



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

Processo nº 15983.000392/2007-42
Recurso nº 99.999 Voluntário
Acórdão nº 2301-004.164 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 07 de outubro de 2014
Matéria CONSTRUÇÃO CIVIL
Recorrente ILDEU LADEIRA E OUTROS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/11/2005 a 30/11/2005

DECADÊNCIA. PRAZO DE CINCO ANOS. DISCUSSÃO DO DIES A QUO NO CASO CONCRETO. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO DA SÚMULA CARF N. 99.

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 (CTN). O prazo decadencial, portanto, é de cinco anos. O *dies a quo* do referido prazo é, em regra, aquele estabelecido no art. 173, inciso I do CTN (primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado), mas a regra estipulativa deste é deslocada para o art. 150, §4º do CTN (data do fato gerador) para os casos de lançamento por homologação nos quais haja pagamento antecipado em relação aos fatos geradores considerados no lançamento. Constatando-se dolo, fraude ou simulação, a regra decadencial é reenviada para o art. 173, inciso I do CTN. No caso, verificou-se que há demonstração pela autuada de recolhimento [fl. 38], logo, devendo ser aplicada a regra disposta no art. 150, §4º, CTN.

O enunciado Súmula CARF nº 99 prevê que: Para fins de aplicação da regra decadencial prevista no art. 150, § 4º, do CTN, para as contribuições previdenciárias, caracteriza pagamento antecipado o recolhimento, ainda que parcial, do valor considerado como devido pelo contribuinte na competência do fato gerador a que se referir a autuação, mesmo que não tenha sido incluída, na base de cálculo deste recolhimento, parcela relativa a rubrica especificamente exigida no auto de infração.

Deste modo, considerando que o crédito previdenciário foi constituído em **27/12/2005**, consideram-se fulminadas pela decadência as competências até **11/2000, logo a totalidade das competências considerando** tratando-se de obra de construção civil, com sua conclusão fora do prazo decadencial de 05 (cinco) anos, nos termos do artigo 173, inciso I, do CTN, devidamente

comprovada mediante documentação hábil e idônea, notadamente (i) Carta de Habitação n. 104 expedida em 21/03/1990; (ii) IPTU's de 1990, 1992 e 1993; (iii) Convenção Condomínio Brasil registrada em 31/01/1994; e (iv) Certidão Negativa de Débitos de 27/09/1993, documentos esses que possuem fé pública, corroboradas por conjunto probatório robusto, impõe-se o acolhimento do pleito do contribuinte, em observância ao princípio da verdade material.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, I) por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, devido a decadência, nos termos do voto que integra o presente julgado. Sustentação oral: Sandra Cristina Palheta. OAB: 160099/SP.

MARCELO OLIVEIRA - Presidente.

MANOEL COELHO ARRUDA JÚNIOR - RELATOR - Relator.

EDITADO EM: 29/10/2014

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: MARCELO OLIVEIRA (Presidente), ADRIANO GONZALES SILVERIO, DANIEL MELO MENDES BEZERRA, CLEBERSON ALEX FRIESS, NATANAEL VIEIRA DOS SANTOS, MANOEL COELHO ARRUDA JUNIOR.

Relatório

Trata-se de Auto de Infração por descumprimento de Obrigação Principal Previdenciária lavrado pela Fiscalização da Receita Federal do Brasil em face dos contribuintes acima identificados, que de acordo com Relatório Fiscal de fls. 10/17 e Relatório Fiscal Complementar de fls. 1601161 e 338/339, refere-se a fatos geradores de contribuições previdenciárias correspondentes à parte empresa, a parte dos empregados, as destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho e aos Terceiros.

A origem das contribuições previdenciárias devidas é proveniente de obra de construção civil que integra relação encaminhada pelo Ministério Público Federal através de OFÍCIO/PRM/SANTOS/GABC1V/PSDRJ n.º 027/2004 de 10/02/2004, que quando foi concluída foi objeto de liberação ilegal, considerando que foram adotados procedimentos irregulares para emissão de Certidão Negativa de Débito — CND, em desacordo com as determinações contidas na legislação previdenciária.

Segundo consta dos autos, ficou constatado por meio de processo administrativo disciplinar que duas funcionárias do INSS, se valendo das funções que exerciam, liberaram de forma fraudulenta e dolosa a Certidão Negativa de Débito — CND para obras de construção civil sem que tenha havido o recolhimento integral das contribuições devidas A Seguridade Social.

Dessa forma, a Portaria MPAS n.º 188, fls. 155, cassou a aposentadoria de uma das funcionárias, e a Portaria MPAS n.º 189, fls. 156, demitiu a outra servidora. Ambas Portarias foram expedidas em 27/02/2002 e publicadas no DOU de 01/03/2002, página 19, seção II.

Em 27/12/2006 foi lavrada a Portaria MPS/SRP/DRP Santos n.º 34, publicada no DOU n.º 03, de 04/01/2007, Seção 1, página 63, cópia As fls.157/159, que cancelou os efeitos da CND expedida para a obra do Sr. Ildeu Ladeira e Outros, utilizada para averbar a obra matrícula CEI n.º 21.592.00170/69, a contar da data de sua emissão, e anulou todo e qualquer ato eventualmente praticado, para o qual a apresentação daquela certidão tenha servido de prova de inexistência de débito de contribuições previdenciárias.

Transcorrido o prazo regulamentar de 30 dias para apresentação de defesa ou pagamento do débito em epígrafe, o Sr. Ildeneu Gallias compareceu espontaneamente aos autos (§1º do artigo 214 do Código de Processo Civil) e apresentou manifestação tempestiva as fls. 28/32, juntando procuração de poderes específicos as fls. 33, documentos as fls. 34/134, alegando em síntese que:

(i) O imóvel em que foi realizada a mencionada construção civil foi adquirido em 1985, sendo desmembrado em 13 unidades autônomas com proprietários diferentes, conforme atesta as matrículas devidamente registradas no cartório de registro de imóveis, ensejando a formação do Condomínio Brasil, registrado em 29/10/93;

(ii) Todas as citações e intimações foram feitas em nome do Sr. Ildeu Ladeira, sendo estas nulas de pleno direito, uma vez que foram feitas em nome de pessoa que não guarda mais vínculo com o imóvel e a construção civil lá realizada, e conseqüentemente não tinha condições e interesse em prestar os esclarecimentos solicitados a fim de evitar uma futura autuação;

(iii) Requer a intimação de todos os proprietários do imóvel constante da matrícula registrada no 1º Cartório de Registro de Imóveis de Santos para apresentação dos documentos solicitados pela autoridade fiscal por meio de TIAD, a fim de que estes prestem os esclarecimentos necessários com a conseqüente extinção do feito;

(iv) Requer que todas as intimações sejam realizadas em nome do procurador com endereço indicado As fls. 32 da peça defensiva;

O Sr. Ildeu Ladeira, devidamente cientificado da presente autuação através de correspondência com aviso de recebimento- AR de fls. 19, não apresentou manifestação.

Diante das alegações contidas na defesa apresentada as fls. 28/32 e documentos anexados As fls. 34/134, procedeu-se à realização de 3 (três) diligências fiscais conforme despachos de fls. 138, 150 e 334/335 emitidos pelo órgão julgador responsável pelo contencioso administrativo (Serviço de Análise de Defesas e Recursos e 8ª Turma de Julgamento da DRJ — SP II), com a finalidade de sanear o presente feito, sendo emitido Relatório Fiscal Complementar As fls. 160/161 e procedido a cientificação de todos os demais devedores solidários via correspondência da lavratura da Autuação e Relatório Fiscal Complementar, conforme comprova avisos de recebimentos -- AR's anexados as fls. 364/371 destes autos.

Nas manifestações apresentadas As fls. 166/188 e 375/399 em decorrência . das diligências fiscais requeridas, foi alegado em síntese que:

- *É nulo o presente auto de infração, posto que os impugnantes não foram intimados pela Fiscalização para entrega dos documentos solicitados, ensejando a cobrança de tributos ao arrepio dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa através da incorreta indicação do sujeito passivo por parte da fiscalização;*
- *É flagrantemente ilegítima e nula a lavratura da autuação em epígrafe, pois A época de realização da fiscalização não havia no mundo jurídico o cancelamento da certidão de regularidade fiscal expedida, sendo que as declarações de inidoneidade da CND tornou-se pública em data bem posterior a realização da fiscalização;*
- *O processo administrativo disciplinar que apurou irregularidades praticadas por duas servidoras do INSS e que acabou por cancelar a CND somente pode surtir efeitos internamente, já que não houve qualquer oitiva dos impugnantes, sob pena de restar-lhes suprimida seus direitos de ampla defesa e contraditório, previstos constitucionalmente no artigo 5º, UV e LV da Carta Magna:*
- *O cancelamento da CND expedida para a CEI n.º 21.582.00170/69 não fato gerador de tributo, não possuindo caráter constitutivo de direito para que a Previdência Social pudesse lançar os valores constantes do processo em exame, isso porque: a) não houve dolo, fraude ou simulação na ocorrência do fato gerador; b) desde 21/03/90 a Prefeitura já havia expedido Carta de Habitação, comprovando que a obra em comento estava encerrada; c) os carnês de IPTU, desde 1990, já foram emitidos de forma desmembrada para cada lote, comprovando que a obra já estava finalizada; e) a CND não substitui o lançamento tributário;*
- *Todas as providências quanto à obra inclusive sua finalização jurídica junto aos órgãos competentes ficaram exclusivamente a cargo da SDP Arquitetura e Construção Ltda, o que demonstra a boa-fé dos impugnantes. A autoridade fiscal ilegalmente utilizou-se de benefício de ordem expressamente vedado em lei, excluindo da exigência do tributo um dos responsáveis solidários (SDP Arquitetura e Construção Ltda), em detrimento de bens e direitos dos demais;*

- *Todas as situações caracterizadoras do método de aferição indireta não procedem, uma vez que os impugnantes juntam ao processo as GRPS oriundas da construção em exame;*
- *Nos termos da Sumula Vinculante n.º 08, toda e qualquer cobrança de fatos geradores de contribuição previdenciária anterior aos 5 (cinco) anos contados da data da autuação (12/12/2005) encontra-se fulminado pela decadência.*

Por meio de despacho de fls. 338/339, o Serviço de Fiscalização prestou as seguintes informações no tocante aos documentos anexados aos autos:

Quanto aos recolhimentos anexados às fls. 190/203, as apropriações dos salários foram feitas com máquina diferente da máquina do preenchimento da guia, possivelmente apropriados a posteriori. Somente O recolhimento da competência 03/85, às fls. 190, existe a apropriação para pessoal administrativo. Tais apropriações não contêm o visto do funcionário, levando a crer que não fora apresentado o devido documento para apropriar os salários;

Quanto aos DARPs de competências 08/86 a 10/86, juntado às fls. 204/209, não estão específicas para a obra, em desacordo com as instruções normativas vigentes à época. De acordo com o Manual de Preenchimento do DARP, teria que ser preenchido: a) um DARP para os recolhimentos relativos ao pessoal de escritório, consignando no campo 34 do DARP o carimbo do CNPQ da subempreiteira; b) Um DARP distinto, para recolhimento de contribuições relativas a cada obra de construção civil onde empregar mão de obra, consignando no campo 34 do DARP o carimbo CNPJ da subempreiteira, nos campos 37 a 42, o endereço da obra e, no campo 43, a matrícula da obra no CAC; c) Para o recolhimento prévio será preenchido um DARP com o endereço da obra, observado o procedimento rotineiro. No campo 43, registrar o número e a data da fatura à qual as contribuições recolhidas estão vinculadas ou referência e data de documento não numerada. O preenchimento das guias de fls. 204/209 está em desacordo com as normas vigentes à época, constando nos campos 37 e 42 os dados da construtora, e no campo 43 está constando o endereço da obra, porém, com máquina de escrever diferente da máquina do preenchimento da guia, restando dúvida se o mesmo fora colocado a posteriori.

Para que possamos aceitar tais recolhimentos, toma-se necessário apresentação do Livro Diário da época da Construtora pelos proprietários da contratada, para verificação da existência de vínculo inequívoco dos recolhimentos à obra em questão.

Em 19 de janeiro de 2009, a 8ª Turma da DRJ/SPOII proferiu Acórdão n. 17-29.551 [fls. 610 e ss] que, em síntese, julgou procedente o lançamento:

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Período de apuração: 01/11/2005 a 30/11/2005 A1OP
Debcad n.º35.826.569-0 de 12/12/2005 DECADÊNCIA.
SÚMULA VINCULANTE N.º 08 DO STF. HIPÓTESES DE
DOLO, FRAUDE E SIMULAÇÃO. CONTAGEM DO PRAZO
PELO ARTIGO 173, I, DO CTN. TERMO INICIAL.*

*CIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO ILÍCITO
PRATICADO. RESP. 766.050 DO STJ. NOTA PGFN/CAT N.º
856/2008.*

*Nos termos da súmula vinculante n.º 08 do STF, aplicável
Receita Federal do Brasil por força do artigo 20 da Lei n.º
11.417/2007, há de se afastar aplicabilidade dos artigos 45 e 46
da Lei n.º 8.212/1991, passando a contagem do prazo
decadencial das contribuições previdenciárias a ser realizada
nos moldes previstos pelo Código Tributário Nacional.*

*Para fins de cômputo do prazo decadencial, todas as vezes que
comprovadas as hipóteses de dolo, fraude e simulação deve-se
aplicar o modelo do inciso I, do art. 173, do CTN.*

*A notificação do ilícito tributário à Administração Pública,
medida indispensável para justificar a realização do lançamento
fiscal, configura-se como marco inicial para contagem do prazo
decadencial das contribuições previdenciárias devidas nas
hipóteses de ocorrência de dolo, fraude ou simulação.*

*TRIBUTÁRIO - PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO.
CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS INCIDENTES SOBRE
MÃO-DE-OBRA APLICADA EM CONSTRUÇÃO CIVIL.*

*Nos termos do artigo 30. VI, da Lei n.º 8.212/91, em sua redação
original, o proprietário, o incorporador definido na Lei n.º
4.591, de 16 de dezembro de 1964. o dono da obra ou
condômino da unidade imobiliária, qualquer que seja forma de
contratação da construção, reforma ou acréscimo, são solidários
com o construtor pelo cumprimento das obrigações para com a
Seguridade Social, ressalvado o direito regressivo contra o
executor ou contratante da obra e admitida a retenção da
importância a este devida para garantia do cumprimento das
obrigações.*

*Inexistindo comprovação nos autos que os devedores solidários
transmitiram a Terceiros o ônus da construção da obra, estes
são os responsáveis pelas contribuições previdenciárias
incidentes sobre a mão de obra aplicada no empreendimento.*

Lançamento Procedente

Devidamente intimado do *decisum* [09/02/2009, fls. 653], os Recorrentes
interpuseram Recurso Voluntário, em 02/03/2009 [fls. 665 e ss] que, em resumo, alegam:

*(i) A autoridade fiscal, por desconhecer o momento do fato
gerador das contribuições ora discutidas, **houve por bem lançar
o débito referente ao mês de novembro de 2005, por presunção.
Em outras palavras, a obra jamais foi realizada no ano de***

2005, na realidade ela encerrou-se há mais de vinte anos, ou seja, em 1986.

(ii) Neste sentido, os ora Recorrentes, apresentaram manifestação nos autos em nome de um dos proprietários atuais, leia-se, o Sr. Ildeneu Galliás, informando e demonstrando que o imóvel em 1985 foi desmembrado em 13 unidades autônomas, e que o Sr. Ildeu Ladeira já não guardava qualquer relação com o imóvel, além do fato que estas unidades autônomas aprovaram a convenção condominial do "Condomínio Brasil", devidamente averbado as matrículas em 29 de outubro de 1993;

(iii) nulidade da NFLD ante a ausência de oportunidade de cumprimento do MPF;

(iv) cerceamento de defesa por parte do agente fiscal;

(v) nulidade do auto de infração – relatório complementar motivado por fatos ocorridos após a lavratura da NFLD;

(vi) nulidade da CND e da impossibilidade de se reavivar o prazo para lançamento do tributo pelo reconhecimento de suposta fraude;

(vii) o crédito está fulminado pela decadência, haja vista que conforme comprovam os documentos anexos aos autos, além das guias de IPTU anexas do imóvel nº5 do Condomínio Brasil é possível verificar que já havia lançamentos do imposto predial na década de 1990 (IPTU de 1990, 1992 e • 1993). Outro documento que merece destaque é a Carta de Habitação IV 104 expedida pela Secretaria de Obras e Serviços Públicos em 21 de março de 1990. Ora, desta forma fica comprovado que a suposta competência de 2005 é totalmente equivocada, pois como seria possível a incidência de IPTU em 1990, por exemplo, (vide pagamentos anexo à defesa administrativa), se as casas do condomínio não estivessem construídas?

É o relatório.

Voto

Conselheiro Manoel Coelho Arruda Júnior - Relator

Preenchidos todos os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso voluntário interposto.

DECADÊNCIA

Trata-se de NFLD cuja finalidade é a cobrança de contribuições previdenciárias correspondentes à parte da empresa, dos empregados e financiamento de benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes de riscos ambientais do trabalho e destinadas a terceiros (Salário-educação, INCRA, SENAI,

SESI e SEBRAE), supostamente devidas ao INSS, aferidas indiretamente como relativas à competência de novembro de 2005.

Segundo consta expressamente do relatório fiscal da NFLD em análise "o crédito foi lançado por arbitramento e apurado por aferição indireta, conforme dispõe o artigo 148 do Código Tributário Nacional (CTN) e determina o artigo 33 da Lei nº 8.212 de 24/07/91, regulamentada pelo Decreto nº 3.048 de 06/05/99. Aplicamos os critérios de apuração e procedimentos de fiscalização previstos na Instrução Normativa SRP nº 3 de 14/07/05, publicada no D.O.U. nº 135 em 15/07/05. " (grifos nossos)

E continua: "Trata-se de obra de construção civil, que integra relação encaminhada pelo Ministério Público Federal, através, de OFICIO/PRM/SANTOS/GABCIV/PSDRJ no 024/2004 de 10/02/2004. Considerando a ocorrência de procedimentos irregulares para liberação de obra e emissão de Certidão Negativa de Débito - CND, as contribuições devidas foram apuradas tendo em vista as determinações constantes no parágrafo 20 do artigo 348 do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto 3.048/99. "

Todavia, como bem apontado pelos Recorrentes, a construção civil realizada por uma empresa contratada e tida por irregular, ensejando o arbitramento de contribuições sociais supostamente não recolhidas, foi realizada no ano de 1985/1986.

A autoridade fiscal, por desconhecer o momento do fato gerador das contribuições ora discutidas, houve por bem lançar o débito referente ao mês de novembro de 2005, por presunção. Em outras palavras, a obra jamais foi realizada no ano de 2005, na realidade ela encerrou-se há mais de vinte anos, ou seja, em 1986, segundo afirmado pelos Recorrentes.

Para ratificar tal fato, os ora Recorrentes, apresentaram manifestação nos autos em nome de um dos proprietários atuais, leia-se, o Sr. Ildeneu Galliás, informando e demonstrando que o imóvel em 1985 foi desmembrado em 13 unidades autônomas, e que o Sr. Ildeu Ladeira já não guardava qualquer relação com o imóvel, além do fato que estas unidades autônomas aprovaram a convenção condominial do "Condomínio Brasil", devidamente averbado as matrículas em 29 de outubro de 1993. Além desses documentos, os Recorrentes juntaram:

- (i) Carta de Habitação n. 104 expedida em 21/03/1990;
- (ii) IPTU's de 1990, 1992 e 1993;
- (iii) Convenção Condomínio Brasil registrada em 31/01/1994; e
- (iv) Certidão Negativa de Débitos de 27/09/1993.

Registre-se que o Acórdão da DRJ manifestou que o **marco inicial para contagem do prazo decadencial das contribuições previdenciárias devidas nas hipóteses de ocorrência de dolo, fraude ou simulação, como no caso em exame será a data da ciência da ocorrência da fraude na emissão da CND, ou seja, em 01/03/2002** [fls. 622]:

[...] Através di s documentos anexados As (Is. 155/156 pela Fiscalização, é possível inferir que a Administração Tributária teve ciência da ocorrência da fraude na emissão irregular da CND objeto de liberação da CEI n.º 21.592.00170/69 em

01/03/2002, d ta da publicação no DOU das .Portarias n.º 188 e 189, ambas de 27/02/2002, que cahsou a aposentaria da Sra. Marlene Marzochi e exonerou do cargo a Sra. Silvia Gonçalves Rodrigues por se valer deste para lograr proveito de terceiros e proceder de forma desidiosa no exercício de sua função, ambas após process() administrativo constituído especificamente para este A Portaria MPS/SRP/DRP Santos n.º 34, de 27/12/2006, publicada no DOU de 04/01/2007, Seção 1, pág. 63, anexada as fls. 157/159, que cancelou os efeitos das citada CND não pode ser aceita como data em que a Administração Pública tomou conhecimento dos fatos ocorridos, uma vez que a citada Delegacia da extinta Receita Previdenciária foi interpelada pelo Ministério Público Federal em 10/02/2004 através do ofício PRM/SANTOS/GABCIV/PSDRJ n.º 27/2004 para conhecer das providências que estavam sendo tomadas para recompor o Erário (fls. 161), e a Portaria n.º 34/2006 somente foi emitida muito tempo depois, inclusive em data posterior a consolidação desta autuação ocorrida em 12/12/2005, conforme se constata As fls. 01.

A notificação do ilícito tributário à Administração Pública, medida indispensável para justificar a realização do lançamento fiscal, configura-se como marco inicial para contagem do prazo decadencial das contribuições previdenciárias devidas nas hipóteses de ocorrência de dolo, fraude ou simulação, como no caso em exame.

[Grifo nosso]

Nas sessões plenárias dos dias 11 e 12/06/2008, respectivamente, o Supremo Tribunal Federal STF, por unanimidade, declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24/07/91 e editou a Súmula Vinculante nº 08. 'In verbis':

Parte final do voto proferido pelo Exmo Senhor Ministro Gilmar Mendes, Relator:

Resultam inconstitucionais, portanto, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91 e o parágrafo único do art.5º do Decretolei nº 1.569/77, que versando sobre normas gerais de Direito Tributário, invadiram conteúdo material sob a reserva constitucional de lei complementar.

Sendo inconstitucionais os dispositivos, mantémse hígida a legislação anterior, com seus prazos quinquenais de prescrição e decadência e regras de fluência, que não acolhem a hipótese de suspensão da prescrição durante o arquivamento administrativo das execuções de pequeno valor, o que equivale a assentar que, como os demais tributos, as contribuições de Seguridade Social sujeitamse, entre outros, aos artigos 150, § 4º, 173 e 174 do CTN.

Diante do exposto, conheço dos Recursos Extraordinários e lhes nego provimento, para confirmar a proclamada inconstitucionalidade dos arts.

45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição, e do parágrafo único do art. 5º do Decretolei nº 1.569/77, frente ao § 1º do art. 18 da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional 01/69.

É como voto.

Súmula Vinculante nº 08:

“São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decretolei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

Os efeitos da Súmula Vinculante são previstos no artigo 103A da Constituição Federal, regulamentado pela Lei nº 11.417, de 19/12/2006, in verbis:

Art. 103A.

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.

(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Lei nº 11.417, de 19/12/2006:

Regulamenta o art. 103A da Constituição Federal e altera a Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências.

...

Art. 2o O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de 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 prevista nesta Lei.

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

Assim, a partir da publicação, que se deu em 20/06/2008, todos os órgãos judiciais e administrativos ficam obrigados a acatarem a Súmula Vinculante.

Assim, afastado por inconstitucionalidade o artigo 45 da Lei nº 8.212/91, resta verificar qual regra de decadência prevista no Código Tributário Nacional CTN se aplica ao caso concreto.

Ocorre que este Código prevê a aplicação de duas regras, aparentemente conflitantes, tomando a primeira como termo inicial o pagamento indevido (art. 150, §4º), e a segunda o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido realizado (art. 173, I). Cumpre transcrever os referidos dispositivos legais:

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.

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.

Harmonizando as normas acima transcritas, o Superior Tribunal de Justiça esclareceu a aplicação do art. 173 para os casos em que o tributo sujeitar-se a lançamento por homologação:

1) Quando não tiver havido pagamento antecipado; 2) Quando tiver ocorrido dolo, fraude ou simulação; 3) Quando não tiver havido declaração prévia do débito.

Cumpre transcrever o acórdão prolatado em sede de Recurso Especial representativo da controvérsia:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.

INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL.

ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) contase do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato impositivo, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelandose inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs.91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).

5. In casu, consoante assente na origem: (i) cuidase de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação ex lege de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos impositivos ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deuse em 26.03.2001.

6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo.

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 973733/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/08/2009, DJe 18/09/2009).

No voto lavrado no referido REsp 973.733/SC, foi transcrito entendimento firmado em outro julgamento (REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, DJ 25.02.2008), que limitam a aplicação do art. 150, §4º do CTN às hipóteses que tratam de tributo sujeito a lançamento por homologação, “quando ocorrer pagamento antecipado inferior ao efetivamente devido, sem que o contribuinte tenha incorrido em fraude, dolo ou simulação, nem sido notificado pelo Fisco de quaisquer medidas preparatórias”.

Deste modo, considerando que o crédito previdenciário foi constituído em **27/12/2005**, consideram-se fulminadas pela decadência as competências até **11/2000, logo a totalidade das competências considerando** tratando-se de obra de construção civil, com sua conclusão fora do prazo decadencial de 05 (cinco) anos, nos termos do artigo 173, inciso I, do CTN, devidamente comprovada mediante documentação hábil e idônea, notadamente (i) Carta de Habitação n. 104 expedida em 21/03/1990; (ii) IPTU's de 1990, 1992 e 1993; (iii) Convenção Condomínio Brasil registrada em 31/01/1994; e (iv) Certidão Negativa de Débitos de 27/09/1993, documentos esses que possuem fé pública, corroboradas por conjunto probatório robusto, impõe-se o acolhimento do pleito do contribuinte, em observância ao princípio da verdade material.

Por todo o exposto, voto por CONHECER do recurso interposto, para, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO para considerar fulminadas pela decadência todas as competências.

É como voto.

Manoel Coelho Arruda Júnior - Relator