



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

Processo nº 11618.003881/2007-63
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2803-000.288 – 3ª Turma Especial
Sessão de 22 de setembro de 2010
Matéria CONSTRUÇÃO CIVIL: RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ÓRGÃOS PÚBLICOS
Recorrente CIA DE AGUA E ESGOTOS DO ESTADO DA PARAIBA - CAGEPA E OUTROS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/2005 a 31/03/2006

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CONSTRUÇÃO CIVIL. ART. 30, INCISO VI DA LEI 8.212. INEXISTÊNCIA. PARECER AGU/MS 08/2006.

Com a publicação em 24 de novembro de 2006 no DOU do Parecer nº AGU/MS-08/2006 adotado pelo Advogado-Geral da União e aprovado pelo Presidente da República, toda a Administração Federal está vinculada ao cumprimento da tese jurídica nele fixada, conforme previsão nos artigos 40 e 41 da Lei Complementar nº 73/1993.

Do referido Parecer infere-se o seguinte: entre a vigência do Decreto-Lei nº 2.300/86, até a Lei nº 9.032/1995, a Administração Pública não responde solidariamente, em nenhuma hipótese, pelas contribuições previdenciárias. Os artigos 30, VI, e 31 da Lei de Custeio são inaplicáveis ante a norma específica referente a licitações e contratos públicos (Decreto-Lei nº 2.300/86 e Lei nº 8.666/93).

Com a entrada em vigor da Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995, que conferiu nova redação ao parágrafo 2º do art.71 da Lei nº 8.666/93; há remissão expressa somente ao art.31 da Lei de Custeio, porém, sem alteração do caput e do parágrafo 1º. Desse modo, a responsabilidade solidária prevista no art. 30, VI, da Lei de Custeio continuaria inaplicável à Administração Pública.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

(Assinado digitalmente)

Helton Carlos Praia de Lima – Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Helton Carlos Praia de Lima (Presidente), Gustavo Vettorato, Eduardo de Oliveira, Oseas Coimbra Júnior, Carolina Siqueira Monteiro de Andrade, Amilcar Barca Teixeira Junior.

CÓPIA

Relatório

A presente Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD tem por objeto as contribuições previdenciárias partes patronal e segurados destinadas ao custeio da Seguridade Social em virtude do instituto da responsabilidade solidária decorrente da contratação pela CAGEPA de serviços da empresa Dornelas Engenharia LTDA, CNPJ 35.596.014/0001-02, na execução de obra de construção civil, por empreitada total, conforme previsão no art. 30, inciso VI da Lei nº 8.212/1991. O período compreende as competências 07/2005 a 03/2006, conforme relatório fiscal às fls. 42/45.

Os contribuintes foram cientificados da notificação em 03/01/2007 (fls. 46/47); Não conformados apresentaram impugnações a CAGEPA e empresa Dornelas Engenharia LTDA, fls 59/71 e 227/235, acompanhadas de anexos.

A Decisão-Notificação confirmou a procedência do lançamento, fls. 269/283.

Os contribuintes foram cientificados da decisão em 04/04/2008 e 07/04/2008 (fls. 286/287). Não concordando com a decisão do órgão de primeira instância foi interposto recurso pela CAGEPA em 25/04/2008 (fls. 289/300) e Dornelas Engenharia LTDA em 29/04/2008 (fls. 301/316), acompanhado de anexos. Em síntese requerem:

CAGEPA

Preliminarmente

- a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151 do CTN;

- a emissão de certidão positiva com efeito de negativa, mediante requerimento do contribuinte, nos moldes do art. 206, CTN;

No Mérito

- a reforma a decisão de primeira instância de julgamento, anulando-se o lançamento pelos fundamentos jurídicos por ele sustentados.

Dornelas Engenharia LTDA

Preliminarmente

- a nulidade em razão de vícios constantes do lançamento;

No Mérito

- a nulidade da decisão recorrida em razão da ausência da exposição dos motivos fáticos (base de cálculo, alíquota, percentual de retenção, deduções) que levaram a retificação do lançamento;

- por fim, pede que nenhuma penalidade e/ou cobrança lhe seja aplicada.

Não foram apresentadas contra-razões.

Ao autos foram encaminhados para Julgamento (fls. 324).

É o relatório.

