



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 16, 06, 08
Sílvio Alves de Oliveira
Mat.: S/ape 877862

CC02/C06
Fls. 1888

MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo n°	36216.000075/2006-14
Recurso n°	145.188 Voluntário
Matéria	RETENÇÃO
Acórdão n°	206-00.417
Sessão de	13 de fevereiro de 2008
Recorrente	BASF S/A
Recorrida	SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA EM SÃO BERNARDO DO CAMPO - SP

MF-Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
de 19 / 08 / 08
Rubrica Q

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/02/1999 a 30/04/2005

Ementa: PREVIDENCIÁRIO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CESSÃO DE MÃO DE OBRA. OCORRÊNCIA. RETENÇÃO 11% JUROS SELIC. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. DECLARAÇÃO. VEDAÇÃO.

1- De acordo com o artigo 34 da Lei nº 8.212/91, as contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo INSS, incluídas ou não em notificação fiscal e lançamento, pagas com atraso ficam sujeitas aos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC incidentes sobre o valor atualizado, e multa de mora, todos de caráter irrelevável.

2- nos termos do art. 49 do Regimento Interno deste Conselho é vedado ao Conselho afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto sob o fundamento de inconstitucionalidade, sem que tenham sido assim declaradas pelos órgãos competentes. A matéria encontra-se sumulada, de acordo com a Súmula nº 2 do 2º Conselho de Contribuintes.

3- Consoante disposto no art. 31 da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.711/98, a empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra, deverá reter 11% do valor bruto da Nota Fiscal ou Fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia dois do mês

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília: 26, 06, 08 Sérgio Neves de Oliveira Mat. Sape 577762
--

seguinte ao da emissão da nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente de mão-de-obra.

4- Não havendo comprovação da mão de obra cedida, na forma definida pelo § 3º do citado artigo 31, não cabe aplicação da retenção.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da SEXTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso.



ELIAS SAMPAIO FREIRE

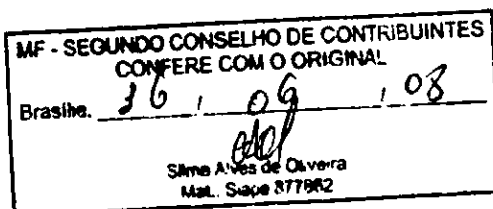
Presidente



CLEUSA VIEIRA DE SOUZA

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Ana Maria Bandeira, Rogério de Lellis Pinto, Bernadete de Oliveira Barros, Daniel Ayres Kalume Reis, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.



Relatório

Trata-se de Crédito Previdenciário lançado contra a empresa em epígrafe, que, de acordo com o relatório fiscal, fls. 57/60, refere-se à contribuições previdenciárias devidas ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e destinadas à Seguridade Social, na forma da legislação em vigor, relativas à retenção de 11%, incidentes sobre o valor bruto dos serviços contidos nas notas fiscais, faturas ou recibos, na contratação de serviços prestados mediante cessão de mão-de-obra, no período de 02/1999 a 04/2005, conforme disposto no art. 31, § 3º da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.711/98.

Segundo o Relatório Fiscal, constituem os fatos geradores das contribuições objeto do presente lançamento, os pagamentos efetuados a empresa GR S.A CNPJ nº 02.905.110/0001-28; 02.905.110/0004-70, pelos serviços de copa, que envolvam a preparação de produtos alimentícios a BASF S/A no seu estabelecimento Imigrantes (CNPJ 48.539.407/0000001-18); Demarchi (CNPJ 48.539.407/0073-92, Guaratinguetá (CNPJ 48.530.407/000107), conforme contrato e notas fiscais apresentados. Nos arquivos digitais fornecidas não houve a especificação dos estabelecimentos tomadores de serviços, sendo considerado o estabelecimento Imigrantes para fins de levantamento. Um dos serviços descritos é de fornecimento com preparação de produtos alimentícios. Serviu de base para a emissão da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito, os registros contábeis apresentados em meio magnético e as cópias das notas fiscais/faturas/recibos de prestação de serviços apresentadas e o Contrato de Prestação de Serviços.

Informou, ainda, o citado Relatório Fiscal que os serviços prestados pela empresa GR S.A se enquadram de acordo com o art. 152, §§ 1º, 2º e 3º da Instrução Normativa 100, que passou a vigorar a partir de 01/04/2004, com alterações posteriores. A IN 100 revogou a Instrução Normativa 071/2002, que por sua vez revogou a Ordem de Serviço nº 209/99; Que os serviços foram tomados periodicamente, constituindo-se uma necessidade permanente, isto é dentro do conceito de cessão de mão-de-obra, não se enquadrando, portanto, em uma empreitada. Além disso, observou-se que a empresa está sempre a disposição da BASF S/A.

Informou, outrossim, que o presente lançamento teve como base de cálculo 50% do valor bruto da nota fiscal de serviços, conforme art. 159 da IN nº 100/2004, pois houve a previsão de fornecimento de material e equipamento. Os pagamentos dos serviços, juntamente com as alíquotas aplicadas, constam do Relatório "Discriminativo Analítico do Débito". O crédito lançado encontra-se fundamentado na legislação constante do anexo "Fundamentos Legais".

Tempestivamente, a empresa contratante apresentou sua defesa, trazendo dentre outras, as alegações de que a não pode concordar com a referida autuação, vez que o d. agente fiscal parte de premissa que não se sustenta, como se a atividade contratada pela notificada tivesse como objeto a cessão de mão-de-obra; fez um histórico da retenção. Trouxe à colação diversos julgados do STJ sobre a matéria e por último argüiu a inconstitucionalidade da aplicação da taxa SELIC e concluiu requerendo seja declarada insubsistente a Notificação Fiscal de lançamento de Débito -NFLD, desconstituindo-se o crédito tributário apurado. Juntou aos autos cópias do contratado de prestação de serviços (fls.83/88); cópias de julgados do STJ, sobre o assunto (fls.89/117) cópia de consulta dirigida a Sra. Chefe do Serviço de Orientação à Arrecadação da Gerência Executiva do INSS em São Paulo (fls. 118/131); notas fiscais (fls 133/136).

↓

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 30, 06, 08
Silma Alga de Oliveira Mat: Siepe 877882

A Delegacia da Receita Previdenciária em São Bernardo do Campo, por meio da Decisão-Notificação n.º 21.434.4/0051/2006, julgou procedente o lançamento, cuja decisão trouxe a seguinte ementa:

"DIREITO PREVIDENCIÁRIO RETENÇÃO. OBRIGATORIEDADE. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. COMPROVAÇÃO. OBRIGAÇÃO DE EMPRESA CONTRATANTE. PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTO. INDEFERIMENTO. JUROS SELIC. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. DECLARAÇÃO. VEDAÇÃO.

Comprovada a cessão de mão-de-obra a empresa contratante dos serviços assim executados é obrigada a reter 11% (onze por cento) sobre o valor da nota fiscal, fatura ou recibo e é obrigada a recolher o valor retido à previdência Social, não lhe sendo lícito alegar omissão para se eximir do recolhimento.

Indefiro o pedido de prazo para apresentação de documentos por não estarem configuradas as hipóteses legais que permitem a apresentação de prova documental após a impugnação.

Os acréscimos legais são cobrados em virtude de determinação legal de caráter irrelevável.

É vedado ao julgador administrativo declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo."

Intimado da decisão e com ela não se conformando, o interessado ingressou com recurso a este Conselho, reproduzindo os argumentos aduzidos em sua impugnação, donde se destaca, em síntese, o seguinte:

Que a recorrente, por ocasião de sua impugnação, requereu inicialmente a dilação do prazo para juntada de documentos e aditamento à defesa, vez que, considerando que a mesma fora autuada em época de férias coletivas, o que implicava em dificuldades na localização dos documentos. Tais documentos visavam demonstrar que nada é devido ao Instituto Previdenciária, vez que a prestadora de serviços recolheu a totalidade dos tributos sem efetuar abatimento da retenção de 11% na sua GFIP, mesmo porque, nunca foi o caso de retenção.

Que a recorrente esclarece que não pode concordar com a referida autuação, bem como com a decisão proferida, vez que tanto a autuação quanto a decisão administrativa, entenderam que é devida contribuição previdenciária, com base em premissa que não se sustenta, vez que ambos presumiram que houve cessão de mão-de-obra na prestação de serviços de venda de produtos alimentícios, o que não corresponde à realidade fática.

Que contrariamente ao entendido pelo ilmo Auditor Fiscal e pelo d. Agente fiscal, nunca houve a prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra.

