



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.248.765 - RS (2011/0054620-0)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
RECORRIDO : HOSPITAL DE CLÍNICAS DE PORTO ALEGRE
ADVOGADO : LETÍCIA SCHIRMER DE SOUZA E OUTRO(S)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO CONTRATANTE. ART. 33 DA LEI 8.212/1991. NECESSIDADE DE FISCALIZAÇÃO PRÉVIA DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO STJ. SÚMULA 83/STJ.

1. Hipótese regida pelo art. 31 da Lei 8.212/1991. Há responsabilidade solidária entre o contratante e a empresa prestadora de serviços no que se refere às obrigações previdenciárias decorrentes dos serviços realizados. No entanto, inadmite-se lançamento por aferição indireta. É necessário que tenha sido previamente esgotada a fiscalização perante o prestador de serviço.

2. Incide, *in casu*, a Súmula 83/STJ: "Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida."

3. Recurso Especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque." Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Cesar Asfor Rocha, Castro Meira e Humberto Martins (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 16 de junho de 2011(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.248.765 - RS (2011/0054620-0)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
RECORRIDO : HOSPITAL DE CLÍNICAS DE PORTO ALEGRE
ADVOGADO : LETÍCIA SCHIRMER DE SOUZA E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição da República, contra acórdão assim ementado:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. TOMADORA DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ART. 31 DA LEI Nº 8.212/91. AFERIÇÃO INDIRETA.

1. Embora a lei preveja a solidariedade entre o prestador do serviço e o contratante, não há como se admitir que o lançamento seja feito por arbitramento, sem que, previamente, seja fiscalizada a empresa prestadora de serviços, responsável direta pelo pagamento das contribuições incidentes sobre os salários de seus empregados. Precedente da Primeira Seção desta Corte.

2. Não tendo a fiscalização efetuado qualquer consulta à escrita fiscal das empresas prestadoras de serviço, promovendo, desde logo, o lançamento por arbitramento, em fiscalização empreendida apenas na empresa contratante, não há como subsistir o lançamento.

3. Identificados todos os prestadores de serviço, possível seria a verificação real dos elementos relativos à imposição tributária, restando afastada a responsabilidade solidária cogitada.

4. Sentença mantida (fl. 735).

A recorrente alega violação dos arts. 31 da Lei 8.212/1991 e 124, I, do CTN. Afirma que (fl. 743):

O argumento utilizado de que não havia sido ainda lançada a contribuição não se presta a fundamentar o afastamento da responsabilidade solidária. Pode, quando muito, ser utilizado para afastar a cobrança imediata dos valores decorrentes da contribuição, mas não de pronto afastar a responsabilização a todo tempo.

Contra-razões apresentadas às fls. 759-770. É o **relatório**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.248.765 - RS (2011/0054620-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos em 30.5.2011.

Cinge-se a demanda ao afastamento do Hospital de Clínicas de Porto Alegre da qualidade de responsável solidário por contribuições previdenciárias relativas a contrato que manteve com a empresa prestadora de serviços.

O Tribunal *a quo* consignou (fls. 730-731):

Quanto ao regime previsto no art. 31 da L 8.212/1991, a jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que existe solidariedade entre o contratante e a empresa prestadora de serviços no que se refere às obrigações previdenciárias decorrentes dos serviços realizados. **No entanto, o sujeito passivo da obrigação tributária é a prestadora de serviços, cabendo ao Fisco, em primeiro lugar, verificar a sua contabilidade e se houve recolhimento ou não recolhimento da contribuição previdenciária para, então, constituir o crédito tributário** (grifo no original).

Destaca aquele Tribunal que a solidariedade específica de que trata o art. 31 da L 8.212/1991 não se assemelha ao instituto disciplinado pelo Código Civil e deve ser observada no momento da exigibilidade do crédito tributário e não de sua constituição. Nesse sentido, os seguintes julgados: AgRg no AgRg no REsp 1039843/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 26/6/2008; REsp 800054/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 3/8/2007, p. 333.

E tal orientação não violaria o art. 124 do CTN.

A jurisprudência desta Corte entende que somente depois de apurado o crédito devido da prestadora de serviço é que se pode cobrar do contratante, por força da solidariedade. *In casu*, noticia-se que a Fazenda Pública imputou o débito fiscal diretamente à agravada sem, contudo, fiscalizar a prestadora de serviço. Deveria, sim, ter havido fiscalização prévia dessa, por ser responsável direta pelo recolhimento das contribuições incidentes sobre os salários de seus empregados. Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO. CESSÃO DE MÃO DE OBRA. EMPRESA CONTRATANTE. ART. 31 DA LEI N. 8.212/91. SOLIDARIEDADE. REDAÇÃO ANTERIOR À LEI N. 9.711/87 QUE ESTABELECEU A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

POR ARBITRAMENTO / AFERIÇÃO INDIRETA APENAS A PARTIR DA CONTABILIDADE DA EMPRESA CONTRATANTE (DEVEDORA SOLIDÁRIA). ART. 33, § 6º, DA LEI N. 8.212/91 E 148 DO CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O cerne da questão ora debatida é saber se o § 6º do art. 33 da Lei n. 8.212/91 podia ser aplicado ao contratante de mão de obra em relação aos fatos geradores anteriores à Lei n. 9.711/98, que conferiu nova redação ao art. 31 da Lei n. 8.212/91.

2. *Não existindo para o contratante, antes da Lei n. 9.711/98, o dever de apurar e reter valores, não era permitido à Fazenda Pública utilizar-se da técnica do § 6º do art. 33 da Lei n. 8.212/91 para aferir indiretamente o montante devido a partir do exame da contabilidade da empresa contratante de mão de obra, sem antes buscar a apuração da base de cálculo e de eventuais pagamentos realizados na documentação do contribuinte (executor/cedente). Isso deveria ter ocorrido primeiramente em relação à contabilidade de quem tinha o dever de apurar e pagar o tributo, ou seja, a empresa cedente de mão de obra.*

3. Sendo insuficiente a documentação da empresa contribuinte, seria possível ao órgão fazendário buscar na documentação de terceiros, tal como o contratante, os elementos necessários à estipulação do tributo devido mediante arbitramento (art. 148 do CTN).

4. Apenas a partir da Lei n. 9.711/98, quando a empresa contratante de mão de obra passou a ser responsável tributário, se tornou possível aplicar a técnica da aferição indireta do § 6º do art. 33 da Lei n. 8.212/91 diretamente em relação à sua contabilidade, porquanto passou competir a ela o dever de apurar e efetivar retenções em nome da empresa cedente.

5. Dessarte, não se está a negar a solidariedade entre a empresa contratante e a cedente de mão de obra antes da Lei n. 9.711/98. *O óbice à cobrança intentada pela Fazenda Pública é a forma utilizada para apurar o crédito tributário, porquanto se utilizou da aferição indireta a partir do exame da contabilidade do devedor solidário apenas, deixando de buscar os elementos necessários junto à empresa cedente (contribuinte).*

6. "(...) a responsabilidade solidária de que tratava o referido artigo 31 da Lei 8.112/91, com a redação da época, não dispensava a existência de regular constituição do crédito tributário, que não poderia ser feita mediante a aferição indireta nas contas da tomadora dos serviços."

(REsp 727.183/SE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 18/05/2009) 7. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 840179/SE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 24.3.2010, grifei)

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS. RESPONSABILIDADE. EMPRESAS TOMADORAS DE SERVIÇO. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. AFERIÇÃO INDIRETA NAS CONTAS DA TOMADORA DOS SERVIÇOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Nos termos do artigo 31 da Lei 8.112/91, com a redação vigente até 01.02.1999, não há dúvida de que (a) existia a responsabilidade solidária da empresa tomadora de serviços pelo pagamento de contribuições previdenciárias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não recolhidas pela empresa prestadora da mão de obra e de que (b) não existia benefício de ordem em favor da tomadora (v.g.: Resp 410.104, 1ª Turma, DJ de 24.05.2004, Min. Teori Albino Zavascki; Resp 761.246, 2ª Turma, DJ de 12.06.07, Min. Eliana Calmon). *Todavia, a responsabilidade solidária de que tratava o referido artigo 31 da Lei 8.112/91, com a redação da época, não dispensava a existência de regular constituição do crédito tributário, que não poderia ser feita mediante a aferição indireta nas contas da tomadora dos serviços.*

2. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 727.183/SE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, Dje 18.5.2009, grifei).

TRIBUTÁRIO. CONTROVÉRSIA ACERCA DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO CONTRATANTE DE SERVIÇOS EXECUTADOS MEDIANTE CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO STJ. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

omissis

2. Nos presentes autos, ao decidir a causa, o Tribunal de origem adotou o seguinte entendimento: "Embora fosse solidária a responsabilidade do tomador serviços, nos termos da redação original do artigo 31 da Lei 8.212/91, vigente à época dos fatos que geraram o débito tributário sub judice, é necessária a comprovação de que a empresa prestadora de serviços, de fato, não recolheu a exação. *Necessária a realização primeiro da aferição na contabilidade do prestador, para, depois, efetivar-se a aferição indireta: § 6º do art. 33 da Lei 8212/91. A omissão da empresa tomadora de serviços, quanto ao ônus de exigir da empresa prestadora de serviços as cópias dos recolhimentos da exação, não autoriza a autarquia a constituir o crédito tributário diretamente contra a empresa omissa, sem a verificação prévia da existência do débito.*"

3. Como visto, no caso em apreço o acórdão recorrido não afastou a responsabilidade solidária. Logo, o Tribunal de origem não contrariou os arts. 124, II, do Código Tributário Nacional, e 31, caput e § 3º, e 33, § 3º, da Lei 8.212/91, e também não divergiu da orientação jurisprudencial predominante no Superior Tribunal de Justiça. Precedentes citados: REsp 800.054/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 3.8.2007, p. 333; AgRg no AgRg no REsp 1.039.843/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 26.6.2008; REsp 776.433/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 22.9.2008.

4. Recurso especial desprovido.

(REsp 780.029/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 5.11.2008, grifei)

No entanto, cabe ressaltar que não se afasta existência de solidariedade entre o contratante e a empresa prestadora de serviços no que se refere às obrigações previdenciárias decorrentes dos serviços realizados, apenas se configura o óbice relativo à forma de cobrança



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

efetuada pela Fazenda Pública para apurar o crédito tributário.

Portanto, deduz-se que o acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento deste Tribunal Superior, razão pela qual não merece prosperar a irresignação, igualmente, no ponto.

Incide, *in casu*, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ: "Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida."

Diante do exposto, **nego provimento ao Recurso Especial.**

É como **voto.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2011/0054620-0

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.248.765 / RS

Números Origem: 134906 200171000388140 81989865 90651933 91055859

PAUTA: 16/06/2011

JULGADO: 16/06/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR	: PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
RECORRIDO	: HOSPITAL DE CLÍNICAS DE PORTO ALEGRE
ADVOGADO	: LETÍCIA SCHIRMER DE SOUZA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições - Contribuições Previdenciárias

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque."

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Cesar Asfor Rocha, Castro Meira e Humberto Martins (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.