



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 17460.000889/2007-95
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2401-009.158 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 04 de fevereiro de 2021
Recorrente MUNICÍPIO DE BOTUCATU - PREFEITURA MUNICIPAL E OUTRO
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/1995 a 31/01/1999

INCONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA DE DEPÓSITO OU ARROLAMENTO PRÉVIO DE DINHEIRO OU BENS PARA ADMISSIBILIDADE DE RECURSO ADMINISTRATIVO. SÚMULA VINCULANTE Nº 21 DO STF.

O Recurso Administrativo apresentado tempestivamente deve ser processado normalmente, mesmo sem o Depósito Prévio preconizado no § 1º do art. 126 da Lei 8.213/91, uma vez que o dispositivo foi revogado pela Lei 11.727/2008, após reiteradas decisões do STF no sentido de que era inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévio para admissibilidade de remédio recursal na seara administrativa. O entendimento da Egrégia Corte restou pacificado pela Súmula Vinculante nº 21, de observância obrigatória pelos órgãos da Administração Pública (art. 103-A da CF).

NULIDADE DO LANÇAMENTO. VÍCIO MATERIAL.

É dever do Fisco investigar e verificar a ocorrência do fato jurídico-tributário, cabendo demonstrar a ocorrência dos fatos que servem de suporte à exigência fiscal de forma clara e precisa, principalmente em virtude do princípio da tipicidade cerrada e da verdade material albergada no processo administrativo fiscal. A não demonstração por parte da autoridade administrativa dos fatos e motivos que a conduziram à lavratura do Auto de Infração, refere-se ao conteúdo do ato administrativo, que tem como consequência a contaminação do lançamento por vício material por falha nos pressupostos intrínsecos.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ARBITRAMENTO NO TOMADOR DOS SERVIÇOS. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE INADIMPLÊNCIA DO PRESTADOR.

Diante da não comprovação de inadimplência do prestador dos serviços de cessão de mão-de-obra anteriormente ao arbitramento fiscal no tomador, bem como, o entendimento sedimentado da jurisprudência do STJ, deve o crédito tributário ser desonerado por afrontar o disposto no artigo 37 da Lei nº 8.212/91.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário. Votaram pelas conclusões os conselheiros José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro, Rodrigo Lopes Araújo e Miriam Denise Xavier. Solicitou fazer declaração de voto o conselheiro José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro.

(documento assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Matheus Soares Leite - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Jose Luis Hentsch Benjamin Pinheiro, Andrea Viana Arrais Egypto, Rodrigo Lopes Araujo, Matheus Soares Leite, Rayd Santana Ferreira, Miriam Denise Xavier (Presidente).

Relatório

A bem da celeridade, peço licença para aproveitar boa parte do relatório já elaborado em ocasião anterior e que bem elucida a controvérsia posta, para, ao final, complementá-lo (e-fls. 235 e ss).

Pois bem. Conforme Relatório Fiscal, trata-se de crédito tributário lançado contra o sujeito passivo em referência e a empresa Cláudio Pereira Botucatu ME, CNPJ 61.194.569/0001-29, no valor de R\$ 67.749,71 (sessenta e sete mil setecentos e quarenta e nove reais setenta e um centavos), consolidado em 28/09/06, relativo a contribuições sociais previdenciárias incidentes sobre a remuneração paga à mão-de-obra incluída em notas fiscais de serviços prestados mediante empreitada de mão-de-obra, no período de 05/1995 a 01/1999.

Cientificado do lançamento em 18/10/2006 (doc. de fls. 48), o sujeito passivo responsável solidário apresentou defesa em 01/11/2006 (fls 51 a 65), alegando em resumo:

- (a) Inobservância do Mandado de Procedimento Fiscal - MPF, uma vez que a efetiva fiscalização in loco não foi realizada no prazo estabelecido pelo mesmo;
- (b) Os lançamentos de débitos objeto das Notificações Fiscais de Lançamento de Débito n. 35.564.940-3 e 35.564.941-1 foram julgados nulos e, portanto, não podem ser aproveitados para apuração de débitos;
- (c) Prescrição quinquenal do crédito lançado, com base no Decreto-Lei nº 20.910/1932 e no artigo 174 do Código Tributário Nacional - CTN;
- (d) Necessidade de perícia tendo em vista que o Auditor não compareceu à sede da Prefeitura para realizar a fiscalização e que os débitos lançados são indevidos;
- (e) Cerceamento de defesa em razão de ausência de fundamentação legal e pela falta de demonstração da base de cálculo e das alíquotas aplicadas;
- (f) Não foi verificado se a empresa é optante do SIMPLES;
- (g) Impossibilidade de cobrança do débito por responsabilidade solidária, dentre outros argumentos, porque não se pode cobrar a dívida por solidariedade sem demonstrar que a empresa prestadora de serviços não efetuou os recolhimentos;
- (h) Inconstitucionalidade da cobrança dos créditos apurados por aferição indireta e não enquadramento no item II da OS 209/99;
- (i) Por fim, requer a improcedência do lançamento.

