



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

Processo nº 37322.001063/2007-35
Recurso nº 150.563 Voluntário
Acórdão nº 2401-00.115 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 6 de maio de 2009
Matéria PREVIDENCIÁRIO
Recorrente SENCO CONSTRUTORA LTDA
Recorrida SRP-SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/12/1996 a 30/05/2005

CUSTEIO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA -

DECADÊNCIA- ARTS 45 E 46 LEI Nº 8.212/1991 -
INCONSTITUCIONALIDADE - STF - SÚMULA VINCULANTE

De acordo com a Súmula Vinculante nº 08, do STF, os artigos 45 e 46 da Lei nº 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 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.

AFERIÇÃO INDIRETA - ARO - RETENÇÃO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA --NULIDADE

Em respeito ao contraditório e à ampla defesa, os diferentes fatos geradores relativos à regularização de obra devem ser objeto de lançamentos distintos, conforme sua natureza.

No caso de levantamento de débito por responsabilidade solidária, cópia do documento de constituição do crédito previdenciário e anexos deverão ser remetidos a todos os responsáveis solidários pelo pagamento do crédito.

PROCESSO ANULADO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por unanimidade de votos: I) em declarar a decadência das contribuições

Processo nº 37322.001063/2007-35
Acórdão nº 2401-00.115

S2-C4T1
Fl. 4.560

apuradas até a competência 05/2000. Votaram pelas conclusões os Conselheiros Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira e Cristiane Leme Ferreira. II) em anular a NFLD por vício formal.



ELIAS SAMPAIO FREIRE - Presidente



BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS – Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Cleusa Vieira de Souza, Ana Maria Bandeira e Lourenço Ferreira do Prado. Ausente o Conselheiro Rogério de Lellis Pinto.



Relatório

Trata-se de crédito previdenciário lançado contra a empresa acima identificada, referente às contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à contribuição dos segurados, à da empresa, às destinadas ao financiamento dos benefícios decorrentes dos riscos ambientais do trabalho e aos terceiros.

Conforme Relatório Fiscal (fls. 87 a 94), os fatos geradores da contribuição lançada são: a) pagamento a prestadores de serviço sem vínculo empregatício; b) pagamento a segurados empregados com e sem registro, extraído das folhas de pagamento e/ou recibos de pagamento quando não constantes das respectivas folhas; c) pagamento por meio de folha a segurados de obras de não sua responsabilidade; d) retenções sobre notas fiscais; e) responsabilidade solidária correspondente a 40% sobre mão de obra de notas de serviços e f) remuneração de mão-de-obra apurada em função da área com aplicação da tabela CUB).

A autoridade notificante informa que utilizou-se do critério de aferição indireta, a partir do CUB, tendo em vista a desconsideração da contabilidade da empresa, que não registrou o movimento real de remuneração dos segurados empregados na obra.

Esclarece que a base de cálculo do crédito lançado foi obtida da diferença entre o valor do salário de contribuição arbitrado por aferição indireta e a somatória dos salários de contribuições lançados em outras NFLDs, a retenção de subempreiteiras, das GPS da obra recolhidas pela construtora no código 2208, GPS de subempreiteiras no código 2631, mais os resultantes da aplicação de 5% sobre as Notas Fiscais de fornecimento de concreto usinado e de argamassa preparada, conforme previsto nos normativos pertinentes.

Expõe a metodologia empregada para se chegar ao valor do salário de contribuição a partir do cálculo da mão-de-obra a ser regularizada e as justificativas legais e técnicas para a utilização do CUB como padrão para aferição do salário de contribuição.

Por meio do Relatório de Análise da Contabilidade (fls. 441 a 448), a fiscalização informa que, da análise dos livros Diários e demais documentos apreendidos através de mandado judicial, constatou-se diversas inconsistências que demonstram que a contabilidade da empresa não espelha o seu movimento real.

Discorre sobre os princípios contábeis e enumera as inconsistências apuradas que demonstram que a contabilidade da notificada não merece fé por não registrar toda a remuneração dos segurados a seu serviço, além do faturamento e do lucro, motivo pelo qual as contribuições devidas foram apuradas por aferição indireta.

A recorrente impugnou o débito via peça de fls. 524 a 1.850, alegando, em apertada síntese, decadência de parte do débito, cerceamento de defesa no processo de apreensão e devolução de documentos e qualificando de absurda a desconsideração da contabilidade.

Discorre sobre cada matrícula CEI para tentar demonstrar a improcedência dos valores lançados, e informa que existem CND para todas as obras listadas e GFIPs retificadoras com a declaração de autônomos.

Insurge-se contra o lançamento a título de “folha complementar” e contra os valores lançados como diferenças de recolhimento mensais em confronto folha/guias, informando que trata-se de compensação de retenções e/ou pagamento indevido.

Defende que é indevida a cobrança da contribuição de 11% não retida em notas fiscais por força de liminares judiciais que impediam a retenção e alega inconstitucionalidade e ilegalidade da retenção sobre os valores pagos a prestadores de serviço e da contribuição aos terceiros SESI/SENAI/SEBRAE/INCRA, além da inaplicabilidade da taxa SELIC.

Da análise da impugnação e dos documentos apresentados, o processo foi convertido em diligência, conforme despacho de fls. 1.877 a 1.879, resultando na Informação Fiscal de fls. 2.027 a 2.040 e na revisão do débito.

Cientificada do Despacho Fiscal, a recorrente se manifestou às fls. 2.046 a 2.098, insistindo na improcedência do lançamento e juntando mais documentos para comprovar o alegado.

O processo foi novamente baixado em diligência para apreciação dos novos documentos pela fiscalização, que se manifestou às fls. 3.090 a 3.101, acatando parcialmente os argumentos da empresa e concluindo por mais uma retificação do débito.

A recorrente, cientificada da nova informação fiscal, se manifestou às fls. 3.111 e seguintes e a Secretaria da Receita Previdenciária, por meio da DN nº 21.423.4/005/2007 (fls. 4.275 a 4.314), julgou o lançamento procedente em parte, acatando o parecer retificador da fiscalização e parte das razões e documentos apresentados pela empresa em sua manifestação após diligência fiscal.

Inconformada com a decisão, a notificada apresentou recurso tempestivo (fls. 4.343 a 4.452), repetindo basicamente as alegações já apresentadas na impugnação e manifestações posteriores.

Preliminarmente, insiste na decadência de parte do débito, argumentando que deve ser aplicado o disposto no art. 173 do CTN, conforme estabelecido pelo art. 146 da CF/88.

Reitera que houve cerceamento de defesa, pois os documentos da empresa foram apreendidos por determinação judicial, sem qualquer controle ou individualização, tendo sido devolvidos da forma mais desorganizada possível, o que prejudicou o direito a ampla defesa e o cumprimento da verdade material.

Reafirma que não deixou de registrar, em seus livros contábeis, o movimento real de remuneração, tanto de seus segurados como de terceiros, os materiais aplicados, bem como todas as suas obrigações e direitos, e que, mesmo tendo optado pelo regime de Lucro Presumido, manteve a escrituração dos livros Diário e Razão, demonstrando de forma mais legítima e fiel a apuração de seus resultados operacionais.

Ressalta que em nenhum momento apresentou livros contábeis escriturados pelo regime caixa, tendo sido entregues os livros Diário e Razão dos anos de 1995 a 08/2003 devidamente encadernados e autenticados, sendo inadmissível que, diante de um universo de dezenas de milhares de lançamentos, as inconsistências encontradas, insignificantes e irrisórias, fossem capazes de impedir a realização do levantamento fiscal pelos auditores mediante a utilização de tais livros.

Destaca que todas as obras listadas na NFLD possuem CNDs decorrentes de fiscalização, com base nos documentos apresentados à época da emissão das referidas certidões, sendo que as cobranças lançadas na NFLD, no tópico de AROs, representam um desrespeito ao ato jurídico perfeito e acabado, tornando improcedentes todos os lançamentos de valores de contribuições de ARO mantidos no julgamento recorrido.

Discorre sobre cada obra e matrícula CEI tentando demonstrar que a fiscalização não considerou as reais características das obras para efeito de apuração do salário de contribuição e realiza cálculos para comprovar que, ao contrário do afirmado pelo fisco, é possível sim a apuração do salário de contribuição de forma individual para cada unidade, esclarecendo que foi exatamente o mesmo cálculo utilizado pelo INSS por ocasião do pedido de “baixa” da obra.

Defende que a prestação do serviço para execução do piso de concreto não pode ser tratada pelo fisco como ampliação de edificação pré-existente, não podendo, portanto, ser alvo de aferição indireta com base em metragem quadrada e padrão de obra, devendo a aferição ser efetuada com base no valor da nota fiscal, não procedendo o argumento constante da decisão recorrida de que não caberia à autoridade julgadora alterar os critérios adotados pela autoridade notificante para cálculo da contribuição devida, pois a própria julgadora singular não agiu dessa forma ao alterar os critérios da fiscalização no tocante ao enquadramento das obras identificadas como “quadras”.

Insiste no entendimento de que a remuneração dos encarregados e mestres de obra deveriam compor o custo unitário básico da obra, uma vez que tais trabalhadores laboram juntamente com os demais empregados em atividades especializadas como assentamento de azulejos, entre outros.

Insurge-se contra a tabela aplicada pelo fisco, que não considerou o percentual correto para a área do acréscimo de 89,12 m², conforme dispõe o art. 457 da IN 100/03, utilizando-se equivocadamente de critérios de normas já revogadas e contra o procedimento do fisco, que não aceitou a conversão em área regularizada do salário contido em notas fiscais sob o argumento de que não foram apresentadas GIPS, uma vez que os recolhimentos referentes a tais notas foram comprovados pela GPS anexas e a GFIP é uma obrigação do prestador de serviço, sendo documento de sua propriedade e controle e não do tomador, que não pode ser penalizado pelo não cumprimento de obrigação legal pelo prestador.

Requer que os trabalhadores relacionados em anexo e que fazem parte da lista denominada “Folha Complementar” pelo fisco sejam considerados no cálculo da aferição indireta realizada para a obra, uma vez que não pertencem ao quadro administrativo da empresa.

Frisa que não foram emitidos novos AROs para as obras que tiveram os valores lançados retificados por ocasião da Decisão-Notificação, o que prejudicou a ampla defesa da recorrente, já que somente com a emissão de novo ARO é que a notificada poderá

conferir os novos cálculos realizados, verificando se realmente o salário de contribuição da obra foi apurado corretamente.

Enfatiza que todas as obras constantes da NFLD obtiveram a respectiva CND e baixa e que em nenhum momento a fiscalização abateu os supostos débitos que lançou os recolhimentos correspondentes a 70% das obras, devidamente fiscalizados que permitiram as liberações das CNDs na forma do art. 491, da IN 100/2003.

Assevera que inexistem as alegadas diferenças lançadas sob a rubrica "folha complementar", sendo que grande parte os alegados "valores de folha complementar" foram excluídos da NFLD quando da decisão recorrida, corroborando a precariedade em que nasceu a NFLD e ratifica integralmente a impugnação de defesa nos débitos mantidos pela decisão recorrida.

Relaciona as competências nas quais o fisco desconsiderou valores que foram compensados de retenções em Nota Fiscal, ou cobram contribuições sobre importâncias supostamente pagas aos sócios da empresa, quando não houve pagamento de pró-labore.

Tece um extenso arrazoado na tentativa de demonstrar a inconstitucionalidade da retenção de 11% sobre valores pagos a prestadores de serviços e da contribuição ao SAT e a ilegalidade da cobrança de contribuição aos terceiros SESI, SENAI, SEBRAE, INCRA, além da inaplicabilidade da taxa de juros de mora SELIC para fins tributários.

A SRP não apresentou contra-razões e a recorrente se manifestou novamente nos autos (fls. 4.483 a 4.489), reiterando o entendimento de que deve ser declarada a decadência do período de cobranças superior à 05 anos.

Em seguida, apresentou aditamento ao recurso (fls. 4.499 a 4.507), alegando que, por força da súmula vinculante nº 08, do STF, deverá ser reconhecida a decadência dos lançamentos relativos às obras cujos Habite-se e outros documentos foram juntados aos autos às fls. 4.508 a 4.558.

É o relatório.

Voto

Conselheira Bernadete de Oliveira Barros, Relatora

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

Preliminarmente, a recorrente alega decadência de parte do débito, argumentando que deve ser aplicado o disposto no art. 173 do CTN, conforme estabelecido pelo art. 146 da CF/88.

Constata-se que a fiscalização lavrou a presente NFLD com amparo na Lei 8.212/91 que, em seu art. 45, dispõe que o direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, entendendo 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 nº 556664, 559882, 559943 e 560626, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei n. 8.212/91,.

Na oportunidade, foi editada a Súmula Vinculante nº 08 a respeito do tema, publicada em 20/06/2008, transcrita 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"

Cumprе ressaltar 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, determina, no inciso I do § único, que o disposto no caput não se aplica a dispositivo que tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal:

"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.)"

Portanto, em razão da declaração de inconstitucionalidade dos arts 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 pelo STF, restaram extintos os créditos cujo lançamento tenha ocorrido após

o prazo decadencial e prescricional previsto nos artigos 173 e 150 do Código Tributário Nacional.

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.)."

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, 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"

O STJ pacificou o entendimento de que, nos casos de lançamento em que o sujeito passivo antecipa parte do pagamento da contribuição, aplica-se o prazo previsto no § 4º do art. 150 do CTN, ou seja, o prazo de cinco anos passa a contar da ocorrência do fato gerador, uma vez que resta caracterizado o lançamento por homologação.

Verifica-se dos autos que houve antecipação do pagamento. Assim, no presente caso aplica-se o dispositivo legal citado acima.

Dessa forma, considerando que a ciência da NFLD pelo contribuinte se deu em 20.06.2005, conforme fl. 01 do processo, constata-se que se operara a decadência do direito de constituição do crédito para as competências 12/1996 a 05/2000, motivo pelo qual acato a preliminar de decadência.

Da análise dos autos, verifica-se que o débito lançado envolve diversos fatos geradores, entre eles o pagamento por meio de folha a segurados de obras que não são de responsabilidade da empresa, as retenções sobre notas fiscais, a responsabilidade solidária correspondente a 40% sobre mão de obra de notas de serviços e a remuneração de mão-de-obra apurada em função da área com aplicação da tabela CUB.

Dessa forma, em um só lançamento foram levantados diversos fatos geradores da contribuição previdenciária, sendo objeto da mesma NFLD, entre outros, valores devidos relativos à retenção prevista no art. 31 da Lei 8.212/91, com alteração dada pela Lei 9.711/98, à responsabilidade solidária e à regularização de obra, com a emissão dos respectivos AROs.

Ademais, a IN 100/2003, vigente à época da lavratura da NFLD, estabelecia, em seu art. 488, a forma de constituição de crédito nos casos de apuração da remuneração da mão-de-obra utilizada na construção civil com base na área construída e no padrão da obra ou com base na prestação de serviços contida em nota fiscal:

IN 100

Art. 488. Na regularização de obra de construção civil, em que a remuneração da mão-de-obra utilizada foi apurada com base na área construída e no padrão da obra ou com base na prestação de serviços contida em nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços, se constatada a contratação de subempreiteiras, deverão ser constituídos os créditos das contribuições sociais correspondentes, em lançamentos distintos, conforme a sua natureza.

§ 1º Os créditos referidos no caput serão constituídos da seguinte forma:

I - contribuições referentes a aferição da mão-de-obra total;

II - contribuições referentes a remuneração da mão-de-obra própria da empresa fiscalizada;

III - contribuições apuradas por responsabilidade solidária;

IV - retenção.

§ 2º No lançamento da base de cálculo da aferição indireta prevista no inciso I, serão deduzidos os lançamentos das bases de cálculo previstos nos incisos II, III e IV, todos do § 1º deste artigo, competência por competência, observados os critérios de conversão previstos neste Título.

§ 3º No lançamento por responsabilidade solidária, de que trata o inciso III do § 1º deste artigo, não serão cobradas as contribuições devidas a outras entidades e fundos, as quais deverão ser cobradas diretamente da empresa contratada.

Verifica-se, portanto, que a NFLD foi constituída em desacordo com os normativos legais vigentes à época de sua lavratura, já que foram lançadas, em um mesmo instrumento de crédito, contribuições referentes a aferição da mão-de-obra, à remuneração da mão-de-obra própria da empresa fiscalizada, a contribuições apuradas por responsabilidade solidária e à retenção.

Entendo que inobservância dos cuidados expostos acima vicia todo o procedimento em razão da flagrante violação aos Princípios do Devido Processo Legal, da Ampla Defesa e do Contraditório, ensejando a nulidade do procedimento fiscal por vício formal.

Nesse sentido e,

CONSIDERANDO tudo mais que dos autos consta,

VOTO no sentido de acatar a preliminar de decadência, para excluir do lançamento os valores correspondentes ao período de 12/1996 a 05/2000, nos termos do art. 150 § 4º, **CONHECER DO RECURSO e DECLARAR A NULIDADE DA NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO**, por vício formal.

É como voto.

Sala das Sessões, em 6 de maio de 2009


BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS - Relatora