



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
CONSELHO DE 1.º GRAU
Brasília, 22 / 09 / 08
Setor Ativos de Oliveira
Mat: Sape 877882

CC02/C06
Fls. 162

MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº 35564.002118/2006-75
Recurso nº 142.101 Voluntário
Matéria RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - CONSTRUÇÃO CIVIL
Acórdão nº 206-00.664
Sessão de 09 de abril de 2008
Recorrente DROGARIA SÃO PAULO S/A
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA

MF-Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial do Brasil
de 27 / 10 / 08
Rubrica 9

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/09/1996 a 30/09/1996

Ementa: PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA NA CONSTRUÇÃO CIVIL - IMPOSSIBILIDADE DE VERIFICAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA ESFERA ADMINISTRATIVA - COMPETÊNCIA DO AUDITOR FISCAL PARA PROCEDER A AUDITORIA, MESMO NÃO SENDO CONTADOR.

A verificação de inconstitucionalidade de ato normativo é inerente ao Poder Judiciário, não podendo ser apreciada pelo órgão do Poder Executivo.

O Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil é competente para proceder ao exame da escrita fiscal da pessoa jurídica, não lhe sendo exigida a habilitação profissional de contador.

O proprietário de obra de construção civil, qualquer que seja a forma de contratação da construção, reforma ou acréscimo, é solidário com o construtor pelo cumprimento das obrigações para com a Seguridade Social, não se aplicando, em qualquer hipótese, o benefício de ordem.

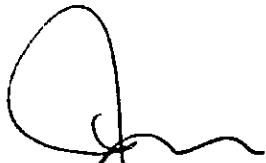
Como descrito no relatório fiscal, não foi realizada nenhuma fiscalização na empresa construtora, razão porque não há que se falar em duplicidade de cobrança. Informa ainda a autoridade fiscal, que antes da lavratura da NFLD, procedeu a pesquisa nos sistemas informatizados da previdência, tendo identificado que não existem recolhimentos em diversas competências objeto desta NFLD.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

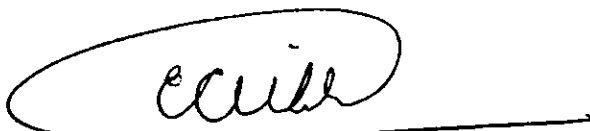
MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 27 de 09 de 08 Sirma Alves de Oliveira Mat.: SIAPE 877862

ACORDAM os Membros da SEXTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.



ELIAS SAMPAIO FREIRE

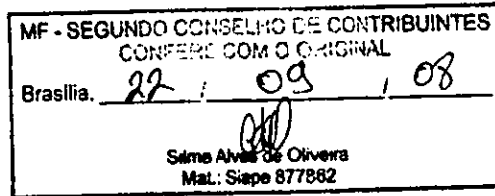
Presidente



ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Rogério de Lellis Pinto, Bernadete de Oliveira Barros, Daniel Ayres Kalume Reis, Ana Maria Bandeira, Cleusa Vieira de Souza e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.



Relatório

A presente NFLD tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social em virtude do instituto da responsabilidade solidária, previsto no art. 30, VI da Lei n.º 8.212/1991. O período compreende a competência SETEMBRO DE 1996. A base de cálculo dos segurados utilizados na prestação de serviços pela empresa MG CONSTRUÇÕES LTDA foram obtidas mediante as notas fiscais/faturas de serviços emitidas pela empresa contratada para execução dos serviços, conforme relatório fiscal fls. 18 a 33.

Não conformada com a notificação, foi apresentada defesa, fls. 41 a 65.

Foi emitida Decisão-Notificação confirmando a procedência do lançamento, fls. 124 a 130.

