



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

Processo nº 16408.000344/2007-51
Recurso nº 158.877 Voluntário
Acórdão nº 2402-00.501 -- 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 22 de fevereiro de 2010
Matéria AFERIÇÃO INDIRETA
Recorrente GAISSLER MOREIRA ENGENHARIA CIVIL LTDA
Recorrida DRJ-CURITIBA/PR

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/11/1998 a 30/04/2003

DECADÊNCIA - ARTS 45 E 46 LEI Nº 8.212/1991 -
INCONSTITUCIONALIDADE - STF - SÚMULA VINCULANTE - DOLO
- REGRA GERAL - INCISO I ART. 173

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

No caso de lançamento por homologação, restando caracterizada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, deixa de ser aplicado o § 4º do art. 150, para a aplicação da regra geral contida no art. 173, inciso I do CTN.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/11/1998 a 30/04/2003

AFERIÇÃO INDIRETA - POSSIBILIDADE

Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, ou mesmo se ficar evidenciado que a contabilidade da empresa não registra o movimento real de remuneração dos segurados a seu serviço, do faturamento e do lucro, a Secretaria da Receita Federal do Brasil pode, sem prejuízo da penalidade cabível, lançar de ofício a importância devida, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/11/1998 a 30/04/2003

PERÍCIA - NECESSIDADE - COMPROVAÇÃO - REQUISITOS -
CERCEAMENTO DE DEFESA - NÃO OCORRÊNCIA

Deverá restar demonstrada nos autos, a necessidade de perícia para o deslinde da questão, nos moldes estabelecidos pela legislação de regência. Não se verifica cerceamento de defesa pelo indeferimento de perícia, cuja necessidade não se comprova.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, I) Por maioria de votos: a) em dar provimento parcial ao recurso, para, nas preliminares, reconhecer a decadência das contribuições lançadas até a competência 11/1999, anterior a 12/1999, com base no I, Art. 173, CTN, nos termos do voto da Relatora. Vencidos os Conselheiros Rogério de Lellis Pinto e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira. II) Por unanimidade de votos: a) no mérito, em negar provimento, nos termos do voto da relatora.



MARCELO OLIVEIRA - Presidente



ANA MARIA BANDEIRA – Relatora

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros: Marcelo Oliveira, Ana Maria Bandeira, Rogério de Lellis Pinto, Lourenço Ferreira do Prado, Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira (Convocado) e Núbia Moreira Barros Mazza (Suplente).

Relatório

Trata-se de lançamento de contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à contribuição dos segurados, da empresa e a destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho.

Segundo o Relatório Fiscal (fls 40/51), a notificada incorreu em diversas faltas e cometeu irregularidades e infrações, conforme informado abaixo:

Deixou de apresentar à fiscalização, documentos e esclarecimentos. No caso, documentos referentes aos Programas de Riscos Ambientais do Trabalho, fichas de salário família e documentos correlatos, diversas rescisões de contrato de trabalho, comprovante de registro de empregados, GFIP – Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social referentes à reclamações trabalhistas e pagamentos a autônomos, guias de recolhimento.

Não informou em GFIP – Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social a totalidade dos fatos geradores.

Deixou de contabilizar diversos pagamentos efetuados, como valores pagos em acordos trabalhistas, guias de recolhimento de contribuição previdenciária, valores pagos a contribuintes individuais

Efetuiu contabilizações erradas no que tange ao faturamento, ou seja, nas vias dos tomadores, o valor das notas fiscais era superior ao contabilizado. Tais diferenças encontram-se discriminadas na folha 44 e não foram justificadas.

Deixou de preparar folha de pagamento de acordo com os padrões e normas estabelecidos pelo órgão. Não incluiu rescisões e não elaborou folhas de pagamento distintas para obras até o exercício de 2001. a partir de 2002, apesar de elaborar folhas de pagamento distintas, forneceu GFIP com valores divergentes.

Não lançou em títulos próprios de sua contabilidade, de forma discriminada, os fatos geradores de todas as contribuições, conforme especificado nas folhas 44/45.

Não elaborou nem manteve atualizado o Perfil Profissiográfico Previdenciário – PPP

Em razão das irregularidades apontadas, a contabilidade da notificada foi desconsiderada e houve o lançamento das contribuições por aferição com base nos valores das notas fiscais e/ou pagamentos efetuados.

O objeto da presente notificação são as contribuições correspondente à mão-de-obra contida nas notas fiscais dos serviços prestados à Renault do Brasil S/A, que foi considerado responsável pelo crédito apurado.

A planilha de cálculo da contribuição devida encontra-se às folhas nº 52

A notificada apresentou defesa (fls. 56/84) onde apresenta preliminar no sentido de que teria ocorrido cerceamento de defesa face ao prazo concedido para apresentação de defesa, considerando o número de notificações e autos de infração lavrados.

Suscita que ocorreu a decadência do direito de constituição de parte do crédito.

Aduz que não caberia o procedimento da aferição indireta, uma vez que toda a documentação solicitada e existente foi apresentada à fiscalização. Nesse sentido, entende que caberia a nulidade do auto de infração (sic).

Alega que o lançamento foi efetuado em desconformidade com as instruções normativas vigentes à época dos fatos geradores, resultando em cobrança a maior e nulidade do auto de infração (sic). Tais desconformidades seriam relativas aos percentuais aplicados, levando em conta o tipo de serviço prestado, para fins de apuração da base de incidência. Enumera notas fiscais em que os percentuais aplicados, no seu entender, estariam equivocados (fl. 72).

Considera, ainda que os percentuais contidos nas instruções normativas do INSS seriam impróprios, pois não retratam a realidade das obras objeto das notas fiscais emitidas.

Afirma que não foram computados os valores recolhidos pela notificada, bem como os valores retidos pelos tomadores de serviços.

Alega que a aplicação da taxa de juros SELIC seria ilegal, bem como que a administração seria obrigada a anular seus atos ilegais.

Por fim, requer a produção de provas documental complementar e pericial de engenharia.

A tomadora de serviços também apresentou sua impugnação (fls. nº 968/976) onde alega a inexistência de solidariedade e nulidade do lançamento.

Aduz que o lançamento foi efetuado com base no inciso VI do art. 30 da Lei nº 8.212/1991 e que os serviços prestados não estão relacionados à construção civil, pois referem-se à jardinagem e paisagismo.

Os autos foram encaminhados à auditoria fiscal que emitiu Relatório Fiscal Complementar (fls 1013/10160), a fim de esclarecer a fundamentação legal que amparou o lançamento por responsabilidade solidária, qual seja, o inciso VI do art. 30 da Lei nº 8.212/1991.

A auditoria fiscal informa que não foram apresentadas folhas de pagamento para as obras de construção e GFIP – Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social específicas que identificassem o tomador. Também não efetuou recolhimentos vinculados às obras e nem lançou em títulos de próprios de sua contabilidade, de forma discriminada e em contas individualizadas, de forma a identificar, clara e precisamente, por obra de construção civil e por tomador de serviços, todos os fatos geradores de contribuições sociais.

Para a aferição da mão-de-obra empregada, a auditoria fiscal utilizou os elementos disponibilizados à fiscalização na auditoria, no caso, as notas fiscais emitidas, via da prestadora.

Analisando-se as notas fiscais juntadas pela tomadora de serviços, chamada à responsabilidade, fica demonstrado que houve adulteração de valores de notas fiscais por parte da prestadora que fez constar em sua via valor inferior ao constante da via da tomadora e que correspondente ao valor dos serviços prestados.

Informa que da análise dos documentos juntados em defesa pode-se constatar que se tratou de contratação de obra compreendendo desde a escavação, aterro, compactação até o plantio de grama para proteção dos taludes. Tais serviços se enquadrariam como obras de urbanização e paisagismo. Assim sendo, entende que devem ser mantidos os percentuais aplicados à exceção das notas fiscais em que foi aplicado o percentual de 40%, quando o correto seria 20%, em função da constatação do fornecimento dos materiais e equipamentos necessários à execução dos serviços. Pelo exposto, sugere a retificação do lançamento.

A tomadora apresentou impugnação complementar (fls. 1028/1030) para reforçar os argumentos já apresentados.

Pelo Acórdão nº 06-16.320 (fls. 1047/1071), o lançamento foi considerado procedente em parte para a retificação proposta pela auditoria fiscal.

A notificada apresentou recurso (fls. 1079/1115) onde efetua a repetição das argumentações já apresentadas em defesa.

O recurso teve seguimento por força de liminar concedida em mandado de segurança.

Os autos foram encaminhados a este Conselho que pela Resolução nº 2401-00.021 (fls. 1127/1131) converteu o julgamento em diligência para que a tomadora de serviços, Renault do Brasil S/A, também fosse intimada da decisão de primeira instância e lhe fosse concedido prazo para apresentação de recurso.

A tomadora foi cientificada da decisão porém não apresentou recurso.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Maria Bandeira, Relatora

O recurso é tempestivo e não há óbice ao seu conhecimento.

Inicialmente cumpre afastar a preliminar de que teria ocorrido o cerceamento de defesa em virtude do prazo concedido para a apresentação de defesa.

Ainda que tenham sido lavradas contra a recorrente, várias notificações e autos de infração, o prazo estabelecido pela lei não prevê a possibilidade de alongamento do prazo de defesa em razão do número de notificações ou autuações resultantes da ação fiscal.

Como a autoridade administrativa está cingida ao Princípio da Estrita Legalidade, não cabe qualquer ato discricionário no sentido de alterar o prazo estabelecido, com base nas alegações apresentadas. Assim, não seria possível conceder prazo diferenciado à recorrente que não aquele previsto no art. 37, § 1º da Lei nº 8.212/1991.

Nesse sentido, rejeito essa preliminar.

Quanto à preliminar de decadência, a mesma deve ser acolhida.

O lançamento em questão foi efetuado com amparo no art. 45 da Lei nº 8.212/1991, que trata da decadência das contribuições previdenciárias da seguinte forma:

"Art. 45. O direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos 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."

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar os Recursos Extraordinários nº 556664, 559882, 559943 e 560626, negou provimento aos mesmos por unanimidade, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei n. 8212/91.

Em decisão unânime, o entendimento dos ministros foi no sentido de que o artigo 146, III, 'b' da Constituição Federal, afirma que apenas lei complementar pode dispor sobre prescrição e decadência em matéria tributária.

Na oportunidade, os ministros ainda editaram a Súmula Vinculante nº 08 a respeito do tema, a qual transcrevo 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"*

É necessário observar os efeitos da súmula vinculante, conforme se depreende do art. 103-A, *caput*, 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. (g.n)."

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

Da análise do caso concreto, verifica-se que o lançamento em tela refere-se a período compreendido entre 11/1998 a 04/2003 e foi efetuado em 24/11/2005, data da intimação do sujeito passivo.

O Código Tributário Nacional trata da decadência no artigo 173, abaixo transcrito:

"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."

Por outro lado, ao tratar do lançamento por homologação, o Códex Tributário definiu no art. 150, § 4º o seguinte:

"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."

Entretanto, tem sido entendimento constante em julgados do Superior Tribunal de Justiça, que nos casos de lançamento em que o sujeito passivo antecipa parte do pagamento da contribuição, aplica-se o prazo previsto no § 4º do art. 150 do CTN, ou seja, o prazo de cinco anos passa a contar da ocorrência do fato gerador, uma vez que resta caracterizado o lançamento por homologação.

Se, no entanto, o sujeito passivo não efetuar pagamento algum, nada há a ser homologado e, por consequência, aplica-se o disposto no art. 173 do CTN, em que o prazo de cinco anos passa a ser contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Para corroborar o entendimento acima, colaciono alguns julgados no mesmo sentido:

"TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. TERMO INICIAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 173, I, E 150, § 4º, DO CTN.

1. O prazo decadencial para efetuar o lançamento do tributo é, em regra, o do art. 173, I, do CTN, segundo o qual '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'.

2. Todavia, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação —que, segundo o art. 150 do CTN, 'ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa' e 'opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa' —, há regra específica. Relativamente a eles, ocorrendo o pagamento antecipado por parte do contribuinte, o prazo decadencial para o lançamento de eventuais diferenças é de cinco anos a contar do fato gerador, conforme estabelece o § 4º do art. 150 do CTN. Precedentes jurisprudenciais.

3. No caso concreto, o débito é referente à contribuição previdenciária, tributo sujeito a lançamento por homologação, e não houve qualquer antecipação de pagamento. É aplicável, portanto, conforme a orientação acima indicada, a regra do art. 173, I, do CTN.

4. Agravo regimental a que se dá parcial provimento."

(AgRg nos EREsp 216.758/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 10.4.2006)

"TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

*DECADÊNCIA. PRAZO QÜINQUÊNAL. MANDADO DE
SEGURANÇA. MEDIDA LIMINAR.*

SUSPENSÃO DO PRAZO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Nas exações cujo lançamento se faz por homologação, havendo pagamento antecipado, conta-se o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN), que é de cinco anos.

2. 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.

Omissis.

4. Embargos de divergência providos."

(EREsp 572.603/PR, 1ª Seção, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 5.9.2005)

No caso em tela, ainda que existam recolhimentos, trata-se de situação em que se caracteriza a conduta dolosa da notificada que, sistematicamente, omitiu parte de seu faturamento, ao fazer constar valores menores em suas vias de notas fiscais de serviços prestados.

Assevere-se que tais valores a menor foram os que serviram de base ao presente lançamento, afetando diretamente o cálculo do montante das contribuições previdenciárias, o que leva à necessidade de lançamento complementar.

A conduta da recorrente levou a auditoria fiscal a elaborar Representação Fiscal para Fins Penais, ante as evidências da ocorrência de crime em tese.

No que tange ao lançamento por homologação, a contagem do prazo decadencial obedece regra específica, qual seja, aquela prevista no § 4º do art. 150, do CTN. Entretanto, tal dispositivo é claro no sentido de que afasta-se a aplicação do mesmo em caso de dolo, fraude ou simulação.

O dispositivo é muito claro no sentido de que não pode um contribuinte que adotou condutas indevidas, como fraude, dolo ou simulação, beneficiar-se de um prazo decadencial mais favorável que o previsto na regra geral.

Afastada a utilização da regra específica, aplica-se a regra geral, no caso, o art. 173, inciso I do CTN.

Julgados do Conselho de Contribuintes também se apresentam no mesmo sentido, ou seja, restando caracterizada nos autos a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, deixa de ser aplicado o § 4º do art. 150, para a aplicação da regra geral contida no art. 173, inciso I ambos do CTN.

Abaixo transcrevo, a título de exemplificação, as ementas de alguns acórdãos:

"1º Conselho – 8ª Câmara

Recurso 146870 – Acórdão 108-09631

Ementa: Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Ano-calendário: 1998

DECADÊNCIA. Para os tributos lançados por homologação, o início da contagem do prazo decadencial é o da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, nos termos do § 4º do artigo 150 do CTN. Configurados o dolo, fraude ou simulação, a contagem do prazo decadencial é realizada nos termos do art. 173, inciso I, do CTN"

"1º Conselho – 7ª Câmara

Recurso 152994 – Acórdão 107-09311

Ementa: Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 1999, 2000 IRPJ. DECADÊNCIA.. DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO.

Nos lançamentos por homologação, a contagem do prazo decadencial, de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador, não se aplica aos casos de dolo, fraude ou simulação; nesses casos, a contagem do prazo decadencial segue a regra geral prevista no art. 173, I, do CTN.

CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. DECADÊNCIA. FRAUDE. ART. 173, I, DO CTN. INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 8212/91.

Em matéria de decadência, inclusive nos casos das contribuições sociais, a norma aplicável é o Código Tributário Nacional. Não pode a lei 8212/91, lei ordinária, veicular norma de decadência, afastando a regra expressa do CTN, formalmente lei complementar.

MULTA POR INFRAÇÃO QUALIFICADA.

A falta de escrituração de parte expressiva das receitas, reiteradamente, em todos os meses de dois anos-calendário consecutivos, demonstra ter a autuada agido com dolo, caracterizando o evidente intuito de fraude, que dá ensejo à aplicação da multa por infração qualificada, no percentual de 150%."

Portanto, resta afastada a aplicação do § 4º do art. 150 para a aplicação do art. 173 inciso I, ambos do CTN.

Dessa forma encontra-se decadente o direito de constituição do crédito correspondente às contribuições até 11/1999, inclusive.

Quanto à alegação de descabimento de aferição indireta, entendo que não assiste razão à recorrente.

A aferição indireta é um procedimento utilizado pela auditoria fiscal, quando por alguma razão, a contabilidade da empresa não demonstra fidedignamente os fatos geradores ocorridos, bem como o recolhimento das contribuições previdenciárias decorrentes.

A possibilidade de o lançamento ser efetuado por aferição indireta está prevista em lei, no caso, art. 33, parágrafos 3º e 6º da Lei nº 8.212/1991 que versa o seguinte, na redação dada pela Medida Provisória 449/2005:

"Art.33.À Secretaria da Receita Federal do Brasil compete planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas a tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento das contribuições sociais previstas no parágrafo único do art. 11, as contribuições incidentes a título de substituição e as devidas a outras entidades e fundos (...)

§3ºOcorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, a Secretaria da Receita Federal do Brasil pode, sem prejuízo da penalidade cabível, lançar de ofício a importância devida, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário. (...)

§ 6º Se, no exame da escrituração contábil e de qualquer outro documento da empresa, a fiscalização constatar que a contabilidade não registra o movimento real de remuneração dos segurados a seu serviço, do faturamento e do lucro, serão apuradas, por aferição indireta, as contribuições efetivamente devidas, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário.

No caso em tela, a auditoria fiscal demonstra fartamente as irregularidades verificadas que dariam ensejo à desconsideração da contabilidade e aferição da contribuição devida.

A recorrente deixou de lançar em sua contabilidade diversos fatos geradores de contribuições previdenciárias, lançou faturamento a menor, não correspondente àquele informado na via da nota fiscal de serviço do tomador. Lançou fatos geradores em títulos impróprios. Portanto, a meu ver, resta mais do que demonstradas as razões que levaram a auditoria fiscal a utilizar a prerrogativa da aferição indireta.

Quanto à alegação de que a auditoria fiscal teria utilizado percentuais indevidos, também não é possível conferir razão à recorrente.

Os percentuais aplicados estão de acordo com as instruções normativas para cada tipo de serviço.

O inconformismo da recorrente tem por base o entendimento de que a auditoria fiscal deveria aplicar os percentuais estabelecidos pelas Instruções Normativas vigentes à época dos fatos geradores, para tanto, menciona os percentuais estabelecidos para cada tipo de serviço em diversas normativas.

A meu ver não se trata de aplicação retroativa de lei conforme alega a recorrente. A apuração do crédito se dá com base na normativa vigente à época do lançamento e não da ocorrência dos fatos geradores, como quer a recorrente.

Conforme bem enfrentado pela decisão de primeira instância, de acordo com Código Tributário Nacional, aplica-se a lei vigente à época dos fatos geradores naquilo que representa os elementos substanciais do tributo, como hipótese de incidência, base de cálculo, alíquota e identificação do sujeito passivo.

Quanto aos aspectos procedimentais relativos aos estabelecimento de critérios para aferição indireta, aplica-se a legislação vigente à época do lançamento, não havendo que se falar em indevida aplicação retroativa de lei.

A recorrente também alega que representa nulidade por vício material, o fato de ter havido retificação parcial do lançamento no que concerne ao percentual aplicado sobre algumas notas fiscais.

O que ocorreu foi que a retificação efetuada teve por base documentos apresentados em defesa, em que foi possível verificar que em algumas notas fiscais em que foi aplicado o percentual de 40%, quando o correto seria 20%, em função da constatação do fornecimento dos materiais e equipamentos necessários à execução dos serviços.

Como se vê, o lançamento foi efetuado por arbitramento face às várias irregularidades praticadas pela recorrente e a retificação do lançamento ocorreu pela juntada de documentos em sede de defesa que levaram à convicção de que o percentual aplicado sobre determinadas notas fiscais não poderia prevalecer.

Não se vislumbra qualquer nulidade na retificação efetuada na decisão de primeira instância, pois conforme dispõe o art.145, Inciso I, do CTN que dispõe que o lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo pode ser alterado em virtude de impugnação do sujeito passivo.

Relativamente ao inconformismo da recorrente pelos percentuais aplicados, onde argumenta que somente a realização de perícia técnica de engenharia poderia apurar o valor da mão de obra, não confiro razão à mesma.

A auditoria fiscal aplicou os percentuais estabelecidos pela legislação em vigor e tais percentuais são definidos com base em estudos que determinam da forma mais próxima da realidade os valores de mão de obra embutidos em cada tipo de serviço.

Quanto ao pedido de perícia, não se vislumbra a ocorrência do alegado de cerceamento de defesa pelo indeferimento da mesma.

A necessidade de perícia para o deslinde da questão tem que restar demonstrada nos autos.

No que tange à perícia, o Decreto nº 70.235/1972 estabelece o seguinte:

Art.16 - A impugnação mencionará:

.....

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação de quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional de seu perito;

§ 1º - Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16.

Da leitura do dispositivo, verifica-se que a recorrente não cumpriu os requisitos necessários à formulação de perícia pois limitou-se a requerer produção de prova pericial contábil.

Não tendo sido demonstrada pela recorrente a necessidade da realização de perícia, não se pode acolher a alegação de cerceamento de defesa pelo seu indeferimento.

Também não procede a alegação de que não teriam sido computados os valores pagos. Como se pode observar, a auditoria fiscal analisou as guias juntadas pela recorrente e defesa e informou que tais valores não poderiam ser aproveitados em favor da mesma em razão da impossibilidade de se identificar a relação e o vínculo entre as guias e as obras da tomadora.

A recorrente alega, ainda, a ilegalidade da aplicação da taxa de juros SELIC, como juros moratórios.

A aplicação de tal taxa tem amparo legal no art. 34 da Lei nº 8.212/1991 e não cabe ao julgador no âmbito administrativo, em obediência ao princípio da legalidade, negar aplicação de dispositivo legal vigente no ordenamento jurídico sob o argumentos de que o mesmo seria inconstitucional ou afrontaria legislação hierarquicamente superior.

O controle da constitucionalidade no Brasil é do tipo jurisdicional, que recebe tal denominação por ser exercido por um órgão integrado ao Poder Judiciário.

O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e atos normativos, também chamado controle repressivo típico, pode se dar pela via de defesa (também chamada controle difuso, aberto, incidental e via de exceção) e pela via de ação (também chamada de controle concentrado, abstrato, reservado, direto ou principal), e até que determinada lei seja julgada inconstitucional e então retirada do ordenamento jurídico nacional, não cabe à administração pública negar-se a aplicá-la;

Ainda excepcionalmente, admite-se que, por ato administrativo expresso e formal, o chefe do Poder Executivo (mas não os seus subalternos) negue cumprimento a uma lei ou ato normativo que entenda flagrantemente inconstitucional até que a questão seja apreciada pelo Poder Judiciário, conforme já decidiu o STF (RTJ 151/331). No mesmo sentido decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

"Mandado de segurança - Ato administrativo - Prefeito municipal - Sustação de cumprimento de lei municipal - Disposição sobre reenquadramento de servidores municipais em decorrência do exercício de cargo em comissão - Admissibilidade - Possibilidade da Administração negar aplicação a uma lei que repute inconstitucional - Dever de velar pela Constituição que compete aos três poderes - Desobrigatoriedade do Executivo em acatar normas legislativas contrárias à Constituição ou a leis hierarquicamente superiores - Segurança denegada - Recurso não provido. Nivelados no plano governamental, o Executivo e o Legislativo praticam atos de igual categoria, e com idêntica presunção de legitimidade. Se assim é, não se há de negar ao chefe do Executivo a faculdade de recusar-se a cumprir ato legislativo inconstitucional, desde que por ato administrativo formal e expresso declare a sua recusa e aponte a inconstitucionalidade de que se reveste (Apelação Cível n. 220.155-1 - Campinas - Relator: Gonzaga Franceschini - Jux Saraiva 21). (g.n.)"



Ademais, tal questão foi, inclusive, sumulada no âmbito do então Segundo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda que pela Súmula nº 02 publicada no DOU em 26/09/2007, decidiu o seguinte:

"Súmula nº 2

O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária".

Diante do exposto e de tudo o mais que dos autos consta.

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso e **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL**, para reconhecer que ocorreu a decadência do direito de constituição do crédito até a competência 11/1999, inclusive.

É como voto.

Sala das Sessões, em 22 de fevereiro de 2010


ANA MARIA BANDEIRA – Relatora





**MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
QUARTA CÂMARA - SEGUNDA SEÇÃO**

Processo nº: 16408.000344/2007-51

Recurso nº: 158.877

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no parágrafo 3º do artigo 81 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009, intime-se o(a) Senhor(a) Procurador(a) Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto à Quarta Câmara da Segunda Seção, a tomar ciência do Acórdão nº 2402-00.501

Brasília, 12 de abril de 2010

ELIAS SAMPAIO FREIRE
Presidente da Quarta Câmara

Ciente, com a observação abaixo:

☐ Apenas com Ciência

☐ Com Recurso Especial

☐ Com Embargos de Declaração

Data da ciência: -----/-----/-----

Procurador (a) da Fazenda Nacional