



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

Processo nº 12045.000640/2007-67
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2803-001.950 – 3ª Turma Especial
Sessão de 21 de novembro de 2012
Matéria Contribuições Previdenciárias
Recorrente ANHANGUERA RURAL CENTER S/C LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/03/2004 a 31/03/2004

CONSTRUÇÃO CIVIL. ARBITRAMENTO. POSSIBILIDADE.

Não sendo apresentados elementos que comprovem a natureza da construção efetivada, é possível o arbitramento da área construída.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. PRAZO DECADENCIAL. CINCO ANOS. TERMO A QUO.

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.

Encontram-se atingidos pela decadência os fatos geradores referentes às competências anteriores a 11/1998, inclusive.

JUROS CALCULADOS À TAXA SELIC. APLICABILIDADE.

A cobrança de juros está prevista na legislação tributária federal, desse modo foi correta a aplicação do índice pela fiscalização previdenciária.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do(a) relator(a), para reconhecer a

Processo nº 12045.000640/2007-67
Acórdão n.º **2803-001.950**

S2-TE03
Fl. 3

decadência referente aos fatos geradores anteriores a 11/1998, inclusive, e que o valor da multa aplicada seja calculado segundo o art. 35-A da lei 8.212/91, na redação dada pela lei 11.941/09, e comparado aos valores que constam da presente notificação, para se determinar o resultado mais favorável ao contribuinte. A comparação dar-se-á no momento do pagamento ou do parcelamento do débito pelo contribuinte e, na inexistência destes, no momento do ajuizamento da execução fiscal, conforme art.2º. da portaria conjunta RFB/PGFN no. 14, de 04.12.2009.

assinado digitalmente

Helton Carlos Praia de Lima - Presidente.

assinado digitalmente

Oséas Coimbra - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Helton Carlos Praia de Lima, Oséas Coimbra Júnior, Gustavo Vettorato, Amílcar Barca Teixeira Júnior, André Luis Marsico Lombardi e Natanael Vieira dos Santos.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra decisão da Delegacia da Secretaria da Receita Federal do Brasil de Julgamento, que manteve a notificação fiscal lavrada, referente a contribuições devidas em razão de obra de construção civil. Foi realizada aferição pelo CUB – Custo Unitário Básico. A obra foi iniciada em nome da pessoa física Henrique Schiefferdecker Filho.

A DN de fls 86 foi anulada através do acórdão CARF 2402-01.229 em razão da falta de ciência das diligências efetuadas e, após sanada a falta, foi exarado o acórdão 14-35.674 - 9ª Turma da DRJ/POR, mantendo a Notificação lavrada. Interposto recurso voluntário tempestivo, subiram os autos a este Colegiado onde a recorrente alega, em síntese, o seguinte:

- Muito embora não conste do projeto arquitetônico, "habite-se" parcial e certidão emitida pela Prefeitura Municipal de Nova Odessa as informações de que a área total construída é composta por quatro distintos grupos de edificações, quais sejam, três blocos de lojas (tipo armazém ou depósito), um pavilhão de estrutura metálica (tipo ginásio), edifício destinado a auditório e construções destinadas a restaurantes, choperia e eventos sociais, é de se registrar que a Recorrente demonstrou que a finalidade e o tipo de edificação apontados pela autoridade fiscal para o cálculo do débito em questão não correspondem à realidade.
- Depreende-se dos documentos apresentados pela Recorrente (fls. 45/61 e 68/69) que a finalidade e tipo de edificação da obra de construção civil realizada pela Recorrente variam entre (i) comercial, (ii) comercial - salas e lojas e (iii) galpão industrial, bem como entre padrão baixo e padrão alto, de forma que para cada grupo de edificação o valor do CUB por metro quadrado aplicado é específico. Tais diferenças deveriam ter sido levadas em consideração para a determinação da valoração para cada uma das edificações, para efeito de cálculo das incidências das contribuições previdenciárias.
- Diante da busca da verdade real, a Recorrida deve considerar as informações constantes do laudo apresentado pela Recorrente, bem como autorizar a produção de prova técnica complementar.
- Uma vez assegurado o direito à produção de prova técnica poderá a Recorrente demonstrar que as obras do pavilhão com utilização de estrutura metálica, realizado pela Estruturas Metálicas Batistella Ltda., são estruturas metálicas e não mera cobertura como fundamenta a Recorrida, de forma que a Recorrente fará jus a redução prevista no artigo 470 da Instrução Normativa INSS nº 100/2003.

- Na hipótese do auto de infração ser mantido, requer-se a V. Sa. que sejam observadas as disposições da Lei Federal n. 11.941/09 no que se refere às multas aplicadas contra a Recorrente, de sorte que prevaleça a penalidade menos severa.
- Inconstitucionalidade da SELIC
- Requer a esse Colendo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais o conhecimento do presente Recurso e o seu provimento, para o fim de julgar insubsistente o auto de infração.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Oséas Coimbra

O recurso voluntário é tempestivo, e considerando o preenchimento dos demais requisitos de sua admissibilidade, merece ser apreciado.

O relatório fiscal informa tratar-se de obra de construção civil inicialmente sob responsabilidade do Sr Henrique Schiefferdecker Filho, sendo edificado primeiramente um prédio comercial de 2.374,12m² - habite-se de 30.01.1998 e posteriormente acrescida área de 5.058,56m² com a mesma destinação, conforme certidão emitida pela Prefeitura Municipal em 04.03.2004.

Dos documentos acostados, a desdúvida temos a construção total de 7.432,68m², com área parcialmente abarcada pela decadência como veremos a seguir.

O ARO-Aviso para Regularização de Obra, de fls 22, demonstra a área apurada e os recolhimentos existentes, apontando o período considerado da obra de 31.01.1996 a 30.12.2003.

A recorrente se insurge acerca do enquadramento da área construída, mas reconhece a falha nas informações em relação à obra, conforme consta de seu recurso, que transcrevo em parte.

*Muito embora **não conste do projeto arquitetônico, "habite-se" parcial e certidão emitida pela Prefeitura Municipal de Nova Odessa** as informações de que a área total construída é composta por quatro distintos grupos de edificações, quais sejam, três blocos de lojas (tipo armazém ou depósito), um pavilhão de estrutura metálica (tipo ginásio), edifício destinado a auditório e construções destinadas a restaurantes, choperia e eventos sociais, é de se registrar que a Recorrente demonstrou que a finalidade e o tipo de edificação apontados pela autoridade fiscal para o cálculo do débito em questão não correspondem à realidade.*

Esse ponto foi expressamente abordado pelo contencioso, sendo inclusive baixado os autos em diligência onde o auditor fiscal informou às fls 84 que não há como fazer enquadramentos distintos conforme o §3º do art 451 da IN 100/03, uma vez que existem divergências entre as áreas constantes no projeto e o que consta no habite-se e na certidão com áreas construídas, inviabilizando assim a ressalva prevista no §3º do art 450 da IN citada. Informa ainda que a área total do projeto é de 12.844,13 m² e na certidão da prefeitura constam 7.432,68 m² construídos, a ratificar as divergências existentes.

Art. 450. O enquadramento da obra de construção civil, em se tratando de edificação, será realizado de ofício, pelo INSS, de acordo com a destinação do imóvel, a área privativa, o número de pavimentos, o número de quartos da unidade autônoma, o padrão e o tipo da obra, e tem por finalidade encontrar o CUB aplicável à obra e definir o procedimento de cálculo a ser adotado.

§ 1º O enquadramento será único por projeto, ressalvado o disposto no § 3º do art. 451 e no § 3º deste artigo.

(...)

Art. 451. O enquadramento da obra levará em conta as seguintes tabelas:

...

§ 3º Havendo no mesmo projeto construções com as características mencionadas nas tabelas previstas nos incisos I, II ou III do caput e construções com as características das tabelas previstas nos incisos IV ou V do caput, deverão ser feitos enquadramentos distintos, na respectiva tabela, sendo que as obras referidas nas tabelas dos incisos IV ou V do caput serão consideradas, para efeito de cálculo, como acréscimo das obras mencionadas nas tabelas dos incisos I, II ou III do caput, observado o disposto no § 1º deste artigo.

Demonstra-se assim que não há como proceder a diferenciação como pleiteado pelo contribuinte, por absoluta falta de dados que informem a natureza do que fora construído, afastando também a possibilidade de apreciação da redução que consta do art. 470 da IN 100/03.

Acerca da produção de prova técnica suscitada, o julgador se manifestou pela sua desnecessidade, uma vez que constam nos autos todos os elementos necessários ao seu correto entendimento, tudo com respaldo no art. 18 do decreto 70.235/72.

Sobre o laudo trazido pela recorrente às fls 68, irreprochável o entendimento do órgão *a quo*, o qual reproduzo e incorporo a este voto.

Observa-se, finalmente, que o laudo anexado às fls. 74/75 não é suficiente à alteração no enquadramento da obra na tabela comercial devido à ausência de previsão legal, já que o enquadramento da obra deve ser realizado com fundamento no projeto arquitetônico (artigo 450 da Instrução Normativa INSS/DC nº 100/03).

Deve, portanto, ser mantido o enquadramento realizado pela autoridade fiscal.

Considerando a inexistência nos autos de elementos aptos a comprovar as alegações expostas pela defesa e não identificado equívoco no enquadramento da obra para fins de cálculo da contribuição devida, mantém-se o lançamento tributário em sua integralidade.

Uma vez que a recorrente não trouxe elementos que demonstrem o erro no procedimento adotado, tenho como improcedente o recurso apresentado, nessa parte.

DA DECADÊNCIA

A súmula vinculante do STF, nº 08 traz:

“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”.

Com a decisão do Pretório Excelso, a questão passa a ser decidida com base nos artigos art. 150, § 4º e 173, ambos do Código Tributário Nacional – CTN.

Transcrevemos o artigo 173 :

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.

A jurisprudência pátria já assentou que a aplicabilidade deste artigo seria na hipóteses de inexistência de pagamento antecipado ou na ocorrência de fraude ou dolo, conforme transcrevemos.

“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.)

Já o artigo 150, § 4º, informa:

Art.150 O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

...

§ 4º - Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. (grifo nosso)

No presente caso, aplica-se a regra do art 173, onde o relatório ARO – Aviso de Regularização de obra não registrar pagamentos parciais e o art. 150 §4º quando houver registro.

Assim sendo, aplicando-se o art. 173, há que se reconhecer a decadência referente às competências anteriores a 11/1998, inclusive, uma vez que a ciência do débito foi em 10/05/2004.

No caso presente não há que se falar na aplicabilidade do art. 150 §4º uma vez que não há recolhimentos nas competências 12/1998 a 04/1999.

Nessa linha já se manifestou o STJ, no rito do art. 543-C do Código Processual, consoante RESP 973.733/SC e nos EDcl nos EDcl no AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 674.497 - PR (2004/0109978-2), DJe 26/02/2010, que transcrevo.

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. RECOLHIMENTOS NÃO EFETUADOS E NÃO DECLARADOS. ART. 173, I, DO CTN. DECADÊNCIA. ERRO MATERIAL. OCORRÊNCIA. ACOLHIMENTO. EFEITOS MODIFICATIVOS. EXCEPCIONALIDADE.

1. Trata-se de embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional objetivando afastar a decadência de créditos tributários referentes a fatos geradores ocorridos em dezembro de 1993.

2. Na espécie, os fatos geradores do tributo em questão são relativos ao período de 1º a 31.12.1993, ou seja, a exação só poderia ser exigida e lançada a partir de janeiro de 1994. Sendo assim, na forma do art. 173, I, do CTN, o prazo decadencial teve início somente em 1º.1.1995, expirando-se em 1º.1.2000.

Considerando que o auto de infração foi lavrado em 29.11.1999, tem-se por não consumada a decadência, in casu.

3. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para dar parcial provimento ao recurso especial.

Ante o exposto, reconheço a decadência, nos termos do voto proferido.

DA TAXA SELIC

A cobrança de juros está prevista em lei específica da previdência social, art. 34 da Lei nº 8.212/1991, abaixo transcrito.

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. (Artigo restabelecido, com nova redação dada e parágrafo único acrescentado pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

Parágrafo único. O percentual dos juros moratórios relativos aos meses de vencimentos ou pagamentos das contribuições corresponderá a um por cento.

Nesse sentido já se posicionou o STJ no Recurso Especial nº 475904, publicado no DJ em 12/05/2003, cujo relator foi o Min. José Delgado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CDA. VALIDADE. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 07/STJ. COBRANÇA DE JUROS. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. A averiguação do cumprimento dos requisitos essenciais de validade da CDA importa o revolvimento de matéria probatória, situação inadmissível em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 07/STJ. No caso de execução de dívida fiscal, os juros possuem a função de compensar o Estado pelo tributo não recebido tempestivamente. Os juros incidentes pela Taxa SELIC

estão previstos em lei. São aplicáveis legalmente, portanto. Não há confronto com o art. 161, § 1º, do CTN. A aplicação de tal Taxa já está consagrada por esta Corte, e é devida a partir da sua instituição, isto é, 1º/01/1996. (REsp 439256/MG). Recurso especial parcialmente conhecido, e na parte conhecida, desprovido.

Quanto à inconstitucionalidade, não cabe tal análise na esfera administrativa. Não é de competência da autoridade julgadora a recusa ao cumprimento de norma supostamente inconstitucional – *ex vi* art. 62 do regimento interno do CARF, aprovado pela portaria GMF no- 256, de 22 de junho de 2009.

Toda lei presume-se constitucional e, até que seja declarada sua inconstitucionalidade pelo órgão competente do Poder Judiciário para tal declaração ou exame da matéria, deve o agente público, como executor da lei, respeitá-la.

A alegação de inconstitucionalidade formal de lei não pode ser objeto de conhecimento por parte do administrador público. Enquanto não for declarada inconstitucional pelo STF, ou examinado seu mérito no controle difuso (efeito entre as partes) ou revogada por outra lei federal, a referida lei estará em vigor e cabe à Administração Pública acatar suas disposições.

Este Conselho Administrativo já tem a matéria sumulada, de seguimento obrigatório por seus membros:

Súmula CARF nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Pondo fim a essa discussão, o STF, em sede de repercussão geral, no julgamento do RE 582461/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, em 18.5.2011, decidiu ser legítima a incidência da Selic como índice de atualização dos débitos tributários pagos em atraso.

Dessa feita, foi correta a aplicação do índice pela fiscalização federal.

DA MULTA APLICADA

A multa aplicada tem seu valor determinado pela legislação em vigor. A atividade tributária é plenamente vinculada ao cumprimento das disposições legais, sendo-lhe vedada a discricionariedade de aplicação da norma quando presentes os requisitos materiais e formais para sua aplicação. A presente multa encontra fundamento nos dispositivos legais trazidos no relatório Fundamentos Legais do Débito – FLD.

No entanto, o art. 106, inciso II, "c" do CTN determina a aplicação de legislação superveniente apenas quando esta seja mais benéfica ao contribuinte.

Os valores das multas referentes a descumprimento de obrigação principal foram alterados pela MP 449/08, de 03.12.2008, convertida na lei nº 11.941/09. Assim sendo, como os fatos geradores se referem aos anos de 2004 e anteriores, o valor da multa deve ser calculado segundo o art. 35-A da lei 8.212/91, na redação dada pela lei 11.941/09, e comparado aos valores que constam da presente notificação, para se determinar o resultado mais favorável ao contribuinte.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto por conhecer do recurso e, no mérito, dou-lhe parcial provimento para reconhecer a decadência referente aos fatos geradores anteriores a 11/1998, inclusive, e que o valor da multa aplicada seja calculado segundo o art. 35-A da lei 8.212/91, na redação dada pela lei 11.941/09, e comparado aos valores que constam da presente notificação, para se determinar o resultado mais favorável ao contribuinte. A comparação dar-se-á no momento do pagamento ou do parcelamento do débito pelo contribuinte e, na inexistência destes, no momento do ajuizamento da execução fiscal, conforme art. 2º da portaria conjunta RFB/PGFN nº 14, de 04.12.2009.

assinado digitalmente

Oséas Coimbra - Relator.