A empresa prestadora de serviços foi cientificada do lançamento em 09/10/2006, conforme Aviso de Recebimento de fls. 47, entretanto, não liquidou o débito, nem apresentou defesa.

Os autos foram devolvidos em diligência, através do despacho de fls. 159 a 161, para que fossem prestados esclarecimentos acerca do serviço arrolado nos autos, porém, retornaram sem o seu cumprimento em face da edição da Súmula Vinculante nº 08 do STF (fls. 163).

Entretanto, não tendo o crédito sob análise sido totalmente atingido pela decadência quinquenal prevista no CTN e aplicável às contribuições previdenciárias conforme Súmula Vinculante nº 08, os autos retornaram à origem para o cumprimento da diligência anterior, nos termos do despacho de fls. 177 e 178.

Conforme despacho de fls. 206 e documentos de fls. 181 a 205, embora notificado regularmente e concedidas diversas prorrogações de prazo para a apresentação de documentos, o contribuinte não os apresentou alegando, através do documento de fls. 199 e 200, que não conseguiu localizá-los, e que está desobrigado da guarda dos mesmos, pois anteriores a 2001. A não apresentação dos documentos ensejou a lavratura do Auto de Infração DEBCAD 37.228.881-2, de 12/11/2009.

Cientificados os autuados do resultado da diligência, houve o aditamento da defesa de fls. 215 a 218 no qual é reiterada a alegação de falta de obrigação de apresentar os documentos solicitados e feito o pedido de declaração da prescrição e decadência dos débitos, bem como de remissão do débito com fulcro no art. 14 da Lei nº 11.941, de 27/05/2009.

Em seguida, sobreveio julgamento proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, por meio do Acórdão de e-fls. 235 e ss, cujo dispositivo considerou **a impugnação procedente em parte**, mantendo o crédito tributário retificado na Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NF LD - nº 35.902.501-3. É ver a ementa do julgado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/1995 a 31/01/1999

IDECADÊNCIA QUINQUENAL. 2.NULIDADE. DESCABIMENTO POR INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS INSANÁVEIS. 3. PRESCRIÇÃO EM SEDE PREVIDENCIÁRIA. 4. PERÍCIA. 5. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA EM CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. INEXISTÊNCIA DE BENEFÍCIO DE ORDEM. 6. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA ESFERA ADMINISTRATIVA. DESCABIMENTO. 7. REMISSÃO.

1. A decadência das contribuições previdenciárias opera-se em 05 (cinco) anos em face da declaração de inconstitucionalidade dos art. 45 e 46 da Lei 8.212/91 pelo Supremo Tribunal Federal.

2. Descabe a nulidade quando inexistentes vícios insanáveis.

3. A prescrição, em sede previdenciária, é quinquenal, não sendo aplicável ao crédito com a exigibilidade suspensa e regularmente constituído dentro do prazo decadencial de cinco anos, contado da data em que se tornou definitiva a decisão que anulou, por vício formal, a constituição de crédito anteriormente efetuada.

4. É indeferida a perícia desnecessária e formulada em desacordo com as normas pertinentes.

5. A responsabilidade solidária não comporta benefício de ordem, podendo ser imputada ao contratante que dela não se elidiu nos termos da legislação aplicável.

6. A alegação de inconstitucionalidade e de ilegalidade de norma previdenciária não é apreciada nesta Instância Administrativa.

7. Ficam remetidos os débitos com a Fazenda Nacional, nos termos do disposto no art. 14 da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009.

Impugnação Procedente em Parte

Direito Creditório Reconhecido em Parte

Em resumo, entendeu a DRJ, considerando que o lançamento por meio da NFLD 35.564.941-1 ocorrera em 28/10/2003, para as contribuições exigidas no período de 05/1995 a 11/1997, ter-se-ia operado a decadência tanto pela regra contida no inciso I do art. 173 do CTN como pela estampada no § 4º do art. 150 do CTN, restando, contudo, a análise quanto ao crédito concernente ao período 01/1998 a 01/1999, por não haver nos autos registro do recolhimento de contribuições anteriormente ao lançamento.

O contribuinte, por sua vez, inconformada com a decisão prolatada e procurando demonstrar a improcedência do lançamento, interpôs Recurso Voluntário (e-fls. 296 e ss), repisando os argumentos apresentados em sua impugnação.

O sujeito passivo solidário, por sua vez, foi notificado da decisão, e não se manifestou.

Em seguida, os autos foram remetidos a este Conselho para apreciação e julgamento do Recurso Voluntário.

Não houve apresentação de contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Matheus Soares Leite – Relator

1. Juízo de Admissibilidade.

O Recurso Voluntário é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235/72. Portanto, dele tomo conhecimento.

Cabe esclarecer que o Recurso Administrativo apresentado tempestivamente deve ser processado normalmente, mesmo sem o Depósito Prévio preconizado no § 1º do art. 126 da Lei 8.213/91, uma vez que o dispositivo foi revogado pela Lei 11.727/2008, após reiteradas decisões do STF no sentido de que era inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévio para admissibilidade de remédio recursal na seara administrativa.

