



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

Processo n° 12971.004947/2010-71
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2201-004.593 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 03 de julho de 2018
Matéria CONTRIBUIÇÃO SOCIAL
Recorrente CONSTRUTORA LIX DA CUNHA S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/09/1992 a 31/03/1995

LANÇAMENTO POR SOLIDARIEDADE. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO DE OFÍCIO DE DECADÊNCIA PARCIAL.

É vedada a apreciação de alegação de inconstitucionalidade. Recurso Voluntário Não Provido. Declaração de ofício de decadência parcial.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário e, de ofício, declarar extinto pela decadência os créditos tributários relativos aos períodos anteriores a junho de 1993

(assinado digitalmente)

CARLOS ALBERTO DO AMARAL AZEREDO - Presidente.

(assinado digitalmente)

DOUGLAS KAKAZU KUSHIYAMA - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Milton da Silva Risso, Daniel Melo Mendes Bezerra, Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim, Dione Jesabel Wasilewski, Douglas Kakazu Kushiyaama, Carlos Alberto do Amaral Azeredo (Presidente)

Relatório

Trata-se de recurso voluntário de fls. 49/53, interposto em face da decisão de fls. 38/43, a qual julgou procedente o lançamento do débito, lavrado em 22/06/1998, relativo ao período de 09/92 a 03/95.

O crédito tributário objeto do presente processo administrativo refere-se a contribuições previdenciárias incidentes sobre a mão de obra aplicada na construção civil e lançado por solidariedade, pois não foram apresentados à fiscalização as cópias autenticadas das guias de recolhimento específicas referentes às faturas e lançamentos contábeis verificados, motivo pelo qual foi apurado o débito referente ao período de 09/92 a 03/95.

De acordo com o Relatório Fiscal de fls. 17/19:

1. O crédito constituído por meio da notificação fiscal acima referida, destinada ao Fundo de Previdência e Assistência Social / FPAS e aos Terceiros de que trata o artigo 94 da Lei 8.212/91, Decreto 2.173/97, refere-se as contribuições previdenciárias incidentes sobre a mão de obra aplicada na construção civil e cessão de mão de obra.

2. A responsabilidade solidária ora levantada correspondente ao período de 09/92 a 03/95 foi baseada na verificação das NF/Faturas de serviços prestados, apresentadas e devidamente lançadas nos Livros Diários da Empresa, sendo que as empresas prestadoras de serviços, nº das NF/Faturas e respectivos valores estão relacionadas no relatório de Fatos Geradores que compõe a presente Notificação Fiscal de Lançamento de Débito.

3. O cálculo do débito foi feito por Aferição, conforme previsto no artigo 66, parágrafo 3 da lei nr 8.212/91. O montante da mão de obra empregada foi aferido, tendo em vista que Empresa Tomadora dos serviços de construção civil e cessão de mão de obra não apresentou os respectivos comprovantes de recolhimento correspondentes as NF/Faturas.

4. Para a apuração do salário de contribuição da construção civil foram observados os critérios e procedimentos contidos na Ordem de Serviço INSS/DAF nº 51 de 06/10/92 que determina o índice de 40% (porcento) sobre o total das Notas Fiscais/Faturas e 12% para faturas de Atividade específica. Quanto à cessão de mão de obra foram observados os critérios contidos na OS/INSS/DAF 083 de 13/08/93 que determina o índice de 40% (porcento) sobre o total das NF/Faturas de serviço de segurança.

5. As alíquotas utilizadas encontram-se discriminadas no relatório de Alíquotas Aplicadas na Apuração do Débito que acompanha a NFLD.

A fiscalização foi precedida de Termo de Início de Ação Fiscal - TIAF emitido em 09/02/1998, cuja cópia acompanhou a NFLD.

O contribuinte foi notificado e apresentou impugnação.

