



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº	36216.004503/2006-70
Recurso nº	145.173 Voluntário
Matéria	RETENÇÃO
Acórdão nº	206-00.415
Sessão de	13 de fevereiro de 2008
Recorrente	BASF S/A
Recorrida	SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA EM SÃO BERNARDO DO CAMPO - SP

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

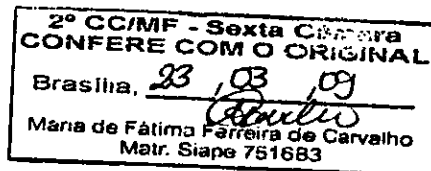
Período de apuração: 01/01/2001 a 28/02/2005

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 8212/91, 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. Preliminar de inconstitucionalidade da aplicação da Taxa SELIC rejeitada.

3- Consoante disposto no 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 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 CONTRIBUINTES, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso. Vencidas as Conselheiras Ana Maria Bandeira, Bernadete de Oliveira Barros e Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, que votaram por negar provimento ao recurso.

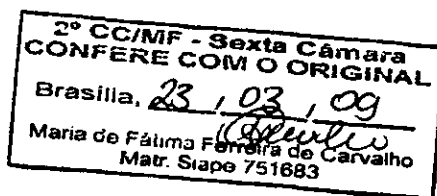
ELIAS SAMPAIO FREIRE

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. 56/61, 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 01/2001 a 02/2005, conforme disposto no art. 31, § 3º da Lei nº 8212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.711/98.

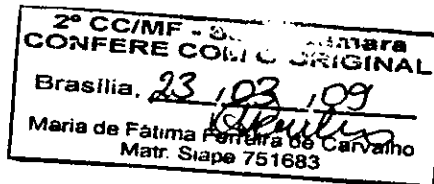
Segundo o Relatório Fiscal, constituem os fatos geradores das contribuições objeto do presente lançamento, os pagamentos efetuados a empresa BALANTÉCNICA COMÉRCIO DE BALANÇAS LTDA CNPJ nº 65.998.353/0001-78, pelos serviços de manutenção preventiva e corretiva e calibração em balanças mecânicas, eletrônicas a BASF S/A no seu estabelecimento Resende (CNPJ 48.539.407/0005-41), conforme Contrato e Notas Fiscais apresentadas. Nos arquivos digitais fornecidas não houve a especificação dos estabelecimentos tomadores de serviços, portanto para fins de levantamento foi considerado o estabelecimento Resende.

Informou, ainda, o citado Relatório Fiscal que os serviços prestados pela empresa BALANTÉCNICA COMÉRCIO DE BALANÇAS LTDA 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; Informou, ainda que os serviços foram tomados periodicamente, constituindo-se uma necessidade permanente, isto é, dentro do conceito de cessão de mão-de-obra. De fato, as notas fiscais são emitidas para todos os meses. Os serviços não se enquadrando, portanto, em uma empreitada. Além disso, observou-se que a empresa manteve equipe à disposição da BASF S/A para o referido serviço. No contrato de prestação de serviço apresentado consta que “por força da Lei nº 8212/91, fará a contratante a retenção de 11% do valor da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços emitida pela contratada.”

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 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 atividade contratada não teve como objeto a cessão de mão-de-obra; fez um histórico da retenção em que ressalta que para haver retenção é necessário haver a cessão de mão-de-obra. Trouxe à colação diversos julgados do STJ sobre a matéria e por último arguiu 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 cópia do Contrato de Prestação de Serviços (fls 82/87), cópias de julgados do STJ, sobre o assunto (fls.88/116).

1



A Delegacia da Receita Previdenciária em São Bernardo do Campo, por meio da Decisão-Notificação nº 21.434.4/0106/2006, julgou procedente o lançamento, cuja decisão trouxe a seguinte ementa:

"DIREITO PREVIDENCIÁRIO RETENÇÃO. OBRIGATORIEDADE. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. OU EMPREITADA. OBRIGAÇÃO DA 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 é obrigada a reter 11/100 (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.

