



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

Processo n° 12268.000259/2009-45
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2403-002.241 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de agosto de 2013
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente CAPITAL BUSINESS CENTER INCORPORAÇÃO E EMPREENDIMENTO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/2009 a 31/05/2009

LANÇAMENTO. VÍCIO MATERIAL.

O erro na identificação do sujeito passivo caracteriza vício substancial, material, uma nulidade absoluta.

Recurso Anulado

Crédito Tributário Exonerado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de votos, em anular o processo reconhecendo o vício material. Vencidos os conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari(relator) que votou pelo vício formal, Paulo Mauricio Pinheiro Monteiro e Maria Anselma Coscrato dos Santos que entenderam pela ausência da nulidade. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Ivacir Julio de Souza.

Carlos Alberto Mees Stringari

Presidente e Relator

Ivacir Julio de Souza

Relator Designado

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari (Presidente), Marcelo Freitas de Souza Costa, Ivacir Julio de Souza, Maria Anselma Coscrato dos Santos, Marcelo Magalhães Peixoto e Paulo Mauricio Pinheiro Monteiro.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário apresentado contra Decisão da Delegacia da Secretaria da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belo Horizonte, Acórdão 02-41.210 da 6ª Turma, que julgou a impugnação improcedente.

A autuação e a impugnação foram assim apresentadas no relatório do acórdão recorrido:

Conforme Relatório Fiscal, trata-se de crédito lançado contra o contribuinte em epígrafe, no valor de R\$ 139.369,32 (cento e trinta e nove mil, trezentos de sessenta e nove reais e trinta e dois centavos), consolidado em 13/07/2009, relativo a contribuições sociais previdenciárias de ônus dos segurados, competência maio de 2009, incidentes remuneração paga a mão-de-obra empregada em construção civil, apurada por aferição indireta em razão da apresentação deficiente de documentos, vícios na escrita contábil e de a mão-de-obra declarada ser insuficiente para execução da obra.

Inconformado com o lançamento fiscal, o contribuinte apresentou defesa alegando, em resumo, o que se segue:

ILEGITIMIDADE DA COBRANÇA EM FACE DA IMPUGNANTE

Nulidade do lançamento fiscal por ofensa à ampla defesa em razão da ausência de motivação e fundamentação legal da cobrança de contribuições previdenciárias, supostamente devidas por empresas empreiteiras/subempreiteiras, ter sido dirigida à defendente.

REGIME MENSAL DE COMPETÊNCIA

Insustentabilidade do lançamento em razão do débito ter sido lançado no mês de maio de 2009, quando as obrigações eram devidas mensalmente no curso da execução da obra nos anos de 2003 a 2005, com conseqüências diversas das efetivamente devidas, tais como multa moratória.

DECADÊNCIA PARCIAL

Os fatos geradores relacionados ao empreendimento em questão ocorreram no período 05/2003 a 06/2004, os quais estão alcançados pela decadência quinquenal conforme art. 150, § 4º do CTN.

Assim, requer seja reconhecida a decadência parcial relativa aos meses 01/2004 a 06/2004, limitando-se o lançamento ao

período com início na competência 07/2004 e retificando-se o percentual não decadente da obra de 65% para 39%.

AFERIÇÃO INDIRETA

Não ocorreu nenhuma situação autorizada no art. 33, §§ 3º, 4º e 6º da Lei 8.212/91.

A Auditoria dispunha de todos os elementos necessários a verificar a regularidade dos recolhimentos previdenciários vinculados à obra em questão.

Inexistem provas documentais de erros e omissões contábeis no que se refere a utilização da mão-de-obra por parte da empresa, o que impede a utilização da aferição indireta.

A adoção do arbitramento somente é autorizada quando, a partir da análise da contabilidade e de documentos, constata-se que a mão-de-obra declarada não corresponde à realidade.

A construção em foco não pode ser comparada com os padrões normais de construção civil, mostrando-se inconsistente o indício de insuficiência de mão-de-obra.

INCONSISTÊNCIAS DO LANÇAMENTO

O CUB utilizado pela fiscalização correspondeu ao projeto padrão CSL- 16/PR-1 no valor de R\$ 1.065,61, enquanto o valor correto era R\$ 1.062,47, conforme documento anexo XI e disponível no www.sinduscon-pr.com.br.

Nem se alegue que deveria ter sido considerado a tabela referente ao CUB do mês anterior ao do lançamento, uma vez que o §2º do art. 435 da IN/SRP 3/05, que dispunha nesse sentido foi revogado pelo art. 4º da IN RFB 829/08.

