



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

Processo nº 36750.002728/2005-53
Recurso nº 258.951 Voluntário
Acórdão nº **2403-00.355 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária**
Sessão de 9 de fevereiro de 2011
Matéria CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA
Recorrente GUSTAVO ALVERTO ZANARDO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/2005 a 31/05/2005

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO - PERÍODO ATINGIDO PELA DECADÊNCIA QUINQUENAL - SÚMULA VINCULANTE STF Nº. 8.

O STF em julgamento proferido em 12 de junho de 2008, declarou a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/1991. Após, editou a Súmula Vinculante nº 8, publicada em 20.06.2008, nos seguintes termos: “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”.

Nos termos do art. 103-A da Constituição Federal, as Súmulas Vinculantes 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

O fato gerador das contribuições ocorre durante o período de execução da obra, no caso, para a Matrícula CEI 38.700.11084/64, a obra de construção teve início em 1992 e um primeiro término parcial em 21.07.1995, com área total de 469,20 m², e um segundo término parcial em 16.02.2004, área total de 103,60 m².

A cientificação da NFLD pela recorrente se deu em 11.08.2005, e o período do débito é 05/2005. Dessa forma, para o primeiro término parcial da obra em 21.07.1995, com área total de 469,20 m², constata-se que com fulcro na Súmula Vinculante nº 8,, STF, que já se operara a decadência do direito de constituição dos créditos ora lançados, tanto nos termos do artigo 150, § 4º, CTN quanto nos termos do artigo 173, I, do CTN.

Em relação ao segundo término parcial da obra, em 16.02.2004, área total de 103,60 m², naturalmente, não incide a hipótese de decadência dado que a ciência da NFLD ocorreu em 16.08.2005.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO - AFERIÇÃO INDIRETA.

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.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO - ACRÉSCIMOS LEGAIS - JUROS E MULTA DE MORA - ALTERAÇÕES DADAS PELA LEI 11.941/2009 - RECÁLCULO DA MULTA MAIS BENÉFICA - ART. 106, II, C, CTN

Até a edição da Lei 11.941/2009, os acréscimos legais previdenciários eram distintos dos demais tributos federais, conforme constavam dos arts. 34 e 35 da Lei 8.212/1991. A Lei 11.941/2009 revogou o art. 34 da Lei 8.212/1991 (que tratava de juros moratórios), alterou a redação do art. 35 (que versava sobre a multa de mora) e inseriu o art. 35-A, para disciplinar a multa de ofício.

Visto que o artigo 106, II, c 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 de mora mais benéfica.

Ressalva-se a posição do Relator, vencida nesta Colenda Turma, na qual se deve determinar o recálculo dos acréscimos legais na forma de juros de mora (com base no art. 35, Lei 8.212/1991 c/c art. 61, § 3º Lei 9.430/1996 c/c art. 5º, § 3º Lei 9.430/1996) e da multa de ofício (com base no art. 35-A, Lei 8.212/1991 c/c art. 44 Lei 9.430/1996), com a prevalência dos acréscimos legais mais benéficos ao contribuinte.

Recurso voluntário provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado por unanimidade de votos, em acolher a **preliminar** de decadência até a competência 07/1995, por quaisquer dos critérios adotados no CTN, excluindo-se do débito o correspondente à área edificada de 469,20 m². **No mérito**, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso para determinar que se recalcule a multa de mora, com base na redação dada pela lei 11.941/2009 ao artigo 35 da Lei 8.212/91, com a prevalência da mais benéfica ao contribuinte.

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente

Processo nº 36750.002728/2005-53
Acórdão n.º **2403-00.355**

S2-C4T3
Fl. 94

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro - Relator

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros: Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Cid Marconi Gurgel de Souza. Ausentes o Conselheiro Marcelo Magalhães Peixoto e o Conselheiro Marthius Sávio Cavalcante Lobato.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário, fls. 47 a 65, com Anexos às fls. 66 a 89, apresentado contra Acórdão nº 04-12.256 – 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Campo Grande - MS, fls. 34 a 38, que julgou procedente a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD nº 35.699.064-8, no valor consolidado de R\$ 26.048,03 (vinte e seis mil, quarenta e oito reais e três centavos), às fl. 01.

A NFLD se refere às contribuições previdenciárias devidas e não recolhidas para a Seguridade Social, Financiamento dos Benefícios em Razão da Incapacidade Laborativa - SAT e Terceiros (SALÁRIO EDUCAÇÃO, INCRA, SENAI, SESI, SEBRAE), incidentes sobre a remuneração decorrente da mão-de-obra em construção civil de responsabilidade de pessoa física, referente à obra realizada no endereço: R. Odila Cabral Tavares, 83 – Quadra 06 – Lote 19 A – Campo Grande – MS.

Conforme o Relatório Fiscal, às fls. 15, foi apurada a remuneração da mão-de-obra por aferição indireta – construção civil com base na tabela do Sindicato das Indústrias de Construção Civil - SINDUSCON/MS, conforme Aviso para Regularização de Obra — ARO, às fls. 16 anexo a NFLD, e a área construída constante no Cadastro Imobiliário — Sistema de Tributação — IPTU da Prefeitura Municipal de Campo Grande — MS, às fls. 17.

Informa ainda o Relatório Fiscal, às fls. 15, que o ARO foi emitido de ofício pela fiscalização, em 31.05.2005, conforme fls. 16:

indica que a obra em questão, com Matrícula CEI 38.700.11084/64, tem datas de início em 07.07.2004 e de término em 30.07.2006, se refere à área total de construção de 572,80 m².

O período de apuração, de acordo com o Mandado de Procedimento Fiscal – MPF nº 099245809 é de 01/1995 a 07/2005, fls. 11.

O período do débito, conforme o Relatório Discriminativo Sintético de Débito - DSD, às fls. 06, é 05/2005 a 05/2005.

O Recorrente teve ciência da NFLD no dia 11.08.2005, conforme o Aviso de Recebimento – AR nº 861829946BR, às fls. 02.

O Recorrente apresentou Impugnação, às fls. 22 a 29, sendo apresentada a seguinte documentação:

- Às fls. 24, carta da Brasil Telecom S. A., prestadora de serviço de telefonia, informando que o código de acesso (67) 341-4172, contrato atual nº 600.078.528-7 de sua titularidade, encontra-se instalado desde 07/10/1993 à Rua Odila Cabral Tavares nº 083– Vila Amapá – Campo Grande – MS.
- Às fls. 25, carta da ENERSUL, fornecedora de energia elétrica, comprovando que o fornecimento de energia elétrica iniciou em 24.04.1992;

- Às fls. 29, Certidão de cadastramento nº 146/2005 da Secretaria Municipal de Controle Ambiental e urbanístico de Campo Grande MS com as seguintes informações acerca do imóvel na R. Odila Cabral Tavares, 83:
 - Em levantamento fiscal realizado em 21/07/1995, o imóvel possuía área total de 469,20 m²;
 - Em levantamento fiscal realizado em 16/02/2004, o imóvel possuía área total de 572,80 m²;

A Recorrida analisou a autuação e a Impugnação, julgando procedente a autuação, conforme o Acórdão nº 04-12.256 – 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Campo Grande - MS, fls. 34 a 38, cuja Ementa segue:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/10/2004 a 31/05/2005

PRAZO DECADENCIAL APLICÁVEL. DEZ ANOS.

Às contribuições destinadas à Seguridade Social aplica-se o decênio como prazo decadencial, pois que expressamente previsto no art. 45, da Lei nº 8.212/1991.

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. CONSTRUÇÃO CIVIL PARTICULAR. AFERIÇÃO INDIRETA.

O enquadramento da obra de construção civil, em se tratando de edificação, será realizado de ofício pela Secretaria da Receita Previdenciária, de acordo com a destinação do imóvel, o número de pavimentos, o número de quartos da unidade autônoma, o padrão e o tipo da obra, e tem por finalidade encontrar o valor do CUB aplicável à obra e definir o procedimento de cálculo a ser adotado.

Lançamento Procedente

Inconformado com a decisão, o Recorrente apresentou Recurso Voluntário, fls. 47 a 65, com Anexos às fls. 66 a 89.

Nos Anexos, o Recorrente elenca os seguintes documentos, datados de 1992 a 1993:

- Nota Fiscal de material de obra - hidráulicos e de acabamento;
- Nota Fiscal de compra/ instalação de alarme residencial;
- Nota Fiscal de compra de itens de cozinha;
- Nota Fiscal de montagem e instalação de cozinha;

- *Nota Fiscal de compra de escada em caracol;*
- *Nota Fiscal de compra de itens de banheiro e acabamento;*
- *Nota Fiscal de compra de ar-condicionado;*
- *Com data de 12.11.2007, junta a Declaração da empresa ALARMES PROTECTUS SEGURANÇA ELETRÔNICA LTDA acerca de instalação de alarme residencial no imóvel, já concluído, em 1993.*

No Recurso Voluntário, o Recorrente onde alega, em síntese que:

Em sede Preliminar:

(a) Pela decadência.

Haja vista que iniciou a preparação do terreno para construir sua residência ainda em fevereiro de 1.992, quando foram realizados os serviços de terraplanagem e fundação das brocas, tudo conforme projetos aprovados pela municipalidade.

Após a fase preparatória, deu-se o transcurso da construção, a qual foi concluída no final do ano de 1.992 e, já no início de 1993 (18.02.93) o recorrente se e o trava residindo no imóvel, comprovado pela instalação do sistema de alarme e segurança.

Ademais, fez juntada de diversos documentos notas fiscais e comprovantes de realização de serviços, de forma a demonstrar que o imóvel foi utilizado para habitação desde o ano de 1993.

(b) Ainda em sede decadência, alega pela contagem do prazo decadencial conforme a regra do CTN e não a do art. 45, Lei 8212/1991.

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

fls. 92.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro , Relator

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 92.

Avaliados os pressupostos, passo para as questões preliminares.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES

DA DECADÊNCIA

Preliminarmente, deve-se verificar a ocorrência, ou não, da decadência.

O Supremo Tribunal Federal - STF, conforme o Informativo STF nº 510 de 19 de junho de 2008, por entender que apenas lei complementar pode dispor sobre prescrição e decadência em matéria tributária, nos termos do artigo 146, III, b, da Constituição Federal, negou provimento por unanimidade aos Recursos Extraordinários nºs 556664/RS, 559882/RS, 559.943 e 560626/RS, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei nº 8.212/91, atribuindo-se, à decisão, eficácia *ex nunc* apenas em relação aos recolhimentos efetuados antes de 11.6.2008 e não impugnados até a mesma data, seja pela via judicial, seja pela administrativa.

Após, o STF aprovou o Enunciado da Súmula Vinculante nº 8, publicada em 20.06.2008, nestes termos:

Súmula Vinculante nº 8 - São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário. Publicada no DOU de 20/6/2008, Seção 1, p.1.

É necessário observar ainda que as súmulas aprovadas pelo STF possuem efeitos vinculantes, conforme se depreende do art. 103-A e parágrafos da Constituição Federal, que foram inseridos pela Emenda Constitucional nº 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.)."

Portanto, da leitura do dispositivo constitucional acima, conclui-se que a vinculação à súmula alcança a administração pública e, por consequência, os julgadores no âmbito do contencioso administrativo fiscal.

Ademais, no termos do artigo 64-B da Lei 9.784/99, com a redação dada pela Lei 11.417/06, a **administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal**, deve adequar a decisão administrativa 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”

Cumprе ressaltar que o art. 62, caput do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF do Ministério da Fazenda, Portaria MF nº 256 de 22.06.2009, veda o afastamento de aplicação ou inobservância de legislação sob fundamento de inconstitucionalidade.

Porém, o art. 62, parágrafo único, inciso I, do Regimento Interno do CARF, ressalva que o disposto no caput não se aplica a dispositivo que tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal:

“Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF 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;
ou

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou

c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993. (g.n.)”

Portanto, em razão da declaração de inconstitucionalidade dos arts 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 pelo STF, há que serem observadas as regras previstas no Código Tributário Nacional - CTN. Dessa forma, constata-se que já se operara a decadência do direito de constituição dos créditos ora lançados, nos termos dos artigos 150, § 4º, e 173 do Código Tributário Nacional.

O Código Tributário Nacional, ao dispor sobre a decadência, causa extintiva do crédito tributário, assim estabelece em seu artigo 173:

“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. (g.n.)”

Já em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, quando ocorre pagamento antecipado inferior ao efetivamente devido, sem que o contribuinte tenha incorrido em fraude, dolo ou simulação, aplica-se o disposto no § 4º, do artigo 150, do CTN, segundo o qual, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador:

“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. (g.n.)”

Essas interpretações estão em sintonia com decisões do Poder Judiciário.

“Ementa:1. O entendimento jurisprudencial consagrado no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, **em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação cujo pagamento ocorreu antecipadamente, o prazo decadencial de que dispõe o Fisco para constituir o crédito tributário é de cinco anos, contados a partir do fato gerador. Todavia, se não houver pagamento antecipado, incide a regra do art. 173, I, do Código Tributário Nacional.**” (STJ.1ª Turma, AgRg no Ag 972.949/RS, Rel.: Min.Denise Arruda.,ago/08.) (g.n.)

“Ementa:4. **Nas exações cujo lançamento se faz por homologação, havendo pagamento antecipado, conta-se o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN). Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN.** Em normais circunstâncias, não se conjugam os dispositivos legais. Precedentes das Turmas de Direito Público e da Primeira Seção. 5.Hipótese dos autos em que não houve pagamento antecipado, aplicando-se a regra do art. 173, I, do CTN.” (STJ. 2ª Turma, AgRg no Ag 939.714/RS, Rel.: Min. Eliana Calmon., fev/08.) . (g.n.)

“Ementa: Em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, a fixação do termo a quo do prazo decadencial para a constituição do crédito deve considerar, em conjunto, os arts. 150, § 4º, e 173, I, do Código Tributário Nacional. Na hipótese em exame, que cuida de lançamento por homologação (contribuição previdenciária) com pagamento antecipado, o prazo decadencial será de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador. (...) **Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN..**” (STJ. EREsp 278727/DF. Rel.: Min. Franciulli Netto. 1ª Seção. Decisão: 27/08/03. DJ de 28/10/03, p. 184.) . (g.n.)

Portanto, para que possa identificar o dispositivo legal a ser aplicado - seja o art. 173, I, do CTN ou seja o art. 150, § 4º, do CTN – deve-se identificar a ocorrência, ou não, de pagamentos parciais, pois só assim se pode declarar os efeitos da decadência no lançamento.

No entanto, **deve-se considerar qual o período de execução da obra a fim de relacionarmos o período de ocorrência do fato gerador com o lançamento efetuado em 05/2005.**

Da data de início da obra.

Para determinarmos a data de início da obra, observemos o art. 482, § 2º da IN MPS/SRP nº 3/2005 acerca da decadência na construção civil:

Art. 482. O direito de a Previdência Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após dez anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído.

§ 1º Cabe ao interessado a comprovação da realização de parte da obra ou da sua total conclusão em período abrangido pela decadência.

*§ 2º **Servirá para comprovar o início da obra em período decadencial um dos seguintes documentos**, contanto que tenha vinculação inequívoca à obra e seja contemporâneo do fato a comprovar, considerando-se como data do início da obra o mês de emissão do documento mais antigo: (Nova redação dada pela IN MPS/SRP nº 20, de 11/01/2007)*

Redação original: § 2º Servirá para comprovar a realização da obra em período decadencial, e apenas para o mês ou os meses a que se referir, um dos seguintes documentos, contanto que tenha vinculação inequívoca à obra e seja contemporâneo do fato a comprovar:

I - comprovante de recolhimento de contribuições sociais na matrícula CEI da obra;

II - notas fiscais de prestação de serviços;

III - recibos de pagamento a trabalhadores;

IV - comprovante de ligação de água ou de luz;

V - notas fiscais de compra de material, nas quais conste o endereço da obra como local de entrega;

VI - ordem de serviço ou autorização para o início da obra, quando contratada com órgão público;

VII - alvará de concessão de licença para construção.

Desta forma, observando-se o rol de documentos anexados pelo Recorrente, às fls. 22 a 29, e às fls. 66 a 89, os quais se enquadram nas hipóteses dos incisos II, IV e V do art. 482, § 2º da IN MPS/SRP nº 3/2005, infere-se que a obra realizada no endereço R. Odila Cabral Tavares, 83 – Quadra 06 – Lote 19 A – Campo Grande – MS teve início em 1992.

Desta forma, consideramos **o início da obra em 1992.**

Da data de término da obra.

Para determinarmos a data de início da obra, observemos o art. 482, § 3º da IN MPS/SRP nº 3/2005 acerca da decadência na construção civil:

Art. 482. O direito de a Previdência Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após dez anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído.

§ 3º A comprovação do término da obra em período decadencial dar-se-á com a apresentação de um ou mais dos seguintes documentos:

I - habite-se, Certidão de Conclusão de Obra - CCO;

II - um dos respectivos comprovantes de pagamento de Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU, em que conste a área da edificação;

III - certidão de lançamento tributário contendo o histórico do respectivo IPTU;

IV - auto de regularização, auto de conclusão, auto de conservação ou certidão expedida pela prefeitura municipal que se reporte ao cadastro imobiliário da época ou registro equivalente, desde que conste o respectivo número no cadastro, lançados em período abrangido pela decadência, em que conste a área construída, passível de verificação pela SRP;

V - termo de recebimento de obra, no caso de contratação com órgão público, lavrado em período decadencial;

VI - escritura de compra e venda do imóvel, em que conste a sua área, lavrada em período decadencial; (Nova redação dada pela IN MPS/SRP nº 20, de 11/01/2007)

Redação original: VI - escritura de compra e venda do imóvel, em que conste a sua área, lavrada em período decadencial.

VII - contrato de locação com reconhecimento de firma em cartório em data compreendida no período decadencial, onde conste a descrição do imóvel e a área construída. (Incluído pela IN MPS/SRP nº 20, de 11/01/2007)

§ 4º A comprovação de que trata o § 3º deste artigo dar-se-á também com a apresentação de, no mínimo, três dos seguintes documentos:

I - correspondência bancária para o endereço da edificação, emitida em período decadencial;

II - contas de telefone ou de luz, de unidades situadas no último pavimento, emitidas em período decadencial;

III - declaração de Imposto sobre a Renda comprovadamente entregue em época própria à Secretaria da Receita Federal, relativa ao exercício pertinente a período decadencial, na qual conste a discriminação do imóvel, com endereço e área;

IV - vistoria do corpo de bombeiros, na qual conste a área do imóvel, expedida em período decadencial;

V - planta aerofotogramétrica do período abrangido pela decadência, acompanhada de laudo técnico constando a área do imóvel e a respectiva ART no CREA.

§ 5º As cópias dos documentos que comprovam a decadência deverão ser anexadas à DISO.

§ 6º A falta dos documentos relacionados nos §§ 3º e 4º, poderá ser suprida pela apresentação de documento expedido por órgão oficial ou documento particular registrado em cartório, desde que seja contemporâneo à decadência alegada e nele conste a área do imóvel .
(Incluído pela IN MF/RFB nº 829, de 20/03/2008)

Desta forma, observa-se o rol de documentos anexados pelo Recorrente, às fls. 22 a 29, e às fls. 66 a 89, em especial:

- *Às fls. 29, Certidão de cadastramento nº 146/2005 da Secretaria Municipal de Controle Ambiental e urbanístico de Campo Grande MS com as seguintes informações acerca do imóvel na R. Odila Cabral Tavares, 83:*
 - *Em levantamento fiscal realizado em 21/07/1995, o imóvel possuía área total de 469,20 m²;*
 - *Em levantamento fiscal realizado em 16/02/2004, o imóvel possuía área total de 572,80 m²;*

Esta certidão de cadastramento nº 146/2005 da Secretaria Municipal de Controle Ambiental e urbanístico de Campo Grande MS, às fls. 29, se enquadra na hipótese do inciso IV do art. 482, § 3º da IN MPS/SRP nº 3/2005.

Ademais, a decisão da 1ª instância também reconhece esta situação fática advinda da documentação comprobatória juntada aos autos pelo Recorrente, conforme se depreende das fls. 37, na qual considerou não ter havido a decadência em função do prazo decadencial de 10 anos do art. 45, Lei 8212/1991, o que afastaria tal hipótese de decadência para a obra em 21.07.1995 considerando-se que a ciência da NFLD ocorreu em 11.08.2005:

“ (...) Juntou também o boletim de f. 26 e a certidão de cadastramento de f. 29. Da análise desses documentos, se conclui que a área construída até 21 de julho de 1995 era de 469,20 m², e até 16 de fevereiro de 2004 era de 572,80 m² — ou seja, houve uma ampliação de 103,6 m² entre as datas consideradas.