CÓPIA

Voto

Conselheiro Helton Carlos Praia de Lima

O recurso é tempestivo, conforme fls. 323; pressuposto de admissibilidade superado, passo para o exame das questões preliminares ao mérito.

Com a publicação em 24 de novembro de 2006 no DOU do Parecer nº AGU/MS-08/2006 adotado pelo Advogado-Geral da União e aprovado pelo Presidente da República, toda a Administração Federal está vinculada ao cumprimento da tese jurídica nele fixada, conforme previsão nos artigos 40 e 41 da Lei Complementar nº 73/1993.

Do referido Parecer infere-se o seguinte: entre a vigência do Decreto-Lei nº 2.300/86 até a Lei nº 9.032/1995 a Administração Pública não responde solidariamente, em nenhuma hipótese, pelas contribuições previdenciárias. Os artigos 30, VI, e 31 da Lei de Custeio são inaplicáveis ante a norma específica referente a licitações e contratos públicos (Decreto-Lei nº 2.300/86 e Lei nº 8.666/93).

Com a entrada em vigor da Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995, que conferiu nova redação ao parágrafo 2º do art. 71 da Lei nº 8.666/93; há remissão expressa somente ao art. 31 da Lei de Custeio, porém, sem alteração do caput e do parágrafo 1º. Desse modo, a responsabilidade solidária prevista no art. 30, VI, da Lei de Custeio continuaria inaplicável à Administração Pública.

Nesse sentido é o disposto no caput e no §1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93, nestas palavras:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos referidos neste artigo, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e uso das obras e edificação, inclusive perante o Registro de Imóveis.

Por sua vez, o disposto no art. 31 da Lei de Custeio (responsabilidade solidária na cessão de mão-de-obra) somente é aplicável a partir da vigência do novo parágrafo 2º do art. 71 da Lei 8.666/93, na redação conferida pela Lei nº 9.032/1995, e até 31/01/1999 (quando passa a vigor a retenção de 11% - a partir de 01/02/99), conforme a Lei nº 9.711/1998, nestas palavras:

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. (redação dada pela Lei nº 9.032/95).

Uma vez que o presente lançamento foi baseado na responsabilidade solidariedade em razão da execução de obra de construção civil por empreitada total, nos termos do art. 30, inciso VI da Lei de Custeio, fls. 42; e diante da força vinculante do Parecer da AGU, não há como sustentar o presente lançamento em nome da CAGEPA. Desse modo, a apuração do crédito previdenciário deve ser efetuada junto à construtora.

Conforme previsto no parágrafo único do art. 1º da Lei n º 8.666 de 1993, subordinam-se ao regime dessa Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

A própria recomendação do Parecer é no sentido de aplicação do entendimento se estender à Administração Indireta, nestas palavras:

5. Assim, ao submeter a aprovação o mencionado parecer sugiro também recomendar-se à administração federal direta e indireta, bem assim sua representação judicial e consultiva, extremo cuidado e atenção para que não venham a responder solidariamente por tributos que a lei não lhes obriga.

No mesmo sentido é a decisão, por unanimidade, da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça - STJ, Processo MC 200900543707MC/2009, que entende ser incabível a responsabilidade solidária da Administração Pública nas hipóteses de contratos que tiverem por objeto a realização de obra pública, cuja previsão encontra-se no art. 30, inciso VI, da Lei 8.212/91. São os transcritos, *in fine*:

Processo MC 200900543707MC - MEDIDA CAUTELAR – 15410, Relator(a) LUIZ FUX, Sigla do órgão STJ, Órgão julgador PRIMEIRA TURMA. Fonte DJE DATA:08/10/2009

PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. CONTRATO ADMINISTRATIVO CELEBRADO PARA A CONSECUÇÃO DE OBRA PÚBLICA. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DEVIDAS PELAS EMPREITEIRAS. RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR DÉBITOS PREVIDENCIÁRIOS. ARTIGO 71, § 2º, DA LEI 8.666/93 (REDAÇÃO DADA PELA LEI 9.032/95). ARTIGOS 30, VI, E 31, DA LEI 8.212/91. ALEGADA DIFERENÇA ENTRE CONTRATO DE OBRA PÚBLICA (EMPREITADA TOTAL) E CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MEDIANTE CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. CONSTRUÇÃO CIVIL. DONO DA OBRA E CONSTRUTOR OU EMPREITEIRO. SUBSTITUTOS TRIBUTÁRIOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA (SÚMULA 126/TFR - ANTERIOR À PROMULGAÇÃO DA CRFB/88). RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA (CRFB/88 ATÉ A LEI 9.711/98). RESPONSABILIDADE PESSOAL DO TOMADOR DO SERVIÇO DE EMPREITADA DE MÃO-DE-OBRA (LEI 9.711/98).

1.

21. A doutrina do tema afirma que: "Relativamente aos contratos de empreitada de mão-de-obra, a Lei 9.711/98 submete expressamente ao regime de substituição tributária do art. 31, da

Lei 8.212/91, de modo que, mesmo que não se trate, efetivamente, de um contrato típico de cessão de mão-de-obra, resta abrangido pelo novo regime. Quanto aos demais contratos atinentes à construção civil, apenas haverá submissão à retenção se configurada efetiva cessão de mão-de-obra. Do contrário, aplicável será apenas a solidariedade prevista no art. 30, VI, da Lei 8.212/91" (Leandro Paulsen, in "Direito Tributário- Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência", 8ª ed., Ed. Livraria do Advogado e Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006, pág. 1.033). (...) (EREsp 446.955/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 09.04.2008, DJe 19.05.2008) 5. In casu, verifica-se a existência de peculiaridade (o contratante da obra é a Administração Pública) e a plausibilidade, prima facie, dos argumentos formulados no recurso especial, notadamente aquele que pugna pela violação do artigo 71, § 2º, da Lei 8.666/93 (com a redação dada pela Lei 9.032/95), uma vez que: (i) "a responsabilidade da Administração Pública por débitos previdenciários limita-se ao contrato de prestação de serviços/cessão de mão-de-obra, sendo inaplicável ao contrato de obra pública"; (ii) "a Lei 9.032/95, dando nova redação ao art. 71, § 2º, da Lei 8.666/93, não instituiu a responsabilidade do Poder Público em relação a débitos previdenciários para todas as espécies de contratos celebrados, mas apenas para aqueles que tivessem por objeto a prestação de 'serviços executados mediante cessão de mão-de-obra', visto que a nova redação faz expressa remissão ao art. 31, da Lei nº 8.212/91, que cuida desta espécie de contrato"; (iii) "no contrato de obra pública, o Poder Público, na condição de dono da obra, tem como única obrigação básica a de pagar o preço, sem interferir no gerenciamento dos empregados da contratada, que sequer atuam nas dependências da Administração"; (iv) "tal não ocorre no contrato de prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra, em que as atividades normais da Administração, outrora desempenhadas por servidores públicos efetivos, passam a ser realizadas de forma contínua por empregados de empresa contratada pelo Poder Público, em geral nas próprias dependências da Administração, o que faz com que esta gerencie diretamente o desempenho laboral"; (v) a Súmula da Jurisprudência Uniforme do TST nº 331 é no sentido de que "o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993)"; por sua vez, a Orientação Jurisprudencial do Tribunal Pleno do TST nº 191 consigna que, "diante da inexistência de previsão legal, o contrato de empreitada entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa

construtora ou incorporadora"; e (vi) "seja do ponto de vista da literalidade do disposto no art. 71, § 2º, na redação dada pela Lei 9.032/95, que faz expressa remissão ao art. 31, da Lei 8.212/91, seja do ponto de vista da interpretação histórica e teleológica deste dispositivo, combinado com o disposto no art. 30, inciso VI, da mesma lei, a única conclusão possível é aquela segundo a qual a atribuição da responsabilidade por débitos previdenciários ao Poder Público restringiu-se aos contratos de prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra, de sorte que é incabível a responsabilização da Administração Pública nas hipóteses de contratos que tiverem por objeto a realização de obra pública, cuja previsão encontra-se no art. 30, inciso VI, da Lei 8.212/91". 6.

Data da Decisão 03/09/2009, Data da Publicação 08/10/2009

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto por CONHECER do recurso para CONCEDER PROVIMENTO. O lançamento não poderia ter sido realizado junto à Administração Pública, seja direta ou indireta, em função da inexistência de responsabilidade solidária na construção civil. Desse modo, a apuração do crédito previdenciário deve ser efetuada junto à empresa prestadora dos serviços.

(Assinado digitalmente)

Helton Carlos Praia de Lima - Relator