Que o agente fiscal não verificou se havia ou não equipe à disposição do tomador de serviços em suas dependências ou em locais por este indicado, em serviços contínuos, para a caracterização da cessão de mão-de-obra.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUENTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 20, 06, 08 Sime Alves de Oliveira Mat.: SIAPE 677862
--

Que o fato de não haver cessão de mão-de-obra na contratação, impossibilita que a empresa contratada dê cumprimento ao que dispõe o § 5º do art. 31 da Lei nº 8212/91, que determina a elaboração de folha de pagamento distinta para cada contratante. Observa-se de plano que tal instituto é incompatível com a hipótese do mesmo trabalhador prestar serviços simultaneamente a vários tomadores, o que traz a conclusão de que a prestação de serviços simultânea a mais de um tomador, por si só já afastaria o entendimento de se tratar a contratação de cessão de mão-de-obra.

Que a contratada não coloca seus empregados à disposição do tomador de serviços, nem cede mão-de-obra para realização de serviços contínuos, fato que, por si só, já basta para desobrigar a recorrente da contribuição questionada nestes autos.

Que a empresa contratada não é fornecedora de mão de obra, mas sim empresa que, eventualmente, em razão de solicitação de seus clientes.

Que a empresa contratada poderia até mesmo ser considerada prestadora de serviços, mas não é, ontologicamente, locadora de mão-de-obra.

Além desses argumentos, faz um histórico sobre a retenção, ressaltando que o dispositivo legal que trata a matéria deveria ser interpretado observando-se de plano a premissa que os serviços somente estariam sujeitos à retenção “quando executados mediante cessão de mão-de-obra”, como definida no § 3º do art. 31 da Lei nº 8.212/91.

Para corroborar sua tese, a recorrente citou Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, transcreveu algumas delas. Argumentou, ainda, que a empresa contratada sempre recolheu integralmente suas contribuições para a Previdência Social, sem efetivar a compensação dos 11%, conforme documentos juntados aos autos.

Por derradeiro, argüiu a inconstitucionalidade da aplicação da Taxa SELIC, uma vez que essa forma de cálculo não se encontra prevista em lei, desrespeita-se a reserva absoluta da lei formal, ofendendo-se deste modo, o art. 150, I da Constituição Federal, combinado com o art. 97, inciso V do CTN.

Requeru seja declarada insubsistente a notificação fiscal de lançamento de débito impugnada, desconstituindo-se o crédito tributário apurado, a multa aplicada, bem como os juros de mora, e caso assim não entenda, seja determinada a remessa dos autos ao órgão “a quo”, para realização de nova diligência e constatação de que as alegações da recorrente são verdadeiras. Juntou aos autos, Extratos dos Andamentos Processuais e Certidões de Objeto e Pé, das decisões citadas no presente recurso (fls. 213/219) e novamente juntou cópia da consulta técnica sobre o assunto (fls.220/230).

Foi efetuado o depósito recursal, nos termos da legislação em vigor, fls. 212.

A Secretaria da Receita Previdenciária ofereceu contra-razões, alegando que os argumentos ora apresentados já foram devidamente apreciados quando da emissão da Decisão recorrida.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 26 / 06 / 08
Sônia Anacleto Oliveira
Mat.: SIAPE 877862

Estes autos foram objeto de julgamento pela 4ª Câmara de Julgamento do CRPS, que por meio da Decisão n.º 290/2006, o Julgamento foi convertido em diligência, para que a autoridade lançadora informasse se os contratos objeto da presente NFLD seriam aqueles juntados pela Recorrente, caso não sejam, que juntasse cópias desses contratos, bem como das notas fiscais referentes aos serviços prestados.

Em cumprimento ao solicitado foi efetuada diligência na empresa tendo a fiscalização juntado os Contratos de fornecimento de refeições (fls. 284/358), notas fiscais (fls. 359/1797); cópias do Contrato de Fornecimento de Refeições e aditamentos ao contrato de prestação de serviços (fls.1798/1861) e relatado o seguinte: que a fiscalização efetuou diligência na empresa em questão, pois verificou-se que os contratos de prestação de serviços apresentados em processo cobriam apenas parte do período levantado, a empresa apresentou notas fiscais, contratos de prestação de serviços e aditamentos relativos ao período de 06/1997 a 11/2005 Informou que os serviços são tomados periodicamente, são contínuos, constituindo-se, portanto em uma necessidade permanente, isto é, dentro do conceito de cessão de mão-de-obra. Além disso, observou-se que a empresa está sempre à disposição da BASF S/A.

Informou que conforme contrato de prestação de serviços, a empresa presta serviços de fornecimento de alimentação com utilização de mão-de-obra. Nas fórmulas para cálculo do custo da alimentação consta o valor da mão-de-obra além de todas as despesas adicionais com salários e foram observadas certas obrigações da contratada, características na cessão de mão-de-obra:

- item 6.14, fls. 299, consta a obrigatoriedade da contratada em apresentar mensalmente, Guias de recolhimento do FGTS, PIS-PASEP, COFINS, IRRF e folhas de pagamento;

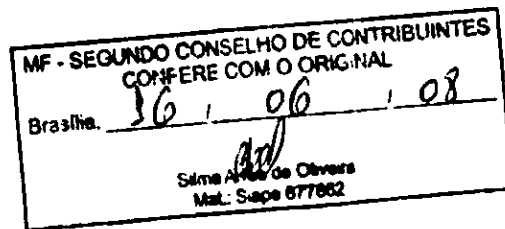
- itens 1.5 e 1.6 às fls. 1802, constam prestação de serviços de distribuição, manutenção e limpeza, efetuadas na própria BASF, sendo realizados de segunda a sábado, no horário de 44 horas semanais. Além de serviços de copeira conforme item 6.32, às fls 1806;

- no item 4.5, fls, 298, consta que por força da Lei n.º 8212/91, fará a contratante a retenção de 11% do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços emitida pela contratada, relativos aos encargos sociais devidos por esta ao Instituto Nacional do Seguro Social, em face da prestação dos serviços contratados;

A empresa, intimada do resultado da diligência, manifestou-se no sentido de ratificar as razões anteriormente apresentadas alegando mais, que a fiscalização não atendeu à determinação da E. 4ª Câmara em sua integralidade, vez que não foi verificado a fundo se havia cessão de mão-de-obra na prestação de serviços da empresa em tela com a notificada recorrente, limitando-se a d. fiscalização somente na análise e verificação dos documentos e notas fiscais.

É o Relatório.

↓



Voto

Conselheira CLEUSA VIEIRA DE SOUZA, Relatora

Presentes os pressupostos de admissibilidade, porquanto o recurso é tempestivo e preparado com o depósito prévio nos termos da legislação em vigor.

Antes de proceder à análise de mérito das razões do presente recurso, cumpre apreciar a argüição de inconstitucionalidade trazida pela recorrente, quanto à aplicação da taxa de SELIC no cálculo dos juros de mora. Alega a Recorrente que a forma de cálculo da SELIC não se encontra prevista em lei, o que ofende o art. 150, inciso I da Constituição, combinado com o art. 97, inciso V do CTN e que por outro lado, encontra-se no art. 161 do CTN, a norma que determina que os tributos não integralmente quitados serão acrescidos de juros de mora calculados à taxa de 1% ao mês, exceto dispositivo contrário.

Nesse sentido vale salientar que os juros de mora exigidos no presente lançamento, de fato, decorrem de legislação específica, em plena vigência, conforme fundamentada no artigo 34 da Lei nº 8.212/91, que assim estabelece:

"Art. 34 - As contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo INSS, incluídas ou não em notificação fiscal de lançamento, pagas com atraso, objeto ou não de parcelamento, ficam sujeitas aos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, a que se refere o art. 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, incidentes sobre o valor atualizado, e multa de mora, todos em caráter irrelevável".

Cumpre destacar, outrossim, que nos termos do artigo 49 do Regimento Interno dos Conselhos dos Contribuintes, no julgamento de recurso voluntário ou de ofício, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob o fundamento de inconstitucionalidade. Além disso, a matéria encontra-se sumulada, conforme Súmula nº 02 deste 2º Conselho de Contribuintes, nos seguintes termos: "O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária". Com isso, rejeito a preliminar de inconstitucionalidade de aplicação da taxa SELIC, no cálculo dos juros de mora.

Superada a preliminar, passo à análise das razões de mérito. Conforme relatado, trata-se de Crédito Previdenciário lançado contra a empresa em epígrafe, que, de acordo com o relatório fiscal, fls. 57/60, refere-se à contribuições previdenciárias devidas ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e destinadas à Seguridade Social, na forma da legislação em vigor, relativas à retenção de 11%, incidentes sobre o valor bruto dos serviços contidos nas notas fiscais, faturas ou recibos, na contratação de serviços prestados mediante cessão de mão-de-obra, no período de 02/1999 a 04/2005.

A obrigatoriedade da retenção de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços executados mediante cessão de mão de obra, está prevista no art. 31 da Lei nº 8212/91, com a redação dada pela Lei nº 9711/98, abaixo transcrito, que estabeleceu a responsabilidade tributária por substituição do tomador de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, que confere a esse tomador o dever de antecipar o

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUENTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 30, 09, 108 Sílvia Alves Da Oliveira Mat. Sape 877862

recolhimento das contribuições incidentes sobre a remuneração percebida pelos segurados da prestadora, na execução dos serviços contratados.

"Art. 31- A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de contrato temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente da mão-de-obra, observado o disposto no § 5º do art. 33.

§ (...).

§ 3º -para os fins desta lei, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação."

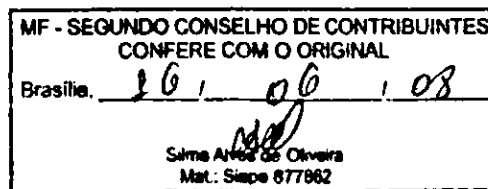
Nesse contexto não é lícito à empresa alegar omissão para se eximir do recolhimento da importância retida nos termos do art. 31, *caput* da Lei n.º 8.212/91 c/c art. 33 § 5º, *in verbis*:

"Art. 33 § 5º O desconto de contribuição e de consignação legalmente autorizadas sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa obrigada, não lhe sendo lícito alegar omissão para se eximir do recolhimento, ficando diretamente responsável pela importância que deixou de receber ou arrecadou em desacordo com o disposto nesta lei."

Por força do referido dispositivo legal, o contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra passou a ser responsável tributário pelo recolhimento das contribuições sociais decorrentes da prestação de serviços na razão de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, assim a legislação previdenciária lhe comina a responsabilidade pela arrecadação das respectivas contribuições sociais na forma de retenção e, tendo descumprido tal obrigação, torna-se responsável pela importância que deixou de arrecadar.

É cediço que a Lei n.º 9.711/98 que alterou o art. 31 da Lei n.º 8.212/91, com eficácia a partir de 02/1999, estabeleceu a responsabilidade tributária por substituição do tomador de serviços mediante cessão de mão-de-obra, relativamente à contribuição sobre a folha de pagamento dos segurados a seu serviço, cujo contribuinte é a empresa prestadora de serviços e cujo fundamento legal é a autorização contida no art. 128 do Código Tributário Nacional.

Assim, o Instituto da Retenção é uma "hipótese de substituição tributária, cuja criação é autorizada pelo art. 128 do CTN, que permite ao legislador estabelecer hipóteses de responsabilidade tributária, atribuindo a responsabilidade pelo pagamento a terceira pessoa vinculada ao fato gerador da obrigação tributária, terceiro este que passa, então, a ser sujeito passivo da obrigação tributária, na condição de responsável" (art. 121, parágrafo único, II, do CTN).



A figura da substituição tributária existe, justamente, para atender a princípios da racionalização e efetividade da tributação, ora simplificando os procedimentos, ora diminuindo as possibilidades de inadimplemento e ampliando as garantias de recebimento do crédito. Não se tem aqui a instituição de nova contribuição” (in Paulsen Leandro, Direito Tributário, 6ª edição, Livraria do Advogado Editora, p. 937).

Neste sentido o Pleno do STF, em sessão realizada em 03/11/2004, julgando o RE 393.946/MG, assentou entendimento no sentido de que a Lei 9.711/98 apenas criou nova sistemática de arrecadação, tornando as empresas tomadoras de serviços responsáveis tributárias pelo regime de substituição tributária, sem afetar a base de cálculo ou a alíquota da Contribuição Previdenciária sobre a folha de pagamento. A título elucidativo, destaco a ementa que resumiu o referido julgado:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL: SEGURIDADE. RETENÇÃO DE 11% SOBRE O VALOR BRUTO DA NOTA FISCAL OU DA FATURA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. Lei 8.212/91, art. 31, com a redação da Lei 9.711/98.

I - Empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra: obrigação de reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia 2 do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente de mão-de-obra: incorrência de ofensa ao disposto no art. 150, § 7º, art. 150, IV, art. 195, § 4º, art. 154, I, e art. 148.

