



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

Processo nº 35183.009150/2006-66
Recurso nº 142.721 Voluntário
Acórdão nº 2302-00.171 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de setembro de 2009
Matéria Construção Civil: Responsabilidade Solidária. Empresas em Geral
Recorrente FUNDAÇÃO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ FUNPAR
Recorrida DRP/CURITIBA/PR

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/1993 a 30/06/1998

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 na construção civil.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. APLICAÇÃO À COBRANÇA DE TRIBUTOS.

É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

INCONSTITUCIONALIDADE. AFASTAMENTO DE NORMAS LEGAIS. VEDAÇÃO.

O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para afastar a aplicação de normas legais e regulamentares sob fundamento de inconstitucionalidade.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por maioria 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, vencido o Conselheiro Manoel Coelho Arruda Junior que aplicava o artigo 150, § 4º e no mérito, por unanimidade de votos, manter os demais valores lançados, nos termos do voto da relatora.


LIÉGE LACROIX THOMASI
Presidente e Relatora

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros: Marco André Ramos Vieira, Manoel Coelho Arruda Junior, Adriana Sato, Núbia Moreira Barros Mazza (Suplente), Rogério de Lellis Pinto (Suplente) e Liége Lacroix Thomasi (Presidente).

Relatório

Trata a notificação de contribuições previdenciárias decorrentes da responsabilidade solidária entre a notificada e a empresa Armadura Construção Civil Ltda., pelos serviços prestados na construção civil, nas competências de 05/1993; 07/1993; 01/1994 a 03/1994; 08/1995; 05/1997; 08/1997; 11/1997; 05/1998 e 06/1998.

A notificação foi lavrada em 11/07/2005 e cientificada ao sujeito passivo em 13/07/2005. O devedor solidário foi notificado por registro postal em 02/05/2006.

O débito foi constituído em substituição ao de nº 35.185.238-7, de 30/10/2000, tornado nulo pela 02ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos da Previdência Social, através do Acórdão nº 1867, de 26/10/2004.

O relatório fiscal de fls. 35/38, diz que o crédito foi lançado por aferição indireta com base nas notas fiscais de prestação de serviço, que não foram apresentados os contratos firmados e guias de recolhimento.

A notificada solicitou vista dos autos e a prorrogação do prazo para apresentação de defesa. A DRP em correspondência enviada ao contribuinte indefere o pedido de dilação do prazo de defesa, por impossibilidade legal e diz que a vista ao processo é direito do sujeito passivo.

A devedora solidária apresentou impugnação e Decisão-Notificação de fls.145/157, julgou o lançamento procedente.

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

1. *a decadência quinquenal;*
2. *que os débitos ora lançados já tinham sido objeto de outra NFLD anulada pela 02ª CaJ;*
3. *que o INSS incorreu no mesmo erro que levou à nulidade, pois não está configurada a cessão de mão de obra;*
4. *a NFLD não enquadra as atividades desenvolvidas pela empresa contratada como cessão de mão de obra*
5. *que a fiscalização deveria averiguar se não havia recolhimentos na prestadora;*
6. *que houve bis in idem, pois não foi analisada a documentação contábil da prestadora;*
7. *que os fatos geradores foram presumidos;*
8. *que não aceita a aferição indireta sem a verificação da contabilidade da prestadora;*

9. *que os valores apurados são ilíquidos e incertos, pois há registro de recolhimentos para o período do débito.*

Requer o recebimento do recurso mesmo sem efetivar o depósito recursal, que seja declarada a nulidade da notificação, visto a sua insubsistência, cancelando-se o crédito nela lançado.

A devedora solidária também apresentou recurso tempestivo, onde alega, em apertada síntese:

1. *que os tribunais administrativos devem analisar matérias constitucionais;*
2. *a extinção do crédito previdenciário pela decadência;*
3. *a nulidade da NFLD pela infringência aos princípios da tipicidade da tributação e da verdade material, pois não foi intimada ou notificada a apresentar qualquer documento;*
4. *que não apresentou as guias porque não foi intimada para tanto;*
5. *que a aferição indireta somente poderia ter sido utilizada na ausência de escrituração contábil e de provas diretas, o que não ocorreu;*
6. *que o crédito é improcedente porque parte dos documentos e livros exigidos estavam atingidos pela decadência;*
7. *a inaplicabilidade da SELIC.*

Requer a extinção do crédito lançado face à decadência, no mérito que seja julgada improcedente a notificação e caso mantido o lançamento, que seja excluída a SELIC, mantendo-se o disposto no Código Tributário Nacional. Protesta por todos os meios de prova em direito admitidos e pela realização de sustentação oral.

É o relatório.

Voto

Conselheira LIÉGE LACROIX THOMASI, Relatora

Sendo tempestivo conhecimento do recurso e passo ao seu exame.

Da Preliminar

Refere-se o crédito tributário a contribuições previdenciárias relativas a responsabilidade solidária nos serviços de construção civil, nas competências alternadas de 05/1993 a 06/1998.

A Notificação foi lavrada em 11/07/2005 com ciência em 13/07/2005.

A devedora solidária foi cientificada através de registro postal em 02/05/2006.

Quanto à arguição de decadência é de se notar que nas sessões plenárias dos dias 11 e 12/06/2008, respectivamente, o Supremo Tribunal Federal - STF, 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.

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 judiciários 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.

No caso presente, o relatório fiscal explicita que a notificação foi lavrada em substituição a outra anulada por Acórdão do CRPS de 26/10/2004.

A NFLD anulada foi lavrada em 31/10/2000, quando as competências lançadas de 05/1993; 07/1993; 01/1994; 02/1994 e 03/1994, já estavam decadentes.

Desta forma, inclino-me à tese jurídica na Súmula Vinculante nº 08 para acatar o prazo decadencial exposto no Código Tributário Nacional no artigo 173, inciso I, uma vez que os valores devidos não foram objeto de recolhimento previdenciário e excluir do levantamento as competências retrocitadas:

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.

As demais competências de 08/1995; 05/1997; 08/1997; 11/1997; 05/1998 e 06/1998, não estavam atingidas pela decadência quando lavrada a NFLD de 31/10/2000. Também, sendo o Acórdão de nulidade de 26/10/2004, o novo lançamento ocorrido em 07/2005, está na forma do disposto pelo art. 173, inciso II, do Código Tributário Nacional.

Do Mérito

Não é procedente a alegação da recorrente quando diz que a notificação continua eivada de nulidade por não caracterizar a cessão de mão de obra, motivo da anulação da NFLD primitiva, pois de acordo com pesquisa efetuada no site da Previdência Social é possível se vislumbrar o Acórdão n.º 1867, de 26/10/2004, que anulou a NFLD 35.185.238-7,

de 31/10/2000, por vício formal, uma vez que não continha a fundamentação legal que dava suporte à aferição indireta e não nominava o prestador de serviços.

Portanto, tais vícios encontram-se sanados no presente levantamento que traz no anexo FLD – Fundamentos Legais do Débito, fls. 09/13, a legislação que permite a aferição indireta, bem como o devedor solidário teve pleno conhecimento da notificação, tanto que apresentou defesa e recurso tempestivos.

A responsabilidade solidária atribuída à recorrente decorre de obra de construção civil, fundamentada no artigo 30, VI da Lei nº 8.212, de 24/07/91, *verbis*:

Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas: (Redação dada pela Lei nº 8.620, de 5.1.93)

VI -o proprietário, o incorporador definido na Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, o dono da obra ou condômino da unidade imobiliária, qualquer que seja a forma de contratação da construção, reforma ou acréscimo, são solidários com o construtor, e estes com a subempreiteira, pelo cumprimento das obrigações para com a Seguridade Social, ressalvado o seu direito regressivo contra o executor ou contratante da obra e admitida a retenção de importância a este devida para garantia do cumprimento dessas obrigações, não se aplicando, em qualquer hipótese, o benefício de ordem; (Redação dada pela Lei 9.528, de 10.12.97).

A contratante para se elidir da responsabilidade solidária constante do artigo acima citado, deveria ter procedido de acordo com o disposto nos parágrafos 1, do artigo 42 do Decreto nº 612/92, e 1º, 2º do artigo 43, do Decreto nº 2.173/97, vigentes à época da ocorrência do fato gerador da contribuição previdenciária, abaixo transcritos:

Decreto 612/92

Art. 42

(...)

§1º A responsabilidade solidária poderá ser elidida, desde que seja exigido do construtor o pagamento das contribuições incidentes sobre a remuneração dos segurados, incluída em nota fiscal ou fatura correspondentes aos serviços executados, quando da quitação da referida nota fiscal ou fatura na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

Decreto 2.173

Art. 43

§1º A responsabilidade solidária somente será elidida se for comprovado pelo executor da obra o recolhimento 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 quando não comprovadas contabilmente

O parágrafo 2º deste mesmo artigo estabelece obrigações para o tomador do serviço, que também não foram cumpridas pela notificada:

§2º Para efeito do disposto no parágrafo anterior, o executor da obra deverá elaborar folhas de pagamento e guias de recolhimento distintas para cada empresa contratante, devendo esta exigir do executor da obra, quando da quitação da nota fiscal ou fatura, cópia autenticada da guia de recolhimento quitada e respectiva folha de pagamento.

A recorrente não trouxe aos autos elementos que pudessem elidir sua responsabilidade em relação às contribuições previdenciárias, bem como não comprovou os recolhimentos das contribuições em relação aos pagamentos de remuneração aos segurados da empresa contratada.

Nesse sentido, o relatório fiscal assevera que a empresa não apresentou cópia das Guias e Recolhimento da Previdência Social e do contrato de prestação de serviços sendo as contribuições previdenciárias aferidas com base nas notas fiscais de serviços.

Também, o art. 220 do Regulamento da Previdência Social aprovado pelo Decreto 3.048/99, tratou da matéria nos seguintes termos:

Art. 220. O proprietário, o incorporador definido na Lei n. 4.591 de 1964, o dono da obra ou condômino da unidade imobiliária cuja contratação da construção, reforma ou acréscimo não envolva cessão de mão de obra, são solidários com o construtor, e este e aqueles com a subempreiteira, pelo cumprimento das obrigações para com a seguridade social, ressalvado o seu direito regressivo contra o executor ou contratante da obra e admitida a retenção de importância a este devida para garantia do cumprimento destas obrigações, não se aplicando em qualquer hipótese o benefício de ordem.

...

Parágrafo 3 A responsabilidade solidária de que trata o caput será elidida:

I – pela comprovação, na forma do parágrafo anterior, do recolhimento das contribuições incidentes sobre a remuneração dos segurados, incluída em nota fiscal ou fatura correspondente aos serviços executados, quando corroborada por escrituração contábil; e

II – pela comprovação do recolhimento das contribuições incidentes sobre a remuneração dos segurados, aferidas indiretamente nos termos, formas e percentuais previstos pelo Instituto Nacional do Seguro Social.

III – pela comprovação do recolhimento da retenção permitida no caput deste artigo, efetivada nos termos do artigo 219.

A recorrente não cumpriu com quaisquer das determinações legais acima citadas e tampouco trouxe aos autos provas de que as contribuições tivessem sido recolhidas pela empresa contratada, que também, apesar de apresentar peças de defesa e recurso, não comprovou o recolhimento das contribuições lançadas.

A solidariedade ainda está prevista no Código Tributário Nacional (CTN), instituído pela Lei 5.172/1966.

CTN:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I. as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II. as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

Responsabilidade solidária em matéria tributária somente se aplica em relação ao sujeito passivo (solidariedade passiva) e decorre sempre de lei, não podendo ser presumida ou resultar de acordo das partes, nem comporta benefício de ordem.

Benefício de ordem significa que, quando duas ou mais pessoas se apresentam na condição de sujeito passivo da obrigação tributária, cada uma responde pelo total da dívida inteira. A exigência do tributo pelo credor poderá ser feita, integralmente, a qualquer um ou a todos coobrigados sem qualquer restrição ou preferência. De acordo com o art. 124 do CTN, são solidários, perante o Fisco, os que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal e os designados expressamente pela lei, como determinado na Lei 8.212/1991 citada acima.

De qualquer forma, a responsabilidade solidária independe de prévia verificação junto ao prestador dos serviços apurados. A propósito do tema, a extinta Câmara Superior em matéria de Custeio do CRPS, se pronunciou sobre o assunto, através do seu Enunciado nº 30:

“Enunciado Nº 30”.Em se tratando de responsabilidade solidária o fisco previdenciário tem a prerrogativa de constituir os créditos no tomador de serviços mesmo que não haja apuração prévia no prestador de serviços.” (Publicado no DOU pág 00030, em 05 /02/2007).

Quanto à alegação de inconstitucionalidade das leis trazidas pela devedora solidária, ressalta-se que a apreciação de matéria constitucional em tribunal administrativo exacerba sua competência originária que é a de órgão revisor dos atos praticados pela Administração, bem como invade competência atribuída especificamente ao Judiciário pela Constituição Federal. No Capítulo III do Título IV, especificamente no que trata do controle da constitucionalidade das normas, observa-se que o constituinte teve especial cuidado ao definir quem poderia exercer o controle constitucional das normas jurídicas. Decidiu que caberia exclusivamente ao Poder Judiciário exercê-la, especialmente ao Supremo Tribunal Federal.

Permitir que órgãos colegiados administrativos reconhecessem a constitucionalidade de normas jurídicas seria infringir o disposto na própria Constituição Federal, padecendo, portanto, a decisão que assim o fizer, ela própria, de vício de constitucionalidade, já que invadiu competência exclusiva de outro Poder.

O professor Hugo de Brito Machado *in* “Mandado de Segurança em Matéria Tributária”, Ed. Revista dos Tribunais, páginas 302/303, assim concluiu:

“A conclusão mais consentânea com o sistema jurídico brasileiro vigente, portanto, há de ser no sentido de que a

autoridade administrativa não pode deixar de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional, ou mais exatamente, a de que a autoridade administrativa não tem competência para decidir se uma lei é, ou não é inconstitucional.”

Ademais, como da decisão administrativa não cabe recurso obrigatório ao Poder Judiciário, em se permitindo a declaração de inconstitucionalidade de lei pelos órgãos administrativos judicantes, as decisões que assim a proferissem não estariam sujeitas ao crivo do Supremo Tribunal Federal que é a quem compete, em grau de definitividade, a guarda da Constituição. Poder-se-ia, nestes casos, ter a absurda hipótese de o tribunal administrativo declarar determinada norma inconstitucional e o Judiciário, em manifestação do seu órgão máximo, pronunciar-se em sentido inverso.

Por essa razão é que através de seu Regimento Interno e Súmula, os Conselhos de Contribuintes se auto-impuseram com regra proibitiva nesse sentido:

Portaria MF nº 147, de 25/06/2007 (que aprovou o Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes):

Art. 49. No julgamento de recurso voluntário ou de ofício, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Súmula 02 do Segundo Conselho de Contribuintes, publicada no DOU de 26/09/2007:

“O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária”

Insurge-se ainda a solidária contra a aplicação da taxa SELIC ao argumento de que seria ilegal.

Registre-se, porque importante, que a legislação de regência, sobretudo a Lei nº 8.212/91, afasta literalmente os argumentos erguidos pelo recorrente. De fato, as contribuições sociais arrecadadas estão sujeitas à incidência da taxa referencial SELIC - Sistema Especial de Liquidação e de Custódia, nos termos do artigo 34 da Lei nº 8.212/91:

Art. 34. As contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo INSS, incluídas ou não em notificação fiscal de lançamento, pagas com atraso, objeto ou não de parcelamento, ficam sujeitas aos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, a que se refere o art. 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, incidentes sobre o valor atualizado, e multa de mora, todos de caráter irrelevável. (Restabelecido com redação alterada pela MP nº 1.571/97, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97. A atualização monetária foi extinta, para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/95, conforme a Lei nº 8.981/95. A multa de mora esta disciplinada no art. 35 desta Lei)

A propósito, convém mencionar que o Segundo Conselho de Contribuintes aprovou a Súmula nº 03, nos seguintes termos:

SÚMULA Nº 3 É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e

contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic para títulos federais.

Nesse contexto, correta a aplicação da taxa SELIC como juros de mora, com fulcro no artigo 34 da Lei nº 8.212/91.

Por todo o exposto, voto pelo provimento parcial do recurso, acatando a preliminar de decadência e no mérito nego provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 28 de setembro de 2009


LIÉGE LACROIX THOMASI - Relatora