O entendimento da Egrégia Corte restou pacificado pela Súmula Vinculante nº 21, de observância obrigatória pelos órgãos da Administração Pública (art. 103-A da CF).

Por fim, cabe esclarecer que, a teor do inciso III, do artigo 151, do CTN, as reclamações e os recursos suspendem a exigibilidade do crédito tributário, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo.

2. Mérito.

Conforme narrado, trata-se de crédito tributário lançado contra o sujeito passivo em referência a uma empresa Cláudio Pereira Botucatu ME, CNPJ 61.194.569/0001-29, no valor de R\$ 67.749,71 (sessenta e sete mil setecentos e quarenta e nove reais setenta e um centavos),

consolidado em 28/09/06, relativo a contribuições sociais previdenciárias incidentes sobre a remuneração paga à mão-de-obra incluída em notas fiscais de serviços prestados mediante empreitada de mão-de-obra, no período de 05/1995 a 01/1999.

Relata a fiscalização, que empresas são contratadas, através de processos de licitação, para execução de serviços mediante empreitada de mão-de-obra, sendo a Prefeitura Municipal de Botucatu solidária nos recolhimentos das empresas prestadoras a partir de abril de 1995.

Segundo consta no Relatório Fiscal, as empresas contratadas não apresentaram os recolhimentos das contribuições incidentes sobre a remuneração dos segurados incluída em Nota Fiscal ou Fatura correspondente aos serviços executados quando da quitação da mesma, de acordo com a Lei nº 8.212/91, artigo 31, vigente à época.

Pois bem. Entendo que o presente lançamento não se sustenta, sob diversos fundamentos, os quais passo a detalhar nas linhas que seguem.

A começar, já está sumulado o entendimento, segundo o qual, os Órgãos da Administração Pública não respondem solidariamente por créditos previdenciários das empresas contratadas para prestação de serviços de construção civil, reforma e acréscimo, desde que a empresa construtora tenha assumido a responsabilidade direta e total pela obra ou repasse o contrato integralmente (Súmula CARF nº 66. Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Isso porque, nos termos do art. 71, da Lei nº 8.666/93, a responsabilidade pelos encargos previdenciários resultantes da execução de contrato firmado com a Administração Pública deve ser atribuída ao contratado, excetuando-se apenas os casos em que os serviços forem realizados nos moldes do art. 31, da Lei nº 8.212/91, ou seja, mediante cessão de mão de obra:

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 trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 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, de 1995)

No presente caso, de acordo com os Fundamentos Legais do Débito, a notificação se fundamentou, entre outros, no artigo 31, da Lei n.º 8.212/91, que se refere às obrigações decorrentes da responsabilidade solidária “cessão de mão de obra” e nos dispositivos que sustentam a aferição indireta. Seguem as transcrições:

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)

(...)

§ 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 10/12/97)

§ 3º 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 a atividade-fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação. (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 20/11/98)

Redação anterior § 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. (Incluído pela Lei nº 9.032, de 28/4/95)

§ 4º Enquadram-se na situação prevista no parágrafo anterior, além de outros estabelecidos em regulamento, os seguintes serviços: (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 20/11/98)

Redação anterior § 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. (Incluído pela Lei nº 9.032, de 28/4/95)

I - limpeza, conservação e zeladoria; (Incluído pela Lei nº 9.711, de 20/11/98)

II - vigilância e segurança; (Incluído pela Lei nº 9.711, de 20/11/98)

III - empreitada de mão-de-obra; (Incluído pela Lei nº 9.711, de 20/11/98)

IV – contratação de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. (Incluído pela Lei nº 9.711, de 20/11/98)

Art. 33. Ao Instituto Nacional do Seguro Social-INSS compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas "a", "b" e "c" do parágrafo único do art. 11; e ao Departamento da Receita Federal-DRF compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas "d" e "e" do parágrafo único do art. 11, cabendo a ambos os órgãos, na esfera de sua competência, promover a respectiva cobrança e aplicar as sanções previstas legalmente.

(...)

§ 3º Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, o Instituto Nacional do Seguro Social-INSS e o Departamento da Receita Federal-DRF podem, sem prejuízo da penalidade cabível, inscrever de ofício importância que reputarem devida, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário.

(...)

§ 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.

Por força dos dispositivos legais, acima referidos, a fiscalização deve comprovar, quando do lançamento, a existência da cessão de mão de obra nos moldes descritos pela legislação, devendo juntar, por exemplo, os contratos existentes entre as partes comprovando a forma de contratação, além da descrição dos serviços prestados com os elementos caracterizadores da prestação de serviço com cessão de mão de obra.

Ou seja, a fiscalização deve apresentar elementos pertinentes no sentido de comprovar: (i) que o prestador de serviços ou contratado tenha colocado segurados à disposição do tomador ou contratante; (ii) que tais segurados tenham permanecido à disposição nas dependências do tomador (contratante) ou na de terceiros; (iii) que tenham realizado serviços contínuos, repetindo-se periódica ou sistematicamente.

Contudo, no presente caso, do que se extrai dos autos, não é possível sequer identificar qual serviço realmente foi prestado, se foi prestado com cessão de mão de obra, se existia contrato de prestação de serviço, ou quaisquer elementos caracterizadores da efetiva prestação do serviço. A propósito, o Discriminativo “Relatório de Lançamentos”, traz apenas o número da nota de prestação de serviço e o número da nota de empenho, sendo impossível vislumbrar a natureza do serviço prestado. Não consta dos autos cópia das notas fiscais ou do contrato de prestação de serviço para confirmar o lançamento.

Com isso, o auto de infração é claramente nulo porquanto desmotivado. Ademais, além da nulidade em virtude da violação do dever geral de motivação dos atos administrativos, o auto de infração incorre também, em particular, em violação do art. 142 do CTN¹, pois não prova o que alega, como já aclarado pela doutrina:

Em suma, à luz do art. 142 do CTN, em qualquer hipótese a prova da ocorrência do fato gerador do tributo está a cargo do fisco e a circunstância de ele expedir um ato administrativo de exigência tributária que pressupõe a ocorrência do fato gerador não torna a alegação dessa ocorrência coberta pela presunção da legitimidade, nem inverte o ônus da prova.

Não cabe ao contribuinte provar a inoccorrência do fato gerador, incumbe, isto sim, ao fisco demonstrar a sua ocorrência.²

É gizar, a propósito, que o dever de motivar o ato administrativo, assim como a verdade material – princípios regentes do processo administrativo tributário – impõem à Administração Fazendária verdadeiro **dever de provar**, típica e privativamente estatal – **o que não foi observado no caso concreto**. Não há no Auto de Infração em epígrafe, qualquer comprovação do agente autuante a respeito da ocorrência dos fatos elencados (cessão de mão-de-obra).

Nesse contexto, nunca é demais lembrar que o ônus da prova incumbe a quem acusa, ainda que seja este o agente estatal. O interesse público ou a presunção de legitimidade dos atos administrativos não acobertam nem permitem acusação sem prova. Nesse sentido, o próprio Estado (e seus agentes) deve fazer cumprir e obedecer aos ditames constitucionais processuais, com o fim de assegurar aos cidadãos o exercício dos direitos e garantias e a segurança jurídica e resguardar, aí sim, o interesse público.

É dever do Fisco investigar e verificar a ocorrência do fato jurídico-tributário, cabendo demonstrar a ocorrência dos fatos que servem de suporte à exigência fiscal de forma clara e precisa, principalmente em virtude do princípio da tipicidade cerrada e da verdade material albergada no processo administrativo fiscal. A não demonstração por parte da autoridade administrativa dos fatos e motivos que a conduziram à lavratura do Auto de Infração, refere-se ao conteúdo do ato administrativo, que tem como consequência a contaminação do lançamento por vício material por falha nos pressupostos intrínsecos.

¹ Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

² GRECO, Marco Aurélio. Lançamento, in Do Lançamento, Caderno de Pesquisas Tributárias, v. 12, São Paulo: CEEU/Res. Tributária, 1987, p.170-1.

O caso dos autos, a meu ver, demonstra uma completa incerteza sobre o crédito tributário lançado, não podendo subsistir.

Cabe destacar, ainda, que o entendimento aqui exarado está em compasso com o decidido nos autos do Processo n.º 17460.000883/2007-18, do mesmo contribuinte, cujo contexto da ação fiscal é o mesmo que se constata no presente lançamento, tendo sido exarado o Acórdão n.º 2302-002.235, proferido pela 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara que, em sessão de 21 de novembro de 2012, deu provimento ao recurso, pela existência de vício material, conforme se constata da seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/12/1997 a 31/12/1998

Ementa:

NULIDADE DO LANÇAMENTO.

A ausência da efetiva comprovação do fato gerador demonstrando a subsunção do ocorrido aos critérios legais relativos à contribuição previdenciária implica em nulidade por vício material.

Processo Anulado

(Processo n.º 17460.000883/2007-18. Relator(a): Conselheira Liege Lacroix Thomasi. Acórdão n.º 2302-002.235. 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara. Sessão de 21 de novembro de 2012).

Para além do exposto, cabe destacar que, antes do advento da Lei n.º 9.711/98, não havia para o tomador de serviços o dever de apurar e reter os valores devidos pelas prestadoras de serviços e, por esta razão, não era permitido à Fazenda Pública apurar tal valor, sem antes apurar os possíveis recolhimentos efetuados pelas segundas.

Isso porque, com a edição da Lei n.º 9.711/1998 (com produção de efeitos apenas a partir de 01/02/1999), passou a ser da empresa contratante/tomadora de serviços a responsabilidade exclusiva pelo recolhimento da contribuição previdenciária prevista no artigo 31 da Lei n.º 8.212/1991. É ver os exatos termos do artigo 29 da Lei n.º 9.711/1998 que determinou a produção de efeitos apenas prospectivos:

Art. 29. O art. 31 da Lei n.º 8.212, de 1991, produzirá efeitos a partir de 1º de fevereiro de 1999, ficando mantida, até aquela data, a responsabilidade solidária na forma da legislação anterior.

