



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

Processo nº 37048.299900/2006-61
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2401-002.758 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de novembro de 2012
Matéria RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA
Recorrente COMPANHIA SIDERÚRGICA NACIONAL
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1997 a 31/12/1998

FISCALIZAÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES DO PRESTADOR DE SERVIÇO POR CESSÃO DE MÃO DE OBRA. ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA AO TOMADOR. OCORRÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO NO PRESTADOR. IMPROCEDÊNCIA DO LANÇAMENTO.

É improcedente o lançamento efetuado em ação fiscal realizada no tomador de serviços, para exigência de contribuições devidas pelo prestador, quando se comprova que este foi fiscalizado em período que abrange todas as competências da lavratura e o fisco não demonstra que os fatos geradores contemplados já não teriam sido objeto da pretérita auditoria na empresa contratada.

DECADÊNCIA - RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIOS - PRIMEIRO LANÇAMENTO APENAS NA TOMADORA - NULIDADE DO LANÇAMENTO POR VÍCIO FORMAL.

O instituto da responsabilidade solidária permite ao fisco efetivar o lançamento em relação a qualquer dos corresponsáveis. Entretanto, ao escolher efetivar o lançamento apenas em relação ao tomador do serviços inicialmente (NFLD n. 35.007.354-6, anulada pelo CRPS), não ocorre interrupção da contagem do prazo decadencial em relação aos demais corresponsáveis, como no caso em relação a prestadora de serviços FIBRACOL, razão pela qual, para essa opera-se a decadência do direito de lançar.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 23/07/2013 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digital

mente em 05/08/2013 por ELIAS SAMPAIO FREIRE, Assinado digitalmente em 23/07/2013 por ELAINE CRISTIN

A MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 24/07/2013 por KLEBER FERREIRA DE ARAUJO

Impresso em 22/08/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

ACORDAM os membros do colegiado, Pelo voto de qualidade: I) acolher a decadência para a prestadora de serviço (FIBRACOL COM. E INDÚSTRIA LTDA). Vencidos os conselheiros Igor Araújo Soares, Marcelo Freitas de Souza Costa e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, que declaravam a decadência, também, para a tomadora dos serviços (COMPANHIA SIDERÚRGICA NACIONAL); por maioria de votos, no mérito, dar provimento ao recurso. Vencida a conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira (relatora), que negava provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Kleber Ferreira de Araújo.

Elias Sampaio Freire - Presidente

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira – Relatora

Kleber Ferreira de Araújo – Redator Designado

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

Relatório

A presente NFLD, lavrada sob o n. 37.048.299-9, tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social em virtude do instituto da responsabilidade solidária, previsto no art. 30, IV, da Lei n.º 8.212/1991. O período compreende as competências 01/1997 a 12/1998.

A base de cálculo dos segurados utilizados na prestação de serviços pela empresa FIBRACOL COM. E INDÚSTRIA LTDA, CNPJ n. 00104611/0001-80, em se tratando de serviços executados nas atividades de construção, foram obtidas mediante análise das notas fiscais de serviços, bem como faturas emitidas.

Vale ressaltar, ainda que a NFLD em tela foi lavrada em substituição a NFLD n. 35.007.354-6, cientificada ao sujeito passivo em 01/12/1999 e anulada pela 4. Câmara de Julgamento – Acórdão 724/2005, ofício n. 10/4ª CAJ/CRPS, de 04/04/2006, em face da omissão no relatório FLD do dispositivo legal do arbitramento, bem como pelo fato da NFLD ter englobado de forma consolidada 169 prestadores de serviços.

Importante, destacar que a lavratura da NFLD deu-se em 14/12/2006, tendo a cientificação ao sujeito passivo ocorrido no dia 26/12/2006, bem como em relação ao prestador de serviços em 03/01/2007.

Manifestou-se a empresa prestadora, fl. 40 a , onde em síntese alega:

Que a Empresa autuada não tem atividade de construção ou assemelhados, conforme se provas através dos atos as constituição, bem o CNPJ da empresa.

Que a Empresa era optante do SIMPLES, conforme lei 9.317/96.

Que os contratos de prestação de serviços com a COMPANHIA SIDERÚRGICA NACIONAL, sempre foram executados juntamente com material e mercadorias conforme se prova através das notas Fiscais de prestação de Serviços, e notas fiscais de materiais aplicados na obra.

Que na prestação de serviços foram empregados funcionários da nossa sede, que eram submetidos à fiscalização da contratante, principalmente no tocante ao registro dos empregados, bem recolhimentos das contribuições e tributos devidos pela emissão das notas fiscais ou sejam serviços e materiais empregados.

Que todos os serviços relativo aos contratos foram executados na sede da contratante, que indicava onde seriam efetivados os serviços bem com o emprego dos materiais na obra.

Sendo assim, requer o cancelamento da NFLD.

Foram solicitados cópias dos atos constitutivos da empresa, porém os documentos encaminhados retornaram sem recebimento, fls. 56 a 62.

Foi colacionado aos autos informação do CNAF acerca de fiscalizações na empresa prestadora, fls. 77 a 80, porém fiscalização total ocorreu no período de 06/1988 a 03/1996 com cobertura do diário até 04/1995 e fiscalização parcial de 04/1996 a 01/2000.

Foi exarada a Decisão-Notificação - DN que determinou a procedência parcial do lançamento, fls. 64 a 69, excluído a contribuição patronal, considerando que à época da prestação de serviços a empresa era optante pelo SIMPLES.