II - R.E. conhecido e improvido.”

Vale destacar parte do voto condutor no Recurso Especial nº 695.458 - SP, da lavra da Ministra ELIANA CALMON:

“Verifica-se a criação de um sistema eclético de recolhimento, onde o tomador desconta parte do devido à Previdência em razão do serviço locado, responsabilizando-se pelo recolhimento, com destaque na nota fiscal ou na fatura, para então fazer-se o abatimento pela fornecedora da mão-de-obra, quando do recolhimento incidente sobre a folha de salário. Observe-se que não se alterou alíquota ou base de cálculo, apenas adiantou-se parte do recolhimento.

E para evitar perplexidades, os parágrafos do novo comando normativo deram a solução para o encontro de contas, ou seja, compensação do devido sobre a folha de salário, calculado em sua íntegra, com o objeto do adiantamento. E o § 2º do referido dispositivo foi além para permitir a restituição de eventual saldo remanescente à empresa locadora de mão-de-obra, caso o adiantamento fosse maior do que o valor a pagar à previdência.

Entendo que a sistemática utilizada obedeceu inteiramente ao disposto no art. 128 do CTN, o qual não foi maculado em nenhum passo. Por outro ângulo, temos que não se alterou a fonte de custeio ou a base de cálculo, porque a incidência não é sobre a fatura ou a nota fiscal, mas sim sobre a folha de salário, porque a fatura serve apenas de base para o adiantamento.” (grifo nosso).

↓

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 16, 06, 08
Sílvia Alves de Oliveira
Mat.: SIAPE 577862

Portanto incontestemente é a obrigação previdenciária da empresa tomadora de serviços mediante cessão de mão-de-obra de reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia 2 do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente de mão-de-obra, ficando diretamente responsável pelo que deixar de recolher. Justamente, pelo fato de o contratante passar a ser sujeito passivo da obrigação previdenciária, torna-se irrelevante, para fins de aferição do cumprimento da obrigação principal, o fato de a prestadora ter ou não efetuado o recolhimento das suas contribuições sobre a folha de pagamento.

Não se pode olvidar, todavia, que para que haja a retenção instituída no caput do citado artigo 31, a própria lei cuidou de eliminar quaisquer dúvidas acerca de sua aplicação, quando no seu § terceiro traz a definição de cessão de mão de obra. Nessa mesma direção, a exemplo do que estabelece o § 4º do citado artigo, o Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99, estabeleceu nos incisos do § 2º do art. 219, uma série de serviços que se executados mediante cessão de mão-de-obra estarão sujeitos à retenção.

Nesse sentido, é importante esclarecer que para que haja a retenção, não basta que o serviço esteja relacionado no § 2º do art. 219 do RPS, acima mencionado, é necessário, antes que seja demonstrada, pela autoridade lançadora, nos autos do procedimento fiscal, efetivamente a ocorrência de mão-de-obra cedida, da forma como definida no § 3º do art. 31 da Lei nº 8.212/91. Esclareça-se por oportuno que todos os entendimentos se convergem no mesmo sentido de que para haver a retenção é imprescindível a demonstração da cessão de mão-de-obra.

Entretanto, não se pode olvidar, que para que haja a retenção instituída no caput do citado artigo 31, a própria lei cuidou de eliminar quaisquer dúvidas acerca de sua aplicação, quando no seu § terceiro traz a definição de cessão de mão de obra. Nessa mesma direção, a exemplo do que estabelece o § 4º do citado artigo, o Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99, estabeleceu nos incisos do § 2º do art. 219, uma série de serviços que se executados mediante cessão de mão-de-obra estarão sujeitos à retenção.

"Art. 219 – (...).

§ 1º (...).

§ 2º Enquadram-se na situação prevista no caput os seguintes serviços realizados mediante cessão de mão-de-obra:

I – limpeza, conservação e zeladoria;

II- Vigilância e segurança;

III- construção civil;

IV serviços rurais;

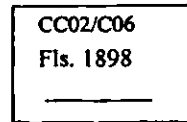
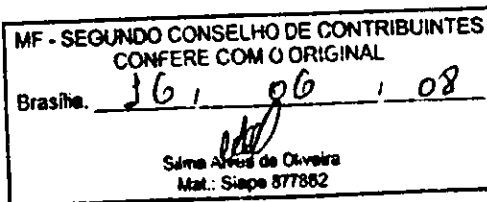
V digitação e preparação de dados para processamento;