Da Impugnação

O RECORRENTE apresentou sua Impugnação de fls. 31/35. Ante a clareza e precisão didática do resumo da Impugnação elaborada pela Gerência Regional de Arrecadação e Fiscalização, adota-se, *ipsis litteris*, tal trecho para compor parte do presente relatório:

que, no caso, a obrigação do recolhimento das contribuições é das sociedades contratadas;

que a impugnante possui a responsabilidade solidária só na falta do pagamento por parte do contribuinte de fato;

que não compete à impugnante deter em seu poder o comprovante de recolhimento;

que não há nenhum indício de que a fiscal tenha exigido dos prestadores de serviços a prova do recolhimento exigido;

que durante a fiscalização a fiscal verificou o Conta Corrente das prestadoras de serviços, não sendo possível identificar os recolhimentos. Portanto, entende a impugnante, que tais empresas deveriam ser fiscalizadas para apurar se houve o recolhimento ora exigido;

que o inciso I, do art. 195, da CF/88, determina que a contribuição social deve ser calculada sobre a folha de salários, o que não ocorreu no caso, visto que o lançamento foi calculado sobre os valores constantes das Notas Fiscais e ou Faturas de Serviços e, que, portanto, o disposto no Título V, da OS nº 165/97, e demais disposições que disciplinam a matéria não podem prevalecer perante o dispositivo da CF citado;

que além de inconstitucional, há um outro vício que impede o lançamento, visto que ao mandar aplicar a solidariedade, a Lei nº 8.212/91, através do art. 31, faz exceção ao disposto no art. 23 da mesma lei, que trata das contribuições incidentes sobre o faturamento e o lucro. Por conseguinte, a contratante não é solidariamente responsável pelo pagamento das contribuições sobre o faturamento da empresa executora do serviço;

Da Decisão Recorrida

Conforme já exposto, o lançamento foi mantido, decisão de fls. 38/43, conforme se verifica da parte final da decisão de fls. 42/43.

CONSIDERANDO que os demais argumentos aduzidos na defesa estão desprovidos de fundamentos;

CONSIDERANDO que os fatos geradores foram devida e oportunamente informados;

CONSIDERANDO que os autos encontram-se devidamente formalizados para Julgamento;

RESOLVE:

a) Julgar PROCEDENTE o lançamento do débito

b) Notificar a empresa, remetendo-lhe cópia desta Decisão .

Do Recurso Voluntário

O RECORRENTE, devidamente intimado da decisão e apresentou o recurso voluntário de fls. 49/53.

Em suas razões, reiterou os argumentos da Impugnação, apontando, segundo seu entendimento, erros na decisão, que podem ser apresentadas, em breve síntese: a) não se questiona a solidariedade e sim a prova do recolhimento que serviria para elidir a solidariedade; b) comprovação do pagamento com a apresentação de guias não autenticadas e aplicação da legislação de forma retroativa em benefício da recorrente; c) erro quanto à base de cálculo, que se utilizou do faturamento e d) possibilidade de reconhecer, na esfera administrativa a constitucionalidade/inconstitucionalidade das leis.

O Recorrente apresentou o recurso de forma tempestiva, mas não fez o depósito recursal, de modo que o débito foi inscrito em dívida ativa.

Conforme petição da Procuradoria da Fazenda Nacional - PGFN determinou-se o cancelamento da inscrição do débito em dívida ativa (fls. 63), tendo em vista a edição da Súmula Vinculante nº 21 (e outras decisões) proferida pelo Supremo Tribunal Federal, que declarou a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 126 da Lei nº 8.213/91.

Tendo retornado o presente PAF ao órgão administrativo de origem para prosseguimento, este recurso voluntário compôs lote sorteado para este relator em Sessão Pública.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Relator - Douglas Kakazu Kushiyama

Quanto ao mérito do lançamento propriamente dito, conforme questionou a recorrente, o RICARF, em seu artigo 62 veda o afastamento

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Sendo assim, como a própria recorrente alega inconstitucionalidade da base de cálculo escolhida, é vedado o afastamento da aplicação ou deixar de observar lei ou decreto sob fundamento de inconstitucionalidade, de modo que não merece prosperar este ponto do recurso.

Com relação à solidariedade, de fato, nos termos do disposto no artigo 31 da Lei nº 8.212/91 e que vigia ao tempo dos fatos assim dispôs:

Art. 31. O contratante de quaisquer serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de

trabalho temporário, responde solidariamente com o executor pelas obrigações decorrentes desta Lei, em relação aos serviços prestados, exceto quanto ao disposto no art. 23, não se aplicando, em qualquer hipótese, o benefício de ordem. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97).