Não conformado com o resultado proferido a tomadora apresentou recurso, fl. 84 a . Em síntese alega:

Os créditos encontram-se decadentes;

A responsabilidade solidária prevista no art. 3º, VI da Lei nº 8.212/91, na sua redação originária, deve ser observada no momento da exigibilidade do crédito previdenciário e não na sua constituição, sendo obrigatória a averiguação, por parte da fiscalização, da efetiva inadimplência da prestadora de serviços antes de efetuar qualquer lançamento contra a tomadora. Não foi efetuada a análise da escrituração da prestadora para fins de verificação da sua adimplência.

O débito foi constituído mediante presunção, sendo assim, o Recorrente não pode ser responsabilizada, ainda que solidariamente, por um débito cuja existência sequer foi constatada.

O procedimento adotado pelo Fiscal neste lançamento impossibilita qualquer defesa da Recorrente, uma vez que não é fornecida qualquer informação acerca da origem do débito que lhe é cobrado.

Destaca acórdãos e posicionamento da Consultoria jurídica afastando dita cobrança.

Cabe, neste ponto, ressaltar que a simples ausência de apresentação por parte da Recorrente das guias de recolhimento previdenciário da prestadora de serviços jamais poderia ensejar o lançamento do presente débito, por tratar-se de obrigação acessória.

Inexiste dispositivo legal que preveja a obrigatoriedade de apresentação das guias de recolhimento previdenciário por parte da empreiteira.

Conclui-se, portanto, que não havendo qualquer comprovação acerca da existência do débito que é cobrado, inclusive com a apresentação de guias pela prestadora, padece de nulidade insanável o lançamento consubstanciado na NFLD nº 37.048.299-9.

A empresa prestadora apresentou recurso, fls. 135 a 136. Alega sinteticamente:

Preliminarmente, há de ser verificado a ocorrência da prescrição quinquenal, conforme previsão do art. 156 do CTN.

O acórdão julgou procedente em parte o lançamento porque a recorrente deixou de apresentar junto com a defesa os contratos e as notas fiscais correspondentes, não obstante o agente fiscalizador ter tido acesso e conhecimento dos referidos documentos quando fiscalizou a CSN.

A outro tanto, deve ser observado que o lançamento pelo agente fiscalizador foi efetuado na totalidade das notas fiscais emitidas pela recorrente, quando o correto seria a dedução dos valores dos materiais, haja vista que o imposto deve incidir apenas sobre a mão de obra.

Porém, para que não paire qualquer dúvida, a recorrente está anexando ao presente recurso os contratos, as notas fiscais de mão de obra, as GRPS e os relatórios analíticos das folhas de pagamentos correspondentes a todo o período.

Que a recorrente era optante do SIMPLES não existe nenhuma dúvida, mesmo porque preenchia os requisitos da Lei nº 9.317/196.

Ressalte-se que o objetivo social da recorrente, conforme se verifica em seus atos constitutivos é abrangente, porém isto não significa que tenha efetivamente praticados atividades de construção civil.

Não faz o menor sentido as considerações contidas no item 11 (fls. 67), onde o agente fiscalizador entende que a recorrente, em vista de seus objetivos sociais, poderia celebrar negócios afetos à construção civil.

Muito embora o objetivo social da recorrente permitisse, cumpre destacar que a atividade desenvolvida pela recorrente sempre esteve ligada em serviços de manutenção e reparos nas dependências da CSN, nunca fez nenhuma "obra", prova dessa assertiva se verifica nas notas fiscais em anexo e contratos, os quais o agente fiscalizador teve acesso junto a CSN.

Conforme se verifica nas GRPS's em anexo, a recorrente efetuou o pagamento de todos os valores que eram devidos referentes a mão de obra, às épocas próprias, por esta razão não existe qualquer débito previdenciário.

O processo foi encaminhado para julgamento no âmbito deste Conselho.

É o relatório.

O processo foi baixado em diligência, fls. 89 a 92, nos seguintes termos:

DAS QUESTÕES PRELIMINARES:

Com relação às alegações da recorrente acerca da responsabilidade solidária, clara é a possibilidade legal nesse sentido. Conforme destacado no art. 30, VI da Lei nº 8.212/1991, o proprietário, incorporador ou dono da obra não importa qual seja o tipo de contratação é solidário com o construtor pelo cumprimento das obrigações perante a previdência social. Assim, descreve o texto legal:

Art. 30 (...)

VI - o proprietário, o incorporador definido na Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, o dono da obra ou condômino da unidade imobiliária, qualquer que seja a forma de contratação da construção, reforma ou acréscimo, são solidários com o construtor, e estes com a subempreiteira, pelo cumprimento das obrigações para com a Seguridade Social, ressalvado o seu

direito regressivo contra o executor ou contratante da obra e admitida a retenção de importância a este devida para garantia do cumprimento dessas obrigações, não se aplicando, em qualquer hipótese, o benefício de ordem; (Redação dada pela MP nº 1.523-9, de 28/06/97 e reeditada até a MP nº 1.523-13, de 23/10/97 - Republicada na MP nº 1.596-14 de 10/11/97, convertida na Lei nº 9.528, de 10/12/97).

Entendo que ao atribuir responsabilidade solidária pelo cumprimento da obrigação tributária, abriu o legislador a possibilidade de a autoridade previdenciária cobrar a satisfação da obrigação de qualquer das solidárias, sendo desnecessária a averiguação inicial na prestadora dos serviços. Se assim o fosse, estaríamos alterando o instituto jurídico para responsabilidade subsidiária, tornando inócuo o dispositivo legal.

No entanto, mesmo discordando da necessidade de fiscalizar primeiro a prestadora, entendo pertinente seja informado pela autoridade fiscal, esclarecimentos acerca da existência de procedimento fiscal realizado na prestadora, tendo em vista que nos autos não identifiquei informações nesse sentido.