VI- acabamento, embalagem e acondicionamento de produtos;

VII cobrança;

VIII- coleta e reciclagem de lixo e resíduos;

↓
d




- IX – copa e hotelaria;*
- X- corte e ligação de serviços públicos;*
- XI- distribuição;*
- XII- treinamento e ensino;*
- XIV- ligação e leitura de medidores;*
- XV – manutenção de instalações, de máquinas e de equipamentos;*
- XVI- montagem;*
- XVII- operação de máquinas, equipamentos e veículos;*
- XVIII- operação de pedágio e de terminais de transporte;*
- XIX- operação de transporte de passageiros, inclusive nos casos de concessão ou sub-concessão;*
- XX – portaria, recepção e ascensorista;*
- XXI- recepção, triagem e movimentação de materiais;*
- XXII- promoção de vendas e eventos;*
- XXIII- secretaria e expediente;*
- XXIV- saúde;*
- XXV telefonia, inclusive telemarketing.”*

No presente caso, embora os serviços prestados em tese se enquadram no inciso IX do § 2º acima transcrito, é necessário que haja a colocação, pela contratada, de segurados à disposição da contratante, que realizem trabalhos contínuos, em suas dependências ou nas de terceiros; e ainda que os empregados fiquem sob o comando do contratante; em outras palavras, que se façam presentes todos os pressupostos da cessão de mão de obra.

O que no presente caso não ocorreu, até porque, conforme se verifica dos autos, a empresa GR S.A mantém com a BASF S/A contrato de fornecimento de alimentação, cujo objeto é o fornecimento de: desjejum, lanches, almoço, coffee breaks, café para reuniões, jantar e ceia, que serão consumidos pelos funcionários da contratante. Neste caso, assegura um preço pré-determinado por unidade de refeição preparada e fornecida. A contratada realiza em seu próprio nome a compra de todos os produtos necessários à elaboração das refeições e assume diretamente a direção e o resultado do trabalho da equipe de funcionários próprios e por ela alocados para a execução das atividades, o que é diferente de um contrato de prestação de serviços propriamente dito.

Nesse caso, as atividades são executadas pelo próprio cliente, isto é a empresa contratante, cabendo à contratada prestar os serviços de planejamento e organização de todas as atividades executadas pelo próprio cliente em seu nome, como compra dos produtos alimentícios e por ele consumíveis, elaboração de cardápio, observância de padrões nutricionais, necessários, para que a própria contratante prepare e distribua as refeições a serem consumidas por seus empregados. Nessa modalidade de contrato, os custos e resultados da atividade de fornecimento de alimentação aos funcionários da contratante, são por ela própria

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 30, 06, 08
 Síma Alves de Oliveira Mat.: Sape 877862

CC02/C06 Fls. 1899

assumidos e a contratada apenas lhe disponibiliza mão-de-obra qualificada e conhecimento técnico operacionais, para o desempenho da atividade em nome da própria contratante.

Na hipótese dos autos, em razão da forma de contratação, não é possível considerar a ocorrência da cessão de mão-de-obra, não houve a efetiva demonstração da cessão de mão-de-obra, porquanto, não restou demonstrada a prestação de serviços nas dependências da contratante ou em local por ela indicado e, não obstante afirmação da fiscalização, não se verifica do contrato de prestação de serviços, que a empresa contratada mantém equipe à disposição da contratante ou a colocação de mão-de-obra à disposição do contratante.

Registre-se, por oportuno, que a diligência realizada para esse fim não logrou êxito, em demonstrar a efetiva cessão da mão-de-obra, uma vez que os documentos juntados e o relatório da diligência nada acrescentaram aos elementos já constantes dos presentes autos.

Por fim, não sendo configurada, nos termos da legislação pertinente, a cessão de mão-de-obra, não cabe aplicação da retenção prevista no caput do artigo 31 da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.711/98.

Isto posto; e

CONSIDERANDO tudo mais que dos autos consta.

CONCLUSÃO: pelo exposto **VOTO** no sentido de **CONHECER DO RECURSO**, para no mérito, **DAR-LHE PROVIMENTO**, reformando, em consequência, a Decisão Notificação – DN nº 21.434.4/0051/2006.

Sala das Sessões, em 13 de fevereiro de 2008


CLEUSA VIEIRA DE SOUZA