Cabe destacar que a redação anterior do artigo 31 da Lei n.º 8.212/1991 já previa a responsabilidade solidária do contratante de serviços, porém, antes de proceder à cobrança da tomadora, necessário seria, verificar a contabilidade da prestadora para fins de apuração e constituição do crédito, o que não vislumbro na hipótese dos autos.

Nessa esteira, o STJ tem entendido que, nos períodos anteriores a 01/02/1999, o lançamento contra o tomador de serviços requer prévia fiscalização da(s) prestadora(s), o que, segundo se infere dos autos, não ocorreu no caso concreto. É ver os seguintes julgados:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE PRESTADOR E TOMADOR DE SERVIÇOS. ART. 31 DA LEI N. 8.212/91 (REDAÇÃO ORIGINAL). CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. VERIFICAÇÃO PRÉVIA DO PRESTADOR DE SERVIÇO. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. A jurisprudência do STJ reconhece, nos termos do art. 31 da Lei n. 8.212/91, com a redação vigente até 1º.2.1999, a inviabilidade de lançamento por aferição indireta, com base tão somente nas contas do tomador do serviço, pois, 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 a precedência de fiscalização perante a empresa prestadora, ou, ao menos, a concomitância. Incidência da Súmula 83/STJ.

2. O entendimento sufragado não afasta a responsabilidade solidária do tomador de serviço, até porque a solidariedade está objetivamente delineada na legislação infraconstitucional. Reprime-se apenas a forma de constituição do crédito tributário perpetrada pela Administração Tributária, que arbitra indevidamente o lançamento sem que se tenha fiscalizado a contabilidade da empresa prestadora dos serviços de mão de obra.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1348395/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/11/2012, DJe 04/12/2012)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO. CESSÃO DE MÃO DE OBRA. EMPRESA CONTRATANTE. ART. 31 DA LEI N. 8.212/91. SOLIDARIEDADE. REDAÇÃO ANTERIOR À LEI N. 9.711/87 QUE ESTABELECEU A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTO POR ARBITRAMENTO / AFERIÇÃO INDIRETA APENAS A PARTIR DA CONTABILIDADE DA EMPRESA CONTRATANTE (DEVEDORA SOLIDÁRIA). ART. 33, § 6º, DA LEI N. 8.212/91 E 148 DO CTN. IMPOSSIBILIDADE. 1. O presente caso cuida de situação anterior à Lei n. 9.711/98, hipótese diversa da retratada no acórdão embargado, merecendo, portanto, reforma. Houve omissão quanto à tese de que a responsabilidade da sociedade tomadora somente poderia ter sido invocada se ficasse constatada, mediante verificação da autarquia previdenciária junto à prestadora dos serviços, o inadimplemento da contribuição previdenciária. 2. Não existindo para o contratante, antes da Lei n. 9.711/98, o dever de apurar e reter valores, não era permitido à Fazenda Pública utilizar-se da técnica do § 6º do art. 33 da Lei n. 8.212/91 para aferir indiretamente o montante devido a partir do exame da contabilidade da empresa contratante de mão de obra, sem antes buscar a apuração da base de cálculo e de eventuais pagamentos realizados na documentação do contribuinte (executor/cedente). Isso deveria ter ocorrido primeiramente em relação à contabilidade de quem tinha o dever de apurar e pagar o tributo, ou seja, a empresa cedente de mão de obra. 3. Sendo insuficiente a documentação da empresa contribuinte, seria possível ao órgão fazendário buscar na documentação de terceiros, tal como o contratante, os elementos necessários à estipulação do tributo devido mediante arbitramento (art. 148 do CTN). 4. Apenas a partir da Lei n. 9.711/98, quando a empresa contratante de mão de obra passou a ser responsável tributário, se tornou possível aplicar a técnica da aferição indireta do § 6º do art. 33 da Lei n. 8.212/91 diretamente em relação à sua contabilidade, porquanto passou a ela o dever de apurar e efetivar retenções em nome da empresa cedente. 5. Dessarte, não se está a negar a solidariedade entre a empresa contratante e a cedente de mão de obra antes da Lei n. 9.711/98. O óbice à cobrança intentada pela Fazenda Pública é a forma utilizada para apurar o crédito tributário, porquanto se utilizou da aferição indireta a partir do exame da contabilidade do devedor solidário apenas, deixando de buscar os elementos necessários junto à empresa cedente (contribuinte). 6. Precedentes: AgRg no REsp 840179/SE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 24.3.2010; REsp 727.183/SE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 18.5.2009; e REsp 780.029/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 5.11.2008. 7. Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes.

(STJ - EDcl no AgRg no Ag: 1043396 RJ 2008/0089160-1, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 05/10/2010, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/10/2010)

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO. CESSÃO DE MÃO DE OBRA. EMPRESA CONTRATANTE. ART. 31 DA LEI N. 8.212/91. SOLIDARIEDADE. REDAÇÃO

ANTERIOR À LEI N. 9.711/87 QUE ESTABELECEU A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTO POR ARBITRAMENTO / AFERIÇÃO INDIRETA APENAS A PARTIR DA CONTABILIDADE DA EMPRESA CONTRATANTE (DEVEDORA SOLIDÁRIA). ART. 33, § 6º, DA LEI N. 8.212/91 E 148 DO CTN. IMPOSSIBILIDADE. 1. O cerne da questão ora debatida é saber se o § 6º do art. 33 da Lei n. 8.212/91 podia ser aplicado ao contratante de mão de obra em relação aos fatos geradores anteriores à Lei n. 9.711/98, que conferiu nova redação ao art. 31 da Lei n. 8.212/91. 2. Não existindo para o contratante, antes da Lei n. 9.711/98, o dever de apurar e reter valores, não era permitido à Fazenda Pública utilizar-se da técnica do § 6º do art. 33 da Lei n. 8.212/91 para aferir indiretamente o montante devido a partir do exame da contabilidade da empresa contratante de mão de obra, sem antes buscar a apuração da base de cálculo e de eventuais pagamentos realizados na documentação do contribuinte (executor/cedente). Isso deveria ter ocorrido primeiramente em relação à contabilidade de quem tinha o dever de apurar e pagar o tributo, ou seja, a empresa cedente de mão de obra. 3. Sendo insuficiente a documentação da empresa contribuinte, seria possível ao órgão fazendário buscar na documentação de terceiros, tal como o contratante, os elementos necessários à estipulação do tributo devido mediante arbitramento (art. 148 do CTN). 4. Apenas a partir da Lei n. 9.711/98, quando a empresa contratante de mão de obra passou a ser responsável tributário, se tornou possível aplicar a técnica da aferição indireta do § 6º do art. 33 da Lei n. 8.212/91 diretamente em relação à sua contabilidade, porquanto passou a ela o dever de apurar e efetivar retenções em nome da empresa cedente. 5. Dessarte, não se está a negar a solidariedade entre a empresa contratante e a cedente de mão de obra antes da Lei n. 9.711/98. O óbice à cobrança intentada pela Fazenda Pública é a forma utilizada para apurar o crédito tributário, porquanto se utilizou da aferição indireta a partir do exame da contabilidade do devedor solidário apenas, deixando de buscar os elementos necessários junto à empresa cedente (contribuinte). 6. "(...) a responsabilidade solidária de que tratava o referido artigo 31 da Lei 8.112/91, com a redação da época, não dispensava a existência de regular constituição do crédito tributário, que não poderia ser feita mediante a aferição indireta nas contas da tomadora dos serviços." (REsp 727.183/SE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 18/05/2009) 7. Agravo regimental não provido.

(STJ - AgRg no REsp: 840179 SE 2006/0085790-7, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 09/03/2010, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/03/2010)

Depreende-se, pois, que apenas a partir da Lei nº 9.711/98, quando a empresa contratante de mão-de-obra passou a ser responsável tributário, se tornou possível aplicar a técnica da aferição indireta do § 6º do art. 33 da Lei n. 8.212/91 diretamente em relação à sua contabilidade, porquanto passou a ela o dever de apurar e efetivar retenções em nome da empresa cedente.

Dessa forma, entendo pela procedência do pleito do contribuinte, para reconhecer a improcedência do crédito tributário objeto do presente lançamento, sendo desnecessário tecer maiores considerações sobre os demais argumentos lançados em seu Recurso Voluntário, quais sejam: (i) "prescrição" e decadência do crédito tributário; (ii) cerceamento do direito de defesa; (iii) remissão do crédito tributário.

Conclusão

Ante o exposto, voto por CONHECER do Recurso Voluntário para, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO, a fim de reconhecer a improcedência do crédito tributário objeto do presente lançamento.

É como voto.

Por fim, registro que votaram pelas conclusões os conselheiros Jose Luis Hentsch Benjamin Pinheiro, Rodrigo Lopes Araújo e Miriam Denise Xavier, por entenderem não haver nulidade na hipótese dos autos, porém, a fiscalização não teria demonstrado a ocorrência de cessão de mão de obra. Também entendem pela aplicabilidade do Enunciado nº 30 do CRPS, nos julgamentos de processos administrativos fiscais realizados após a sua edição, independentemente dos fatos geradores se referirem a período anterior a esse momento, nos termos em que decidido no Acórdão 2401-007.365.

(documento assinado digitalmente)

Matheus Soares Leite

Declaração de Voto

Conselheiro José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro.

Não obstante as sempre bem fundamentadas razões do ilustre Conselheiro Relator, peço vênia para manifestar entendimento divergente no que se segue.

No Relatório de Lançamentos (e-fls. 21/27), há especificação de a prestação de serviços envolver o “Transp. carga passageiro” e no Relatório Fiscal (e-fls. 34/39) se imputa a solidariedade com lastro no art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991, na redação vigente ao tempo dos fatos geradores, invocando-se como documentos comprobatórios da situação verificada:” 1 - Processo Licitatório; 2- Contrato de Serviços entre as partes; 3- Notas de Empenho da execução da despesa; 4- Notas Fiscais de Serviço; 5- Cópias de guias de recolhimento específicas e respectivas folhas de pagamento, quando constantes do processo de pagamento ou do licitatório”.

Logo, não comungo do entendimento do Cons. Relator de ser aplicável ao caso concreto a mesma solução do Acórdão nº 2302-002.235, proferido pela 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara em 21 de novembro de 2012, eis que a situação concreta do processo nº 17460.000883/2007-18 era diversa, conforme aflora da seguinte transcrição do voto condutor do Acórdão de Recurso Voluntário nº 2302-002.235:

O Discriminativo Relatório de Lançamentos de fls. 09 a 10, traz apenas o número da nota de prestação de serviço e o número da nota de empenho, sendo impossível vislumbrar a natureza do serviço prestado. Não consta dos autos cópia das notas fiscais ou do contrato de prestação de serviço para confirmar o lançamento.

Ainda, o recorrente possui razão quando diz que o CNPJ 60.439.742/000140, aposto na NFLD como sendo do devedor principal Gerson Floriano Pinto, é na verdade da empresa A L AUDI BOTUCATU –ME, conforme consta no sítio da Receita Federal do Brasil, na Internet, em consulta ao CNPJ, de forma que há erro na identificação do devedor principal, o que também não permite ver qual o seu ramo de atividade.

A presente Notificação Fiscal de Lançamento de Débito está suficientemente motivada, quando se considera que especificou o serviço prestado (Transp. carga passageiro) e afirmou o enquadrou como cessão de mão de obra, invocando para tanto documentos em poder da recorrente.

O Acórdão de Impugnação manteve o lançamento por entender que o transporte de cargas e passageiros se enquadrava necessariamente como cessão de mão de obra, alicerçando-se no art. 42, §§ 4º e 5º, f, do Decreto nº 2.173, de 1997, transcrevo:

Decreto nº 2.173, de 05 de março de 1997.

Art. 42. O contratante de quaisquer serviços excetuados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, responde solidariamente com o executor destes serviços pelas obrigações decorrentes deste Regulamento, em relação aos serviços a ele prestados, exceto quanto às contribuições incidentes sobre faturamento e lucro, de que trata o art. 28. (...)

§ 4º Entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição de contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos não relacionados diretamente com as atividades normais da empresa, independentemente da natureza e da forma de contratação³.

§ 5º Enquadram-se na situação prevista no § 4º, dentre outras, as seguintes atividades: (...)

f) transporte de cargas e passageiros;

Pondero, contudo, que o art. 42 do Decreto nº 2.173, de 1997, não pode ser interpretado no sentido de que todo e qualquer transporte de cargas e passageiros configure cessão de mão de obra, há que se verificar se a prestação se deu em condições que caracterizam cessão de mão de obra, ou seja, se incorreu na hipótese do art. 31, § 2º, da Lei nº 8.212, de 1991, na redação da MP nº 1.523-7, de 1997, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528, de 1997, vigente ao tempo dos fatos geradores.

Nesse contexto, mesmo se admitindo que a documentação invocada pela fiscalização (em poder da recorrente) comprova o transporte de carga e passageiros, uma vez que a impugnante não apresentou prova documental em sentido contrário, isso não basta para se ter como comprovada a cessão de mão de obra, não se desincumbindo a fiscalização de seu ônus probatório, ou seja, no caso concreto, a fiscalização não invocou prova de forma a detalhar a caracterização da cessão de mão de obra e nem ao menos carrou aos autos provas concretas para alicerçar a imputação do art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991.

Destaco ainda que o Relatório Fiscal, contraditoriamente, menciona que a execução dos serviços prestados se dava mediante empreitada de mão de obra (e-fls. 35), o que afasta a caracterização da cessão de mão de obra. Note-se que o período objeto do lançamento é anterior à vigência do acréscimo do inciso III ao § 4º da Lei nº 8.212, de 1991, alterado pela Lei nº 9.711, de 1998.

Por fim, também divirjo do argumento levantado pelo Cons. Relator de não ser possível o lançamento de ofício em face da tomadora (Município de Botucatu – Prefeitura Municipal) e da prestadora (Cláudio Pereira BTU LTDA ME) sem uma anterior fiscalização com análise da contabilidade da prestadora, pois adoto a jurisprudência cristalizada no Enunciado 30 do Conselho de Recursos da Previdência Social, ao tempo em que julgava processos de interesse dos contribuintes da Seguridade Social, e que continua a ser aplicada pela 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, como revela o Acórdão nº 9202-008.900, de 29 de julho de 2020, proferido, no mérito, por unanimidade de votos:

³ Note-se que, em relação às competências 01/1998 a 01/1999, a redação do § 4º do art. 42 do Decreto nº 2.173, de 1997, se encontrava superada, uma vez que explicitava o comando normativo do art. 31, § 2º, da Lei nº 8.212, de 1991, na redação da Lei nº 9.032, de 1995, redação já então alterada pela MP nº 1.523-7, de 1997, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528, de 1997.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/1995 a 31/10/1995

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. APURAÇÃO PRÉVIA JUNTO AO PRESTADOR. DESNECESSIDADE. BENEFÍCIO DE ORDEM. INEXISTÊNCIA.

Em se tratando de responsabilidade solidária, o fisco tem a prerrogativa de constituir os créditos tributários no tomador de serviços mesmo que não haja apuração prévia no prestador. A responsabilidade solidária não comporta benefício de ordem. Não havendo a comprovação, por parte do tomador, de que o prestador tenha efetivado o recolhimento das contribuições devidas, a autoridade fiscal poderá efetuar o lançamento contra quaisquer dos solidários.

(…)

Voto

(…)

No período do lançamento, o art. 31 da Lei nº 8.212/1991 tinha a seguinte redação:

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 a ele prestados, exceto quanto ao disposto no art. 23.

(…)

§ 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).

(…)

Os dispositivos legais reproduzidos acima deixam absolutamente claro que, no interstício abrangido no lançamento, as empresas em geral, no caso de contratação de quaisquer serviços executados mediante cessão de mão de obra, respondiam solidariamente com o executor pelas obrigações decorrentes da lei previdenciária.

O § 3º do art. 31 testifica que a responsabilidade solidária ali referida somente seria elidida caso ficasse comprovado o recolhimento prévio, pelo executor, das contribuições incidentes sobre a remuneração dos segurados incluída em nota fiscal ou fatura correspondente aos serviços executados mediante cessão de mão de obra quando de sua quitação.

De outro lado, nos termos do art. 121 do CTN, o sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária, podendo ser o próprio contribuinte ou ainda o responsável, quando, mesmo sem se revestir da condição de contribuinte, sua obrigação decorra expressamente de lei. Vejamos:

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II- responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei. (Grifei)

O art. 124 do CTN, ao tratar das pessoas solidariamente obrigadas, relaciona entre elas as designadas expressamente por lei e estabelece que a solidariedade não comporta benefício de ordem. Confira-se:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I – as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II – as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.(Grifei)

Resumindo-se, à luz das disposições normativas colacionadas, tem-se que os sujeitos passivos de obrigações tributárias, expressamente designados por lei na condição de responsáveis solidários, não estão sujeitos ao benefício de ordem. Assim, desnecessária qualquer verificação prévia junto aos coobrigados para que o lançamento possa ser efetuado contra o sujeito passivo a quem a lei tenha atribuído a solidariedade pelo crédito previdenciário originado de serviços prestados por cessão de mão de obra.

Aliás, é exatamente nesse sentido o Enunciado nº 30 do Conselho de Recursos da Previdência Social:

Enunciado nº 30. Em se tratando de responsabilidade solidária o fisco previdenciário tem a prerrogativa de constituir os créditos no tomador de serviços mesmo que não haja apuração prévia no prestador de serviços.

Ademais, o § 3º do art. 31 da Lei nº 8.212/1991, na redação vigente à época dos fatos geradores, estabeleceu a possibilidade de o contratante de serviços se elidir da responsabilidade solidária, desde que exigisse do executor a comprovação do recolhimento prévio das contribuições incidentes sobre a remuneração dos segurados incluída em nota fiscal ou fatura correspondente aos serviços executados, quando de sua quitação, na forma do § 4º do mesmo artigo. Vejamos:

Art. 31. (...)

(...)

§ 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).

§ 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).

A apresentação de folhas de pagamento e guias de recolhimento específicas era a forma que a tomadora tinha de se elidir, de imediato, da responsabilidade solidária por contribuições a cargo do prestador de serviços, sendo à ela (tomadora) lícito exigir do cedente dos serviços, quando da quitação da nota fiscal ou fatura, cópia autenticada da guia de recolhimento quitada, além da folha de pagamento respectiva.

Dito de outra forma, o responsável solidário, tinha a faculdade de afastar essa responsabilidade, mediante a exigência de comprovação do recolhimento prévio das contribuições por parte dos executores de serviços. Assim, se não adotou tal providência, é porque optou por permanecer na condição responsável, sujeitando-se ao lançamento das contribuições decorrentes de contratos dessa natureza.

Importa salientar que, no caso sob exame, a prestadora de serviços também foi intimada do lançamento e teve oportunidade de juntar documentos aptos a comprovar a inexistência de contribuições previdenciárias pendentes de recolhimento, desonerando, consequentemente, a tomadora de serviços, mas não adotou tal providência.

No mesmo sentido do que se expôs até aqui, a Câmara Superior de Recursos Fiscais já se manifestou recentemente, conforme se verifica na ementa do Acórdão nº 9202-008.072, proferido em 25/07/2019, de relatoria da Ilustre Conselheira Ana Cecília Lustosa da Cruz:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/04/1995 a 01/12/1996

CRÉDITO PREVIDENCIÁRIO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CESSÃO DE MÃO DE OBRA.

Em se tratando de responsabilidade solidária, o fisco tem a prerrogativa de constituir os créditos em face do tomador de serviços, em relação aos serviços a ele prestados, mesmo que não haja prévia constituição do crédito tributário quanto ao prestador de serviços.

Isso posto, acompanho a conclusão de se DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro