



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

Processo nº 35376.000428/2007-53
Recurso nº 000.000 Voluntário
Acórdão nº 2403-001.166 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de março de 2012.
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS - OBRA
Recorrente CARLOS ALBERTO ESTATI
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/09/1995 a 04/08/2005

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 aplicada a regra quinquenal da decadência do Código Tributário Nacional.

MULTA DE MORA. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE BENÉFICA. ATO NÃO DEFINITIVAMENTE JULGADO.

Conforme determinação do Código Tributário Nacional (CTN) a lei aplica-se a ato ou fato pretérito, tratando-se de ato não definitivamente julgado, quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

PEDIDO DE PERÍCIA. REQUISITOS. INDEFERIMENTO.

O indeferimento do pedido de perícia não caracteriza cerceamento do direito de defesa, quando demonstrada sua prescindibilidade.

Considerar-se-á como não formulado o pedido de perícia que não atenda aos requisitos previstos no artigo 16, IV c/c §1º do Decreto nº 70.235/72.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, Nas preliminares, por unanimidade de votos em reconhecer a decadência até a competência de 11/1999, inclusive, com base no art. 173, inciso I, do CTN. No Mérito, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso

para determinar o recálculo da multa de mora, de acordo com o disposto no art. 35, caput, da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/2009 (art. 61, da Lei no 9.430/96), prevalecendo o valor mais benéfico ao contribuinte. Vencido o conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro na questão da multa de mora.

Carlos Alberto Mees Stringari

Presidente/Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari (Presidente), Jhonatas Ribeiro Da Silva, Ivacir Julio De Souza, Maria Anselma Coscrato Dos Santos, Marcelo Magalhães Peixoto e Paulo Mauricio Pinheiro Monteiro.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário apresentado contra Decisão da Delegacia da Secretaria da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto, Acórdão 14-19.175 da 6ª Turma.

A autuação foi assim apresentada no relatório do acórdão recorrido:

Trata a presente Notificação Fiscal de Lançamento de Débito — NFLD nº 35.663.835-9, de 20/12/05, de contribuições sociais devidas à Seguridade Social, correspondentes à parte do segurado empregado e da empresa, ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho, e as destinadas às Entidades Terceiras — SALÁRIO EDUCAÇÃO, INCRA, SESI, SENAI e SEBRAE, incidentes sobre o valor da mão-de-obra utilizada na construção de residência, conforme Aviso para Regularização de Obra - ARO emitido em 04/08/2005 (fl. 17) e documentos anexos.

Foi apurada por aferição indireta com base na Tabela de Salário por metro quadrado na atividade de construção civil do Custo Unitário Básico — C.U.B., nos termos do § 4º do art. 33 da Lei nº 8.212/91.

Importa o presente débito no valor de R\$ 52.318,58 (cinquenta e dois mil, trezentos e dezoito reais e cinquenta e oito centavos), consolidado em 20/12/05.

Inconformada com a decisão, a recorrente apresentou recurso voluntário, onde alega, em síntese, que:

- efetuou o aumento na obra já existente utilizando de auxílio da família e mutirão;
- questiona o enquadramento como hotel;
- não foi considerado a área que já havia sido construída;
- decadência;
- requer perícia para verificar que a área inferior era pré existente e para verificar os valores utilizados no cálculo.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Carlos Alberto Mees Stringari, Relator

O recurso é tempestivo e por não haver óbice ao seu conhecimento, passo à análise das questões pertinentes.

DECADÊNCIA

O lançamento fundamentou-se no artigo 45 da Lei 8.212/91. O Supremo Tribunal Federal, conforme entendimento sumulado, Súmula Vinculante de n ° 8, no julgamento proferido em 12 de junho de 2008, reconheceu a inconstitucionalidade desse artigo, 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 Código Tributário Nacional (CTN), o art. 173 ou o art. 150 (este último diz respeito ao lançamento por homologação).

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.

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.

§ 1º - O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento.

§ 2º - Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.

§ 3º - Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.

§ 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. (grifo nosso)

Devido à total ausência de recolhimentos, aplica-se a regra do artigo 173.

O período da obra é de 01/09/1995 a 04/08/2005.

A ciência do lançamento ocorreu em 23/12/2005.

Entendo decadentes as competências até 11/1999, inclusive.

ÁREA PRÉ-EXISTENTE / ACRÉSCIMO

O recorrente afirma que a obra em questão é acréscimo à obra pré-existente.

Conforme consta do recurso recorrido, tal afirmação é procedente e como tal foi considerado no julgamento de primeira instância.

Apresento abaixo trecho do acórdão.

Da análise do Projeto Arquitetônico original acostado, verifica-se:

- existência do pavimento térreo com área de 245,02 m²

- ampliação do pavimento térreo com área de 191,48 m²
- construção de pavimento superior com área de 407,74 m²
- área total de 844,24 m²

A área utilizada para o cálculo da mão de obra, registrando novamente, perfaz 599,22 m², que corresponde exatamente a soma da área referente à ampliação do pavimento térreo e à construção do pavimento superior.

O Contribuinte junta aos Autos cópia de guia pagamento de IPTU com vencimento em 30/01/94, onde consta área edificada de 240,00 m². Como o Projeto Arquitetônico discrimina a existência de uma área já construída de 245,02 m², a prova apresentada pelo Contribuinte não tem o condão de alterar o lançamento, pois a área edificada relativo ao citado IPTU refere-se justamente a área já construída discriminada no Projeto Arquitetônico.

CONSTRUÇÃO SEM MÃO DE OBRA REMUNERADA

Recorrente afirma que a obra foi edificada utilizando de auxílio da família e mutirão e que não deve ser tributada.

Abaixo ficará demonstrado que a hipótese prevista nas normas para admissão de obra edificada sem mão de obra remunerada é restrita ao proprietário ser pessoa física e, não possuir outro imóvel, que a construção seja residencial e unifamiliar; com área total não superior a setenta metros quadrados; destinada a uso próprio; do tipo econômico ou popular.

Tal norma já foi apresentada no acórdão recorrido e aparece transcrita abaixo:

Também cabe registrar que somente não é devida contribuição à Previdência Social sob o regime de mutirão, ou seja, sem mão-de-obra remunerada, quando a obra de pessoa física se enquadra no disposto no art. 462 da Instrução Normativa MPS/SRP nº 03/05, o que não é o caso da obra em análise, já que a obra tem área superior a setenta metros quadrados:

"Art. 462. Nenhuma contribuição é devida à Previdência Social em relação à obra de construção civil que atenda às seguintes condições:

I - o proprietário do imóvel ou dono da obra seja pessoa física, não possua outro imóvel e a construção seja:

- a) residencial e unifamiliar;*
- b) com área total não superior a setenta metros quadrados;*
- c) destinada a uso próprio;*

d) do tipo econômico ou popular;

e) executada sem mão-de-obra remunerada. "

A obra é uma Pousada, com mais de 800m².

No processo consta que surgiu dúvida acerca da destinação do imóvel e que foi efetuada diligência fiscal (folhas 51 a 54) que comprovou ser o imóvel uma Pousada.

1- Reinaldo da Cruz Castro, Auditor Fiscal da Previdência Social, matrícula SIAPE 1180576, tendo recebido o presente processo para efetuar diligência no endereço da obra acima identificada, com o intuito de verificar a real destinação do imóvel, dirigiu-se ao endereço cadastral na cidade de Avaré, e informa ter encontrado instalado e em funcionamento um hotel, denominado "Pousada Cabana".

2- O auditor registrou fotograficamente o local, afim de melhor caracterizar a vistoria e fornecer elementos de convicção à autoridade julgadora

PERÍCIA

A recorrente requer perícia para verificar que a área inferior era pré-existente e para verificar os valores utilizados no cálculo.

A perícia se reserva à elucidação de pontos duvidosos que requerem conhecimentos especializados para o deslinde de litígio, não se justificando a sua realização quando o fato probando puder ser demonstrado pela juntada de documentos e neste caso, a prova documental carreada aos autos era suficiente para o esclarecimento da questão.

A perícia deve ser deferida apenas quando a prova do fato depender de conhecimento técnico especial, hipótese inócurre nos autos.

A Empresa não apresentou nenhum aspecto inédito evidenciado após a auditoria fiscal, cuja apreciação requeira exame especial ou técnico. Não constam da peça defensiva elementos que justifiquem a peritagem, o que torna desnecessária a perícia solicitada.

MULTA DE MORA

A multa de mora aplicada teve por base o artigo 35 da Lei 8.212/91, que determinava aplicação de multa que progredia conforme a fase e o decorrer do tempo e que poderia atingir 50% na fase administrativa e 100% na fase de execução fiscal. Ocorre que esse

artigo foi alterado pela Lei 11.941/2009, que estabeleceu que os débitos referentes a contribuições não pagas nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. 61 da Lei 9.430/96, que estabelece multa de 0,33% ao dia, limitada a 20%.

Visto que o artigo 106 do CTN determina a aplicação retroativa da lei quando, tratando-se de ato não definitivamente julgado, lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, princípio da retroatividade benigna, impõe-se o cálculo da multa com base no artigo 61 da Lei 9.430/96 para compará-la com a multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei 8.212/91 (presente no crédito lançado neste processo) para determinação e prevalência da multa mais benéfica.

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

CONCLUSÃO

À vista do exposto, voto por, nas preliminares, reconhecer a decadência das competências até 11/1999, inclusive, com base no art. 173, inciso I, do CTN. . No mérito, voto pelo provimento parcial do recurso, determinando o recálculo da multa de mora, com base na redação dada pela lei 11.941/2009 ao artigo 35 da Lei 8.212/91 e prevalência da mais benéfica ao contribuinte.

Carlos Alberto Mees Stringari

Processo nº 35376.000428/2007-53
Acórdão n.º **2403-001.166**

S2-C4T3
Fl. 103

CÓPIA