



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS**  
SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO

**Processo n°** 36216.003363/2006-12  
**Recurso n°** 150.007 Voluntário  
**Acórdão n°** 2401-00.087 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 5 de março de 2009  
**Matéria** CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA  
**Recorrente** BASF S/A.  
**Recorrida** SRP-SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS**

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/05/2003

Nos termos do art. 31 da Lei nº 8212/91, com a redação dada pela Lei nº 9711/98, 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.

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 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em declarar a decadência das contribuições apuradas até a competência 11/1999; Por maioria de votos, em declarar a decadência das contribuições apuradas até a competência 11/2000. Vencidas as Conselheiras Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Bernadete de Oliveira Barros e Ana Maria Bandeira, que votaram por declarar a decadência das contribuições apuradas somente até a competência 11/1999; e Por voto de qualidade, em dar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Bernadete de Oliveira Barros, Ana Maria Bandeira e Lourenço Ferreira do Prado (relator), que votaram por negar provimento ao recurso. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Cleusa Vieira de Souza.

  
ELIAS SAMPAIO FREIRE - Presidente

  
CLEUSA VIEIRA DE SOUZA – Redatora Designada

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Rogério de Lellis Pinto e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

## Relatório

BASF S.A. recorre às fls. 948/981 contra a Decisão – Notificação (nº 21434-4/0050/2006), prolatada pela Delegacia da Receita Previdenciária em São Bernardo do Campo (fls. 929/936), em que sustenta ser insubsistente a autuação aplicada pela autoridade fiscal, no valor de R\$4.821.627,76 (quatro milhões, oitocentos e vinte e hum mil, seiscentos e vinte e sete reais e setenta e seis centavos) por não haver a empresa recorrente retido o percentual de 11% (onze por cento), sobre os pagamentos efetuados à pessoa jurídica RÁPIDO 900 DE TRANSPORTES RODOVIÁRIOS LTDA, contratada para prestar serviços de transportes de carga à contribuinte e recorrente, que a considerou incurso na disposição do artigo 31 da Lei número 8212/1991.

A apelante prossegue em sua peça recursal pleiteando ainda: 1. a devolução do seu depósito recursal (fls. 983) de 30% (trinta por cento), no valor de R\$1.486.402,74 (hum milhão, quatrocentos e oitenta e seis mil, quatrocentos e dois reais e setenta e quatro centavos). 2. efeito suspensivo ao recurso; 3. que não ocorreram serviços executados mediante cessão de mão-de-obra; 4. tece considerações sobre histórico da Retenção de 11% (onze por cento); 5. acosta jurisprudência oriunda do Superior Tribunal de Justiça; 6. sustenta a inexistência de débito dos recolhimentos efetivados pela prestadora de serviços; 7. inconstitucionalidade da Taxa SELIC e 8. reforma da decisão recorrida, com a declaração de insubsistência da autuação em debate.

O Relatório Fiscal encontra-se às fls. 57/60.

Os fatos geradores são pagamentos efetuados a serviços prestados pela pessoa jurídica RÁPIDO 900 DE TRANSPORTES RODOVIÁRIOS LTDA, sem a retenção de 11% (onze por cento) na cessão de mão-de-obra.

Houve diligência realizada (fls. 1012/1016) “para que a autoridade lançadora informe se os contratos objeto desta NFLD seriam aqueles juntados pela recorrente, e caso não seja, que junte cópia desses contratos, bem como das Notas Fiscais referentes aos serviços prestados,” a qual veio ratificar o lançamento da autoridade tributária.

A data da ciência do lançamento, pela recorrente é de 16.12.2005. As competências objeto do lançamento são relativas a 02/1999 até 05/2003.

Há nos autos algumas cópias de Notas Fiscais onde existe retenção de 11% (onze por cento) pelas empresas que prestavam serviço para RÁPIDO 900 DE TRANSPORTES RODOVIÁRIOS LTDA.

Há, ainda, um relatório às fls. 1007/1016, oriundo da 4ª Câmara de Julgamento do CRPS, onde o julgamento foi convertido em diligência “para que a autoridade lançadora informe se os contratos objeto desta NFLD seriam aqueles juntados pela recorrente, e caso não seja, que junte cópia desses contratos, bem como das Notas Fiscais referentes aos serviços prestados.” E, o voto divergente, que restou vitorioso, foi o da eminente Conselheira Dra. Bernadete de Oliveira Barros, com declarações de votos vencidos dos eminentes



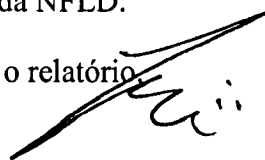
conselheiros Dr. Rogério de Lélis Pinto, representante das empresas e Dr. Daniel Ayres Kalume Reis, representante dos trabalhadores, que proviam o apelo da contribuinte recorrente.

No dia 09.02.2007 foram juntados aos autos 161 (cento e sessenta e hum) TIAD-Termo de Intimação para Apresentação de Documentos (fls, 1.021 a 1.181), representando cópias dos números das Notas Fiscais de serviços com a empresa “RÁPIDO 900 DE TRANSPORTES RODOVIÁRIOS LTDA”, já mencionada (ao todo aproximadamente 19.730), 98 (noventa e oito) xerocópias de Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas emitidos pela já mencionada “RÁPIDO 900 DE TRANSPORTES RODOVIÁRIOS LTDA”, cópias de Contrato de Prestação de Serviços de Transporte entre “RÁPIDO 900 DE TRANSPORTES RODOVIÁRIOS LTDA” e a Recorrente BASF, celebrados em 01.10.2004, com três (3) aditamentos em 01-04-2005, 01-10-2005 e 21-08-2006 (fls. 1.335/1.350), que cobriam o período completo do levantamento fiscal.

Houve a diligência (fls. 1352/1353), em que as autoridades que a realizaram, de forma categórica, não haver fato novo capaz de alterar o levantamento feito.

Por fim, às fls. 1360/1383, a recorrente se manifesta sobre a diligência referida, transcreve dos eminentes Conselheiros Dr. Rogério e Dr. Daniel e reitera o pedido de desconstituição do lançamento e débito, tendo em vista, segundo afirma, a falta de motivação para a subsistência da NFLD.

É o relatório.



## Voto Vencido

Conselheiro Lourenço Ferreira do Prado, Relator

O apelo é tempestivo e dele conheço.

Embora não haja preliminar ou pedido de aplicação da decadência no recurso patronal, é incontestável que existem competências atingidas pela decadência quinquenal, de acordo com a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, corporificada na Súmula Vinculante número 08, aprovada no dia 20.06.2008. E, como é cediço, pode a decadência ser declarada de ofício.

Os demais pontos ventilados no recurso são imprestáveis para sustentar o pleito da apelante.

Pelo fato de não ter havido parcial recolhimento aos cofres da Previdência Social, entendo ser o caso de aplicação do disposto no artigo 173, inciso I, da Lei número 5.172/66 (Código Tributário Nacional).

A diligência realizada concluiu que não há fundamento para ilidir o lançamento ou torná-lo insubsistente.

Esta matéria já é bastante conhecida da Câmara, que já a decidiu em várias oportunidades, inclusive no recurso número 145.163, cujo voto da lavra da eminente Conselheira Bernadete de Oliveira Barros, que adoto como fundamento subsidiário e razão de decidir, do teor seguinte:

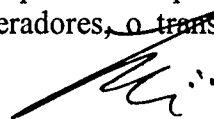
Permito-me divergir do entendimento manifestado no voto do Conselheiro Relator, pelas razões a seguir expostas.

O Relator entende que o serviço de transporte de cargas jamais exigiu cessão de mão-de-obra para sua execução e, portanto, não deve sofrer a retenção de que trata o art. 31. da Lei 8.212/91.

Sustenta que a intenção do legislador ao alterar o § 2º, do artigo 219, do RPS, introduzida pelo Decreto nº 4.729/03, extraindo daquele rol o serviço de transporte de cargas, foi sanear erro incorrido anteriormente, excluindo tipo de serviço que não se enquadra na modalidade de cessão de mão-de-obra.

Contudo, continuo defendendo que a atividade de transporte de cargas pode, sim, ser objeto de contrato de prestação de serviço com cessão de mão de obra, situação em que o contratado põe o veículo de transporte e respectivo condutor à disposição do tomador, com retribuição por tempo determinado. Entendo que não caberia retenção apenas na situação em que o contrato é celebrado fixando o valor de frete, tendo como referência os objetos transportados, seus valores, natureza, peso ou quantidade.

Tanto é verdade que esse tipo de serviço poderia ser prestado com cessão de mão-de-obra, que, ao tempo da ocorrência dos fatos geradores, o transporte de cargas era



expressamente definido como serviço sujeito à retenção se prestado mediante cessão de mão-de-obra, conforme inciso XIX do § 2º do art. 219 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto 3.048/99.

O Relator defende que o Decreto tem natureza de ato normativo regulamentador dos preceitos contidos em lei, devendo interpretá-la e esmiuçá-la de forma a legitimá-la em sua plenitude, tornando-a aplicável aos casos concretos, podendo e devendo retroagir à data da edição da lei regulamentada, conforme determina o artigo 106, inciso I, do CTN.

Porém, o que se pode afirmar é que, no caso do transporte de cargas, o mencionado Decreto não interpretou a Lei, mas apenas retirou do contratante desse tipo de serviço a responsabilidade pelo crédito tributário, desobrigando-o de efetuar a retenção e o recolhimento da contribuição. Portanto, somente a partir da data de entrada em vigor do Decreto 4.729/03 é que não cabe a retenção sobre os transportes de carga.

O próprio Supremo Tribunal Federal já reconheceu que a obrigação de efetuar a retenção introduzida no art. 31 da Lei 8.212/91 pela Lei 9.711/98 não se configura em criação de um novo tributo e sim em alteração na forma de recolhimento da contribuição, conforme voto do Min. Relator CARLOS VELLOSO, cujo trecho transcrevo abaixo:

*RE 393946/MG Relatório: - A 3ª Turma do Eg. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em mandado de segurança, deu provimento à apelação e à remessa oficial decidindo pela legitimidade da retenção de 11% (onze por cento) sobre o valor bruto da nota fiscal ou da fatura de prestação de serviços, introduzida pelo art. 31 da Lei 8.212/91, redação dada pela Lei 9.711/98, uma vez que a citada retenção objetivou facilitar a arrecadação e a fiscalização do recolhimento das contribuições para a Previdência Social, bem como prevenir a sonegação, sendo certo que ela não institui empréstimo compulsório, aumento de alíquota ou confisco, tampouco viola a capacidade contributiva ou qualquer princípio constitucional.*

*O acórdão restou assim ementado:*

*"CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. RETENÇÃO DE 11% (ONZE POR CENTO) SOBRE O VALOR BRUTO DA NOTA FISCAL OU DA FATURA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ARTIGO 31 DA LEI Nº 8.212/91, COM A REDAÇÃO DA LEI Nº 9.711/98. LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE.*

*DECISÕES TRIBUTÁRIAS DO PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL*

*"CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. RETENÇÃO DE 11% (ONZE POR CENTO) SOBRE O VALOR BRUTO DA NOTA FISCAL OU DA FATURA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ARTIGO 31 DA LEI Nº 8.212/91, COM A REDAÇÃO DA LEI Nº 9.711/98. LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE.*



**1. As modificações introduzidas pela referida Lei 9.711/98 visam, apenas e tão-somente, facilitar a arrecadação e a fiscalização do recolhimento das contribuições para a Previdência Social, prevenindo a sonegação, não havendo nisso nenhuma ilegalidade ou inconstitucionalidade.**

**2. Com efeito, não se cuida de uma nova fonte de custeio para a Seguridade Social (C.F., art. 195, § 4º), nem, tampouco, de imposto criado na área da competência residual da União (C.F., art. 154, I) ou instituição de empréstimo compulsório (C.F., art. 148). O que houve, não faz mal repetir, foi uma alteração na forma de recolhimento da contribuição previdenciária, sem nenhuma afronta à Constituição, atribuindo responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, o que é permitido não só pelo Código Tributário Nacional (art. 128), como, também, pela atual Carta Magna, que prevê, inclusive, o pagamento antecipado do imposto ou contribuição, com possibilidade de compensação e/ou restituição (C.F., art. 150, § 7º), exatamente como previsto na Lei 9.711/98, ora impugnada, pelo que não há que se falar ou sustentar em, repito, empréstimo compulsório, aumento de alíquota, confisco ou transgressão a qualquer princípio constitucional, muito menos o da capacidade contributiva.**

(...)