O lançamento fiscal não considerou recolhimentos relativos a atividades que não fazem parte do CUB. Entretanto, tal procedimento não se justifica, uma vez que o disposto no art. 453 da IN 03/05 é de natureza alternativa. O que deve ser observado é a efetiva alocação da mão-de-obra nos canteiros.

Os equipamentos utilizados na produção do empreendimento deveriam ser alocados para efeito comparativo.

A apuração da mão-de-obra empregada ignorou também a pré-existência de 3.651m² de construção.

Vários prestadores de serviços que emitiram notas fiscais com destaque do valor relativo à retenção da contribuição previdenciária (ANEXO III) não foram considerados pela fiscalização.

Existem notas fiscais que, embora sem retenção, foram contabilizadas, devendo ser consideradas para fins de cálculo da remuneração utilizada na obra, como, por exemplo, da empreiteira Suprema Esquadrias Metálicas Ltda, no valor de R\$ 119.480,00.

No que toca a área da obra para o cálculo da aferição, o lançamento fiscal considerou, para fins de redução de 50%, garagens/estacionamentos na metragem de 2.079,20 m², quando o correto era de 2.612,90m².

Além do mais, não foram consideradas outras áreas passíveis de redução, nos termos do art. 449 da IN 03/05, tais como: jardim construído na parte externa do prédio, floreiras do piso térreo e do terraço na planta do atico, as quais encontram-se definidas nas plantas aprovadas pela Prefeitura (anexo X).

MULTA IMPOSTA

A multa aplicada com base no art. 35-A da Lei 8.212/91 e art. 44 da Lei 9.430/96, no percentual de 112,15%, é inaplicável à espécie pois relativa a fatos geradores ocorridos no período 2003 a 2005, sendo que a novel legislação é mais severa, não se configurando nenhuma das hipóteses do art. 106 do CTN.

Contrariando o sustentado pela fiscalização, nenhuma circunstância agravante da multa está configurada. A autuada sempre atendeu às intimações fiscais, apresentado, dentro do possível, os esclarecimentos necessários (vide anexo VI). Logo, não havendo motivo para o seu agravamento com acréscimo de 50%.

Ademais a citada penalidade é inconstitucional/ilegal dado o seu caráter confiscatório.

É indevido o juros à taxa SELIC sobre multa de ofício lançada juntamente com o tributo ou contribuição, conforme jurisprudência do Conselho de Contribuintes.

Ao final requer a insubsistência da autuação.

Os autos foram remetidos em diligência para pronunciamento sobre as matéria de fato aduzida pela defesa.

Em atendimento à diligência, foi emitida Informação Fiscal, tendo a Autoridade Lançadora reiterado o procedimento fiscal adotado e esclarecido, dentre outros, o que se segue resumido:

VALOR DO CUB

O valor do CUB utilizado no lançamento fiscal está em conformidade com o art. 435 da IN SRP 03/2005, que determina a utilização das tabelas do CUB, divulgado mensalmente na Internet ou na imprensa de circulação regular pelo SINDUSCON.

Somente seria utilizado o CUB de maio/2009 (R\$ 1.062,47), como pretende a defesa, se a competência do lançamento fosse junho/2009.

Os dados para o cálculo do CUB de determinado mês são consolidados no final do mês e divulgados no início do mês seguinte. Logo, o CUB de maio foi composto com os custos do

mesmo mês e somente totalizado ao final dele e divulgado início de junho.

Em assim sendo, não seria possível efetuar o lançamento considerando a competência junho de 2009 e o CUB de maio/2009, divulgado no início de junho, haja visto que o vencimento desta obrigação somente ocorreria no dia 20/07/2009, portanto, em data posterior ao lançamento.

NÃO INCLUSÃO DOS VALORES QUE NÃO INTEGRAM O CUB

O total das remunerações dos segurados empregados utilizados na execução da obra foi arbitrado por aferição indireta tendo por base o Custo Unitário Básico calculado pelo SINDUSCON-PR.

*As funções que participam do cálculo da mão-de-obra aferida indiretamente são somente aquelas previstas na NBR 12.721 e, em conseqüência, as demais funções que não compõem o cálculo do CUB e eventualmente informadas em GFIP não foram consideradas no cálculo, de acordo com o que determina o art. 453 da IN SRP 03, que **não** tem a natureza facultativa defendida pela defesa.*

Na planilha “resumo das remunerações declaradas em GFIP” as funções excluídas do cálculo estão identificadas pelos respectivos CBO – Classificação Brasileira de Ocupações. Constam destas exclusões, na obra Edifício Capital Bussiness as remunerações de almoxarife, operador de equipamento, químico e diretor.