Outrossim, foi trazido pela prestadora várias notas fiscais e contratos para demonstrar a existência de fornecimento de matérias. Contudo, as fotocópias constantes dos autos, apresentam-se ilegíveis, tornando muito difícil a leitura dos serviços e das informações contidas nos autos. Assim, entendo pertinente a manifestação da autoridade fiscal acerca da existência de prestação de serviços com utilização de matérias, propondo se entender cabível a retificação do débito.

Prestadas as informações e tendo o auditor se manifestado, deve ser conferido vistas ao recorrente, para entendendo cabível manifestar-se.

CONCLUSÃO:

Voto por converter o julgamento em DILIGÊNCIA para que a autoridade fiscal presta as informações nos termos acima descritos, devendo o recorrente ser cientificado dos termos da diligência em questão.

Manifestou-se a autoridade fiscal em cumprimento a diligência, fls. 596 a 603, nos termos abaixo:

Processo baixado em Diligencia Fiscal MPF. 08.1.90.00-2011-03702-3, por solicitação do CARF, junto a empresa para a coleta de documentos e informações;

2. A empresa foi Intimada em 22/12/2011 com ciência por AR em 26/12/2011, para "Apresentar todos os originals das Notas Fiscais de prestação de serviços e os correspondentes contratos de serviços da empresa FIBRACOL COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA., que foram objeto do lançamento de crédito previdenciário na NFLD 37.048.299-9 lavrada em 14/12/2006, para o estabelecimento 33.042.730/0017-71, para instrução do processo fiscal."

3. O representante legal da empresa compareceu a esta DEFIS no dia 11/01/2012 e protocolou resposta a intimação, fornecendo cópias autenticadas das Notas fiscais de serviços (doc 2) e os correspondentes contratos solicitados (doc.3);

4. Em análise aos documentos apresentados (notas fiscais e contratos), ficou constatado que a empresa FIBRACOL COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA, prestou serviços à Companhia Siderúrgica Nacional, e para estes serviços empregou mão de obra e materiais;

5. Nas Notas Fiscais apresentadas, foi constatado que a empresa Fibracol utilizou 2 (dois) tipo de notas fiscais para o faturamento, uma para a prestação de serviços (mão de obra) —**Série A** e outra para a aplicação de materiais (venda de produtos) - **SAI-DA**, conforme **planilha 01** em anexo;

6. Na defesa da empresa, as folhas 84 a 197 do presente processo, constam várias cópias de notas fiscais, que juntamente com as notas fiscais apresentadas nesta diligência, foi possível apurar os valores que serviram como base do levantamento fiscal, em anexo a **planilha 02** Notas Fiscais Constantes no Processo, indicando as Notas Fiscais que não foram apresentadas nesta Diligência Fiscal.

7. Com as informações das Notas Fiscais apresentadas (planilha 01) e as contidas no processo (planilha 02), foi elaborado a **planilha 03**, demonstrando os valores faturados pela empresa Fibracol referente aos serviços prestados = **mão de obra e materiais aplicados**, que sempre foram faturados em Notas Fiscais distintas. Os salários de contribuição foram calculados a partir dos valores dos serviços prestados (mão de obra),

contidas nas Notas fiscais, aplicando-se o percentual de 40% (quarenta por cento). Na apuração da base os valores das Notas Fiscais de Materiais não foram considerados;

8. No resumo da **planilha 03**, podemos constatar que o Auditor Fiscal quando da lavratura NFLD (Notificação Fiscal de Levantamento de Débitos) no 37.048.299-9, somente incluiu/b/ considerou as notas fiscais de prestação de serviços (mão de obra), não incluindo as de materiais, assim todos os salários de contribuição contidos nesta NFLD estão corretos, e em nenhuma competência foram incluídos valores referente a materiais aplicados.

9. Conforme demonstrado acima, mantenho a totalidade do valor lançado, não havendo nenhum valor a ser excluído

por conta de materiais, uma vez que estes não foram incluídos.

Devidamente cientificado o prestador manifestou-se fl. 509 a 626, alegando a decadência do direito de lançar e o recolhimento de contribuições de segurados no período.

Mesmo cientificada a empresa CSN não se manifestou.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil, encaminhou o processo a este Conselho para julgamento.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira - Relatora

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

Tratando-se de retorno de diligência comandado por este conselho, despicando a análise dos pressupostos, tendo em vista já terem sido avaliados quando do primeiro julgamento.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES:

DA DECADÊNCIA

Quanto a preliminar referente ao prazo de decadência para o fisco constituir os créditos objeto desta NFLD, entendo cabível a sua apreciação. Nesse sentido, quanto a aplicação da decadência quinquenal, subsumo todo o meu entendimento quanto a legalidade do art. 45 da Lei 8212/91 (10 anos), outrora defendido à decisão do STF. Dessa forma, quanto a decadência de 5 anos, profiro meu entendimento.

O STF em julgamento proferido em 12 de junho de 2008, declarou a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/1991, tendo inclusive no intuito de eximir qualquer questionamento quanto ao alcance da referida decisão, editado a Súmula Vinculante de nº 8, senão vejamos:

***Súmula Vinculante nº 8** “São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.*

O texto constitucional em seu art. 103-A deixa claro a extensão dos efeitos da aprovação da súmula vinculando, obrigando toda a administração pública ao cumprimento de seus preceitos. Dessa forma, entendo que este colegiado deverá aplicá-la de pronto, mesmo nos casos em que não argüida a decadência quinquenal por parte dos recorrentes. Assim, prescreve o artigo em questão:

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.

Ao declarar a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212, prevalecem as disposições contidas no Código Tributário Nacional – CTN, quanto ao prazo para a autoridade

previdenciária constituir os créditos resultantes do inadimplemento de obrigações previdenciárias. Cite-se o posicionamento do STJ quando do julgamento proferido pela 1ª Seção no Recurso Especial de nº 766.050, cuja ementa foi publicada no Diário da Justiça em 25 de fevereiro de 2008, nestas palavras:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ISS. ALEGADA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. VALIDADE DA CDA. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA - ISS. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. ENQUADRAMENTO DE ATIVIDADE NA LISTA DE SERVIÇOS ANEXA AO DECRETO-LEI Nº 406/68. ANALOGIA. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. POSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FAZENDA PÚBLICA VENCIDA. FIXAÇÃO. OBSERVAÇÃO AOS LIMITES DO § 3.º DO ART. 20 DO CPC. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07 DO STJ. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. INOCORRÊNCIA. ARTIGO 173, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN.

1. O Imposto sobre Serviços é regido pelo DL 406/68, cujo fato gerador é a prestação de serviço constante na lista anexa ao referido diploma legal, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo. 2. A lista de serviços anexa ao Decreto-lei nº 406/68, para fins de incidência do ISS sobre serviços bancários, é taxativa, admitindo-se, contudo, uma leitura extensiva de cada item, no afã de se enquadrar serviços idênticos aos expressamente previstos (Precedente do STF: RE 361829/RJ, publicado no DJ de 24.02.2006; Precedentes do STJ: AgRg no Ag 770170/SC, publicado no DJ de 26.10.2006; e AgRg no Ag 577068/GO, publicado no DJ de 28.08.2006). 3. Entrementes, o exame do enquadramento das atividades desempenhadas pela instituição bancária na Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei 406/68 demanda o reexame do conteúdo fático probatório dos autos, insindicável ante a incidência da Súmula 7/STJ (Precedentes do STJ: AgRg no Ag 770170/SC, publicado no DJ de 26.10.2006; e REsp 445137/MG, publicado no DJ de 01.09.2006). 4. Deveras, a verificação do preenchimento dos requisitos em Certidão de Dívida Ativa demanda exame de matéria fático-probatória, providência inviável em sede de Recurso Especial (Súmula 07/STJ). 5. Assentando a Corte Estadual que "na Certidão de Dívida Ativa consta o nome do devedor, seu endereço, o débito com seu valor originário, termo inicial, maneira de calcular juros de mora, com seu fundamento legal (Código Tributário Municipal, Lei nº 2141/94; 2517/97, 2628/98 e 2807/00) e a descrição de todos os acréscimos" e que "os demais requisitos podem ser observados nos autos de processo administrativo acostados aos autos de execução em apenso, onde se verificam: a procedência do débito (ISSQN), o exercício correspondente (01/12/1993 a 31/10/1998), data e número do Termo de Início de Ação Fiscal, bem como do Auto de Infração que originou o débito", não cabe ao Superior Tribunal de Justiça o reexame dessa inferência. 6. Vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários advocatícios não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à

condenação, nos termos do artigo 20, § 4º, do CPC (Precedentes: AgRg no AG 623.659/RJ, publicado no DJ de 06.06.2005; e AgRg no Resp 592.430/MG, publicado no DJ de 29.11.2004). 7. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07, do STJ, e no entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário" (Súmula 389/STF). 8. 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." 9. 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, quais sejam: (i) 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; (ii) regra da decadência do direito de lançar nos casos em que notificado o contribuinte de medida preparatória do lançamento, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento de ofício ou de tributos sujeitos a lançamento por homologação em que incorre o pagamento antecipado; (iii) regra da decadência do direito de lançar nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em que há parcial pagamento da exação devida; (iv) regra da decadência do direito de lançar em que o pagamento antecipado se dá com fraude, dolo ou simulação, ocorrendo notificação do contribuinte acerca de medida preparatória; e (v) regra da decadência do direito de lançar perante anulação do lançamento anterior (In: Decadência e Prescrição no Direito Tributário, Eurico Marcos Diniz de Santi, 3ª Ed., Max Limonad, págs. 163/210). 10. Nada obstante, as aludidas regras decadenciais apresentam prazo quinquenal com dies a quo diversos. 11. Assim, conta-se do "do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" (artigo 173, I, do CTN), o prazo quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício), quando não prevê a lei 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, bem como inexistindo notificação de qualquer medida preparatória por parte do

Fisco. No particular, cumpre enfatizar 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, sendo inadmissível a aplicação cumulativa dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do CTN, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação, a fim de configurar desarmado prazo decadencial decenal. 12. **Por seu turno, nos casos em que inexistir dever de pagamento antecipado (tributos sujeitos a lançamento de ofício) ou quando, existindo a aludida obrigação (tributos sujeitos a lançamento por homologação), há omissão do contribuinte na antecipação do pagamento, desde que inócorrentes quaisquer ilícitos (fraude, dolo ou simulação), tendo sido, contudo, notificado de medida preparatória indispensável ao lançamento, fluindo o termo inicial do prazo decadencial da aludida notificação (artigo 173, parágrafo único, do CTN), independentemente de ter sido a mesma realizada antes ou depois de iniciado o prazo do inciso I, do artigo 173, do CTN.** 13. Por outro lado, a decadência do direito de lançar do Fisco, 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, nem sido notificado pelo Fisco de quaisquer medidas preparatórias, obedece a regra prevista na primeira parte do § 4º, do artigo 150, do Codex Tributário, segundo o qual, se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador: "Neste caso, concorre a contagem do prazo para o Fisco homologar expressamente o pagamento antecipado, concomitantemente, com o prazo para o Fisco, no caso de não homologação, empreender o correspondente lançamento tributário. Sendo assim, no termo final desse período, consolidam-se simultaneamente a homologação tácita, a perda do direito de homologar expressamente e, conseqüentemente, a impossibilidade jurídica de lançar de ofício" (In Decadência e Prescrição no Direito Tributário, Eurico Marcos Diniz de Santi, 3ª Ed., Max Limonad, pág. 170). 14. A notificação do ilícito tributário, medida indispensável para justificar a realização do ulterior lançamento, afigura-se como dies a quo do prazo decadencial quinquenal, em havendo pagamento antecipado efetuado com fraude, dolo ou simulação, regra que configura ampliação do lapso decadencial, in casu, reiniciado. Entrementes, "transcorridos cinco anos sem que a autoridade administrativa se pronuncie, produzindo a indigitada notificação formalizadora do ilícito, operar-se-á ao mesmo tempo a decadência do direito de lançar de ofício, a decadência do direito de constituir juridicamente o dolo, fraude ou simulação para os efeitos do art. 173, parágrafo único, do CTN e a extinção do crédito tributário em razão da homologação tácita do pagamento antecipado" (Eurico Marcos Diniz de Santi, in obra citada, pág. 171). 15. Por fim, o artigo 173, II, do CTN, cuida da regra de decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário quando sobrevém decisão definitiva, judicial ou administrativa, que anula o lançamento anteriormente efetuado, em virtude da verificação de vício formal. Neste caso, o marco decadencial **inicia-se da data em que se tornar definitiva a aludida decisão**

anulatória. 16. In casu: (a) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (b) a obrigação ex lege de pagamento antecipado do ISSQN pelo contribuinte não restou adimplida, no que concerne aos fatos geradores ocorridos no período de dezembro de 1993 a outubro de 1998, consoante apurado pela Fazenda Pública Municipal em sede de procedimento administrativo fiscal; (c) a notificação do sujeito passivo da lavratura do Termo de Início da Ação Fiscal, medida preparatória indispensável ao lançamento direto substitutivo, deu-se em 27.11.1998; (d) a instituição financeira não efetuou o recolhimento por considerar intributáveis, pelo ISSQN, as atividades apontadas pelo Fisco; e (e) a constituição do crédito tributário pertinente ocorreu em 01.09.1999. 17. Desta sorte, a regra decadencial aplicável ao caso concreto é a prevista no artigo 173, parágrafo único, do Codex Tributário, contando-se o prazo da data da notificação de medida preparatória indispensável ao lançamento, o que sucedeu em 27.11.1998 (antes do transcurso de cinco anos da ocorrência dos fatos impositivos apurados), donde se deduz a higidez dos créditos tributários constituídos em 01.09.1999. 18. Recurso especial parcialmente conhecido e desprovido.(GRIFOS NOSSOS)

Podemos extrair da referida decisão as seguintes orientações, com o intuito de balizar a aplicação do instituto da decadência quinquenal no âmbito das contribuições previdenciárias após a publicação da Súmula vinculante nº 8 do STF:

Conforme descrito no recurso descrito acima: “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, quais sejam: (i) 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; (ii) regra da decadência do direito de lançar nos casos em que notificado o contribuinte de medida preparatória do lançamento, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento de ofício ou de tributos sujeitos a lançamento por homologação em que incorre o pagamento antecipado; (iii) regra da decadência do direito de lançar nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em que há parcial pagamento da exação devida; (iv) regra da decadência do direito de lançar em que o pagamento antecipado se dá com fraude, dolo ou simulação, ocorrendo notificação do contribuinte acerca de medida preparatória; e (v) regra da decadência do direito de lançar perante anulação do lançamento anterior (In: Decadência e Prescrição no Direito Tributário, Eurico Marcos Diniz de Santi, 3ª Ed., Max Limonad, págs. 163/210)

O Código Tributário Nacional, ao dispor sobre a decadência, causa extintiva do crédito tributário, nos casos de lançamentos em que não houve antecipação do pagamento 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."

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, Senão vejamos o dispositivo legal que descreve essa assertiva:

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)

Contudo, para que possamos identificar o dispositivo legal a ser aplicado, seja o art. 173 ou art. 150 do CTN, devemos identificar a natureza das contribuições omitidas para que, só assim, possamos declarar da maneira devida a decadência de contribuições previdenciárias.

O primeiro ponto a ser apreciado diz respeito a aplicação do art. 173, II do CTN para fins de aplicação da decadência, uma vez que identificou-se tratar de lançamento substitutivo, cujo lançamento original fora declarado nulo por vício formal pela ausência na cientificação de todos os sujeitos passivos no lançamento original. Assim, ao contrário do entendimento pretendido pelo recorrente o vício consubstanciado na incorreta indicação do sujeito passivo diz respeito a requisito de formalização do lançamento, o que enseja nulidade por vício formal.

Assim, perfeitamente viável a retomada do prazo para realização do lançamento nos termos do art. 173, II do CTN. Em assim sendo, passamos a aplicação da decadência.

Ultrapassada a possibilidade de lançar com respaldo no art. 173, II do CTN, deve-se identificar apenas se à época do lançamento original, a decadência havia se operado. Neste sentido, vale ressaltar que a NFLD em tela foi lavrada em substituição a NFLD n. 35.007.354-6, cientificada ao sujeito passivo em 01/12/1999 e anulada pela 4. Câmara de Julgamento – Acórdão 724/2005, ofício n. 10/4ª CAJ/CRPS, de 04/04/2006, em face da omissão no relatório FLD do dispositivo legal do arbitramento, bem como pelo fato da NFLD ter englobado de forma consolidada 169 prestadores de serviços. Ou seja, como os fatos geradores ocorreram em 1997 e 1998, não havia se operado à época decadência.

A nova NFLD foi lavrada em 14/12/2006, tendo a cientificação ao sujeito passivo ocorrido no dia 26/12/2006, bem como em relação ao prestador de serviços em 03/01/2007. Novamente a lavratura deu-se dentro do lapso de 5 anos da declaração de nulidade, não havendo-se de se falar em decadência.

Contudo, diferente tratamento deve ser atribuído ao prestador de serviços. Entendo que o instituto da responsabilidade solidária permite ao fisco efetivar o lançamento em relação a qualquer dos corresponsáveis. Entretanto, ao escolher efetivar o lançamento apenas em relação ao tomador do serviços inicialmente (NFLD n. 35.007.354-6, anulada pelo CRPS), não ocorre interrupção da contagem do prazo decadencial em relação aos demais corresponsáveis, como no caso em relação a prestadora de serviços FIBRACOL.

Observamos, que o lançamento anulado pelo CRPS alcançava apenas a empresa CSN (tomadora), razão pela qual para ela, face ao vício formal na constituição, recomeça a contar o prazo decadencial.

Já para prestadora FIBRACOL, a cientificação do primeiro lançamento deu-se apenas em 03/01/2007, conforme destacado no relatório desse voto, vejamos:

Vale ressaltar, ainda que a NFLD em tela foi lavrada em substituição a NFLD n. 35.007.354-6, cientificada ao sujeito passivo em 01/12/1999 e anulada pela 4. Câmara de Julgamento – Acórdão 724/2005, ofício n. 10/4ª CAJ/CRPS, de 04/04/2006, em face da omissão no relatório FLD do dispositivo legal do arbitramento, bem como pelo fato da NFLD ter englobado de forma consolidada 169 prestadores de serviços.

Importante, destacar que a lavratura da NFLD deu-se em 14/12/2006, tendo a cientificação ao sujeito passivo ocorrido no dia 26/12/2006, bem como em relação ao prestador de serviços em 03/01/2007.

Dessa forma, como os fatos geradores ocorreram entre 01/1997 e 12/1998, e para a prestadora só ocorreu cientificação da lavratura em 03/01/2007, operou-se a decadência independente do dispositivo legal a ser aplicado.

DO MÉRITO

DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

No mérito todo o argumento dos recorrentes é no sentido de que incabível o arbitramento na tomadora por presunção, tendo em vista ser a prestadora a contribuinte original

e ter realizado os devidos pagamentos. Destaca a condição de optante pelo SIMPLES da prestadora e que houve a utilização de materiais, o que diminuiria a base de cálculo.

QUANTO A OPÇÃO PELO SIMPLES

Quanto ao fato da prestadora ser optante pelo simples, tal fato não merece maiores considerações, uma vez que a autoridade julgadora já apreciou a questão, considerando a referida opção. Inclusive o débito foi mantido apenas em relação a contribuição aos segurados empregados, contribuição esta devida em relação a empresas optantes pelo SIMPLES.

QUANTO A RESPONSABILIDADE

Nesse sentido, quanto à alegação de que haveria a obrigação de se constituir o crédito primeiramente contra o prestador de serviços, a mesma não merece ser acolhida.

Com relação às alegações da recorrente acerca da responsabilidade solidária, na prestação de serviços de construção civil, empreitada, clara é a possibilidade legal nesse sentido. Conforme destacado no art. 30, VI da Lei n.º 8.212/1991, o proprietário, incorporador ou dono da obra não importa qual seja o tipo de contratação é solidário com o construtor pelo cumprimento das obrigações perante a previdência social. Assim, descreve o texto legal:

Art. 30 (...)

VI - o proprietário, o incorporador definido na Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, o dono da obra ou condômino da unidade imobiliária, qualquer que seja a forma de contratação da construção, reforma ou acréscimo, são solidários com o construtor, e estes com a subempreiteira, pelo cumprimento das obrigações para com a Seguridade Social, ressalvado o seu direito regressivo contra o executor ou contratante da obra e admitida a retenção de importância a este devida para garantia do cumprimento dessas obrigações, não se aplicando, em qualquer hipótese, o benefício de ordem;

LEI 8212/91

Artigo 30 inciso VI - o proprietário, o incorporador definido na Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, o dono da obra ou condômino da unidade imobiliária, qualquer que seja a forma de contratação da construção, reforma ou acréscimo, são solidários com o construtor, e estes com a subempreiteira, pelo cumprimento das obrigações para com a Seguridade Social, ressalvado o seu direito regressivo contra o executor ou contratante da obra e admitida a retenção de importância a este devida para garantia do cumprimento dessas obrigações.

Decreto 612 de 21/07/92

Art. 42. O proprietário, o incorporador definido na Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, o dono de obra ou o condômino de unidade imobiliária, qualquer que seja a forma de contratação da construção, reforma ou acréscimo, são solidários com o construtor nas obrigações para com a Seguridade Social, ressalvado o seu direito regressivo contra o executor ou contratante da obra, admitida a retenção de importância a este devida para garantia do cumprimento dessas obrigações.

• § 1º A responsabilidade solidária pode ser elidida, desde que seja exigido do construtor o pagamento das contribuições incidentes sobre a remuneração dos segurados, incluída em nota fiscal ou fatura correspondente aos serviços executados, quando da quitação da referida nota fiscal ou fatura, na forma estabelecida pelo INSS.

Decreto 2173 de 05/03/97

Art. 43. O proprietário, o incorporador definido na Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, o dono de obra ou o condômino de unidade imobiliária, qualquer que seja a forma de contratação da construção, reforma ou acréscimo, são solidários com o construtor nas obrigações para com a Seguridade Social, ressalvado o seu direito regressivo contra o executor ou contratante da obra, admitida a retenção de importância a este devida para garantia do cumprimento dessas obrigações.

§1º A responsabilidade solidária somente será elidida, se for comprovado pelo executor da obra o recolhimento das contribuições incidentes sobre a remuneração dos segurados incluída em nota fiscal ou fatura, quando não comprovadas contabilmente.

§2º Para efeito do disposto no parágrafo anterior, o executor da obra deverá elaborar folhas de pagamento e guias de recolhimentos distintas para cada empresa contratante, devendo esta exigir do executor da obra, quando da quitação da nota fiscal ou fatura, cópia autenticada da guia de recolhimento quitada e respectiva folha de pagamento. (grifamos)

§3º Considera-se construtor, para os efeitos deste Regulamento, a pessoa física ou jurídica que executa obra sob sua responsabilidade, no todo ou em parte.

A recorrente CSN na qualidade de tomadora de serviços contratou a FIBRACOL COMÉRCIO DE INDÚSTRIA LTDA, para prestação de diversos serviços de empreitada, conforme registrado contabilmente. Assim, o contribuinte e o responsável tributário, no caso o recorrente, são solidários em relação à obrigação tributária, não cabendo, nos termos do parágrafo único do artigo 124 do CTN e do art. 30, VI da Lei nº 8.212/1991, benefício de ordem.

DA UTILIZAÇÃO DE MATERIAIS

Assim, plenamente possível exigir o cumprimento da obrigação, seja da prestadora ou da tomadora de serviços, como é o caso. A dúvida que a diligência buscou sanar, foi no sentido de que no salário de contribuição apresentado estivesse incluído também o valor dos materiais fornecidos.

Contudo, tal fato restou devidamente esclarecidos pelo auditor, tendo o mesmo realizado planilhas para melhor esclarecer a base descrita, conforme informação fiscal, abaixo transcrita:

Processo baixado em Diligencia Fiscal MPF. 08.1.90.00-2011-03702-3, por solicitação do CARF, junto a empresa para a coleta de documentos e informações;

2. A empresa foi Intimada em 22/12/2011 com ciência por AR em 26/12/2011, para "Apresentar todos os originals das Notas Fiscais de prestação de serviços e os correspondentes contratos de serviços da empresa FIBRACOL COMÉRCIO E INDÚS IRIA LTDA., que foram objeto do lançamento de crédito previdenciário na NFLD 37.048.299-9 lavrada em 14/12/2006, para o estabelecimento 33.042.730/0017-71, para instrução do processo fiscal."

3. O representante legal da empresa compareceu a esta DEFIS no dia 11/01/2012 e protocolou resposta a intimação, fornecendo cópias autenticadas das Notas fiscais de serviços (doc 2) e os correspondentes contratos solicitados (doc.3);

4. Em análise aos documentos apresentados (notas fiscais e contratos), ficou constatado que a empresa FIBRACOL COMÉRCIO E INDÚSIRIA LTDA, prestou serviços à Companhia Siderúrgica Nacional, e para estes serviços empregou mão de obra e materiais;

*5. Nas Notas Fiscais apresentadas, foi constatado que a empresa Fibracol utilizou 2 (dois) tipo de notas fiscais para o faturamento, uma para a prestação de serviços (mão de obra) —**Série A** e outra para a aplicação de materiais (venda de produtos) - **SAI-DA**, conforme **planilha 01** em anexo;*

*6. Na defesa da empresa, as folhas 84 a 197 do presente processo, constam várias cópias de notas fiscais, que juntamente com as notas fiscais apresentadas nesta diligência, foi possível apurar os valores que serviram como base do levantamento fiscal, em anexo a **planilha 02** Notas Fiscais Constantes no Processo, indicando as Notas Fiscais que não foram apresentadas nesta Diligência Fiscal.*

*7. Com as informações das Notas Fiscais apresentadas (planilha 01) e as contidas no processo (planilha 02), foi elaborado a **planilha 03**, demonstrando os valores faturados pela empresa Fibracol referente aos serviços prestados = **mão de obra e materiais aplicados**, que sempre foram faturados em Notas Fiscais distintas. Os salários de contribuição foram calculados a partir dos valores dos serviços prestados (mão de obra), contidas nas Notas fiscais, aplicando-se o percentual de 40% (quarenta por cento). Na apuração da base os valores das Notas Fiscais de Materiais não foram considerados;*

8. No resumo da **planilha 03**, podemos constatar que o Auditor Fiscal quando da lavratura NFLD (Notificação Fiscal de Levantamento de Débitos) no 37.048.299-9, somente incluiu/b/ considerou as notas fiscais de prestação de serviços (mão de obra), não incluindo as de materiais, assim todos os salários de contribuição contidos nesta NFLD estão corretos, e em nenhuma competência foram incluídos valores referente a materiais aplicados.

9. Conforme demonstrado acima, mantenho a totalidade do valor lançado, não havendo nenhum valor a ser excluído por conta de materiais, uma vez que estes não foram incluídos.

Dessa forma, restou esclarecido que o salário de contribuição lançado destaca apenas a mão de obra. Note-se que após cientificado da diligência, nada mais foi argumentado pelos recorrentes a respeito da questão.

Entendo que ao atribuir responsabilidade solidária pelo cumprimento da obrigação tributária, abriu o legislador a possibilidade de a autoridade previdenciária cobrar a satisfação da obrigação de qualquer das solidárias, sendo desnecessária a averiguação inicial na prestadora dos serviços. Se assim o fosse, estaríamos alterando o instituto jurídico para responsabilidade subsidiária, tornando inócuo o dispositivo legal.

A constituição do crédito pode ocorrer tanto no prestador como no tomador de serviços. Tal questão foi, inclusive, objeto de apreciação pelo Conselho Pleno do CRPS – Conselho de Recursos da Previdência Social que detinha a competência para julgar os casos da espécie, a qual foi transferida para o Segundo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF.

Por meio do Enunciado nº 30, editado pela Resolução nº. 1, de 31 de Janeiro de 2007, publicada no DOU de 05/02/2007, o CRPS assim decidiu:

“Em se tratando de responsabilidade solidária o fisco previdenciário tem a prerrogativa de constituir os créditos no tomador de serviços mesmo que não haja apuração prévia no prestador de serviços.”

O lançamento foi efetuado pelo fato da recorrente haver contratado a prestadora de serviços e não haver apresentado a documentação hábil a elidir a responsabilidade solidária em todas as competências, quais seja, cópia das guias de recolhimentos quitadas e respectivas folhas de pagamento elaboradas distintamente pelo executor em relação a cada contratante.

Como a ação fiscal foi realizada na tomadora, a base de cálculo foi apurada por aferição indireta, tomando por base as notas fiscais de serviços emitidas pela prestadora, em procedimento previsto no § 3º do art. 33 da Lei nº 8212/1991, que dá à auditoria fiscal a prerrogativa de ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, inscrever de ofício importância que reputarem devida, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário.

Pelas disposições legais, se a CSN não apresenta a guia de recolhimento quitada, vinculada à nota fiscal/fatura, bem como os demais documentos enumerados na Legislação, assume a obrigação contributiva por solidariedade, não havendo qualquer ilegalidade quando da cobrança pelo INSS.

A apresentação de guias de recolhimento em nome da FIBRACOL (prestadora) não afastam o lançamento, posto que a mão de obra empregada deveria ter sido separada, com preparação de folha e guias específicos.

Os documentos apresentados pela FIBRACOL em sede de impugnação não foram capazes de provocar qualquer alteração do lançamento, uma vez que foram apresentadas apenas cópias de guias de recolhimento — GRPS genéricas, e não específica em relação ao contrato com a empresa CSN, o que não atende a legislação para elidir a responsabilidade solidária.

Note-se que o fato da empresa prestadora ter sido fiscalizada, não elide a responsabilidade solidária da tomadora, tendo em vista que não se tratou de fiscalização total, com cobertura contábil para o período objeto deste lançamento.

Diante do exposto e de tudo o mais que dos autos consta, entendo que os argumentos apontados pelo recorrente são insuficientes para desconstituir o lançamento.

CONCLUSÃO:

Voto pelo CONHECIMENTO do recurso para acatar a decadência apenas em relação a prestadora FIBRACOL, e no mérito voto por NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

É como voto.

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira

Voto Vencedor

Conselheiro Kleber Ferreira de Araújo – Redator Designado

Este voto trata do mérito da contenda, o qual diz respeito à verificação da procedência das contribuições lançadas contra a tomadora dos serviços, na condição de responsável solidária, em relação aos fatos geradores decorrentes da prestação de serviços mediante cessão de mão de obra pela empresa FIBRACOL COM. E INDÚSTRIA LTDA.

Concordo com a relatora quanto a desnecessidade de fiscalização prévia na prestadora de serviços para apuração de créditos dessa natureza, todavia, peço licença para divergir do entendimento quando se comprova a ocorrência de fiscalização na empresa contratada, mesmo que sem cobertura contábil.

Consta do relatório da Conselheira Elaine Cristina a seguinte observação:

“Foi colacionado aos autos informação do CNAF acerca de fiscalizações na empresa prestadora, fls. 77 a 80, porém fiscalização total ocorreu no período de 06/1988 a 03/1996 com cobertura do diário até 04/1995 e fiscalização parcial de 04/1996 a 01/2000.”

Entendo que restando comprovado nos autos que houve fiscalização na empresa prestadora, seria imprescindível que o fisco demonstrasse que os fatos geradores presentes no lançamento de que ora se cuida não teriam sido abrangidos.

Caso contrário, ter-se-ia grande probabilidade de se tributar o mesmo fato gerador em lançamentos distintos, incorrendo-se no *bis in idem* tributário, que não encontra amparo no ordenamento pátrio.

Veja-se que, mesmo a fiscalização na contratada não tendo sido com cobertura contábil, o presente lançamento, que envolve competências abrangidas pela ação fiscal na prestadora, fica a depender de comprovação de que os fatos geradores ora contemplados já não teriam sido auditados.

Não tendo o fisco, nessa situação específica, demonstrado que as bases de cálculo ora lançadas já não teriam sido adotadas em ação fiscal na prestadora, carece o presente crédito dos requisitos de certeza e liquidez, posto que há o risco de ter havido revisão de lançamento sem que se comprove a ocorrência das hipóteses do art. 149 do CTN, *verbis*:

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

I - quando a lei assim o determine;

II - quando a declaração não seja prestada, por quem de direito, no prazo e na forma da legislação tributária;

III - quando a pessoa legalmente obrigada, embora tenha prestado declaração nos termos do inciso anterior, deixe de atender, no prazo e na forma da legislação tributária, a pedido de esclarecimento formulado pela autoridade administrativa, recuse-se a prestá-lo ou não o preste satisfatoriamente, a juízo daquela autoridade;

IV - quando se comprove falsidade, erro ou omissão quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória;

V - quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte;

VI - quando se comprove ação ou omissão do sujeito passivo, ou de terceiro legalmente obrigado, que dê lugar à aplicação de penalidade pecuniária;

VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;

VIII - quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior;

IX - quando se comprove que, no lançamento anterior, ocorreu fraude ou falta funcional da autoridade que o efetuou, ou omissão, pela mesma autoridade, de ato ou formalidade especial.

Portanto, a falta de clareza quanto à abrangência da comprovada fiscalização ocorrida na empresa prestadora, é causa para que se declare a improcedência do crédito, posto que lhe retira os requisitos de certeza e liquidez, necessários ao prosseguimento na exigência das contribuições lançadas.

Conclusão

Voto pelo provimento do recurso.

Kleber Ferreira de Araújo.