



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

**Processo n°** 19740.000408/2008-10  
**Recurso n°** 000.000 Voluntário  
**Acórdão n°** **2401-002.483 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**  
**Sessão de** 19 de junho de 2012  
**Matéria** CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS  
**Recorrente** BOLSA DE VALORES DO RIO DE JANEIRO  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Período de apuração: 01/06/1996 a 31/01/1999

**CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO RELATIVO A CONTRIBUIÇÕES NÃO ADIMPLIDAS. AUTO DE INFRAÇÃO. INSTRUMENTO IDÔNEO.**

A partir da aplicação das normas procedimentais e processuais do Decreto n.º 70.235/1972 às contribuições sociais, o Auto de Infração é instrumento idôneo a constituir o crédito tributário decorrente da falta de recolhimento das mesmas.

**LANÇAMENTO CONTENDO CONTRIBUIÇÕES INDEVIDAS. SANEAMENTO PELO ÓRGÃO DE JULGAMENTO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE DE NULIFICAÇÃO DO CRÉDITO.**

Verificando-se a exigência de contribuições improcedentes, deve o órgão de julgamento afastá-las, mantendo o crédito na parte cobrada regularmente, não havendo necessidade de nulificação integral do crédito.

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Período de apuração: 01/06/1996 a 31/01/1999

**LANÇAMENTO NULIFICADO POR VÍCIO FORMAL. PRAZO DE DECADÊNCIA.**

Declarada a nulidade do crédito por vício formal, a Fazenda dispõe de cinco anos para reconstituí-lo, prazo esse contado da data da decisão anulatória, não tendo o mesmo qualquer relação com a ocorrência dos fatos geradores.

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS**

Período de apuração: 01/06/1996 a 31/01/1999

**DÉBITO LANÇADO POR RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DECORRENTE DE EXECUÇÃO DE SERVIÇO POR CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. DESNECESSIDADE DE FISCALIZAÇÃO PRÉVIA NO PRESTADOR.**

A falta de apresentação pelo contratante dos documentos necessários à elisão da responsabilidade solidária, autorizam o Fisco a lançar as contribuições independentemente de fiscalização prévia na empresa prestadora.

LANÇAMENTO POR RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. GUIAS DE RECOLHIMENTO. APROPRIAÇÃO. NECESSIDADE DE VINCULAÇÃO ESPECÍFICA.

Na apuração da responsabilidade solidária do tomador para com o prestador de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, somente são admitidas, para efeito de aproveitamento, as guias de recolhimento inequivocamente vinculadas ao serviço prestado.

EMPRESAS OPTANTES PELO SIMPLES. OBRIGAÇÃO DO RECOLHIMENTO DA CONTRIBUIÇÃO DOS SEGURADOS.

As empresas optantes pelo SIMPLES são obrigadas a reter e recolher à Seguridade Social a contribuição dos segurados a seu serviço.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos: I) rejeitar a preliminar de nulidade; II) rejeitar a arguição de decadência; e III) no mérito, negar provimento ao recurso.

Elias Sampaio Freire - Presidente

Kleber Ferreira de Araújo - Relator

Participaram do presente julgamento o(a)s Conselheiro(a)s Elias Sampaio Freire, Kleber Ferreira de Araújo, Lourenço Ferreira do Prado, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

## Relatório

Trata-se do Auto de Infração – AI n.º 37.179.558-3, lavrado contra o sujeito passivo acima identificado, na condição de devedor solidário, pelas contribuições decorrentes da remuneração paga aos trabalhadores que laboraram para a empresa Linari Assessoria Administrativa LTDA., CNPJ 01.101.681/0001-47, que prestou serviço à autuada mediante cessão de mão-de-obra no período do levantamento.

O AI em questão contempla a contribuição dos segurados, apurada mediante análise da folha de pagamento da empresa prestadora, específica para a mão-de-obra cedida. Consta do relato do fisco que as guias de recolhimento não foram consideradas em razão de não terem sido elaboradas em separado por tomador de serviço, tendo sido apresentado documento único englobando todos os segurados a serviço da empresa prestadora, inclusive os valores pagos a título de pró-labore.

O fisco mencionou que, em pesquisas sobre a regularidade fiscal da prestadora, verificou-se que a mesma nunca houvera sido fiscalizada, nem havia débitos em seu nome.

