



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

Processo nº 10380.005299/2007-08
Recurso nº 258.506
Resolução nº **2302-000.103 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 27 de julho de 2011
Assunto Solicitação de Diligência
Recorrente FRANCISCO NOGUEIRA FILHO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência, nos termos do voto que integra o presente julgado. Apresentou declaração de voto o Conselheiro Marco André Ramos Vieira, que acompanhou pelas conclusões.

Marco André Ramos Vieira - Presidente.

Arlindo da Costa e Silva - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marco André Ramos Vieira (Presidente de Turma), Manoel Coelho Arruda Junior (Vice-presidente de turma), Liége Lacroix Thomasi, Adriana Sato, Wilson Antonio de Souza Correa, Vera Kempers de Moraes Abreu e Arlindo da Costa e Silva.

Ausência momentânea : Manoel Coelho Arruda Junior

Período de apuração: 01/01/2003 a 31/01/2003.

Data da lavratura da NFLD: 09/08/2006.

Data da Ciência do NFLD : 21/08/2006.

Trata-se de crédito tributário lançado em desfavor do sujeito passivo em epígrafe, consistente em contribuições previdenciárias destinadas ao custeio da Seguridade Social, incidente sobre a mão de obra utilizada na construção de um imóvel residencial, cuja base de cálculo foi apurada por aferição indireta com base no Custo Unitário Básico, consoante relato a fl. 18.

Informa a Autoridade Lançadora que a presente Notificação Fiscal substitui a NFLD nº 35.503.169-8, a qual foi declarada nula por vício formal.

Irresignado com o supracitado lançamento tributário, o sujeito passivo apresentou impugnação a fls. 26/29.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Fortaleza/CE lavrou Decisão Administrativa a fls. 41/49 julgando procedente a Notificação Fiscal e mantendo o crédito tributário em sua integralidade.

O Sujeito Passivo foi cientificado da decisão de 1ª Instância no dia 10/01/2008, conforme Aviso de Recebimento a fl. 53.

Inconformado com a decisão exarada pelo órgão administrativo julgador *a quo*, o ora Recorrente interpôs recurso voluntário, a fls. 53/61, respaldando seu inconformismo em argumentação arquitetada nos seguintes termos:

- Decadência quinquenal;
- Erro na edificação do cálculo do tributo;
- Cerceamento de defesa, em virtude de não ser autorizada a juntada de documentos;

Ao fim, requer a anulação da decisão para que retorne à origem para a juntada das provas anexadas à NFLD referida para o reconhecimento da ocorrência da decadência do crédito tributário ora lançado, com a consequente anulação o débito.

Relatados sumariamente os fatos relevantes.

Conselheiro Arlindo da Costa e Silva, Relator.

1. DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

1.1. DA TEMPESTIVIDADE

O sujeito passivo foi válida e eficazmente cientificado da decisão recorrida no dia 10/01/2008. Havendo sido o recurso voluntário protocolado no dia 29 do mesmo mês e ano, há que se reconhecer a tempestividade do recurso interposto.

Presentes os demais requisitos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

Antes de adentrarmos o mérito, mostram-se necessárias algumas digressões pertinentes.

2. DAS CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

2.1. DA DECADÊNCIA

O Supremo Tribunal Federal, conforme entendimento exarado na Súmula Vinculante nº 8, em julgamento realizado em 12 de junho de 2008, reconheceu a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, nos termos que se vos seguem:

Súmula Vinculante nº 8 - “São inconstitucionais o 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 estatuído no art. 103-A da Constituição Federal, a Súmula Vinculante nº 8 é de observância obrigatória tanto pelos órgãos do Poder Judiciário quanto pela Administração Pública, devendo este Colegiado aplicá-la de imediato.

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.

Afastada por inconstitucionalidade a eficácia das normas inscritas nos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, urgem serem seguidas as disposições relativas à matéria em relevo inscritas no Código Tributário Nacional – CTN e nas demais leis de regência.

O instituto da decadência no Direito Tributário, malgrado respeitadas posições em sentido diverso, encontra-se regulamentado no art. 173 do Código Tributário Nacional – CTN. Nesse panorama, o direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, ou, da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Código Tributário Nacional - 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.

No caso presente, muito embora o agente fiscal tenha consignado em seu relatório que a NFLD nº 35.503.169-8 foi declarada nula por vício formal, tal condição não restou configurada nos autos.

O relatório do Acórdão nº 08-11.779 – 7ª Turma da DRJ/FOR, ora guerreado, informa ao pé da fl. 42 que “A presente Notificação substitui a NFLD (DEBCAD nº 35.503.169-8), anulada ex vi da Decisão de Notificação - DN nº 05.401.4/0391/2005 da então Secretaria da Receita Previdenciária”.

Mais adiante, consigna o acórdão citado no parágrafo precedente, a fl. 46, que “No que se refere a NFLD DEBCAD nº 35.474.979-0, de 21/05/2002, lavrada face a referida obra, constatamos que a mesma foi anulada pela Decisão de Notificação - DN nº 05.401.4/026/2003, de 24/01/2003, por vício formal, conforme documentação apensada às fls.30/33”. Logo em seguida, o acórdão em tela complementa “Em cumprimento à mencionada Decisão de Notificação - DN nº 05.401.4/026/2003, de 24/01/2003, foi lavrada nova NFLD DEBCAD nº 35.503.169-8, a qual foi fulminada por força da DN nº 05.401.4/0391/2005. Fato este que teve como consectário a lavratura da presente NFLD (DEBCAD nº. 35.864.073-3) para fins de substituir a anteriormente extirpada”.

Do que se depreende dos termos acima transcritos, o lançamento originário deu-se mediante a lavratura da NFLD nº 35.474.979-0 a qual foi tornada nula pela DN nº 05.401.4/026/2003 (fls. 30/32). Em substituição, foi lavrada a NFLD nº 35.503.169-8, a qual foi fulminada por força da DN nº 05.401.4/0391/2005, sem cópia nos autos.

Ocorre que a NFLD nº 35.474.979-0 foi declarada nula, não por vício formal, mas em razão de uma variante do código FPAS inserido nos sistemas eletrônicos do INSS não permitir um parcelamento nos moldes do art. 38 da Lei 8.212/91, de no máximo 60 parcelas, caso o sujeito passivo optasse por fazê-lo, conforme assentado nos itens 4 a 6 da DN nº 05.401.4/026/2003, a fl. 31.

Cite-se que não houve erro do código FPAS. Este foi lançado corretamente como FPAS 507. As variações criadas internamente para fins de instrução do sistema informatizado (507-0 e 507-2) é que não estavam compatíveis.

Registre-se que as variantes do FPAS acima indicadas não tem previsão legislativa, ex vi Anexo II da Instrução Normativa SRP nº 3, de 14 de julho de 2005 ou Anexo I

da IN RFB nº 971/2009, não podendo um equívoco de instrução dos sistemas informatizados ser considerado como *vício formal do lançamento*. Adite-se que a própria DN nº 05.401.4/026/2003, a fls. 30/32, não faz qualquer menção à qualificação de tal vício como de natureza formal. Nem poderia !

Se equívocos ocorreram na instrução do sistema e este não permitiu a devida correção, deveria a Administração Fazendária demandar a quem estruturou e criou tal sistema uma correção de tal desvio, e não, simplesmente, anular o lançamento tributário, o qual, nesse tocante, se revelou formalmente correto.

Nessa perspectiva, afastada a incidência do inciso II do art. 173 do CTN, imperiosa é a observância do preceito inscrito no inciso I do Dispositivo Legal supra referido. Nessa condição, tendo sido o lançamento realizado em 09 de agosto de 2006, este apenas alcançaria os fatos geradores ocorridos a partir da competência dezembro/2000, inclusive, excluído os fatos geradores relativos ao 13º salário desse mesmo ano.

2.2. DOS FATOS GERADORES

O Aviso de Regularização de Obra – ARO, a fl. 19, informa que o início da obra deu-se em 1º de janeiro de 1990, sendo esta concluída em 07 de março de 2001, ou seja, mais de 11 anos e dois meses para se proceder a montagem de um kit de madeira de 174 m².

O Recorrente refuta veementemente as datas de início e término, argumentando que a citada construção teria sido erguida em 1986.

Como prova de suas alegações, o Recorrente fez coligir aos autos o recibo de compra do aludido kit de madeira, a fl. 37, datado de 26 de abril de 1986, bem como o contrato de frete nº 202/86 para o transporte do kit em foco, a fl. 36, celebrado em 09 de junho de 1986. Acostou, também, cópias autenticadas de fotografias de datadas de setembro/86, supostamente do imóvel em questão, buscando demonstrar que, a essa data, o imóvel já se encontrava erguido.

Requeru ainda a juntada de documento de ligação de energia elétrica e certidão da Prefeitura de Aquiraz, datado de 1990, legalizando perante o município a construção em referência. Tais documentos teriam sido juntados à NFLD nº 35.474.979-0, tornada nula pelos motivos elencados no item 2.1. supra, cujo pedido de anexação aos autos foi indeferido pela autoridade julgadora de 1ª instância.

A fiscalização não demonstrou as razões de consignar como data de início e término da obra os dias 01/01/1990 e 07/03/2001, respectivamente. Apenas as lançou de ofício, no Aviso de Regularização de Obra, a fl. 19, datado de 30 de janeiro de 2003, ou seja, após a lavratura da NFLD nº 35.474.979-0 originária, lavrada em 21 de maio de 2002.

A decisão de 1ª instância não enfrentou a impugnação oferecida pelo Recorrente em relação às datas de início e de término da obra consignadas no ARO. Apenas as considerou como a pura manifestação da verdade, nestes termos: “*Em exame percuciente ao sistema informatizado: "Consulta Dados da Obra" (PLENUS), referente à obra de matrícula CEI: 41.750.00638/66, assenta-se as seguintes informações: início da obra em 01/01/1990, área construída de 174 m2, não possui recolhimento de contribuições previdenciárias, do tipo: madeira ou mista, uso: Residencial, sem dados registrados sobre o término da obra*”.

Com efeito, não se mostra razoável que uma casa de madeira pré fabricada, adquirida em abril de 1986 e entregue em junho desse mesmo ano só viesse a ser erguida em 1º de janeiro de 1990, três anos e meio depois, e somente concluída a montagem após 11 anos e dois meses.

Se nos antolha ter o julgador *a quo* ignorado as razões expendidas pelo sujeito passivo, optando por depositar toda a credibilidade nas informações inseridas, *ex officio*, no Aviso de Regularização de Obra, ao mero talante do agente fiscal, eis que desprovidas de qualquer esteio em indício de prova material.

O conjunto probatório trazido aos autos revela que a razão muito se aproxima da tese defendida pelo Recorrente. Apesar de todas as incongruências que o cercam, e da inexistência de elementos que o defendam, o Aviso de Regularização de Obra acima referido goza de presunção *iuris tantum* de veracidade. Assim, como dos 11 anos e 02 meses expendidos na montagem, de acordo com o ARO, 03 meses ainda se encontram no período não alcançado pela decadência, não se poderia fulminar de pronto o lançamento *sub examine*.

Nesse contexto, para que não parem dúvidas quanto ao acerto da decisão a ser tomada, pautamos pela conversão do julgamento em diligência, para que se colacione ao vertente processo o documento de ligação de energia elétrica e a certidão da Prefeitura de Aquiraz de legalização da construção em realce perante o município em referência, documentos esses que já teriam sido juntados aos autos da NFLD nº 35.474.979-0 e que foram ignorados pela decisão recorrida.

3. CONCLUSÃO:

Pelos motivos expendidos, voto pela CONVERSÃO do julgamento em DILIGÊNCIA.

Do resultado da diligência, antes de os autos retornarem a este Colegiado deve ser conferida vistas ao Recorrente, para que, desejando, possa se manifestar no processo, no prazo normativo.

É como voto.

Arlindo da Costa e Silva

DECLARAÇÃO DE VOTO:

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.

As contribuições previdenciárias são tributos lançados por homologação, assim devem, em regra, observar o disposto no art. 150, parágrafo 4º do CTN. Havendo, então o pagamento antecipado, observar-se-á a regra de extinção prevista no art. 156, inciso VII do CTN. Entretanto, se não houver o pagamento antecipado não se aplica o disposto no art. 156, inciso VII do CTN, devendo assim ser observado o disposto no art. 173, inciso I do CTN; havendo a necessidade de lançamento de ofício substitutivo, conforme previsto no art. 149, inciso V do CTN. Nessa hipótese, caso não haja o lançamento, o crédito tributário será extinto em função do previsto no art. 156, inciso V do CTN. Caso tenha ocorrido dolo, fraude ou simulação não será observado o disposto no art. 150, parágrafo 4º do CTN, sendo aplicado necessariamente o disposto no art. 173, inciso I, independentemente de ter havido o pagamento antecipado.

Para que não haja supressão de instância, e considerando que o presente caso envolve necessariamente matéria probatória para verificar se a obra foi totalmente edificada em período abrangido pelo prazo decadencial previsto no CTN; entendo que o julgamento deva ser convertido em diligência.

O contribuinte procurou fazer prova de que a construção foi concluída considerando o prazo de 10 anos; em função da legislação vigente à época. Cabe então ao contribuinte demonstrar que a obra foi concluída considerando o prazo de cinco anos previsto no CTN; bem como cabe à fiscalização considerar no cálculo do presente lançamento o prazo previsto no CTN, para se for o caso refazer o cálculo, ainda que proporcionalmente.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto voto por CONVERTER o julgamento em DILIGÊNCIA.

É como voto.

Marco André Ramos Vieira