



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

Processo nº 15979.000300/2007-93
Recurso nº 248.185 Voluntário
Acórdão nº **2402-002.603 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 17 de abril de 2012
Matéria CONSTRUÇÃO CIVIL: ARBITRAMENTO DE CONTRIBUIÇÕES
Recorrente EDSON FERREIRA DA SILVA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/07/1999 a 30/11/2003

DECADÊNCIA – ARTS 45 E 46 LEI Nº 8.212/1991 –
INCONSTITUCIONALIDADE – STF – SÚMULA VINCULANTE

De acordo com a Súmula Vinculante nº 08, do STF, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 são inconstitucionais, devendo prevalecer, no que tange à decadência o que dispõe o § 4º do art. 150 ou art. 173 e incisos do Código Tributário Nacional, nas hipóteses de o sujeito ter efetuado antecipação de pagamento ou não.

Nos termos do art. 103-A da Constituição Federal, as Súmulas Vinculantes aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terão efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal

OBRA DE CONSTRUÇÃO CIVIL – RESPONSABILIDADE –
PROPRIETÁRIO – EMPREITADA TOTAL – REQUISITOS – NÃO
CUMPRIMENTO – DESCARACTERIZAÇÃO

A obrigação pelo recolhimento das contribuições previdenciárias incidentes sobre mão de obra utilizada em obra de construção civil é do proprietário. Tal responsabilidade só pode ser transferida no caso de execução da obra por empreitada total contratada com empresa construtora que é aquela cujo objeto social seja a indústria de construção civil e seja registrada no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (CREA). Além disso, a empresa construtora deve assumir a responsabilidade direta pela execução de todos os serviços necessários à realização da obra, compreendidos em todos os projetos a ela inerentes, com ou sem fornecimento de material

INCONSTITUCIONALIDADE

É prerrogativa do Poder Judiciário, em regra, a arguição a respeito da constitucionalidade ou ilegalidade e, em obediência ao Princípio da Legalidade, não cabe ao julgador no âmbito do contencioso administrativo afastar aplicação de dispositivos legais vigentes no ordenamento jurídico pátrio sob o argumento de que seriam inconstitucionais

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso

Júlio César Vieira Gomes – Presidente

Ana Maria Bandeira- Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Júlio César Vieira Gomes, Ana Maria Bandeira, Igor Araújo Soares, Ronaldo de Lima Macedo, Jhonatas Ribeiro da Silva e Nereu Miguel Ribeiro Domingues.

Relatório

Trata-se de lançamento de contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à contribuição dos segurados, da empresa, à destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho, as destinadas a terceiros (Salário-Educação, SESI, SENAI, SEBRAE e INCRA).

Segundo o Relatório Fiscal (fls. 16/21), a origem das contribuições devidas é proveniente da Declaração e Informação sobre Obra — DISO, preenchida e assinada pelo representante da empresa Construtora Artec, que declarou ser a responsável pela obra de acordo com o disposto no art. 444 da IN - 100/03. Desta forma, anexou à DISO, documentos para regularização da obra, conforme dispõe o art. 489 da referida Instrução Normativa.

Pela análise dos documentos apresentados, a auditoria fiscal apurou que a construtora além de não estar habilitada para matricular a obra, sequer participou de sua execução.

A obra evidentemente deveria ter sido matriculada e regularizada pelo proprietário, de acordo com a legislação previdenciária.

Além dos fatos acima narrados, a auditoria fiscal verificou os seguintes fatos que reforçaram a convicção de que o verdadeiro responsável pela obra seria o autuado, proprietário da obra:

- O alvará de construção, o projeto aprovado, a carta de habitação, toda a documentação foi emitida pela Prefeitura Municipal de Praia Grande em nome do proprietário, Edson Ferreira da Silva.
- A empresa, que alega responsabilidade pela matrícula, considerando contrato de empreitada total com o proprietário, não está habilitada com registro no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (CREA);
- Não foram apresentadas Notas Fiscais de Serviço emitidas pela empresa para o proprietário, nem documentos que comprovem mão-de-obra da construtora com relação a obra em questão;
- Embora convocado mediante ofício datado de 28/09/04, o contribuinte não compareceu para regularizar sua situação junto ao INSS.

A auditoria fiscal concluiu que o verdadeiro responsável pela obra seria o proprietário, Sr. Edson Ferreira da Silva e efetuou o lançamento calculando o salário de contribuição por aferição indireta tomando por base as características da construção e o valor do Custo Unitário Básico – CUB, conforme dispõe as normativas.

É informado que não foram apresentadas guias de recolhimento e em consulta realizada junto aos sistemas informatizados de arrecadação do Instituto Nacional do Seguro Social, não foi constatado qualquer recolhimento para a obra em questão.

O autuado teve ciência do lançamento em 23/11/2004 e apresentou defesa (fls. 28/41) onde alega que é pessoa ilegítima para ser responder pela presente NFLD-Notificação Fiscal de Lançamento de débito autuação, uma vez que teria efetuado um contrato de empreitada globalizada, (em anexo), com a empresa ARTEC — PROJETOS E CONSTRUÇÕES LTDA, inscrita no CNPJ sob nº 51.067.650/0001-95, sendo esta unicamente responsável pela NFLD.

Considera a multa confiscatória e a taxa de juros SELIC aplicada inconstitucional, cita doutrina e jurisprudência a respeito.

Informa que, em decorrência das ilegalidades acima explicitadas, a empresa ARTEC- Projetos e Construções Ltda impetrou Mandado de Segurança (Proc. nº 2004.34.00.005358-5) contra o Gerente Executivo do INSS, o qual tramita perante o MM. Juízo Federal da 16ª Vara da Seção Judiciária de Brasília-DF, onde pleiteia a suspensão da exigibilidade do crédito tributário e a emissão da certidão positiva com efeito negativa.

Menciona que interpôs Agravo de Instrumento junto ao TRF 1ª Região sob nº 2004.01.00.025177-1/DF, cuja decisão, (cópia anexa), proferida em ditos autos, concedeu a Tutela Antecipada à Reclamante determinando ao INSS para que procedesse a suspensão da exigibilidade do crédito bem como que procedesse a emissão de Certidão Positiva com efeito Negativa de Débitos. Informa a reclamante que já foi emitida Certidão Positiva com Efeito Negativa na CEI mencionada na NFLD no nome da empresa ARTEC — Projetos e Construções Ltda.

Os autos foram encaminhados à auditoria fiscal para análise dos argumentos apresentados e em resposta (fls. 71/72 e 90/98) foi informado que:

- Houve alteração contratual, assinada em 01/12/1999 e registrada na JUCESP sob nº 35216101823, de 04/01/2000 que altera a denominação social da empresa ARTEC Projetos de Construção Civil e Contabilidade S/C Ltda, para ARTEC Projetos e Construções Ltda, bem como o ramo de atividade para construção civil em geral, incorporação e empreendimentos imobiliários, por conta própria e de terceiros, serviços, empreiteira de mão de obra em geral..
- A ARTEC não possui registro no CREA, conforme ofício no 375/2004-SECSTOS de 28/07/2004 do Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia do Estado de São Paulo.
- Foi apresentado contrato de empreitada total entre as empresas Residence Empreendimentos Imobiliários Ltda e ARTEC Projetos de Construção Civil e Contabilidade S/C Ltda, datado de 01/08/1999 (firmas reconhecidas em 20/10/2003). No entanto, em pesquisa no Registro de Imóveis foi verificado que a última averbação em 19/03/2001, atesta a transmissão do imóvel tendo como vendedor o Sr. Edson Ferreira da Silva e como comprador o Sr. Carlos Roberto Soares. Não Existia, portanto, nenhuma averbação do imóvel em nome da primeira empresa citada.

- Que foi apresentada uma Certidão do CREA nº 000380/04 alegando que a empresa ARTEC obteve registro naquele Conselho em 29/07/2004, sob nº 0693527; só podendo ser considerada construtora a partir desta data que é posterior à data do contrato firmado.
- O projeto arquitetônico aprovado conforme alvará de 10/02/1998 e a Carta de Habitação emitida em 28/11/2003 estão em nome do Sr. Edson Ferreira da Silva
- A matrícula da obra foi efetuada em 28/06/2004 em nome da ARTEC, sendo que já existia para a mesma obra uma matrícula em nome do Sr. Edson Ferreira da Silva.
- O quadro de áreas, cuja cópia foi tirada em cartório, está em nome do Sr. Edson Ferreira da Silva.
- Foi apresenta ART – Anotação de Responsabilidade Técnica nº 8210200403713370 de 15/07/2004, tendo como contratante o Sr. Edson Ferreira da Silva e contratado o Sr. Tadashi Ota (sócio da empresa ARTEC). O contrato seria para efetuar levantamento e laudo técnico para redução de ares e cálculo para recolhimento junto ao INSS.

Diante dos fatos acima, a auditoria fiscal concluiu que:

- A empresa ARTEC não poderia fazer contrato de empreitada total, uma vez que não possuía registro no órgão competente, o CREA.
- O contrato de empreitada total acima citado tem data anterior à data da alteração contratual, onde houve a mudança do ramo de atividade.
- A matrícula em nome da ARTEC só foi efetuada na data de entrada da DISO.
- Que diante das incoerências, trata-se de obra de responsabilidade de pessoa física.

Pela Decisão Notificação nº 21.433.4/0046/2007 (fls. 100/107) o lançamento foi considerado procedente.

Contra tal decisão, a autuada apresentou recurso tempestivo (fls. 111/125), onde efetua a repetição das alegações de defesa e inova com o argumento de que teria ocorrido a decadência do direito de lançar.

Entende que não há qualquer irregularidade no fato de o reconhecimento das firmas no contrato juntado aos autos ter ocorrido muito depois da assinatura deste. Além disso, o próprio INSS reconheceu a empresa ARTEC como responsável pela obra quando efetuou nova matrícula em nome da empresa.

Os autos foram encaminhados ao CARF e pelo Acórdão nº 2401-01.202 (fls. 285/287) foi anulada a decisão de primeira instância em razão do cerceamento de defesa pelo

fato de não ter sido dada a ciência do contribuinte da manifestação fiscal ocorrida após a apresentação da defesa.

Os autos retornaram à origem e o autuado manifestou às folhas 295/298, informado ser sócio da empresa Residence Empreendimentos Imobiliários Ltda.

Argumenta que muito embora a documentação relativa à obra esteja em nome do manifestante, o contrato de empreitada global foi firmado entre sua empresa RESIDENCE e ARTEC Projetos de Construção Civil e Contabilidade S/C Ltda.

Alega que ficou mais do que evidente a responsabilidade da empresa ARTEC pela obra, como já mencionado, uma vez que o próprio INSS expediu uma nova matrícula em nome da empresa ARTEC e não questionou a documentação apresentada no Plantão Fiscal na época, tal expedição está vinculada ao mesmo fato gerador da suposta dívida que o INSS pretende cobrar do Manifestante.

Aduz que a Justiça reconheceu a regularidade da empresa ARTEC, que provou estar devidamente registrada no CREA, e autorizou a expedição da CND da obra e que não tem lógica a Secretaria da Receita Federal querer ir contra uma decisão judicial que já analisou, julgou, e decidiu na esfera judicial essa questão do registro da empresa no CREA.

Além disso, a empresa ARTEC teria iniciado ação judicial onde confessa o débito relativo ao mesmo fato gerador do débito da obra. Tal ação judicial recebeu o n.º 2003.34.00.040128-1 e tramita pela 5ª Vara Federal de Brasília — DF, tendo a empresa ARTEC, ainda solicitado o parcelamento de sua dívida em 180 (cento e oitenta meses).

Entende que já tendo sido confessado o débito na esfera judicial pela pessoa jurídica ARTEC que assumiu a responsabilidade pelos débitos da obra e já conseguiu a emissão da CND em seu nome, cobrá-lo do autuado novamente o mesmo débito em sede administrativa acarretaria em uma bitributação.

Pelo Acórdão nº 05-33.273 (fls. 300/306) a 8ª Turma da DRJ/Campinas julgou o lançamento procedente.

Contra tal decisão, o autuado apresentou recurso tempestivo (fls. 311/320), onde efetua a repetição dos argumentos já apresentados.

Argumenta que a decisão recorrida não se posicionou a respeito da alegação de decadência apresentada pelo autuado.

Os autos foram encaminhados a este Conselho para apreciação do recurso interposto.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Maria Bandeira, Relatora

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

A recorrente alega que ocorreu a decadência e ainda que na decisão de primeira instância tal questão não teria sido observada.

Cumprе lembrar que a decadência não foi matéria apresentada na impugnação. A recorrente somente veio trazer tal alegação em sede de recurso, no caso, o primeiro, apresentado contra a decisão de primeira instância que foi anulada por decisão deste Conselho, em face ao cerceamento de defesa verificado.

Não obstante a preclusão verificada, sendo a decadência matéria de ordem pública, verificada a sua ocorrência, o julgador pode declará-la de ofício. No entanto não é esse o caso pelas razões que se seguem.

O lançamento em questão foi efetuado com amparo no art. 45 da Lei nº 8.212/1991.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar os Recursos Extraordinários nº 556664, 559882, 559943 e 560626, negou provimento aos mesmos por unanimidade, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei n. 8212/91.

Na oportunidade, os ministros ainda editaram a Súmula Vinculante nº 08 a respeito do tema, a qual transcrevo 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”

É necessário observar os efeitos da súmula vinculante, conforme se depreende do art. 103-A, *caput*, da Constituição Federal que foi inserido 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. (g.n.)

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

Da análise do caso concreto, verifica-se que o lançamento em tela refere-se a período compreendido entre **07/1999 a 11/2003** e foi efetuado em **23/11/2004**, data da intimação do sujeito passivo.

O Código Tributário Nacional trata da decadência no artigo 173, abaixo transcrito:

“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.

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.”

Por outro lado, ao tratar do lançamento por homologação, o Códex Tributário definiu no art. 150, § 4º o seguinte:

“Art.150 - O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

.....
§ 4º - Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”

Entretanto, tem sido entendimento constante em julgados do Superior Tribunal de Justiça, que nos casos de lançamento em que o sujeito passivo antecipa parte do pagamento da contribuição, aplica-se o prazo previsto no § 4º do art. 150 do CTN, ou seja, o prazo de cinco anos passa a contar da ocorrência do fato gerador, uma vez que resta caracterizado o lançamento por homologação.

Se, no entanto, o sujeito passivo não efetuar pagamento algum, nada há a ser homologado e, por consequência, aplica-se o disposto no art. 173 do CTN, em que o prazo de cinco anos passa a ser contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Para corroborar o entendimento acima, colaciono alguns julgados no mesmo sentido:

"TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. TERMO INICIAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 173, I, E 150, § 4º, DO CTN.

1. O prazo decadencial para efetuar o lançamento do tributo é, em regra, o do art. 173, I, do CTN, segundo o qual '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'.

2. Todavia, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação —que, segundo o art. 150 do CTN, 'ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa' e 'opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa' —, há regra específica. Relativamente a eles, ocorrendo o pagamento antecipado por parte do contribuinte, o prazo decadencial para o lançamento de eventuais diferenças é de cinco anos a contar do fato gerador, conforme estabelece o § 4º do art. 150 do CTN. Precedentes jurisprudenciais.

3. No caso concreto, o débito é referente à contribuição previdenciária, tributo sujeito a lançamento por homologação, e não houve qualquer antecipação de pagamento. É aplicável, portanto, conforme a orientação acima indicada, a regra do art. 173, I, do CTN.

4. Agravo regimental a que se dá parcial provimento."

(AgRg nos EREsp 216.758/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 10.4.2006)

"TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

DECADÊNCIA. PRAZO QUINQUENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. MEDIDA LIMINAR.

SUSPENSÃO DO PRAZO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Nas exações cujo lançamento se faz por homologação, havendo pagamento antecipado, conta-se o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN), que é de cinco anos.

2. Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN.

4. Embargos de divergência providos."

(EREsp 572.603/PR, 1ª Seção, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 5.9.2005)

No caso em tela, conforme informação dos autos, não foi efetuado recolhimento algum para a obra em questão, restando claro que não ocorreu qualquer antecipação. Nesse sentido, aplica-se o art. 173, inciso I do CTN e por esse dispositivo a decadência ocorreria até 11/1998. Como a integralidade da obra foi efetuada posteriormente à tal competência, não se verifica decadência.

O cerne do recurso apresentado repousa no argumento da ilegitimidade passiva do autuado.

Da leitura das peças que compõem os autos verifica-se toda a sorte de expedientes utilizados pelo recorrente a fim de retirar de sua responsabilidade as contribuições da obra em questão e repassá-las para a empresa ARTEC.

No entanto, não obstante o esforço do recorrente, não lhe confiro razão.

A princípio, a responsabilidade pelas contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração paga aos segurados que prestaram serviços em uma obra de construção civil é do proprietário que, inclusive, é equiparado à empresa, conforme se verifica do trecho de Decreto nº 3.048/1999, abaixo transcrito:

Art.12. Consideram-se:

I-empresa-a firma individual ou a sociedade que assume o risco de atividade econômica urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem como os órgãos e as entidades da administração pública direta, indireta e fundacional; e

II-empregador doméstico-aquele que admite a seu serviço, mediante remuneração, sem finalidade lucrativa, empregado doméstico.

Parágrafo único.Equiparam-se a empresa, para os efeitos deste Regulamento: (...)

IV-o proprietário ou dono de obra de construção civil, quando pessoa física, em relação a segurado que lhe presta serviço

A responsabilização deixa de ser do dono da obra quando este efetua um contrato por empreitada total com empresa construtora que passa a ser responsável pelo recolhimento das contribuições devidas.

No entanto, para que se caracterize uma empreitada total, alguns requisitos devem ser cumpridos.

A Instrução Normativa INSS nº 100/2002, vigente à época do lançamento, estabelecia o conceito de empreitada total, no art. 427, inciso XXVIII, alínea "a"

Art. 427. Considera-se: (...)

XXVIII - contrato de construção civil ou contrato de empreitada (também conhecido como contrato de execução de obra, contrato de obra ou contrato de edificação), aquele celebrado

entre o proprietário do imóvel, o incorporador, o dono da obra ou o condômino e uma empresa, para a execução de obra ou serviço de construção civil, no todo ou em parte, podendo ser:

a) total, quando celebrado exclusivamente com empresa construtora, definida no inciso XX, que assume a responsabilidade direta pela execução de todos os serviços necessários à realização da obra, compreendidos em todos os projetos a ela inerentes, com ou sem fornecimento de material;

Já o inciso XX mencionado, assim definia empresa construtora:

XX - empresa construtora, a pessoa jurídica legalmente constituída, cujo objeto social seja a indústria de construção civil, com registro no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (CREA), na forma do art. 59 da Lei nº 5.194, de 24 de dezembro de 1966;

Assim, só há que se retirar a responsabilidade do proprietário ou dono da obra se este efetuar um contrato de empreitada total com empresa construtora, passando esta a responder pela obra.

No caso em questão, durante toda a execução da obra, não se comprovou que esta tenha sido efetivamente realizada por empresa construtora sob a forma de empreitada total, pelas razões que se seguem.

A obra foi matriculada em nome do recorrente sob nº 38.240.01111/60, bem como o alvará de construção, o projeto aprovado e, posteriormente, a carta de habitação foram emitidos pela Prefeitura Municipal de Praia Grande em nome do proprietário, no caso, o autuado.

Ora, se a empreitada total pressupõe que a empresa contratada vá assumir integralmente a obra, inclusive seu registro perante os órgãos competentes, tal empreitada já restaria descaracterizada em face dos documentos citados terem sido emitidos em nome do proprietário.

O contrato apresentado pelo recorrente foi firmado entre as empresas ARTEC Projetos e Construções Ltda e a empresa Residence Empreendimentos Imobiliários Ltda. Ocorre que a empresa Residence nunca foi proprietária da obra, conforme verificou a auditoria fiscal no Registro de Imóveis local.

Contrapondo a este fato, o recorrente alega que seria sócio da empresa Residence Empreendimentos Imobiliários Ltda. No entanto, tal fato não dá legitimidade ao contrato para fins de demonstrar a ocorrência de empreitada total, pois o patrimônio do sócio não se confunde com o da empresa, de acordo com o princípio contábil da entidade.

Além disso, conforme observou a auditoria fiscal, embora o contrato seja datado de 01/08/1999, o reconhecimento das firmas só ocorreu em 20/10/2003, quando a obra já estava praticamente encerrada;

O recorrente alega que não há qualquer irregularidade na situação verificada, no entanto, o fato do recorrente, como proprietário da obra, não ser parte do contrato já é razão suficiente para descaracterizar a alegada empreitada total.

A empresa ARTEC, à época da obra não possuía registro no CREA, conforme atesta o Ofício n.º 375/2004-SECSTOS, do CREA (fl. 78), datado de 28/07/2004, não podendo, portanto, ser considerada construtora, condição indispensável para a caracterização de empreitada total.

Observa-se que, foi juntada aos autos certidão emitida pelo CREA (fl. 79) atestando que a ARTEC estaria registrada naquele órgão, a partir de 29/07/2004, restando claro que a ARTEC só veio a se registrar naquele Conselho após o término da obra.

Além disso, não houve emissão de uma única Nota Fiscal da ARTEC contra o recorrente e nenhuma prova de que este tivesse feito pagamentos à ARTEC.

Embora a obra em questão já tivesse sido matriculada pelo recorrente, após o término desta, a empresa ARTEC compareceu ao plantão fiscal e efetuou nova matrícula em seu nome.

O recorrente argumenta que com tal conduta ficaria evidente a responsabilidade da ARTEC que compareceu ao plantão fiscal com esse objetivo e não houve qualquer contestação por parte do órgão.

A meu ver, o fato da empresa ARTEC ter logrado êxito em efetuar a matrícula não descaracteriza a situação fática.

O recorrente alega que a empresa ARTEC impetrou Mandado de Segurança 2004.34.00.005358-5) contra o Gerente Executivo do INSS, junto à 16ª Vara da Seção Judiciária de Brasília-DF, onde teria pleiteando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário e a emissão da certidão positiva com efeito negativa.

Analisando-se a inicial juntada aos autos (fls. 216/235), verifica-se que a ARTEC elenca uma série de obras que seriam de sua responsabilidade, dentre as quais não conta a obra em questão.

O objeto do referido MS seria a emissão de Certidão Positiva de Débitos com Efeito de Negativa, cuja emissão estava sendo negada pelo INSS face a não comprovação da regularidade das obras pela empresa ARTEC.

Segundo a ARTEC, esta não poderia concordar com a aplicação da taxa de juros SELIC que ainda seriam capitalizados e considerava a multa confiscatória.

A ARTEC informa, ainda, na inicial, que não se conformando com os valores cobrados teria iniciado Ação Pelo Procedimento Ordinário de Revisão e Parcelamento de Dívida (Proc. nº 2003.34.00.040128-1), também contra o INSS, a qual tramitaria junto ao Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária de Brasília-DF, Informa que vem procedendo o parcelamento do débito "sub judice" através de depósitos mensais sucessivos, tendo procedido o pagamento de uma parcela.

Como a ARTEC teve decisão desfavorável em primeira instância, apresentou Agravo de Instrumento junto ao TRF 1ª Região (fls. 237/253) onde conseguiu decisão determinando ao INSS a expedição de Certidão Positiva com Efeito de Negativa.

Posteriormente à decisão favorável, a ARTEC enviou comunicação à Desembargadora que proferiu a decisão, no sentido de que o INSS estaria se negando a cumpri-la (fls. 259/262).

Neste documento, ao mencionar as obras de sua responsabilidade, a ARTEC inclui a obra objeto do presente lançamento, matrícula 42.490.00929-71 que, ressalta-se, **não havia sido incluída na inicial**.

Diante do fato, a Desembargadora proferiu despacho determinando a imediata expedição das certidões, o que levou o órgão a providenciá-las, incluindo matrícula da obra em tela que sequer existia à época da impetração do Mandado de Segurança, isto porque, a ARTEC matriculou a obra em seu nome em 28/06/2004 e protocolou a ação judicial em 12/02/2004.

As considerações acima foram necessárias para a compreensão da conduta da ARTEC para conseguir a Certidão Positiva com Efeito de Negativa de uma obra que sequer era de sua propriedade, que não comprova ter realizado e para a qual não efetuou o recolhimento de um único centavo.

Portanto, cai por terra o argumento de que a Justiça teria reconhecido que a verdadeira responsável pela obra seria a ARTEC, bem como a existência de bitributação. Em primeiro lugar porque não foi submetido ao Poder Judiciário a situação específica da obra em questão para que a mesma fosse devidamente apreciada e decidida. Em segundo lugar, ainda que a obra fosse efetivamente da ARTEC os valores das contribuições correspondentes a esta não poderiam estar incluídas no pretense parcelamento que a ARTEC vem efetuado com base na Ação Pelo Procedimento Ordinário de Revisão e Parcelamento de Dívida (Proc. nº 2003.34.00.040128-1), em face de tal ação ser anterior à data da matrícula.

Diante de tais constatações, verifica-se que o recorrente juntamente com a empresa ARTEC tentaram, sem êxito, demonstrar que a obra em questão seria de responsabilidade da ARTEC, cujas contribuições já seriam objeto de parcelamento efetuado com autorização judicial.

A meu ver, resta fartamente demonstrado nos autos que a obra em questão é de responsabilidade do autuado não tendo a empresa ARTEC, apesar de todos os artifícios utilizados, qualquer relação com a obra. Assim, o lançamento deve prevalecer.

No mais, o recorrente manifesta seu inconformismo pela aplicação da taxa de juros SELIC e da multa que considera confiscatória.

Vale dizer que tanto a taxa de juros SELIC como a multa foram aplicados em obediência à legislação vigente à época do lançamento, no caso, os artigos 34 e 35 da Lei nº 8.212/1991, respectivamente. Assim, não cabe ao julgador no âmbito administrativo afastar a aplicação de dispositivo legal vigente no ordenamento jurídico sob o argumento de que o mesmo seria inconstitucional.

A impossibilidade acima decorre do fato ser o controle da constitucionalidade no Brasil do tipo jurisdicional, que recebe tal denominação por ser exercido por um órgão integrado ao Poder Judiciário.

O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e atos normativos, também chamado controle repressivo típico, pode se dar pela via de defesa (também chamada controle difuso, aberto, incidental e via de exceção) e pela via de ação (também chamada de controle concentrado, abstrato, reservado, direto ou principal), e até que determinada lei seja

julgada inconstitucional e então retirada do ordenamento jurídico nacional, não cabe à administração pública negar-se a aplicá-la;

Ainda excepcionalmente, admite-se que, por ato administrativo expresso e formal, o chefe do Poder Executivo (mas não os seus subalternos) negue cumprimento a uma lei ou ato normativo que entenda flagrantemente inconstitucional até que a questão seja apreciada pelo Poder Judiciário, conforme já decidiu o STF (RTJ 151/331). No mesmo sentido decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

“Mandado de segurança - Ato administrativo - Prefeito municipal - Sustação de cumprimento de lei municipal - Disposição sobre reenquadramento de servidores municipais em decorrência do exercício de cargo em comissão - Admissibilidade - Possibilidade da Administração negar aplicação a uma lei que repute inconstitucional - Dever de velar pela Constituição que compete aos três poderes - Desobrigatoriedade do Executivo em acatar normas legislativas contrárias à Constituição ou a leis hierarquicamente superiores - Segurança denegada - Recurso não provido. Nivelados no plano governamental, o Executivo e o Legislativo praticam atos de igual categoria, e com idêntica presunção de legitimidade. Se assim é, não se há de negar ao chefe do Executivo a faculdade de recusar-se a cumprir ato legislativo inconstitucional, desde que por ato administrativo formal e expresso declare a sua recusa e aponte a inconstitucionalidade de que se reveste (Apelação Cível n. 220.155-1 - Campinas - Relator: Gonzaga Franceschini - Juis Saraiva 21). (g.n.)”

A abstenção de manifestação a respeito de constitucionalidade de dispositivos legais vigentes é pacífico na instância administrativa de julgamento, conforme se verifica na decisão deste Conselho que decidiu por sumular a questão por meio da Súmula nº 02 publicada no DOU em 07/12/2010, por meio da Portaria CARF nº 49, *in verbis*:

Súmula CARF nº 2:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Relativamente à aplicação da taxa de juros SELIC, a matéria também está sumulada no âmbito do CARF, por meio da Súmula nº 04, também transcrita:

Súmula CARF nº 4

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Diante do exposto e de tudo o mais que dos autos consta.

Voto no sentido de CONHECER do recurso e NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Ana Maria Bandeira

Processo nº 15979.000300/2007-93
Acórdão n.º **2402-002.603**

S2-C4T2
Fl. 331

CÓPIA