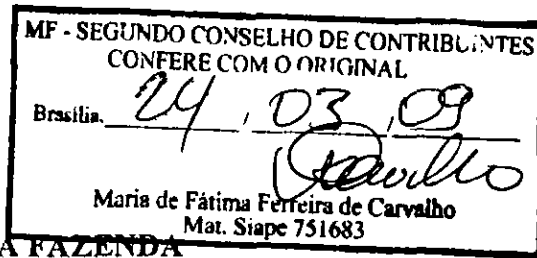




MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº 36624.008232/2005-39
Recurso nº 142.170 Voluntário
Matéria RETENÇÃO
Acórdão nº 206-01.257
Sessão de 03 de setembro de 2008
Recorrente D.F.C. PROJETOS E CONSTRUÇÕES LTDA
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA - SP



CC02/C06
Fls. 267

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/1999 a 30/04/2003

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO - RETENÇÃO DOS 11% - CARACTERIZADA A CESSÃO DE MÃO DE OBRA - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ÔNUS DA TOMADORA DE SERVIÇOS.

O instituto da retenção de 11% está previsto no art. 31 da Lei nº 8.212/1991, com redação conferida pela Lei nº 9.711/1998, nestas palavras: "Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho 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. (Redação dada pela MP nº 1.663-15, de 22/10/98 e convertida no art. 23 da Lei nº 9.711, de 20/11/98). Vigência a partir de 01/02/99, conforme o art. 29 da Lei nº 9.711/98."

A recorrente tomou serviços que envolveram cessão de mão-de-obra e empreitada de mão de obra, prova disso são os contratos, as notas fiscais anexadas aos presentes autos. Nesse sentido, destaco a obrigação do fisco em identificar a existência da cessão de mão de obra por meio da análise dos contratos, lançando as contribuições correspondentes apenas em relação aos contratos realizados nessa modalidade.

Ao não apresentar o recorrente durante o procedimento fiscal os contratos correspondentes, razão porque inverte-se o ônus da prova, para que o recorrente demonstre e comprove a não existência de cessão que o obrigasse a realizar a referida retenção. A mera alegação sem a comprovação dos fatos, não possui o condão de desconstituir o lançamento realizado.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍ-
CONFERE N.º ORIGINAL
Brasília, 24.03.09
Maria de Fátima Ferraz de Carvalho
Mat. Siapc 751683

O relatório fiscal fez o cotejamento entre a documentação e a descrição das contratações mediante empreitada e cessão de mão-de-obra (quando possível). Desse modo, a recorrente deveria ter retido o valor de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal/fatura, observados os limites de deduções e recolher a importância até o dia dois do mês subsequente à emissão da respectiva nota fiscal/fatura.

De acordo com o previsto no art. 33, § 5º da Lei nº 8.212/1991, o desconto sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa, sendo a responsabilidade direta de quem tinha o dever de realizá-lo. “Art. 33 (...) §5ºO desconto de contribuição e de consignação legalmente autorizadas sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa a isso 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.”

Recurso Voluntário Negado.

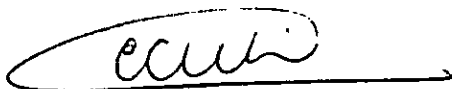
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da SEXTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.



ELIAS SAMPAIO FREIRE

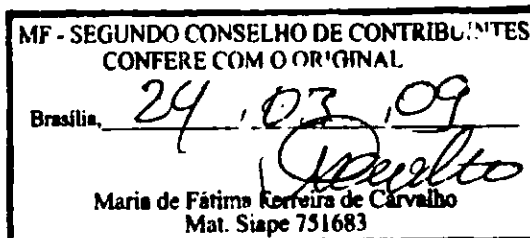
Presidente



ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Rogério de Lellis Pinto, Bernadete de Oliveira Barros, Marcelo Freitas de Souza Costa (suplente convocado), Ana Maria Bandeira, Cleusa Vieira de Souza e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.



Relatório

A presente NFLD tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social, parcela a cargo da empresa sobre a contratação de pessoas jurídicas mediante empreitada e cessão de mão de obra na construção civil. O lançamento compreende competências entre o período de 02/1999 a 04/2003, fls.04 a 20.

Foram apurados os seguintes levantamentos pela contratação de serviços médicos especializados:

FAM – Fama Seleção de Pessoal Ltda – Trab. Temporário;

FDL – Serviços Temporários Ltda – Trab. Temporário;

Em ambas as empresas foi apurado o valor da retenção sobre a diferença de vale transporte abatida a maior;

MVL – Empreiteira Marques Valentim – Serviço de empreitada (contrato fls. 69, item 1.1.1.10, fornecimento de mão de obra;

MA2 – Empreiteira e Comércio MAP, Serviço de empreiteira, contrato fls. 76 a 80, item 11.1 e 11.7;

Em ambos os contratos o fornecimento do material ficou a cargo do contratante, dessa forma, efetivou-se o lançamento da contribuição referente aos valores de materiais deduzidos indevidamente;

MAP – Empreiteira e Comércio MAP Ltda – Lançamento da diferença do indevido desconto de materiais acima do limite. Empresa, após o levantamento apresentou termo aditivo de contrato por FAX, sem as formalidades exigidas, razão porque não foi considerado;

FAR – Farkuh e Cia Ltda;

JCP – J.C. Pinturas;

PRO – Protende Serviços de Construção Civil;

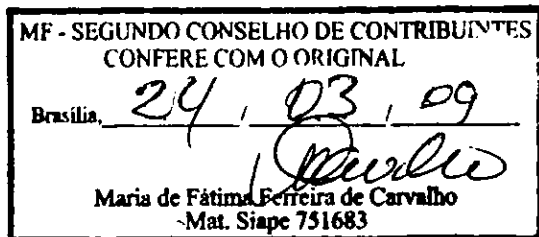
KAW – Kawafer Comércio e Serviços(contrato não considerado, pela data de sua realização e não discriminação da obra realizada.

Em todos os casos, já haviam sido realizadas retenções, porém novamente foram deduzidos materiais não descritos em contrato;

MA3 – Empreiteira e Comércio MAP Ltda

KA2 – Kawafer Comércio e Serviços Ltda, contrato fls. 96, item 2.1 e 3.1, objeto do contrato. Local dos serviços e Descrição dos serviços.

BET – Forros Betim



BPN – BPN Instalações Elétricas; contrato fls. 91, item 1.1.1.10 – Fornecimento de mão de obra por administração;

LUB – Lubraster Aço para Construção;

ATL – Atlas serviços, contrato fls. 105, contrato de fornecimento, montagem e instalação de elevadores.

ELS – Élson Decorações

Não conformada com a notificação, a recorrente apresentou defesa, fls. 126 a 133.

Foi emitida Decisão-Notificação confirmando a procedência parcial do lançamento, fls. 165 a 173, determinando a exclusão dos seguintes lançamentos: FAM, FDL, MAP E ATL.

Não concordando com a decisão do órgão previdenciário, foi interposto recurso, conforme fls. 218 a 229. Em síntese, a recorrente em seu recurso alega o seguinte:

Em relação a empresa Empreiteira e comércio MPA Ltda, resta consignado no contrato o fornecimento de Mão de obra, razão porque indevido é o lançamento fiscal;

Em relação a contratação da empresa Kawafer, trata-se de necessária utilização de equipamentos inerente a execução do serviço contratado, qual seja, dobra de vergalhões de aço;

Os princípios tributários pressupondo uma relação de subordinação não autorizam maleabilidade exegética, seja em sua regulamentação, seja em sua aplicação;

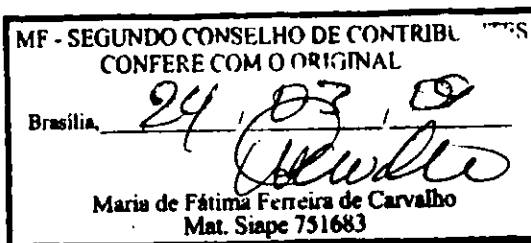
Conforme previsto no art. 148 do Codex Tributário, o arbitramento do valor do bem só pode ser levado a cabo quando omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo;

Em relação as empresas Élson Decorações, Lubraster Ltda e Empreiteira MAP, referente aos levantamentos da planilha 6, o INSS não levou em consideração que os serviços são os dispensados de retenção, conforme as NF apresentadas e o previsto no art. 16 da OS 209/99;

Em relação a empresa Open Representações, foi apresentado pedido de compra, que descreve basicamente a compra de materiais para telhado (telhas e estrutura metálica), sendo o único serviço prestado à fixação de telhas, que corresponde a aproximadamente 10% do valor. Assim, como na contratação da Atlas, não existe cessão de mão de obra.

O ônus da prova, a partir do advento do CTN é sempre de quem alega, ou seja, do sujeito ativo, único capaz de determinar a matéria tributável;

Pelo exposto, requer a recorrente que seja acolhida o presente recurso, para fins de declarar a insubsistência total da NFLD em questão.



A Delegacia da Receita Federal do Brasil, apresentou contra-razões as fls. 260 a 265.

É o Relatório.

Voto

Conselheira ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Relatora

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 260, tendo deixado de realizar depósito recursal face medida liminar. Pressupostos superados, passo ao exame das questões preliminares ao mérito.

DAS PRELIMINARES AO MÉRITO

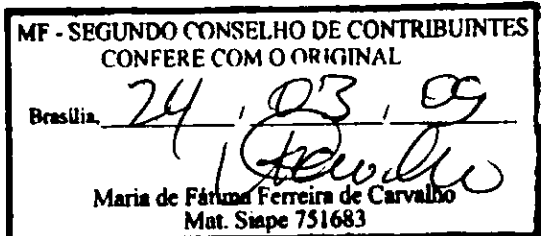
O instituto da retenção de 11% está previsto no art. 31 da Lei nº 8.212/1991, com redação conferida pela Lei nº 9.711/1998, nestas palavras:

"Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho 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. (Redação dada pela MP nº 1.663-15, de 22/10/98 e convertida no art. 23 da Lei nº 9.711, de 20/11/98). Vigência a partir de 01/02/99, conforme o art. 29 da Lei nº 9.711/98."

A recorrente tomou serviços que envolveram cessão de mão-de-obra e empreitada de mão de obra, prova disso são os contratos, as notas fiscais anexadas aos presentes autos. Nesse sentido, destaco a obrigação do fisco em identificar a existência da cessão de mão de obra por meio da análise dos contratos, lançando as contribuições correspondentes apenas em relação aos contratos realizados nessa modalidade.

Contudo, em diversos levantamentos não apresentou o recorrente durante o procedimento fiscal os contratos correspondentes, razão porque inverte-se o ônus da prova, para que o recorrente demonstre e comprove a não existência de cessão que o obrigasse a realizar a referida retenção. A mera alegação sem a comprovação dos fatos, não possui o condão de desconstituir o lançamento realizado. Portanto em relação aos levantamentos: KAW, KA2, ELS, LUB, MAP, OPN E BET, razão não assiste aos recorrente por não ter comprovado as alegações.

Em relação a possibilidade de deduzir da base de cálculo de contribuições os valores fornecidos à título de material, entendo que correto o entendimento manifestado pela autoridade julgadora de 1ª instância, aos limitar aos termos da Ordem de Serviços os limites de dedução de materiais. Entendo que o legislador, assim propôs foi a possibilidade de dedução, mas para tanto deveria estar explícito no contrato quais os materiais a serem empregados, possibilitando, inclusive sua mensuração e conferência. Atestar a simples entrega ou



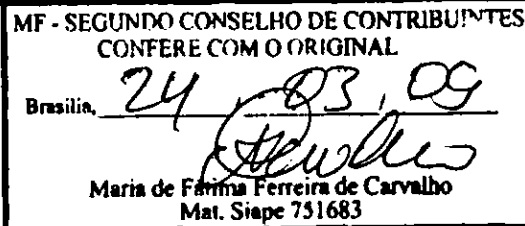
fornecimento não autoriza o contribuinte a extrapolar os limites legais, já que para valer-se dos benefícios dos mesmos deveria conservar as exigências legais.

Em relação aos demais levantamentos, entendo que razão também não assiste ao recorrente, visto adotar o mesmo posicionamento do julgador de 1ª instância.

"5.1 Quanto aos levantamentos das empresas Fama Seleção de Pessoal Ltda e FDL Serviços Temporários Ltda entendeu a autoridade lançadora, equivocadamente, que o abatimento do vale-transporte, nas Notas Fiscais de retenção, estaria limitado ao percentual de 6% do valor referente à folha de pagamento da prestadora no respectivo mês, razão pela qual efetuou o levantamento da diferença entre o que as empresas deduziram a título de vale-transporte e o referido percentual entendido como limite. Na realidade inexistente este limite, visto que o próprio artigo 28, § 9º, "f" da Lei 8.212/91 reconhece a "parcela recebida a título de vale-transporte, na forma da legislação própria" como não integrante do salário de contribuição. Ademais, a Ordem de Serviço INSS/DAF nº 209, de 20 de maio de 1999, que "estabelece procedimentos de arrecadação e fiscalização da retenção incidente sobre o valor dos serviços e das contribuições devidas sobre a remuneração decorrente da prestação de serviços através de cessão de mão-de-obra ou empreitada", estabelece, em seu item 19, in verbis, que "poderão ser deduzidos da base de cálculo da retenção os valores correspondentes ao custo de fornecimento, pela contratada, do vale-transporte e do vale-alimentação, em conformidade com a legislação própria". Portanto, não encontra respaldo legal a limitação da dedução dos custos relativos ao pagamento do vale-transporte ao percentual de 6% da folha-de-pagamento da prestadora, conforme explicitado no Relatório da NFLD, de fls. 50/54, item 8, "a", sendo este percentual encontrado apenas na Lei 7.418/85, art. 4º, § único, e no Decreto nº 95.247/87 que instituiu e regulamentou, respectivamente, o vale-transporte, no sentido de delimitar a quota de participação do beneficiário na adesão ao benefício.

5.1.1 Portanto, total razão assiste ao Impugnante ao propugnar pela exclusão destes levantamentos, o que de fato o fazemos, autorizados pelo art. 149 do CTN que possibilita a retificação de ofício do lançamento, para excluir de sua base de cálculo as planilhas 1 e 2 referentes aos levantamentos das rubricas FAM e FDL.

5.2 Quanto ao levantamento das rubricas MVL e MA2 (planilha 3) fundamentou-se na previsão de fornecimento de material pela contratante, enquanto no levantamento MAP (planilha 4), segundo o já mencionado Relatório Fiscal, itens "b" e "c", na não discriminação contratual do valor do fornecimento do material (planilha 4). O argumento da defesa de que tal procedimento "contradiz o disposto no item 17 e sub-itens 17.1 e 17.1.1, já que estes serviços dependem de utilização de equipamentos para sua execução" não deve prosperar. Em ambos os casos a autoridade lançadora desconsiderou a possibilidade da utilização de equipamentos por parte da contratada, o que ensejaria a possibilidade de dedução da base de cálculo da retenção, conforme explicitado no item 17 e sub-itens 17.1 e 17.1.1 da OS 209/99, abaixo transcritos, com destaques nossos:



"17 – A contratada que esteja obrigada a fornecer material ou dispor de equipamentos próprios ou de terceiros indispensáveis à execução do serviço, cujos valores estejam estabelecidos contratualmente, sendo as parcelas correspondentes discriminadas na nota fiscal, fatura ou recibo, os respectivos valores não estarão sujeitos à retenção.

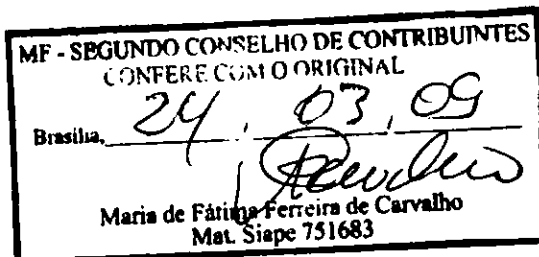
17.1 – Na hipótese de não constar no contrato os valores referentes a material ou equipamento, deverão ser discriminadas as respectivas parcelas na nota fiscal, fatura ou recibo, não se admitindo que o valor relativo aos serviços seja inferior a 50% do valor bruto.

17.1.1 – Quando a utilização de equipamento não estiver estabelecida em contrato, porém for inerente à execução do serviço, aplica-se o disposto no subitem anterior.

18 – Na falta de discriminação do valor da parcela relativa a material ou equipamento na nota fiscal, fatura ou recibo, a base de cálculo para a retenção será o seu valor bruto."

5.2.1 Desta feita, forma-se o seguinte entendimento: a) havendo previsão contratual para fornecimento de material ou utilização de equipamento próprio ou de terceiros por parte da contratada, tais valores previstos contratualmente serão deduzidos para apuração da mão-de-obra constante da Nota Fiscal/Fatura; b) caso haja a previsão contratual para fornecimento de material e/ou utilização de equipamentos, mas os valores destas parcelas não constem do contrato, aceita-se a discriminação contida nas Notas Fiscais/Faturas, desde que o valor dos serviços não seja inferior a 50% do valor bruto das Notas Fiscais/Faturas; c) ainda que a utilização de equipamento não esteja estabelecida em contrato, aceita-se a discriminação contida na Nota Fiscal/Fatura, desde que o valor dos serviços não seja inferior a 50%, caso a utilização do equipamento seja inerente à execução do serviço; e d) caso não haja previsão contratual nem discriminação na Nota Fiscal/Fatura/Recibo, prevalece o valor bruto da Nota Fiscal como base de cálculo da retenção devida.

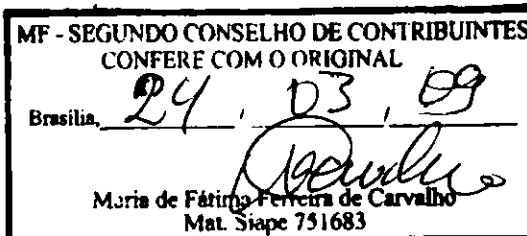
5.2.2 Com efeito, transpondo as hipóteses aludidas para o caso concreto temos: a) no levantamento MVL e MA2 (planilha 3), item "b" do Relatório Fiscal, há a referência nos próprios contratos de que o material seria fornecido pela contratante (e não da contratada, como lá consignado, considero eu, por engano). Nada a deduzir do valor bruto da nota fiscal no tocante a material. Ora, quanto a aludida utilização de equipamentos questionados pela Impugnante deve-se entender que o percentual de 50% é o máximo aceitável, e não a regra, e que os equipamentos que não tenham valores previstos em contrato, por terem a comprovação de seus valores dificultada e, ainda, evitando a caracterização de possível conluio entre as partes, a contratante deveria solicitar prova inequívoca destes valores, e se possível, aditar o contrato. Importante também observar que valores não sujeitos a retenção devem, sempre, ser destacados no corpo do documento fiscal de forma discriminada. Observe-se ainda que equipamentos de uso pessoal, tais como uniforme, colher de pedreiro, etc. não são admitidos para dedução da base de cálculo da retenção, conforme item 22 da OS 209/99. Mantidos, pois, os valores da planilha 3.



5.2.3 Já no caso do levantamento MAP constante da planilha 4, o Relatório Fiscal informa, em seu item "c" que a cobrança refere-se a parcela excedente aos 50% possíveis de serem descontados, visto que havia previsão contratual para fornecimento de material pela contratada, porém sem a especificação dos valores. Informa, ainda, que desconsiderou "fax de um suposto aditivo ao aludido contrato" onde seria discriminado os percentuais referentes à utilização de material e equipamento, "em razão de ter sido entregue após a apresentação do levantamento à empresa (...), por se tratar de um fax transmitido pela prestadora (a tomadora não tinha em seu poder a via original), bem como pela própria literalidade do aditivo (vem por meio desta informar)". Importante observar que, nas contratações onde haja discriminação em contrato dos valores excluídos da retenção segue-se, para efeitos de cálculo do valor da base da retenção, a realidade exposta no contrato, o qual goza de presunção relativa de veracidade, ainda que sejam em percentuais inferiores a 50%. As razões aduzidas pela autoridade lançadora não me parecem suficientes para descaracterizar a existência do aludido aditivo que, conforme documento de fls. 90, estabelece os percentuais de 25% para mão-de-obra, 60% para materiais e 15% para equipamentos dos valores constantes das Notas Fiscais. Ao confrontar o percentual com o levantamento das Notas Fiscais constantes da planilha 4, observa-se que a empresa procede as retenções com base nos percentuais estabelecidos no aditivo do contrato, devendo-se, portanto, afastar da Impugnante a obrigação decorrente deste levantamento.

5.3 Com relação aos levantamentos discriminados pela planilha 5, item "d" do Relatório Fiscal alega a autoridade lançadora a glosa das parcelas deduzidas em razão da não apresentação dos contratos que as autorizasse. Não obstante, apresenta a defesa o Pedido de Compra e as Notas Fiscais 4427 e 4484 de emissão da empresa Farkuh e Cia Ltda, bem como o Pedido de Compra e a Nota Fiscal 003 de emissão da empresa J. C. Pinturas, onde constam os percentuais e valores de retenção para mão-de-obra e material. Não obstante, não apresenta o instrumento contratual onde deveriam estar previstos ou estes percentuais, ou, pelo menos, a disposição da obrigação do fornecimento de material ou utilização de equipamentos pela contratada, estando eles presentes apenas no "Pedido de Compra", instrumento não hábil para comprovação, motivo pelo qual deve-se aplicar o entendimento de que não há autorização para se proceder as deduções, ficando mantida as obrigações constantes da planilha 5 com relação a estes levantamentos e dos demais, relativos às empresas Protende Serviços de Construção Civil Ltda e Kawafer Comércio e Serviços Ltda, não contestados na defesa.

5.4 A planilha 6 relaciona os levantamentos relativos a diversas empresas onde, no dizer do item "e" do já aludido Relatório Fiscal a empresa autuada não procedeu a qualquer retenção, tendo considerado por base de cálculo o valor bruto das Notas Fiscais. Alega a defesa o direito de dedução de 50% a título de fornecimento de material e/ou utilização de equipamentos, nos contratos das empresas Empreiteira e Comércio MAP, Kawafer Comércio e Serviço, Forros Betim e BPN Instalações Elétricas, o que não se constata nos contratos anexados de fls. 91/104.



5.4.1 Quanto à rubrica JWB não procede a alegação da defesa de que, sendo a Nota Fiscal de fevereiro de 1999 (conforme caracterizado na planilha 6), a exigência não se faz devida, posto que a obrigação de reter somente se inicia em 07 de maio de 1999. Assim reza o art. 29 da Lei nº 9.711/98:

"Art. 29. O art. 31 da Lei 8.212, de 1991, produzirá efeitos a partir de 1º de fevereiro de 1999, ficando mantida, até aquela data, a responsabilidade solidária na forma da legislação anterior."

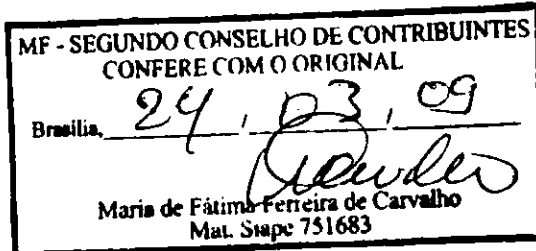
Desta maneira, a nova técnica de arrecadação já atinge emissão de documentos fiscais a partir de fevereiro de 1999, mesmo que referentes a períodos anteriores, pois o fato gerador da obrigação de reter os 11% nasce com a emissão da Nota Fiscal ou Fatura.

5.4.2 Assiste razão à Impugnante ao protestar quanto à inclusão dos contratos com a Empresa Elevadores Atlas Schindler S/A como sujeitos à retenção. Com efeito, os contratos tem por objeto "o fornecimento, montagem e instalação do(s) equipamento(s) marca Atlas Schindler (...)", para o qual especifica um valor correspondente à mão-de-obra empregada, porém tal contrato não caracteriza cessão de mão-de-obra, nem faz referência a "manutenção de instalações de máquinas e equipamentos", serviço este especificamente citado como sujeito a retenção pelo Regulamento, não sendo possível, ainda, caracterizar a instalação e montagem de um elevador como de necessidade permanente da empresa, conforme destacado na lei (art. 31, § 3º, da Lei nº 8.212/91) como caracterizadora da cessão de mão-de-obra. Afaste-se, pois, da Impugnante, estas exigências.

5.4.3 Improcedente, por não restar comprovado via apresentação dos contratos, o protesto quanto aos levantamentos da planilha 6 que se compõem das empresas Êlson Decoração, Lubrasfer Ltda e Empreiteira MAP, por tratarem-se de serviços expressamente dispensados da retenção, quais sejam, respectivamente, os serviços de elaboração de projetos, serviços de fundação e hidrojateamento.

5.4.4 Finalmente, e pelas mesmas razões do item 5.3 acima, por não apresentar discriminação contratual sequer da previsão de utilização de equipamentos ou do fornecimento de materiais pela contratada, apenas previsão inscrita em "Pedido de Compra", inaceitável a alegação do percentual previsto para execução do serviço prestado pela empresa Open, que portanto prevalece pelo total da emissão da Nota Fiscal.

6. Assim, autorizado pelo artigo 149 do CTN, há que se retificar de ofício o lançamento, excluindo de sua base de cálculo as contribuições referentes aos levantamentos FAM VALE TRANSPORTE, FDL VALE TRANSPORTE, MAP S/ DISCR. MATERIAIS E ATLAS, e mantendo as demais, em conformidade com o relatório DADR – Discriminativo Analítico de Débito Retificado, que acompanha a presente decisão.



O relatório fiscal fez o cotejamento entre a documentação e a descrição das contratações mediante empreitada e cessão de mão-de-obra (quando possível). Desse modo, a recorrente deveria ter retido o valor de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal/fatura, observados os limites de deduções e recolher a importância até o dia dois do mês subsequente à emissão da respectiva nota fiscal/fatura.

De acordo com o previsto no art. 33, § 5º da Lei nº 8.212/1991, o desconto sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa, sendo a responsabilidade direta de quem tinha o dever de realizá-lo.

"Art. 33 (...).

§5º O desconto de contribuição e de consignação legalmente autorizadas sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa a isso 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."

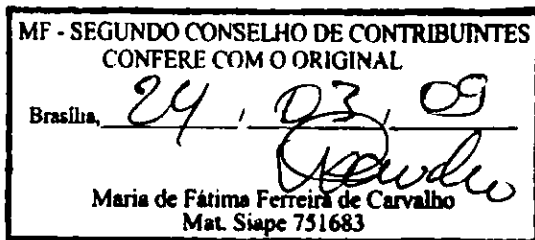
No caso da retenção de 11% não há que se falar em solidariedade, tampouco em benefício de ordem, pois o comando legal impôs a responsabilidade à tomadora de serviços, assim como o fez em relação ao desconto dos segurados empregados. Essa é uma presunção legal absoluta que milita em favor da fiscalização previdenciária.

Ao contrário dos argumentos trazidos pelo recorrente, entendo que no caso de retenção há duas obrigações: a primeira, acessória, que é o desconto dos 11%; a segunda é a principal, que é o recolhimento das contribuições retidas. Uma vez que as contribuições previdenciárias são tributos, o objeto da retenção dos 11% também possui natureza tributária, haja vista ser uma antecipação das contribuições, possuindo natureza de substituição tributária.

Cumpre-nos esclarecer ainda, que a fiscalização previdenciária é competente para constituir os créditos tributários decorrentes dos fatos geradores de contribuições previdenciárias, conforme descrito no art. 1º da Lei 11.098/2005:

"Art. 1º Ao Ministério da Previdência Social compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento, em nome do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, e das contribuições instituídas a título de substituição, bem como as demais atribuições correlatas e conseqüentes, inclusive as relativas ao contencioso administrativo fiscal, conforme disposto em regulamento."

Ademais, não compete ao auditor fiscal agir de forma discricionária no exercício de suas atribuições. Desta forma, em constatando a falta de recolhimento, face a ocorrência do fato gerador, cumpri-lhe lavrar de imediato a notificação fiscal de lançamento de débito de forma vinculada, constituindo o crédito previdenciário. O art. 243 do Decreto 3.048/99, assim dispõe neste sentido:



"Art.243. Constatada a falta de recolhimento de qualquer contribuição ou outra importância devida nos termos deste Regulamento, a fiscalização lavrará, de imediato, notificação fiscal de lançamento com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, de acordo com as normas estabelecidas pelos órgãos competentes."

Ainda quanto a demonstração de existência ou não de cessão de mão de obra, entendo que se o auditor tivesse acesso a todos os contratos poderia demonstrar com maior detalhe a execução dos serviços, porém ao não apresentar os contratos a empresa inverteu o ônus da prova, e neste caso teria que provar a não existência da obrigação de realizar a retenção.

Por todo o exposto, entendo que o lançamento fiscal seguiu os ditames previstos, devendo ser mantido nos termos da Decisão Notificação.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto voto por CONHECER DO RECURSO, para no mérito NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Sala das Sessões, em 03 de setembro de 2008



ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA