



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

Processo n° 14041.000459/2007-16
Recurso n° 000.000 Voluntário
Acórdão n° 2401-002.417 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de maio de 2012
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS; OBRA DE CONSTRUÇÃO CIVIL
Recorrente PALLISANDER ENGENHARIA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/03/1996 a 31/01/2007

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. INOCORRÊNCIA ANTECIPAÇÃO PAGAMENTO. APLICAÇÃO ARTIGO 173, I, CTN. ENTENDIMENTO STJ. OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA.

Tratando-se de tributo sujeito ao lançamento por homologação, inexistindo a ocorrência de pagamento em relação ao período pretensamente decaído, impõe-se a aplicação do prazo decadencial de 05 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte ao que poderia ser efetuado o lançamento, nos termos do artigo 173, inciso I, do Código Tributário, ressalvados entendimentos pessoais dos julgadores a propósito da importância ou não da antecipação de pagamento para efeito da aplicação do instituto, sobretudo após a alteração do Regimento Interno do CARF, notadamente em seu artigo 62-A, o qual estabelece a observância das decisões tomadas pelo STJ nos autos de Recursos Repetitivos - Resp n° 973.733/SC.

NORMAS PROCEDIMENTAIS. AFERIÇÃO INDIRETA/ARBITRAMENTO. APLICABILIDADE.

Aplicável a apuração do crédito previdenciário por aferição indireta/arbitramento na hipótese de deficiência ou ausência de quaisquer documentos ou informações solicitados pela fiscalização, que lançará o débito que imputar devido, invertendo-se o ônus da prova ao contribuinte, com esteio no artigo 33, § 3º, da Lei n° 8.212/91.

Com fulcro no artigo 33, § 6º, da Lei n° 8.212/91, constatando a fiscalização que a escrituração contábil da empresa não representa a movimentação real de remuneração dos segurados, do faturamento e do lucro, aplicar-se-á a aferição indireta para apuração das contribuições devidas, incumbindo à empresa o ônus da prova em contrário.

PREVIDENCIÁRIO. NORMAS PROCESSUAIS. MATÉRIA NÃO SUSCITADA EM SEDE DE DEFESA/IMPUGNAÇÃO. PRECLUSÃO. INOVAÇÃO LINHA DE DEFESA. NÃO CONHECIMENTO DAS ALEGAÇÕES RECURSAIS.

Afora os casos em que a legislação de regência permite ou mesmo nas hipóteses de observância ao princípio da verdade material, não devem ser conhecidas às razões/alegações constantes do recurso voluntário que não foram suscitadas na impugnação, tendo em vista a ocorrência da preclusão processual, conforme preceitua o artigo 17 do Decreto nº 70.235/72.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos: I) declarar a decadência até a competência 11/2001; e II) no mérito, negar provimento ao recurso.

Elias Sampaio Freire - Presidente

Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira - Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Elias Sampaio Freire, Kleber Ferreira de Araújo, Lourenço Ferreira do Prado, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Marcelo Freitas de Souza Costa e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

PALLISANDER ENGENHARIA LTDA., contribuinte, pessoa jurídica de direito privado, já qualificada nos autos do processo administrativo em referência, recorre a este Conselho da decisão da 7ª Turma da DRJ em Brasília/DF, Acórdão nº 03-23.579/2007, às fls. 77/87, que julgou procedente o lançamento fiscal referente às contribuições previdenciárias devidas e não recolhidas pela notificada, concernentes à parte dos segurados empregados, da empresa, do financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho e as destinadas a Terceiros, incidentes sobre a remuneração dos segurados empregados, contribuintes individuais e cooperado intermediado por cooperativa de trabalho na execução de obra ou serviço de construção civil de sua responsabilidade, apurada por aferição indireta, com espeque no artigo 33, §§ 3º e 6º, da Lei nº 8.212/91, em relação ao período de 01/03/1996 (Início da Obra) a 01/01/2007 (Término da Obra), conforme ARO, de fl. 51, e Relatório Fiscal, às fls. 30/40.

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD, lavrada em 29/06/2007, contra o contribuinte acima identificado, constituindo-se crédito no valor de R\$ 229.450,89 (Duzentos e vinte e nove mil, quatrocentos e cinquenta reais e oitenta e nove centavos).

De conformidade com o Relatório Fiscal, o crédito tributário exigido fora apurado por aferição indireta, nos termos do artigo 33, §§ 3º e 6º, da Lei nº 8.212/91, uma vez que a contabilidade da contribuinte não se apresentava na forma exigida pela legislação previdenciária, deixando de espelhar a realidade da movimentação das remunerações dos segurados empregados e contribuintes individuais.

Inconformada com a Decisão recorrida, a contribuinte apresentou Recurso Voluntário, às fls. 91/106, procurando demonstrar a improcedência do lançamento, desenvolvendo em síntese as seguintes razões.

Preliminarmente, pretende seja reconhecida a decadência e/ou prescrição do crédito previdenciário sob análise, uma vez decorrido lapso temporal superior a 05 (cinco) anos, ressaltando a decretação da inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, pelo Supremo Tribunal Federal, oportunidade que aprovou a Súmula nº 08, de observância obrigatória pelas autoridades julgadoras.

Insurge-se contra a exigência consubstanciada na peça vestibular do feito, sustentando a inocorrência dos fatos geradores (fato imponível) das contribuições previdenciárias ora lançadas, concernentes as obras em comento, inexistindo, portanto, *o dever de recolher o imposto*, especialmente em razão de a contribuinte não ter construído a obra objeto do lançamento.

Reitera que a autuada não pode ser responsabilizada pelos tributos ora exigidos, em virtude não ser proprietária da obra civil em comento, bem como por não ter realizado sua construção, como se verifica dos documentos acostados aos autos, notadamente o Alvará de Construção e Carta de Habite-se, expedidos em 2005, em nome da COOHABEX HABITACIONAL AGRO-NEGÓCIOS LTDA., sem qualquer vinculação com a recorrente.

Ressalta que os recolhimentos existentes para aquela CEI, referem-se à mão-de-obra empregada em serviços de limpeza do terreno, vigilância, tapume e demais serviços iniciais de obra, podendo ser ainda erro cometido no processamento da folha de pagamento e na abertura da CEI, pelo fato de que para se fazer o cadastro de obra no INSS é exigido o alvará de construção.

Acrescenta que a emissão da matrícula CEI em nome da autuada se deu exclusivamente em face da precipitação decorrente da necessidade de garantir o contrato de serviço de construção civil.

Contrapõe-se, ainda, à sua responsabilização pelo crédito, aduzindo que a existência de alguns recolhimentos em seu nome *explica-se pelo fato de que a recorrente iniciou alguma negociação cujo contrato restou frustrado, se limitando a proceder a alguns serviços de limpeza e vigilância do terreno. Contudo, não se concretizou o contrato para construção, como já explicado na impugnação.*

Infere que a fiscalização, ao se deparar com dois alvarás de construção, optou por atribuir a responsabilidade pela obra à recorrente, a qual se encontrava sob fiscalização, olvidando-se, porém, de outro alvará, posterior ao lavrado em nome da autuada, bem como da Carta de Habite-se, emitidos em nome da Coohabex, não podendo existir duas obras no mesmo terreno nestas condições.

Por fim, requer o conhecimento e provimento do seu recurso, para desconsiderar a Notificação, tornando-a sem efeito e, no mérito, sua absoluta improcedência.

Não houve apresentação de contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, Relator

Presente o pressuposto de admissibilidade, por ser tempestivo, conheço do recurso e passo ao exame das alegações recursais.

PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO X DECADÊNCIA

Preliminarmente, vindica a contribuinte seja acolhida a decadência e/ou prescrição de 05 (cinco) anos, restando prescrita parte do crédito previdenciário em comento, ressaltando a decretação da inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, pelo STF, oportunidade que aprovou a Súmula nº 08, de observância obrigatória pela Administração Pública.

Antes mesmo de se adentrar as questões de mérito, cumpre esclarecer que a contribuinte faz uma verdadeira confusão entre os institutos da prescrição e decadência, impondo seja feita a devida distinção para melhor entender a matéria, como segue:

A **decadência** no âmbito tributário é a perda, pelo decurso do tempo estabelecido na legislação de regência, do direito de constituir o crédito, ou seja, relaciona-se ao direito propriamente dito. Em outras palavras, a decadência atinge o direito material do fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento.

Igualmente, a **prescrição** é uma forma de perda de um direito, decorrente da inércia do seu titular. Entrementes, relaciona-se ao direito de ação, de exigir o cumprimento da obrigação. No campo do direito tributário, anula a pretensão fiscal de exigir do sujeito passivo o crédito tributário já constituído definitivamente.

No caso *sub examine*, não obstante a contribuinte escorar seu pleito na pretensa expiração do prazo prescricional, entendemos pretender, em verdade, referir-se ao instituto da decadência, mesmo porque inexistente, nesta esfera administrativa, crédito tributário definitivamente constituído, de maneira a justificar eventual execução/cobrança, capaz de fazer florescer a contagem do prazo de prescrição.

O exame dessa matéria impõe sejam levadas a efeito algumas considerações, senão vejamos.

O artigo 45, inciso I, da Lei nº 8.212/91, estabelece prazo decadencial de 10 (dez) anos para a apuração e constituição das contribuições previdenciárias, como segue:

“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;

Por outro lado, o Código Tributário Nacional em seu artigo 173, *caput*, determina que o prazo para se constituir crédito tributário é de 05 (cinco) anos, contados do exercício seguinte àquele em que poderia ter sido lançado, *in verbis*:

“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;

[...]”

Com mais especificidade, o artigo 150, § 4º, do CTN, contempla a decadência para os tributos sujeitos ao lançamento por homologação, nos seguintes termos:

“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.

[...]

§ 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.”

O núcleo da questão reside exatamente nesses três artigos, ou seja, qual deles deve prevalecer para as contribuições previdenciárias, tributos sujeitos ao lançamento por homologação.

Ocorre que, após muitas discussões a respeito do tema, o Supremo Tribunal Federal, em 11/06/2008, ao julgar os RE's nºs 556664, 559882 e 560626, por unanimidade de votos, declarou a inconstitucionalidade do artigo 45 da Lei nº 8.212/91, oportunidade em que aprovou a Súmula Vinculante nº 08, abaixo transcrita, rechaçando de uma vez por todas a pretensão do Fisco:

“Súmula nº 08: São inconstitucionais o 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.”

Registre-se, ainda, que na mesma Sessão Plenária, o STF achou por bem modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em comento, estabelecendo, em suma, que somente não retroagem à data da edição da Lei em relação a pedido de restituição judicial ou administrativo formulado posteriormente à 11/06/2008, concedendo, por conseguinte, efeito *ex tunc* para os créditos pendentes de julgamentos e/ou que não tenham sido objeto de execução fiscal.

Consoante se positiva da análise dos autos, a controvérsia a respeito do prazo decadencial para as contribuições previdenciárias, após a aprovação/edição da Súmula Vinculante nº 08, passou a se limitar a aplicação dos artigos 150, § 4º, ou 173, inciso I, do Código Tributário Nacional.

Indispensável ao deslinde da controvérsia, mister se faz elucidar, resumidamente, as espécies de lançamento tributário que nosso ordenamento jurídico contempla, como segue.

Primeiramente destaca-se o **lançamento de ofício ou direto**, previsto no artigo 149 do CTN, onde o fisco toma a iniciativa de sua prática, por razões inerentes a natureza do tributo ou quando o contribuinte deixa de cumprir suas obrigações legais. Já o **lançamento por declaração ou misto**, contemplado no artigo 147 do mesmo Diploma Legal, é aquele em que o contribuinte toma a iniciativa do procedimento, ofertando sua declaração tributária, colaborando ativamente. Alfim, o **lançamento por homologação**, inscrito no artigo 150 do Códex Tributário, em que o contribuinte presta as informações, calcula o tributo devido e promove o pagamento, ficando sujeito a eventual homologação por parte das autoridades fazendárias.

Dessa forma, estando às contribuições previdenciárias sujeitas ao lançamento por homologação, defende parte dos julgadores e doutrinadores que a decadência a ser aplicada seria aquela constante do artigo 150, § 4º, do CTN, levando-se em consideração a natureza do tributo atribuída por lei, independentemente da ocorrência de pagamento, entendimento compartilhado por este conselheiro.

Ou seja, a regra para os tributos sujeitos ao lançamento por homologação é o artigo 150, § 4º, do Código Tributário, o qual somente não prevalecerá nas hipóteses de ocorrência de dolo, fraude ou conluio, o que ensejaria o deslocamento do prazo decadencial para o artigo 173, inciso I, do mesmo Diploma Legal.

Não é demais lembrar que o lançamento por homologação não se caracteriza tão somente pelo pagamento. Ao contrário, trata-se, em verdade, de um procedimento complexo, constituído de vários atos independentes, culminando com o pagamento ou não.

Observe-se, pois, que a ausência de pagamento não desnatura o lançamento por homologação, especialmente quando a sujeição dos tributos àquele lançamento é conferida por lei. E, esta, em momento algum afirma que assim o é tão somente quando houver pagamento.

Não fosse assim, o que se diria quando o contribuinte apura prejuízos e não tem nada a recolher, ou mesmo quando encontra-se beneficiado por isenções e/ou imunidades, onde, em que pese haver o dever de elaborar declarações pertinentes, informando os fatos geradores dos tributos dentre outras obrigações tributárias, deixa de promover o pagamento do tributo em razão de uma benesse fiscal?

Cabe ao Fisco, porém, no decorrer do prazo de 05 (cinco) anos, contados do fato gerador do tributo, nos termos do artigo 150, § 4º, do CTN, proceder à análise das informações prestadas pelo contribuinte homologando-as ou não, quando inexistir concordância. Neste último caso, promover o lançamento de ofício da importância que imputar devida.

Aliás, como afirmado alhures, a regra nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação é o prazo decadencial inculcado no artigo 150, § 4º, do CTN, o qual dispôs expressamente os casos em que referido prazo deslocar-se-á para o artigo 173, inciso I, na ocorrência de dolo, fraude ou simulação comprovados. Somente nessas hipóteses a legislação específica contempla a aplicação de outro prazo decadencial, afastando-se a regra do artigo

150, § 4º. Como se constata, a toda evidência, a contagem do lapso temporal em comento independe de pagamento.

Ou seja, comprovando-se que o contribuinte deixou efetuar o recolhimento dos tributos devidos e/ou promover o autolancamento com dolo, utilizando-se de instrumentos ardilosos (fraude e/ou simulação), o prazo decadencial será aquele inscrito no artigo 173, inciso I, do CTN. Afora essa situação, não se cogita na aplicação daquele dispositivo legal. É o que se extrai da perfunctória leitura das normas legais que regulamentam o tema.

Por outro lado, alguns julgadores e doutrinadores entendem que somente aplicar-se-ia o artigo 150, § 4º, do CTN quando comprovada a ocorrência de recolhimentos relativamente ao fato gerador lançado, seja qual for o valor. Em outras palavras, a homologação dependeria de antecipação de pagamento para se caracterizar, e a sua ausência daria ensejo ao lançamento de ofício, com observância do prazo decadencial do artigo 173, inciso I.

Ressalta-se, ainda, o entendimento de outra parte dos juristas, suscitando que o artigo 150, 4º, do Código Tributário Nacional, prevalecerá quando o contribuinte promover qualquer ato tendente a apuração da base de cálculo do tributo devido, seja pelo pagamento, escrituração contábil, declaração do imposto em documento próprio, etc. Melhor elucidando, o contribuinte deverá adotar algum procedimento com o fito de apurar o tributo para que pudesse se cogitar em “homologação”.

Afora posicionamento pessoal a propósito da matéria, por entender que as contribuições previdenciárias devem observância ao prazo decadencial do artigo 150, § 4º, do Códex Tributário, independentemente de antecipação de pagamento, salvo quando comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, o certo é que a partir da alteração do Regimento Interno do CARF (artigo 62-A), introduzida pela Portaria MF nº 586/2010, os julgadores deste Colegiado estão obrigados a “reproduzir” as decisões do STJ tomadas por recurso repetitivo, razão pela qual deixaremos de abordar aludida discussão, mantendo o entendimento que a aplicação do dispositivo legal retro depende da existência de recolhimentos do mesmo tributo no período objeto do lançamento, na forma decidida por aquele Tribunal Superior nos autos do Resp nº 973.733/SC, 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 efetuassem 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."

Na esteira desse raciocínio, uma vez delimitado pelo STJ e, bem assim, pelo Regimento Interno do CARF que nos lançamentos por homologação a antecipação de pagamento é indispensável à aplicação do instituto da decadência, nos cabe tão somente nos quedar a aludida conclusão e constatar ou não a sua ocorrência.

Entretentes, a controvérsia em relação a referido tema encontra-se distante de remansoso desfecho, se fixando agora em determinar o que pode ser considerado como antecipação de pagamento nas contribuições previdenciárias, sobretudo em face das diversas modalidades e/ou procedimentos adotados por ocasião do lançamento fiscal.

In casu, porém, despidiendas maiores elucubrações a propósito da matéria, tendo em vista que a simples análise dos autos nos leva a concluir pela inexistência de antecipação de pagamento relativamente ao período objeto do lançamento (pretensamente decaído), uma vez não se constatar qualquer documento demonstrando a ocorrência de recolhimentos parciais do tributo sob análise.

Melhor elucidando, somente se constata ocorrência de pagamentos nas competências 03/1996 e 04/1996 (Item 5.1 do Refisc, de fl. 35) e 07/2006 (LDC), como se verifica do RDA, de fl. 07, período em que o prazo decadencial não é interferido pela antecipação de pagamento. Ou seja, para os meses de 03/1996 e 04/1996, a decadência opera-se ainda que se aplique o artigo 173, inciso I, do CTN. Por outro lado, quanto à 07/2006, não se cogita na decadência, mesmo adotando-se o artigo 150, § 4º, do mesmo Diploma Legal.

Na esteira dessas considerações, não se vislumbrando a ocorrência de recolhimentos – antecipação de pagamento – para o período determinante, **fato relevante para a aplicação do instituto da decadência, nos termos da decisão do STJ acima ementada, a qual estamos obrigados a observar**, é de se restabelecer a ordem legal no sentido de aplicar o prazo decadencial inscrito no artigo 173, inciso I, do CTN.

Destarte, tendo a fiscalização constituído o crédito tributário em **29/06/2007**, com a devida ciência da contribuinte constante da folha de rosto da Notificação, a exigência fiscal se encontra parcialmente fulminada pela decadência, em relação aos fatos geradores ocorridos no período de **01/03/1996** a **30/11/2001**, os quais se encontram fora do prazo decadencial inscrito no dispositivo legal supra, impondo seja decretada a improcedência parcial do feito.

MÉRITO

No mérito, pretende a contribuinte a reforma da decisão recorrida, a qual manteve a exigência fiscal em sua plenitude, aduzindo sua ilegitimidade passiva, sustentando a inoccorrência dos fatos geradores (fato imponível) das contribuições previdenciárias ora lançadas, concernentes às obras em comento, inexistindo, portanto, *o dever de recolher o imposto*, especialmente em razão de a recorrente não ter construído a obra objeto do lançamento.

Defende não poder ser responsabilizada pelos tributos ora exigidos, em virtude não ser proprietária da obra civil em comento, bem como por não ter realizado sua construção, como se verifica dos documentos acostados aos autos, notadamente o Alvará de Construção e Carta de Habite-se, expedidos em 2005, em nome da COOHABEX HABITACIONAL AGRO-NEGÓCIOS LTDA., sem qualquer vinculação com a recorrente.

Em defesa de sua pretensão, infere que *os recolhimentos existentes para aquela CEI, referem-se à mão-de-obra empregada em serviços de limpeza do terreno, vigilância, tapume e demais serviços iniciais de obra, podendo ser ainda erro cometido no processamento da folha de pagamento e na abertura da CEI, pelo fato de que para se fazer o cadastro de obra no INSS é exigido o alvará de construção.*

Em que pesem as substanciosas razões ofertadas pela contribuinte, suas alegações, contudo, não merecem acolhimento. Do exame dos elementos que instruem o processo, conclui-se que, no mérito, o lançamento, corroborado pela decisão recorrida, apresenta-se incensurável, devendo ser mantido em sua plenitude.

Isto porque, aludidas argumentações se encontram se encontram fulminadas pelo instituto de preclusão, eis que não ofertadas em sede de impugnação. É o que se extrai do artigo 17 do Decreto nº 70.235/72, como segue:

“ Decreto nº 70.235/72

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

A jurisprudência administrativa não discrepa desse entendimento, conforme se extrai dos julgados com suas ementas abaixo transcritas:

*“Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep
Período de apuração: 01/07/1991 a 30/09/1995
PIS. APRESENTAÇÃO DE ALEGAÇÕES E PROVAS DOCUMENTAIS APÓS PRAZO RECURSAL. PRECLUSÃO.
As alegações e provas documentais devem ser apresentadas juntamente com a impugnação, salvo nos casos expressamente admitidos em lei. Consideram-se precluídos, não se tomando conhecimento das provas e argumentos apresentados somente na fase recursal. [...] (Primeira Câmara do Segundo Conselho, Recurso nº 149.545, Acórdão nº 201-81255, Sessão de 03/07/2008)*

*“PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - PRECLUSÃO -
Escoado o prazo previsto no artigo 33 do Decreto nº 70.235/72,
opera-se a preclusão do direito da parte para reclamar direito
não argüido na impugnação, consolidando-se a situação jurídica
consubstanciada na decisão de primeira instância, não sendo
cabível, na fase recursal de julgamento, rediscutir ou, menos
ainda, redirecionar a discussão sobre aspectos já pacificados,
mesmo porque tal impedimento ainda se faria presente no duplo
grau de jurisdição, que deve ser observado no contencioso
administrativo tributário. Recurso não conhecido nesta parte.
COFINS - CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO -
LANÇAMENTO DE OFÍCIO - Constatada, em procedimento de
fiscalização, a falta de cumprimento da obrigação tributária,
seja principal ou acessória, obriga-se o agente fiscal a constituir
o crédito tributário pelo lançamento, no uso da competência que
lhe é privativa, vinculada e obrigatória. JUROS DE MORA - O
artigo 161 do CTN autoriza, expressamente, a cobrança de juros
de mora à taxa superior a 1% (um por cento) ao mês-calendário,
se a lei assim o dispuser. TAXA SELIC - Correta a cobrança da
Taxa Referencial do Sistema de Liquidação e de Custódia -
SELIC como juros de mora, a partir de 01/01/1997, para débitos
com fatos geradores até 31/12/1994, não pagos no vencimento
da respectiva obrigação. Recurso a que se nega provimento.”
(Terceira Câmara do Segundo Conselho, Recurso nº 111.167,
Acórdão nº 203-073282, Sessão de 23/05/2001) (grifamos)*

Nesse sentido, salvo nos casos em que a legislação de regência permite ou mesmo nas hipóteses de observância ao princípio da verdade material, não merece conhecimento a matéria aventada em sede de recurso voluntário ou posteriormente, que não tenha sido objeto de contestação na impugnação, considerando tacitamente confessada pela contribuinte a parte do lançamento não contestada, operando a constituição definitiva do crédito tributário com relação a esses levantamentos, mormente em razão de não se instaurar o contencioso administrativo para tais questões.

Registre-se, que a própria fiscalização ao notificar o contribuinte do Auto de Infração tem o cuidado de informar, mediante o anexo “Instruções para o Contribuinte – IPC”, que a defesa poderá ser parcial ou total, considerando confessada a matéria que não fora objeto de contestação.

Na hipótese dos autos, além das razões encimadas se apresentarem como uma verdadeira inovação, em linha diametralmente diversa da adotada na defesa inaugural, não encontra sustentáculo na legislação de regência, no princípio da verdade material, ou mesmo se prestam a contrapor os fundamentos do Acórdão recorrido, impondo o não conhecimento desta parte do recurso voluntário, tendo em vista que arrimado exclusivamente em novos argumentos, não suscitadas na impugnação, sob pena de supressão de instância.

Com efeito, em sua defesa inaugural a contribuinte em momento algum suscita sua ilegitimidade passiva, aduzindo que não é proprietária e não fora responsável pela construção da obra objeto do lançamento, na esteira do que sustenta no recurso voluntário.

A rigor, em sua impugnação, às fls. 68/71, a contribuinte se limita a contestar o arbitramento levado a efeito na constituição do crédito previdenciário, bem como a base de cálculo admitida para apuração da exigência fiscal, ressaltando, ainda, a existência de outros recolhimentos não aproveitados pela fiscalização, razão pela qual a autoridade julgadora de primeira instância nada inferiu a propósito da pretensa ilegitimidade passiva da autuada, nos impedindo, por conseguinte, de adentrar à referida questão sob pena de supressão de instância.

Aliás, em sede de primeira instância, a então impugnante sequer argüiu a preliminar de decadência parcial do crédito, matéria que somente é passível de conhecimento nesta oportunidade por se caracterizar como questão de ordem pública, podendo ser conhecida pelo julgador em qualquer instância, inclusive de ofício.

No que tange a jurisprudência trazida à colação pela recorrente, mister elucidar, com relação às decisões exaradas pelo Judiciário, que os entendimentos nelas expressos sobre a matéria ficam restritos às partes do processo judicial, não cabendo à extensão dos efeitos jurídicos de eventual decisão ao presente caso, até que nossa Suprema Corte tenha se manifestado em definitivo a respeito do tema.

Quanto às demais alegações da contribuinte, não merece aqui tecer maiores considerações, porquanto incapazes de ensejar a reforma da decisão recorrida e/ou macular o crédito previdenciário ora exigido, especialmente quando desprovidos de qualquer amparo legal ou fático, bem como já devidamente debatidas/rechaçadas pelo julgador de primeira instância.

Assim, no mérito, escoreita a decisão recorrida devendo nesse sentido ser mantido o lançamento na forma ali decidida, uma vez que a contribuinte não logrou infirmar os elementos colhidos pela Fiscalização que serviram de base para constituição do crédito previdenciário, atraindo para si o *onus probandi* dos fatos alegados. Não o fazendo razoavelmente, não há como se acolher a sua pretensão.

Processo nº 14041.000459/2007-16
Acórdão n.º **2401-002.417**

S2-C4T1
Fl. 124

Por todo o exposto, estando a Notificação Fiscal *sub examine* parcialmente em dissonância com os dispositivos legais que regulamentam a matéria, VOTO NO SENTIDO DE CONHECER DO RECURSO VOLUNTÁRIO, acolher a preliminar de decadência em relação ao período de 01/03/1996 a 30/11/2001 e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO, pelas razões de fato e de direito acima esposadas.

Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira