



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

Processo nº 37172.001485/2004-29
Recurso nº 148.772 Voluntário
Acórdão nº 2301-00.562 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de agosto de 2009
Matéria Construção Civil: Responsabilidade Solidária. Empresas em Geral
Recorrente EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS VISTA ALEGRE LTDA.
Recorrida DRP/BELO HORIZONTE/MG

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/03/1995 a 31/12/1995

**CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS -
DECADÊNCIA -**

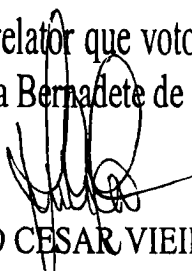
De acordo com a Súmula Vinculante nº 08, do STF, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 são inconstitucionais, devendo prevalecer, no que tange à decadência e prescrição, as disposições do Código Tributário Nacional.

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.

Recurso Voluntário Provido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por maioria de votos acatar a preliminar de decadência para provimento do recurso. Vencido o relator que votou pelo não conhecimento do recurso. Apresentará voto divergente a Conselheira Bernadete de Oliveira Barros.



JULIO CESAR VIEIRA GOMES
Presidente



BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS
Redatora Designada

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

Relatório

1. Trata-se de recurso voluntário manejado pela empresa EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS VISTA ALEGRE LTDA contra decisão de primeira instância que julgou procedente o lançamento fiscal de contribuições sociais previdenciárias.

2. A ementa da decisão vergastada restou assim ementada:

“CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SOLIDARIEDADE PASSIVA. COBRANÇA DIRIGIDA A TODOS OS COOBRIGADOS. ARGÜIÇÃO DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI NA ESFERA ADMINISTRATIVA. NÃO CABIMENTO.

Na ocorrência de solidariedade passiva prevista no artigo 30, inciso VI da Lei n. 8.212/91, o fisco pode cobrar a satisfação da obrigação tributária de qualquer um dos coobrigados ou de todos eles.

A lei, cuja invalidade ou inconstitucionalidade não tenha sido declarada, surte os seus efeitos enquanto estiver vigente e deve, obrigatoriamente, ser cumprida pela autoridade administrativa por força do ato administrativo vinculado, não sendo, o fórum administrativo, próprio para albergar discussões dessa ordem.

LANÇAMENTO PROCEDENTE.”

3. O recurso do contribuinte está abalizado, em síntese, nos seguintes argumentos:

a) preliminarmente, a decadência quinquenal do direito do fisco para a constituição do crédito tributário;

b) vícios formais consubstanciados na ausência de formalidades exigida pelas normas de regência do lançamento fiscal; segundo o recorrente não há a indicação da hora da lavratura da NFLD, conforme exigido pela IN 70/02, em seu art. 301, §1º;

c) defende que o débito deveria ter sido cobrado primeiramente do prestador de serviços, para, somente depois, ser buscado na empresa recorrente, a teor do art. 134 do CTN; até porque a responsabilidade da tomadora é subsidiária e não solidária;

d) no mérito, batalha pela inexistência de cessão de mão-de-obra, pois não teria existido a prestação de serviços de forma contínua e nem a colocação de empregado à disposição da contratante;

e) o auditor notificante, ao basear o lançamento em notas fiscais da contabilidade da empresa, elegeu base de cálculo diferente daquela determinada pelo art. 195, inciso I, alínea 'a' da Carta Magna;



f) por fim, que a multa aplicada tem efeito confiscatório sendo, portanto, inconstitucional; a incidência de juros de mora e taxa selic são improcedentes.

4. As contra-razões do fisco são no sentido da manutenção da decisão recorrida, uma vez que a empresa não teria apresentado fatos novos que pudessem determinar a reforma do lançamento.

5. Em cumprimento ao despacho monocrático exarado pelo Presidente da então 4ª Câmara de julgamento do Conselho de Recursos da Previdência Social foi realizada diligência para que o fisco informasse se a empresa prestadora teria sido submetida a fiscalização ou se teria aderido a programa de parcelamento de débitos. O resultado foi negativo, conforme atestam a informação fiscal e documentos carreados aos autos pelo fisco. (125/143)

6. Instada a se manifestar sobre documentos juntados aos autos relativos a ações judiciais movidas pela empresa para discussão do débito ora lançado (fls. 165/215), o Chefe da Seção de Contencioso Fiscal da Procuradoria concluiu que o objeto da impugnação administrativa é mais amplo do que aquele contido na ação judicial, conforme resume o despacho de fls. 216, verbis:

“6. Em pronunciamento, às fls. 170/ verso e 171, o Chefe da Seção de Contencioso Fiscal da Procuradoria, analisando a petição inicial da ação ordinária 2004.38.00.054699-1, conclui que o objeto da impugnação da presente NFLD é mais amplo, pois engloba a impugnação por meios formais – ausência de formalidade legal da NFLD (II), apesar de, no mérito, atacar os mesmos fundamentos e, no pedido final declarar insubsistente o lançamento efetuado. Juntamos cópia da referida petição, às fls. 173/215.”

7. Por fim, consta dos autos (fl. 224) a informação que a discussão do débito ora lançado foi judicializada, tendo a empresa obtido o deferimento de medida liminar para suspender a exigência do crédito previdenciário sob o argumento de que teria havido a decadência quinquenal, conforme requerido pelo contribuinte.

É o relatório.



Voto Vencido

Conselheiro DAMIÃO CORDEIRO DE MORAES

DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

1. Considerando que o contribuinte levou a principal matéria, objeto do presente recurso, ao conhecimento do poder judiciário, qual seja a aplicação da decadência quinquenal na constituição do crédito tributário, defeso está às instâncias administrativas de julgamento a análise da matéria decadencial, em função da prevalência do decidido no âmbito do Judiciário sobre as decisões do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

2. Nessa mesma linha, já me manifestei no Recurso n.º 141.999 (Acórdão 205-00620), do qual fui relator:

"EMENTA: MATÉRIA LEVADA AO PODER JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE DO SEU CONHECIMENTO NA VIA ADMINISTRATIVA. CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS E AUTÔNOMOS. INCRA. INCONSTITUCIONALIDADE. SEGURO DE ACIDENTES DO TRABALHO. SAT. LEGALIDADE."D.O.U. de 04/11/2008 nº 214, Seção I, págs.nº 21 a 32

3. Assim, não conheço do recurso relativamente à matéria decadencial. Conheço do recurso, entretanto, quanto as questões recursais relativas à formalização do lançamento fiscal.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES

4. Insurge-se o recorrente contra a decisão de primeira instância argumentando que o lançamento contém vício formal, qual seja a ausência da indicação da hora da lavratura da NFLD, conforme exigido pela IN 70/02, em seu art. 301, §1º.

5. No meu entender tem razão o contribuinte, pois o Decreto nº 70.235/72, apesar de se referir ao "auto de infração" para a constituição tanto da obrigação principal quanto da obrigação acessória, dispôs expressamente que o auto de infração deverá conter obrigatoriamente a hora da sua lavratura.

"Art.10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.”

6. A mesma determinação em relação ao auto de infração é feita pela IN 70/02, em seu art. 301, §1º. Apesar de a legislação previdenciária diferenciar o auto de infração da notificação fiscal, creio que a aplicação do princípio também está circunscrito ao lançamento do débito.

7. É de se frisar que as leis foram feitas para serem cumpridas, sendo que cada comando estabelecido possui uma finalidade e se sustenta até o momento formal de sua retirada do mundo jurídico. Cabendo à administração pública, portanto, cumprir o estabelecido na norma a que se acha estritamente vinculada, não podendo dela se esquivar.

8. E a finalidade de se exigir expressamente que conste o horário nos documentos fiscais se justifica para que se garanta a segurança do lançamento de débito.

9. Firme nestas considerações, acolho a preliminar para anular o lançamento fiscal e, caso seja vencido, passo à análise das demais questões recursais.

RESPONSABILIDADE DA TOMADORA

10. Defende a empresa que o débito deveria ter sido cobrado primeiramente do prestador de serviços, para, somente depois, ser buscado na empresa recorrente, a teor do art. 134 do CTN; até porque a responsabilidade da tomadora é subsidiária e não solidária.

11. Sem razão a recorrente. A matéria já foi enfrentada por este Conselho que firmou posicionamento no sentido de que “em se tratando de responsabilidade solidária o fisco tem a prerrogativa de constituir os créditos no tomador de serviços mesmo que não haja apuração prévia no prestador de serviço”. (Recurso: 145219; Sexta Câmara; Acórdão 206-00887)

12. No mérito, sem razão, batalha pela inexistência de cessão de mão-de-obra, pois não teria existido a prestação de serviços de forma contínua e nem a colocação de empregado à disposição da contratante.

13. Conforme consta do relatório fiscal o fisco solicitou diversos documentos relativos aos serviços prestados pela empresa contratada, dentre eles os contratos entabulados pela recorrente. Entretanto, decorrido o prazo estipulado pela fiscalização, a empresa não apresentou os documentos solicitados, de maneira que não pode agora a recorrente vir no processo para alegar deficiência no lançamento fiscal se ela mesma foi quem deu causa.

14. Afasto, também, a argumentação no sentido de que o auditor notificante, ao basear o lançamento em notas fiscais da contabilidade da empresa, elegeu base de cálculo diferente daquela determinada pelo art. 195, inciso I, alínea ‘a’ da Carta Magna.

15. O procedimento adotado pelo auditor fiscal está descrito no relatório fiscal e o art. 74 da Instrução Normativa n. 69, de 10 de maio de 2002, fixou em 40% o percentual mínimo correspondente à remuneração a incidir sobre o valor dos serviços da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviço. Com isso, sendo correto o procedimento

adotado pelo auditor fiscal deve prevalecer a decisão recorrida que confirmou o lançamento fiscal.

16. Por fim, alega que a multa aplicada tem efeito confiscatório sendo, portanto, inconstitucional; a incidência de juros de mora e taxa selic são improcedentes.

17. De acordo com o artigo 34 da Lei nº 8212/91, as contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo INSS, incluídas ou não em notificação fiscal e lançamento, pagas com atraso ficam sujeitas aos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia -SELIC incidentes sobre o valor atualizado, e multa de mora, todos de caráter irrelevável.

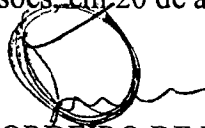
18. Razão pela qual, também neste ponto, prevalece a decisão recorrida.

19. Por fim, devo registrar que o lançamento obedeceu aos critérios estabelecidos pela legislação previdenciária, especialmente aqueles do art. 37, da Lei nº 8.212/91, determinando, de forma clara e precisa o fato gerador do crédito apurado, sendo que a cobrança de tais contribuições decorre do estrito cumprimento da lei, determinação essa a que os fiscais do INSS não podem se omitir no exercício do seu dever funcional e legal, haja vista que a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, conforme disciplina o art. 142 do CTN.

CONCLUSÃO

20. Feitas estas considerações, NEGOU provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 20 de agosto de 2009



DAMIÃO CORDEIRO DE MORAES – Conselheiro

Voto Vencedor

Conselheira BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS, Redatora Designada

Permito-me divergir do entendimento manifestado pelo Conselheiro Relator em relação aos pressupostos de admissibilidade, pelas razões a seguir expostas.

O relator vota por não conhecer do recurso relativamente à decadência, por se encontrar tal matéria *sub-judice*.

De fato, verifica-se que a recorrente ingressou com ação judicial ordinária contra o INSS cujo objeto, o prazo decadencial dos tributos sujeitos à homologação e inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, é idêntico ao trazido pela recorrente em seu recurso.

O relator sustenta, com muita propriedade, que as instâncias administrativas não podem analisar matéria objeto de ação judicial, pois o que for decidido no âmbito do Judiciário deverá prevalecer sobre as decisões do CARF.

Realmente, a discussão, no processo administrativo, de matéria objeto de discussão judicial fica prejudicada em razão do sistema de contencioso administrativo adotado no Brasil que, desde a instauração do período republicano, sempre adotou o sistema de jurisdição única como forma de controle jurisdicional da Administração Pública, cuja fundamentação encontra-se no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes

.....
XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito

Nesse sentido, as decisões judiciais sobrepõem-se às decisões administrativas e, estando uma matéria submetida à apreciação judicial, não poderia ser analisada na esfera administrativa, pois o que vai valer é o que for decidido na ação judicial proposta.

No entanto, no caso da decadência, já houve uma decisão judicial definitiva, já que o Supremo Tribunal Federal, entendendo que apenas lei complementar pode dispor sobre prescrição e decadência em matéria tributária, nos termos do artigo 146, III, 'b' da Constituição Federal, negou provimento por unanimidade aos Recursos Extraordinários nº 556664, 559882, 559943 e 560626, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei n. 8212/91.

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



Súmula Vinculante 8 “São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”

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

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

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

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

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

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

“Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

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

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

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão

judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (g.n.).”

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

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

“Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal”

Assim, não há como ignorar a decisão do STF no presente processo administrativo fiscal e, sendo a decadência matéria de ordem pública, deve ser reconhecida de ofício.

Verifica-se, da análise dos autos, que a ciência da NFLD pelo contribuinte se deu em 12/09/2003, conforme AR de fl. 28, e o débito se refere às competências compreendidas no período de 03/1995 a 12/1995.

Dessa forma, constata-se que já se operara a decadência do direito de constituição dos créditos ora lançados, nos termos dos artigos 150, § 4º, e 173 do Código Tributário Nacional.

Pelo exposto acima,

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

É como voto.

Sala das Sessões, em 20 de agosto de 2009



BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS - Redatora Designada

