

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

Processo nº 36958.000732/2006-31
Recurso nº 141.880 Voluntário
Acórdão nº 2402-01.212 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 22 de setembro de 2010
Matéria OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. SOLIDARIEDADE. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA.
Recorrente AMERICAN EXPRESS DO BRASIL TEMPO & CIA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. LANÇAMENTO. PEDIDO DE REVISÃO.

As decisões poderão ser revistas, enquanto não ocorrida a prescrição administrativa, quando for constatado vício insanável.

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, devendo, portanto, ser aplicadas as regras do Código Tributário Nacional.

SOLIDARIEDADE. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA.

A contratante de quaisquer serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, responde solidariamente com o executor pelas obrigações decorrentes desta Lei, em relação aos serviços prestados, não se aplicando, em qualquer hipótese, o benefício de ordem.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, I) Por maioria de votos: a) em conhecer do pedido de revisão e anular o acórdão anterior, nos termos do voto do Relator. Vencido o Conselheiro Rogério de Lellis Pinto; II) Por voto de qualidade: a) em dar provimento parcial ao recurso, para nas preliminares, excluir, devido a regra decadencial expressa no I, Art. 173 do CTN, as contribuições lançadas até a competência 11/1998, anteriores a 12/1998, inclusive na 13/1998, na forma do voto do Relator. Vencidos os Conselheiros Igor Araújo Soares, Nereu Miguel Ribeiro Domingues e Rogério de Lellis Pinto,

que votaram pela aplicação do § 4º, Art. 150 do CTN. III) Por unanimidade de votos: a) em negar provimento ao recurso, no mérito, nos termos do voto do Relator.



MARCELO OLIVEIRA
Presidente e Relator

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros: Marcelo Oliveira, Ana Maria Bandeira, Ronaldo de Lima Macedo, Rogério de Lellis Pinto, Igor Araújo Soares e Nereu Miguel Ribeiro Domingues. Ausente o Conselheiro Lourenço Ferreira do Prado.

Relatório

Trata-se de pedido de revisão contra acórdão proferido pela Quarta Câmara de Julgamento (CAJ), do Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS), que anulou o lançamento de obrigação tributária principal, por , em síntese, estar ausente o fundamento para aferição no Relatório “Fundamentos Legais do Débito (FLD)”.

Inicialmente, o processo chegou ao Conselho por tratar-se de recurso voluntário apresentado contra Decisão da Delegacia da Secretaria da Receita Previdenciária (DRP), São Paulo – Sul/SP, fls. 0133 a 0147, que julgou procedente o lançamento, efetuado por descumprimento de obrigação tributária legal principal, fl. 001.

Segundo a fiscalização, de acordo com o Relatório Fiscal (RF), fls. 034 a 038, o lançamento refere-se a contribuições destinadas à Seguridade Social, correspondentes à contribuição da empresa, dos segurados, do financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho.

Ainda segundo o RF, as contribuições lançadas decorreram do instituto da solidariedade na prestação por empresa cedente de mão-de-obra.

Os motivos que ensejaram o lançamento estão descritos no RF e nos demais anexos do lançamento.

Em 30/03/2004 a recorrente obteve ciência do lançamento, fls. 001.

Contra a autuação, a recorrente apresentou impugnação, fls. 043 a 070, acompanhada de anexos.

A Delegacia analisou o lançamento e a impugnação, julgando procedente o lançamento.

Inconformada com a decisão, a recorrente apresentou recurso voluntário, fls. 0159 a 0191, acompanhado de anexos, onde alega, em síntese, que:

1. A regra decadencial deve ser a determinada no CTN;
2. Só ocorre a responsabilidade solidária quando comprovada a impossibilidade de se exigir a obrigação tributária do contribuinte;
3. Houve cerceamento de defesa, pela falta de intimação da prestadora de serviços;
4. Não se pode efetuar aferição com base em determinações infra-legais;



5. A cobrança da contribuição ao SAT é inconstitucional;
6. A aplicação da Taxa SELIC é ilegítima;
7. Face às razões expostas, requer o provimento de seu recurso.

A Delegacia enviou o processo ao Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS), fls. 0226.

A CAJ, do CRPS, analisou os autos e preferiu decisório para a realização de diligência, fls. 0227 a 0231.

A fiscalização emitiu parecer e remeteu o processo ao CRPS, fls. 0238.

A CAJ analisou os autos e anulou o lançamento, fls. 0244 a 0251, devido a ausência de fundamento da aferição no FLD.

A DRP elaborou pedido de revisão, fls. 0256 a 0264.

A recorrente elaborou contra-razões ao pedido de revisão, fls. 0283 a 0294.

A CAJ não conheceu do pedido de revisão, fls. 0321 a 0332.

A DRP elaborou, com base em enunciado da Câmara Superior do CRPS, novo pedido de revisão, fls. 0338 a 0339.

A recorrente não foi cientificada desse novo pedido.

O Presidente da Quinta Câmara, do Segundo Conselho de Contribuintes acolheu o pedido de revisão, fls. 0340 a 0341.

A Quinta Câmara analisou os autos e decidiu converter o julgamento em diligência, para que a recorrente obtivesse ciência desse novo pedido e pudesse apresentar seus argumentos, fls. 0345 a 0349.

A recorrente apresentou seus argumentos, fls. 0361 a 0373, onde alega, em síntese, que:

1. O Pedido de revisão deseja rediscussão de matéria decidida, argumentação que é vedada pela legislação;
2. O Pedido de revisão ofende o Princípio da Segurança Jurídica;
3. Requer a manutenção da decisão recorrida, pelo não conhecimento do Pedido de Revisão.

Os autos foram enviados ao Conselho para análise e decisão, fls. 0386

É o relatório.



Voto

Conselheiro Marcelo Oliveira, Relator

Nos exatos termos do art. 60, da Portaria MPS nº 88/2004, que aprovou o Regimento Interno do CRPS, a admissibilidade de pedido de revisão é medida extraordinária somente admitida nos casos de o Acórdão do CRPS divergir 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.

Portaria 88/2004:

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.

In casu, o acórdão revisado anulou o lançamento por entender, em síntese, que não ficou demonstrada a fundamentação legal para a aferição das contribuições.

Porém, há nos autos, RF, fl. 037, o fundamento legal para a aferição, demonstrando que houve vício na decisão.

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.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES

Quanto às preliminares, a recorrente alega que há exigências no lançamento que são inconstitucionais.

Esclarecemos à recorrente 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 Poder Judiciário pela Constituição Federal.

No Capítulo III, do Título IV, da Constituição Federal, 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 (STF).

Permitir que órgãos colegiados administrativos reconheçam a constitucionalidade de normas jurídicas é infringir o disposto na própria Constituição Federal, padecendo, portanto, a decisão que assim o fizer 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 o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) se auto-impôs regra nesse sentido:

Portaria MF nº 256, de 22/06/2009 (Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e dá outras providências):

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.

Súmula 02 do Segundo Conselho de Contribuintes, publicada no DOU de 26/09/2007 (Art. 73, Portaria Ministerial 256/2009):

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

Portanto, não há razão no argumento.

Em outro ponto, a recorrente alega que houve cerceamento de defesa, pela falta de intimação da prestadora de serviços.

Esclarecemos à recorrente que não há razão em seu argumento, pois a prestadora de serviço à recorrente foi devidamente intimada de todos os atos processuais, a fim de lhe permitir o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Ressalte-se, inclusive, que o CRPS buscou informações sobre fiscalizações na prestadora e recebeu como resposta que somente a competência 01/1997 (será excluída pela decadência) havia sido fiscalizada de forma total.

Portanto, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa.

Ainda nas preliminares, devemos verificar a ocorrência, ou não, da decadência.

O Supremo Tribunal Federal, conforme entendimento sumulado, Súmula Vinculante de nº 8, no julgamento proferido em 12 de junho de 2008, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212 de 1991, nestas palavras:

Súmula Vinculante nº 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”.

Conforme previsto no art. 103-A da Constituição Federal, a Súmula de n º 8 vincula toda a Administração Pública, devendo este Colegiado aplicá-la.

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.

Uma vez não sendo mais possível a aplicação do art. 45 da Lei n º 8.212, há que serem observadas as regras previstas no CTN.

A decadência está arrolada como forma de extinção do crédito tributário no inciso V do art. 156 do CTN e decorre da conjugação de dois fatores essenciais: o decurso de certo lapso de tempo e a inércia do titular de um direito.

Esses fatores resultarão, para o sujeito que permaneceu inerte, na extinção de seu direito material.

Em Direito Tributário, a decadência está disciplinada no art. 173 e no art. 150, § 4º, do CTN (este último diz respeito ao lançamento por homologação). A decadência, no Direito Tributário, é modalidade de extinção do crédito tributário.

Por não haver recolhimentos a homologar, a regra relativa à decadência - que deve ser aplicada ao caso - encontra-se no art. 173, I: o direito de constituir o crédito extingue-se em cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia ter sido efetuado o lançamento.

CTN:

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 "

Esse posicionamento possui amparo em decisões do Poder Judiciário.

"Ementa: II. 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." (STJ. REsp 395059/RS. Rel. Min. Eliana Calmon 2ª Turma. Decisão: 19/09/02. DJ de 21/10/02, p. 347.)

"Ementa. Em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, a fixação do termo a quo do prazo decadencial para a constituição do crédito deve considerar, em conjunto, os arts. 150, § 4º, e 173, I, do Código Tributário Nacional.

Na hipótese em exame, que cuida de lançamento por homologação (contribuição previdenciária) com pagamento antecipado, o prazo decadencial será de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador

.... 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." (STJ. EREsp 278727/DF. Rel. Min. Franciulli Netto. 1ª Seção. Decisão: 27/08/03. DJ de 28/10/03, p. 184)

Destarte, como no lançamento, a ciência do sujeito passivo, momento da constituição do crédito, ocorreu em 03/2004 e o período do lançamento refere-se a fatos geradores ocorridos nas competências 01/1997 a 12/1998 todas as contribuições apuradas até a competência 11/1998, anteriores a 12/1998, devem ser excluídas do presente lançamento.

Esclarecemos que a competência 12/1998 não deve ser excluída, pois a exigibilidade das contribuições constantes em fatos geradores que ocorreram nessa competência somente ocorrerá a partir de 01/1999, quando poderia ter sido efetuado o lançamento.

Por todo o exposto, acato, parcialmente, a preliminar ora examinada, no que tange à decadência, excluindo às contribuições apuradas anteriormente a 12/1998, e passo ao exame de mérito.

DO MÉRITO

Quanto ao mérito, a recorrente afirma que só ocorre a responsabilidade solidária quando comprovada a impossibilidade de se exigir a obrigação tributária do contribuinte.

Esclarecemos à recorrente que a Legislação, determinado da atuação vinculada do Fisco, não preconiza dessa forma.

Lei 8.212/1991:

Art. 31. O contratante de quaisquer serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, responde solidariamente com o executor pelas obrigações decorrentes desta Lei, em relação aos serviços prestados, exceto quanto ao disposto no art. 23, não se aplicando, em qualquer hipótese, o benefício de ordem.

§ 1º Fica ressalvado o direito regressivo do contratante contra o executor e admitida a retenção de importâncias a este devidas para garantia do cumprimento das obrigações desta Lei, na forma estabelecida em regulamento.



Esclarecemos à recorrente que benefício de ordem é o direito que um devedor possui de que antes de ele próprio pagar a dívida, que sejam cobrada a dívida do outro devedor.

Como a Lei não permitiu a aplicação do benefício de ordem, a dívida pode ser exigida de qualquer um dos devedores, contribuinte ou responsável solidário.

Portanto, não há razão no argumento.

Em outro ponto a recorrente afirma que não se pode efetuar aferição com base em determinações infra-legais.

Esclarecemos à recorrente que as disposições infra-legais determinam parâmetros a serem utilizados pelos agentes do Fisco e que esses parâmetros podem ser contestados, já que o ônus da prova é da recorrente, conforme determina a legislação.

Lei 8.212/1991:

Art. 33. Ao Instituto Nacional do Seguro Social-INSS compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas "a", "b" e "c" do parágrafo único do art. 11, e ao Departamento da Receita Federal-DRF compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas "d" e "e" do parágrafo único do art. 11, cabendo a ambos os órgãos, na esfera de sua competência, promover a respectiva cobrança e aplicar as sanções previstas legalmente

§ 3º 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 importância que reputarem devida, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário.

Portanto, não há razão no argumento.

Por fim, a recorrente contesta a aplicação da Taxa SELIC.

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.

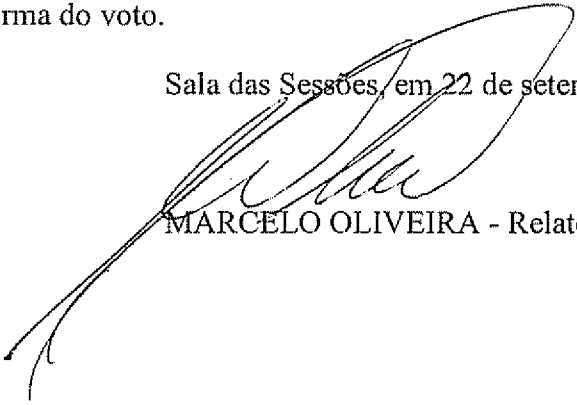
Finalmente, pela análise dos autos, chegamos à conclusão de que o lançamento e a decisão foram lavrados na estrita observância das determinações legais vigentes, sendo que tiveram por base o que determina a Legislação.

CONCLUSÃO

Em razão do exposto,

Voto pelo provimento parcial do recurso, para, nas preliminares, excluir, devido à decadência, todas as contribuições exigidas em competências até 11/1998, anteriores a 12/1998, inclusive 13/1998, na forma do voto. Quanto ao mérito, nego provimento ao recurso, na forma do voto.

Sala das Sessões, em 22 de setembro de 2010


MARCELO OLIVEIRA - Relator





MINISTÉRIO DA FAZENDA
-CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
QUARTA CÂMARA - SEGUNDA SEÇÃO

Processo nº: 36958.000732/2006-31

Recurso nº: 141.880

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no parágrafo 3º do artigo 81 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009, intime-se o(a) Senhor(a) Procurador(a) Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto à Quarta Câmara da Segunda Seção, a tomar ciência do Acórdão nº 2402-01.212

Brasília, 22 de novembro de 2010

MARIA MADALENA SILVA
Chefe da Secretaria da Quarta Câmara

Ciente, com a observação abaixo:

☐ Apenas com Ciência

☐ Com Recurso Especial

☐ Com Embargos de Declaração

Data da ciência: -----/-----/-----

Procurador (a) da Fazenda Nacional