



Telecomunicação terá enfrentar com vigor desafio econômico

A retenção de INSS de 11% sobre o faturamento das empresas prestadoras de serviços de cessão de mão-de-obra e de construção civil apesar de ter sido instituída em 1988 pela Lei 9.711, ainda tem seu alcance amplamente discutido. O foco do debate é a constitucionalidade da referida lei sob o argumento de que se tratava de nova contribuição, mas o Poder Judiciário afastou a referida tese mantendo válidos seus efeitos desde sua criação.

Hoje a lei referida está sendo alvo de novo embate jurídico, devido ao alcance de seus efeitos. O que se discute agora é se a obrigação da retenção deve recair a todos os serviços de cessão de mão-de-obra e construção civil, ou somente àqueles da mesma natureza em que os profissionais vinculados à prestação dos serviços estiverem sob as ordens do tomador. Neste sentido foi impetrado recente Mandado de Segurança perante a 6ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Campinas-SP (processo 2008.61.05.004988-4), ainda pendente de decisão.

O segmento de serviços em geral continua sendo a principal área da economia brasileira representando 64% de participação no PIB de acordo com o IBGE, mantendo forte ritmo de crescimento desde a segunda metade da década de 90. Parte desse crescimento se deve pela crescente política de terceirização adotada pela maioria das grandes empresas.

Diante do cenário apresentado, a contribuição social incidente sobre folha de pagamentos que antes se concentrava em poucas empresas passou a atingir um grande número de pequenas e médias empresas.

A desconcentração dessa carga tributária trouxe preocupação à Fazenda Nacional que não tardou a implementar uma sistemática de substituição do sujeito passivo (prestador de serviços) obrigando a empresa tomadora (quem terceiriza) a reter a Contribuição Social sobre o faturamento.

Essa nova sistemática foi introduzida pela Lei 9.711/98 que alterou o artigo 31 da Lei 9.212/91 obrigando as empresas tomadoras a reterem 11% sobre o valor total da fatura e prestação de serviços de cessão de mão-de-obra e construção civil.

“Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia 10 (dez) 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 desta Lei.”

Apesar de essa nova sistemática permitir ao prestador de serviços a compensação dos 11% retidos do faturamento com as contribuições incidentes sobre a folha de salários, a nova sistemática continuou prejudicial às empresas prestadoras, pois as retenções passaram a superar em muito as contribuições sobre a folha de salários impactando diretamente no fluxo de caixa dessas empresas, cuja restituição do saldo credor por parte da Fazenda Pública estaria vinculado à análises técnicas e documentais futuras.

No mais, a possibilidade de restituição do crédito em favor do contribuinte sempre esteve vinculada à análise documental a ser feita por Auditor Fiscal, de documentos e fatos com base em seu poder discricionário, tornando quase impossível a restituição face às intermináveis exigências apresentadas a



todo tempo.

A aplicação do percentual genérico de 11% sobre a folha de salários, baseado em estatísticas pinçadas de alguns poucos segmentos da economia, acabou por sacrificar os demais segmentos que já estavam suportando uma pesada carga tributária. Dentre esses segmentos podemos citar o de Telecomunicações que terceiriza grande parte do serviço destinado a sua infra-estrutura.

No início, a Lei 9.711/98 que fora regulamentada pela Ordem de Serviços no. 203/99 trouxe grandes discussões acerca de sua constitucionalidade. O Judiciário ficou dividido quanto ao tema até que o Supremo Tribunal Federal pacificou entendimento acerca da constitucionalidade da referida lei, conforme se verifica dos julgados AgRg no REsp 433799/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ 05.05.2003 p. 224; REsp 548190/PE, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ 01.02.2006 p. 435; AgRg no Ag 493819/MG, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ 15.03.2004 p. 237 e REsp 439155/MG, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ 23.09.2002 p. 289.

Ocorre que nesses embates também foi largamente discutido o alcance do conceito de cessão de mão-de-obra surgindo novo impasse.

A Ordem de Serviço n. 203/99 definia cessão de mão-de-obra da seguinte forma:

“2 – Entende-se por 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 contratante, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação”

Esse conceito passou a ser interpretado de forma abrangente atingindo quase todos os tipos de contratação de serviços tornando praticamente inviável a permanência de pequenas e médias empresas na formalidade.

Verificando o fisco que estava diante de grande problema decidiu por promover alterações na regulamentação da referida Lei pela Ordem de Serviços/SRP 209/99, Instrução Normativa/SRP 100/2003 e por fim pela Instrução Normativa/SRP 3/2005, atualmente em vigor que em seus artigos 145 e 147 delimitou o alcance do conceito de cessão de mão-de-obra.

*A atual legislação trouxe mais tranqüilidade ao segmento de infra-estrutura de Telecom ao definir claramente o conceito de cessão de mão-de-obra no parágrafo 3º do artigo 143 da já referenciada Instrução Normativa MPS/SRP 03/2005, segundo a qual “**por colocação à disposição da empresa contratante entende-se a cessão do trabalhador, em caráter não eventual, respeitados os limites do contrato**”. (grifos acrescidos)*

Nesse sentido, a disponibilidade de trabalhador no aludido regime deve ser compreendida como a colocação de profissional à inteira disposição do contratante, sob seu comando, suas ordens e sua responsabilidade, para prestação de determinadas espécies de serviços contínuos, em regime de locação de mão-de-obra.

Nesse contexto, a cessão de trabalhador, geradora da exigência de retenção de 11% em tela, pressupõe disponibilidade de mão-de-obra, pela empresa terceirizada, para utilização plena e efetiva do profissional, pelo contratante, na execução das atividades exaustivamente enumeradas nos artigos 145 e



146 da Instrução Normativa MPS/SRP 03/2005, sempre sob gerência e responsabilidade do tomador dos serviços contratados.

Em outras palavras, ainda que se imaginasse, apenas para fins argumentativos, que os serviços prestados pelas empresas de infra-estrutura de Telecom estivessem insertos na relação taxativa veiculada pelos artigos 145 e 146 da Instrução Normativa MPS/SRP 03/2005, os conceitos aqui traçados justificam a afirmação de que a exigência da retenção prevista na legislação previdenciária de regência somente seria autorizada se — e somente se — o tomador dos serviços exercesse plenos poderes de comando e gestão sobre o trabalhador disponibilizado pela empresa-contratada — o que, efetivamente, não ocorre.

O Superior Tribunal de Justiça há tempos tem se manifestado no mesmo sentido do entendimento aqui consignado, a exemplo do conteúdo do acórdão relatado pelo Ministro Teori Albino Zavascki nos autos do Recurso Especial 488.027-SC, publicado no DJU de 14 de junho de 2004, perfeitamente aplicável à hipótese, que efetivamente autoriza a conclusão de que não se enquadrariam no conceito de “cessão de mão-de-obra” as prestações de serviços de infra-estrutura dentre outras. Vejamos:

“(...) são, portanto, requisitos caracterizadores da cessão de mão-de-obra a colocação de empregados (‘segurados’) à disposição do contratante. Nesse sentido, os empregados ficam submetidos ao poder de comando do próprio contratante, não do cedente”.

Superado este grande obstáculo que ceifou precocemente a “vida” de promissoras empresas prestadoras de serviços e tornou penosa a vida de várias outras, cabe aos empresários do segmento de infra-estrutura de Telecom e também aos empresários dos demais setores, caso se enquadrem nessa modalidade, refazerem suas contas para enfrentar com mais vigor os novos desafios que o atual crescimento econômico está a proporcionar.

Date Created

17/06/2008