

CC02/C06  
Fls. 2.124



**MINISTÉRIO DA FAZENDA  
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SEXTA CÂMARA**

**Processo n°** 35344.000443/2006-98  
**Recurso n°** 151.050 Voluntário  
**Matéria** DIFERENÇAS DE CONTRIBUIÇÕES  
**Acórdão n°** 206-01.024  
**Sessão de** 02 de julho de 2008  
**Recorrente** CONSTRUTORA LOCKS LTDA  
**Recorrida** SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Período de apuração: 01/10/1997 a 30/04/2004

**RECURSO - MATÉRIA NÃO IMPUGNADA - PRECLUSÃO - NÃO INSTAURAÇÃO DO CONTENCIOSO.**

Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante. O contencioso administrativo fiscal só se instaura em relação àquilo que foi expressamente contestado na impugnação.

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Período de apuração: 01/10/1997 a 31/10/1999

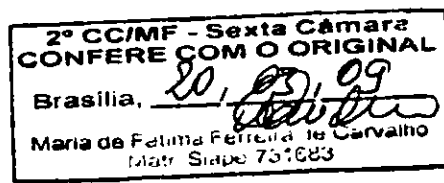
**DECADÊNCIA - ARTS 45 E 46 LEI N° 8.212/1991 - INCONSTITUCIONALIDADE - STF - SÚMULA VINCULANTE.**

De acordo com a Súmula Vinculante n° 08, do STF, os artigos 45 e 46 da Lei n° 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 Vinculante 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.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.



ACORDAM os Membros da SEXTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos: I) em declarar a decadência, para dar provimento parcial ao recurso no sentido de excluir da exação as contribuições referentes aos fatos geradores ocorridos até a competência outubro/1999; II) em rejeitar as demais preliminares suscitadas; e III) no mérito, em negar provimento ao recurso.



ELIAS SAMPAIO FREIRE

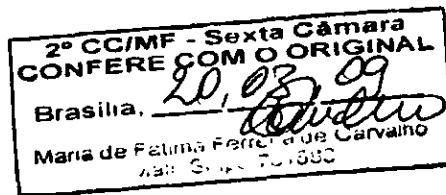
Presidente



ANA MARIA BANDEIRA

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Rogério de Lellis Pinto, Osmar Pereira Costa (Suplente convocado), Cleusa Vieira de Souza, Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira e Marcelo Freitas de Souza Costa (Suplente convocado).



## Relatório

Trata-se de lançamento de contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à contribuição dos segurados, da empresa, à destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho, as destinadas a terceiros (Salário-Educação, SESI, SENAI, SEBRAE, INCRA, SEST e SENAT), incidentes sobre as remunerações pagas a segurados empregados e contribuintes individuais, inclusive transportadores autônomos rodoviários.

O Relatório Fiscal (fls. 89/91) informa que os fatos geradores são remunerações pagas a segurados empregados e contribuintes individuais constantes de folhas de pagamento em período anterior à GFIP – Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social, bem como declaradas nesta após sua instituição.

Também foram lançadas diferenças de acréscimos legais.

Em razão de não terem sido cadastradas todas as matrículas de obra pela empresa, as retenções feitas pelos tomadores, inclusive as não recolhidas, foram consideradas como recolhimento na competência e apropriadas com o código 2100, assim como os recolhimentos no código 2208. Todos os lançamentos relativos às obras e administração foram realizados no CNPJ.

Durante a ação fiscal foi constatado que a notificada compõe grupo econômico de fato com a Setep – Topografia e Construções Ltda, a qual responde solidariamente pelos lançamentos constantes da presente NFLD.

A Construtora Locks Ltda apresentou defesa tempestiva (fls. 109/137) onde alega que teria ocorrido a decadência do direito de constituição de parte dos créditos lançados.

Afirma que a auditoria fiscal valeu-se de mera presunção, sem qualquer prova inequívoca, para notificar a defendente. Alega que todas as obras foram cadastradas e as contribuições devidamente recolhidas e que toda a documentação foi encaminhada à autoridade fiscal.

Argumenta que não é admissível o juízo de probabilidade e é do fisco o dever legal de provar a existência do fato gerador em questão.

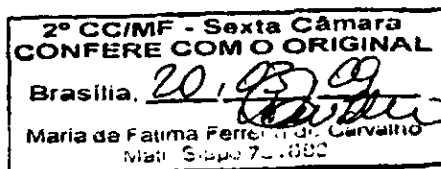
Considera inconstitucional a multa aplicada em face de seu caráter confiscatório, bem como a aplicação da taxa de juros SELIC.

Finaliza com o argumento de que os sócios não podem se qualificados como co-responsáveis.

Junta aos autos enorme volume de cópias GFIPs, a maior parte de outras empresas.

