



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

Processo n° 15563.000330/2008-62
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2401-006.018 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de fevereiro de 2019
Matéria CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente SENDAS S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/2006 a 31/12/2008

AÇÃO JUDICIAL COM MESMO OBJETO. CONCOMITÂNCIA.
RENÚNCIA À ESFERA ADMINISTRATIVA.

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois da instauração do processo administrativo fiscal, com o mesmo objeto deste, cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da controvertida no processo judicial. Súmula CARF nº 01

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade votos, não conhecer do recurso voluntário. Declarou-se impedido de participar do julgamento o conselheiro Matheus Soares Leite, substituído pela conselheira Fernanda Melo Leal (Suplente Convocada).

(assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier – Presidente

(assinado digitalmente)

Luciana Matos Pereira Barbosa - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Miriam Denise Xavier (Presidente), Cleberson Alex Friess, Andréa Viana Arrais Egypto, Luciana Matos Pereira Barbosa, José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro, Rayd Santana Ferreira, Sheila Aires Cartaxo Gomes e Fernanda Melo Leal. Ausente a Conselheira Marialva de Castro Calabrich Schlucking.

Relatório

Tratam os presentes autos de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD (DEBCAD 35.566.193-4 – fls. 02/24), lavrado contra as empresas SENDAS S/A e COPLASE ENGENHARIA LTDA, no valor total de R\$ 117.782,27 (cento e dezessete mil, setecentos e oitenta e dois reais e vinte e sete centavos).

De acordo com o Relatório Fiscal (fls. 43/47) o crédito constituído é referente às contribuições sociais arrecadadas pelo INSS e destinadas à Seguridade Social, correspondente à contribuição dos segurados empregados e a contribuição da empresa, inclusive para o custeio das prestações decorrentes de acidente de trabalho ou do Grau de Incidência de Incapacidade Laborativa Decorrente dos Riscos do Ambiente de Trabalho – GILRAT, em razão da responsabilidade solidária entre a empresa tomadora (Sendas S/A) e a empresa prestadora (Coplase Engenharia Ltda.), decorrente da contratação de prestação de serviços de construção civil no período de 11/1995 a 11/1998.

De acordo com a Fiscalização, a empresa tomadora (Sendas S/A) não comprovou o recolhimento das contribuições relativas à mão de obra contratada, conforme previsão na legislação vigente à época dos fatos.

Devidamente cientificada, a Interessada SENDAS S/A apresentou Defesa Prévia (fls. 54/67), com as seguintes considerações:

(i) Da decadência. Se a Fazenda Pública não se pronunciar sobre o recolhimento no prazo de 5 (cinco) anos, contados da data do fato gerador, opera-se automaticamente a homologação tácita do recolhimento. É o que impõe expressa e inequivocamente o artigo 150, § 4º do CTN, e assim dá-se a preclusão do prazo da Fazenda Pública para a constituição do crédito tributário. É ilegal o lançamento efetuado pelo INSS, materializado na NFLD em tela, diante da extinção dos alegados créditos, já homologados, operando-se a decadência do direito da Fazenda.

Apesar do caput do artigo 45 da Lei 8.212/91 estabelecer um prazo de 10 anos para a Seguridade Social apurar e constituir débitos, este dispositivo é manifestamente inconstitucional, além de violar também o CTN, e por isso a sua aplicação vem sendo sistematicamente rejeitada pelos Tribunais. Isto porque não há dúvidas de que o prazo decadencial, estabelecido pelo Código Tributário Nacional, não pode ser revogado ou alterado por mera lei ordinária, que porventura pretenda estabelecer prazo diverso.

Conclui-se, portanto, que foram ilegalmente constituídos na NFLD em tela todos os valores lançados pelo INSS relativos às competências de novembro de 1995 a agosto de 1997, inclusive, posto que já homologada tacitamente, na forma do artigo 150, § 4º, do CTN, ocorrendo assim a preclusão do prazo da Fazenda Pública para constituir eventual crédito mediante lançamento.

(ii) Da ilegalidade *in totum* do lançamento. As competências a que se refere o lançamento em apreço nesta lide são anteriores ao advento da Lei nº 9.711, de 20.11.98. Logo, a presente discussão não trata da obrigação do tomador de serviços de reter o percentual de 11% (onze por cento) sobre os valores de notas fiscais de seus prestadores de serviço, instituída posteriormente aos fatos geradores em tela nesta demanda.

Argumenta que 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.

Cita os artigos 124 e 142 do Código Tributário Nacional para defender a sua ausência de responsabilidade.

Conclui que o instituto da solidariedade somente pode ser efetivado nos casos em que a Fiscalização, preliminarmente, determine junto ao contribuinte praticante do fato gerador a devida a devida e efetiva contribuição não recolhida, para, só então, cobrar-se do co-responsável pela obrigação.

(iii) As formas de calcular o montante do tributo devido No caso presente, realizou o Fisco uma indubitável aferição indireta, ao apurar o pseudo débito através de percentuais sobre os valores das notas fiscais de prestação de serviços, ignorando, não se sabe porquê, a contabilidade do devedor originário, o que não é aceitável.

Argumenta que é dever, e não mera faculdade, da Autarquia fiscalizar junto à empresa contribuinte (devedora originária) a sua folha de pagamento, cuja obrigação de manter em consonância com as normas legais é unicamente da empresa que paga ou credita tais remunerações (prestadora de serviços).

Alega que o Fisco contrariou o artigo 33, § 6º da Lei nº 8.212/91, uma vez que este dispositivo estabelece as situações que dão margem à aferição indireta por parte da Fiscalização.

(iv) Da ausência de qualquer infração por parte da impugnante. Assevera que constituir o crédito tributário contra a responsável solidária mediante a aplicação de percentual sobre as notas fiscais detidas pela impugnante, sem prévia comprovação da idoneidade dos registros contábeis do prestador de serviços, é ilegal, contrariando claramente o § 6º do artigo 33 da Lei nº 8.212/91.

(v) Ilegal incidência de juros e multa. Sobre o tema, a impugnante defende que os valores são excessivos, configurando confisco tributário, o que é vedado pela Constituição Federal, que não pode ser ofendida por legislação ordinária.

Por sua vez, a empresa COPLASE ENGENHARIA LTDA. apresentou Defesa Prévia às fls. 105/106, da seguinte forma:

(i) Decadência. No processo em pauta incide a figura jurídica da decadência. Os débitos levantados pela fiscalização a SENDAS S/A, que foi a empresa fiscalizada refere-se ao período de 11/1995 a 11/1998. Assim, se a Fazenda pública não se pronunciar sobre o recolhimento no prazo de 05 (cinco) anos, contados do fato gerador, opera-se automaticamente

a homologação tácita do recolhimento. É o que impõe expressa e inequivocamente o art. 150, § 4º, do CTN, logo operada a homologação, inexistente crédito devido, estando o mesmo extinto.

(ii) A COPLASE ENGENHARIA LTDA., de modo algum se sente solidária, haja vista ter cumprido integralmente com os recolhimentos devidos ao INSS no período da obra. Na época da obra em pauta, a COPLASE ENGENHARIA LTDA., enviava mensalmente as guias de recolhimento do INSS do seu pessoal efetivo da obra e também dos terceirizados. A SENDAS S/A só liberava as faturas pertinentes a obra, condicionada a apresentação das guias de recolhimento do INSS e sua certificação.

(iii) Conclusão. A COPLASE ENGENHARIA LTDA., diante do exposto, fica na expectativa de que esta Autarquia analise a situação da impugnante, que devido a falta de informação, só lhe resta acompanhar o processo em pauta.

Sobreveio Decisão Notificação nº 17.422.4/0037/2005 da Secretaria da Receita Previdenciária – Unidade Descentralizada de Duque de Caxias/RJ, às fls. 175/192, julgando procedente o lançamento, mantendo o crédito tributário exigido em sua integralidade. Confira-se:

“CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CONSTRUÇÃO CIVIL. NÃO COMPROVAÇÃO DO RECOLHIMENTO. ARBITRAMENTO. ELISÃO. DECADÊNCIA. JUROS. MULTA. CONSTITUCIONALIDADE DE LEI.

O proprietário, 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, Lei 8.212/91, art. 30, VI.

Somente será elidida a responsabilidade solidária existente entre o tomador e prestador de serviços se atendidos os critérios estabelecidos pelo Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS.

Nos casos em que a empresa tomadora não apresenta a documentação capaz de elidi-la de sua responsabilidade solidária, a presunção é de que não houve o recolhimento, devendo o crédito ser constituído usando-se os mesmos critérios que deveriam ter sido adotados para o cálculo das contribuições que deveriam ter sido recolhidas pela prestadora.

É de 10 (dez) anos o prazo para apuração e constituição do crédito previdenciário, conforme artigo 45 da Lei nº 8.212/91.

Conforme estabelece o artigo 34 da Lei nº 8.212/91, com a redação alterada pela Lei nº 9.528/97, sobre as contribuições sociais recolhidas em atraso incidem juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC.

A multa pelo recolhimento em atraso das contribuições arrecadadas e administradas pelo INSS incide de forma automática, conforme

percentuais, prazos e formas de pagamento do débito previstos na Lei nº 8.212/91, artigo 35, na redação restabelecida pelo artigo 1º da Lei 9.528/97, e alterada pela Lei 9.876/99.

Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre matéria relativa a constitucionalidade de lei.

LANÇAMENTO PROCEDENTE”

Inconformado com a decisão exarada pelo órgão julgador *a quo*, o Recorrente interpôs **Recurso Voluntário** em 16/06/2005 (às fls. 118/120), argumentando, em síntese, o que segue:

(i) Afirma a tempestividade do seu recurso.

(ii) Solicita a dispensa do depósito administrativo de 30% (trinta por cento) do valor da exigência fiscal, haja vista não dispor de tal quantia, reconhece que cumpriu com todas as obrigações previdenciárias das referidas obras, conforme guias do INSS que anexa.

(iii) Nos fatos, esclarece que além de possuir empregados locados nas obras das Casas Sendas tanto em Duque de Caxias como no largo do Bicão, tinha as consultorias de recursos humanos que cediam mão de obra temporária como a Skipper Recursos Humanos Ltda., Jet Work Assessoria Empresarial Ltda., Rio Shop Serviços Ltda. Afirma que também se utilizava de algumas subempreiteiras tais como Status Pinturas e Reformas Ltda., Amaf Construções e Instalações Ltda., Torc Engenharia Ltda., Isotran Isolamentos Térmicos e Montagens Ltda.

Aduz que em anexo está enviando as guias do INSS recolhidas para as duas obras em pauta para análise deste Conselho. Em seguida relaciona as guias que estão sendo anexadas com o recurso.

(iv) Conclusão: A Coplase Engenharia Ltda., diante do exposto, fica na expectativa de que esta Autarquia analise a situação da Impugnante e lhe seja favorável em seu parecer.

Às fls. 121/171 constam os documentos apresentados com o Recurso Voluntário.

Posteriormente, consta Informação Fiscal (fls. 284/285) no sentido de que, face a apresentação parcial das folhas de pagamento de todos os segurados empregados envolvidos nas obras, visto que haviam outras empresas prestadoras de serviços envolvidas na execução das obras, subempreiteiras contratadas pela Coplase Engenharia Ltda., a Fiscalização entende que o critério da aferição indireta, através das notas fiscais identificadas na fiscalização anterior, deverá ser mantido.

Informa que as GRPS apresentadas na defesa foram relacionadas na planilha às fls. 278/283 e confirmadas no Sistema de Arrecadação, consulta COGRPS cujas telas foram anexadas às fls. 229 a 251 e 258 a 277.

Informa, ainda, que foram realizadas consultas ao conta corrente das matrículas CEI das obras envolvidas no crédito previdenciário constituído, cujas telas foram anexadas às fls. 252/257.

Esclarece que com a publicação da Súmula Vinculante nº 8 do Supremo Tribunal Federal em 12/06/2008, declarando a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 5º da Lei nº 1.569/1997 e dos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, as competências anteriores a 04/1998, constantes no débito original, foram alcançadas pela decadência, uma vez que o mesmo foi lavrado em 16/04/2003.

Destaca que após a análise dos documentos apresentados e confirmados no sistema de arrecadação, concluíram pela aceitação dos mesmos como créditos do contribuinte e elaboraram uma planilha, às fls. 283, para a ratificação do crédito previdenciário constituído.

Em seguida, constam dos autos às fls. 297/360 as principais peças relativas ao Processo Judicial nº 2005.51.10.003656-5 da Justiça Federal, Seção Judiciária do Rio de Janeiro, promovido pela empresa SENDAS S/A contra a União (Fazenda Nacional), cujo conteúdo da sentença já transitado em julgado, determinou a nulidade das NFLD's nº 35.566.192-4, 35.566.211-6, 35.566.216-7 e 35.566.218-3.

É o relatório.

Voto

Conselheira Luciana Matos Pereira Barbosa - Relatora

1. DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

Conforme despacho exarado à fl. 215, o Recurso Voluntário é tempestivo, todavia existem outros requisitos de admissibilidade a serem analisados

a. Da existência de Processo Judicial tratando da mesma matéria. Concomitância.

Conforme relatado, a Recorrente tem a seu favor ação própria (Processo nº 2005.51.10.003656-5), inicialmente em trâmite perante a 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, com sentença de procedência (fls. 313/317). Confira-se:

“[...]

Do exposto:

a) JULGO EXTINTO O PROCESSO, SEM A RESOLUÇÃO DO MÉRITO EM FACE DA UNIÃO, nos termos do art. 267, VI, do CPC. Condeno a Autora em metade das custas e em honorários advocatícios em favor da União que fixo em R\$ 2.000,00 (dois mil reais);

b) JULGO PROCEDENTE O PEDIDO para reconhecer a nulidade das NFLD's nº 35.566.193-4, 35.566.211-6, 35.566.216-7 e 35.566.218-3.

Condeno o INSS em metade das custas e em honorários advocatícios que fixo em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

DEFIRO A TUTELA ANTECIPADA PARA SUSPENDER A EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO ACIMA, ficando o INSS vedado de praticar quaisquer atos tendentes à sua cobrança executiva ou de considerá-lo empecilho à expedição de certidão negativa de débitos.”

A decisão acima foi confirmada pela egrégia 4ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em acórdão assim ementado (fls. 335/336):

“TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. LEI N.º 9.711/98. EMPRESA TOMADORA DE SERVIÇOS. AUTUAÇÃO SEM AVERIGUAÇÃO DO PAGAMENTO PELA EMPRESA PRESTADORA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. STJ. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO DESPROVIDAS.

1. Trata-se de remessa necessária e de apelação cível interposta pela UNIÃO/FAZENDA NACIONAL, nos autos da ação ordinária de nº 0003656-90.2005.4.02.5110/2ª VF de Execução Fiscal de São João de Meriti-RJ, objetivando reformar a sentença que reconheceu a nulidade integral das NFLD's nº 35.566.193-4, 35.566.211-6, 35.566.216-7 e 35.566.218-3.

2. Verifica-se que parte da sentença recorrida apresenta fundamento - no que toca à nulidade dos lançamentos constituídos irregularmente pelo INSS, através da verificação da contabilidade da empresa tomadora de serviços - que, isoladamente, já é suficiente para sua manutenção, e que, no entanto, a União Federal/Fazenda Nacional deixou de impugnar através do recurso de fls. 663/669.

*3. Reconhecimento pela UF/FN da ausência de interesse de agir da recorrida em relação à NFLD nº 35.566.216-7 tendo em vista o status de *BAIXADO* do referido crédito.*

4. No tocante as demais NFLD's, importa salientar que, conquanto legítima a responsabilidade solidária entre o contratante e a empresa prestadora de serviços no que se refere às obrigações previdenciárias decorrentes dos serviços realizados, a jurisprudência do STJ reconhece, nos termos do art. 31 da Lei n. 8.212/91, com a redação vigente até 1/2/1999, a inviabilidade de lançamento por aferição indireta, com base nas contas do tomador do serviço, porquanto, para a devida constituição do crédito tributário, faz-se necessário observar se a empresa cedente recolheu ou não as contribuições devidas, o que, de certo modo, implica precedente fiscalização perante a empresa prestadora, ou, ao menos, a concomitância.

5. Na hipótese dos autos, os débitos, consubstanciados nas NFLD's de n.ºs 35.566.193-4, 35.566.211-6 e 35.566.218-3, correspondem, respectivamente, aos períodos de 11/95 a 11/98, 01/98 a 12/98 e 05/97 a 07/98 e, não deixam dúvidas, conforme as cópias dos documentos constantes às fls. 42/95 e 117/138, de que a SENDAS S/A, tomadora de serviços, foi diretamente notificada em razão da responsabilidade solidária prevista no art. 31 da Lei n.º 8.212/91, sem prévia aferição pela prestadora de serviços, COPLASE ENGENHARIA LTDA, ESAGUA-ENGENHARIA IND. E COM. LTDA e GEMAN GERENCIADORA DE MANUT. E INST. LTDA(ME).

6. Descabe a autuação do tomador de serviços sem a prévia fiscalização do prestador, que é o devedor principal da contribuição previdenciária, pois a solidariedade prevista em lei ocorre apenas na fase de cobrança do tributo e não na fase de sua constituição. Precedentes do STJ e desta Corte.

7. Impõe-se a manutenção da sentença que reconheceu a nulidade destes lançamentos, restando prejudicada a alegação de não ocorrência da decadência.

8. Remessa e apelação desprovidas.”

Em seguida, foi certificado o Transitado em Julgado em 12/03/2018 (fl. 341), tornando-se definitiva, portanto, a decisão judicial.

Cotejando os elementos do processo administrativo com o contido nos julgados judiciais e com a defesa administrativa, vê-se que não há distinção de objeto.

Com efeito, a propositura pelo sujeito passivo, contra a Fazenda, de ação judicial, por qualquer modalidade processual, antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto quanto ao mérito do litígio, importa a renúncia às instâncias administrativas ou desistência de eventual recurso interposto.

Nessa linha de entendimento foi editada a Súmula CARF nº 01:

“Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.”

Sobre os efeitos da renúncia, disciplina o Parecer Normativo Cosit nº 7/2014:

“Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ementa: CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL E PROCESSO JUDICIAL COM O MESMO OBJETO. PREVALÊNCIA DO PROCESSO JUDICIAL. RENÚNCIA ÀS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS. DESISTÊNCIA DO RECURSO ACASO INTERPOSTO.

A propositura pelo contribuinte de ação judicial de qualquer espécie contra a Fazenda Pública com o mesmo objeto do processo administrativo fiscal implica renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso de qualquer espécie interposto.

Quando contenha objeto mais abrangente do que o judicial, o processo administrativo fiscal deve ter seguimento em relação à parte que não esteja sendo discutida judicialmente. A decisão judicial transitada em julgado, ainda que posterior ao término do contencioso administrativo, prevalece sobre a decisão administrativa, mesmo quando aquela tenha sido desfavorável ao contribuinte e esta lhe tenha sido favorável.

A renúncia tácita às instâncias administrativas não impede que a Fazenda Pública dê prosseguimento normal a seus procedimentos, devendo proferir decisão formal, declaratória da definitividade da exigência discutida ou da decisão recorrida.

É irrelevante que o processo judicial tenha sido extinto sem resolução de mérito, na forma do art. 267 do CPC, pois a renúncia às instâncias administrativas, em decorrência da opção pela via judicial, é insuscetível de retratação.

A definitividade da renúncia às instâncias administrativas independe de o recurso administrativo ter sido interposto antes ou após o ajuizamento da ação.

Dispositivos Legais: Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (CTN), art. 145, c/c art. 149, art. 151, incisos II, IV e V; Decreto-lei nº 147, de 3 de fevereiro de 1967, art. 20, § 3º; Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, arts. 16, 28 e 62; Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (CPC), arts. 219, 267, 268, 269 e 301, § 2º; Decreto-lei nº 1.737, de 20 de dezembro de 1979, art. 1º; Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, art. 38; Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXV; Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 53; Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, art. 22; Portaria CARF nº 52, de 21 de dezembro de 2010; Portaria MF nº 341, de 12 de julho de 2011, art. 26; art. 77 da IN RFB nº 1.300, de 20 de novembro de 2012.”

Ante o exposto, considerando que a questão debatida nos presentes autos foi objeto de análise pelo Poder Judiciário, constata-se que houve renúncia à esfera administrativa, não se conhecendo, assim, dos argumentos explicitados pelo Recorrente, a teor da previsão contida na Súmula CARF nº 01.

Por fim, deverão os autos retornar à Unidade de Origem, observando-se o quanto restou decidido pelo Poder Judiciário.

2. CONCLUSÃO:

Pelos motivos expendidos, **NÃO CONHEÇO** do Recurso Voluntário, nos termos do relatório e voto.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Luciana Matos Pereira Barbosa.