



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

Processo nº 13502.001192/2007-47
Recurso nº 155.939 Voluntário
Acórdão nº 2301-00.797 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 01 de dezembro de 2009
Matéria CONSTRUÇÃO CIVIL: RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. EMPRESAS EM GERAL
Recorrente CARAÍBA METAIS S/A - E OUTROS
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/09/1993 a 30/05/1994

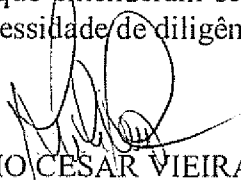
NULIDADE DO LANÇAMENTO - O lançamento é nulo quando proferido por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa (art. 59-II do Decreto nº 70.235/72)

Processo Anulado

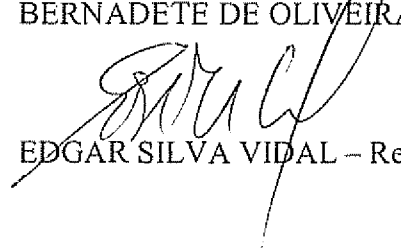
Crédito Tributário Exonerado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por maioria de votos, em rejeitar a proposta de conversão em diligência da relatora e por voto de qualidade, em anular o auto de infração/lançamento por vício formal. Vencido(a)s o(a)s Conselheiros Leonardo Henrique Pires Lopes, Edgar Silva Vidal e Damião Cordeiro de Moraes, que entenderam se tratar de vício material. Apresentará voto divergente vencedor quanto à necessidade de diligência o Conselheiro Edgar Silva Vidal.


JULIO CESAR VIEIRA GOMES – Presidente


BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS – Relatora


EDGAR SILVA VIDAL – Redator designado

Participaram do presente julgamento, os conselheiros: Bernadete de Oliveira Barros, Leonardo Henrique Pires Lopes, Edgar Silva Vidal (suplente), Maria Helena Lima dos Santos (suplente), Damião Cordeiro de Moraes e Julio Cesar Vieira Gomes (Presidente).

Relatório

Trata-se de crédito previdenciário lançado contra a empresa acima identificada, referente às contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à contribuição dos empregados, à da empresa e à destinada ao financiamento dos benefícios decorrentes dos riscos ambientais do trabalho.

Consta do Relatório Fiscal da NFLD (fls. 79 a 94) que a notificada foi contratante da empresa prestadora CONSTENGH CONSULTORIA TÉCNICA E ENGENHARIA LTDA, para executar serviços de construção civil e não se elidiu da responsabilidade solidária nos termos da legislação aplicável.

A autoridade notificante fundamentou o lançamento no art. 30, inciso VI, da Lei 8.212/91, e informou que o débito foi arbitrado com amparo no art. 33, § 3º, da mesma Lei, aplicando-se percentual de 40% e 20% sobre os valores brutos constantes das Notas Fiscais de Serviços, para apuração da mão-de-obra ali contida, conforme determinado na legislação vigente à época.

Esclarece, ainda, que a presente notificação é substituta de outra NFLD, tornada nula pelo CRPS, e que houve retroação ao período de 02/1993 a 10/1995, objeto de outra ação fiscal encerrada em 17/11/95, tendo em vista que, na mencionada ação, não foi verificada a ocorrência ou não do instituto de responsabilidade solidária.

A notificada impugnou o débito via peça de fls. 283 a 305 e a empresa contratada, devidamente cientificada da NFLD, conforme edital de fl. 310, não apresentou defesa.

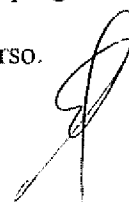
A Secretaria da Receita Previdenciária, por meio da DN nº 04.401.4/0387/2006, fls. 312 a 322, julgou o lançamento procedente e a notificada, inconformada com a decisão, apresentou recurso tempestivo (fls. 327 a 349), reiterando, em preliminar, o entendimento de que o débito foi alcançado pela decadência.

No mérito, sustenta que, somente após a vigência da Lei 9.528/97, a responsabilidade do dono da obra pelo recolhimento das contribuições dos segurados empregados da construtora contratada passou a não comportar o benefício de ordem.

Reafirma que a responsabilidade a que se refere o inciso VI, do art. 30, da Lei 8.212/91 deve obediência ao disposto no art. 134 do CTN, que imprime caráter subsidiário a essa responsabilidade, citando a jurisprudência dos Tribunais Regionais para demonstrar que não pode a fiscalização cobrar da empresa contratante antes de notificar a contratada, responsável pelo recolhimento previdenciário dos segurados empregados.

A prestadora de serviços não apresentou recurso.

É o Relatório.



Voto Vencido

Conselheira BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS, Relatora, vencida quanto a preliminar de diligência.

O recurso é tempestivo e não há óbice para seu conhecimento.

A notificada alega, em seu recurso, decadência do débito sob o entendimento de que as contribuições subordinam-se aos prazos de prescrição e decadência previstos no CTN, nos termos do art. 146, III, da Constituição Federal.