§ 1º Fica ressalvado o direito regressivo do contratante contra o executor e admitida a retenção de importâncias a este devidas para garantia do cumprimento das obrigações desta Lei, na forma estabelecida em regulamento.

§ 2º Exclusivamente para os fins desta Lei, entende-se como 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 atividades normais da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.1997).

§ 3º A responsabilidade solidária de que trata este artigo somente será elidida se for comprovado pelo executor o recolhimento prévio 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. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.032, de 28.4.1995). (grifos nossos)

§ 4º Para efeito do parágrafo anterior, o cedente da mão-de-obra deverá elaborar folhas de pagamento e guia de recolhimento distintas para cada empresa tomadora de serviço, devendo esta exigir do executor, quando da quitação da nota fiscal ou fatura, cópia autenticada da guia de recolhimento quitada e respectiva folha de pagamento. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.032, de 28.4.95).

Em outros termos, por não comportar benefício de ordem, está-se cobrando, por solidariedade da recorrente o valor do INSS presumido.

Por outro lado, o instituto da solidariedade tributária, prevista e regulada pelo Código Tributário Nacional - CTN, dispôs da seguinte forma:

Art. 125. Salvo disposição de lei em contrário, são os seguintes os efeitos da solidariedade:

I - o pagamento efetuado por um dos obrigados aproveita aos demais;

No caso em tela, o Recorrente não trouxe nenhum documento capaz de infirmar o lançamento de modo que o mesmo deve ser mantido, uma vez que não se comprovou que não deveria ser aplicada a solidariedade ao caso.

Com relação à base de cálculo, foi aplicada aquela prevista na legislação para os casos em que não ilidida a solidariedade.

Decadência

Apesar de não ser objeto de impugnação ou mesmo de recurso, tendo em vista a edição da Súmula Vinculante nº 8 e pelo fato de que os lançamentos levavam em consideração o disposto no art. 45 da Lei 8.212/91, cuja redação então vigente era a seguinte:

art. 45. O direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, a constituição de crédito anteriormente efetuada.

No presente caso, considerando os termos do art. 45 da Lei 8.212/91, levando-se em consideração os estritos termos da legislação vigentes na época do lançamento, não haveria que se falar em decadência.

Não obstante, em Sessão Extraordinária realizada em 12 de julho de 2008, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, editando a Súmula Vinculante nº 08, nos seguintes termos:

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”.

Assim, resta evidente a inaplicabilidade do art. 45 da lei 8.212/91 para amparar o direito da fazenda pública em constituir o crédito tributário mediante lançamento, o que equivale a assentar que, como os demais tributos, as contribuições previdenciárias sujeitam-se aos artigos 150, § 4º, e 173 da Lei 5.172/66, Código Tributário Nacional (CTN), cujo teor merece destaque:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa. (...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. (...)

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;

Grifou-se

Ocorre que o prazo decadencial, no presente caso, tem como prazo inicial a ocorrência do fato gerador, conforme disposto no artigo 150, §4º, do Código Tributário Nacional (CTN).

Esta interpretação, ainda está em consonância com o disposto na Súmula Carf nº 99:

Súmula CARF nº 99: Para fins de aplicação da regra decadencial prevista no art. 150, § 4º, do CTN, para as contribuições previdenciárias, caracteriza pagamento antecipado o recolhimento, ainda que parcial, do valor considerado como devido pelo contribuinte na competência do fato gerador a que se referir a autuação, mesmo que não tenha sido incluída, na base de cálculo deste recolhimento, parcela relativa a rubrica especificamente exigida no auto de infração.

Desta forma, nos presentes autos, não há prova de há dolo fraude ou simulação, de modo que só me resta concluir pela aplicação do disposto no artigo 150, §4º, do Código Tributário Nacional (CTN).

Tendo em vista que a NFLD foi lavrada em 22/06/1998, relativo ao período de 09/92 a 03/95, devem ser declarados decaídos os períodos anteriores a junho de 1993.

CONCLUSÃO

Em razão do exposto, voto por NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário e, de ofício, declarar extinto pela decadência os créditos tributários relativos aos períodos anteriores a junho de 1993.

(assinado digitalmente)

Douglas Kakazu Kushiyama - Relator