



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

Processo n° 11330.001336/2007-59
Recurso n° 260.337 Voluntário
Acórdão n° 2302-01.326 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 29 de setembro de 2011
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS - NFLD
Recorrente PETRÓLEO BRASILEIRO S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/1998 a 30/09/1998

NOTIFICAÇÃO FISCAL. NULIDADE.

É nulo o lançamento tributário substitutivo, lavrado ao arrepio das determinações do acórdão do CRPS que declarou nula a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito originária.

Processo Voluntário Não Conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 2ª TO/3ª CÂMARA/2ª SEJUL/CARF/MF/DF, por unanimidade de votos, em anular a decisão de primeira instância, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

Marco André Ramos Vieira - Presidente.

Arlindo da Costa e Silva - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marco André Ramos Vieira (Presidente de Turma), Manoel Coelho Arruda Junior (Vice-presidente de turma), Liége Lacroix Thomasi, Adriana Sato, Eduardo Augusto Marcondes de Freitas e Arlindo da Costa e Silva.

Relatório

Período de apuração: 01/07/1998 a 30/09/1998

Data de lavratura da NFLD : 25/09/2002.

Data da Ciência da NFLD : 25/09/2002.

Trata-se de crédito tributário lançado em desfavor da empresa em epígrafe, consistente em contribuições previdenciárias destinadas ao custeio da Seguridade Social, decorrentes da responsabilidade solidaria decorrente de serviços de construção civil prestados pela empresa construtora Technion Engenharia e Tecnologia Ltda, conforme descrito no Relatório Fiscal, a fls. 28/31.

Informa a Autoridade Lançadora que a empresa contratante “*não comprovou o cumprimento das obrigações da construtora para com a Seguridade Social, ou seja, não houve a devida comprovação, através de guias de recolhimento específicas para a obra contratada, nem a apresentação de folhas de pagamentos específicas dos segurados empregados alocados na obra contratada*”.

Irresignado com o supracitado lançamento tributário, o responsável solidário apresentou impugnação a fls. 36/39. Por sua vez, a empresa construtora ofereceu defesa administrativa a fls. 47/48.

Da análise dos argumentos de defesa e da documentação coligida pelos impugnantes, concluiu-se ter havido a elisão da responsabilidade solidária em relação às competências agosto e setembro de 1998, sendo mantido o débito em relação a julho do mesmo ano, conforme despacho a fl. 305, nos termos do Discriminativo Analítico do Débito Retificado - DADR a fl. 308.

A Gerência Executiva Rio de Janeiro – Centro lavrou Decisão-Notificação a fls. 310/317, julgando procedente em parte o presente lançamento, e mantendo o crédito tributário na forma do DADR a fl. 308.

Devidamente cientificado da decisão de 1ª Instância, o devedor solidário ofereceu Recurso Voluntário a fls. 379/382. O contribuinte, por seu turno, recorreu da decisão em apelo a fls. 321/322.

Decisão da 2ª CaJ, a fls. 454/459, anulou a decisão de 1ª Instância a cima referida, fazendo baixar o feito em diligência para que o INSS apresentasse elementos, com base na contabilidade do contribuinte, que justificassem o procedimento adotado, e evidenciasse que a obrigação tributária principal se encontrava inadimplida, ainda que parcialmente.

A fiscalização emitiu Relatório Fiscal Aditivo a fls. 508/511 e Informação Fiscal a fl. 512.

Devidamente cientificada dos procedimentos fiscais levados a efeito, a notificada ofereceu impugnação a fls. 514/521, e o contribuinte a fls. 529/538.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento – Rio de Janeiro I lavrou Decisão Administrativa a fls. 543/554, julgando procedente em parte o lançamento em tela, mantendo o crédito tributário na forma do DADR a fl. 308.

O Sujeito Passivo e a empresa prestadora foram cientificados da decisão de 1ª Instância nos dias 07/02/2008 e 01/02/2008, respectivamente, conforme Avisos de Recebimento a fl. 556.

Inconformado com a decisão exarada pelo órgão administrativo julgador *a quo*, o responsável solidário interpôs recurso voluntário, a fls. 558/571, deduzindo seu inconformismo em face da decisão guerreada em argumentação desenvolvida nos termos que se vos seguem:

