



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

Processo nº 36624.004448/2006-14
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **2301-000.764 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Data 11 de fevereiro de 2019
Assunto CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente COMPANHIA DE GÁS DE SÃO PAULO COMGÁS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem, os membros do colegiado, por maioria de votos, converter o julgamento em diligência para que a autoridade preparadora se manifeste sobre o documento de e-folhas 5405 a 5417, especificamente se a empresa Azevedo a Travassos Engenharia Ltda, CNPJ 57.259.392/0001-25, parcelou os débitos relativos aos serviços prestados à Companhia de Gás de São Paulo (Comgás), constantes do presente lançamento, vencidos os conselheiros Francisco Ibiapino Luz e João Maurício (Relator). Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Alexandre Evaristo Pinto.

João Maurício Vital - Presidente e Relator.

Alexandre Evaristo Pinto - Redator designado.

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Antônio Sávio Nastureles, Alexandre Evaristo Pinto, Reginaldo Paixão Emos, Wesley Rocha, Francisco Ibiapino Luz (Suplente Convocado), Marcelo Freitas de Souza Costa, Fernanda Melo Leal (substituta convocada) e João Maurício Vital (Presidente). Ausente a conselheira Juliana Marteli Fais Feriato.

Relatório

Por bem descrever os fatos, transcrevo o relatório constante da Resolução 2301-000.653:

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (NFLD) Debcad nº 32.269.130-7, contra a empresa em epígrafe, tendo em vista a responsabilidade solidária com as empresas que lhe prestaram

serviços mediante cessão de mão-de-obra, conforme dispõe o art. 31, da Lei 8.212/91, na sua redação original.

Constam do Relatório Fiscal e seus Anexos (e-fls. 33/72), as empresas prestadoras de serviço e respectivos serviços considerados no presente lançamento.

Devidamente cientificada, a empresa contestou o lançamento mediante impugnação de e-fls. 74/91 e adendo às e-fls. 1178/1179, com ajuntada aos autos de vasta documentação (e-fls. 111/1175, 1180/1484).

Foi solicitada diligência às e-fls. 1176/1177, com manifestação da fiscalização às e-fls. 1493/1526 (e documentos de rerratificação da autuação de e-fls. 1485/1492).

Novos documentos foram acostados às e-fls. 1529/3130.

Nova Informação Fiscal (e-fls. 3138/3149), com demonstrativo de retificação e DADR (Demonstrativo Analítico de Débito Retificado) - e-fls. 3131/3137, 3153/3162.

Após as manifestações da autoridade fiscal, foi prolatada a Decisão-Notificação nº 21.401.4/0156/2001 (e-fls. 3163/3171), em 20/04/2001, que julgou parcialmente procedente o lançamento efetuado (excluindo as contribuições destinadas a terceiros, aplicando a multa mais benéfica ao contribuinte e acolhendo a prova da elisão da responsabilidade solidária, em alguns casos, nos termos propostos pelos auditores fiscais).

Com ciência em 29/05/2001, apresentou Recurso Voluntário ao CRPS em 11/06/2001 (e-fls. 3177/3179), alegando, em apertada síntese:

- preliminarmente, nulidade da DN por cerceamento do direito de defesa pelo indeferimento do pedido de perícia formulado;

- no mérito:

a) a inconstitucionalidade do art. 33 da Lei nº 8.212, na redação dada pela Lei nº 9032/95, que inseriu a responsabilidade solidária com relação às tomadoras de serviços que se constituam na forma de sociedades de economia mista;

b) impossibilidade de autuação do tomador do serviços sem prévia verificação do recolhimento pelas empresas prestadoras; e c) inconstitucionalidade da Ordem de Serviço 176/97 do INSS.

O INSS apresentou contrarrazões às e-fls. 3234/3236.

Juntada de documentos aos autos pela recorrente (e-fls. 3238/3244, 3278/3715, 3717/4619, 4626/4875, 4912/5022).

Diligências solicitadas pela 2. Câmara de Julgamento (e-fls. 3246, 3256, 3258/3259, 3716, 4887/4888, 4911).

Informação Fiscal (e-fls. 3272/3273) e documentos de e-fls. 3262/3271, com ciência do contribuinte às e-fl. 4894. Novo Forced -e-fls. 5023/5030, informação fiscal e-fls. 5031/5054.

Em razão das novas informações da autoridade fiscal a recorrente foi intimada através do despacho nº 21.003.0/0034/2006 (ciência em 31/03/2006 - e-fl. 5063). para apresentar complemento ao Recurso Administrativo, o que o fez às e-fls. 5073/5103 e juntada de documentos (e-fls. 5104/5369).

Desta forma, a recorrente pretende a reforma da decisão alegando em síntese:

a) Preliminarmente:

I) a nulidade da decisão, posto que indeferiu a realização de perícia contábil conforme requerido pela recorrente, cerceando o seu direito a ampla defesa e ao contraditório;

II) a nulidade pela falta de chamamento ao processo das outras empresas.

b) Mérito:

I) a responsabilidade solidária, invocada pelo fisco, não pode ser aplicada, por inexistência de relação jurídica entre o INSS e a COMGÁS; tendo em vista a inconstitucionalidade do artigo 33 da Lei nº 8.212/91;

II) deveria ser respeitado o princípio da anterioridade nonagésima!;

III) o fisco não poderia autuar a COMGÁS, sem certificar-se, primeiro, que a contribuição previdenciária relativa aos referidos empregados não foi recolhida pelas empresas prestadoras de serviço;

IV) a ordem de serviço não pode estipular percentuais para se fixar a base de cálculo do salário contribuição;

V) seja elidida a responsabilidade solidária da COMGÁS lançadas em virtude dos serviços prestados pela AZEVEDO & TRAVASSOS INDUSTRIAL S/A e AMAFI COMERCIAL E CONSTRUTORA LTDA (ATUAMENTE DENOMINADA BRICK CONSTRUTORA LTDA), uma vez que tais empresas parcelaram os débitos;

VI) seja elidida a responsabilidade solidária da COMGÁS lançadas em virtude dos serviços prestados pela AZEVEDO & TRAVASSOS INDUSTRIAL S.A; CONSTRUTORA GOMES LOURENÇO LTDA. E SANGE ENGENHARIA DE SANEAMENTO E EDIFICAÇÕES LTDA., uma vez que o fato das obras prestadas eventualmente não possuírem matrícula CEI não dá respaldo a cobrança em duplicidade das contribuições previdenciárias;

VII) seja elidida a responsabilidade solidária da COMGÁS lançadas em virtude dos serviços prestados pela AZEVEDO & TRAVASSOS INDUSTRIAL S.A; CONSTRUTORA GOMES LOURENÇO LTDA.; CONENG ENGENHARIA LTDA, uma vez que as prestadoras de serviços sofreram fiscalização TOTAL, do período relativo a NFLD em questão, não restando dúvidas que o crédito tributário ora perseguido, foi devidamente recolhido;

VIII) seja elidida a responsabilidade solidária da COMGÁS lançadas em virtude dos serviços prestados pela CONENG, uma vez que os serviços foram subcontratados e que o recolhimento previdenciário foi devidamente efetuado pelas subcontratadas (STEMAG/AUGUSTO VELLOSO).

Nova manifestação do INSS (e-fls. 5371/5378), pela manutenção do lançamento.

Em 30/09/2011, esta I. Turma, com composição diversa, decidiu por converter o julgamento em diligência, para que fossem esclarecidas dúvidas acerca de eventual parcelamento efetuado pelas empresas prestadoras de serviço (e-fls. 1/7).

Em resposta tem-se a Informação Fiscal às e-fls. 415/419.

Dado que a resposta à diligência não foi, na opinião deste colegiado, conclusiva, foi determinada nova diligência nos seguintes termos:

Pela informação da autoridade fiscal, entendo que ficou demonstrado que o parcelamento da empresa Azevedo & Travassos não engloba os valores constantes da presente autuação, não restando elidida a responsabilidade da tomadora de serviços.

Entretanto, com relação ao parcelamento da empresa Amavi Comercial e Construtora, entendo que a informação prestada pela autoridade fiscal não é conclusiva sobre a inclusão dos valores constantes da presente autuação no parcelamento da empresa prestadora de serviços.

Também verifiquei que o resultado da diligência (IF de e-fls. 415/419) não foi cientificado ao contribuinte.

Portanto, proponho que seja procedida nova diligência para que a fiscalização se manifeste de forma conclusiva, se os valores constantes da presente NFLD foram incluídos no parcelamento da empresa Amavi Comercial e Construtora, dando-se ciência ao contribuinte do resultado da diligência, bem como da informação fiscal de e-fls. 415/419, visando prevenir uma possível arguição de nulidade por cerceamento de defesa do contribuinte, e aberto prazo de 30 dias para que, querendo, apresente contrarrazões.

Da segunda diligência, retornou informação fiscal (e-fls. 5394 e 5395), da qual se extrai a conclusão de que os valores correspondentes à prestadora de serviços Amafi Comercial e Construtora Ltda (atual Brick Construtora Ltda) foram incluídos no parcelamento disciplinado pela Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013, embora os valores amortizados não tenham sido suficientes para a quitação dos débitos.

A recorrente manifestou-se (e-fls. 5481 a 5509) quanto à diligência repisando os argumentos recursais e destacando que os valores das contribuições devidas por Azevedo e Travassos e por Amafi foram parcelados pelas empresas, o que afastaria a responsabilidade da recorrente, que é a tomadora dos serviços;

É o relatório.

Voto

Conselheiro João Maurício Vital, relator.

Admito o recurso (e-fls. 3179 a 3197) por ser tempestivo. No entanto, com fundamento na Súmula Carf nº 2, dele não conheço quanto às alegações de inconstitucionalidades, quais sejam:

- a) é inconstitucional o art. 31¹ da Lei nº 8.212, de 1991, e, portanto, não se aplica a responsabilidade solidária da tomadora;
- b) é inconstitucional, por ofensa ao princípio da anterioridade nonagesimal, a aplicação do o art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991, com redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995;
- c) é inconstitucional a definição da base de cálculo por ordem de serviço do INSS, pois trata-se de matéria reservada a lei complementar;

Conheço, pois, das seguintes matérias recursais:

- a) anulação do lançamento, ou ao menos a decisão recorrida, por cerceamento do direito de defesa em face do indeferimento do pedido de perícia;
- b) impossibilidade de o Fisco autuar a tomadora antes de se certificar do regular recolhimento das contribuições previdenciárias pelos prestadores de serviços;
- c) pedido de perícia.

Quanto ao alegado cerceamento do direito de defesa por indeferimento do pedido de perícia, entendo não caber razão à recorrente. Eis que o § 4º do art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991, na redação vigente quando do lançamento, obrigava a tomadora a exigir, do executor, os documentos comprobatórios do regular recolhimento das contribuições previdenciárias. Portanto, a documentação que a recorrente pretende ser obtida pela via pericial está, ou deveria estar, em poder dela própria Art. 31.

.....

§ 3º A responsabilidade solidária de que trata este artigo somente será elidida se for comprovado pelo executor o recolhimento prévio das contribuições incidentes sobre a remuneração dos segurados incluída em nota fiscal ou fatura correspondente aos serviços executados, quando da quitação da referida nota fiscal ou fatura.

§ 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. (Grifei.)

¹ A recorrente equivocou-se ao citar, no recurso, o art.o 33 quando, em verdade, referiu-se ao disposto no art. 31, que é o que trata da solidariedade das tomadoras de serviços.

Além disso, caminhou muito bem a decisão recorrida porque o pedido de perícia não observou sequer o que consta no art. 16, inc. IV, do Decreto nº 70.235, de 1972, que determina a formulação clara dos quesitos e a indicação do perito:

Art. 16.

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito.

Registre-se que a recorrente impetrou mandado de segurança com vistas a obter liminar para: 1) anular o processo em face da alega preterição do direito de defesa por indeferimento do pedido de perícia e 2) o recebimento do recurso voluntário independentemente do depósito recursal. Obteve o deferimento da liminar (e-fls. 3229 e 3230) apenas em relação ao segundo pedido.

Rejeito, pois, a alegação de cerceamento do direito de defesa e indefiro o pedido de perícia formulado no recurso.

Resta, pois, analisar a alegação de impossibilidade de o Fisco autuar a tomadora antes de se certificar do regular recolhimento das contribuições previdenciárias pelos prestadores de serviços.

Inicialmente, destaco que, ao meu ver, as duas diligências empreendidas nos autos, determinadas por esta turma, foram desnecessárias. Isso porque pretendiam constatar a existência de pagamentos ou parcelamentos de contribuições previdenciárias das empresas prestadoras de serviços. Ora, essa matéria não consta do recurso e também não é de ordem pública. Vejo nos procedimentos o risco de se excluir a responsabilidade tributária da tomadora sem que, contudo, se constate se foram declaradas e recolhidas ou parceladas as contribuições devidas especificamente em face dos serviços a ela prestados.

O resultado da primeira diligência demonstrou que, ao contrário do que afirmou a recorrente, o parcelamento da empresa Azevedo & Travassos não engloba os valores constantes da presente autuação.

Quanto ao resultado da segunda diligência, a autoridade preparadora informou (e-fls. 5394 e 5395) que os valores constantes da presente NFLD relativos à empresa Amafi Comercial e Construtora foram parcelados ou quitados.

Embora discordante da determinação das diligências, o fato é que a segunda diligência esclareceu que valores contidos no presente lançamento foram, de fato, parcelados pelo prestador de serviços. **Assim, em face do princípio da verdade material, e para evitar o enriquecimento sem causa do Erário, os valores concernentes à empresa Amafi Comercial e Construtora devem ser excluídos da autuação.**

Quanto à autuação da tomadora de serviços na condição de responsável tributária, também foi correta, ao meu ver, a decisão recorrida. O parágrafo único do art. 124²

² Art. 124. São solidariamente obrigadas:

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

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

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

do Código Tributário Nacional (CTN) não deixa qualquer dúvida de que não há benefício de ordem em se tratando de distintos responsáveis tributários. No caso, está-se diante de responsabilidade tributária por designação legal (art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991):

Entendo, pois, correta a definição do sujeito passivo e, por conseguinte, a autuação em face da empresa tomadora dos serviços.

Conclusão Voto por conhecer, em parte, do recurso voluntário, não conhecendo das alegações de inconstitucionalidade, rejeitar a preliminar e o pedido de perícia e, no mérito, **DAR PARCIAL PROVIMENTO** ao recuso para excluir do lançamento os valores relativos à empresa Amafi Comercial e Construtora.

João Maurício Vital

Voto Vencedor

Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto - Redator designado

Com a devida vênia ao voto do ilustre relator, entendo que a autoridade preparadora deveria se manifestar sobre o documento de e-folhas 5405 a 5417, especificamente se a empresa Azevedo a Travassos Engenharia Ltda, CNPJ 57.259.392/0001-25, parcelou os débitos relativos aos serviços prestados à Companhia de Gás de São Paulo (Comgás), de modo que há indícios juntados aos autos do presente processo administrativo no sentido de que não é devido pela Recorrente o montante do tributo relativo a tal fornecedor.

Diante do exposto, voto por converter o julgamento em diligência para que a autoridade preparadora se manifeste sobre o documento de e-folhas 5405 a 5417, especificamente se a empresa Azevedo a Travassos Engenharia Ltda, CNPJ 57.259.392/0001-25, parcelou os débitos relativos aos serviços prestados à Companhia de Gás de São Paulo (Comgás).

É como voto.

Alexandre Evaristo Pinto