



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

Processo nº 17460.000936/2007-09
Recurso nº 159.245 Voluntário
Acórdão nº 2301-002.310 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de agosto de 2011.
Matéria Cessão de mão de obra: Retenção. Município
Recorrente MUNICÍPIO DE BOTUCATU - PREFEITURA MUNICIPAL
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/12/2001

RELATÓRIO FISCAL QUE FUNDAMENTA A AUTUAÇÃO EM DISPOSITIVOS LEGAIS QUE CONTRADIZEM AQUELES INFORMADOS NO DOCUMENTO “FUNDAMENTOS LEGAIS DO DÉBITO”.

De acordo com o previsto no art. 59 do Decreto n ° 70.235/1972 são nulos os despachos e decisões proferidos com preterição do direito de defesa. No caso concreto, o auditor apontou no relatório fiscal fundamentação legal diversa daquela apontada no FLD.

Processo anulado.

Crédito Tributário Exonerado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, I) Por unanimidade de votos: a) em anular o lançamento pela existência de vício, nos termos do voto do Relator; II) Por maioria de votos: a) em declarar o vício como material, nos termos do voto do Relator. Vencida a Conselheira Bernadete de Oliveira Barros, que votou em declarar o vício como formal. Ausência: Mauro José Silva.

Marcelo Oliveira - Presidente.

Adriano Gonzales Silvério - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Bernadete de Oliveira Barros, Leonardo Henrique Pires Lopes, Damião Cordeiro de Moraes, Adriano Gonzales Silvério e Marcelo Oliveira (Presidente).

Relatório

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito nº 35.902.606-0 em substituição à NFLD nº 35.564.941-1, a qual foi anulada por vício formal por meio do Acórdão nº 1293/05 proferido pela 4ª CAJ do Conselho de Recursos da Previdência Social.

A presente NFLD exige contribuição previdenciária incidente sobre a prestação de serviços efetuada mediante cessão de mão de obra ao Município de Botucatu no período de 02/1999 a 12/2001.

Segundo aponta o relatório fiscal de fls. 181 a 190 a “*Prefeitura Municipal de Botucatu, contratou obras de construção civil, através de licitação, com fornecimento de mão-de-obra somente, e para elidir-se da responsabilidade solidária com as contratadas, deveria efetuar a retenção e respectivo recolhimento da contribuição previdenciária, de 11%, sobre os valores dos serviços inseridos nas faturas emitidas em seu nome, como determina a legislação vigente, descrita abaixo.*”

De acordo com o citado relatório o procedimento fiscal estava amparado com base no artigo 33 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991 e a responsabilidade do Município encontrava fundamento no artigo 43 do Decreto nº 2.173/97, para o período compreendido entre 01/1999 a 04/1999 e a partir de 05/1999 o fundamento era o artigo 220 do Decreto nº 3.048/99.

Devidamente intimado o Município apresentou impugnação sustentando o seguinte:

- inobservância dos prazos do Mandado de Procedimento Fiscal;
- prescrição quinquenal do crédito lançado;
- necessidade de perícia tendo em vista que o Auditor não compareceu à sede da Prefeitura para realizar a fiscalização e de que os débitos lançados são indevidos;
- cerceamento de defesa.
- impossibilidade de cobrança do débito por responsabilidade solidária;
- inconstitucionalidade da cobrança dos créditos apurados por aferição indireta.

A DRJ de Belo Horizonte proferiu acórdão que manteve a autuação.

O Município apresentou recurso que além de repisar os argumentos suscitados na impugnação reforçou, em sede de preliminar, que o Parecer da AGU nº 55, de 17 de novembro de 2006, o qual vincula a administração federal, reconhece que a Administração Pública não responde, nem solidariamente, pelas obrigações do artigo 30, inciso VI da Lei nº 8.212/91. Ou seja, segundo o recurso nula seria a presente autuação, uma vez que o município não poderia responder, como mencionado no relatório fiscal, solidariamente como “dono da obra” em conjunto com o respectivo executor.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Adriano Gonzales Silvério

O recurso reúne as condições de admissibilidade e portanto dele conheço.

Analisando os autos verifiquei de pronto que há uma divergência entre os fundamentos legais utilizados no relatório fiscal com aqueles apontados no documento “Fundamentos Legais do Débito”. Explico.

Enquanto o relatório fiscal aponta fundamentos legais que justificam a responsabilidade solidária do município autuado com o executor da obra pública, ou melhor, aquela existente entre o “dono da obra” e o seu respectivo executor, o FLD registra que a autuação está amparada na substituição tributária prevista no artigo 31 da Lei nº 8.212/1991, bem como no artigo 219 do Decreto nº 3.048/99.

Assim aponta o relatório fiscal:

LEGISLAÇÃO VIGENTE NO PERÍODO DO LANÇAMENTO

-"Art. 33.Ao Instituto Nacional do Seguro Social- INSS compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas "a", "h" e "c" do parágrafo único do art. 11, bem como as contribuições incidentes a título de substituição; e à Secretaria da Receita Federal — SRF 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." (Lei 8.212/91)."

O procedimento fiscal está amparado pela legislação que segue, no período de 01/99 a 04/99 - (Decreto 2.173/97):

"Art.43.0 proprietário, o incorporador definido na Lei 4.591, de 16 de dezembro de 1964, o dono de obra ou o condômino de unidade imobiliária, qualquer que seja a forma de contratação da construção, reforma ou acréscimo, são solidários com o construtor nas obrigações para com a seguridade social,ressalvado o seu direito regressivo contra o executor ou contratante da obra, admitida a retenção de importância a este devida para garantia do cumprimento dessas obrigações.

§ 1º A responsabilidade solidária somente será elidida se for comprovado pelo executor da obra o recolhimento 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,quando não comprovadas contabilmente.

§ 2º Para efeito do disposto no parágrafo anterior, o executor da obra deverá elaborar folhas de pagamento e guias de recolhimento distintas para cada empresa contratante, devendo esta exigir do executor da obra, quando da quitação na nota fiscal ou fatura, cópia autenticada da guia de recolhimento quitada e respectiva folha de pagamento.

§ 3º Considera-se construtor, para os efeitos deste Regulamento, a pessoa física ou jurídica que executa obra sob sua responsabilidade, no todo ou em parte.

Para o período de 05/99 em diante a legislação vigente é a disciplinada pelo Decreto 3.048/99:

Art. 220. O proprietário, o incorporador definido na Lei nº 4.591, de 1964, o dono da obra ou condômino da unidade imobiliária cuja contratação da construção, reforma ou acréscimo não envolva cessão de Mão-de-obra, são solidários com o construtor, e este e aqueles 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.

§ 1º Não se considera cessão de mão-de-obra, para fins deste artigo, a contratação de construção civil em que a empresa

construtora assuma a responsabilidade direta e total pela obra ou repasse o contrato integralmente.

§ 2º O executor da obra deverá elaborar, distintamente para cada estabelecimento ou obra de construção civil da empresa contratante, folha de pagamento, Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social e Guia da Previdência Social, cujas cópias deverão ser exigidas pela empresa contratante quando da quitação da nota fiscal ou fatura, juntamente com o comprovante de entrega daquela Guia.

§ 3º A responsabilidade solidária de que trata o caput será elidida:

I- pela comprovação, na forma do parágrafo anterior, do recolhimento das contribuições incidentes sobre a remuneração dos segurados, incluída em nota fiscal ou fatura correspondente aos serviços executados, quando corroborada por escrituração contábil; e

II - pela comprovação do recolhimento das contribuições incidentes sobre a remuneração dos segurados, aferidas indiretamente nos termos, forma e percentuais previstos pelo Instituto Nacional do Seguro Social;

III - pela comprovação do recolhimento da retenção, permitida no caput deste artigo, efetivada nos termos do art. 219.

§ 4º Considera-se construtor, para os efeitos deste Regulamento, a pessoa física ou jurídica que executa obra sob sua responsabilidade, no todo ou em parte.”

Como se nota, talhou a motivação do ato pela responsabilidade solidária existente entre o “dono da obra” e o seu executor. Utilizou ainda como fundamento o artigo 220 do Decreto nº 3.048/99 o qual prevê a responsabilidade solidária quando não existente a cessão de mão de obra. Por outro lado, às fls 183 alega ter havido fornecimento de mão de obra, e assim deveria o Município ter efetuado a retenção de 11%.

Por sua vez, o FLD traz como fundamento legal o artigo 31 da Lei nº 8.212/91 que à época do período lançado já constava alterado pela Lei nº 9.711/98, a qual encerrou com a responsabilidade solidária até então vigente para instituir a substituição tributária.

Em resumo, se por um lado o Fisco citou no FLD a legislação que ampara a retenção na cessão de mão de obra, por outro, conduziu e fundamentou o processo de fiscalização com base em norma tributária que prevê a responsabilidade solidária entre o “dono da obra” de construção civil e o seu executor. Ademais disso o relatório traz contradição insuperável pois ora informa que houve cessão de mão de obra estando sujeito o município à retenção de 11%, ora aponta fundamento legal que só é aplicável para situação em que não há cessão de mão de obra.

Por oportuno verifica-se que diante do fato de que o relatório fiscal expõe, como fundamento legal, que teria havido responsabilidade solidária entre o Município e as empresas contratadas, esse guinou a sua impugnação e o respectivo recurso na tentativa de explicitar que não seria possível responder solidariamente com os contratados. Mencionou inclusive o Parecer da Advocacia Geral da União nº 55, de 17 de novembro de 2006, o qual concluiu que a partir de 02/1999 (período albergado por essa autuação) a Administração Pública não responde solidariamente para com a Seguridade Social pelas contribuições devidas pelo construtor ou subempreiteiro contratado para a realização de obras de construção, reforma ou acréscimo, quando esse assume a responsabilidade pela obra. Por outro lado, reconhece que a Administração, quando contratante de serviços mediante cessão de mão de obra está obrigada a efetuar a retenção de 11% sobre o valor da Nota Fiscal (substituição tributária). Houve, sem dúvida, evidente prejuízo à defesa do Município que foi conduzido a defender aquilo que não era acusado.

Pode-se concluir, dessa forma, que os vícios constantes na autuação prejudicaram sobremaneira a defesa do contribuinte, pois ao tempo em que o relatório fiscal guiou a defesa do Município para tese da “responsabilidade solidária”, o FLD estipula a “substituição tributária”.

A meu ver o presente lançamento fiscal, ato administrativo que é, está viciado em um dos seus pressupostos, qual seja, a motivação, assim entendida pela doutrina de Eurico Marcos Diniz de Santi, em sua obra, Lançamento Tributário, 2ª Ed. Max Limonad, página 109:

“A motivação é o antecedente suficiente do conseqüente do ato-norma administrativo. Funciona como descritor do motivo do ato que é fato jurídico. Implica declarar, além do (i) motivo do ato [fato jurídico], o (ii) fundamento legal (motivo legal) que o torna fato jurídico, bem como, especialmente nos atos discricionários, (iii) as circunstâncias objetivas e subjetivas que permitam a subsunção do motivo do ato ao motivo legal.”

O preclaro autor vai adiante e assinala que se a motivação não for adequada à realidade do fato então o ato administrativo não é passível de validação, vejamos (pág. 110);

“Porém, se faltar a motivação, ou se esta for falsa, i.é., não corresponder à realidade do motivo do ato, ou dela não decorrer nexo de causalidade jurídica com a prescrição do ato-norma (conteúdo), então, por ausência de antecedente normativo, o ato-norma é invalidável.”

Constatado o vício necessário se faz saber qual a sua natureza. Novamente valho-me dos ensinamentos de Eurico Marcos Diniz de Santi, exposto na sua obra, Decadência e Prescrição no Direito Tributário, 2ª Ed. Max Limonad, página 129:

“Vinculamos anulação aos problemas na aplicação dos enunciados prescritivos que se referem ao processo de produção do lançamento (vícios formais) e nulidade aos problemas inerentes ao conteúdo do ato (vícios materiais), ou seja, à norma individual e concreta que estabelece o crédito e sua motivação.”

Verificado que o vício, *in casu*, é na motivação do ato tem-se que lhe é atribuída a característica de ser material, devendo o lançamento ser anulado.

Processo nº 17460.000936/2007-09
Acórdão nº **2301-002.310**

S2-C3T1
Fl. 4

Ante o exposto, **VOTO** no sentido de anular, por vício material, o presente lançamento.

Adriano Gonzales Silvério - Relator



Ministério da Fazenda

PÁGINA DE AUTENTICAÇÃO

O Ministério da Fazenda garante a integridade e a autenticidade deste documento nos termos do Art. 10, § 1º, da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001 e da Lei nº 12.682, de 09 de julho de 2012.

Documento produzido eletronicamente com garantia da origem e de seu(s) signatário(s), considerado original para todos efeitos legais. Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001.

Histórico de ações sobre o documento:

Documento juntado por ADRIANO GONZALES SILVERIO em 22/09/2011 17:41:55.

Documento autenticado digitalmente por ADRIANO GONZALES SILVERIO em 22/09/2011.

Documento assinado digitalmente por: MARCELO OLIVEIRA em 13/10/2011 e ADRIANO GONZALES SILVERIO em 22/09/2011.

Esta cópia / impressão foi realizada por MARIA MADALENA SILVA em 23/09/2019.

Instrução para localizar e conferir eletronicamente este documento na Internet:

1) Acesse o endereço:

<https://cav.receita.fazenda.gov.br/eCAC/publico/login.aspx>

2) Entre no menu "Legislação e Processo".

3) Selecione a opção "e-AssinaRFB - Validar e Assinar Documentos Digitais".

4) Digite o código abaixo:

EP23.0919.14499.15U6

5) O sistema apresentará a cópia do documento eletrônico armazenado nos servidores da Receita Federal do Brasil.

Código hash do documento, recebido pelo sistema e-Processo, obtido através do algoritmo sha1:

9C3445945360F41A39B2BC429433CB5238190829