



Ministério da Economia
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS



Processo n° 15885.000244/2008-17
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2402-008.527 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 8 de julho de 2020
Recorrente CASTRO CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1996 a 30/06/1997

DECADÊNCIA. SÚMULA VINCULANTE Nº 8 DO STF. CTN.

A partir da publicação da Súmula Vinculante nº 08 do Supremo Tribunal Federal (STF), a decadência no âmbito previdenciário passou a ser regida pelo Código Tributário Nacional (CTN).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso voluntário da contribuinte (CASTRO CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA.), cancelando-se integralmente o crédito lançado, uma vez que atingido pela decadência, razão pela qual não foi realizada a análise das demais alegações deduzidas em seu recurso e nem foi realizada a análise das alegações deduzidas no recurso da responsável solidária (SOCIEDADE BENEFICENTE PORTUGUESA DE BAURU).

(documento assinado digitalmente)

Denny Medeiros da Silveira - Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ana Claudia Borges de Oliveira, Denny Medeiros da Silveira, Francisco Ibiapino Luz, Gregório Rechmann Junior, Luís Henrique Dias Lima, Márcio Augusto Sekeff Sallem, Rafael Mazzer de Oliveira Ramos e Renata Toratti Cassini.

Relatório

Por bem descrever os fatos ocorridos até a decisão de primeira instância, transcreveremos o relatório constante da Decisão-Notificação nº 21.423.4/0354/2006, da Secretaria da Receita Previdenciária (SRP), fls. 220 a 227:

DA NOTIFICAÇÃO

1. Trata-se de crédito lançado pela fiscalização contra a empresa acima identificada que, de acordo com o Relatório Fiscal de fls. 08/11, refere-se à contribuições devidas ao

INSS, não recolhidas, destinadas à Seguridade Social, correspondente à parte da empresa, à parte do empregado (não descontada), ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa, no período compreendido entre 01/1996 a 06/1997.

2. O lançamento teve como fato gerador a utilização de mão de obra na execução da reforma e construção realizada na Rua Rio Branco, n.º 13-83, em Bauru, sob a forma de empreitada parcial, sob a responsabilidade da empresa Castro Construtora e Incorporadora Ltda., contratada pela Sociedade Beneficente Portuguesa, tendo sido aplicado o percentual de 40% sobre o valor bruto das notas fiscais, resultando no montante (atualizado e com acréscimos legais) de R\$ 96.655,18 (noventa e seis mil, seiscentos e cinquenta e cinco reais e dezoito centavos), consolidado em 28/04/2006.

DA IMPUGNAÇÃO

3. Dentro do prazo regulamentar, a empresa apresentou a defesa de fls. 44/89, requerendo a nulidade e improcedência da NFLD, alegando, em síntese, que:

a) Não agiu com acerto o Fisco previdenciário já que a utilização do percentual de 40% sobre o total da fatura para efeito de apuração de mão de obra só é utilizada quando não houve aplicação e fornecimento de material, o que não é o caso, pois nesta obra houve sim utilização de material; ressalte-se, ainda, que a fiscalização não considerou os salários de contribuição efetivamente pagos conforme demonstram as folhas de pagamento vinculadas aos serviços prestados à Sociedade Beneficente Portuguesa, em especial em relação às matrículas CEI 21.060.05265/70 e CEI 21.060.05379/79, também deve a fiscalização não considerar as Notas Fiscais referentes a administração e serviços de projeto, o que não foi feito;

b) o rol elencado no § 4º do art. 31 da Lei 8.212/91 apenas trata das prestadoras de serviços pro cessão de mão de obra, incluindo por veículos normativos impróprios as prestadoras de serviços de outra natureza, como os serviços de empreitada de obra, exigindo dos mesmos, de forma ilegal e inconstitucional a retenção de 11%; a empreitada de mão de obra torna o empregado sujeito diretamente às ordens do contratante tomador, o que se diferencia e muito da empreitada de obra, pois nesta não há subordinação dos empregados do empreiteiro às ordens do contratante, não havendo tal disponibilidade; tem-se por certa a não subordinação desta última à retenção de 11%, vez não se enquadrar no mesmo rol ditado pela legislação específica;

c) a retenção de 11% sobre o valor da nota fiscal fatura emitida pela prestadora de serviços atenta contra o princípio constitucional tributário da legalidade; dados estatísticos comprovam encontrar-se o percentual estabelecido pela lei em patamar muito superior ao correspondente à contribuição incidente sobre a folha de pagamento, representando verdadeiro e inadmissível empréstimo compulsório;

d) somente são contribuintes das contribuições ao SESI/SENAI as empresas que atuam no setor industrial bem como nas atividades assemelhadas pela lei; no caso da apelante, inexistente qualquer enquadramento da autora como contribuinte da contribuição ora combatida; as empresas prestadoras de serviços de construção civil, como é o caso da recorrente, não são contribuintes das contribuições ao SESI/SENAI, por não serem empresas industriais; não há embasamento legal que fundamente ou legitima a cobrança das contribuições compulsórias ao SESI/SENAI;

e) não tendo o legislador descrito o tipo legal da contribuição para o SAT definindo precisamente os termos de ATIVIDADE PREPONDERANTE, RISCO LEVE, MÉDIO OU GRAVE, não há que se falar em obrigatoriedade do pagamento de tal contribuição; em virtude do princípio da legalidade estrita, somente a lei poderá fixar os elementos da hipóteses de incidência e não sendo esta definidora, não tem o Decreto o condão de exercer tal magistério;

f) é inconstitucional a contribuição ao Sebrae; a sua instituição deveria ser por meio de lei complementar; o Sebrae foi criado para auxiliar no apoio a micro e pequena empresa; a empresa não se utiliza de tal contribuição por não se enquadrar como microempresa ou empresa de pequeno porte;

g) a vista da aplicação da Taxa SELIC pelo fisco previdenciário faz-se necessário dizer da inconstitucionalidade dos acréscimos pretendidos a título da Taxa SELIC vez que esta foi criada para a utilização dentro do sistema financeiro, e não há nenhuma vinculação como Sistema Tributário Nacional; a sua adoção para fins tributários constitui uma inconstitucionalidade em face da violação aos princípios constitucionais tributários da tipicidade, da legalidade e da isonomia;

h) o Fisco cobra multas que variam em percentuais significativos sobre o valor principal, caracterizando um verdadeiro confisco; neste diapasão, absolutamente inconstitucional a multa instituída pelas legislações supracitadas.

4. Juntou os documentos de fls. 90/187 - Cópia de Alteração de Contrato Social, de GPS, do Contrato de Fornecimento de Mão de Obra, Material e Execução de Serviços, de Notas Fiscais, e Folhas de Pagamento.

5. Em 25/05/06, a tomadora de serviços, Sociedade Beneficente Portuguesa, interpôs a defesa de fls. 188/193, protestando pela apresentação de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente a juntada de documentos e produção de prova pericial, alegando, em síntese, que:

a) a solidariedade a época da ocorrência só se impunha se houvesse cessão de mão de obra; assim, não demonstrada a cessão de mão de obra, não pode prevalecer o lançamento por solidariedade;

b) da forma como os fatos foram considerados a impugnante está sendo responsabilizada por problemas contábeis que possam ter acontecido na contabilidade da empresa que contratou para realizar trabalhos de construção civil; a empresa não deu causa aos referidos problemas; aceitando-se que a impugnante pudesse ser responsabilizada pro problemas contábeis de outra empresa, não se pode olvidar que para o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa, deveria conhecer o documento tido como inconsistente; assim, esse fato que impede de forma absoluta e total a defesa, torna o lançamento com relação a recorrente, improcedente;

c) se uma empresa não pode transferir o ônus da obrigação acessória que impõe a realização da contabilidade de acordo com a lei, a outra empresa não pode sofrer qualquer tipo de penalidade quando a primeira não agiu de acordo com as regras impostas; o proprietário, dono da obra, é responsável por solidariedade, em face construtora, com relação à obrigação principal, porque em relação à obrigação acessória;

d) constou, ainda, do relatório, que da folha de pagamento, na consideração do salário de contribuição para as obras, foram excluídas algumas funções que não fazem parte do CUB; ora, o relatório é absolutamente claro ao informar que o arbitramento foi feito aplicando-se 40% no faturamento; assim, não há outra conclusão senão que o arbitramento na forma em que foi feito não guarda relação nenhuma com o SINDUSCON; dessa forma, a exclusão dos empregados que cujas funções não integram o CUB não pode prevalecer; mesmo porque não foi noticiado nos autos quais funções foram excluídas, em afronta ao princípio da ampla defesa e do contraditório;

e) o período do lançamento é praticamente coincidente; acontece que como o relatório não traz discriminadamente os números das notas fiscais objeto desta notificação, não há condições de se verificar se todos os valores aqui lançados é faturamento contra a impugnante, bem como se há lançamento em duplicidade;

6. Juntou os documentos de fls. 194/201 Contrato de Terceirização de Administração.

Ao julgar a impugnação, em 31/8/06, o órgão julgador da SRP concluiu pela sua procedência em parte, cancelando parte do lançamento e consignando a seguinte ementa no *decisum*:

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. CONSTRUÇÃO CIVIL. SOLIDARIEDADE. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA DE TERCEIROS E DO SAT. MULTA E TAXA SELIC

APLICADAS CONFORME O DISPOSTO NA LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PRAZO DECADENCIAL DE 10 ANOS. Lançamento por solidariedade em face da realização de obra de construção civil. No âmbito do contencioso administrativo não se declara a inconstitucionalidade ou ilegalidade de lei ou ato normativo. Competência exclusiva do Poder Judiciário. Multa e Juros aplicados conforme o disposto na legislação previdenciária. Prazo decadencial previsto no art. 45 da Lei 8.212/91. Multa e Taxa SELIC aplicadas conforme o disposto na legislação.

LANÇAMENTO PROCEDENTE EM PARTE.

Cientificada da decisão de primeira instância, em 19/9/06, segundo o Aviso de Recebimento (AR) de fl. 239, a Contribuinte, interpôs o recurso voluntário de fls. 240 a 314, em 10/10/06, alegando, em síntese, que:

- É desnecessário o depósito prévio para interposição de recurso;
- O fisco previdenciário não pode alegar que não houve a efetiva utilização de materiais na obra fiscalizada quando ele próprio examinou Notas Fiscais onde estão definidos os valores de materiais e serviços destacadamente conforme se pode denotar pela planilha juntada à fls. 06 da Decisão-Notificação n.º 0340/2006. Nesse ponto, a Contribuinte discorre sobre diversas Notas Fiscais;
- A retenção de 11% é ilegal, inconstitucional e abusiva, e atenta contra os princípios constitucionais tributários;
- Há uma desproporção entre o valor da retenção por antecipação em relação à mesma contribuição antecipada, ultrapassando muito o valor da contribuição devida, o que representa um verdadeiro empréstimo compulsório inadmissível;
- Estaria ausente o elemento pessoa da Regra-Matriz de Incidência Tributária para enquadrar a Recorrente como contribuinte do SESI, além do mais, não haveria norma a exigir a contribuição ao SESI/SENAI;
- Seria inconstitucional a contribuição destinada ao “Seguro Acidente de Trabalho – SAT”, no período exigido na Notificação-Fiscal de Lançamento de Débito (NFLD), uma vez que a definição dos graus de risco das atividades comerciais e industriais não deve se dar por decreto, mas sim por lei;
- Seria inconstitucional a contribuição ao SEBRAE;
- Seria inconstitucional a cobrança de juros SELIC;
- Seria inconstitucional a multa aplicada, alegando ter caráter confiscatório.

A Sociedade Beneficente Portuguesa de Bauru, por sua vez, na condição de responsável solidária, foi cientificada da decisão em 15/9/06, segundo o AR de fl. 238, apresentou o recurso voluntário de fls. 448 a 457, em 10/10/06, no qual reitera as alegações da sua impugnação, questionando, basicamente, a sua responsabilidade solidária.

Em 25/9/08, a Contribuinte apresentou a manifestação de fls. 500 a 501, na qual invocou a Súmula Vinculante n.º 8 do Supremo Tribunal Federal (STF), alegando a ocorrência da decadência em relação ao crédito que compõe o objeto do lançamento ora discutido.

É o Relatório.

Fl. 5 do Acórdão n.º 2402-008.527 - 2ª Sejul/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo n.º 15885.000244/2008-17

Voto

Conselheiro Denny Medeiros da Silveira, Relator.

Do conhecimento dos recursos voluntários

Os recursos voluntários são tempestivos e atendem aos demais requisitos de admissibilidade. Assim, deles conheço.

Do fato superveniente alegado

Como visto no relatório acima, em manifestação apresentada em 25/9/08, ou seja, dois anos após a apresentação do recurso voluntário, a Contribuinte invocou fato superveniente, consubstanciado na edição da Súmula Vinculante n.º 8 do Supremo Tribunal Federal (STF), publicada no Diário Oficial da União (DOU) em 20/6/08, e que declarou inconstitucional os artigos 45 e 46 da Lei n.º 8.212, de 24/7/91.

Desse modo, tendo em vista a regra contida no art. 16, § 4º, alínea “b”, do Decreto n.º 70.235, de 6/3/72, conhecemos dessa alegação.

Pois bem, nos termos do art. 45, da Lei 8.212/91, vigente à época dos fatos geradores, o direito de a Seguridade Social de apurar e lançar seus créditos extinguiu-se em 10 (dez) anos¹, porém, em decorrência do julgamento dos Recursos Extraordinários 556.664, 559.882, 559.943 e 560.626, o STF editou, em 12/6/08, a referenciada Súmula Vinculante n.º 8 (DOU 20/6/2008), nos seguintes termos:

São inconstitucionais o parágrafo único do art. 5º do Decreto-Lei n.º 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei n.º 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

Em face da Súmula Vinculante n.º 8, do STF, foi expedido o Parecer PGFN/CAT n.º 1617, de 1/8/08, que assim dispôs:

- a) no caso do pagamento parcial da obrigação, independentemente de encaminhamento de documentação de confissão (DCTF, GFIP ou pedido de parcelamento), o prazo de decadência para o lançamento de ofício da diferença não paga é contado com base no § 4º, do art. 150, do Código Tributário Nacional;
- b) no caso de não pagamento, nas hipóteses acima elencadas (com ou sem o encaminhamento de documentação de confissão), o prazo é contado com base no inciso I, do art. 173, do CTN;

A esse respeito, vejamos o que diz o Código Tributário Nacional (CTN), Lei n.º 5.172, de 25/10/66:

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.

[...]

¹ Contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, a constituição de crédito anteriormente efetuada.

§ 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.

[...]

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.

Conforme se observa, o prazo para a Seguridade Social apurar e lançar seus créditos passou a ser de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador, nas hipóteses em que o tributo obedeça ao regime de lançamento por homologação e desde que haja início de pagamento (antecipação), ainda que parcial (art. 150, § 4º, do CTN), ou a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, na hipótese de inexistência de início de pagamento (art. 173, I, do CTN), ou na ocorrência de dolo, fraude ou simulação (parte final do § 4º, art. 150, do CTN).

Sendo assim, no caso em tela, como o lançamento diz respeito ao período de 1º/1/99 a 30/6/97, segundo o relatório fiscal de fls. 9 a 12, e considerando que a ciência do lançamento ocorreu somente em 4/5/06 (vide NFLD de fl. 2), tem-se que, por qualquer uma das regras do CTN (art. 150, § 4º, ou art. 173, inciso I), o crédito lançado restou integralmente atingido pela decadência.

Desse modo, não faremos a análise das demais alegações deduzidas no recurso voluntário da Contribuinte e nem a análise das alegações deduzidas no recurso voluntário da responsável solidária.

Conclusão

Isso posto, voto por **DAR PROVIMENTO** ao recurso voluntário da Contribuinte (CASTRO CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA.), cancelando integralmente o crédito lançado, uma vez que atingido pela decadência, razão pela qual não faremos a análise das demais alegações por ela deduzidas e nem faremos a análise das alegações deduzidas pela responsável solidária (SOCIEDADE BENEFICENTE PORTUGUESA DE BAURU).

(documento assinado digitalmente)

Denny Medeiros da Silveira