



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

Processo nº 10120.007764/2007-06
Recurso nº 151.946 Voluntário
Acórdão nº **2302-00.239 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 30 de setembro de 2009
Matéria Cessão de Mão de Obra: Responsabilidade Solidária. Empresas em Geral
Recorrente CONSTRUTORA CENTRAL DO BRASIL LTDA. E OUTRO
Recorrida DRP GOIÂNIA/GO

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1997 a 31/12/1998

Ementa:

DECADÊNCIA. O Supremo Tribunal Federal, através da Súmula Vinculante nº 08, declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24/07/91. Tratando-se de tributo sujeito ao lançamento por homologação, que é o caso das contribuições previdenciárias, devem ser observadas as regras do Código Tributário Nacional - CTN. Assim, comprovado nos autos o pagamento parcial, aplica-se o artigo 150, §4º; caso contrário, aplica-se o disposto no artigo 173, I.

VÍCIO FORMAL MPF - INOCORRÊNCIA

A ciência do sujeito passivo na Notificação Fiscal de Lançamento de Débito após a expiração do Mandado de Procedimento Fiscal, não acarreta a nulidade do lançamento.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ELISÃO DA RESPONSABILIDADE. NÃO OCORRÊNCIA.

A tomadora de serviços é solidária com a prestadora de serviços até a entrada em vigor da Lei nº 9.711/1998. A elisão é possível, mas se não realizada na época oportuna persiste a responsabilidade. Não há benefício de ordem na aplicação do instituto da responsabilidade solidária na construção civil.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da Segunda Turma Ordinária da Terceira Câmara, por maioria de votos, com fundamento no artigo 173, I do CTN, acatar a preliminar de decadência de parte do período a que se refere o lançamento para provimento parcial do recurso, vencido o Conselheiro Rogério de Lellis Pinto que aplicava o artigo 150, § 4º e no

mérito, por unanimidade de votos, manter os demais valores lançados, nos termos do voto da Relatora.

Liege Lacroix Thomasi

Presidente e Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Liege Lacroix Thomasi, (Presidente), Marco André Ramos Vieira, Adriana Sato, Núbia Moreira Barros Mazza (Suplente), Rogério De Lellis Pinto, Manoel Coelho Arruda Junior

Relatório

Trata a notificação, lavrada em 05/11/2003 e cientificada ao sujeito passivo em 03/12/2003, de contribuições previdenciárias decorrentes da responsabilidade solidária entre a notificada e a empresa CONSTRUTORA MARQUES FIGUEIREDO LTDA. pelos serviços prestados na construção civil nas competências de 08/1997 a 11/1998..

O devedor solidário foi notificado por edital, em 28/09/2005, fls. 102/103

O relatório fiscal diz que a notificada não se ilidiu da responsabilidade solidária, não apresentando os comprovantes de recolhimento das contribuições previdenciárias e as respectivas folhas de pagamento para as competências de emissão de notas fiscais, ou faturas de prestação de serviços. Também não foram apresentados os contratos de prestação de serviços.

Após a apresentação de defesa, foi emitido relatório complementar e cientificadas as devedoras. Decisão-Notificação julgou o lançamento procedente em parte, retificando o crédito lançado para aproveitar as guias de recolhimento no CNPJ da prestadora para as atividades em que tal fato se mostrou pertinente..

Inconformado o contribuinte apresentou recurso tempestivo, onde alega em síntese:

- a) a nulidade da notificação por sido cientificada ao sujeito passivo após a expiração do MPF;
- b) que é absurda a solidariedade imposta na locação ou aluguel de máquinas;
- c) que a solidariedade implica responsabilidade que somente pode ser imputada a alguém ligado ao fato gerador da obrigação, que não pode ser presumida;
- d) que o percentual a ser exigido deveria ter sido de 5%, terraplenagem;
- e) que a fiscalização deveria ter consultado o contador das contribuições para elidir o débito.

Requer a juntada de provas *a posteriori*, a nulidade da notificação pelos vícios contidos na mesma e pela natureza dos serviços de “aluguel”, que seja a dotado o percentual de 5%, que sejam aceitas guias genéricas, que seja certificada a real existência de débito junto à prestadora e que o débito seja exigido primeiramente da prestadora.

A DRP ofereceu as contra-razões e os autos foram encaminhados à segunda instância.

Acórdão da 04ª CaJ, fls. 152/154, converteu o julgamento em diligência para ser esclarecido pela fiscalização:

- a) se houve fiscalização total na empresa prestadora que englobe total ou parcialmente, o período objeto do presente lançamento;
- b) se em nome da prestadora consta adesão a parcelamentos especiais (REFIS e PAES);
- c) se há registro de CND de baixa emitida em favor da prestadora dos serviços.

Em resposta à diligência solicitada a fiscalização informa às fls. 184/185, que não houve fiscalização no período do lançamento; que consta de adesão ao REFIS, no período do débito, mas relativo à sua parte administrativa e para suas própria obras, conforme extrato juntado às fls. 158/182..Não consta emissão de CND para fins de baixa.

Os autos retornaram para julgamento, mas novo Acórdão devolve os mesmos à instância administrativa para que seja dada ciência da diligência às devedoras.

As devedoras solidárias foram cientificadas do teor da diligência fiscal, mas não houve qualquer manifestação.

É o relatório.

Voto

Conselheira Liege Lacroix Thomasi, Relatora

Cumprida a diligência retornam os autos para julgamento.

Da Preliminar

Esclareço à recorrente que a ciência da notificação fiscal de lançamento de débito ter ocorrido após a expiração do prazo constante do Mandado de Procedimento Fiscal – MPF, não é causa da nulidade do lançamento eis que o mesmo ocorreu quando o MPF ainda estava válido. A ciência da notificação ao sujeito passivo não pode ser confundida com o lançamento do crédito previdenciário, que foi efetuado dentro do prazo estipulado pelo MPF.

Com respeito ao entendimento do Conselho de Recursos da Previdência Social, ao qual se refere a requerente, de que a notificação do sujeito passivo fora do prazo de validade do MPF, ensejaria a nulidade do lançamento, reitero o que já constou da decisão recorrida, ou seja: tal entendimento foi revogado pelo Enunciado N. 25, conforme Resolução MPS/CRPS n. 01, que transcrevo:

RESOLUÇÃO MPS/CRPS N. 1, de 23 de fevereiro de 2006 – DOU de 06/03/2006

Edita o enunciado n. 25 do Conselho de Recursos da Previdência Social

A CÂMARA SUPERIOR do Conselho de Recursos da Previdência Social especializada em matéria de custeio, no uso da competência que lhe é atribuída pelo artigo 303, parágrafo 1, inciso IV, do Decreto n. 3048/99, na redação do Decreto n. 4.729, de 09 de junho de 2003, publicado no Diário Oficial da União de 10 de junho de 2003, tendo em vista o disposto no artigo 61, Parágrafos 1 e 2 e artigo 63, Parágrafo 5, Inciso I da Portaria MPS n. 88/2004 - Regimento Interno do CRPS – e cumprindo deliberação do Conselho Pleno em reunião realizada no dia 23 de Fevereiro de 2006, resolve:

Editar o seguinte enunciado:

Enunciado N. 25

A notificação do sujeito passivo após o prazo de validade do Mandado de Procedimento Fiscal – MPF – não acarreta nulidade do lançamento.

A Notificação refere-se à responsabilidade solidária na prestação de serviços em construção civil, abrangendo as competências de 01/1997, 03/1997 e de 05/1997 a 12/1998, e foi lavrada em 05/11/2003, com ciência pelo sujeito passivo em 03/12/2003 e pelo devedor solidário através de edital de 28/09/2005.

Assim, embora não argüida pelo recorrente é de se examinar a decadência por ser questão de ordem pública. Nas sessões plenárias dos dias 11 e 12/06/2008, respectivamente,

o Supremo Tribunal Federal - STF, por unanimidade, declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24/07/91 e editou a Súmula Vinculante nº 08. Seguem transcrições:

Parte final do voto proferido pelo Exmo Senhor Ministro Gilmar Mendes, Relator:

Resultam inconstitucionais, portanto, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91 e o parágrafo único do art.5º do Decreto-lei nº 1.569/77, que versando sobre normas gerais de Direito Tributário, invadiram conteúdo material sob a reserva constitucional de lei complementar.

Sendo inconstitucionais os dispositivos, mantém-se hígida a legislação anterior, com seus prazos quinquenais de prescrição e decadência e regras de fluência, que não acolhem a hipótese de suspensão da prescrição durante o arquivamento administrativo das execuções de pequeno valor, o que equivale a assentar que, como os demais tributos, as contribuições de Seguridade Social sujeitam-se, entre outros, aos artigos 150, § 4º, 173 e 174 do CTN.

Diante do exposto, conheço dos Recursos Extraordinários e lhes nego provimento, para confirmar a proclamada inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei nº 1.569/77, frente ao § 1º do art. 18 da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional 01/69.

É como voto.

Súmula Vinculante nº 08:

“São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

Os efeitos da Súmula Vinculante são previstos no artigo 103-A da Constituição Federal, regulamentado pela Lei nº 11.417, de 19/12/2006, *in verbis*:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Lei nº 11.417, de 19/12/2006:

Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências.

...

Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.

§ 1º O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciais ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

Como se constata, a partir da publicação na imprensa oficial, que se deu em 20/06/2008, todos os órgãos judiciais e administrativos ficam obrigados a acatarem a Súmula Vinculante.

As contribuições previdenciárias são tributos lançados por homologação, assim devem, em regra, observar a regra prevista no art. 150, parágrafo 4º do CTN. Havendo, então o pagamento antecipado, observar-se-á a regra de extinção prevista no art. 156, inciso VII do CTN. Entretanto, somente se homologa pagamento, caso esse não exista, não há o que ser homologado, devendo ser observado o disposto no art. 173, inciso I do CTN. Nessa hipótese, o crédito tributário será extinto em função do previsto no art. 156, inciso V do CTN. Caso tenha ocorrido dolo, fraude ou simulação não será observado o disposto no art. 150, parágrafo 4º do CTN, sendo aplicado necessariamente o disposto no art. 173, inciso I, independentemente de ter havido o pagamento antecipado.

Portanto, inclino-me à tese jurídica na Súmula Vinculante nº 08 para acatar o prazo decadencial exposto no Código Tributário Nacional artigo , artigo 173, inciso I, uma vez que os valores devidos não foram objeto de recolhimento previdenciário, devendo ser excluídas do levantamento as competências de 01/1997, 03/1997 e de 05/1997 a 11/1997:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Do Mérito

De acordo com a legislação vigente desde a época da ocorrência do fato gerador, qual seja, a contratação dos serviços de construção civil na competência de 01/1999, o

tomador do serviço responde solidariamente com o prestador pelo recolhimento das contribuições previdenciárias.

Conforme o inciso VI do artigo 30, da Lei n.º 8.212/91, o proprietário, dono da obra ou condômino da unidade imobiliária, qualquer que seja a forma de contratação da construção, reforma, ou acréscimo, são solidários com o construtor, e estes com a subempreiteira, pelo cumprimento das obrigações para com a Seguridade Social, ressalvado o seu direito regressivo contra o executor ou contratante da obra e admitida a retenção de importância a este devida para garantia do cumprimento dessas obrigações, não se aplicando em qualquer hipótese o benefício de ordem.

Portanto, no caso de construção civil, indiferentemente de como o serviço é prestado, sempre haverá a solidariedade, ressalvado o direito à retenção para as competências posteriores a 01/1999, o que não é o caso da presente notificação.

O levantamento do crédito previdenciário obedece à legislação de regência e no Anexo FLD – Fundamentos Legais do Débito, fls. 14/18, consta expressamente a fundamentação legal que permite o lançamento por aferição indireta.

Quando da quitação da nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços, cabe ao contratante de obra ou serviço de construção civil, exigir da empresa contratada por empreitada total ou parcial, ou subempreitada, até a competência janeiro de 1999, inclusive, cópia das folhas de pagamento e dos documentos de arrecadação com vinculação inequívoca à obra.

O artigo 42, parágrafo 1º. do Decreto no. 612/92, que deu nova redação ao Regulamento da Organização e do Custeio da Seguridade Social – ROCSS, aprovado pelo Decreto no. 356/91, estabelece que a responsabilidade solidária pode ser elidida, desde que seja exigido do construtor o pagamento das contribuições incidentes sobre a remuneração dos segurados incluída em nota fiscal ou fatura correspondente aos serviços executados, quando da quitação da referida nota fiscal ou fatura, na forma estabelecida pelo INSS.

Já os parágrafos 1º. e 2º. do artigo 43 do Regulamento da Organização e do Custeio da Seguridade Social – ROCSS, aprovado pelo Decreto no. 2.173/97, que revogou o Decreto 612/92, determinam que a responsabilidade solidária somente será elidida se for comprovado pelo executor da obra o recolhimento das contribuições incidentes sobre a remuneração dos segurados incluída em nota fiscal ou fatura correspondente aos serviços executados, quando da quitação da referida nota fiscal ou fatura, quando não comprovadas contabilmente, e que, para esse efeito, o executor da obra deverá elaborar folhas de pagamento e guias de recolhimento distintas para cada empresa contratante, devendo esta exigir do executor da obra, quando da quitação da nota fiscal ou fatura, cópia autenticada da guia de recolhimento quitada e respectiva folha de pagamento.

Não apresentando estes documentos, e uma vez que a não apresentação ou a apresentação deficiente de documentos ou informações autoriza a aferição dos valores devidos, com base no parágrafo 3º. do artigo 33 da Lei 8.212/91, ficou o recorrente sujeito à cobrança do valor indiretamente aferido com base nas notas fiscais, faturas ou recibos de prestação de serviços.

Também o mesmo artigo 33 da Lei n.º 8.212/91, com a redação vigente à época da notificação, confere ao INSS a competência para normatizar o recolhimento das contribuições previdenciárias:

Art.33.Ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas “a”, “b” e “c” do parágrafo único do artigo 11, bem como as contribuições incidentes a título de substituição; e a Secretaria da Receita Federal - SRF compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas “d” e “e” do parágrafo único do artigo 11, cabendo a ambos os órgãos, na esfera de sua competência, promover a respectiva cobrança e aplicar as sanções previstas legalmente.

Nesta esteira, as Ordens de Serviço INSS/DAF N.º 051/92 (período de 05/1997 a 07/1997) e 167/97, vigentes à época do lançamento, definem o procedimento criterial de apuração da remuneração da mão-de-obra com base na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços e estabelecem os parâmetros para aferição indireta da remuneração da mão-de-obra com base na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços, caso haja previsão contratual de fornecimento de material, ou de utilização de equipamentos, ou de ambos, na execução dos serviços contratados.

A fiscalização, em obediência aos comandos normativos, utilizou, para cálculo da remuneração, a alíquota de quarenta por cento sobre o valor das notas fiscais de serviço, quando a mesma se refere somente à mão de obra e de doze por cento sobre a nota fiscal de serviço, considerando que houve utilização de equipamentos mecânicos, para as competências de 01/1997 a 07/1997.

No período de 08/1997 a 12/1998, foi utilizado o valor de 40% para as notas fiscais de serviço que contemplavam somente mão de obra, três por cento sobre o valor das notas fiscais de serviço de pavimentação e doze por cento para os demais serviços com utilização de meios mecânicos. Não sendo procedente o percentual de 5%, como quer a recorrente, já que as notas não tratam de terraplenagem.

Quanto à apresentação de guias de recolhimento genéricas para elidir a responsabilidade solidária é de se registrar que a Decisão recorrida já aproveitou os recolhimentos que se mostraram pertinentes, tanto que retificou o crédito lançado.

Segundo o artigo 124 do CTN, são solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal; e as pessoas expressamente designadas por lei. O parágrafo único do artigo 124 do CTN informa ainda que a solidariedade referida não comporta benefício de ordem.

Na solidariedade passiva, não existindo benefício de ordem, o instituto da solidariedade não se compadece com a obrigatoriedade de ouvir-se primeiro uma das partes envolvidas para, somente após, verificada a inadimplência desta, forçar-se a outra ao cumprimento da obrigação. O credor, pelo contrário, tem a faculdade de escolher a seu talante, não havendo hierarquia a ser obedecida. A solidariedade no débito não é sucessiva, mas concomitante ou simultânea, podendo qualquer dos envolvidos ser acionado. Na própria definição da palavra se nota a precisão de tal conceito:

"Solidariedade: 8. Vínculo jurídico entre os credores (ou entre os devedores) duma mesma obrigação, cada um deles com direito (ou compromisso) ao total da dívida, de sorte que cada

credor pode exigir (ou cada devedor é obrigado a pagar) integralmente a prestação objeto daquela obrigação.

Solidário: 1. Que responsabiliza cada um de muitos devedores pelo pagamento total de uma dívida." (in Dicionário Aurélio, Editora Nova Fronteira, 2ª ed., pág. 1607)."

Outra não é a linguagem do direito legislado, como se observa nos diplomas que regem a matéria, em que não se faz exigência alguma quanto ao procedimento do credor no sentido de seguir determinada ordem na tramitação da cobrança, o que implica em facultar-lhe a opção pelo que lhe pareça menos dificultoso ou mais conveniente.

A cobrança recai na contratante, o que implica dizer que ela está sendo chamada a responder pelas obrigações previdenciárias decorrentes da execução da obra, de forma que o ônus da prova da regularidade fiscal da construção civil é seu. Exigir a investida fiscal no prestador dos serviços é redirecionar a cobrança e tornar absolutamente inócuo o instituto da solidariedade.

Assim, ainda considerando o resultado da diligência solicitada pela 04ª CaJ, onde restou evidenciado que o prestador de serviço não foi fiscalizado, que os parcelamentos havidos em seu nome não se referem aos valores contidos nesta notificação e que, tampouco, há CND de baixa de obra, está correto o lançamento do débito na contratante face a todo o exposto sobre a solidariedade na construção civil.

Pelo exposto,

Voto pelo provimento parcial do recurso para acatar o prazo decadencial contido no Código Tributário Nacional.

Liege Lacroix Thomasi- Relatora



Ministério da Fazenda

PÁGINA DE AUTENTICAÇÃO

O Ministério da Fazenda garante a integridade e a autenticidade deste documento nos termos do Art. 10, § 1º, da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001 e da Lei nº 12.682, de 09 de julho de 2012.

Documento produzido eletronicamente com garantia da origem e de seu(s) signatário(s), considerado original para todos efeitos legais. Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001.

Histórico de ações sobre o documento:

Documento juntado por LIEGE LACROIX THOMASI em 07/11/2011 15:41:21.

Documento autenticado digitalmente por LIEGE LACROIX THOMASI em 07/11/2011.

Documento assinado digitalmente por: LIEGE LACROIX THOMASI em 07/11/2011.

Esta cópia / impressão foi realizada por MARIA MADALENA SILVA em 25/09/2019.

Instrução para localizar e conferir eletronicamente este documento na Internet:

1) Acesse o endereço:

<https://cav.receita.fazenda.gov.br/eCAC/publico/login.aspx>

2) Entre no menu "Legislação e Processo".

3) Selecione a opção "e-AssinaRFB - Validar e Assinar Documentos Digitais".

4) Digite o código abaixo:

EP25.0919.16127.P8TR

5) O sistema apresentará a cópia do documento eletrônico armazenado nos servidores da Receita Federal do Brasil.

Código hash do documento, recebido pelo sistema e-Processo, obtido através do algoritmo sha1:

658EA3B724F3749B75C601AC7C18DD0745446FB6