Indefero 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:

a) que a recorrente, apresentou tempestivamente sua impugnação, requerendo inicialmente dilação de prazo para a juntada de documentos e aditamento à defesa, tais documentos visavam demonstrar que, mesmo que fosse considerada a existência de serviços prestados mediante cessão de mão-de-obra, mesmo assim nada é devido ao Instituto Previdenciário. Ademais ressalta a recorrente que a empresa contratada está inscrita no SIMPLES desde 1997, porém os autos foram julgados antes da oportunidade da juntada dos documentos providenciados pela recorrente;

b) que tanto a NFLD em questão, quanto a decisão proferida pela ilma Auditora Fiscal ferem diretamente princípios constitucionais e normas infraconstitucionais, além de ser contrário ao entendimento pacífico do STJ

c) que não pode a recorrente ser condenada ao pagamento de algo que não é devido, pois, como já dito, a autuação se baseou em premissa falsa, presumindo a ocorrência de execução de serviços de manutenção preventiva e corretiva e calibração em balanças mecânicas mediante cessão de mão-de-obra.;

d) que a empresa prestadora dos serviços presente na NFLD em debate é empresa optante pelo SIMPLES desde 1997, portanto não está sujeita à retenção de 11%, conforme entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça;

e) que dessa forma, mesmo nos casos onde há a prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra, não há que se falar em retenção de 11% face à incompatibilidade

2

técnica entre a sistemática de arrecadação da contribuição previdenciária instituída pela Lei nº 9711/98, que elegeu as empresas tomadoras de serviço como responsáveis tributários pela retenção de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal, e o regime de unificação de tributos SIMPLES, adotado pelas pequenas e microempresas (Lei nº 9317/96);

f) que contrariamente ao entendido pelo ilmo Auditor Fiscal, nunca houve a prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra;

g) que o d. agente fiscal não se baseou em qualquer contrato para verificar 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 de mão-de-obra.

h) que a contratada não mantém equipe cedida para a notificada em regime de cessão de mão- de- obra, não prestando serviços nas dependências da tomadora, e não há a necessidade de equipe dedicada, nem serviço contínuo podendo inclusive prestar esse tipo de serviço simultaneamente para várias empresas;

i) que, caso restasse comprovada a prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra, bem como se a jurisprudência não fosse pacífica no concernente à incompatibilidade do Instituto da Retenção com a sistemática tributária do SIMPLES, o período correto da autuação deveria excluir o período de 01/2001 a 08/2002, face ao disposto no parágrafo único da IN nº 03 de 14/07/2004.

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 8212/91.

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 a seja declarada insubsistente a Notificação Fiscal de Lançamento d e Débito impugnada, desconstituindo-se o crédito tributário apurado, a multa aplicada, bem como, os juros de mora. Porém, por cautela, na pior das hipóteses, caso este Conselho não acolha teses apresentadas pela recorrente, pede que seja reformada a decisão para limitar o período de autuação de 09/2002 a 02/2005, face ao disposto no parágrafo único da in nº 03 DE 14/07/2004. Juntou aos autos, Extratos dos Andamentos Processuais e Certidões de Objeto e Pé, das decisões citadas no presente recurso (fls. 182/360).

Foi efetuado o depósito recursal, nos termos da legislação em vigor, fls. 180.

A Secretaria da Receita Previdenciária ofereceu contra-razões, em que alegou que as empresas optante pelo SIMPLES sofrem a retenção como as não optantes, contudo no período de 01/2001 a 31/08/2002, nos termos do art. 142 Parágrafo único da IN nº 03/2005, estavam dispensadas de sofrer a retenção, pelo que sugeriu o provimento parcial do recurso para exclusão do período de 01/2001 31/08/2002 e, que quanto aos demais argumentos ora apresentados já foram devidamente apreciados quando da emissão da Decisão recorrida.

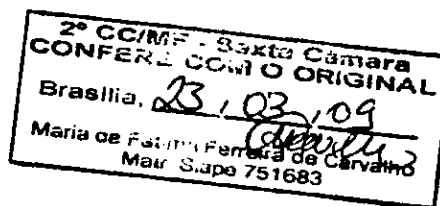
Estes autos foram objeto de julgamento pela 4ª Câmara de Julgamento do CRPS, que por meio da Decisão nº 279/2006, o Julgamento foi convertido em diligência, para que a autoridade lançadora informasse se os contratos objeto da presente NFLD seriam aqueles juntados pela Recorrente, caso não sejam, que 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 documentos de fls. 380/399; Notas Fiscais de Serviço, fls. 400; e relatado o seguinte: que a empresa apresentou as notas fiscais de serviços e os contratos de prestação de serviços a partir de agosto de 2002, que a fiscalização analisou os contratos e as notas fiscais. Foram excluídos os valores referentes a 50% dos serviços de locação de equipamentos nas seguintes notas fiscais: 3958, 3985, 4051, 4083, 4115, 4153 e 4176 e efetuada a retificação dos valores lançados, através da elaboração do Formulário para Cadastramento e Emissão de Documentos -FORCED, fls.529/530.

A empresa, intimada do resultado da diligência, manifestou-se no sentido de ratificar as razões anteriormente apresentadas alegando mais, que para que não pairassem dúvidas a este E. Conselho deveria restar demonstrado de forma minuciosa, detalhada que os serviços prestados efetivamente se enquadravam na previsão legal de cessão de mão-de-obra, com a exposição dos motivos que formaram sua convicção. Reiterou os pedidos anteriormente formulados.

É o Relatório.

1



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 arguição 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 8212/91, 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."

Cumprе 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 suscitada, 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. 56/61, 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 01/2001 a 02/2005.

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

21

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: inocorrência de ofensa ao disposto no art. 150, § 7º, art. 150, IV, art. 195, § 4º, art. 154, I, e art. 148.

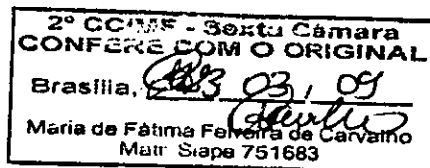
II - R.E. conhecido e improvido."

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).



Portanto incontestável é a obrigação previdenciária da empresa tomadora de serviços mediante cessação 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.

Dessa forma, por tudo que restou demonstrado, a lei nova (Lei nº 9711/98) não cria uma nova forma de contribuição, não revoga nem modifica a lei anterior (Lei nº 9317/96), apenas atribui à empresa tomadora a condição de responsável tributária, como numa forma de se eximir de possível responsabilidade solidária.

É certo que a empresa optante pelo SIMPLES paga as contribuições devidas à Seguridade Social, (cota patronal) juntamente com outros tributos, na forma estabelecida pela Lei nº 9317/96. Contudo, continua obrigada a arrecadar e a recolher as contribuições devidas pelos segurados utilizados na execução dos serviços prestados mediante cessação de mão-de-obra. Daí porque, o fato de uma empresa prestadora de serviços ser optante pelo SIMPLES, não afasta a obrigação da tomadora de efetuar a retenção dos 11%. Evidentemente, se o valor retido for superior ao valor devido, será efetuada a compensação do excesso pela empresa cedente 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 cessação 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 cessação de mão-de-obra estarão sujeitos à retenção, incluindo entre eles os serviços de manutenção de instalações, de máquinas e de equipamentos.

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 8212/91. Esclareça-se por oportuno que todos os entendimentos se convergem no mesmo sentido, de que para haver a retenção é imprescindível a demonstração da cessação de mão-de-obra.

Assim é que a Instrução Normativa nº 100, em que se fundamentou a fiscalização para aplicação da retenção na contratação do serviço em questão, inclui ainda condições a serem observadas, reforçando ainda mais o imperativo de ser comprovada pela fiscalização a efetiva cessação de mão-de-obra.:

"Art. 155 (...).

(...).

XIV – manutenção de instalações, de máquinas ou de equipamentos, quando indispensáveis ao seu funcionamento regular e permanente e desde que mantida equipe à disposição da contratante." (grifei).

Portanto, 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 manutenção preventiva e corretiva e calibração de balanças mecânicas, serviços esses prestados de forma eventual, conforme solicitação, não restando, de igual modo demonstrada a prestação de serviços nas dependências da contratante ou nas de terceiros 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.

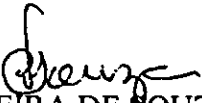
Por fim, não sendo configurada, nos termos da legislação pertinente, a cessão de mão-de-obra, não cabe aplicação da retenção prevista no caput do artigo 31 da Lei nº 8212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.711/98.

Isto posto; e

CONSIDERANDO tudo mais que dos autos consta

CONCLUSÃO: pelo exposto **VOTO** no sentido de **CONHECER DO RECURSO**, para no mérito, **DAR-LHE PROVIMENTO**, reformando, em consequência, a Decisão Notificação – DN nº 21.434.4/0106/2006.

Sala das Sessões, em 13 de fevereiro de 2008


CLEUSA VIEIRA DE SOUZA