



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

Processo nº 35564.003911/2005-19
Recurso nº De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 2401-003.925 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de março de 2015
Matéria Contribuições Sociais Previdenciárias
Recorrentes BANCO DO BRASIL S/A
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/08/1991 a 31/12/1998

ÓRGÃO PÚBLICO. CONSTRUÇÃO CIVIL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

O artigo 71, §2º da Lei 8.666/93 estabelece que a responsabilidade solidária da Administração Pública é restrita à cessão de mão de obra prevista no art. 31 da Lei nº 8.212/91.

Recursos de Ofício Negado e Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado: I) por unanimidade de votos negar provimento ao Recurso de Ofício. II) Por maioria de votos, no mérito, dar provimento ao recurso, vencido o Conselheiro Carlos Henrique de Oliveira, que negava provimento. Apresentará declaração de voto o Conselheiro Carlos Henrique de Oliveira.

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira - Presidente em exercício

Carolina Wanderley Landim - Relatora

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Carlos Henrique de Oliveira, Carolina Wanderley Landim, Igor Araújo Soares, Kleber Ferreira de Araújo e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado às fls. 2284 e s/s contra decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Brasília (DF), às fls.2250 e s/s, que julgou parcialmente procedente o lançamento fiscal consubstanciado no Auto de Infração lavrado contra o Banco do Brasil S/A, cadastrado sob o DEBCAD nº 35.230.784-6, que tem por objeto a cobrança de contribuições previdenciárias - parte patronal, segurados e SAT/RAT – apuradas nas competências de 08/1991 a 12/1998, no valor histórico de R\$ 7.214.861,80, acrescidos de juros e multa.

A cobrança dirigida à Recorrente decorre da responsabilidade solidária a que se sujeita o contratante de serviços de construção civil, com base na previsão contida no art. 30, inciso VI, da Lei nº 8.212/91, de quem o Fisco pode exigir as contribuições incidentes sobre os montantes dos salários pagos pela execução da obra, conforme noticiado no Relatório da Notificação Fiscal (fls. 61 e s/s).

Adoto como parte deste voto o Relatório constante do Acórdão 240201.121 (fls. 1072 a 1075) exarado quando do julgamento do Recurso Voluntário interposto pelo Banco do Brasil S/A, que anulou a referida Decisão Notificação nº 21.401.4/0113/2005.

Segundo a fiscalização, de acordo com o Relatório Fiscal (RF), fls. 59 a 174, o lançamento refere-se a contribuições destinadas à Seguridade Social, correspondentes a contribuição dos segurados, da empresa, a contribuição para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho e as contribuições para o financiamento da complementação das prestações por acidente de trabalho.

Ainda segundo o RF, o objeto do lançamento são as contribuições sociais incidentes sobre a remuneração paga aos segurados empregados das empresas executoras de obras de construção civil, incluída em notas fiscais, faturas e recibos, pelas quais a recorrente, na condição de contratante dos serviços, responde solidariamente, haja vista que não houve elisão da responsabilidade solidária nos termos da legislação aplicável.

Os motivos que ensejaram o lançamento estão descritos no RF e nos demais anexos que o configuram.

Em 04/12/2001 foi dada ciência à recorrente do lançamento, fls. 001.

Contra o lançamento, a recorrente apresentou impugnação, fls. 178 a 196, acompanhada de anexos.

Diante dos argumentos da defesa, a Delegacia solicitou esclarecimentos à fiscalização, fl. 686.

A fiscalização respondeu aos questionamentos, fls. 687 a 689.

Diante das respostas do Fisco, a Delegacia solicitou novos esclarecimentos à fiscalização, fls. 690.

A fiscalização respondeu aos questionamentos, fls. 722 a 969.

Diante das respostas do Fisco, novamente a Delegacia solicitou esclarecimentos à fiscalização, fl. 971.

A fiscalização respondeu aos questionamentos, fls. 981 a 969.

A Delegacia não encaminhou os pronunciamentos fiscais à recorrente e não reabriu seu prazo para defesa.

A Delegacia analisou o lançamento e a impugnação, julgando procedente em parte o lançamento, fls. 1004 a 1011.

