



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

Processo nº 37018.001058/2007-76
Recurso nº 147.441 Voluntário
Acórdão nº 2302-00.043 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de julho de 2009
Matéria Decadência
Recorrente SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE BARBACENA
Recorrida DRP/JUIZ DE FORA/MG

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/03/1997 a 31/12/1998

Ementa:

DECADÊNCIA. O Supremo Tribunal Federal, através da Súmula Vinculante nº 08, declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24/07/91. Tratando-se de tributo sujeito ao lançamento por homologação, que é o caso das contribuições previdenciárias, devem ser observadas as regras do Código Tributário Nacional - CTN. Assim, comprovado nos autos o pagamento parcial, aplica-se o artigo 150, §4º; caso contrário, aplica-se o disposto no artigo 173, I.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ELISÃO DA
RESPONSABILIDADE. NÃO OCORRÊNCIA.

A tomadora de serviços é solidária com a prestadora de serviços até a entrada em vigor da Lei nº 9.711/1998. A elisão é possível, mas se não realizada na época oportuna persiste a responsabilidade. Não há benefício de ordem na aplicação do instituto da responsabilidade solidária

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

1

ACORDAM os membros da 3ª **Câmara / 2ª Turma Ordinária** da Segunda Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, com fundamento no artigo 173, I do CTN, acatar a preliminar de decadência de parte do período a que se refere o lançamento para provimento parcial do recurso; no mérito, por unanimidade de votos, mantidos os demais valores. Ausente justificadamente o Conselheiro Manoel Coelho Arruda Junior.



LIÉGE LACROIX THOMASI
Presidente e Relatora

Participaram do julgamento os conselheiros: Marco André Ramos Vieira, Adriana Sato, Leonardo Henrique Pires Lopes (Suplente), Bernadete de Oliveira Barros (Suplente), Manoel Coelho Arruda Junior e Liège Lacroix Thomasi (Presidente).

Relatório

Trata a notificação de contribuições previdenciárias relativas à parte dos segurados empregados que prestaram serviço à empresa com cessão de mão de obra, no período de 03/1997 a 12/1998.

O relatório fiscal aduz que a base de cálculo para a incidência da contribuição foram as notas fiscais de prestação de serviço e que tais contribuições não foram descontadas dos segurados pela empresa. Ressalta, ainda, que a tomadora goza de isenção das contribuições previdenciárias patronais.

A notificação foi lavrada em substituição a outra datada de 28/05/2004, que foi anulada pela 02ª CaJ do CRPS através do Acórdão n.º 025, de 26/01/2006.

Após impugnação, Decisão-Notificação de fls. 67/75, julgou o lançamento procedente.

Inconformado, o contribuinte apresentou recurso tempestivo, onde alega em síntese:

que está cumprida a garantia de instância frente ao arrolamento efetuado pelo agente fiscal;

que requer o efeito suspensivo do recurso;

a nulidade do lançamento, pois as notificações foram reemitidas sem qualquer diligência ou solicitação de documentos;

a decadência quinquenal;

que a fiscalização deveria ter exigido da prestadora a comprovação dos recolhimentos previdenciários, eis que sua responsabilidade é apenas subsidiária;

que os serviços prestados não estão enquadrados como prestados com cessão de mão de obra;

que os empregados do laboratório não ficam à disposição da recorrente e o serviço não é contínuo;

que não agiu com dolo ou má-fé, tampouco trouxe prejuízo à Previdência Social.

Requer a procedência do recurso, com o cancelamento da notificação fiscal de lançamento de débito.

É o relatório.

Voto

Conselheira LIÉGE LACROIX THOMASI, Relatora

Sendo tempestivo, conheço do recurso e passo ao seu exame.

Das Preliminares

Refere-se o crédito tributário a contribuições previdenciárias referentes a parte do empregado e relativas à responsabilidade solidária nos serviços prestados na área de nefrologia, no período de 03/1997 a 12/1998.

A notificação foi lavrada em 07/12/2006, com ciência pelo sujeito passivo em 13/12/2006, e substitui outra datada de 28/05/2004, que foi anulada pela 02ª CaJ do CRPS através do Acórdão n.º 025, de 26/01/2006.

De acordo com o citado no relatório fiscal, fls.26 e segundo pesquisa no sítio do Conselho de Recursos da Previdência Social, consta no Acórdão citado que a NFLD foi anulada por vício formal, uma vez que não continha o fundamento legal que embasou o arbitramento.

Desta forma, o novo lançamento está respaldado no disposto pelo art. 173, inciso II, do Código Tributário Nacional:

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

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

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

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Todavia, é de se atentar que a NFLD anulada foi lavrada em 28/05/2004, quando o período nela lançado, de 03/1997 a 12/1998, estava decadente até a competência 11/1998, de acordo com o entendimento consubstanciado pelo Supremo Tribunal Federal que nas sessões plenárias dos dias 11 e 12/06/2008, respectivamente, por unanimidade, declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24/07/91 e editou a Súmula Vinculante nº 08. Seguem transcrições:

Parte final do voto proferido pelo Exmo Senhor Ministro Gilmar Mendes, Relator:

Resultam inconstitucionais, portanto, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91 e o parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei nº 1.569/77, que versando sobre normas gerais de Direito Tributário, invadiram conteúdo material sob a reserva constitucional de lei complementar.

Sendo inconstitucionais os dispositivos, mantém-se hígida a legislação anterior, com seus prazos quinquenais de prescrição e decadência e regras de fluência, que não acolhem a hipótese de suspensão da prescrição durante o arquivamento administrativo das execuções de pequeno valor, o que equivale a assentar que, como os demais tributos, as contribuições de Seguridade Social sujeitam-se, entre outros, aos artigos 150, § 4º, 173 e 174 do CTN.

Diante do exposto, conheço dos Recursos Extraordinários e lhes nego provimento, para confirmar a proclamada inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei nº 1.569/77, frente ao § 1º do art. 18 da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional 01/69.

É como voto.

Súmula Vinculante nº 08:

“São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

Os efeitos da Súmula Vinculante são previstos no artigo 103-A da Constituição Federal, regulamentado pela Lei nº 11.417, de 19/12/2006, *in verbis*:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Lei nº 11.417, de 19/12/2006:

Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências.

...

Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua

publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.

§ 1º O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciais ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

Como se constata, a partir da publicação na imprensa oficial, que se deu em 20/06/2008, todos os órgãos judiciais e administrativos ficam obrigados a acatarem a Súmula Vinculante.

Portanto, inclino-me à tese jurídica na Súmula Vinculante nº 08 para acatar o prazo decadencial exposto no Código Tributário Nacional artigo 173, inciso I (já transcrito anteriormente), uma vez que os valores devidos não foram objeto de recolhimento previdenciário, devendo ser excluídas do lançamento as competências até 11/1998, inclusive.

Do Mérito

A Lei nº 8.212/91, na redação vigente quando da ocorrência do fato gerador, trata da responsabilidade nos seguintes termos:

Art. 31. O contratante de quaisquer serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, responde solidariamente com o executor pelas obrigações decorrentes desta lei, em relação aos serviços prestados, exceto quanto ao disposto no art. 23 não se aplicando, em qualquer hipótese, o benefício de ordem. (Redação alterada pela MP nº 1.523-9, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97)

(...)

Alteração 1 - § 2º *Entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos relacionados direta ou indiretamente com as atividades normais da empresa, tais como construção civil, limpeza e conservação, manutenção, vigilância e outros, independentemente da natureza e da forma de contratação. (Redação alterada pela Lei nº 9.032/95)*

Alteração 2 - § 2º *Entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos não relacionados diretamente com as atividades normais da empresa, tais como construção civil, limpeza e conservação, manutenção, vigilância e outros, independentemente da natureza e da forma de contratação. (Redação alterada pela Lei nº 9.129/95)*

Alteração 3 - 2º Exclusivamente para os fins desta lei, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com atividades normais da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação. (Redação alterada pela MP nº 1.523-7/97, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97)

Tomando por base a definição estabelecida pelas normas acima citadas, para que dada prestação de serviço possa ser enquadrada como cessão de mão-de-obra, torna-se necessária a presença dos seguintes elementos: a) que o prestador de serviços ou contratado tenha colocado segurados à disposição do tomador ou contratante; b) que tais segurados tenham permanecido à disposição nas dependências do tomador (contratante) ou na de terceiros; d) que tenham realizado serviços contínuos, repetindo-se periódica ou sistematicamente.

A satisfação destes requisitos está demonstrada no contrato celebrado entre as partes, fls. 32/34 e adendo de fls.35/36 podendo-se afirmar que a prestação se deu na modalidade “cessão de mão-de-obra”, pois os empregados da prestadora ficavam à disposição da tomadora eis que no contrato celebrado o objeto era a prestação de serviços na área de nefrologia, como hemodiálise, diálise peritoneal intermitente, diálise peritoneal ambulatorial contínua, entre outros, prestados no estabelecimento hospitalar da contratante para todos os pacientes que necessitarem do serviço, tanto os conveniados da recorrente, como os encaminhados pelo SUS e também particulares, sendo o serviço prestado de forma exclusiva pela contratada demonstrando a natureza contínua e não eventual do serviço prestado.

O levantamento do crédito previdenciário obedece à legislação de regência, e quanto à solidariedade, o dispositivo legal pertinente é o artigo 31 da Lei n.º 8.212/91, sendo que, a partir da edição da mesma, inexistente qualquer dúvida a respeito da responsabilidade solidária das pessoas jurídicas e esta só é elidida pela comprovação do recolhimento prévio das contribuições incidentes sobre a remuneração dos segurados incluídas em nota fiscal ou fatura correspondente aos serviços executados, a teor do § 3º do art. 31 da Lei n.º 8.212/91, acrescentado pela Lei n.º 9.032/95.

A obrigação da tomadora de comprovar o recolhimento pelo executor, decorre da redação original do art. 31 da Lei n.º 8.212/91, quando estabelecia que :

“O contratante de quaisquer serviços executados mediante cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário,...responde solidariamente com o executor pelas obrigações decorrentes desta lei, em relação aos serviços a ele prestados...”.

Desta forma, a responsabilidade solidária das pessoas jurídicas só é elidida pela comprovação do recolhimento prévio das contribuições incidentes sobre a remuneração dos segurados incluídas em nota fiscal ou fatura correspondente aos serviços executados, conforme disposto no § 3º do art. 31 da Lei n.º 8.212/91, acrescentado pela Lei n.º 9.032/95:

“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 incluídas em nota fiscal ou fatura correspondente aos

serviços executados, quando da quitação da referida nota fiscal ou fatura".

Logo, o tomador deve demonstrar que foram efetuados os recolhimentos específicos sobre a mão de obra dos serviços contratados de outra empresa. Outrossim, como a responsabilidade é pelas obrigações decorrentes da lei, não é necessário antes o cumprimento de ação fiscal contra o devedor originário, para depois se cobrar do devedor solidário, em face de entre as obrigações legais encontrar-se atinente à comprovação do recolhimento das contribuições previdenciárias em relação aos serviços a ele prestados.

De acordo com a legislação tributária e previdenciária o INSS tem o direito de escolher e de exigir o valor total das contribuições devidas de determinado devedor solidário, sem que este tenha 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.

Como a solidariedade não comporta benefício de ordem, pode o débito ser exigido de qualquer dos co-obrigados, 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.

Portanto, no caso presente, como a recorrente não comprovou, por hora da auditoria fiscal, o recolhimento das contribuições previdenciárias, relativas a cada fatura ou nota de prestação de serviços, a fiscalização tomou por base, para o levantamento, o valor contido nas notas fiscais com a incidência do percentual de 40%, sobre as notas fiscais de prestação de serviço, na forma estabelecida pelo INSS, nas Ordens de Serviço INSS/DAF n.º 83/93 e 176/97. O percentual citado refere-se ao salário de contribuição constante da nota fiscal de serviço, o qual se constitui em base de cálculo das contribuições previdenciárias devidas.

Por todo o exposto,

Voto pelo provimento parcial do recurso para acatar o prazo decadencial contido no Código Tributário Nacional e no mérito, lhe nego provimento.

Sala das Sessões, em 08 de julho de 2009



LIÈGE LACROIX THOMASI - Relatora