Não concordando com a decisão do órgão previdenciário, foi interposto recurso, conforme fls. 137 a 156. Em síntese, a recorrente em seu recurso alega o seguinte:

O requerente em sua defesa, requereu expedição de ofício ao Ministério do Trabalho para que fossem informados os dados contidos na RAIS e CAGED, bem como fosse oficiada a CEF para que fornecesse os dados relativos às guias de Relação de Empregados da empresa MG CONSTRUÇÕES LTDA. Em não tendo atendido ao seu pleito a autoridade previdenciária acabou por cercear seu direito de defesa;

Verifica-se pelo texto legal que atribui responsabilidade solidária ao contratante de serviços, que o que se pretendeu foi fazer do tomador dos serviços um garantidor do pagamento de prestações previdenciárias, de tal modo, que, se faltasse o contribuinte com o dever de pagar a exação, caberia ao tomador fazê-lo;

Todavia, no dias de hoje, esta responsabilidade absurda não mais vigora, nos termos do que dispõe a nova redação dos art. 30 e 31 da 8.212/91;

Porém, mesmo considerando a regra anterior, a solidariedade diz respeito apenas à obrigação principal, qual seja o dever de pagar, mas não com relação às obrigações acessórias, quais sejam, manter a documentação comprobatória das contribuições previdenciárias;

Sendo assim, em hipótese alguma poderia o recorrente ser autuado em virtude de não dispor de documento comprobatório do recolhimento de contribuições previdenciárias;

Conforme descrito acima, a solidariedade, restringia-se à obrigação principal de pagar e se verificada a falta, no todo ou em parte, poderia vir a autoridade autárquica autuante pretender cobrar do tomador dos serviços, mas nunca antes de fiscalizar junto ao obrigado principal (e único quanto às obrigações acessórias) poderia caber ação fiscal de cobrança de prestações que o autuante sequer verificou se foram pagas ou não;

Repita-se que nos termos da legislação revogada inexistia e inexistiu a obrigação da recorrente de manter em seus arquivos documento comprobatório do recolhimento de contribuições a cargo do executor;



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERIR COMO ORIGINAL Brasília, 27 de 09 de 08 Sônia Alves de Oliveira Mat. Sape 87792	CC02/C06 Fls. 165
--	----------------------

No sistema revogado, não dispunha o solidário nenhum meio de garantir-se de que tinha o prestador de serviços efetivamente pago o tributo (está visto que a tanto não se prestava a saída simplista e fácil de garantir-lhe o direito de reter importâncias eventualmente devidas) porque a obrigação do efetivo contribuinte em face da seguridade social decorre do pagamento de salário, e não guarda nenhuma relação direta com a prestação de serviços. Não se concebe impor obrigação a alguém, e não atribuir simultaneamente meios de bem cumprir essa obrigação;

O Sr. Auditor afirma que as contribuições são devidas apenas porque a recorrente não apresentou os elementos para elidir a responsabilidade solidária.. Emerge, portanto, que não se sabe se foram pagas ou não as contribuições, o que poderia gerar recolhimento em duplicidade;

Os parâmetros utilizados para a fixação da base de cálculo não encontram previsão ou amparo na lei. Ademais, o critério utilizado foi aleatório, revelando-se despropositado e desproporcional sem levar em consideração o tipo de obra realizada em cada filial da recorrente;

Ao utilizar um percentual aleatório, acaba por utilizar o arbitramento que deve ser medida "racional, lógica e motivada", equivocando-se o Sr. Fiscal, ao deixar de observar que por não terem sido discriminados os valores referentes a material, o percentual deveria ser 20% e não 40%;

Requer que seja recebido e provido o presente recurso, com o objetivo de reformar a decisão que manteve a NFLD.

A unidade descentralizada da Receita Previdenciária apresenta suas contrarrazões às fls. 160 a 161, argumentando em síntese:

Tendo em vista que a decisão recorrida já fundamentou a decisão do INSS, mantemos os seus termos;

Que o presente crédito previdenciário fundamenta-se no art. 30, VI, da Lei 8212/1991, que trata de responsabilidade solidária na construção civil, mas tendo sido argumento da defesa a solidariedade na cessão de mão de obra;

A elisão da resp. solidária dá-se pela comprovação da regularidade da contratada com o recolhimento das contribuições, conforme dispõe o art. 30, VI da 8.212/91 c/c art. 42 §§ 1 e 2º do ROCSS, aprovado pelo decreto 356/91;

Dessa forma, conclui-se que a expedição de ofícios ao Ministério do Trabalho para que fossem informados os dados contidos nas RAIS e CAGED, bem como a CEF não tem o condão de deslindar a questão. Portanto, não há que se falar em cerceamento de defesa.