O que deve ser observado é se a função está vinculada à obra e, concomitantemente, se integra o CUB.

As funções citadas pela defesa, embora vinculadas à obra, não integram o cálculo do CUB. Logo, excluídas.

ÁREA PRÉ-EXISTENTE

A alegação de área pré-existente de 3.651,13 já havia sido analisada no curso da auditoria fiscal, conforme registrado nos itens 4.6.7 a 4.6.14 do Relatório Fiscal.

NOTAS FISCAIS COM RETENÇÃO NÃO CONSIDERADAS

A respeito da alegação de que não foram consideradas notas fiscais com retenção, a informação fiscal registrou que, havendo notas fiscais com destaque de retenção, mas desacompanhadas de GFIP específica da obra, não há o que ser apropriado no cálculo da contribuição lançada.

A base de cálculo das contribuições lançadas refere-se a remuneração, não a valores retidos sobre notas fiscais de serviços.

Acrescenta que, conforme Demonstrativo de cálculo da remuneração arbitrada por aferição indireta – CUB, a base de cálculo dos créditos lançados é a diferença entre a remuneração

aferida indiretamente e as remunerações declaradas em GFIP específicas da obra.

Quanto às notas fiscais da empresa Suprema Esquadrias Metálicas, não seriam consideradas no cálculo dos valores lançados, mesmo que acompanhadas de GFIP específicas, pois os serviços de instalação de esquadrias metálicas não estão incluídos no CUB.

CÔMPUTO DA ÁREA DA OBRA

Não foram consideradas as áreas do jardim construído na parte externa do prédio, as floreiras do piso térreo e o terraço da planta do atijo porque não integram a área total da edificação (art. 449 da IN SRP 03/2005)

Quanto ao cálculo das áreas de garagem, também está correto: - 470,68m² na planta do térreo; 1.088,53 m² na planta da sobreloja e 519,99 na planta do terceiro pavimento, totalizando 2.079,20 m², conforme Demonstrativo das áreas passíveis de redução.

Tendo a empresa tomado conhecimento da Informação Fiscal, apresentou aditamento à defesa onde reitera seus argumentos anteriores.

Inconformada com a decisão, a recorrente apresentou recurso voluntário, onde alega/questiona, em síntese:

- Conexão com os processos 12268.000259/2009-09 (AI 37.236.281-8 (patronal)) e 12268.000260/2009-70 (AI 37.236.445-5(terceiros)). Julgamento conjunto.
- Foi desconsiderado o contrato de empreitada global com a Construtora Valor Ltda.
- Inexistência de vínculo com os fatos geradores (folhas de pagamento de empreiteiras e subempreiteiras).
- Solidariedade. Não pode ser cobrada a contribuição do contratante sem verificar se o cumprimento das obrigações pelo contribuinte.
- Ilegalidade da instituição da solidariedade sem lei complementar.
- Regime mensal da competência. Obrigações eram mensais e foram cobradas todas em 05/2009.
- Decadência parcial.

- Área pré-existente de 3.615,13m² no ano 2003 (fundação e cinco pavimentos)
- Particularidades da tecnologia e da forma de execução dos serviços reduziram o custo da obra.
- CUB adotado e Tabela de Composição de Preços para Orçamentos - TCPO/PINI.
- Existência de contabilidade regular.
- Para a competência 05/2009, o CUB para o projeto padrão CSL-16/PR-1 era R\$ 1062,47 e não R\$ 1065,61 (adotado).
- Questiona a desconsideração de atividades que não fazem parte do CUB.
- Área das garagens/estacionamento considerada inferior ao correto.
- Multa.

É o relatório

Voto Vencido

Conselheiro Carlos Alberto Mees Stringari, Relator

O recurso é tempestivo e por não haver óbice ao seu conhecimento, passo à análise das questões pertinentes.

NULIDADE.

A recorrente pleiteia a nulidade da autuação por entender não haver motivo para sua autuação visto que tinha um contrato de empreitada global com a Construtora Valor LTDA.

Concordo com a recorrente.

Segundo o Relatório Fiscal, o período da obra foi de 05/2003 a 03/2005.

*4.1) A obra de construção civil, de responsabilidade do contribuinte sob ação fiscal, foi matriculada sob número 50.008.82202/79 e está localizada na Avenida República Argentina, 210 no bairro Água Verde, na cidade de Curitiba - PR. Pela análise do projeto arquitetônico, do Alvará de Construção (número 94.808 emitido pela Prefeitura Municipal de Curitiba em 21/12/2007) e do Certificado de Conclusão de Obra (número 254.813 emitido pela Prefeitura Municipal de Curitiba em 21/12/2007) verifica-se que corresponde ao projeto e execução de edifício comercial, com 23 pavimentos, contendo 126 conjuntos comerciais, três lojas e Áreas de estacionamento. **0 período de execução da obra foi de maio de 2003 a março de 2005. A Área construída total é de 10.522,98 m2 e encontra-se totalmente concluído;***

A regra geral, estabelecida pelo CTN, é que o lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente. O artigo 144, além de estabelecer a regra geral, em seu parágrafo 1º, especifica que não se aplica a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação atribua responsabilidade tributária a terceiros.

Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

§ 1º Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.

Quando a obra foi iniciada a norma Instrução Normativa vigente para construção civil era a IN INSS/DC 69 de 10/05/2002.

Em 18/12/2003, foi editada a IN INSS/DC 100, que revogou a IN 69.

A fiscalização, segundo o Relatório Fiscal, atribuiu a responsabilidade pelos tributos à recorrente com base na IN SRP 03, de 14/07/2005, que revogou a IN INSS 100.

4.3) O contrato firmado entre as empresas "Columbia Trade Center" e "Construtora Valor" foi por empreitada global, com fornecimento de material e mão-de-obra (a razão social de Columbia Trade Center foi modificada, pela segunda alteração contratual, para Capital Business Center). Em que pese tratar-se de contrato por empreitada global, constatou-se que todas as empreiteiras, mesmo aquelas contratadas pela "Construtora Valor", emitiram notas fiscais diretamente para a contratante Columbia Trade Center. O faturamento direto como ocorreu desqualificou o contrato de empreitada global firmado entre as partes, recebendo o tratamento de empreitada parcial conforme previsão do artigo 413, inciso IV, da IN SRP 03, de 14/07/2005, abaixo transcrito:

Art 413 - §2º Receberá tratamento de empreitada parcial:

IV - aquela realizada por empresa construtora em que tenha ocorrido faturamento de subempreiteira diretamente para o proprietário, dono da obra ou incorporador, ainda que a subempreiteira tenha sido contratada pela construtora.

4.4) Na situação acima descrita a contratante "Columbia Trade Center" (Capital Business Center), na condição de proprietária da obra, é diretamente responsável pela matrícula junto a

Receita Federal do Brasil (artigo 19, inciso III, letra "c" da IN SRP 03);

Como visto acima, a norma vigente à época dos fatos geradores era a IN INSS 69, que estabelecia como responsável pela matrícula e pelos recolhimentos a empresa construtora, quando contratada para executar obra por empreitada total.

Não constatei, no contrato de empreitada global, cláusula estabelecendo o faturamento de subempreiteira, contratada pela construtora, diretamente para o proprietário da obra, fato esse que alteraria a questão da responsabilidade pelos tributos.

INSTRUÇÃO NORMATIVA INSS/DC Nº 69 - DE 10 DE MAIO DE 2002 - DOU DE 15/05/2002

Dispõe sobre as normas e os procedimentos aplicáveis à atividade de construção civil de responsabilidade de pessoa jurídica e de pessoa física.

...

TÍTULO I

DOS CONCEITOS E DA MATRÍCULA

SEÇÃO I

DOS CONCEITOS

Art. 2º Para os efeitos desta Instrução Normativa, considera-se:

XXIII - contrato de empreitada o contrato celebrado entre o proprietário, o incorporador, o dono da obra ou o condômino e uma empresa, para execução de obra de construção civil, podendo ser:

a) total, quando celebrado exclusivamente com empresa construtora que assume a responsabilidade direta pela execução de todos os serviços necessários à realização da obra, compreendidos em todos os projetos a ela inerentes, com ou sem fornecimento de material;

b) parcial, quando celebrado com empresa prestadora de serviços na área de construção civil, para execução de parte da obra, com ou sem fornecimento de material;

...

§ 2º Receberá tratamento de empreitada parcial:

a) o contrato de empreitada com empresa construtora que contenha cláusula estabelecendo o faturamento de

subempreiteira, contratada pela construtora, diretamente para o proprietário, dono da obra ou incorporador;

b) a contratação de empresa sem o registro no CREA ou de empresa prestadora de serviços na área de construção civil, ainda que as contratadas assumam a responsabilidade direta pela execução de todos os serviços necessários à realização da obra compreendidos em todos os projetos a ela inerentes, observado o disposto no inciso III do art. 5º.

SEÇÃO II

DA MATRÍCULA DE OBRA DE CONSTRUÇÃO CIVIL

Art. 3º São responsáveis pela matrícula da obra de construção civil:

I - o proprietário;

II - o dono da obra;

III - o incorporador;

IV - a empresa construtora, quando contratada para execução de obra por empreitada total, observado o disposto no § 2º do art. 2º;

V - a empresa líder, na contratação de consórcio.

...

TÍTULO II

DA CONSTRUÇÃO CIVIL SOB RESPONSABILIDADE DE PESSOA JURÍDICA

CAPÍTULO I

DAS OBRIGAÇÕES

SEÇÃO I

DA FOLHA DE PAGAMENTO, DA NOTA FISCAL, DO RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES E DA GFIP

...

Art. 18. São responsáveis pelo recolhimento das contribuições arrecadadas pelo INSS, inclusive as destinadas a outras entidades e fundos (terceiros):

I - o proprietário ou o dono da obra;

II - o incorporador;

III - a empresa construtora, quando for contratada para executar obra por empreitada total.

IV - a subempreiteira, no caso de repasse integral do contrato.

Conforme o acórdão recorrido, o lançamento foi efetuado contra a recorrente na qualidade de responsável direta pelas contribuições, isto é, não é lançamento por responsabilidade solidária.

Consoante se depreende dos autos, a empresa em epígrafe encontra-se no pólo passivo da obrigação tributária na qualidade de responsável direto pelas contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração paga a mão-de-obra própria utilizada na execução de construção civil de sua propriedade.

...

O procedimento fiscal adotado encontra-se em consonância com as regras do capítulo IV da Instrução Normativa SRP nº 03, de 14/07/2005, em vigor na época do lançamento fiscal. As mencionadas regras procedimentais não sofreram alteração no ato normativo que se seguiu (Instrução Normativa IN RFB 971, de 13/11/2009).

São, portanto, estranhos ao processo os argumentos da defesa de nulidade do lançamento fiscal por ausência de motivação e fundamentação legal da cobrança de contribuições previdenciárias devidas por empreiteiras e sub-empreiteiras ter sido dirigida à empresa autuada.

No processo não se cogita de responsabilidade de terceiros por responsabilidade solidária, como pretende a defesa.

Entendo que a Lei 8.212/91 estabelece a solidariedade tributária entre o dono da obra e o construtor e que essa deveria ser a forma do lançamento contra a recorrente.

Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas: (Redação dada pela Lei nº 8.620, de 5.1.93)

VI - o proprietário, o incorporador definido na Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, o 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; (Redação dada pela Lei 9.528, de 10.12.97)

Entendo presente vício formal.

CONCLUSÃO

Voto pelo provimento do recurso, reconhecendo a nulidade por vício formal.

Carlos Alberto Mees Stringari

Voto Vencedor

Com o máximo respeito aos argumentos trazidos à colação pelo I. Relator, cumpre-me discordar do que fora expresso tendo em vista o entendimento que a seguir exponho :

Na forma da Ementa abaixo reproduzida, o I. Relator do voto em comento produziu síntese dos argumentos que se utilizara na condução do mesmo :

“NULIDADE. VÍCIO FORMAL

A falta de capitulação legal para imputação de responsabilidade à recorrente constitui vício formal.”

Aduz que considerou, também , que assiste razão à Recorrente em face da existência de um contrato entre as partes onde o objeto de empreitada global de incumbência da Construtora Valor, desmotivaria a autuação sofrida pelo contribuinte :

“A recorrente pleiteia a nulidade da autuação por entender não haver motivo para sua autuação visto que tinha um contrato de empreitada global com a Construtora Valor LTDA.

Concordo com a recorrente.”

Destacou no seu voto que :

“ Quando a obra foi iniciada a norma Instrução Normativa vigente para construção civil era a IN INSS/DC 69 de 10/05/2002. Em 18/12/2003, foi editada a IN INSS/DC 100, que revogou a IN 69.”

De fato, como fora destacado, na forma dos arts. 3, IV e 18, II da instrução vigente, a empresa atuada não era responsável pelo **recolhimento das contribuições arrecadadas pelo INSS, inclusive as destinadas a outras entidades e fundos.(terceiros). Tais responsabilidades são atribuições da CONTRATADA - Construtora Valor LTDA, cabendo, se fosse o caso, imputar, tão-somente, RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ao CONTRATANTE** pela eventual inadimplência da CONTRATADA.

“DA MATRÍCULA DE OBRA DE CONSTRUÇÃO CIVIL

Art. 3º São responsáveis pela matrícula da obra de construção civil:

I - o proprietário;

II - o dono da obra;

III - o incorporador;

IV - a empresa construtora, quando contratada para execução de obra por empreitada total, observado o disposto no § 2º do art. 2º;

V - a empresa líder, na contratação de consórcio....

TÍTULO II

DA CONSTRUÇÃO CIVIL SOB RESPONSABILIDADE DE PESSOA JURÍDICA

CAPÍTULO I

DAS OBRIGAÇÕES

SEÇÃO I

DA FOLHA DE PAGAMENTO, DA NOTA FISCAL, DO RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES E DA GFIP...

Art. 18. São responsáveis pelo recolhimento das contribuições arrecadadas pelo INSS, inclusive as destinadas a outras entidades e fundos (terceiros):

I - o proprietário ou o dono da obra;

II - o incorporador;

III - a empresa construtora, quando for contratada para executar obra por empreitada total.

IV - a subempreiteira, no caso de repasse integral do contrato.”

Destacando-se novos trechos do voto vencido, se verifica que o I. Relator para concluir pela nulidade em face da ocorrência de vício formal registrou :

“Conforme o acórdão recorrido, o lançamento foi efetuado contra a recorrente na qualidade de responsável direta pelas contribuições, isto é, não é lançamento por responsabilidade solidária.

Consoante se depreende dos autos, a empresa em epígrafe encontra-se no pólo passivo da obrigação tributária na qualidade de responsável direto pelas contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração paga a mão-de-obra própria utilizada na execução de construção civil de sua propriedade.”

Visto isto, eis que surge a questão de fundo motivo da divergência em apreço. Se a Autoridade autuante . diante do contrato da obra por empreitada total, sabedora de que não era competência da autuada a responsabilidade das obrigações lhes imputadas ainda assim constituiu créditos tributários colocando a recorrente no pólo passivo, **cometeu não simplesmente um mero erro eventualmente sanável mediante nova ação fiscal.**

Atribuir nulidade por VÍCIO FORMAL ensejaria nova ação fiscal para providenciar a correção de eventual(ais) questões sanáveis. Ocorre que qualquer ação neste sentido, jamais terá êxito tendo em vista que os fatos geradores que motivaram o lançamento não são de produção da Recorrente. Assim não há o que rever.

DA JURISPRUDÊNCIA

Me conforta saber que a 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, em 13/08/2007, julgando o processo nº 10746000035200178, exarou o Acórdão abaixo transcrito cuja identidade das matérias produz forte sustentáculo para minha conclusão.

AUTO DE INFRAÇÃO - INEFICÁCIA - ILEGITIMIDADE PASSIVA MATERIAL - A indicação indevida do sujeito passivo da obrigação tributária torna ineficaz o auto de infração e, conseqüentemente, insustentável a exigência do crédito tributário nele formalizado. (...)”

“*Câmara Superior de Recursos Fiscais. 1ª Turma*

Acórdão nº 40305401 do Processo 10746000035200178

13/08/2007

(..)

ILEGITIMIDADE PASSIVA. - A eleição indevida do sujeito passivo da obrigação tributária torna ineficaz a notificação de lançamento e, conseqüentemente, insustentável a exigência do crédito tributário lançado. PRECEDENTES: Acórdãos nºs 104-18374/01, 303-30231/02 e 303-27620/93. Recurso especial provido.”

Do exposto, é flagrante a ILEGITIMIDADE da Recorrente para tomar assento no pólo passivo do lançamento. Decorre pois do episódio, NULIDADE POR VÍCIO MATERIAL “ AB INITIO”

CONCLUSÃO

Conheço dos argumentos do i.Relator para DIVERGIR em razão da ILEGITIMIDADE da Recorrente para tomar assento no pólo passivo do lançamento gerando NULIDADE POR VÍCIO MATERIAL “ AB INITIO”

É como voto

Ivacir Júlio de Souza- Reator