



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

Processo nº 35368.000037/2007-38
Recurso nº 248.802 Voluntário
Acórdão nº **2301-00.885 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 15 de março de 2011
Matéria Aferição. Construção Civil.
Recorrente DELTA ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/06/1990 a 26/01/2004

Ementa: DECADÊNCIA.

O Supremo Tribunal Federal, através da Súmula Vinculante nº 08, declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24/07/91, devendo, portanto, ser aplicadas as regras do Código Tributário Nacional.

AFERIÇÃO INDIRETA. REGULARIDADE.

Na falta de prova regular e formalizada, o montante dos salários pagos pela execução de obra de construção civil pode ser obtido mediante aferição indireta.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos: a) em dar provimento parcial ao recurso, nas preliminares, para excluir - devido á regra decadencial do I, Art. 173 do CTN – as contribuições apuradas até 12/2000, anteriores a 01/2001, nos termos do voto do Relator; e b) em negar provimento às demais questões apresentadas pela recorrente, nos termos do voto do Relator.

MARCELO OLIVEIRA

Presidente - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Marcelo Oliveira, Bernadete de Oliveira Barros, Leonardo Henrique Pires Lopes, Mauro José Silva, Adriano González Silvério e Damião Cordeiro de Moraes.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário apresentado contra Decisão da Delegacia da Secretaria da Receita Previdenciária (DRP), fls. 045 a 052, que julgou procedente o lançamento, oriundo de descumprimento de obrigação tributária legal principal, fl. 001.

Segundo a fiscalização, de acordo com o Relatório Fiscal (RF), fls. 019 a 021, o lançamento refere-se a contribuições destinadas à Seguridade Social, incidentes sobre a remuneração paga a segurados, correspondentes a contribuição dos segurados, da empresa, a contribuição para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho (SAT) e as contribuições devidas aos Terceiros.

Ainda segundo o RF, os valores da base de cálculo foram aferidos, devido a recorrente não ter apresentado documentos solicitados pela fiscalização.

Os motivos que ensejaram o lançamento estão descritos no RF e nos demais anexos da NFLD.

Em 09/10/2006 foi dada ciência à recorrente do lançamento, fls. 001.

Contra o lançamento, a recorrente apresentou impugnação, fls. 023 a 034, acompanhada de anexos, onde alegou, em síntese, que:

1. O RF deixou de identificar os fatos geradores das obrigações tidas como inadimplidas, sua origem e sua capitulação legal, viciando o ato, tornando nulo o lançamento;
2. A fiscalização deveria, ante o princípio da legalidade, descrever com clareza a infração cometida, a fim de possibilitar o exercício da ampla defesa;
3. Houve afronta ao art. 2º e inciso II do art. 50, ambos da Lei nº9.784/1999, devido a falta de motivação;
4. O início da obra se verificou em 09/1986 e foi encerrada em 12/1999, razão pela qual se encontram decadentes todas as exigências tributárias, com aplicação do art. 173, I, do Código Tributário Nacional (CTN);
5. O art. 2º do Decreto nº 3.969/2001 determina que o procedimento fiscal será executado mediante Mandado de Procedimento Fiscal, razão pela qual o presente padece de vício de nulidade;

6. Os valores utilizados como base de incidência não tem correspondência com os documentos disponibilizados à auditoria fiscal, uma vez que os valores recolhidos no período de 09/87 à 07/96 não foram convertidos em metros quadrados de edificação;
7. Não foram apresentados os valores utilizados para a aferição;
8. A exclusão de sessenta e sete meses não corresponde ao número de meses efetivamente decadente; e
9. Contabilizou regularmente todos os fatos geradores, mas que os livros encontram-se extraviados, pelo que protesta pela juntada assim que localizados.

A Delegacia analisou o lançamento e a impugnação, julgando procedente o lançamento.

Inconformada com a decisão, a recorrente apresentou recurso voluntário, fls. 054 a 064, acompanhado de anexos, reiterando os argumentos apresentados na defesa.

Posteriormente, os autos foram enviados ao Conselho, para análise e decisão, fls. 082.

A Segunda Turma, da Quarta Câmara, da Segunda Seção do CARF, analisou os autos e decidiu converter o julgamento em diligência, a fim de que o Fisco se pronunciasse sobre os efeitos da decadência.

O Fisco emitiu informação fiscal, a partir das fls. 0155, pronunciando-se, em síntese, pela decadência parcial do lançamento.

A recorrente apresentou argumentos, a partir das fls. 0160, alegando, em síntese, que:

1. A entrega dos apartamentos foi em 1999, portanto totalmente decadente as contribuições;
2. Reitera seus argumentos.

Os autos retornaram ao Conselho, para análise e decisão.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Marcelo Oliveira, Relator

Sendo tempestivo, CONHEÇO DO RECURSO e passo ao exame de seus argumentos.

DA PRELIMINAR

Quanto às preliminares, devemos verificar a ocorrência, ou não, da decadência.

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

Súmula Vinculante nº 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 nº 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 nº 8.212, há que serem observadas as regras previstas no CTN.

A decadência está arrolada como forma de extinção do crédito tributário no inciso V do art. 156 do CTN e decorre da conjugação de dois fatores essenciais: o decurso de certo lapso de tempo e a inércia do titular de um direito.

Esses fatores resultarão, para o sujeito que permaneceu inerte, na extinção de seu direito material.