Afirma-se ainda que o lançamento foi efetuado em substituição à NFLD n.º 35.005.842-3, nulificada por vício formal em decisão proferida pela 4.ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos da Previdência Social, datada de 25/10/2005.

Menciona-se no relato que a análise do contrato de prestação de serviço evidenciou que se tratava de execução mediante cessão de mão-de-obra.

Apresentada impugnação apenas pela Bolsa de Valores do Rio de Janeiro, a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento – DRJ no Rio de Janeiro I decidiu pela procedência parcial do lançamento.

Foram afastadas as competências que não estavam incluídas no lançamento substituído (NFLD n.º 35.005.842-3), assim como, foram excluídas as bases de cálculo que excederam aquelas originariamente lançadas.

A utilização de Auto de Infração para constituição do crédito, rechaçada na defesa, foi tida como regular pela DRJ, que também não acolheu o argumento relativo à falta de precisão na fundamentação legal da contribuição ao RAT, haja vista que o lançamento em questão diz respeito à contribuição dos segurados. Pelo mesmo motivo, também não foi acatada a tese de que a empresa prestadora estaria desobrigada de recolher a contribuição, em razão de sua opção pelo SIMPLES.

Por fim, não foram aceitas as guias de recolhimento da empresa prestadora, justificando-se que as mesmas foram elaboradas genericamente, não havendo vinculação à prestação de serviço executada pela empresa Linari Assessoria Administrativa LTDA para a autuada.

Inconformada com a notificação, a tomadora apresentou recurso, no qual, em apertada síntese, alegou que:

a) o lançamento está viciado, posto que, nos termos dos artigos 243, 244 e 293 do Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto n.º 3.048/1999, o instrumento hábil para constituir o crédito tributário decorrente do inadimplemento da obrigação principal é a Notificação de Lançamento e não o Auto de Infração, este reservado para aplicação de multa em razão do descumprimento da obrigação tributária acessória;

b) o crédito de que se cuida não decorreu de um lançamento substitutivo, haja vista que foram acrescentadas competências diversas e bases de cálculo majoradas em relação à NFLD anulada por vício formal;

c) o fisco, em obediência aos manuais de procedimento da Administração Tributária, estaria limitado a unicamente corrigir os vícios que deram ensejo a nulidade da NFLD substituída. Como houve inovação nos critérios de apuração, não cabe a aplicação do prazo decadencial fixado do art. 173, II, do CTN, estando todas as competências lançadas fulminadas pela decadência, seja pela contagem do art. 150, § 4.º, ou do 173, I, ambos também do Codex Tributário;

d) considerando-se que anulação da NFLD n.º 35.005.842-3 ocorreu em 2005, o lançamento substitutivo somente poderia alcançar fatos geradores ocorridos do ano de 2000 em diante;

e) a decisão recorrida ao tentar manter o lançamento, utilizou-se da argumentação de que o AI contemplaria crédito substitutivo e revisão de valores, todavia, essa linha argumentativa sequer foi utilizada no relatório fiscal, portanto, há de se concluir que a DRJ inovou nos próprios fundamentos do lançamento, o que é inadmissível;

f) o fisco deveria diligenciar no sentido de verificar no Cadastro Nacional de Informações Sociais – CNIS a existência de compatibilidade entre os dados ali lançados e os recolhimentos efetuados pela empresa prestadora. Esse argumento da defesa, inclusive, deixou de ser apreciado pelo órgão recorrido;

g) a empresa Linari Assessoria foi submetida à ação fiscal plena até a competência 12/2000. Essa fato atesta a improcedência do AI sob enfoque;

h) no período do lançamento a empresa prestadora era optante pelo SIMPLES, não sendo devidas as contribuições patronais;

i) tanto pela falta de diligências quanto pela documentação acostada à defesa, é de se reconhecer serem indevidas as cobranças de contribuições de segurados tidas como inadimplidas.

Ao final pede que se dê efeito suspensivo ao presente recurso e que no seu julgamento se cancele o crédito fiscal consubstanciado no presente AI.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro Kleber Ferreira de Araújo, Relator

### Admissibilidade

O recurso merece conhecimento, posto que preenche os requisitos de tempestividade e legitimidade. O efeito suspensivo do mesmo é decorrência da lei, não havendo necessidade de requerê-lo.