Inconformada com a decisão, a recorrente apresentou recurso voluntário, fls. 1033 a 1043, acompanhado de anexos.

Posteriormente, os autos foram enviados ao Conselho, para análise e decisão, fls. 1067.

É o relatório.

O Acórdão 240201.121 (fls. 1072 a 1075) restou assim ementado:

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Período de apuração: 01/08/1991 a 31/12/1998 PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. FALTA DE CIÊNCIA SOBRE O RESULTADO DE DILIGÊNCIA E DOCUMENTOS JUNTADOS PELO FISCO.*

A ciência ao contribuinte do resultado da diligência é uma exigência jurídico procedimental, dela não se podendo desvincular, sob pena de anulação da decisão administrativa por cerceamento do direito de defesa. Com efeito, este entendimento encontra amparo no Decreto nº 70.235/72 que, ao tratar das nulidades, deixa claro no inciso II do art. 59 que são nulas as decisões proferidas com a preterição do direito de defesa.

DECISÃO RECORRIDA NULA.

Às fls. 1083 e 1084 (Carta DRFB/DF/DICAT nº 110/11 e respectivo AR), o contribuinte foi notificado do Acórdão proferido 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da Segunda Seção de Julgamento, que anulou a decisão de 1ª instância, bem como dos resultados das diligências anteriormente realizadas, sendo reaberto o prazo de 30 dias para sua Defesa.

Tempestivamente, o autuado apresentou sua nova Impugnação às fls. 1093 a 1141, sendo a mesma encaminhada para apreciação da DRJ, conforme despacho de encaminhamento de fl. 1143.

Instada a julgar a matéria, a 5ª Turma da DRJ/BSB, em sessão ocorrida em 06 de setembro de 2011, proferiu o Acórdão 0344.816, o qual segue abaixo ementado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/08/1991 a 31/12/1998

NULIDADE. INDEFERIMENTO.

Não é nulo o auto de infração, quando a descrição dos fatos e a capitulação legal permitem ao autuado compreender as acusações que lhe foram formuladas, de modo a desenvolver plenamente suas peças impugnatória e recursal.

DECADÊNCIA.

É de cinco anos, o prazo de que a Seguridade Social dispõe para constituir os seus créditos, contados, no caso de não ter havido recolhimento parcial, do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado ou, no caso de ter havido recolhimento, da data do fato gerador.

CONSTRUÇÃO CIVIL. RESPONSABILIDADE SOLIDARIA.

O proprietário da obra responde solidariamente com as empresas construtoras contratadas, pelo cumprimento das obrigações decorrentes da Lei nº 8.212/91, não se aplicando o benefício de ordem.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ELISÃO.

A não apresentação da documentação necessária à elisão da responsabilidade solidária pelo tomador dos serviços implica no lançamento a este título. A responsabilidade solidária é elidida quando comprovado pelo executor o recolhimento prévio das contribuições incidentes sobre a remuneração dos segurados incluída em nota fiscal ou fatura correspondente aos serviços executados, no momento da quitação da referida nota fiscal ou fatura.

Descumpridos os requisitos para elisão da responsabilidade solidária, cabe à Auditoria Fiscal lançar o crédito previdenciário contra o contratante, apuradas as bases de cálculo a partir dos valores das notas fiscais ou faturas.

REVISÃO DO LANÇAMENTO.

O lançamento pode ser alterado em virtude de impugnação e/ou por iniciativa da autoridade administrativa quando da sua revisão para apreciação de fato não conhecido ou não provado no momento do lançamento.

INCONSTITUCIONALIDADE.

É vedado ao fisco afastar a aplicação de lei, decreto ou ato normativo por inconstitucionalidade ou ilegalidade.

Impugnação Procedente em Parte.

Crédito Tributário Mantido em Parte.

Após ter sido prolatada a decisão contra a qual foi interposto o recurso de ofício, o processo foi encaminhado diretamente a esse Conselho, sem que houvesse intimação do

contribuinte do resultado do novo julgamento de 1ª instância, que manteve parcialmente a autuação.

Face à ausência da intimação do autuado do resultado do novo julgamento de primeira instância, esse Colegiado deliberou pela conversão do julgamento em Diligência a fim de que o Banco do Brasil fosse intimado do Acórdão 0344.816 da 5ª Turma da DRJ/BSB, para, querendo, apresentar Recurso Voluntário a este CARF, no prazo legal.

Em 11.03.2014, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário, alegando, em síntese o seguinte:

- Que até 10.12.1997 a Recorrente não poderia ser responsabilizada pelo cumprimento da obrigação tributária, tendo em vista que, até a referida data, a legislação não vedava o benefício de ordem, daí porque o crédito tributário deveria ter sido antes exigido dos prestadores de serviço.
- Que o Auto de Infração é nulo, pois a Fiscalização inverteu a lógica da ação fiscal, que deveria ter se iniciado junto às prestadoras de serviço e, somente se constatada a ausência dos recolhimentos, direcionar a cobrança contra a Recorrente.
- Da ausência de normativo legal que fixe a base de cálculo em 40% do valor das notas fiscais/faturas de prestação de serviços de construção civil.

É o relatório.

Voto

Conselheira Carolina Wanderley Landim, Relatora

Recurso tempestivo. Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso interposto.

Início a minha análise, contudo, pela apreciação do recurso de ofício interposto contra a decisão recorrida, que

Recurso de Ofício

A decisão recorrida afastou a aplicação do prazo decadencial decenal previsto na Lei n.º 8.212/1991, com base na Súmula Vinculante n.º 08 do STF, e, por identificar recolhimentos parciais de contribuições previdenciárias em todo o período autuado, reconheceu a decadência parcial do crédito tributário, com base no artigo 150, §4º do CTN.

Considerando que o contribuinte foi notificado da autuação em 04/12/2001, foi reconhecida a decadência do crédito tributário lançado até a competência 11/1996.

Não merece reparos a decisão recorrida nesse tocante, já que aplicou corretamente o artigo 150, §4º do CTN ao caso concreto, tendo em vista a existência da pagamento antecipado do tributo.

Nego provimento ao Recurso de Ofício.

Recurso Voluntário

Conforme já identificado no relatório deste acórdão, a responsabilidade solidária atribuída ao Recorrente foi fundamentada no art. 30, inciso VI, da Lei 8.212/91, que assim dispõe:

Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas:

VI - o proprietário, o incorporador definido na Lei nº 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;

Nos termos do relatório fiscal de fls. 59, os órgãos e entidades que compõem a administração pública, entre os quais o Banco do Brasil S/A, na qualidade de sociedade de

economia mista, são solidariamente responsáveis com o contratado pelo cumprimento das obrigações para com a Seguridade Social. Esse tem sido o posicionamento da consultoria jurídica do Ministério da Previdência e Assistência Social, no que se refere ao período de solidariedade supra.

De fato, tratando-se de a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertencem em sua maioria à União, o Banco do Brasil S/A enquadra-se, nos termos do Decreto-Lei 200/1967, como sociedade de economia mista.

Ocorre que, pelo fato de o Banco do Brasil tratar-se de sociedade de economia mista, fazendo parte da Administração Pública Federal, está submetido ao regramento especial disposto Lei nº 8666/93:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Essa Lei disciplina, no seu art. 71, que as responsabilidades pelos encargos que decorrem da execução dos contratos firmados com a Administração Pública deverão ser atribuídas apenas ao contratado, exceto nos casos em que a execução do contrato seja realizada mediante a cessão de mão de obra, assim vejamos:

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 1991¹. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995).

Tal previsão legal trazida pela Lei 8.666/93 trata-se, obviamente, de norma especial que rege a responsabilidade dos entes da Administração Pública sobre encargos decorrentes de contratos administrativos, devendo prevalecer sobre o artigo 30, VI da Lei

¹ Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante **cessão de mão de obra**, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher, em nome da empresa cedente da mão de obra, a importância retida até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia, observado o disposto no § 5º do art. 33 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.933, de 2009). (Produção de efeitos).

8.212/91, que prescreve norma geral sobre responsabilidade solidária pelos débitos previdenciários decorrentes das obras de construção civil, independente de quem seja o contratante. Essa é a aplicação do Princípio da Especialidade, *lex specialis derogat generali*.

Há exceção a essa regra apenas quando a execução do contrato firmado com a Administração Pública for realizada mediante a cessão de mão de obra, nos moldes do art. 31 da Lei nº 8.212/91, conforme previsto no §2º do dispositivo acima transcrito, hipótese em que é atribuída a responsabilidade solidária ao ente público pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato.

Vale notar ainda que o Parecer AC nº 055/2006 da Advocacia Geral da União (AGU), aprovado pelo Presidente da República, também consolidou o entendimento de que a Administração Pública não poderá responder por créditos previdenciários devidos pela empresa contratada para prestação de serviços de construção civil, reforma ou acréscimo, nos termos do art. 30, IV da Lei 8.212/91, conforme ementa abaixo transcrita:

PREVIDENCIÁRIO. ADMINISTRATIVO. CONTRATOS. OBRAS PÚBLICAS. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA E RETENÇÃO. DEFINIÇÃO.

I - Desde a Lei nº 5.890/73, até a edição do Decreto-Lei nº 2.300/86, a Administração Pública respondia pelas contribuições previdenciárias solidariamente com o construtor contratado para a execução de obras de construção, reforma ou acréscimo de imóvel, qualquer que fosse a forma da contratação.

II - Da edição do Decreto-Lei nº 2.300/86, até a vigência da Lei nº 9.032/95, a Administração Pública não respondia, nem solidariamente, pelos encargos previdenciários devidos pelo contratado, em qualquer hipótese. Precedentes do STJ.

III - A partir da Lei nº 9.032/95, até 31.01.1999 (Lei nº 9.711/98, art. 29), a Administração Pública passou a responder pelas contribuições previdenciárias solidariamente com o cedente de mão-de-obra contratado para a execução de serviços de construção civil executados mediante cessão de mão-de-obra, nos termos do artigo 31 da Lei nº 8.212/91 (Lei nº 8.666/93, art. 71, § 2º), não sendo responsável, porém, nos casos dos contratos referidos no artigo 30, VI da Lei nº 8.212/91 (contratação de construção, reforma ou acréscimo).

IV - Atualmente, a Administração Pública não responde, nem solidariamente, pelas obrigações para com a Seguridade Social devidas pelo construtor ou subempreiteira contratados para a realização de obras de construção, reforma ou acréscimo, qualquer que seja a forma de contratação, desde que não envolvam a cessão de mão-de-obra, ou seja, desde que a empresa construtora assuma a responsabilidade direta e total pela obra ou repasse o contrato integralmente (Lei nº 8.212/91, art. 30, VI e Decreto nº 3.048/99, art. 220, § 1º c/c Lei nº 8.666/93, art. 71).

V - Desde 1º.02.1999 (Lei nº 9.711/98, art. 29), a Administração Pública contratante de serviços de construção civil executados mediante cessão de mão-de-obra deve reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa contratada, cedente da mão-de-obra (Lei nº 8.212/91, art. 31).

Sendo assim, em virtude de a Advocacia Geral da União ter reconhecido em parecer aprovado pelo Presidente da República que a responsabilidade da Administração sobre as contribuições previdenciárias decorrentes dos contratos administrativos é restrita apenas aos casos de cessão de mão de obra, tal entendimento deve ser seguido pelos órgãos da Administração, conforme determina o art. 40, §1º da Lei Complementar nº 73/93 abaixo transcrito:

Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República.

§ 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.

Essa interpretação, inclusive, já está se encontra pacificada por esse Egrégio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, conforme se observas das ementas dos acórdãos abaixo transcritas:

ÓRGÃO PÚBLICO. CONSTRUÇÃO CIVIL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. EMPREITADA TOTAL. INEXISTÊNCIA.

A norma do artigo 71, §1º da Lei nº 8.666, de 21/06/93- Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos- que dispõe sobre as responsabilidades, inclusive fiscais, decorrentes dos contratos administrativos prevalece sobre o artigo 30, VI da Lei 8.212, de 24/07/91. É a aplicação do Princípio da Especialidade, lex specialis derogat generali.

Em face do artigo 71, §2º da Lei 8.666, de 21/06/93, a responsabilidade solidária da Administração Pública é restrita à cessão de mão-de-obra prevista no artigo 31 da Lei nº 8.212, de 24/07/91. Entendimento consubstanciado no Parecer AGU/MS nº 008/2006, aprovado pelo Exmº Senhor Presidente da República.

Recurso Voluntário Provido.

(Processo nº 12269.000105/2009-43, Acórdão nº 2302-002.420 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária, Sessão de 17 de abril de 2013)

ÓRGÃO PÚBLICO. CONSTRUÇÃO CIVIL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. EMPREITADA TOTAL. INEXISTÊNCIA.

A norma do artigo 71, §1º da Lei nº 8.666, de 21/06/93- Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos- que dispõe sobre as responsabilidades, inclusive fiscais, decorrentes dos contratos

administrativos prevalece sobre o artigo 30, VI da Lei 8.212, de 24/07/91. É a aplicação do Princípio da Especialidade, lex specialis derogat generali.

Em face do artigo 71, §2º da Lei 8.666, de 21/06/93, a responsabilidade solidária da Administração Pública é restrita à cessão de mão-de-obra prevista no artigo 31 da Lei nº 8.212, de 24/07/91. Entendimento consubstanciado no Parecer AGU/MS nº 008/2006, aprovado pelo Exmº Senhor Presidente da República.

Recurso Voluntário Provido.

(Processo n 35078.000254/2006-1, Recurso nº 258.856 Voluntário, Acórdão nº 2302-01.075-3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária, Sessão de 12 de maio de 2011)

Essa Turma já teve a oportunidade de apreciar questão semelhante à discutida nestes autos, envolvendo também o Banco do Brasil S/A, na Sessão de Julgamento ocorrida em 13 de setembro de 2013, tendo sido provido o recurso do contribuinte à unanimidade, cujo acórdão restou assim ementado:

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Período de apuração: 01/10/1998 a 31/08/2000 ÓRGÃO
PÚBLICO. CONSTRUÇÃO CIVIL. RESPONSABILIDADE
SOLIDÁRIA.*

O artigo 71, §2º da Lei 8.666/93 estabelece que a responsabilidade solidária da Administração Pública é restrita à cessão de mão de obra prevista no art.31 da Lei nº 8.212/91.

Recurso Voluntário provido. (Processo n. 11080.722546/2010-79; Recurso n. 2401003.200 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária; Sessão de 17 de setembro de 2013).

Há, inclusive, súmula deste Conselho disciplinando a questão:

Súmula CARF nº 66: 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.

No relatório fiscal que respaldou a presentes autuação não há nenhum indício que os serviços de construção civil objeto deste lançamento foram executados mediante cessão de mão de obra. Muito pelo contrário, tratando-se a Recorrente de instituição financeira, não há como concluir que tenham sido os funcionários colocados à disposição da Autuada e submetidos ao seu poder e comando.

E mais, no relatório fiscal há referência expressa a dispositivos legais que tratam de obras de construção por empreitada, cujo conceito se distancia de contratos executados mediante cessão de mão de obra.

Considerando, portanto, que o objeto da presente autuação não se refere à execução de contratos mediante cessão de mão de obra, conclui-se que no presente caso não há que se falar em responsabilidade solidária do Recorrente.

Dessa forma, diante dos argumentos acima elucidados, bem como da força vinculante do Parecer da AGU e Súmula 66 do CARF, não há como manter a responsabilidade solidária da Recorrente pelos débitos previdenciários decorrentes de obras de construção civil, fundamentada no art. 30, inciso VI da Lei 8.212/12, visto que o presente caso não se trata de cessão de mão de obra.

Face o acima exposto, nego provimento ao recurso de ofício e dou provimento ao recurso voluntário para afastar a responsabilidade solidária atribuída ao Banco do Brasil S/A.

É como voto.

Carolina Wanderley Landim.

Declaração de Voto

Conselheiro Carlos Henrique de Oliveira

Trata-se de recurso voluntário contra acórdão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Brasília (DF), às fls.2250 e s/s, que julgou parcialmente procedente o lançamento fiscal consubstanciado no Auto de Infração lavrado contra o Banco do Brasil S/A, que tem por objeto a cobrança de contribuições previdenciárias - parte patronal, segurados e SAT/RAT – apuradas nas competências de 08/1991 a 12/1998, no valor histórico de R\$ 7.214.861,80, acrescidos de juros e multa, com base na responsabilidade solidária a que se sujeita o contratante de serviços de construção civil, em razão da previsão contida no art. 30, inciso VI, da Lei nº 8.212/91, consoante o relatório da eminente Conselheira Carolina Landim.

Em defesa, alega o banco estatal – com a síntese necessária para os termos da presente declaração de voto - ser parte integrante da Administração Pública Federal, não estando sujeito, por força do Parecer AC 055-AGU, aprovado pelo Presidente da República, à responsabilidade solidária prevista no artigo 30, inciso IV da Lei de Custeio da Previdência Social. Impende ressaltar que a força vinculante do mencionado parecer resultou na edição da súmula CARF Nº 66, que apresenta a seguinte redação:

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.

Aqui exsurge nossa divergência com a ilustre relatora.

Não nos parece aplicável a súmula mencionada ao caso em apreço, pois um banco, constituído como sociedade de economia mista - embora inegavelmente parte integrante da Administração Pública Indireta - não se submete a todas as normas de Direito Público, mormente em face de sua atuação no domínio econômico, como veremos.

Leciona Carlos Ari Sundfeld (*Fundamentos do Direito Público*, 4ª ed, Malheiros Editores, 2009), ao analisar a aplicabilidade das normas de direito público ou privado, que “*o que define a incidência de um ou de outro ramo jurídico é a atividade e não a pessoa envolvida*”. Não é porque se trata de um direito do Estado que se aplica somente nas relações entre órgãos governamentais; tão pouco o direito privado afeta somente a atividade entre particulares. Ensina o professor:

“O público é o direito das atividades estatais, enquanto o privado é o direito das atividades dos particulares. Quando o Estado explora a atividade econômica (que é privada, por força

do previsto em nossa Constituição, artigo 170), o faz no regime privado; se presta serviço público (educação ou saúde, por exemplo), sujeita-se ao direito público. A pessoa jurídica estatal participa tanto de relações de direito público quanto de direito privado.” (grifamos)

No mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella di Pietro (*Direito Administrativo*, 14ª ed., Ed. Atlas), explicita:

“A tudo isso acrescenta-se outra razão de ordem técnico-funcional, ligada a própria origem desse tipo de entidade; ela foi idealizada, dentre outras razões, principalmente por fornecer ao poder público instrumento adequado para o desempenho de atividade de natureza comercial e industrial; foi precisamente a forma de funcionamento e organização das empresas privadas que atraiu o poder público. Daí sua personalidade jurídica de direito privado.

Embora elas tenham personalidade dessa natureza, o regime jurídico é híbrido, porque o direito privado é parcialmente derogado pelo direito público”

Tal lição se depreende das próprias disposições constitucionais. O artigo 173 determina que o Estado Brasileiro deve agir no domínio econômico excepcionalmente, ou seja, somente quando assim exigir a segurança nacional ou relevante interesse coletivo, nos termos da lei.

Nesses casos, para poder atuar, deve fazê-lo por meio de empresa pública ou sociedade de economia mista, cujos estatutos jurídicos serão determinados por meio de lei, que disporá suas funções e sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias. Porém, nos quesitos afetos a contratação e licitação de obras, serviços, compras e alienações observar-se-á o direito público.

A distinção se explica com as lições de Carlos Ari Sundfeld e Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Determina o Constituinte, zeloso com o interesse e patrimônio públicos, que ao se obrigar perante o particular, os entes da Administração Indireta, atuantes no domínio econômico, se pautem pelo regramento específico da administração pública, mais garantista, equânime, público e transparente. Porém, no agir do seu desiderato, na consecução de seus objetivos econômicos, se submeta ao ditames do direito privado, mais célere e informal.

Tal determinação constitucional visa, sem sombra de dúvida, garantir à Administração indireta agilidade e isonomia com o particular, concorrente da Administração na atividade privada. Buscando essa isonomia, a norma do parágrafo 2º do mencionado artigo 173, determina:

“Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

...

§ 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.” (grifos nossos)

A interpretação das disposições do artigo 173 da Carta da República não deixa dúvidas: a sociedade de economia mista, projeção do Estado quando este atua como particular, não pode abrir mão do direito público (quando onera o seu patrimônio ou fomenta com esse a atividade econômica), e deve se submeter as regras do direito privado quando busca seu mister, porém sem privilégios tributários em relação aos particulares.

