



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

Processo nº 44000.001396/2006-81
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 2803-003.554 – 3ª Turma Especial
Sessão de 14 de agosto de 2014
Matéria CESSÃO DE MÃO DE OBRA: RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.
ÓRGÃOS PÚBLICOS
Embargante FAZENDA NACIONAL
Interessado HOSPITAL MUNICIPAL ODILON BEHRENS

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/09/1995 a 28/02/1996

ÓRGÃO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CESSÃO DE MÃO DE OBRA. ART. 31 DA LEI nº 8.212/91 NA REDAÇÃO DADA PELA LEI nº 9.032/1995. EXISTÊNCIA. PARECER AGU/MS 08/2006.

Com a publicação em 24 de novembro de 2006 no DOU do Parecer nº AGU/MS-08/2006 adotado pelo Advogado-Geral da União e aprovado pelo Presidente da República, toda a Administração Federal está vinculada ao cumprimento da tese jurídica nele fixada, conforme previsão nos artigos 40 e 41 da Lei Complementar nº 73/1993.

Do referido Parecer infere-se o seguinte: entre a vigência do Decreto-Lei nº 2.300/86, até a Lei nº 9.032/1995, a Administração Pública não responde solidariamente, em nenhuma hipótese, pelas contribuições previdenciárias. Os artigos 30, VI, e 31 da Lei de Custeio são inaplicáveis ante a norma específica referente a licitações e contratos públicos (Decreto-Lei nº 2.300/86 e Lei nº 8.666/93).

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

Com a entrada em vigor da Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995, que conferiu nova redação ao parágrafo 2º do art. 71 da Lei nº 8.666/93; há remissão expressa somente ao art. 31 da Lei de Custeio, porém, sem alteração do caput e do parágrafo 1º. Desse modo, a responsabilidade solidária prevista no art. 31 da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 9.032/95, é aplicável à Administração Pública.

Embargos Acolhidos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em acolher os embargos, nos termos do voto do relator, para manter os valores constantes da notificação NFLD 35.710.650-4/1999.

Helton Carlos Praia de Lima – Presidente e Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Helton Carlos Praia de Lima (Presidente), Gustavo Vettorato, Caio Eduardo Zerbeto Rocha, Oseas Coimbra Júnior, Amílcar Barca Teixeira Junior e Natanael Vieira dos Santos.

Relatório

DO LANÇAMENTO

Trata-se de crédito fiscal, NFLD 35.710.650-4/1999, período de 09/95 a 02/96, CNPJ: 16.692.121/0001-81, contribuição de segurado, empresa e SAT, lançado contra o Hospital Municipal Odilon Behrens, levantamento NF – Notas Fiscais, que teve como fato gerador as importâncias pagas à EMASER - Empresa Mineira de Administração de Serviços Ltda, sem demonstração da ocorrência da elisão da responsabilidade solidária, nos termos do art. 31 da Lei 8.212/91 (redação dada pela Lei 9.032 de 28/04/95), fls. 3/15 dos autos digitalizados.

A NFLD 35.710.650-4/1999 foi desmembrada do processo original (NFLD 32.667.641-4/1999) por determinação da 2ª CAJ do CRPS, decisão nº 0122, de 24/05/2004 (fls. 3 e 21/22, 28/29).

DA CIÊNCIA

O contribuinte foi cientificado do lançamento fiscal original (NFLD 32.667.641-4/1999) apresentando impugnação.

Os autos foram convertidos em diligência que retificou parcialmente o lançamento.

A Decisão-Notificação nº 11.401.4/0310/2000 deu provimento parcial reconhecendo os valores apresentados pela diligência fiscal que alterou as competências 09/95 e 10/95 para o levantamento CA – Caracterização Autônomos, permanecendo inalteradas as demais competências e a exigência decorrente do instituto da solidariedade (fls. 69/77).

DO RECURSO

O contribuinte foi cientificado da Decisão-Notificação, apresentando recurso voluntário.

A 2ª CAJ – Segunda Câmara de Julgamento do CRPS, Acórdão nº 02/01005/2001, fls. 112/116 dos autos digitalizados, julgando a NFLD originária 32.667.641-4/1999, período de 09/95 a 12/98, referente a caracterização de autônomos como segurados empregados e a responsabilidade solidária da recorrente com a empresa EMASER pela prestação de serviços com cessão de mão de obra período 09/95 a 02/96, deu provimento parcial desconstituindo o débito relacionado com a descaracterização de autônomos, permanecendo a solidariedade com a empresa EMASER.

A GEXBHZ/Divisão de Arrecadação, Assessoria, (11.401), apresentou pedido de revisão de acórdão, fls. 117/121, alegando que o lançamento fiscal originário encontra-se em perfeita consonância com a legislação previdenciária, requerendo a revisão do Acórdão da 2ª Caj do CRPS.

A 2ª CAJ, em decisão 0081/2002, fls. 123/124, converteu o julgamento em diligência para a ciência do contribuinte do resultado do Acórdão da 2ª CAJ e do pedido de revisão de Acórdão da Fazenda Nacional (GEXBHZ/Divisão de Arrecadação).

O contribuinte apresentou contrarrazões ao pedido de revisão de Acórdão feito pelo INSS (NLFD 32.667.641-4/1999), fls. 125/146.

O contribuinte também apresentou recurso contra a decisão da 2ª CAJ do CRPS que manteve a solidariedade do Hospital Municipal nos recolhimentos que deveriam ter sido feitos pela EMASER, fls. 147/153.

Por intermédio do Ofício 451/Serviço de Orientação da Recuperação de Créditos Previdenciários, em 21/10/2005, foi encaminhado Decisório nº 02/122/2004 e Desmembramento realizado pelo Serviço de Defesas e Recurso, referente às NFLD 32.667.641-4 e 35.710.650-4, para conhecimento do contribuinte, que ocorreu em 05/12/2005, fls. 163/164.

O contribuinte não apresentou contrarrazões, fl. 167.

Os autos foram encaminhados para julgamento no CARF.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Helton Carlos Praia de Lima

O recurso é tempestivo e preenche os pressupostos de admissibilidade, assim será analisado.

Este Colegiado tem processado os pedidos de revisão, previstos no regimento interno do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS como Embargos de Declaração, visando assim a regular continuidade do contencioso administrativo fiscal. Precedente 35366.002907/2004-81 – 1ª. Turma Ordinária da 2ª. Seção.

Destarte, o pedido de revisão de Acórdão da Fazenda Nacional (GEXBHZ/Divisão de Arrecadação), as contrarrazões do contribuinte ao pedido de revisão de Acórdão e o recurso contra a decisão da 2ª CAJ do CRPS que manteve a solidariedade do Hospital Municipal, serão analisados como embargos.

A NFLD 35.710.650-4/1999 foi desmembrada do processo original (NFLD 32.667.641-4/1999) por determinação da 2ª CAJ do CRPS, decisão nº 0122, de 24/05/2004 (fls. 3 e 21/22, 28/29).

Conforme consulta no e-processo em 29/07/2014, o processo original nº 36366.2028/2003-31 (NFLD 32.667.641-4/1999), com levantamento CA – Caracterização Autônomo, encontra-se distribuído para julgamento na 1ª Turma Ordinária, 3ª Câmara do CARF.

Consulta e-processo em 29/07/2014:

36366002028200331-D-28/11/2007-16.692.121/0001-81-
HOSPITAL.. -LANÇAMENTO-N-NOTIFICACAO FISCA..-
1ºTO/3ªCÂMARA/..-Para Relatar-ADRIANO GONZALES SIL..-
CONFIRMADO

Assim sendo, o pedido de revisão de acórdão da Fazenda Nacional (GEXBHZ/Divisão de Arrecadação), os argumentos do contribuinte apresentados nas contrarrazões ao pedido de revisão de Acórdão e o recurso contra a decisão da 2ª CAJ do CRPS serão analisados, somente, quanto à responsabilidade solidária do contribuinte Hospital Municipal em relação a prestadora de serviços de cessão de mão de obra: EMASER.

O lançamento fiscal em epígrafe se refere ao período de 09/95 a 02/96, levantamento NF – Notas Fiscais, que teve como fato gerador as importâncias pagas à empresa prestadora de serviços EMASER, sem demonstração da ocorrência da elisão da responsabilidade solidária, nos termos do art. 31 da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 9.032 de 28/04/95.

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 a ele prestados, exceto quanto ao disposto no art. 23.

§ 1º Fica ressalvado o direito regressivo do contratante contra o executor e admitida a retenção de importâncias a este devidas para a garantia do cumprimento das obrigações desta lei, na forma estabelecida em regulamento.

§ 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 dada pela Lei nº 9.032, de 1995).

§ 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. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.032, de 28.4.1995).

§ 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).

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO ÓRGÃO PÚBLICO

Com a publicação em 24 de novembro de 2006 no DOU do Parecer nº AGU/MS-08/2006 adotado pelo Advogado-Geral da União e aprovado pelo Presidente da República, toda a Administração Federal está vinculada ao cumprimento da tese jurídica nele fixada, conforme previsão nos artigos 40 e 41 da Lei Complementar nº 73/1993.

Do referido Parecer infere-se o seguinte: entre a vigência do Decreto-Lei 2.300/86, até a Lei 9.032/1995, a Administração Pública não responde solidariamente, em nenhuma hipótese, pelas contribuições previdenciárias. Os artigos 30, VI, e 31 da Lei de Custeio (Lei 8.212/91) são inaplicáveis ante a norma específica referente a licitações e contratos públicos (Decreto-Lei 2.300/86 e Lei 8.666/93).

Com a entrada em vigor da Lei 9.032, de 28 de abril de 1995, que conferiu nova redação ao parágrafo 2º do art. 71 da Lei 8.666/93; há remissão expressa somente ao art. 31 da Lei de Custeio, porém, sem alteração do caput e do parágrafo 1º. Desse modo, a responsabilidade solidária prevista no art. 30, VI, da Lei de Custeio, que trata de obra de construção civil, continuaria inaplicável à Administração Pública.

Nesse sentido é o disposto no caput e no §1º do art. 71 da Lei 8.666/93, nestas palavras:

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 referidos neste artigo, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e uso das obras e edificação, inclusive perante o Registro de Imóveis.

Todavia, o lançamento fiscal em epígrafe não trata de obra de construção civil, mas de cessão de mão de obra.

Por sua vez, o disposto no art. 31 da Lei de Custeio (responsabilidade solidária na cessão de mão de obra) somente é aplicável a partir da vigência do novo parágrafo 2º do art. 71 da Lei 8.666/93, na redação conferida pela Lei 9.032/1995, e até 31/01/1999 (quando passa a vigor a retenção de 11% - a partir de 01/02/99), conforme a Lei 9.711/1998, nestas palavras:

§ 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 1991. (redação dada pela Lei nº 9.032/95).

Destarte, não se sustenta o argumento do contribuinte de que o §2º do art. 71 da Lei 8.666/93 estabelece que a inadimplência do contratado não transfere à administração pública a responsabilidade pelo seu pagamento. A nova redação do §2º do art. 71 da Lei 8.666/93, dada pela Lei 9.032/95, estabelece exatamente a responsabilidade solidária do ente público nos encargos previdenciários não comprovados ou recolhidos pelo prestador de serviço de mão de obra, nos termos do art. 31 da Lei 8.212/91 (redação dada pela Lei 9.032/95).

Uma vez que o presente lançamento foi baseado na responsabilidade solidariedade em razão do art. 31, §§ 1º, 3º e 4º, da Lei de Custeio (Lei 8.212/91), correto o lançamento fiscal pela falta de comprovação do contribuinte da elisão de sua responsabilidade solidária.

O contribuinte não comprovou a retenção de importâncias para a garantia do cumprimento das obrigações previdenciárias, nem o recolhimento prévio das contribuições sociais dos segurados vinculadas às notas fiscais de serviços da prestadora de cessão de mão de obra, tampouco apresentou as respectivas folhas de pagamento e guias de recolhimento referente aos serviços executados, conforme estabelecido no art. 31 e parágrafos da Lei 8.212/91.

Desse modo, não há que se falar que a responsabilidade subsidiária só se aplica para empresa tomadora de serviço que não seja estatal (EM 331 do TST).

O art. 31 da Lei 8.212/91 trata da responsabilidade solidária, não comportando benefício de ordem. É dever do tomador do serviço comprovar a retenção, ou recolhimento prévio, para se elidir da responsabilidade solidária.

Assim, não justifica o requerimento do contribuinte para que o INSS apresente documentos em relação à empresa EMASER, no período fiscalizado, para apuração

do recolhimento ou não dos valores devidos, evitando-se possível pagamento em duplicidade. A obrigação de apresentar os recolhimentos específicos das contribuições previdenciárias referente a serviços de cessão de mão de obra é do tomador do serviço, na forma do art. 31 da Lei 8.212/91.

A Alegação da possibilidade da prestadora do serviço ter efetuado o pagamento das contribuições sem a comprovação nos autos não é suficiente para a desconstituição do lançamento fiscal.

Ocorrendo informação ou apresentação deficiente de documentos solicitados pela fiscalização, o INSS e a Receita Federal podem, sem prejuízo da penalidade cabível, inscrever de ofício importância que reputarem devida, cabendo ao contribuinte o ônus da prova em contrário, nos termos do § 3º do art. 33 da Lei 8.212/91.

No mesmo sentido é a decisão, por unanimidade, da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça - STJ, Processo MC 200900543707MC/2009, que entende ser cabível a responsabilidade solidária da Administração Pública nas hipóteses de contratos de prestação de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, nos termos do art. 71, § 2º, da Lei 8.666/93 e do art. 31 da Lei 8.212/91. São os transcritos, *in fine*:

Processo MC 200900543707MC - MEDIDA CAUTELAR – 15410, Relator (a) LUIZ FUX, Sigla do órgão STJ, Órgão julgador PRIMEIRA TURMA. Fonte DJE DATA:08/10/2009

PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. CONTRATO ADMINISTRATIVO CELEBRADO PARA A CONSECUÇÃO DE OBRA PÚBLICA. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DEVIDAS PELAS EMPREITEIRAS. RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR DÉBITOS PREVIDENCIÁRIOS. ARTIGO 71, § 2º, DA LEI 8.666/93 (REDAÇÃO DADA PELA LEI 9.032/95). ARTIGOS 30, VI, E 31, DA LEI 8.212/91. ALEGADA DIFERENÇA ENTRE CONTRATO DE OBRA PÚBLICA (EMPREITADA TOTAL) E CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MEDIANTE CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. CONSTRUÇÃO CIVIL. DONO DA OBRA E CONSTRUTOR OU EMPREITEIRO. SUBSTITUTOS TRIBUTÁRIOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA (SÚMULA 126/TFR - ANTERIOR À PROMULGAÇÃO DA CRFB/88). RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA (CRFB/88 ATÉ A LEI 9.711/98). RESPONSABILIDADE PESSOAL DO TOMADOR DO SERVIÇO DE EMPREITADA DE MÃO-DE-OBRA (LEI 9.711/98).

1.

21. A doutrina do tema afirma que: "Relativamente aos contratos de empreitada de mão-de-obra, a Lei 9.711/98 submete expressamente ao regime de substituição tributária do art. 31, da Lei 8.212/91, de modo que, mesmo que não se trate, efetivamente, de um contrato típico de cessão de mão-de-obra, resta abrangido pelo novo regime. Quanto aos demais contratos atinentes à construção civil, apenas haverá submissão à retenção se configurada efetiva cessão de mão-de-obra. Do contrário, aplicável será apenas a solidariedade prevista no art.

30, VI, da Lei 8.212/91" (Leandro Paulsen, in "Direito

Tributário- Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência", 8ª ed., Ed. Livraria do Advogado e Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006, pág. 1.033). (...) (EResp 446.955/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 09.04.2008, DJe 19.05.2008) 5. In casu, verifica-se a existência de peculiaridade (o contratante da obra é a Administração Pública) e a plausibilidade, prima facie, dos argumentos formulados no recurso especial, notadamente aquele que pugna pela violação do artigo 71, § 2º, da Lei 8.666/93 (com a redação dada pela Lei 9.032/95), uma vez que: (i) "a responsabilidade da Administração Pública por débitos previdenciários limita-se ao contrato de prestação de serviços/cessão de mão-de-obra, sendo inaplicável ao contrato de obra pública"; (ii) "a Lei 9.032/95, dando nova redação ao art. 71, § 2º, da Lei 8.666/93, não instituiu a responsabilidade do Poder Público em relação a débitos previdenciários para todas as espécies de contratos celebrados, mas apenas para aqueles que tivessem por objeto a prestação de 'serviços executados mediante cessão de mão-de-obra', visto que a nova redação faz expressa remissão ao art. 31, da Lei nº 8.212/91, que cuida desta espécie de contrato"; (iii) "no contrato de obra pública, o Poder Público, na condição de dono da obra, tem como única obrigação básica a de pagar o preço, sem interferir no gerenciamento dos empregados da contratada, que sequer atuam nas dependências da Administração"; (iv) "tal não ocorre no contrato de prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra, em que as atividades normais da Administração, outrora desempenhadas por servidores públicos efetivos, passam a ser realizadas de forma contínua por empregados de empresa contratada pelo Poder Público, em geral nas próprias dependências da Administração, o que faz com que esta gerencie diretamente o desempenho laboral"; (v) a Súmula da Jurisprudência Uniforme do TST nº 331 é no sentido de que "o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993)"; por sua vez, a Orientação Jurisprudencial do Tribunal Pleno do TST nº 191 consigna que, "diante da inexistência de previsão legal, o contrato de empreitada entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora"; e (vi) "seja do ponto de vista da literalidade do disposto no art. 71, § 2º, na redação dada pela Lei 9.032/95, que faz expressa remissão ao art. 31, da Lei 8.212/91, seja do ponto de vista da interpretação histórica e teleológica deste dispositivo, combinado com o disposto no art. 30, inciso VI, da mesma lei, a única conclusão possível é aquela segundo a qual a atribuição da responsabilidade por débitos

previdenciários ao Poder Público restringiu-se aos contratos de prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra, de sorte que é incabível a responsabilização da Administração Pública nas hipóteses de contratos que tiverem por objeto a realização de obra pública, cuja previsão encontra-se no art. 30, inciso VI, da Lei 8.212/91". 6.

Data da Decisão 03/09/2009, Data da Publicação 08/10/2009

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto em acolher os embargos da Fazenda Nacional (GEXBHZ/Divisão de Arrecadação) e dar provimento para manter os valores constantes da notificação NFLD 35.710.650-4/1999.

Helton Carlos Praia de Lima - Relator