



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

Processo n° 19515.000155/2008-30
Recurso n° 999.999 De Ofício e Voluntário
Acórdão n° 2302-01.551 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de janeiro de 2012
Matéria Obra de Construção Civil - Aferição Indireta
Recorrentes SCHMOLZ + BICKENBACH DO BRASIL INDUSTRIA E COMÉRCIO DE AÇOS LTDA
DRJ - SÃO PAULO SP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/11/2007 a 30/11/2007

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. PRAZO DECADENCIAL. CINCO ANOS. TERMO A QUO. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO ANTECIPADO SOBRE AS RUBRICAS LANÇADAS. ART. 173, INCISO I, DO CTN.

O Supremo Tribunal Federal, conforme entendimento sumulado, Súmula Vinculante de n° 8, no julgamento proferido em 12 de junho de 2008, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei n° 8.212 de 1991.

Não tendo havido pagamento antecipado sobre as rubricas lançadas pela fiscalização, há que se observar o disposto no art. 173, inciso I do CTN.

OBRA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. AFERIÇÃO INDIRETA. POSSIBILIDADE.

Não se tratou de lançamento por solidariedade ou de substituição tributária, in casu, a autuada está sendo cobrada na condição de sujeito passivo direto (contribuinte), por ter sido a executora da obra no contrato de empreitada total. O lançamento foi realizado em virtude da utilização de mão-de-obra na edificação, fato gerador das contribuições previdenciárias. Uma vez ocorrendo o fato gerador as contribuições são devidas, e não havendo prova documental dos fatos efetivamente ocorridos, cabe a utilização de meios indiretos para apuração da base de cálculo, conforme previsto no art. 33 da Lei n 8.212 de 1991.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da Segunda Turma da Terceira Câmara da Segunda Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, Por unanimidade de votos foi negado

provimento ao recurso de ofício. Por maioria de votos foi negado provimento ao recurso voluntário. Vencido o Conselheiro Manoel Coelho Arruda Junior que entendeu aplicar-se o art. 150, parágrafo 4 do CTN para todo o período. No mérito não houve divergência.

Marco André Ramos Vieira - Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Marco André Ramos Vieira (Presidente), Liege Lacroix Thomasi, Arlindo da Costa e Silva, Adriana Sato, Vera Kempers de Moraes Abreu e Manoel Coelho Arruda Júnior.

Ausente momentaneamente o Conselheiro Eduardo Augusto Marcondes de Freitas.

Relatório

A presente NFLD, tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social em virtude da utilização de mão-de-obra assalariada, na edificação de obra de construção civil de responsabilidade do notificado, fls. 25 a 35. Os valores foram lançados por aferição indireta, relativos à obra Galvasud em Porto Real - RJ.

Não conformado com a notificação, foi apresentada defesa, fls. 1.141 a 1.161.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento proferiu a decisão de fls. 1.897 a 1.918, mantendo o lançamento em parte. Houve o reconhecimento parcial da fluência do prazo decadencial. Dessa decisão foi interposto recurso de ofício.

Não concordando com a decisão, houve interposição de recuso voluntário conforme fls. 1.923 a 1.939. Alega em síntese:

- a) A metragem utilizada na aferição não corresponde à metragem construída;
- b) obra construída possui 18.069,30 metros quadrados, muito próximo ao valor de 18.000 metros quadrados mencionados no campo 30 do CMA emitido em 27.07.1999;
- c) o lançamento está lastreado em presunções;
- d) não há indícios de débitos;
- e) não foram analisados os documentos pela auditoria fiscal;
- f) Exercendo seu direito, a Recorrente subcontratou diversas empresas, garantindo a estas, também, o direito de subcontratar.
- g) Houve recolhimentos; ocorreram erros formais pela não indicação da matrícula CEI da obra;
- h) Requerendo provimento ao recurso.

Não foram apresentadas contrarrazões pelo órgão fazendário.

É o relato suficiente.

Voto

Conselheiro Marco André Ramos Vieira, Relator

Quanto ao recurso de ofício não merece o mesmo prosperar. A aplicação do art. 173, inciso I do CTN foi realizada de forma adequada pelo órgão de primeira instância.

Quanto ao recurso voluntário, o mesmo foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 1.943. Pressuposto superado, passo ao exame das questões preliminares ao mérito.

O Supremo Tribunal Federal, conforme entendimento sumulado, Súmula Vinculante de n° 8, no julgamento proferido em 12 de junho de 2008, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei n° 8.212 de 1991, nestas palavras:

Súmula Vinculante n° 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”.

Conforme previsto no art. 103-A da Constituição Federal a Súmula de n° 8 vincula toda a Administração Pública, devendo este Colegiado aplicá-la.

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.

Uma vez não sendo mais possível a aplicação do art. 45 da Lei n° 8.212, há que serem observadas as regras previstas no CTN.