Diante de tal determinação constitucional não se pode vislumbrar a aplicação do Parecer AC 055 AGU às sociedades de economia mista e às empresas públicas, por atuarem como particulares na busca de seu interesse econômico.

Nesse sentido já há decisão no âmbito deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. A colenda 2ªTO da 3ª Câmara da 2ª Sessão, em voto vencedor do Conselheiro Arlindo da Costa e Silva, no processo 11080.722485/2010-40, prolatou acórdão que restou assim ementado:

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. CONSTRUÇÃO CIVIL. SOLIDARIEDADE. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PARECER AGU AC - 55/2006. ALCANCE.

Os efeitos do Parecer AGU nº AC-55/2006 - DOU de 24/11/2006 alcançam, tão somente, os Contratos Administrativos celebrados pela Administração Pública direta, circunstância em que Poder Público atua com supremacia sobre as empresas privadas contratadas, mediante cláusulas e preceitos de Direito Público previstos no Capítulo III da Lei nº 8.666/93, não irradiando efeitos sobre as Sociedades de Economia Mista, pessoas jurídicas de direito privado, eis que tais empresas atuam no mercado de bens e serviços em igualdade de condições que as demais empresas privadas, e cujos contratos regem-se pelas normas de Direito Privado.

LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO. NFLD. ATO ADMINISTRATIVO. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE E LEGALIDADE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

Tendo em vista o consagrado atributo da presunção de veracidade que caracteriza os atos administrativos, gênero do qual o lançamento tributário é espécie, opera-se a inversão do encargo probatório, repousando sobre o Notificado o ônus de desconstituir o lançamento ora em consumação. Havendo um documento público com presunção de veracidade não impugnado eficazmente pela parte contrária, o desfecho há de ser em favor dessa presunção.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CONSTRUÇÃO CIVIL.

O proprietário, o dono da obra ou condômino da unidade imobiliária, qualquer que seja a forma de contratação da construção, reforma ou acréscimo, são solidários com o construtor, e estes com a subempreiteira, pelo cumprimento das obrigações para com a Seguridade Social, admitida a retenção de importância a este devida para garantia do cumprimento dessas obrigações, não se aplicando, em qualquer hipótese, o benefício de ordem.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CONSTRUÇÃO CIVIL. ARBITRAMENTO DA BASE DE CÁLCULO. LEGALIDADE.

Nas hipóteses em que o cálculo do tributo tiver por base, ou tomar em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, poderá arbitrar o valor da base de cálculo ou os aludidos preços, sempre que forem omissos ou não merecerem fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado. Em caso de recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, o fisco federal pode inscrever de ofício importância que reputar devida, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário.

A utilização de percentual definido em ato normativo, incidente sobre o valor dos serviços contidos em notas fiscais, para fins de apuração indireta da base de cálculo das contribuições previdenciárias, constitui procedimento que observa os princípios da legalidade e da proporcionalidade.

CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO. ELISÃO DA SOLIDARIEDADE. IMPOSSIBILIDADE.

A CND apenas certifica que, no momento de sua emissão, não havia crédito tributário formalmente constituído em desfavor da empresa signatária da certidão, circunstância que não afasta o direito da Fazenda Pública de constituir e cobrar qualquer débito eventualmente apurado após a sua emissão, conforme ressalvado na própria CND.

A apresentação de CND emitida em nome de empresa prestadora de serviços não é suficiente para elidir a responsabilidade solidária na construção civil. A elisão somente é possível com a comprovação do recolhimento da contribuição devida, pela apresentação dos documentos exigidos pela legislação de regência.

Recurso Voluntário Negado

Por todo o exposto, e certo da necessidade de integração das disposições constitucionais com as normas interpretativas exaradas pela Administração Pública, entendemos ser inaplicável a Súmula 66 do CARF ao caso em apreço, restando incólume a responsabilidade solidárias das sociedades de economia mista ao construtor pelas contribuições previdenciárias incidentes na obra de construção civil, nos termos do decisão de primeira instância.

Assim, conheço do recurso voluntário para negar-lhe provimento.

É como voto

Carlos Henrique de Oliveira.