### Da inadequação do instrumento de constituição do crédito

Alega a recorrente que o AI seria nulo, por não ser instrumento hábil a constituir crédito tributário decorrente do inadimplemento da obrigação principal, conforme preceituam os artigos 243, 244 e 293 do RPS.

Sobre essa questão há de se ter em conta que, quando da ciência do AI pelo sujeito passivo, em 12/09/2008, já eram aplicadas às contribuições sociais as disposições procedimentais e processuais do Decreto n.º 70.235/1972. Tal alteração decorreu da fusão das Secretarias da Receita Federal e da Receita Previdenciária na atual Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB.

A inovação legislativa que criou a nova estrutura da Administração Tributária da União foi a Lei n.º 11.457, de 16/03/2007. Esta determinou em seu art. 25 que, a partir de abril de 2008, os procedimentos fiscais e os processos administrativo-fiscais de exigência das contribuições previdenciárias passariam a ser regidos pelo Decreto n.º 70.235/1972. Eis o dispositivo:

*Art. 25. Passam a ser regidos pelo Decreto n 70.235, de 6 de março de 1972:*

*1- a partir da data fixada no § 1.º art. 16 desta Lei, os procedimentos fiscais e os processos administrativo-fiscais de determinação e exigência de créditos tributários referentes às contribuições de que tratam os arts. 2.º e 3.º desta Lei;*

O referido Decreto, por sua vez, determina:

*Art. 9º A exigência de crédito tributário, a retificação de prejuízo fiscal e a aplicação de penalidade isolada serão formalizadas em autos de infração ou notificação de lançamento, distintos para cada imposto, contribuição ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito.-(Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993, vigente na data da lavratura)*

Assim, não há de se querer aplicar à situação sob enfoque as regras do RPS invocadas pelo sujeito passivo, uma vez que houve revogação tácita de todos os dispositivos

incompatíveis com a novel legislação, conforme prevê o § 1.º do art. 2.º do Decreto-Lei n.º 4.657/1942 (Lei de Introdução ao Código Civil):

*Art.2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.*

*§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.*

Nesse sentido, a utilização de Auto de Infração para constituição de crédito decorrente de contribuições não recolhidas encontra amparo na legislação atualmente em vigor, não devendo ser acatada a tese de nulidade do lançamento por essa razão.

### **Da inovação do lançamento substitutivo**

Outra alegação do recorrente é que o lançamento, por haver inovado no período e nas bases de cálculo em relação à NFLD que fora anulada por vício formal, encontra-se viciado não podendo ser aproveitado, mesmo com as correções procedidas pelo órgão de primeira instância.

A DRJ, ao contrário, defende que o presente AI contempla uma parte substitutiva e outra concernente à revisão de lançamento, não sendo esta cabível posto que estariam decadentes todas as contribuições que não foram lançadas na NFLD anulada, devendo remanescer, todavia, os valores originariamente constituídos, uma vez que aos mesmos seria aplicado o inciso II do art. 173 do CTN.

A meu ver, a inclusão em determinado lançamento de contribuições indevidas, seja por decadência ou mesmo por improcedência não é causa de sua nulidade integral, devendo serem expurgadas apenas os valores exigidos ao arrepio da legislação.

A principal função dos órgãos de julgamento administrativo é garantir a higidez do crédito tributário, afastando do mesmo valores que indevidamente cobrados, ou sendo o caso de ocorrência de prejuízo ao direito de defesa do sujeito passivo, mediante a nulificação do ato, que pode vir a ser feito, respeitado, é claro, o prazo decadencial para constituição do crédito.

O princípio da eficiência, ao qual está jungida a Administração Pública (art. 37, “caput”, da Constituição Federal), não admite que se repita um ato administrativo quando é possível, mediante o seu saneamento, que o mesmo venha a surtir os efeitos que lhes são próprios.

É o caso do lançamento em questão, no qual a DRJ, ao verificar que o fisco extrapolou as balizas legais, resgatou a legalidade do ato administrativo, ao expurgar do crédito as competências e os valores de base de cálculo que não constavam no lançamento substituído.