Os autos foram encaminhados à auditoria fiscal que manifestou-se (fl.1831- Vol IX) no sentido de que os documentos anexados se referiam a GFIPs de empresas que não foram

A handwritten mark or signature in the bottom right corner of the page.



fiscalizadas, bem como de competências que não compõem o presente lançamento. Conclui que a documentação não inova em nada que possa alterar o lançamento.

A responsável solidária Setep - Topografia e Construções Ltda, embora devidamente intimada, não apresentou defesa.

Pela Decisão-Notificação nº 20.401.4/0058/2005 (fls. 1851/1858 – Vol IX), o lançamento foi considerado procedente.

A Construtora Locks Ltda apresentou recurso tempestivo (fls. 1861/1890 – Vol IX) onde afirma que obteve autorização em agravo de instrumento para substituir o depósito recursal por arrolamento de bens. No mais, efetua repetição das alegações já apresentadas em defesa.

A responsável solidária, Setep – Topografia e Construções Ltda, também apresentou recurso tempestivo (fls. 1906/1936 – Vol IX) nos exatos termos do recurso apresentado pela Construtora Locks Ltda que é signatária do mesmo.

A então Delegacia da Receita Federal do Brasil – Previdenciária em Florianópolis apresentou contra-razões (fls. 1996/1997 – Vol IX) onde mantém a decisão recorrida.

Os autos foram encaminhados à 4ª Câmara de Julgamentos do CRPS – Conselho de Recursos da Previdência Social que pelo Acórdão nº 1166/2006 (fls. 1998/2003 – Vol IX), julgou nula a decisão de primeira instância, para sanear o procedimento no sentido de que fosse dada ciência ao contribuinte do resultado de diligência ocorrida anteriormente à decisão.

Devidamente intimada da diligência, a Construtora Locks Ltda alegou que acostou documentos da empresa SETEP em razão de pertencer ao mesmo grupo econômico que esta. Menciona a Súmula nº 129 do TST que versa que a prestação de serviços a mais de uma empresa do mesmo grupo econômico, durante a mesma jornada de trabalho, não caracteriza a coexistência de mais de um contrato de trabalho, salvo ajuste em contrário.

Anexa cópia de Relatório Especial de Auditoria elaborado a pedido da notificada.

Pela Decisão-Notificação nº 20.401.4/0439/2006 (fls. 2036/2046 – Vol X), o lançamento foi considerado procedente.

A Construtora Locks Ltda apresentou recurso tempestivo (fls. 2051/2071 – Vol X), alegando que teria havido cerceamento de defesa, em razão do prazo de quinze dias para impugnação ser insuficiente para a apresentação de prova pericial. Afirma que mandou realizar auditoria contábil e fiscal externa que ainda não havia sido concluída quando venceu o prazo para apresentação de defesa.

Repete a alegação de que teria ocorrido a decadência do direito de constituição de parte dos créditos.

No mérito, alega que apresentou aos auditores fiscais todos os documentos e livros solicitados. Afirma que os lançamentos de multas são referentes aos mesmos fatos geradores, em relação aos quais, a auditoria arbitrou as bases de cálculo.

Não obstante o parecer da auditoria externa, a auditoria fiscal utilizou-se de presunção simples para efetuar o lançamento.

Argumenta que o relatório de auditoria externa solicitada pela mesma, utilizando os mesmos percentuais dos demonstrativos de lançamentos da autoridade fiscal, apurou um saldo que não condiz com a realidade apontada nos autos.

Alega que o relatório da NFLD é sintético e não demonstra o que realmente foi verificado.

Finaliza, requerendo a realização de perícia.

A SRP apresentou contra-razões e posteriormente foi comunicada a sentença proferida no Mandado de Segurança, a qual denegou a segurança, porém manteve os efeitos da decisão proferida no recurso de agravo.

É o relatório.

## Voto

Conselheira ANA MARIA BANDEIRA, Relatora

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

A recorrente alega que o prazo de quinze dias para a apresentação de impugnação foi insuficiente, o que se caracterizaria em cerceamento de defesa. Também apresenta pedido de realização de perícia.

Assevere-se que, tais alegações não foram apresentadas na defesa e, a meu ver, o contencioso administrativo fiscal só é instaurado mediante apresentação de defesa tempestiva e somente em relação às matérias expressamente impugnadas.

Dessa forma, entendo que encontra-se precluído o direito à discussão de matéria trazida de forma inovadora na segunda instância administrativa, em razão do que dispõe o art. 17 do Decreto nº 70.235/1972, *in verbis*:

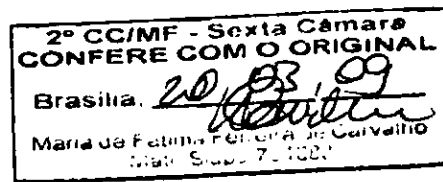
*“Art.17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante”*

Ainda em sede de preliminar, a recorrente alega que houve a decadência do direito de constituição de parte dos créditos.

A recorrente alega que teria ocorrido a decadência do direito de constituição do crédito objeto da presente notificação.

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."*

A constitucionalidade do dispositivo encimado sempre foi objeto de questionamento, seja no âmbito administrativo, como no caso em tela, seja no âmbito judicial.

Em sede do contencioso administrativo fiscal, em obediência ao princípio da legalidade e, considerando que o art. 45 da Lei n° 8.212/1991 encontra-se vigente no ordenamento jurídico pátrio, as alegações a respeito da constitucionalidade do citado artigo não eram acolhidas.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar os Recursos Extraordinários n° 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 n° 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"*

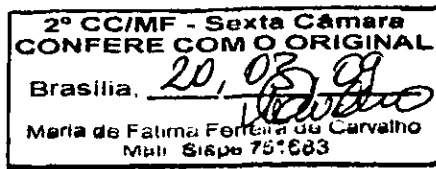
Vale lembrar que o art. 49 do Regimento Interno do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda veda o afastamento de aplicação ou inobservância de legislação sob fundamento de inconstitucionalidade. Porém, em caráter excepcional, autoriza no inciso I do § único, a não aplicação de dispositivo que tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal, que é o caso. O dispositivo citado encontra-se transcrito abaixo:

*"Art. 49. No julgamento de recurso voluntário ou de ofício, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.*

*Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:*

*I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; (g.n.)."*

Apenas o contido no Regimento Interno do Conselho de Contribuintes já autorizaria, nos julgados ocorridos a partir das decisões da Egrégia Corte, declarar a extinção dos créditos, cujo lançamento tenha ocorrido após o prazo de cinco anos previsto no art. 173 e incisos e do § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional, conforme o caso, os quais passam a ser aplicados em razão da declaração de inconstitucionalidade dos arts 45 e 46 da Lei n° 8.212/1991.



Não obstante, ainda é necessário observar os efeitos da súmula vinculante, conforme se depreende do art. 103-A e parágrafos, da Constituição Federal que foram inseridos pela Emenda Constitucional n° 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.*

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

*§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.*

*§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (g.n.).”*

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

E mais, no termos do artigo 64-B da Lei 9.784/99, com a redação dada pela Lei 11.417/06, as autoridades administrativas devem se adequar ao entendimento do STF, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.

*“Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal”*

Diante das considerações efetuadas e da análise do caso concreto, pode-se concluir que ocorreu a decadência do direito de constituição dos créditos objeto da presente notificação, nos termos do § 4º do art 150 do Código Tributário Nacional, uma vez que houve antecipação de pagamento por parte do sujeito passivo.

Considerando que o lançamento foi efetuado em novembro de 2004, percebe-se que, já se operara a decadência do direito de constituição dos créditos correspondentes à competências 01/10/1997 a 31/10/1999.

No mérito, a recorrente alega que o lançamento seria improcedente. Argumenta que teria apresentado todos os documentos e livros solicitados e irresigna-se contra o arbitramento das bases de cálculo.

Percebe-se o equívoco da recorrente, pois a auditoria fiscal não se utilizou de critérios de arbitramento para a apuração do salário de contribuição. Ao contrário, os valores foram retirados das folhas de pagamento da recorrente e após a instituição da GFIP os valores das remunerações foram, inclusive, informados pela recorrente, o que, por si só, já se configura em confissão de dívida, conforme dispõe o § 1º do art. 225 do Decreto nº 3.048/1999, *in verbis*:

*“§ 1º As informações prestadas na Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social servirão como base de cálculo das contribuições arrecadadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social, comporão a base de dados para fins de cálculo e concessão dos benefícios previdenciários, bem como constituir-se-ão em termo de confissão de dívida, na hipótese do não-recolhimento.”*

Diante da constatação acima, não é possível acolher a alegação da recorrente de que a auditoria fiscal utilizou-se de presunção simples para efetuar o lançamento, como também a alegação de que o relatório da NFLD seria sintético e não demonstraria o que aconteceu, uma vez que o mesmo é claro ao demonstrar a origem do lançamento.

Quanto ao relatório de auditoria externa solicitada pela mesma, com o qual a recorrente pretende demonstrar que foram apurados valores que não condizem com a realidade, vale salientar que não foi apresentado um único documento para corroborar o conteúdo do citado relatório.

A recorrente juntou aos autos enorme volume de cópias de GFIPs de outras empresas, quando poderia ter apresentado documentos que demonstrassem a veracidade do contido no relatório de auditoria externa como, por exemplo, guias de recolhimento, espécie de documento que a recorrente não trouxe aos autos e que seria eficaz para demonstrar a alegada improcedência do lançamento.

Diante do exposto e considerando que nada foi apresentado que levasse à desconstituição do presente lançamento.

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso, **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL PARA ACATAR A PRELIMINAR DE DECADÊNCIA** para excluir do lançamento as contribuições correspondentes às competências 01/10/1997 a 31/10/1999.

É como voto.

Sala das Sessões, em 02 de julho de 2008

  
ANA MARIA BANDEIRA