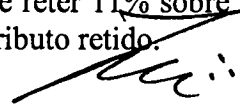
No caso, entretanto, registra Fábio Zambitte Ibrahim, com propriedade, que, "mutatis mutantis, é possível comparar a obrigatoriedade da retenção dos 11% com o desconto do imposto de renda na fonte. Em ambas as situações, a fonte pagadora tem dever legal de efetuar determinada retenção, diminuindo o valor pago. É um facere, isto é, uma prestação positiva imposta a determinada pessoa, no interesse da arrecadação de exações devidas." (Fábio Zambitte Ibrahim, "A Retenção de 11% Sobre a Mão-de-Obra", LTr Editora, 2000, pág. 23).

Não se tem, portanto, contribuição nova. Tem-se, sim, "mera obrigação acessória." (Fábio Zambitte Ibrahim, ob. cit., pág. 32).

Aqui, repete-se, o tomador do serviço, ou o contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, fica obrigado a 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.

Não há falar, portanto, vale repetir, em contribuição nova, ou contribuição decorrente de outras fontes - C.F., art. 195, § 4º.(grifos meus)

Assim, o Supremo concluiu que a Lei 9.711/98 não introduziu nova contribuição e sim nova obrigação, que é a de reter 11% sobre o valor dos serviços prestados contidos na nota fiscal ou fatura e recolher o tributo retido.



Dessa forma, a desobrigação trazida pelo Decreto nº 4.729/2003 não contraria o afirmado pelo Relator de que “o Decreto tem natureza de ato normativo regulamentador dos preceitos contidos em lei, devendo interpretá-la e esmiuçá-la de forma a legitimá-la em sua plenitude, tornando-a aplicável aos casos concretos”.

E, conforme art. 113 do CTN:

*Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.*

*§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.*

*§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.*

A expressão "legislação tributária", segundo art. 96 do mesmo diploma legal, compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes.

*O CTN dispõe sobre a aplicação da legislação tributária no art. 105:*

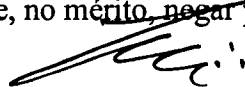
*Art. 105. A legislação tributária aplica-se imediatamente aos fatos geradores futuros e aos pendentes, assim entendidos aqueles cuja ocorrência tenha tido início mas não esteja completa nos termos do art. 116.*

E, conforme art. 106, é a lei que se aplica a ato ou fato pretérito, e não a legislação. No CTN, o legislador utiliza, em várias oportunidades, a expressão legislação tributária. Porém, no que tange à retroatividade expressa no art. 106, o legislador expressamente utilizou a palavra lei, e segundo lição de Hugo de Brito Machado:

*“No Código Tributário Nacional, a palavra lei é utilizada em seu sentido restrito, significando regra jurídica de caráter geral e abstrato, emanada do Poder ao qual a Constituição atribuiu competência legislativa, com observância das regras constitucionais pertinentes à elaboração das leis. Só é lei, portanto, no sentido em que a palavra é empregada no Código Tributário Nacional, a norma jurídica elaborada pelo Poder competente para legislar, nos termos da Constituição, observado o processo nela estabelecido” (Hugo de Brito Machado, Curso de Direito Tributário – Ed. Malheiros – São Paulo – 19ª Edição – 2001 – pág. 65-66)*

Portanto, entendo que não cabe retroação do Decreto, como quer o Relator.

**Ante o exposto, voto no sentido de, no mérito, negar provimento ao recurso.”**



Quanto à inconstitucionalidade da Taxa SELIC, em diversas decisões nesta Câmara, já ficou assentado, por unanimidade, que do Conselho de Contribuintes falece competência para apreciar a matéria, em nível administrativo.

E a jurisprudência do STJ, que é trazida no recurso, não ajuda a recorrente. Todos os acórdãos são taxativos ao negarem o dever de recolhimento de 11% (onze por cento), pela empresa tomadora, caso não esteja provada a cessão de mão-de-obra. E a cessão de mão-de-obra restou definitivamente provada no bem elaborado relatório fiscal de fls. 57/60.

Pelo exposto, declaro de ofício a decadência quinquenal que deverá atingir as competências anteriores a dezembro de 2000, as quais não poderiam ser objeto de lançamento pela autoridade fiscal.

Aos demais pontos do recurso nego provimento para manter na íntegra a decisão às fls. 929/936.

É como voto.

Sala das Sessões, em 5 de março de 2009

  
LOURENÇO FERREIRA DO PRADO – Relator

## Voto Vencedor

Conselheira Cleusa Vieira de Souza, Redatora Designada

Com relação ao mérito, ousou divergir do Ilustre Relator: Conforme consta do Relatório Fiscal, trata-se de Crédito Previdenciário lançado contra a empresa em epígrafe, que, de acordo com o relatório fiscal, fls. 56/59, refere-se às 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 05/2003, conforme disposto no art. 31, § 3º da Lei nº 8212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.711/98.

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 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.*

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.

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 3048/99, 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;*

*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 telemarkting.*

É de se ver, assim, que além de os serviços estarem relacionados no citado parágrafo, é imprescindível, como sobejamente debatido, a comprovação pela fiscalização da efetiva cessão de mão de obra, observados todos os requisitos constante do art. 31, § 3º retro citado.

No caso em exame, 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. Pelo contrário, de acordo com os contratos os serviços consistem no transporte de produtos da fábrica da BASF na Av. Ângelo Demarchi, 123, São Bernardo do Campo/SP, porem, não obstante afirmação da fiscalização, não se verifica dos referidos contratos, que a empresa contratada mantém equipe à disposição da contratante ou a colocação de mão-de-obra em suas dependências.

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 e as obrigações enumeradas pela fiscalização como sendo características de cessão de mão-de-obra, a meu ver não permeia o conceito de cessão de mão-de-obra expresso no § 3º do artigo 31 da Lei nº 8212/91, acima transcrito, são obrigações inerentes à prestação de serviços, não servem, entretanto, para demonstrar a existência da cessão de mão-de-obra nos termos da legislação pertinente.

Além disso, com relação aos serviços de transporte de carga, o que muito se discutia e ainda se discute é a possibilidade ou não de tais serviços serem executados mediante cessão de mão de obra. A meu ver, não houve nenhuma modificação da legislação nesse sentido, quando o Decreto nº 4.729/2003, excluiu do rol do § 2º do artigo 219, o serviço transporte de carga. Entendo que o que houve foi tão somente o reconhecimento pelo novo decreto de que na prestação desse serviço, pela própria natureza, não configura a cessão de mão-de-obra.

Estas questões, aliás, foram sobejamente debatidas nos presentes autos, porém, como se vê todos os entendimentos convergem na mesma direção, como já dito, de que é imprescindível a demonstração efetiva da cessão da mão-de-obra, o que inclusive motivou a conversão do julgamento em diligência, justamente para que fosse demonstrada a configuração da mão de obra cedida.

De sorte que, independentemente de se fazer retroagir os efeitos do Decreto nº 4.729/2003, resta evidente e indiscutível, a conclusão de que para que haja a aplicação da retenção é necessário que os serviços contratados sejam executados mediante a cessão de mão-de-obra; que não basta apenas a afirmação pela autoridade lançadora, mas sua demonstração efetiva, na forma definida no citado § 3º do art. 31 da Lei nº 8212/91.

É imperioso 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. O que no presente caso não ocorreu, até porque, conforme se verifica dos autos, a contratada realizou serviços de transporte de carga, efetuando fretes para a contratante, não se verificando nesses serviços 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 8212/91, 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, DAR-LHE PROVIMENTO.**

Sala das Sessões, em 5 de março de 2009



CLEUSA VIEIRA DE SOUZA – Redatora Designada