No presente caso trata-se de tributo sujeito a lançamento por homologação, cujo pagamento não foi realizado, nas competências não abrangidas pela decadência. Por não ter pago, nem declarado em GFIP, os valores somente conseguiriam ser apurados em ação fiscal, daí a aplicabilidade do art. 173, inciso I do CTN, para efeitos da contagem do prazo decadencial. Mesmo porquê para aplicação do art. 150, parágrafo 4º ou 173, inciso I do CTN, há que se analisar o recolhimento rubrica por rubrica e competência por competência, pois na hipótese de o contribuinte não reconhecer determinada parcela como incidente, a mesma somente conseguiria ser apurada em uma ação fiscal. O lançamento foi realizado em dezembro de 2007.

Caso o sujeito passivo não antecipe o pagamento, porque entende que o tributo não é devido, obviamente não haverá crédito a ser extinto por homologação.

Seguindo a interpretação da 1ª Seção do STJ (Recurso Especial n 973.733, cuja ementa foi publicada no DJe de 18/09/2009) conta-se do "do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" (artigo 173, I, do CTN), o

prazo quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário quando, a despeito da previsão legal para pagamento antecipado, o mesmo não ocorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte.

Pelo exposto encontram-se atingidos pela fluência do prazo decadencial os fatos geradores apurados pela fiscalização ocorridos anteriormente à competência novembro de 2001, inclusive esta, bem como o décimo terceiro desse ano. A competência dezembro de 2001 não decaiu, pois o crédito somente poderia ser constituído após o vencimento, ou seja em 2 de janeiro de 2002; assim o prazo de decadência, para tal competência, possui como termo de início o primeiro dia do exercício seguinte, ou seja o dia 1º de janeiro de 2003, a qual findaria em 1º de janeiro de 2008.

Nesse sentido da contagem segue entendimento exarado pelo STJ nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial n 674.497, cuja ementa foi publicada nestas palavras:

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

1. Trata-se de embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional objetivando afastar a decadência de créditos tributários referentes a fatos geradores ocorridos em dezembro de 1993. 2. Na espécie, os fatos geradores do tributo em questão são relativos ao período de 1º a 31.12.1993, ou seja, a exação só poderia ser exigida e lançada a partir de janeiro de 1994. Sendo assim, na forma do art. 173, I, do CTN, o prazo decadencial teve início somente em 1º.1.1995, expirando-se em 1º.1.2000. Considerando que o auto de infração foi lavrado em 29.11.1999, tem-se por não consumada a decadência, in casu. 3. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para dar parcial provimento ao recurso especial.

Não assiste razão à autuada ao afirmar que a metragem utilizada na aferição não corresponde à metragem construída. E de que a obra construída possui 18.069,30 metros quadrados, muito próximo ao valor de 18.000 metros quadrados mencionados no campo 30 do CMA emitido em 27.07.1999.

A metragem utilizada pela fiscalização é a constante nos documentos examinados, conforme relatório fiscal (item 5). Os valores foram retirados da Planta constante na Prefeitura Municipal de Porto Real, Processo n.º 2011/99 e Alvará de Licença para Edificação n.º 019/99 emitido pela Prefeitura Municipal de Porto Real (fl. 153, vol. 1), Certidão de Características n.º 029/DAT/SMAFI/2002, da Prefeitura Municipal de Porto Real (fl. 154, vol. 1) e Habite-se n.º 014/02, da Prefeitura Municipal de Porto Real (fl.155, vol. 1). Além desses documentos, a informação de que a área total da obra é 70.871 metros quadrados consta no campo *Continuação do Campo 6 — Informação sobre a área da obra* da Declaração e Informação sobre Obra de Construção Civil — DISO, preenchida e protocolada por representante da Notificada (fl. 141/151, vol. 1).

Também não há razão à recorrente ao afirmar que o lançamento está lastreado em presunções; e de que não há indícios de débitos. Não se tratou de lançamento por solidariedade ou de substituição tributária, in casu, a autuada está sendo cobrada na condição de sujeito passivo direto (contribuinte), por ter sido a executora da obra no contrato de empreitada total. O lançamento foi realizado em virtude da utilização de mão-de-obra na edificação, fato gerador das contribuições previdenciárias. Uma vez ocorrendo o fato gerador as contribuições são devidas, e não havendo prova documental dos fatos efetivamente ocorridos, cabe a utilização de meios indiretos para apuração da base de cálculo, conforme previsto no art. 33 da Lei n 8.212 de 1991.

Os recolhimentos que não demonstram a vinculação à obra de construção civil não podem ser aproveitados, para se evitar que uma mesma guia seja utilizada em diversas obras.

Conforme já analisado pela decisão de primeira instância (item 83 à fl. 1.915), as Notas Fiscais, com vinculação à obra demonstrada, apresentadas pela recorrente já foram aproveitadas no lançamento.

Os documentos trazidos aos autos não são capazes de afastar a regularidade do lançamento, conforme já devidamente analisado pela primeira instância às fls. 1.915 e 1.916. A recorrente não ataca os fundamentos da decisão de primeira instância, limita-se apenas a repetir os argumentos da peça impugnatória. Como é cediço, para que um recurso seja considerado regular, o mesmo deve atacar os fundamentos do ato recorrido.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto, voto por CONHECER e NEGAR PROVIMENTO ao recurso de ofício, bem como ao recurso voluntário.

É o voto.

Marco André Ramos Vieira