Não vislumbro na espécie prejuízo ao direito de defesa do sujeito passivo ou mesmo preterição de formalidade essencial no lançamento. Os fatos geradores estão descritos a contento, a base impositiva encontra-se bem delineada e as contribuições devidas foram devidamente apresentadas no AI e anexos, não se verificando atropelo aos ditames do art. 142 do CTN, *verbis*:

*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.*

As causas de nulidade previstas no art. 59 do Decreto n.º 70.235/1972 também não se fazem presentes, como se pode ver:

*Art. 59. São nulos:*

*I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;*

*II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.*

*§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.*

*§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.*

No momento em que foram pinçados do ato administrativo os vícios de legalidade já comentados, há a possibilidade de convalidação do lançamento pela Administração, conforme prevê a Lei n.º 9.784/1999, em seu art. 55:

*Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administra*

Pois bem, não encontro na espécie motivo suficiente para que se decrete a nulidade do lançamento se, após a retificação de valores indevidamente exigidos, o mesmo encontra-se apto a produzir os efeitos que lhe fizeram vir ao mundo.

Não hei de acatar o pedido de nulificação do AI, quando a recorrente não consegue demonstrar a ocorrência de prejuízo aos seus direitos, posto que não há o que se falar em nulidade de ato administrativo se inexistiu prejuízo explícito ou aparente para o administrado. Não há nulidade sem prejuízo. É desnecessário, do ponto de vista prático, anular-se ou se decretar a nulidade de um ato, não tendo havido prejuízo da parte. A doutrina tem chamado de princípio da transcendência àquele de que se origina a regra de que, para que a nulidade seja declarada, é necessário que esta produza prejuízo. Do contrário, não se deve nulificar o ato.

Assim, por entender que o fisco demonstrou a contento os elementos essenciais do lançamento, possibilitando à empresa o exercício do seu amplo direito de defesa e que a alegação de nulidade não se funda em provas convincentes, afastou essa preliminar.

Devo reconhecer também que a DRJ enfrentou a contento os argumentos defensórios relativas a inovação no lançamento substitutivo, posto que afastou as contribuições que não estavam lançadas na NFLD n.º 35.005.842-3 e justificou a manutenção da parte coincidente.

## Decadência

Conforme já exposto, o órgão *a quo* afastou a exigência de contribuições não incluídas no lançamento substituído, eliminando assim a ilegalidade perpetrada pela Auditoria. Por outro lado, não há dúvida quanto à natureza do vício que ensejou a declaração de nulidade da NFLD n.º 35.005.842-3 pelo CRPS, basta ver a ementa da decisão:

*EMENTA - CUSTEIO - PREVIDENCIÁRIO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - AFERIÇÃO INDIRETA - VÍCIO FORMAL. A omissão, no Relatório de Fundamentos Legais do Débito, quanto ao fundamento de direito que autoriza o procedimento de aferição indireta das contribuições previdenciárias, vicia o procedimento fiscal.*

*A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, nos termos do art. 53, da Lei n.º 9.784, de 29/01/99. ANULADA A NFLD, N.º do(a) Acórdão: 2492/2005.*

Pois bem, anulado o crédito por vício formal, a contagem do prazo decadencial se dá pela norma inserta no art. 173, II, do CTN, *verbis*:

*Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:*

*(...)*

*II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.*

*(...)*

Ao contrário do que defende a recorrente, o *dies a quo* para definição do lapso de decadência se baseia, nesse caso, não em marco relacionado à ocorrência do fato gerador, mas se vincula diretamente à data em que houve a declaração de nulidade.

Não se tendo constatado no lançamento original o transcurso do prazo decadencial para quaisquer das competências, posto que o período lançado é 06/1996 a 01/1999 e a ciência da NFLD n.º 35.005.842-3 ocorreu em 25/02/2000, verifica-se que o prazo para que o fisco pudesse reconstituir este lançamento não houvera transcorrido em 12/09/2008, uma vez que a decisão anulatória do CRPS foi de 25/10/2005.

A tese da empresa de que, a partir da decisão que declarou a nulidade do crédito, o fisco teria que respeitar o prazo de cinco anos, contados dos fatos geradores, para efetuar a substituição do mesmo, não deve subsistir. É que o art. 173, II, do CTN, representa interrupção do prazo de decadência, contando-se, a partir da decisão anulatória, integralmente o lustro para todo o período lançado, o que faz com que a Fazenda Pública, passe a dispor de cinco anos, da nulificação do crédito, para reconstituir a integralidade do lançamento declarado nulo por vício formal.

Afasto, assim, a suscitada decadência.

### **Necessidade de fiscalização prévia no prestador de serviço**

Um primeiro aspecto a ser examinado neste tópico é a possível ocorrência de fiscalização prévia na empresa prestadora. Sobre essa questão o fisco assim se pronunciou:

*17. Buscando evitar o lançamento de crédito tributário já extinto ou devidamente constituído, e assim conferir maior certeza e liquidez ao ora lançado, foram realizadas consultas aos sistemas informatizados do Fisco a fim de verificar a possibilidade de existência de débitos já registrados e de ocorrência de ações fiscais com exame de contabilidade. No Sistema de Cobrança - SICOB não há débito registrado para o prestador no período abrangido pelo lançamento; e no Cadastro Nacional de Ações Fiscais - CNAF, não consta qualquer ação de fiscalização desenvolvida no prestador.*

A empresa recorrente, por seu turno, afirma que a Linari Assessoria houvera sido submetida à ação fiscal com cobertura integral até a competência 12/2000. Sustenta que essa verificação deveria ser procedida pelo fisco em sede de diligência.

Considerando-se que a Auditoria já tinha se pronunciado pela inexistência de qualquer fiscalização na tomadora, bem como na ausência de processos de débito em nome da mesma, devo me dar por satisfeito com a informação prestada no relatório fiscal, uma vez que a recorrente, embora afirme o contrário, elege como meio de comprovação a própria diligência fiscal, a qual já houvera ocorrido durante o procedimento de auditoria.

Outra questão apontada pela empresa autuada é que a Autoridade Fiscal deveria, antes de constituir o crédito na tomadora, verificar, mediante consulta ao CNIS, se os recolhimentos efetuados pela prestadora eram compatíveis com as remunerações informadas.

A bem da verdade, no período do débito, as informações prestadas através da RAIS – Relação Anual de Informações Sociais, do CAGED – Cadastro Geral de Empregados e Desempregados e do FGTS – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, disponíveis no banco de dados do CNIS, não seriam úteis para verificar se a empresa prestadora teria efetuado o recolhimento relativo à mão de obra disponibilizada à recorrente. É que os dados de remuneração constantes no cadastro do CNIS eram mais precários que as folhas de pagamento apresentadas, haja vista não conter as informações individualizadas por tomador de serviço, como hoje ocorre, após o advento da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social – GFIP.

Quanto essa questão, vou mais além. De acordo com a legislação tributária e previdenciária a Administração tem o direito de escolher e de exigir o valor total das contribuições devidas de quaisquer dos devedores solidários, sem que estes tenham qualquer benefício de ordem, considerando a determinação contida no parágrafo único do artigo 124 do Código Tributário Nacional – CTN:

*Art. 124. São solidariamente obrigadas:*

*(...)*

*II – as pessoas expressamente designadas por lei.*

*Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.*

Nesse sentido, pode o débito ser exigido de qualquer dos coobrigados, ressalvado o direito regressivo do tomador dos serviços e admitida a retenção das importâncias devidas para garantia do cumprimento das obrigações para com a Seguridade Social.

Sobre o argumento de que a falta de fiscalização prévia no prestador de serviço invalidaria o lançamento, tenho a dizer que o entendimento reinante nesse colegiado é contrário ao mesmo. Percebe-se que nem sempre é possível essa verificação, até porque em muitos casos a empresa contratada nem mais existe. A prevalecer essa exigência, criar-se-ia mais uma dificuldade para recuperação de contribuições em um seguimento em que, sabidamente, a evasão tributária era considerável.

Sensível a essa problemática, esse tribunal administrativo sedimentou o entendimento de que é válido o lançamento por solidariedade com base na documentação apresentada pelo contratante de obra realizada por empreitada total, sem que seja necessária uma verificação prévia na empresa prestadora.

Trago à colação ementa de recentes julgados que abonam a tese acima expressa:

*Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias*

*PERÍODO DE APURAÇÃO: 01/01/1999 a 31/01/1999  
EMENTA. DECADÊNCIA. INEXISTÊNCIA.  
RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CONSTRUÇÃO CIVIL.*

*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.*

*Recurso Voluntário Negado.*

*(Recurso n.º 254368, Segundo Conselho de Contribuintes, 5.ª Câmara, Rel. Conselheiro Damião Cordeiro de Moraes, Seção 03/12/2008, Negado Provimento por Maioria)*

*Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário*

*Período de apuração: 01/06/1997 a 30/06/1998*

*CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. DECADÊNCIA. PRAZO QUINQUENAL. O prazo decadencial para a constituição dos créditos previdenciários é de 05 (cinco) anos, contados da data da ocorrência do fato gerador do tributo, nos termos do artigo 150, § 4º, do Códex Tributário, ou do 173 do mesmo Diploma Legal, no caso de dolo, fraude ou simulação comprovados, tendo em vista a declaração da inconstitucionalidade do artigo 45 da Lei nº 8.212/91, pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos dos RE's nºs 556664, 559882 e 560626, oportunidade em que fora aprovada Súmula Vinculante nº 08, disciplinando a matéria. In casu, entendeu-se ter havido antecipação de pagamento, fato relevante para aqueles que defendem ser determinante à aplicação do instituto. LANÇAMENTO DE CRÉDITO PREVIDENCIÁRIO - SOLIDARIEDADE - CONSTRUÇÃO CIVIL - ELISÃO - NÃO*

*OCORRÊNCIA O proprietário de obra, qualquer que seja a forma de contratação da construção, reforma ou acréscimo, são solidários com o construtor, conforme dispõe o inciso VI do art. 30 da Lei nº 8.212/91, se não comprovar com documentação hábil a elisão da responsabilidade solidária APURAÇÃO PRÉVIA JUNTO AO PRESTADOR - DESNECESSIDADE Em se tratando de responsabilidade solidária o Fisco tem a prerrogativa de constituir os créditos no tomador de serviços mesmo que não haja apuração prévia no prestador de serviço INCONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE É prerrogativa do Poder Judiciário, em regra, a argüição a respeito da constitucionalidade ou ilegalidade e, em obediência ao Princípio da Legalidade, não cabe ao julgador no âmbito do contencioso administrativo afastar aplicação de dispositivos legais vigentes no ordenamento jurídico pátrio sob o argumento de que seriam inconstitucionais ou afrontariam legislação hierarquicamente superior. RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE.*

*(Recurso n.º 255769, Segunda Seção do CARF, 4.ª Câmara, 1.ª Turma, Rel. Conselheiro Ana Maria Bandeira, Seção 08/05/2009, Provimento Parcial por Unanimidade)*

Esses julgados bem demonstram que não havendo a elisão da responsabilidade solidária pela empresa tomadora, tem o Fisco a prerrogativa de constituir o crédito independentemente de fiscalização na empresa contratada.

### **Da opção da empresa prestadora pelo SIMPLES**

Como muito bem assinalou o voto condutor do acórdão da DRJ, mesmo se reconhecendo que a empresa prestadora no período da apuração era optante pelo SIMPLES, esse fato em nada altera o destino da presente lavratura, uma vez que as empresas albergadas no regime simplificado de pagamento de tributos não estão dispensadas de arrecadar e recolher à Seguridade Social a contribuição dos segurados empregados, que é o tributo que está sendo exigido no presente AI.

### **Das guias de recolhimento apresentadas**

As guias de recolhimento da empresa prestadora apresentadas durante a ação fiscal não se prestam a comprovar o recolhimento das contribuições exigidas.

O § 4.º do art. 31 da Lei n.º 8.212/1991, vigente no período do lançamento, assim prescrevia:

*§ 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).*

Conforme consignado no relato do fisco e corroborado pelos documentos acostados, os recolhimentos eram efetuados pela empresa tomadora de maneira globalizada, não guardando vinculação com o prestador dos serviços. Esse procedimento, por ser contrário à

norma acima mencionada, torna os documentos de arrecadação inábeis a comprovar o recolhimento das contribuições ora exigidas.

Para que tais pagamentos pudessem vir a ser aproveitados na presente apuração, haveria de ser feita uma fiscalização prévia na empresa tomadora, o que contraria frontalmente a técnica de arrecadação baseada na responsabilidade solidária do tomador para com as contribuições devidas em razão da prestação de serviço por cessão de mão-de-obra.

Assim, por haver deixado de exigir as guias de recolhimento específicas para o serviço que lhe foi prestado, quando da quitação das notas fiscais de prestação de serviço, a recorrente deve ser responsabilizada pelas contribuições, haja vista que o seu adimplemento não foi comprovado.

### **Conclusão**

Diante do exposto, voto por afastar as preliminares e a decadências suscitadas e, no mérito, por negar provimento ao recurso.

Kleber Ferreira de Araújo