A fiscalização lavrou a presente NFLD com amparo na Lei 8.212/91 que, em seu art. 45, dispõe que o direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, entendendo que apenas lei complementar pode dispor sobre prescrição e decadência em matéria tributária, nos termos do artigo 146, III, 'b' da Constituição Federal, negou provimento por unanimidade aos Recursos Extraordinários nº 556664, 559882, 559943 e 560626, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei n. 8.212/91,.

Na oportunidade, foi editada a Súmula Vinculante nº 08 a respeito do tema, publicada em 20/06/2008, transcrita abaixo:

Súmula Vinculante 8 "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"

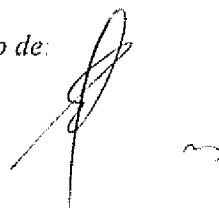
Cumprе ressaltar que o art. 62, da Portaria 256/2009, que aprovou o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais da Fazenda veda o afastamento de aplicação ou inobservância de legislação sob fundamento de inconstitucionalidade. Porém, determina, no inciso I do § único, que o disposto no caput não se aplica a dispositivo que tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal, ou

II - que fundamente crédito tributário objeto de:



a) *dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;*

b) *súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou*

c) *parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993*

Portanto, em razão da declaração de inconstitucionalidade dos arts 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 pelo STF, restaram extintos os créditos cujo lançamento tenha ocorrido após o prazo decadencial e prescricional previsto nos artigos 173 e 150 do Código Tributário Nacional.

É necessário observar ainda que as súmulas aprovadas pelo STF possuem efeitos vinculantes, conforme se depreende do art. 103-A e parágrafos da Constituição Federal, que foram inseridos pela Emenda Constitucional nº 45/2004. *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

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

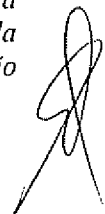
§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (g n.)."

Da leitura do dispositivo constitucional acima, conclui-se que a vinculação à súmula alcança a administração pública e, por consequência, os julgadores no âmbito do contencioso administrativo fiscal.

Ademais, no termos do artigo 64-B da Lei 9.784/99, com a redação dada pela Lei 11.417/06, as autoridades administrativas devem se adequar ao entendimento do STF, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.

"Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão



competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal"

A autoridade lançadora esclarece que a NFLD em tela foi lavrada em substituição à NFLD 32.616.027-2, de 18/12/1998, tornada nula pelo CRPS, conforme Acórdão 002036, de 12/08/2003.

No entanto, não junta, aos autos, cópia do Acórdão que anulou a NFLD substituída pelo lançamento em tela, e nem informa se a nulidade foi por vício formal ou material.

Em consulta aos sistemas informatizados do CRPS, contata-se que a NFLD substituída foi anulada, conforme ementa e trecho do voto condutor do Acórdão, transcritos abaixo:

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO – Solidariedade. Refiscalização, inexistência de motivação. Conhecer do Recurso e anular a NFLD

(...)

*Apesar do INSS ter apontada o Inciso IX e o § Único, do referido dispositivo legal como motivação, o fez sem a devida comprovação e extemporaneamente, posto que tal motivação deveria constar do Relatório Fiscal, além de ser apresentada ao contribuinte juntamente com a solicitação dos documentos a serem vistos/conferidos na ação fiscal de refiscalização. O Inciso IX abre a possibilidade de refiscalização caso "se **comprove** que, no lançamento anterior, ocorreu fraude ou falta funcional da autoridade que o efetuou, ou omissão, pela mesma autoridade, de ato ou formalidade essencial".*

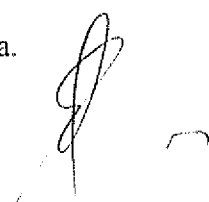
Entendo que a ausência de apontamento dos motivos da refiscalização configura vício formal, pois é o instrumento que dá materialidade ao ato é que se encontra viciado com a ausência da demonstração da ocorrência de uma das hipóteses do art. 149 do CTN.

Ou seja, a autoridade lançadora deixou de observar os requisitos formais do lançamento, previstos no art.37 da Lei nº 8.212.

Entendo que **vício material** diz respeito à existência da dívida, como não-ocorrência do fato gerador, sujeito passivo incorreto, sujeito ativo incorreto; e **vício de forma** consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência do ato.

No caso da NFLD anulada, verifica-se que a empresa teve pleno conhecimento da acusação que lhe foi imputada, tendo havido, sim, omissão da autoridade lançadora quanto ao apontamento dos motivos que levaram o fisco a realizar a refiscalização, com novo lançamento.

Tal omissão consiste em vício de forma, e não de matéria.



E como não houve o preenchimento de todas as formalidades necessárias a validação do ato administrativo, concluo que a NFLD foi anulada por vício formal.

Dessa forma, aplica-se o prazo decadencial previsto no artigo 173, II do CTN.

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

I- (...)

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

Portanto, não houve a decadência do débito lançado.

No entanto, para análise do mérito, são necessárias algumas informações.

Constata-se que a recorrente foi contratante de serviços de construção civil junto à empresa CONSTENGH CONSULTORIA TÉCNICA E ENGENHARIA LTDA, sendo, conforme entendimento da fiscalização, responsável solidária com a prestadora pelas contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração dos empregados da construtora.

Todavia, não consta, dos autos, informações sobre a existência ou não de fiscalização ou de lançamentos de débitos na contratada para o período compreendido na presente notificação, ou de adesão, pela prestadora, a parcelamentos especiais, ou mesmo se existe CND de baixa já emitida.

Entendo que, nos casos de lançamento por responsabilidade solidária, tais informações se fazem necessárias para se evitar a duplicidade de lançamento.

Como a empresa prestadora não se manifestou nos autos e como a autoridade lançadora não informou se o prestador do serviço já foi submetido a alguma espécie de fiscalização total (com contabilidade), entendo que o processo deva ser baixado em diligência para que o agente notificante se manifeste sobre as questões acima expostas.

Tal procedimento é imprescindível para a tomada de decisão deste Colegiado, pois permite ao julgador aferir efetivamente se existe obrigação inadimplida

E ainda, pelo que se observa da informação contida no item 1.5, do Relatório Fiscal (fl. 80), a presente notificação abrange períodos que foram objetos de ação fiscal anterior, encerrada em 17/11/1995.

A autoridade lançadora justifica a retroação ao período abrangido por fiscalização anterior alegando que não foi examinada, à época, a existência do instituto da responsabilidade solidária nos contratos de prestação de serviços que a Caraíva Metais S/A firmou com diversas empresas prestadoras.

Porém, para que este Conselho possa avaliar a regularidade do lançamento resultante dessa “retroação”, é necessário que a fiscalização informe se a ação fiscal encerrada em 11/1995 foi total ou parcial, juntando elementos comprobatórios, como o TEAF, por

exemplo, e em qual das hipóteses do art. 149, do CTN, a fiscalização se baseou para lavrar a notificação.

Isso porque a IN 100/2003, vigente à época do lançamento substituído, estabelecia que a auditoria fiscal poderia abranger períodos e fatos já objeto de ações fiscais anteriores, mas a revisão de lançamento ou a lavratura de uma nova NFLD só poderia ocorrer nas hipóteses previstas no art. 149, do CTN.

Dessa forma, em face da necessidade de todas essas informações, entendo que o processo deva ser baixado em diligência para que o AFPS autuante preste os esclarecimentos solicitados acima, juntando os documentos necessários para revestir a decisão de plena convicção.

E, ainda, para que não fique configurado o cerceamento do direito de defesa, que seja dada ciência ao sujeito passivo do teor dos esclarecimentos a serem prestados pela fiscalização e aberto novo prazo para sua manifestação.

Nesse sentido, **VOTO** por **CONVERTER O PROCESSO EM DILIGÊNCIA**.

Contudo, em que pese esta relatora entender que a ausência das informações citadas acima não enseja a nulidade do lançamento, a maioria deste colegiado entende que o processo deve ser anulado.

Dessa forma, me vejo obrigada a votar a natureza do vício, se formal ou material.

Portanto, reitero os argumentos expostos acima, quanto ao tipo de vício.

Ou seja, entendo que a omissão da autoridade lançadora quanto à indicação dos motivos da refiscalização seria vício de forma, e não material.

Nesse sentido, quanto à natureza do vício, voto pela nulidade por vício formal.

Sala das Sessões, em 01 de dezembro de 2009



BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS

Voto Vencedor

Conselheiro EDGAR SILVA VIDAL, Relator Designado quanto a preliminar de diligência.

Com todo o respeito, discordo da diligência proposta pela Douta Conselheira Relatora, pois entendo que a justificativa apresentada para a movimentação processual diz respeito à correção de erro na motivação do lançamento fiscal.



E nesse sentido firmo o meu posicionamento no sentido de que os autos devem conter os elementos fáticos necessários para a devida compreensão da matéria tributada, sob pena de nulidade do processo.

A falha na motivação do lançamento é suficiente para tal, visto que gera prejuízo para a defesa do contribuinte, além de dificultar o correto julgamento da demanda. Verifica-se, ainda, que a nulidade do processo é insanável e resulta da absoluta supressão de defesa, pois impede que o sujeito passivo se oponha adequadamente à acusação fiscal, prejuízo que, no meu entender, pode ser perfeitamente verificado nas diversas fases de tramitação da demanda.

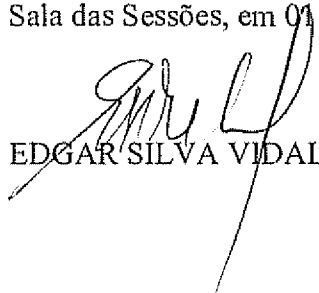
O vício apontado contraria frontalmente o art. 59, inciso II, do Decreto 70.235/72 porque restringe o direito de defesa do contribuinte, no que resulta na necessidade de declaração de nulidade, de ofício, do lançamento fiscal.

Trata-se de vício na comprovação do fato gerador, ou seja, no conteúdo do ato administrativo de lançamento; na própria matéria, daí a sua natureza distinta dos casos de nulidade por vício formal, onde a falha contamina o regular procedimento.

Assim, voto por rejeitar a preliminar de diligência proposta pela Douta Conselheira Relatora.

É como voto.

Sala das Sessões, em 01 de dezembro de 2009



EDGAR SILVA VIDAL