Em Direito Tributário, a decadência está disciplinada no art. 173 e no art. 150, § 4º, do CTN (este último diz respeito ao lançamento por homologação). A decadência, no Direito Tributário, é modalidade de extinção do crédito tributário.

Por não haver recolhimentos a homologar, a regra relativa à decadência - que deve ser aplicada ao caso - encontra-se no art. 173, I: o direito de constituir o crédito extingue-

se em cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia ter sido efetuado o lançamento.

CTN:

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.”

Ocorre que o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), através de alteração promovida pela Portaria do Ministro da Fazenda n.º 586, de 21.12.2010 (Publicada no em 22.12.2010), passou a fazer expressa previsão no sentido de que “*As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF*” (Art. 62-A do anexo II).

No que diz respeito a decadência dos tributos lançados por homologação temos o Recurso Especial nº 973.733 - SC (2007/0176994-0), julgado em 12 de agosto de 2009, sendo relator o Ministro Luiz Fux, que teve o acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC e da Resolução STJ 08/2008, assim ementado:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, 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) conta-se 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 imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se 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) cuida-se 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 imponíveis ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se 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 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.*

Portanto, o STJ, em acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC definiu que ***“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 imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação”*** (Recurso Especial nº 973.733)

Ressalto que aplicaremos, como é nossa obrigação, a determinação regimental – já que no nosso entendimento o primeiro dia do exercício seguinte em que o lançamento poderia ter sido efetuado não é contado da ocorrência do fato imponible, mas sim do dia seguinte ao que os valores deveriam ter sido recolhidos – mesmo não concordando com seu teor.

Destarte, como no lançamento, a ciência do sujeito passivo, momento da constituição do crédito, ocorreu em 10/2006 e o período do lançamento refere-se a fatos geradores ocorridos nas competências 06/1990 a 01/2004 todas as contribuições apuradas nas competências anteriores a 01/2001 devem ser excluídas do presente lançamento.

Ressaltamos que, apesar de buscarmos, por diligência, novas informações, não há documentação alguma que confirme o término da obra anteriormente ao alegado pelo Fisco.

Por todo o exposto, acato, parcialmente, a preliminar ora examinada, no que tange à decadência, excluindo às contribuições apuradas anteriormente a 01/2001.

A recorrente alega, ainda nas preliminares, que o RF deixou de identificar os fatos geradores das obrigações tidas como inadimplidas, sua origem e sua capitulação legal, viciando o ato, tornando nulo o lançamento.

Analisando o RF verificamos que todos os elementos necessários ao total conhecimento sobre o lançamento estão presentes, como determina a legislação.

CTN:

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.

Portanto, não há que se argumentar sobre cerceamento de defesa, já que o RF traz descrição clara e precisa dos motivos do lançamento.

Em outra preliminar a recorrente alega que o procedimento fiscal não possuiu MPF.

Esclarecemos á recorrente que o MPF sobre o presente procedimento fiscal encontra-se anexo.

Portanto, não há razão no argumento.

Por todo o exposto, acato parcialmente a preliminar ora examinada, para excluir do lançamento, devido a decadência, as contribuições apuradas anteriormente a competência 01/2001, devido a decadência, nos termos do voto.

DO MÉRITO

Quanto ao mérito, a recorrente afirma que os valores utilizados como base de incidência não tem correspondência com os documentos disponibilizados à auditoria fiscal,

uma vez que os valores recolhidos no período de 09/87 à 07/96 não foram convertidos em metros quadrados de edificação.

Esclarecemos à recorrente que os valores recolhidos nas competências citadas foram considerados pelo Fisco, como consta, de forma clara, no RF.

Portanto, não há razão no argumento.

Esclarecemos, também, que os valores que serviram a aferição, seus motivos, sua fundamentação legal e fática foram devidamente demonstrados no lançamento, especialmente pelo RF, possibilitando o amplo conhecimento do conteúdo e da formalização do exigido.

A contabilidade não foi apresentada ao Fisco e, assim sendo, foi exercido o dever, segundo a legislação, de apurar por aferição as contribuições devidas.

Lei 8.212/1991:

Art. 33. Ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11, bem como as contribuições incidentes a título de substituição; e à Secretaria da Receita Federal – SRF compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas d e e do parágrafo único do art. 11, cabendo a ambos os órgãos, na esfera de sua competência, promover a respectiva cobrança e aplicar as sanções previstas legalmente.

...

§ 3º Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, o Instituto Nacional do Seguro Social-INSS e o Departamento da Receita Federal-DRF podem, sem prejuízo da penalidade cabível, inscrever de ofício importância que reputarem devida, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário.

§ 4º Na falta de prova regular e formalizada, o montante dos salários pagos pela execução de obra de construção civil pode ser obtido mediante cálculo da mão-de-obra empregada, proporcional à área construída e ao padrão de execução da obra, cabendo ao proprietário, dono da obra, condômino da unidade imobiliária ou empresa co-responsável o ônus da prova em contrário.

Portanto, correto o procedimento adotado pela fiscalização.

Finalmente, pela análise dos autos, chegamos à conclusão de que o lançamento e a decisão foram lavrados na estrita observância das determinações legais vigentes, sendo que tiveram por base o que determina a Legislação.

CONCLUSÃO

Em razão do exposto,

Voto pelo provimento parcial do recurso, nas preliminares, para excluir do lançamento, devido a decadência, as contribuições apuradas anteriormente a competência 01/2001, devido a decadência, nos termos do voto. Quanto ao mérito, nego provimento ao recurso.

Marcelo Oliveira