Ante o exposto, requer seja negado provimento ao recurso em questão.

É o Relatório.



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFÉRCULO ORIGINAL Brasília, 22, 09, 08 Sílma Alves de Oliveira Mat.: SIAPE 877862	CC02/C06 Fls. 166
--	----------------------

Voto

Conselheira ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Relatora

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 159, tendo o contribuinte comprovado o depósito recursal de 30%.

Avaliados os pressupostos, passo para o exame das preliminares ao mérito.

DO MÉRITO:

Em primeiro lugar cumpre-nos destacar que o procedimento fiscal atendeu todas as determinações legais, não havendo, pois, nulidade por cerceamento de defesa. Destaca-se como passos necessários a realização do procedimento:

Autorização por meio da emissão do Mandato de Procedimento Fiscal – MPF-F, com a competente designação do auditor fiscal responsável pelo cumprimento do procedimento, conforme fls. 14;

Intimação para a apresentação dos documentos conforme Termos de Intimação para Apresentação de Documentos – TIAD, fls. 15, intimando o contribuinte para que apresentasse todos os documentos capazes de comprovar o cumprimento da legislação previdenciária;

Autuação dentro do prazo autorizado pelo referido mandato, com a apresentação ao contribuinte dos fatos geradores e fundamentação legal que constituíram a lavratura do auto de infração ora contestado, com as informações necessárias para que o autuado pudesse efetuar as impugnações que considerasse pertinente, conforme demonstrado às fls. 01 a 38.

Já com relação às alegações da recorrente acerca da responsabilidade solidária, clara é a possibilidade legal nesse sentido. Conforme destacado no art. 30, VI da Lei n.º 8.212/1991, o proprietário, incorporador ou dono da obra não importa qual seja o tipo de contratação é solidário com o construtor pelo cumprimento das obrigações perante a previdência social. Assim, descreve o texto legal:

“Art. 30 (...).

VI - o proprietário, o incorporador definido na Lei n.º 4.591, de 16 de dezembro de 1964, o dono da obra ou condômino da unidade imobiliária, qualquer que seja a forma de contratação da construção, reforma ou acréscimo, são solidários com o construtor, e estes com a subempreiteira, pelo cumprimento das obrigações para com a Seguridade Social, ressalvado o seu direito regressivo contra o executor ou contratante da obra e admitida a retenção de importância a este devida para garantia do cumprimento dessas obrigações, não se aplicando, em qualquer hipótese, o benefício de ordem; (Redação dada

pela MP nº 1.523-9, de 28/06/97 e reeditada até a MP nº 1.523-13, de 23/10/97 - Republicada na MP nº 1.596-14 de 10/11/97, convertida na Lei nº 9.528, de 10/12/97)."

A recorrente DROGARIA SÃO PAULO na qualidade de tomadora de serviços contratou a MG CONSTRUÇÕES LTDA, para prestação de serviços de conservação e manutenção de rotina na rodovia SP 280, Km 62.400 ao 93.020, contrato nº 9594-1 DER/SENPAR, conforme informação descrita no relatório fiscal, fls. 24 a 26. Dessa forma, a recorrente tornou-se responsável solidária com a empresa construtora que realizou os serviços.

Assim, o contribuinte e o responsável tributário, no caso o recorrente, são solidários em relação à obrigação tributária, não cabendo, nos termos do parágrafo único do artigo 124 do CTN e do art. 30, VI da Lei nº 8.212/1991, benefício de ordem.

Entendo que ao atribuir responsabilidade solidária pelo cumprimento da obrigação tributária, abriu o legislador a possibilidade de a autoridade previdenciária cobrar a satisfação da obrigação de qualquer das solidárias, sendo desnecessária a averiguação inicial na prestadora dos serviços. Se assim o fosse, estaríamos alterando o instituto jurídico para responsabilidade subsidiária, tornando inócua o dispositivo legal. Portanto, razão não confiro ao recorrente no sentido de ser necessário primeiro fiscalizar a prestadora.

Quanto ao argumento de que a responsabilidade só poderia surgir após o lançamento do crédito na prestadora de serviços e não antes do surgimento desse crédito, também não procede tal argumento. A responsabilidade é pelo cumprimento da obrigação previdenciária, prova disto é que a obrigação tributária persiste independentemente do crédito tributário, que pode ser anulado, administrativamente ou judicialmente, mas sem fazer desaparecer a obrigação tributária, conforme dispõe o art. 140 do CTN, nestas palavras:

Art. 140. As circunstâncias que modificam o crédito tributário, sua extensão ou seus efeitos, ou as garantias ou os privilégios a ele atribuídos, ou que excluem sua exigibilidade não afetam a obrigação tributária que lhe deu origem.

Merece destaque, até porque utilizado como argumento de defesa, ementa do Parecer CJ/MPAS n.º 2.376/2.000, nestas palavras:

"DIREITO TRIBUTÁRIO E PREVIDENCIÁRIO. SOLIDARIEDADE PASSIVA NOS CASOS DE CONTRATAÇÃO DE EMPRESAS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. DUPLICIDADE DE LANÇAMENTOS. NÃO OCORRÊNCIA. A obrigação tributária é uma só e o fisco pode cobrar o seu crédito tanto do contribuinte, quanto do responsável tributário. Não há ocorrência de duplicidade de lançamento, nem de bis in idem e nem de crime de excesso de exação."

A recorrente poderia ter elidido, afastado a solidariedade nos termos do art. 220, § 3º do RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/1999, conforme a época de ocorrência do fato gerador, bastando para tanto, o cumprimento do dispositivo legal. Assim, dispõe o texto legal:

"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

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 22, 09, 08 Sílma Alves de Oliveira Mat.: SIAPE 877862

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.

(...).

§ 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. (Inciso acrescentado pelo Decreto nº 4.032, de 26/11/2001)."

Como descrito acima, não é exigido da empresa (tomadora dos serviços) o pleno conhecimento dos fatos ocorridos na construtora, bastando a guarda da documentação, folhas de pagamento e guias de recolhimento do pessoal utilizado na obra, para afastar a solidariedade que ora lhe é imputada. A elisão é uma faculdade conferida ao devedor solidário, que em não utilizando dessa prerrogativa, como no caso em questão, continua figurando como responsável solidário pelo cumprimento da obrigação previdenciária.

Entendo que o instituto da responsabilidade solidária não possui o condão de punir os contratantes (tomadores de serviços), nem tão pouco tem por objetivo simplesmente favorecer ao fisco. Dentro de uma concepção de administração na busca da excelência, cada vez mais empresas têm se utilizado da especialização, na busca de atender seu público e realizar os seus contratos da maneira mais satisfatória, porém essa possibilidade deve ser realizada com propriedade, tendo em vista que existe um bem maior a ser resguardado que são os direitos dos trabalhadores, que tem no instrumento trabalho a única forma de garantir o seu sustento ao longo da vida.

Dessa forma, em uma linguagem simples, quando a lei atribui responsabilidade a terceiro tem por bem fazê-lo ser zeloso com as empresas para as quais repassa os serviços, identificando se são idôneas, cumpridoras de suas obrigações sejam trabalhistas ou previdenciárias. Injusto seria não prescrever a possibilidade de em cumprindo os preceitos legais, ter afastada qualquer tipo de responsabilidade, o que não é o caso da legislação previdenciária brasileira.

Não tendo a recorrente sob sua guarda a documentação específica para a obra, a autoridade previdenciária passa a ter a prerrogativa de lançar a importância que reputar devida, cabendo ao contribuinte o ônus da prova em contrário, por força do artigo 33, § 3º da Lei nº 8.212/1991. Assim a legislação previdenciária possibilita a autoridade fiscal mecanismos para lavrar a Notificação, o que no presente caso, foi realizado com base no valor da nota fiscal, pois embutido nesse valor há a parcela referente à mão-de-obra utilizada.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 22 / 09 / 08
Sílvia Alves de Oliveira
Mat.: SIAPE 677862

CC02/C06
Fls. 169

"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, 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. (Redação alterada pela Lei nº 10.256/01).

§ 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. (Atualmente Secretaria da Receita Federal, conforme o caput deste artigo e Lei nº 8.490/92)."


A recorrente deveria possuir guia de recolhimento específica, bem como folha de pagamento elaborada pela construtora, a fim de elidir a responsabilidade.

Em não conseguindo elidir-se da responsabilidade solidária, caberia ao recorrente provar que a prestadora já recolhera toda a contribuição devida em relação aos serviços prestados, face a inversão do ônus da prova. Compete à Receita Previdenciária cobrar de todos os sujeitos passivos o cumprimento da obrigação. Sendo a responsabilidade solidária uma garantia do crédito tributário, não pode ser dispensada pela autoridade fiscal, conforme previsto no art. 141 do CTN, conforme descrito abaixo:

"Art. 141 - O crédito tributário regularmente constituído somente se modifica ou extingue, ou tem sua exigibilidade suspensa ou excluída, nos casos previstos nesta lei, fora dos quais não podem ser dispensadas, sob pena de responsabilidade funcional na forma da lei, a sua efetivação ou as respectivas garantias."

Ademais, como descrito no relatório fiscal, não foi realizada nenhuma fiscalização na empresa construtora, razão porque não há que se falar em duplicidade de cobrança. Informa ainda a autoridade fiscal, que antes da lavratura da NFLD, procedeu a pesquisa nos sistemas informatizados da previdência, tendo identificado que não existem recolhimentos em diversas competências objeto desta NFLD. Destaca-se, por fim, que a recorrente não fez prova do fiel cumprimento da legislação previdenciárias, com vistas a identificar os recolhimentos devidos por parte da empresa contratada.

Ao contrário do acórdão colacionado aos autos entendo que não deve a autoridade fiscal diligenciar para examinar a contabilidade da prestadora, pois se assim o fosse não haveria o benefício de ordem, não existiria motivo para se efetuar o lançamento na tomadora de serviços se em qualquer caso a auditoria devesse diligenciar para examinar a contabilidade da prestadora. Havendo inversão é imprescindível à colação aos autos da prova contábil pelos interessados.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTEs CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 22, 09, 08  Síma Alves da Oliveira Mat.: SIAPE 877862

CC02/C06 Fls. 170

Quanto ao outro argumento de inexistirem providências fiscais hábeis à caracterização da ocorrência de cessão de mão de obra, para que se aplique o instituto da responsabilidade solidária, também não confiro razão ao recorrente. Tal necessidade, só se faz presente em se tratando de contratação de serviços mediante cessão de mão de obra, com fundamento no art. 31 da Lei 8.212/91, o que não representa o objeto desta NFLD. Aqui estamos tratando de responsabilidade de dono de obra pela contratação de serviços, com fundamento no art. 30, VI da mesma lei, sendo, portanto inócua tal especificidade.

Destaca-se por fim, que tanto a Decisão Notificação, como as contra-razões rebateram com muita propriedade os argumentos trazidos pela recorrente, sendo que todo o procedimento seguiu os ditames legais. A notificação fiscal tomou por base documentos do próprio recorrente; os fatos geradores estão discriminados de modo claro e preciso às fls. 04 a 08, o que, sem dúvida, possibilitou o pleno conhecimento do recorrente acerca do levantamento efetuado. Face ao exposto, o procedimento fiscal seguiu os ditames previstos, devendo ser mantido nos termos da Decisão-Notificação.

CONCLUSÃO:

Voto pelo CONHECIMENTO do recurso para no mérito NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Sala das Sessões, em 09 de abril de 2008



ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA