



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

Processo nº 17546.000534/2007-56
Recurso nº 000.000 Voluntário
Acórdão nº 2401-02.214 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de janeiro de 2012
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS - CONSTRUÇÃO CIVIL
Recorrente LUIZ ANTONIO POLOTO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/08/2006 a 31/08/2006

RELATÓRIO FISCAL QUE RELATA A OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR, APRESENTA A FUNDAMENTAÇÃO LEGAL DO TRIBUTO LANÇADO E ENFOCA A APURAÇÃO DA MATÉRIA TRIBUTÁVEL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Não se vislumbra cerceamento ao direito de defesa do sujeito passivo, quando as peças que compõem o lançamento lhe fornecem os elementos necessários ao pleno exercício da faculdade de impugnar a exigência.

DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA QUE APRESENTA FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA E ENFRENTA TODAS AS ALEGAÇÕES DEFENSÓRIAS. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Não há o que falar em nulidade da decisão que enfrenta todos os pontos da impugnação com fundamento nos fatos presentes nos autos e no direito aplicável à espécie.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/08/2006 a 31/08/2006

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DECORRENTES DE OBRA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. COMPROVAÇÃO TÉRMINO DA OBRA EM PERÍODO ABARCADO PELA DECADÊNCIA. EXTINÇÃO DO CRÉDITO.

Comprovando-se que a obra de construção civil foi edificada dentro do prazo decadencial, fixado conforme as regras do CTN, deve ser extinto o crédito correspondente.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. AUSÊNCIA DE ANTECIPAÇÃO DE PAGAMENTO. PRAZO DECADENCIAL. CONTAGEM PELA REGRA DO INCISO I DO ART. 173 DO CTN.

Inexistindo antecipação de recolhimento das contribuições previdenciárias, a contagem do prazo decadencial para as contribuições previdenciárias tem como marco inicial o primeiro dia do exercício seguinte aquele em que os tributos poderiam ter sido lançados.

Recurso Voluntário Provido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso

Elias Sampaio Freire - Presidente

Kleber Ferreira de Araújo - Relator

Participaram do presente julgamento o(a)s Conselheiro(a)s Elias Sampaio Freire, Kleber Ferreira de Araújo, Cleusa Vieira de Souza, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Marcelo Freitas de Souza Costa e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

Trata-se da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD n.º 37.032.708-0, lavrada contra LUIZ ANTÔNIO POLOTO e outros, para exigência das contribuições devidas à Seguridade Social e aos “terceiros” (Salário-Educação, INCRA, SENAI, SESI e SEBRAE), incidentes sobre as remunerações pagas aos segurados envolvidos na edificação da obra de construção civil matriculada sob nº 21.260.285510/69.

De acordo com o Relatório Fiscal, fls. 15/16, o salário de contribuição foi aferido indiretamente com base no Custo Unitário Básico – CUB, obtido em tabela divulgada pelo Sindicato da Indústria da Construção Civil – SINDUSCON e com base na área construída e no padrão da obra.

Os sujeitos passivos apresentaram impugnação, fls. 66/98, na qual buscavam comprovar que parte da obra houvera sido edificada em período decadente. A DRJ em Campinas julgou improcedente a defesa, em acórdão assim ementado:

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Período de apuração: 01/08/2006 a 31/08/2006
PREVIDENCIÁRIO. CONSTRUÇÃO CIVIL.
CONTRIBUIÇÕES. LANÇAMENTO. DECADÊNCIA.
COMPROVAÇÃO.*

A comprovação do término de obra de construção civil em período abrangido pela decadência do crédito previdenciário, somente se faz mediante a apresentação de um ou mais dos documentos previstos na legislação respectiva.

Lançamento Procedente

Inconformados com o resultado do julgamento, os notificados interpuseram recurso voluntário, fls. 110/140, no qual, em apertada síntese, alegaram que:

a) devem ser considerados na análise da lide os ensinamentos doutrinários que transcreve acerca de arbitrariedade e abuso de poder da lavra dos insignes juristas Hely Lopes Meirelles, Plínio Gustavo Prado Garcia e Joaquim Falcão;

b) a decisão recorrida é nula, seja pelo descaso para com as argumentações defensórias e provas, seja por carência de fundamentação, seja por descompasso com o que já é pacífico na doutrina e na jurisprudência;

c) é nulo o lançamento, posto que o Fisco desatendeu formalidades insanáveis e normas do processo administrativo fiscal;

d) a decadência deve ser reconhecida, uma vez que, de acordo com o doc. de fl. 80, foi efetuada a matrícula de obra a ser edificada com área de 592 m2 no INSS em 24/10/1991 e a NFLD foi lavrada em 06/11/2006;

e) há nos autos, fls. 81/84, documento que comprova que o Corpo de Bombeiros vistoriou o prédio com 740m², no qual funciona uma padaria desde 30/11/1993;

f) junta outros documentos ao recurso, os quais comprovam a decadência das contribuições lançadas;

g) é cediço que a Secretaria Estadual não concede inscrição estadual se o local de funcionamento da empresa não reunir as condições exigidas pela legislação, nem a Prefeitura lança o IPTU, se o imóvel não estiver concluído e em condições de habitabilidade;

h) para comprovar que a empresa L.A. Poloto funcionava no prédio em questão, bem antes do ano de 2000, apresenta: inscrição tributária concedida pela Prefeitura de Jundiaí em 16/11/1999; declaração de propriedade de obra também expedida pela Prefeitura em 04/11/1991; documentos para concessão de alvará pelo Corpo de Bombeiros, expedido em 29/05/2001;

i) relativamente ao prédio situado na Rua Samuel Martins n.º 911, com área de 150m², vale lembrar que o IPTU vem sendo exigido desde o exercício de 1992;

j) a decadência deve ser contada segundo as normas do CTN, em consonância com textos doutrinários e jurisprudenciais que colaciona;

k) a exigência em apreço viola os princípios da legalidade, tipicidade tributária, da segurança jurídica e da vedação ao confisco;

l) do total da área construída apenas 122m² não foi edificado em período decadente, haja vista que sua construção se deu entre os anos de 2001 e 2003;

m) não foi identificado o valor do CUB usado para se chegar a base de cálculo fixada pelo Fisco, não havendo como se saber se foi levada em conta a diferenciação do padrão das áreas de padaria, depósito e residenciais;

n) é necessário que sejam realizadas perícia e diligência para determinar o ano de conclusão da obra e o *quantum* efetivamente devido sobre a área construída em período não decadente;

o) não podem ser exigidos no mesmo crédito juros SELIC e multa de ofício, sob pena de se ter dupla sanção sobre o mesmo fato;

p) somente cabe aplicação da multa em caso de sonegação fiscal;

q) os juros cobrados não podem superar o patamar de 1% ao mês;

r) é inconstitucional a aplicação dos juros SELIC para fins tributários;

t) há no processo dois atos inválidos, não passíveis de convalidação, quais sejam, a própria NFLD e a decisão de primeira instância;

Ao final pede que sejam acolhidas as preliminares suscitadas e no mérito declarado insubsistente o lançamento. Requer ainda a produção de novas provas.

Foram juntados ao recurso, os seguintes documentos:

- Cópia da planta baixa da área da padaria registrada na Prefeitura Municipal de Jundiaí — Secretaria de Obras Públicas, sob nº 55.545, livro 14, de 16/05/1984;

Processo nº 17546.000534/2007-56
Acórdão n.º **2401-02.214**

S2-C4T1
Fl. 202

- registro de firma individual;
 - notificações da Prefeitura Municipal para regularização de pendências administrativas, datadas de 28/06/95, 29/02/96, 07/03/96(prorrogação de prazo para apresentação de habite-se)25/03/96, 30/06/2000 e 14/07/2000;
 - comprovantes do pagamento do IPTU + taxas, dos exercícios 2001 a 2007.
- É relatório.

Voto

Conselheiro Kleber Ferreira de Araújo, Relator

Admissibilidade

O recurso merece conhecimento, posto que preenche os requisitos de tempestividade e legitimidade.

A apuração fiscal

Arguiram os recorrentes a nulidade do lançamento em razão do Fisco haver incorrido, para confecção da NFLD, em vícios insanáveis, mormente quanto à apuração da base de cálculo.

Sobre essa questão, vale a pena fazer uma abordagem acerca dos passos seguidos pela Auditoria para efetuar a constituição do presente crédito previdenciário.

Verificando a existência da matrícula CEI n.º 1.260.28551/69, localizada na Rua Samuel Martins, Lote 31, Quadra, 25, Jardim Estádio, Jundiaí (SP), para a qual não havia qualquer recolhimento, a Administração Tributário encaminhou ofício à Prefeitura Municipal de Jundiaí, solicitando informações sobre o referido imóvel.

A resposta veio mediante o ofício, fl. 31, o qual indicou que no endereço especificado havia uma obra em nome de JOSÉ MAURO POLOTO, ANTÔNIO POLOTO e LUIZ ANTÔNIO POLOTO, a qual consistia numa área comercial de 142m² e numa área residencial de 572m², correspondente a oito apartamentos.

Em 18/10/2005, os interessados foram intimados pelo INSS a regularizarem a situação da referida obra, mediante a apresentação dos documentos mencionados no ofício n.º 208/2005/21026050, fls. 33/34. Informou-se ainda que o não atendimento à intimação acarretaria em emissão “ex officio” da Declaração de Informações Sobre Obra – DISO.

Foram encaminhados mais dois ofícios com o mesmo teor, em 25/01/2006, fls. 37/38, e em 10/04/2006, fls. 44/45.

Em 09/05/2006, o Sr. Luiz Antônio Poloto solicitou, fl.47, cópia integral do processo administrativo referente à obra em questão.

Foi emitido o DISO de ofício em 03/08/2006, fls 49/50, informando o valor das contribuições necessárias a regularização da obra, que deveria ser promovida em oito dias sob pena de lavratura de NFLD.

Dada a inércia dos sujeitos passivos, foi lavrada a presente NFLD, cujo valor consolidado em 06/11/2006, totalizou o montante de R\$ 54.070,48 (cinquenta e quatro mil, setenta reais e quarenta e oito centavos).

Era preciso efetuar a narrativa desses fatos para que possamos nos convencer de que os defeitos apontados pelos recorrentes, os quais levariam à nulidade do lançamento, não merecem acolhimento.

Verifico que os passos seguidos pela Auditoria estão em perfeita sintonia com a legislação de regência. Vejamos o que prescrevia a Instrução Normativa SRP n.º 03/2005, vigente na data da constituição do crédito:

Aviso para Regularização de Obra (ARO)

Art. 431. A partir das informações prestadas na DISO, após a conferência dos dados nela declarados com os documentos apresentados, será expedido pela SRP o ARO, em duas vias, destinado a informar ao responsável pela obra a área regularizada e, se for o caso, o montante das contribuições devidas, tendo a seguinte destinação:

I - uma via do ARO deverá ser assinada pelo declarante ou por seu representante legal e anexada à DISO;

II - uma via será entregue ao declarante.

§ 1º Caso haja contribuições a recolher e caso o declarante ou o seu representante legal se recuse a assinar, o servidor anotará no ARO a observação "compareceu nesta UARP e recusou-se a assinar", indicando o dia e a hora em que o sujeito passivo tomou ciência do ARO.

§ 2º No cálculo da área regularizada e do montante das contribuições devidas, se for o caso, será considerada como competência de ocorrência do fato gerador o mês da emissão do ARO, e o valor das contribuições nele informadas deverá ser recolhido até o dia dois do mês subsequente ao da sua emissão, prorrogando-se o prazo de recolhimento para o primeiro dia útil seguinte, se no dia dois não houver expediente bancário.

§ 3º O ARO deverá ser emitido até o último dia útil da competência seguinte ao da protocolização da DISO.

§ 4º Caso as contribuições não sejam recolhidas no prazo previsto no § 2º deste artigo, o valor devido sofrerá acréscimos legais, na forma da legislação vigente.

§ 5º O contribuinte poderá requerer o parcelamento das contribuições apuradas indiretamente no ARO.

§ 6º Não tendo sido efetuado o recolhimento nem solicitado o parcelamento espontâneo, o ARO será encaminhado ao Serviço/Seção de Fiscalização da DRP para a constituição do crédito, no prazo de sessenta dias após a data de sua emissão.

Verifica-se na espécie que, não tendo o contribuinte atendido a solicitação da Administração para prestar as informações necessárias ao preenchimento da DISO, esta foi emitida de ofício, com base nas informações prestadas pela Prefeitura Municipal de Jundiá.

O Aviso para Regularização de Obra – ARO, fls. 48, foi emitido, tomando como competência de referência 08/2006, que é a data de emissão da DISO de ofício, posto que os contribuintes, como já assinaei, não prestaram as informações solicitadas pelo INSS. A fixação desse competência não se deu de forma aleatória, como afirma o sujeito passivo, mas obedeceu ao disposto no § 2º do art. 431 da IN n.º 03/2005.

Quanto ao cálculo da remuneração pelo método do CUB, pode-se ver que o “Tipo e Uso da Obra” foi adotado conforme manda a legislação. A área de 714m² foi considerada de uso residencial e padrão baixo, conforme determina o § 1.º do art. 437 da mesma IN, que assim dispunha:

Art. 437 (...)

§ 1º Quando no mesmo projeto constarem áreas com as características das obras mencionadas nas tabelas dos incisos I, II ou III do caput, efetuar-se-á o enquadramento conforme a área construída preponderante, sendo que, se houver coincidência de áreas, a tabela residencial prevalecerá sobre a tabela comercial - salas e lojas, que, por sua vez, prevalecerá sobre a tabela comercial - andares livres.

Portanto, não houve qualquer irregularidade ou falta de clareza nos critérios adotados pelo Fisco para obter a remuneração, uma vez que a adoção do tipo e padrão da obra utilizados para a aferição indireta, com base no método CUB, foram aqueles determinados pela legislação, qual seja tipo residencial, posto que no imóvel prepondera a área residencial.

Embora o detalhamento do cálculo não conste do Discriminativo Sintético do Débito – DAD, como acusam os sujeitos passivos, toda a memória do cálculo da remuneração está contida no ARO, do qual os mesmos tiveram plena ciência.

Não tenho dúvida que o Fisco atendeu plenamente o que dispõe o art. 142 do CTN¹ quanto aos dados imprescindíveis ao lançamento. A ocorrência do fato gerador, que é a serviço prestado para execução do imóvel de propriedade dos recorrentes, é incontestável. A composição da base de cálculo está suficientemente apresentada no ARO. Também a fundamentação legal foi corretamente explicitada no Relatório Fiscal e em anexos específico da NFLD.

Vejo, portanto, que a alegação de vícios no lançamento por lhe faltarem requisitos essenciais não deve ser acatada, devendo se afastar a suscitada nulidade.

A decisão de primeira instância

Protestam os recorrentes pela nulidade da decisão recorrida, pela falta de fundamentação e de apreciação dos argumentos e das provas juntadas na defesa. Esse argumento não deve ser acolhido. É que o órgão *a quo* enfrentou todos os pontos aventados na impugnação, sopesando as provas acostadas e apresentando toda a fundamentação jurídica que embasou as suas conclusões.

Ademais, os notificados apenas alegam que a DRJ efetuou o julgamento apenas se baseando no conteúdo do AI, o qual contém afirmações que destoam da realidade. De fato, o órgão de primeira instância, ao enfrentar o mérito da causa, inexoravelmente vai aderir a uma das teses seja da defesa ou do ataque, posto que ao julgador, estando o processo em condições julgamento, não é dado se abster de emitir sua decisão.

Na situação sob testilha, se a tese vencedora foi a da procedência do lançamento, fatalmente a DRJ teria que se basear nos fatos trazidos ao mundo pela Auditoria

¹ Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Fiscal. Uma vez expostas as peças de ataque de defesa, tem o julgador que se posicionar, pondo fim na lide naquela instância, desde que o faça com esteio nas provas e na legislação aplicável ao caso.

Ponderar se a decisão foi ou não acertada é o que deve fazer o órgão *ad quem* quando do enfrentamento das questões de mérito, mas a princípio não enxergo nenhum vício que pudesse tornar nulo o decisório da DRJ.

O Decreto n. 70.235/1972, quando trata das nulidades, prevê:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

(...)

Por não enxergar na decisão recorrida qualquer das hipóteses acima listadas, afasto a preliminar de nulidade suscitada.

A decadência

É cediço que, com a declaração de inconstitucionalidade do art. 45 da Lei n.º 8.212/1991 pela Súmula Vinculante n.º 08, editada pelo Supremo Tribunal Federal em 12/06/2008, o prazo decadencial para as contribuições previdenciárias passou a ser aquele fixado no CTN.

Quanto à norma a ser aplicada para fixação do marco inicial para a contagem do quinquídio decadencial, o CTN apresenta três normas que merecem transcrição:

Art. 150 (...)

§ 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.

(...)

A jurisprudência majoritária do CARF, seguindo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, tem adotado o § 4.º do art. 150 do CTN para os casos em que há antecipação de pagamento do tributo, ou até nas situações em que, com base nos elementos constantes nos autos, não seja possível se chegar a uma conclusão segura sobre esse fato.

O art. 173, I, tem sido tomado para as situações em que comprovadamente o contribuinte não tenha antecipado o pagamento das contribuições ou para os casos de aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória.

Por fim, o art. 173, II, merece adoção quando se está diante de novo lançamento lavrado em substituição ao que foi anulado por vício formal.

Na situação sob enfoque, os autos estão a demonstrar a inexistência de recolhimentos para a obra em questão, pelo que deve-se aferir a decadência pela norma do art. 173, I, do CTN.

A dificuldade na espécie é se determinar em que momento a obra foi concluída, uma vez que não foi acostado o Alvará de Habite-se, documento que tem máxima força probatória para delimitar esse momento.

Os sujeitos passivos, tanto na defesa, como no recurso, admitem que parte da obra, mais precisamente 122m², foi construída em período não decadente, todavia, o órgão de primeira instância entendeu que não restou demonstrada a conclusão em período decadente de nenhuma parcela da obra.

Passemos agora a analisar cada um dos documentos acostados pelos sujeitos passivos no intuito de comprovar a decadência parcial das contribuições lançadas:

a) Certificado de Matrícula e Alteração (CMA), contendo área construída de 592m², fl. 80.

Esse documento representa mera declaração feita pelos sujeitos passivos perante o INSS em 24/10/1991, não sendo hábil para demonstrar a existência da referida área naquela data.

b) Auto de Vistoria do Corpo de Bombeiros, datado de 29/05/2001, no qual consta área de 740m², fl. 81.

O referido auto também não comprova a conclusão da área nele constante em período decadente, haja vista que o lançamento é de 11/2006. Portanto, se a obra foi concluída em 2001, a contagem do prazo decadencial pelo art. 173, I, do CTN, daria ao Fisco o direito de efetuar o lançamento até o 31/12/2006.

c) Documentos que comprovam o registro e funcionamento da empresa desde o ano de 1993.

Esse papéis não se prestam a atestar a conclusão da obra com a área a que se referem os recorrentes, mas apenas indicam que naquele endereço funcionou no período indicado um estabelecimento comercial, nada mais. Para comprovar a existência da área de 592m² em período decadente somente se pode aceitar documentos relativos à própria obra.

d) Cópia de planta baixa registrada na Prefeitura Municipal de Jundiaí em 16/05/1989, fl. 173.

Diz respeito a projeto para construção de padaria e edifício residencial, não indicando o momento de conclusão da obra, por isso, imprestável para demarcar o *dies a quo* para a contagem do prazo decadencial.

e) Fachada de prédio apresentada no Corpo de Bombeiros em 21/01/1998, como proposta para aprovação dos sistemas de segurança.

Não se presta a comprovar o término da obra, posto que sequer contém a área construída.

f) Certidão de Tributação Predial, emitida pela Secretaria Municipal de Finanças de Jundiaí atestando a existência de área de 740m², a partir de 1999, fl. 152.

Este documento, por possuir fé pública, deve ser levado em consideração por esse Julgador, principalmente aliado a constatação verificada no item seguinte.

g) a recorrente apresentou documentos de lançamento do IPTU para os anos de 1992 a 1999 (área construída de 150m²) e de 2001 a 2007 (área construída de 740m²).

E meu ver o lançamento do IPTU de 2001, em 16/01/2001, aliado a Certidão mencionada no item “f”, permite-me concluir com boa margem de segurança que toda a área já estava edificada em período decadente, uma vez que, se o lançamento foi cientificado aos sujeitos passivos em 2006, os fatos geradores ocorridos em 2000 já estariam decadentes.

Nesse sentido, devo reconhecer a decadência de todas as contribuições lançadas, salientando que embora o contribuinte até reconheça uma área de 122m² construída em período não decadente, opto por me curvar ao que me falam os elementos constantes dos autos.

Deixo ainda de me posicionar sobre as demais alegações do recurso, posto que reconhecendo a decadência integral do crédito, as mesmas perdem o objeto.

Conclusão

Reconhecendo a decadência para todas as contribuições lançadas, voto pelo provimento do recurso.

Kleber Ferreira de Araújo