- Nulidade do lançamento pela ausência dos requisitos mínimos eis que a Notificação Fiscal não fez menção onde estaria caracterizada a responsabilidade solidária do contratante. Aduz que a NFLD limitou-se a mencionar o objeto contratual, deixando de apontar onde estaria consubstanciada a cessão de mão-de-obra, necessária para ensejar a lavratura da indigitada NFLD;
- Cerceamento de defesa, eis que a NFLD apenas apontou a legislação de forma genérica, sem qualquer critério objetivo e vinculado aos fatos e a norma dita infringida, impossibilitando o Recorrente de exercer, de forma plena, o seu direito ao contraditório e a ampla defesa;
- Pugna pela irretroatividade do Enunciado nº 30 do CRPS;
- Que houve descumprimento da decisão do CRPS;
- Que o Parecer CJ/MPAS nº 2.376/2000 determina que a fiscalização lavre apenas uma NFLD, somente contra o efetivo contribuinte (originário) ou contra o responsável solidário;
- Que os serviços prestados não foram executados mediante cessão de mão de obra. Aduz que, para a caracterização da cessão de mão de obra é necessário que os serviços sejam contínuos e que os empregados estejam à disposição do contratante;
- Que a previsão legal de responsabilidade solidária passiva não confere ao fisco competência para, diretamente, cobrar do devedor solidário o pagamento um crédito ainda não configurado em face do devedor originário. Aduz que não basta somente a existência desse dispositivo legal autorizador para conferir legalidade a essa cobrança, fazendo-se necessário que a fiscalização verifique, primeiramente, a existência de débitos previdenciários contra o contribuinte originário; quantifique o seu exato montante para constituí-los e, então sim e somente após, cobrar esse crédito do responsável solidário;
- Que o Art. 195, I, "a" da Constituição da República fixou a base de cálculo da contribuição previdenciária, não estando o legislador infraconstitucional autorizado a determinar novas bases, seja por leis,

decretos, simples ordens de serviço ou instruções normativas, sob pena de violar o princípio constitucional da hierarquia das normas. Aduz não haver qualquer cabimento incidir contribuições previdenciárias sobre uma base de cálculo presumida, aplicando-se alíquotas sobre um percentual das notas fiscais.

Ao fim, requer a extinção do crédito tributário.

O contribuinte não ofereceu recurso.

Relatados sumariamente os fatos relevantes.

Voto

Conselheiro Arlindo da Costa e Silva, Relator.

1. DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

1.1. DA TEMPESTIVIDADE

O sujeito passivo foi válida e eficazmente cientificado da decisão recorrida no dia 07/02/2008. Havendo sido o recurso voluntário protocolado no dia 19 do mesmo mês e ano, há que se reconhecer a tempestividade do recurso interposto.

Presentes os demais requisitos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

2. DAS QUESTÕES PRELIMINARES AO MÉRITO.

2.1. DO CUMPRIMENTO DA DECISÃO DA 2ª CaJ

Pondera o Recorrente ter havido descumprimento da decisão da 2ª CaJ do CRPS, afirmando que a reabertura do contencioso administrativo, no âmbito do presente processo fiscal, não teria qualquer cabimento, visto que a fiscalização teria deixado de realizar a diligência fiscal que lhe foi determinada.

Razão lhe assiste.

Visou a diligência comandada pela 2ª CaJ do CRPS a que a fiscalização previdenciária apresentasse elementos, com base na contabilidade da construtora, que evidenciasse que a obrigação tributária principal se encontrava inadimplida, ainda que parcialmente, consoante expressamente destacado na decisão em realce, assim redigida:

Não se pode perder de vista que o procedimento, ainda hoje adotado pelo INSS, parte de uma presunção, qual seja: que a não elisão da solidariedade, pressupõe a existência da obrigação previdenciária não adimplida.

As coisas são distintas e não se confundem com a existência do benefício de ordem. A solidariedade do tomador dos serviços é legal e inquestionável; agora, por sua vez, não existe nenhum dispositivo na Lei 8.212/91, ou qualquer outra lei, que crie a presunção da existência do crédito previdenciário diante da não elisão da solidariedade. Elidir a solidariedade significa, tão somente, eliminar ou suprimir uma garantia do crédito previdenciário, portanto diferente de comprovar a extinção da obrigação previdenciária. O tomador sempre será solidário se

não elidir a solidariedade nos termos da lei. O CTN (artigos 97, inciso III, 114 e 116) aponta que cabe a lei definir situação (de fato ou jurídica) necessária e suficiente à ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal.

É importante observar que quando o legislador quis criar uma presunção na legislação previdenciária, assim o fez, bastando observar o que dispõe o §5º, do art. 33, da Lei 8.212/91. Volto a afirmar que legislação previdenciária não estabelece que diante da não elisão da solidariedade, presume-se não extinto o crédito por ventura existente.

Outro aspecto importante a ser observado está relacionado com os efeitos da solidariedade - Art. 125, I, do CTN, o que é desprezado pelo INSS a vista da forma como são feitos tais lançamentos, possibilitando a exigência de contribuição em duplicidade, o que retira a confiabilidade (liquidez e certeza) do crédito constituído.

Ainda outro dia quando julgávamos NFLD's lavradas contra a própria Petrobrás, nos deparamos com a NFLD DEBCAD nº 35.396.353-8, que constituiu de crédito previdenciário por solidariedade no valor de R\$ 2.445.610,67, decorrente de serviço realizado entre 01 a 04 e 06.99 (cinco competências). Na oportunidade tivemos conhecimento que o consórcio prestador dos serviços havia sido fiscalizado por livro diário, no período de 02.98 a 05.2000 (vinte e oito competências), sendo constituído crédito previdenciário no valor de R\$ 57.549,78 (duas NFLD's DEBCAD: n.º35.131.524-1 e n.º 35.172.896-1). Infelizmente sou obrigado a admitir que a situação narrada não foi um caso isolado, posto que diversos outros casos semelhantes podem ser apontados. Tal situação por si só é suficiente para demonstrar que o procedimento adotado pelo INSS é falho.

Assim entendo que o INSS deve apresentar elementos, com base na contabilidade do contribuinte, que justifique o procedimento adotado, e evidencie que a obrigação tributária principal está inadimplida, ainda que parcialmente. (grifos nossos)

Na execução das demandas comandadas pela 2ª CaJ, a fiscalização previdenciária limitou-se a efetuar pesquisas nos sistemas informatizados da Secretaria da Receita Previdenciária, ocasião em que foram examinadas informações disponíveis relativas à empresa contratada e prestadora dos serviços em tela, sendo constatado não existir, à época, qualquer ação fiscal com exame da contabilidade, tampouco emissão de CNF de baixa, e nem débitos lançados em desfavor do prestador no período de apuração em apreço.

A fiscalização desprezou, totalmente, a diligência que lhe fora comandada pela 2ª CaJ, eis que não procedeu à análise da contabilidade da contratada para se verificar se a obrigação tributária se encontrava adimplida ou não.

Tal providência exigida pelo CRPS revela-se, no caso específico ora em apreciação, totalmente procedente, eis que a solidariedade decorrente da execução de obra de construção civil pode ser elidida não somente pela comprovação pelo executor do recolhimento prévio das contribuições incidentes sobre a remuneração dos segurados incluída em nota fiscal ou fatura correspondente à obra, quando da quitação da referida nota fiscal ou fatura, mas,

igualmente, pela escrituração contábil da empresa prestadora, consoante previsão fixada no §1º do art. 43 do RPS, aprovado pelo Dec. nº 2.173/97.

Regulamento da Previdência Social aprovado pelo Dec. 2.173/97.

Art. 43. O proprietário, o incorporador definido na Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, o dono de obra ou o condômino de unidade imobiliária, qualquer que seja a forma de contratação da construção, reforma ou acréscimo, são solidários com o construtor nas obrigações para com a seguridade social, ressalvado o seu direito regressivo contra o executor ou contratante de obra, admitida a retenção de importância a este devida para garantia do cumprimento dessas obrigações.

*§1º 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.** (grifos nossos)*

§2º Para efeito do disposto no parágrafo anterior, 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.

§3º Considera-se construtor, para os efeitos deste Regulamento, a pessoa física ou jurídica que executa obra sob sua responsabilidade, no todo ou em parte.

Registre-se que, em sua impugnação a fls. 47/48, a contratada afirma que “*em cumprimento ao que determina a Lei 8.212 de 25/11/1991 e a Consolidação da IN 69 de 10/05/2002, IN 80 de 27/08/2002 e IN 81 de 30/08/2002, possui contabilidade regular, folhas-de-pagamento das remunerações pagas ou creditadas a todos os segurados a seu serviço, de acordo com os padrões e normas estabelecidos pelo órgão competente da Seguridade Social e lança mensalmente em títulos próprios de sua contabilidade, de forma discriminada, os fatos geradores de todas as contribuições, o montante das quantias descontadas, as contribuições da empresa e os recolhidos*”.

Apresenta, ademais, a fl. 55, declaração formal emitida em 01/07/1998, de que “*possui escrituração contábil de acordo com o que determina a Legislação Fiscal pertinente e que durante o período de execução da obra, estaremos contabilizando em nossos registros contábeis todas as notas fiscais emitidas, os encargos sociais e demais impostos referentes ao contrato nº 857-2-047-98-6*”.

A todo ver, mesmo ciente de que a prestadora possuía contabilidade regular, descuidou-se a fiscalização do cumprimento da diligência determinada pela 2ª CaJ, da qual, se fielmente realizada pela administração tributária, poderia culminar na constatação de inexistência de obrigação tributária inadimplida, e, conseqüentemente, da responsabilidade solidária do Recorrente, como assim demonstrou ser o intento do provimento do CRPS.

CONCLUSÃO:

Pelos motivos expendidos, voto pela nulidade da DECISÃO-NOTIFICAÇÃO nº 17.401.4/0755/2003 , determinando que sejam observados os termos do Acórdão nº 0035.521.142-4, de 14/05/2004, da 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos da Previdência Social.

É como voto.

Arlindo da Costa e Silva