O relevante, porém, é que, conforme o art. 45, da Lei nº 8.212/91, o prazo decadencial de dez anos se conta a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ser constituído. Assim, salvo com prova contrária de que a construção é mais antiga — feita com documentos adequados e inequívocos que façam referência às suas medidas -- a área mais antiga de 469,20 m², existente em 21 de julho de 1995, teve seu

prazo decadencial iniciado em 1º de janeiro de 1996 (primeiro dia útil do exercício seguinte), podendo as contribuições a ela relativas ser lançadas até 31 de dezembro de 2005. Quanto à ampliação ocorrida até 16 de fevereiro de 2004, suas contribuições não seriam alcançadas pela decadência até 31 de dezembro de 2014.

Como interessado foi cientificado do lançamento em 11 de agosto de 2005, conforme AR de f. 02, não ocorreu a decadência, devendo ser mantida a exigência das contribuições decorrentes de toda a área construída, como consta da NFLD lavrada.” (gn)

Portanto, até em congruência com a decisão de 1ª instância, para efeito de verificação do prazo decadencial, devemos considerar que o imóvel teve dois termos parciais de obra:

(a) o primeiro, ocorrido em 21/07/1995, com a área total de 469,20 m²;

(b) o segundo, ocorrido em 16/02/2004, com a área total de 103,60 m², ou seja, uma ampliação de área construída que se representa pela diferença de 572,80 m² e de 469,20 m².

Verificação do prazo decadencial.

Em congruência com o decidido em 1ª instância, se constata que a área construída até 21 de julho de 1995 era de 469,20 m², e até 16 de fevereiro de 2004 era de 572,80 m² — ou seja, houve uma ampliação de 103,60 m² entre as datas consideradas.

Verifica-se, da análise dos autos, que a cientificação da NFLD pela recorrente se deu em 11.08.2005, conforme o Aviso de Recebimento – AR às fls. 02, e o período do débito, conforme o Relatório Discriminativo Sintético de Débito - DSD, às fls. 06, é 05/2005.

Ademais, considero que o fato gerador das contribuições ocorre durante o período de execução da obra, no caso, para a Matrícula CEI 38.700.11084/64, a obra de construção teve início em 1992 e um primeiro término parcial em 21.07.1995, com área total de 469,20 m², e um segundo término parcial em 16.02.2004, área total de 103,60 m².

Dessa forma, para o primeiro término parcial da obra em 21.07.1995, com área total de 469,20 m², constata-se que com fulcro na Súmula Vinculante nº 8,, STF, que já se operara a decadência do direito de constituição dos créditos ora lançados, tanto nos termos do artigo 150, § 4º, CTN quanto nos termos do artigo 173, I, do CTN.

Em relação ao segundo término parcial da obra, em 16.02.2004, área total de 103,60 m², naturalmente, não incide a hipótese de decadência dado que a ciência da NFLD ocorreu em 16.08.2005.

Desta forma, incide a hipótese de decadência até a competência 07/1995, por quaisquer dos critérios adotados no CTN, de forma a se excluir da NFLD o correspondente à área edificada de 469,20 m².

DO MÉRITO.

DA MULTA DE MORA

Esta Colenda Turma de Julgamento vem se posicionando reiteradamente, por maioria, em relação ao recálculo dos acréscimos legais, para que se **recalcule a multa de mora, com base na redação dada pela lei 11.941/2009 ao artigo 35 da Lei 8.212/91, com a prevalência da mais benéfica ao contribuinte:**

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, que estabelece multa de 0,33% ao dia, limitada a 20%.

Visto que o artigo 106, II, c 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.

Ressalva-se a posição do Relator, posição vencida nesta Colenda Turma, na qual se deve determinar o recálculo dos acréscimos legais na forma **de juros de mora** (com base no art. 35, Lei 8.212/1991 c/c art. 61, § 3º Lei 9.430/1996 c/c art. 5º, § 3º Lei 9.430/1996) **e da multa de ofício** (com base no art. 35-A, Lei 8.212/1991 c/c art. 44 Lei 9.430/1996), com a prevalência dos acréscimos legais mais benéficos ao contribuinte.

CONCLUSÃO

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso, **NAS PRELIMINARES** acolher a preliminar de decadência até a competência 07/1995, por quaisquer dos critérios adotados no CTN, excluindo-se do débito o correspondente à área edificada de **469,20 m²**, **NO**

MÉRITO, DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO, para que se recalcule a multa de mora, com base na redação dada pela lei 11.941/2009 ao artigo 35 da Lei 8.212/91, com a prevalência da mais benéfica ao contribuinte.

É como voto.

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro