



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

Processo nº 15559.000501/2007-31
Recurso nº 266.467 Voluntário
Acórdão nº 2803-00.210 – 3ª Turma Especial
Sessão de 17 de agosto de 2010
Matéria CONSTRUÇÃO CIVIL: RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. EMPRESAS EM GERAL
Recorrente SENDAS SA
Recorrida SRP-SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/1997 a 31/07/1998

PRAZO DECADENCIAL. CINCO ANOS. TERMO A QUO. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO ANTECIPADO SOBRE AS RUBRICAS LANÇADAS. ART. 173, INCISO I, DO CTN.

O Supremo Tribunal Federal, conforme entendimento sumulado, Súmula Vinculante de nº 8, no julgamento proferido em 12 de junho de 2008, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212 de 1991.

Não tendo havido pagamento antecipado sobre as rubricas lançadas pela fiscalização, há que se observar o disposto no art. 173, inciso I do CTN.

Encontram-se atingidos pela fluência do prazo decadencial referente às competências anteriores a 11/1997, inclusive

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. APLICABILIDADE. ART. 30, VI DA LEI 8.212/91.

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.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. S

ACORDAM os membros da 3ª Turma Especial da Segunda Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do(a) relator(a).


HELTON CARLOS PRAIA DE LIMA – Presidente


OSEAS COIMBRA JUNIOR - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Eduardo de Oliveira, Oseas Coimbra Júnior, Carolina Siqueira Monteiro de Andrade, Amílcar Barca Júnior, Gustavo Vettorato e Helton Carlos Praia de Lima (presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra decisão que manteve a notificação fiscal lavrada, referente a contribuições devidas incidentes sobre a remuneração de segurados incluída em nota fiscal ou fatura correspondente a serviços executados por empresa prestadora de serviços de construção civil.

A presente notificação se refere às competências 05/1997 a 07/1998, tendo sido dado ciência ao contribuinte em 19/05/2003.

Inconformado com a decisão, o contribuinte apresenta recurso voluntário, alegando, em síntese, o seguinte:

- Decadência do crédito tributário relativos às competências de maio a julho de 1997 e fevereiro de 1998, inclusive.
- Somente pode existir o instituto da solidariedade se houver dívida, a fim de que o credor possa imputá-la a qualquer um dos devedores solidários, e para existir dívida é necessário que haja inadimplência do devedor originário, sendo assim necessário que se determine junto ao contribuinte praticante do fato gerador a dívida e efetiva contribuição não recolhida, para, só então, cobrar-se do co-responsável pela obrigação, sendo assim vedada a aferição indireta com base nas notas fiscais de prestação de serviços, o que só ocorreria em caso de fraude, consoante art. 33, § 6º da Lei nº8.212/91.
- Apenas com um crédito regularmente constituído em seu devedor originário, terá o credor a possibilidade de imputá-la a quaisquer um dos devedores solidários.
- Os acréscimos legais incidentes sobre o débito são excessivos, configurando "confisco tributário".
- Termina por requerer pela anulação integral do lançamento

É o relatório S

Voto

Conselheiro OSEAS COIMBRA JUNIOR, Relator

DAS QUESTÕES PRELIMINARES

DA DECADÊNCIA

A súmula vinculante do STF, nº 08 traz:

"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".

Com a decisão do Pretório Excelso, a questão passa a ser decidida com base nos artigos art. 150, § 4º e 173, ambos do Código Tributário Nacional – CTN.

Transcrevemos o artigo 173 :

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

A jurisprudência pátria já assentou que a aplicabilidade deste artigo seria na hipóteses de inexistência de pagamento antecipado ou na ocorrência de fraude ou dolo, conforme transcrevemos.

"Ementa: ... II. Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN ..." (STJ REsp 395059/RS Rel.: Min. Eliana Calmon. 2ª Turma. Decisão. 19/09/02. DJ de 21/10/02, p. 347)

"Ementa: ... Em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, a fixação do termo a quo do prazo decadencial para a constituição do crédito deve considerar, em conjunto, os arts. 150, § 4º, e 173, I, do Código Tributário Nacional

Na hipótese em exame, que cuida de lançamento por homologação (contribuição previdenciária) com pagamento

antecipado, o prazo decadencial será de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador . . .

Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN. . . " (STJ. EREsp 278727/DF. Rel.: Min. Franciulli Netto. 1ª Seção. Decisão. 27/08/03. DJ de 28/10/03, p. 184.)

Como a presente notificação se refere às competências 05/1997 a 07/1998, tendo sido dado ciência ao contribuinte em 19/05/2003, aplicando-se o art. 173 do CTN temos que considerar decadentes as competências anteriores a 11/1997, inclusive.

Ante o exposto, acato a preliminar de decadência, nos termos do voto proferido.

MÉRITO

A lei 8.212/91, assim determina em seu art. 30

Art. 30 A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas:

()

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)

A norma determina a solidariedade do dono da obra e expressamente define que não se aplica o benefício de ordem, eliminando assim que se determine junto ao contribuinte praticante do fato gerador a contribuição não recolhida, para, só então, cobrar-se do co-responsável pela obrigação.

Uma vez que o serviço contratado é fato gerador de contribuições sociais, cabe ao contribuinte a prova de que tais contribuições foram pagas, o que se daria, e.g. com a apresentação de folhas e guias de pagamento, mas nada foi apresentado.

A responsabilidade solidária, determinada em lei, faz com que o contribuinte se cerque dos cuidados necessários a fim de comprovar sua regularidade perante o fisco. A lei inclusive lhe dá o direito da retenção dos valores necessários ao adimplemento perante a fazenda. Expressamente conta do relatório fiscal que "A empresa tomadora não fez a Comprovação dos recolhimentos exigidos para se elidir da responsabilidade solidária." 5

Tenho assim que o crédito pode ser originalmente constituído perante qualquer devedor solidário e não primeiramente contra o devedor originário, para só então ser imputado aos demais solidários.

Uma vez constatada a situação que enseja contribuição social, cabe ao Fisco, com os elementos presentes, calcular o *quantum* devido.

Os elementos apresentados que serviram para a apuração do crédito, foram aferidos indiretamente tendo como base os valores constantes nas notas fiscais de serviços, consoante Instrução Normativa IN/INSS/DC Nº 18 de 11 de maio de 2000.

APURAÇÃO DA MÃO-DE-OBRA CONTIDA EM NOTA FISCAL DE SERVIÇO

Art. 53. É fixado em 40%(quarenta por cento) o percentual mínimo correspondente à remuneração a incidir sobre o valor dos serviços da nota fiscal, fatura ou recibo.

Art. 55. Quando o valor do material fornecido para a execução da obra não estiver estabelecido em contrato e não havendo a discriminação dos valores na nota fiscal, fatura ou recibo, o valor dos serviços corresponderá no mínimo a 50%(cinquenta por cento) do valor bruto da nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços, representando a remuneração, por conseguinte, a percentual nunca inferior a 20% (vinte por cento) do valor bruto.

A lei 8212/91, art. 33, respalda o método de aferição indireta, quando o contribuinte não apresenta os elementos suficientes para a aferição direta do mesmo.

Art. 33. A Secretaria da Receita Federal do Brasil compete planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas à tributação, à fiscalização, à arrecadação, à cobrança e ao recolhimento das contribuições sociais previstas no parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições incidentes a título de substituição e das devidas a outras entidades e fundos. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 1º É prerrogativa da Secretaria da Receita Federal do Brasil, por intermédio dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil, o exame da contabilidade das empresas, ficando obrigados a prestar todos os esclarecimentos e informações solicitados o segurado e os terceiros responsáveis pela recolhimento das contribuições previdenciárias e das contribuições devidas a outras entidades e fundos (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 2º A empresa, o segurado da Previdência Social, o serventuário da Justiça, o síndico ou seu representante, o comissário e o liquidante de empresa em liquidação judicial ou extrajudicial são obrigados a exibir todos os documentos e livros relacionados com as contribuições previstas nesta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 3º Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, a Secretaria da Receita Federal do Brasil pode, sem prejuízo da penalidade cabível, lançar de ofício a importância devida. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 4º Na falta de prova regular e formalizada pelo sujeito passivo, o montante dos salários pagos pela execução de obra de construção civil pode ser obtido mediante cálculo da mão de obra empregada, proporcional à área construída, de acordo com critérios estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, cabendo ao proprietário, dono da obra, condômino da unidade imobiliária ou empresa corresponsável o ônus da prova em contrário (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 5º O desconto de contribuição e de consignação legalmente autorizadas sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa a isso obrigada, não lhe sendo lícito alegar omissão para se eximir do recolhimento, ficando diretamente responsável pela importância que deixou de receber ou arrecadou em desacordo com o disposto nesta Lei.

§ 6º Se, no exame da escrituração contábil e de qualquer outro documento da empresa, a fiscalização constatar que a contabilidade não registra o movimento real de remuneração dos segurados a seu serviço, do faturamento e do lucro, serão apuradas, por aferição indireta, as contribuições efetivamente devidas, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário

Os valores apresentados pelo fisco são passíveis de impugnação e, caso o contribuinte apresente comprovação de que os valores lançados não correspondem à realidade, devem ser retificados, o que não aconteceu.

A defesa não trouxe elementos que possibilitassem outra metodologia de cálculo do tributo devido, nem apontou falhas na constituição da presente aferição, alegou que deveria ser feita fiscalização na prestadora, com exame de sua contabilidade para a correta apuração do tributo.

A legislação retrocitada fundamenta a metodologia adotada pela fiscalização, que não merece reparo.

ACRÉSCIMOS LEGAIS

A cobrança de juros está prevista em lei específica da previdência social, art. 34 da Lei nº 8.212/1991, abaixo transcrito, desse modo foi correta a aplicação do índice pela fiscalização federal:

Art.34. As contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo INSS, incluídas ou não em notificação fiscal de lançamento, pagas com atraso, objeto ou não de parcelamento, ficam sujeitas aos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia-SELIC, a que se refere o art. 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, incidentes sobre o valor atualizado, e multa de mora, todos de caráter irrelevável. (Artigo restabelecido, com nova redação dada e parágrafo único acrescentado pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

Parágrafo único O percentual dos juros moratórios relativos aos meses de vencimentos ou pagamentos das contribuições corresponderá a um por cento.

Nesse sentido já se posicionou o STJ no Recurso Especial n.º 475904, publicado no DJ em 12/05/2003, cujo relator foi o Min. José Delgado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO EXECUÇÃO FISCAL. CDA. VALIDADE. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 07/STJ. COBRANÇA DE JUROS TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. A averiguação do cumprimento dos requisitos essenciais de validade da CDA importa o revolvimento de matéria probatória, situação inadmissível em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 07/STJ. No caso de execução de dívida fiscal, os juros possuem a função de compensar o Estado pelo tributo não recebido tempestivamente. Os juros incidentes pela Taxa SELIC estão previstos em lei. São aplicáveis legalmente, portanto. Não há confronto com o art. 161, § 1º, do CTN. A aplicação de tal Taxa já está consagrada por esta Corte, e é devida a partir da sua instituição, isto é, 1º/01/1996. (REsp 439256/MG) Recurso especial parcialmente conhecido, e na parte conhecida, desprovido.

A multa aplicável também tem respaldo legal, consoante previsão do artigo 35 da 8.212/91.

Art. 35. Sobre as contribuições sociais em atraso, arrecadadas pelo INSS, incidirá multa de mora, que não poderá ser relevada, nos seguintes termos:

I- para pagamento, após o vencimento de obrigação não incluída em notificação fiscal de lançamento.

a) oito por cento, dentro do mês de vencimento da obrigação, .

b) quatorze por cento, no mês seguinte;

c) vinte por cento, a partir do segundo mês seguinte ao do vencimento da obrigação;

II - para pagamento de créditos incluídos em notificação fiscal de lançamento:

a) vinte e quatro por cento, em até quinze dias do recebimento da notificação;

b) trinta por cento, após o décimo quinto dia do recebimento da notificação;

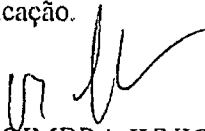
c) quarenta por cento, após apresentação de recurso desde que antecedido de defesa, sendo ambos tempestivos, até quinze dias da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS,

✓

d) cinquenta por cento, após o décimo quinto dia da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS, enquanto não inscrito em Dívida Ativa."

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto por conhecer do recurso, e dou parcial provimento para declarar a decadência referente às competências anteriores a 11/1997, inclusive, mantendo o que de resto consta da notificação.



OSEAS COIMBRA JUNIOR - Relator