



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

Processo nº 35301.009084/2004-79
Recurso nº 243.348 Voluntário
Acórdão nº **2302-01.271 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 23 de agosto de 2011
Matéria Construção Civil: Responsabilidade Solidária. Empresas em Geral
Recorrente Secretaria da Receita Previdenciária - SRP
Recorrida CBTU - Companhia Brasileira de Trens Urbanos

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/08/1997 a 31/12/1998

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO. IMPOSSIBILIDADE. BENEFÍCIO DE ORDEM.

A responsabilidade solidária instituída pelo art. 31 da Lei nº 8.212/91 não comporta qualquer espécie de benefício de ordem e independe de prévia verificação junto ao prestador dos serviços apurados.

EMPREITADA TOTAL - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ELISÃO DOCUMENTOS. JUNTADA POSTERIOR À IMPUGNAÇÃO. REVISÃO DO LANÇAMENTO. VERDADE MATERIAL.

Embora apresentados após a impugnação, os documentos juntados importam revisão do lançamento, em obediência ao princípio da verdade material que rege o processo administrativo.

Empreitada total, a responsabilidade solidária se elide com a adoção dos procedimentos previstos na legislação.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros da **3ª câmara / 2ª turma ordinária** da Segunda Seção, por unanimidade de votos em conceder provimento ao pedido de revisão e rescindir o acórdão anterior. Em substituição àquele, por maioria conceder provimento parcial quanto a preliminar de extinção do crédito pela homologação tácita prevista no art. 150, parágrafo 4º do CTN, nos termos do voto da relatora. O Conselheiro Arlindo da Costa e Silva divergiu pois entendeu que deveria ser aplicado no art. 173, inciso I do CTN. Quanto a parcela não extinta não houve divergência.

Marco André Ramos Vieira - Presidente.

Adriana Sato - Relator.

EDITADO EM: 26/10/2011

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Marco André Ramos Vieira (Presidente), Liege Lacroix Thomasi, Arlindo da Costa e Silva, Vera Kempers de Moraes Abreu, Manoel Coelho Arruda Junior, e, Adriana Sato. Ausência momentânea: Vera Kempers de Moraes Abreu.

Relatório

Trata o presente de pedido de revisão interposto pela Receita Previdenciária, conforme fls.512/517; combatendo o acórdão de fls. 503/514, proferido pela 4ª Câmara do CRPS que anulou a NFLD.

Aquele Colegiado entendeu após a interposição do pedido de revisão de que houve omissão quanto ao fundamento legal que autoriza o arbitramento por aferição indireta.

A unidade da SRP entendeu, em síntese, que a falha encontrada é uma mera irregularidade e não um vício insanável, que a fundamentação legal, mais precisamente o artigo 33 §3º, da Lei nº 8.212/91, está citado no Relatório Fiscal. Há acórdãos divergentes da própria 4ª Câmara de Julgamento do CRPS.

Cientificadas do pedido de revisão, devedora principal apresentou contra razões e a 4ª CaJ indeferiu o pedido de revisão interposto pela SRP.

A SRP interpôs novo pedido de revisão, e, após a ciência da prestadora e da tomadora de serviços, a prestadora de serviço apresentou contra razões ao pedido de revisão pugnando pelo indeferimento do pedido da SRP.

Em decisão monocrática, o Conselheiro Presidente da 5ª Câmara acolheu o pedido de revisão.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Adriana Sato

De acordo com o previsto no art. 60 da Portaria MPS n ° 88/2004, que aprovou o Regimento Interno do CRPS, a admissibilidade de revisão é medida extraordinária.

A revisão é admitida nos casos de os Acórdãos do CRPS divergirem de pareceres da Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência Social, aprovados pelo Ministro da pasta, bem como do Advogado-Geral da União, ou quando violarem literal disposição de lei ou decreto, ou após a decisão houver a obtenção de documento novo de existência ignorada, ou for constatado vício insanável, nestas palavras:

Art. 60. As Câmaras de Julgamento e Juntas de Recursos do CRPS poderão rever, enquanto não ocorrida a prescrição administrativa, de ofício ou a pedido, suas decisões quando:

I – violarem literal disposição de lei ou decreto;

II – divergirem de pareceres da Consultoria Jurídica do MPS aprovados pelo Ministro, bem como do Advogado-Geral da União, na forma da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993;

III - depois da decisão, a parte obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de assegurar pronunciamento favorável;

IV – for constatado vício insanável.

§ 1º Considera-se vício insanável, entre outros:

I – o voto de conselheiro impedido ou incompetente, bem como condenado, por sentença judicial transitada em julgado, por crime de prevaricação, concussão ou corrupção passiva, diretamente relacionado à matéria submetida ao julgamento do colegiado;

II – a fundamentação baseada em prova obtida por meios ilícitos ou cuja falsidade tenha sido apurada em processo judicial;

III – o julgamento de matéria diversa da contida nos autos;

IV – a fundamentação de voto decisivo ou de acórdão incompatível com sua conclusão.

§ 2º Na hipótese de revisão de ofício, o conselheiro deverá reduzir a termo as razões de seu convencimento e determinar a notificação das partes do processo, com cópia do termo lavrado, para que se manifestem no prazo comum de 30 (trinta) dias, antes de submeter o seu entendimento à apreciação da instância julgadora.

§ 3º O pedido de revisão de acórdão será apresentado pelo interessado no INSS, que, após proceder sua regular instrução,

no prazo de trinta dias, fará a remessa à Câmara ou Junta, conforme o caso.

§ 4º Apresentado o pedido de revisão pelo próprio INSS, a parte contrária será notificada pelo Instituto para, no prazo de 30 (trinta) dias, oferecer contra-razões

§ 5º A revisão terá andamento prioritário nos órgãos do CRPS.

§ 6º Ao pedido de revisão aplica-se o disposto nos arts. 27, § 4º, e 28 deste Regimento Interno.

§ 7º Não será processado o pedido de revisão de decisão do CRPS, proferida em única ou última instância, visando à recuperação de prazo recursal ou à mera rediscussão de matéria já apreciada pelo órgão julgador.

§ 8º Caberá pedido de revisão apenas quando a matéria não comportar recurso à instância superior.

§ 9º O não conhecimento do pedido de revisão de acórdão não impede os órgãos julgadores do CRPS de rever de ofício o ato ilegal, desde que não decorrido o prazo prescricional.

§ 10 É defeso às partes renovar pedido de revisão de acórdão com base nos mesmos fundamentos de pedido anteriormente formulado.

§ 11 Nos processos de benefício, o pedido de revisão feito pelo INSS só poderá ser encaminhado após o cumprimento da decisão de alçada ou de última instância, ressalvado o disposto no art. 57, § 2º, deste Regimento.

O acórdão sob revisão fundamentou-se no fato de que em momento algum a fiscalização teria mencionado nos autos a fundamentação legal que autorizaria o arbitramento por aferição indireta para anular a NFLD. Contudo, o relatório fiscal cita expressamente que foi utilizada a aferição indireta e cita sua fundamentação legal, artigo 33§ 3º da Lei n.º 8.212/91.

A notificação fiscal de lançamento não é composta apenas pela capa, ou folha de rosto, mas possui anexos, entre os quais, a peça mais relevante que é o relatório fiscal. Desse modo, o documento de constituição do crédito deve ser compreendido como a NFLD em sua integralidade, compreendendo capa, discriminativos e relatório fiscal. E, no caso presente o relatório fiscal supre a falta da fundamentação legal no documento Fundamentos Legais do Débito, já que descreve a utilização da aferição indireta como forma de apuração do crédito lançado, dizendo porque foi usada, nos elementos em que se baseou e traz a fundamentação legal..

Ademais, a Câmara Superior do Conselho de Recursos da Previdência Social – CRPS, especializada em matéria de custeio, decidiu no dia 13 de dezembro de 2006, em julgamento de pedido de uniformização de jurisprudência, por maioria absoluta, que o fundamento legal que ampara os levantamentos por arbitramento, pode constar do relatório Fundamentos Legais do Débito - FLD, ou do Relatório Fiscal.

O Enunciado do Conselho Pleno n.º 29, editado pela Resolução n.º 06, foi publicado no Diário Oficial da União de 21/12/2006, seção 01, pág.76, nos seguintes termos:

“Nos casos de levantamento por arbitramento, a existência do fundamento legal que ampara tal procedimento, seja no relatório Fundamentos Legais do Débito – FLD ou no Relatório Fiscal – REFISC garante o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, não gerando a nulidade do lançamento.”

Portanto, constando a fundamentação legal que ampara o arbitramento no Relatório Fiscal, não se vislumbra o cerceamento de defesa, pois o contribuinte foi devidamente informado do procedimento utilizado pela fiscalização e pode se manifestar a respeito, como no caso presente.

Desta forma, é procedente o pedido de revisão e uma vez reconhecendo o vício do acórdão anterior (juízo rescindente), deve ser apreciada toda a questão devolvida a este Colegiado por meio do recurso interposto pelo notificado (juízo rescisório), incluindo as matérias cujo conhecimento deva ser realizado de ofício.

Do Mérito

Analisando o mérito do lançamento fiscal verifica-se que foi lançado com base na responsabilidade solidária descrita no artigo 30, inciso VI da Lei n.º 8.212/91, para o período de 08/1997 a 12/1998. Os valores foram aferidos com base nas notas fiscais de prestação de serviços emitidas para a empresa tomadora, e, desde a DN as GRPS juntadas aos autos foram consideradas para abater do crédito previdenciário..

A prestadora do serviço CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S/A foi cientificada da NFLD e de todos os atos processuais.

A solidariedade tributária não constitui simples forma de eleição de responsável tributário, mas hipótese de garantia, a mais ampla das fidejussórias. Tem por objetivo precípuo garantir a arrecadação, sendo sua finalidade a de facilitar a satisfação dos interesses da Administração, permitindo a ação do Estado diretamente sobre quem melhor lhe aprouver, pautando-se, por óbvio, nos princípios da legalidade, eficiência, entre outros, inafastáveis da atuação estatal.

A figura da responsabilidade solidária, portanto, surge no Direito Tributário com o único fim de resguardar o adimplemento do crédito tributário criando mecanismo para o Estado indicar, com exclusividade, contra quem irá agir, não havendo que se falar em benefício de ordem e nem em condições para o exercício desse direito não impostas pela lei.

A legislação previdenciária, ao prever hipótese de solidariedade, impõe ao tomador de serviço (§§1º e 4º do art. 31) a obrigação de fiscalizar o recolhimento das contribuições previdenciárias pelo cedente, inclusive com a possibilidade de retenção do valor, exigindo do prestador do serviço cópia autenticada das guias quitadas e folha de pagamento.

Assim, tanto a tomadora quanto a cedente devem ter a documentação necessária para subsidiar a fiscalização pelos meios ordinários, o que somente não ocorrerá em caso de não cumprimento pela tomadora de serviço da obrigação acessória explicitamente imposta de exigir do prestador a comprovação dos respectivos recolhimentos, sendo certo que o descumprimento de sua obrigação legitima a aferição indireta.

Com a ocorrência do fato gerador, fica o Fisco autorizado a proceder ao lançamento, constituindo o devido crédito tributário. Este crédito tributário pode ser constituído tanto em face do contribuinte, como do responsável tributário, porque ambos são

solidários em relação a obrigação tributária, não cabendo, nos termos do parágrafo único do artigo 124 do Código Tributário Nacional, benefício de ordem.

Por outro lado, a lei não veda a existência de mais de um crédito tributário em relação a mesma obrigação tributária. Pode o fisco lançar o tributo (constituir o crédito tributário) e depois anular o lançamento, seja de ofício, seja por ordem judicial, e constituir outro crédito. Pode, também, ser constituído um crédito parcial e depois, verificando tal situação, lançar o crédito restante, tudo incidente sobre a mesma obrigação.

Entretanto, que não pode haver é a cobrança de uma obrigação já paga ou negociada, ou seja, se um dos sujeitos passivos do tributo extinguir a obrigação pelo pagamento ou se ocorrer uma das hipóteses previstas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, não poderá o INSS cobrar, ou continuar cobrando, a obrigação do outro sujeito passivo. Desta forma, temos que o ordenamento jurídico não veda a possibilidade de existência de mais de um crédito sobre a mesma obrigação tributária. O que não pode ser admitido é a cobrança de um débito já pago.

O crédito apurado diretamente na tomadora mediante aferição indireta (nos casos legais) é líquido e certo, não sendo crédito absoluto, comportando prova em contrário, a cargo do autuado. Preservados, pois, todos os direitos fundamentais do contribuinte.

Não merece acolhida a assertiva de ilegalidade no lançamento efetivado por meio da denominada “aferição indireta” (partindo dos valores brutos das notas fiscais que corresponderiam à prestação de serviços), hipótese, essa, possível quando não apresentada pela empresa a documentação exigida ou não mereçam fé os esclarecimentos prestados.

Ressalte-se que é o próprio CTN, em seu art. 148, que prevê que a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará o valor ou preço de bens, direitos, serviços e atos jurídicos, sempre que estes sejam tomados por base para o cálculo do tributo, e sejam omissas, ou não mereçam fé, as declarações ou esclarecimentos prestados ou documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado.

Art. 148. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tem em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial.

A legislação previdenciária, ao tratar do referido tema, previu que “ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e o Departamento da Receita Federal – DRF podem, sem prejuízo da penalidade cabível, inscrever de ofício a importância que reputar devida, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário” (art. 33, § 3.º). Complementando o referido dispositivo foi determinado que “no exame da escrituração contábil e de qualquer outro documento da empresa, a fiscalização constatar que a contabilidade não registra o movimento real de remuneração dos segurados a seu serviço, do faturamento e do lucro serão apuradas, por aferição indireta, as contribuições efetivamente devidas, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário” (art. 33, § 6.º).

Portanto, legítimo o procedimento fiscal que adotou a aferição indireta para lançar o crédito nesta notificação.

Ressalta-se que no caso presente, as guias apresentadas à fiscalização, por parte da tomadora dos serviços motivaram a retificação do crédito previdenciário na DN.

O período lançado nesta notificação abrange competências de 08/1997 a 12/1998 e o crédito foi lançado em 30/06/2003, com ciência por parte do sujeito passivo em 02/07/2003.

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. Seguem transcrições:

Parte final do voto proferido pelo Exmo Senhor Ministro Gilmar Mendes, Relator:

Resultam inconstitucionais, portanto, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91 e o parágrafo único do art.5º do Decreto-lei nº 1.569/77, que versando sobre normas gerais de Direito Tributário, invadiram conteúdo material sob a reserva constitucional de lei complementar.

Sendo inconstitucionais os dispositivos, mantém-se hígida a legislação anterior, com seus prazos quinquenais de prescrição e decadência e regras de fluência, que não acolhem a hipótese de suspensão da prescrição durante o arquivamento administrativo das execuções de pequeno valor, o que equivale a assentar que, como os demais tributos, as contribuições de Seguridade Social sujeitam-se, entre outros, aos artigos 150, § 4º, 173 e 174 do CTN.

Diante do exposto, conheço dos Recursos Extraordinários e lhes nego provimento, para confirmar a proclamada inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei nº 1.569/77, frente ao § 1º do art. 18 da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional 01/69.

É como voto.

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 judiciais 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. Portanto, inclino-me à tese jurídica na Súmula Vinculante nº 08 para acatar o prazo decadencial exposto no artigo 150, § 4 do CTN.

Cumpre esclarecer que foram analisadas as questões suscitadas na impugnação e no recurso voluntário, não restando por serem conhecidas as questões suscitadas nas defesas complementares e na petição protocolada em 17/03/2011, por trazerem estas fatos diversos dos alegados.

A Portaria MPS/GM nº 520/2004, no art. 9º, § 1º, acompanhando os preceitos do art. 16, inciso III, do Decreto nº 70.235/72, limitou o momento para a apresentação de provas, dispondo que a prova documental deve ser apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual.

Pelo exposto, voto por CONHECER do PEDIDO DE REVISÃO da Receita Previdenciária e resolvo RESCINDIR o Acórdão anterior e dar PROVIMENTO PARCIAL ao recurso, para excluir do lançamento até a competência 07/1998, em vista do prazo decadencial do artigo 150, § 4 do CTN.

Adriana Sato – Relator

