



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

**Processo nº** 37306.007225/2006-66  
**Recurso nº** 147.083 Voluntário  
**Acórdão nº** **2401-01.430 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**  
**Sessão de** 20 de outubro de 2010  
**Matéria** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA  
**Recorrente** NF MOTTA CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO LTDA  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS**

Período de apuração: 01/01/1992 a 31/07/1998

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - CESSÃO DE MÃO DE OBRA.

O contratante de serviços de construção civil, qualquer que seja a modalidade de contratação, responde solidariamente com o prestador pelas obrigações previdenciárias decorrentes da Lei nº 8.212/91, conforme dispõe o art. 31, inciso VI da citada lei.

**APURAÇÃO PRÉVIA JUNTO AO PRESTADOR - DESNECESSIDADE**

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

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Período de apuração: 01/01/1992 a 31/07/1998

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - DECADÊNCIA - NFLD SUBSTITUTIVA - VÍCIO FORMAL - DATA DA LAVRATURA DA NFLD DECLARADA NULA - SÚMULA VINCULANTE N. 08 DO STF

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: “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”.

Em se tratando de NFLD substitutiva, tendo a NFLD original sido anulada por vício formal, pela falta de fundamentação do arbitramento, a decadência deve ser apreciada a luz do art. 173 do CTN.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, I) Por maioria de votos, em declarar a decadência até a competência 09/1995. Vencida a Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira (relatora), que votou por declarar a decadência até a competência 11/1994. Votaram pelas conclusões os Conselheiros Marcelo Freitas de Souza Costa e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, que consideram ser irrelevante a antecipação de pagamento; e II) Por maioria de votos, negar provimento ao recurso. Vencido o Conselheiro Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, que dava provimento. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Kleber Ferreira de Araújo.

ELIAS SAMPAIO FREIRE - Presidente

ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA - Relator

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, Cleusa Vieira de Souza, Marcelo Freitas de Souza Costa e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

## Relatório

O presente NFLD tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social, parcela a cargo dos segurados, da empresa, incluindo as destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho, levantadas sobre os valores pagos aos segurados empregados (professores e pessoal administrativo) e contribuintes individuais (pro-labore dos sócios).

Note-se que a NFLD em questão é fruto do Desmembramento da NFLD 35.183.779-5, nos termos descritos abaixo:

*A presente NFLD, foi lavrada em substituição a NFLD n. 35.183.779-5 de 16.10.2000, uma vez que esta foi tomada NULA por decisão administrativa da 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos da Previdência Social CRPS, consubstanciada no Acórdão N° 1.180 de 23.08.2004, cópia acostada;*

*2. Tratava a NFLD original, do lançamento de contribuições previdenciárias • devidas pela solidariedade da notificada, com várias empresas que lhe prestaram serviços por cessão de mão de obra, como sub-contratadas, nas diversas obras de construção civil, de responsabilidade da contratante, ora notificada, no período de 01.1992 à 12.1998. Através da Decisão - Notificação N° 21.025.01019212000, de 27.12.2000 lançamento foi julgado procedente. A empresa recorreu da decisão ao CRPS, e após ao juntada de novos elementos por parte da recorrente, do cumprimento por parte da notificante de diligências solicitadas pela 2ª CAJ, e o reconhecimento de parte do débito pela notificada, incluindo-o em processo de parcelamento definido pela Lei N° 10.684/2003 (débito desmembrado para o processo N° 35.431.079-8 em 24.12.2003), subsistiu o lançamento original, apenas para o débito relativo a empresa CASA NOVA CONSTRUÇÕES MONTAGENS E PROJETOS LTDA; FLS. )543*

*3. Não obstante, mesmo em relação a esta sub-empiteira, a notificante em despacho de 2604.2004, entendeu assistir razão à notificada, em reduzir de 40% para 12%, o percentual aplicado ao valor dos serviços prestados com base nas Ordens de Serviço N° 51/92 e 165197, constantes nas notas fiscais de serviços daquela, para apuração do valor do salário de contribuição para incidência das contribuições previdenciárias, uma vez que no contrato entre as partes, justificou a notificante, além do material a*

*ser utilizado, estava prevista a utilização de maquinas e equipamentos. Acostamos cópia do referido despacho, e dos interlocutórios referidos no item 2;*

*4. No entanto , entendeu por fim a 2º CM, conter o lançamento vício insanável, decidindo pela sua NULIDADE posto não constar na NFLD ora substitutiva, nem em seus anexos, o fundamento legal utilizado para chegar-se ao "quantum debeatur" , através do ARBITRAMENTO. Tal 'vício insanável- não havia sido detectado anteriormente nas passagens do processo pela 2 CAJ , em 10.03.2003, em 25.06.2003, • e 25.102003, sendo que nas duas últimas, a análise do processo foi feita pelo mesmo relator que em 23.08.2004 decretou sua nulidade. Também não demoveu o mesmo relator e a 2a CAJ, o pedido de revisão de acórdão proposto pelo Serviço da Receita Previdenciária de Guarulhos, sob o argumento de que a empresa estava dente do arbitramento efetuado, tanto que solicitou redução das alíquotas aplicadas às faturas, e que a omissão do fundamento legal seria vício sanável, uma vez que foi citado no relatório fiscal a Lei 1f8.212/91 e o Regulamento da Previdência Social. Assim sendo, passados mais de cinco anos do lançamento original, outra alternativa não restou, a não ser a lavratura desta nova NFLD para substituir a anulada;*

*5. Portanto, trata a presente notificação do lançamento de contribuições previdenciárias, da parte da empresa e dos segurados empregados devidas ao FPAS, pela solidariedade da notificada, com a empresa CASA NOVA CONSTRUÇÕES MONTAGENS E PROJETOS LTDA, que lhe prestou serviços por CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA, no período de 01.92 à 03.93, 07.93, 12.93, 01.94, 03.94 à 11.94, 08.95, 04.96 à 12.96, e07.98, como sub-contratada, para executar parte da obra de responsabilidade da tomadora, por força da Concorrência Pública N° 002/91 e do Contrato N° 17/91, firmado • com o S.A.A.E. — Serviço Autônomo de Água e Esgoto do Município de Guarulhos, cópias acostadas. O lançamento é embasado na Lei N°8.212/91, regulamentada pelo RPS — Regulamento da Previdência Social, com ultima redação do Decreto N°3048/99.*

*6. A solidariedade da notificada com a prestadora é com fulcro no artigo 31 da Lei N° 8.212/91, na sua redação original, vigente no período do débito , uma vez que a contratante não comprovou o recolhimento das contribuições previdenciárias por parte da contratada , incidentes sobre o salário de contribuição dos segurados empregados desta, envolvidos na cessão. Com efeito, conforme consulta ao banco de dados INSS/DATAPREV/CNIS — Cadastro Nacional de Informações Sociais, a prestadora no período em questão*

*manteve urna média de 2 a 3 empregados com vínculo formalizado, sendo que durante todo ano de 1993 teve apenas um empregado declarado, e para o ano de 1995 sequer entregou a RAIS — Relação Anual de Informações Sociais. Na consulta efetuada aos dados constantes do Sistema de Arrecadação— MPS/SRP/INSS/DATAPREV numa análise ao menos perfunctória, constata-se que os valores recolhidos à previdência social, pela prestadora, são compatíveis com os salários dos trabalhadores declarados na RAIS, sendo que no ano de 1995, com exceção das competências 066 07 que tiveram recolhimentos de pouco mais de duzentos reais, nenhum valor foi recolhido. Conforme consulta ao CNAF — Cadastro Nacional de Ações Fiscais, a prestadora nunca foi fiscalizada pelo INSS. Além dessas consultas, acostamos cópia do contrato entre a prestadora e a notificada, onde se evidencia que pela natureza e dimensão dos serviços a serem prestados, a mão de obra informada na RAIS e as pífias contribuições à Previdência Social, sequer cobririam os segurados necessários a estrutura administrativa da prestadora;*

*7. Isto Posto, e uma vez que a notificada, da relação comercial que manteve com a prestadora, só nos apresentou, e à fiscalização que nos precedeu, o contrato da prestação de serviços por cessão de mão de obra e as notas fiscais de serviço emitidas pela prestadora, outra alternativa não restou à falta de outros elementos objetivos ( tais como cópia da folha de pagamento da prestadora, declaração de escrita contábil regular dessa, etc), a não ser aferir o salário de contribuição das segurados envolvidos na cessão, com base nos valores grafados nas Faturas de Serviço emitidas contra a notificada, com fulcro no parágrafo 3º do artigo 33 da Lei N° 8.212/91;*

*8. O percentual aplicado às faturas de serviço para apuração do Balado de contribuição, é de 12% (doze por cento), como propôs a notificante do lançamento original (item 3 deste relatório) , com base na legislação vigente, Ordem de Serviço INSS/DARE N° 51 de 06.10.92, e Ordem de Serviço DAF N 165 de 11.07.97, uma vez que para a realização dos serviços descritos no contrato entre as partes, tais como, escavação de valas, demolição/remoção de pavimento, substituição de solo/preparação do fundo de valas, construção de poços de visita e aterramento de valas com a devida compactação e remoção de sobras, é inerente a utilização de equipamentos;*

*9. Serviram de base ao lançamento, os valores já lançados na NFLD tomada nula, o contrato de prestação de serviços, e as Notas Fiscais de Serviços emitidas pela prestadora*

*para a notificada no período do débito. Na competência 07.98, foi lançada somente contribuição relativa aos segurados empregados, uma vez que a prestadora, conforme consulta ao cadastro de contribuintes da Receita Federal (cópia acostada), foi optante do SIMPLES no período de 01.97 a 02.99;*

*10. Os fundamentos legais que alicerçam a exigibilidade do débito as alíquotas aplicadas, e os seus co-responsáveis, estão elencados nos anexos da NFLD relacionados no IPC — Informações para o Contribuinte, sendo que é facultado a quaisquer dos devedores solidários interpor defesa ao lançamento, na forma e nos prazos ali estabelecidos. No caso de pagamento parcial/total por um dos devedores, o débito se extingue parcial ou totalmente em relação ao outro co-devedor,*

*11. A discriminação das faturas de serviço que embasaram o lançamento, relacionadas por número, competência, obra e valor, constitui o Relatório de Lançamentos, anexo da NFLD;*

*12. Ressalvadas as hipóteses de suspensão da exigibilidade e extinção do crédito, todos os devedores ficarão impedidos de obter CND — Certidão Negativa de Débito, ou CPD-EN — Certidão Positiva de Débito com Efeito de Negativa, procedendo-se a inclusão destes no Cadastro Informativo de Créditos Não Quitados do Setor Público Federal — CADIN;*

*13. Atendeu a fiscalização o sr. IVAN LOPES DA SILVA, sócio-gerente da notificada, que tornou ciência do débito, do procedimento fiscal, e que ora recebe uma via • da NFLD e seus anexos. Outra via da NELD e seus anexos, está sendo remetida ao endereço residencial do sócio-gerente da prestadora, sr. JOÃO RODRIGUES DE SOUZA, uma vez que esta última consta nos cadastros do INSS, como INATIVA desde o ano de 2001, e foram infrutíferas outras tentativas de localizá-la. As contribuições apuradas resultam de diferenças de contribuições, no período de 02/1995 a 12/1998, inclusive 13 salário.*

Importante, destacar que a lavratura da NFLD deu-se em 10/05/2006, tendo a cientificação ao sujeito passivo tomador do serviços ocorreu no mesmo dia. Já em relação a prestadora de serviços Empresa Casa Nova, a cientificação da NFLD deu-se por edital afixado em 29/09/2006 e desafixado em 16/10/2006. Contudo, conforme descrito acima, trata-se de NFLD lavrada em substituição a NFLD n. 35.183.779-5 de 16.10.2000, uma vez que esta foi tomada NULA por decisão administrativa da 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos da Previdência Social CRPS, consubstanciada no Acórdão N° 1.180 de 23.08.2004, pela falta de fundamento legal do arbitramento.

Inconformado com a NFLD, a notificada N. F. MOTTA CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO LTDA — CNPJ n" 56.898.935/0001-91 apresentou defesa, conforme fls. 114 a 129. Em síntese argumentou a empresa tomadora:

1. Preliminarmente, é indiscutível que, numa eventual apresentação de defesa administrativa por parte da empresa contratada indicada no RF/NFLD, mesmo que por meio de seu sócio-gerente (item 13, do RF/NFLD), impõe-se a cientificação do contribuinte ora manifestante, quanto aos correspondentes termos de tal ato defensivo. Foi exarada a Decisão-Notificação - DN que confirmou a procedência do lançamento, fls. 524 a 527.
2. Inexistência de atos fiscais hábeis. à minimização dos riscos de lançamentos em duplicidade. Existem decisões no âmbito do CRPS no sentido de que: “Ademais, o INSS deve obediência, sobretudo, ao princípio constitucional da legalidade, o que não se coaduna com a ausência do procedimentos (normatizados, conhecidos e praticados uniformemente) para evitar a duplicidade de pagamentos em ações fiscais tendo por base a mesma dívida, sob o fundamento de responsabilidade solidária.”
3. Portanto, há que ser confirmada, portanto, a existência de débitos na origem, POR MEIO DE VERIFICAÇÕES NA CORRESPONDENTE ESCRITA CONTÁBIL, SEM PREJUÍZO DA OBRIGAÇÃO DO FISCO PREVIDENCIÁRIO DE INVESTIGAR EM SEUS ARQUIVOS SISTEMATIZADOS A HIPÓTESE PREVIDENCIÁRIA DO CONTRIBUINTE-CONTRATADO, para • que seja validada a cobrança previdenciária junto ao correspondente contribuinte solidário.
4. DE EXTREMA IMPORTÂNCIA, TAMBÉM, JÁ QUE SE TRATA DE EMPRESA SUJEITA ÀS RETENÇÕES DE 11%, NO PERÍODO POSTERIOR À JAN/99, IDENTIFICAR NAS INVOCADAS INVESTIGAÇÕES FISCAIS, A EXISTÊNCIA DE PROCEDIMENTOS DE "RESTITUIÇÃO" PROMOVIDOS PELA EMPRESA PRESTADORA, E, QUAL O SEU RESULTADO. AFINAL CASO TENHA OCORRIDO A RESTITUIÇÃO EM FAVOR DE TAL EMPRESA, BE/RA À CONVICÇÃO O DETALHE DE QUE NÃO OSTENTAVA PASSIVOS PREVIDENCIÁRIOS EM SEU DESFAVOR.
5. Devem, pois, ser realizadas diligências, fiscais tanto junto à escrita contábil do prestador, , quanto nos próprios sistemas informatizados da Previdência Social.
6. Na específica contratação vinculada à esta NFLD, o percentual de 12% aplicado em todos os • volumes faturados e arrolados no relatório de lançamentos desta NFLD. Constata-se que por volta de 75% dos serviços prestados são de terraplanagem, e sendo assim, a alíquota deveria ser de 0,4%. Reitera o contribuinte a necessidade de diligências em respeito ao princípio da verdade material.
7. Requereu por fim, a procedência da impugnação.

Foi exarada Decisão Notificação que determinou a procedência parcial do lançamento, 148 a 152.

Não concordando com a decisão do órgão previdenciário, foi interposto recurso, conforme fls. 157 a 179. Em síntese o recorrente traz as mesmas alegações já emanadas na impugnação.

- a) Inova na indicação de “OCORRÊNCIA DE DECADÊNCIA NAS COMPETÊNCIAS ANTERIORES A MAIO/1996. DA IMPOSSIBILIDADE DE INTERRUÇÃO DO PRAZO • DECADENCIAL NOS CASOS DE ANULAÇÃO DO LANÇAMENTO PREVIDENCIÁRIO.”
- b) Todavia, no caso em tela, o lançamento substitutivo do anteriormente anulado ocorreu em 10/05/2006, produzindo efeitos a partir desta data. Com isso, resta cristalino que este lançamento só pode albergar o período de até 10 anos anteriores, vez que, o período anterior já estaria fulminado pela decadência. Dessa *forma*, no caso em comento, o *direito* de *a autarquia* previdenciária lançar o débito previdenciário está restrito ao período posterior à 05/1996.
- c) É inevitável o reconhecimento do interesse da empresa contratada de se manifestar nestes autos, pois na eventualidade de o ora defendente optar por adimplir esta NFLD, nascerá o seu direito de regresso em desfavor de tal empresa, justificando-se, posa observância à sua ampla defesa neste contencioso administrativo.
- d) É indiscutível que, numa eventual apresentação de defesa administrativa por parte da empresa contratada indicada no RF/NFLD, mesmo que por meio de seu sócio-gerente (item 13, do RF/NFLD), impõe-se a cientificação do contribuinte ora manifestante, quanto aos correspondentes termos de ta! ato defensivo.Foi exarada a Decisão-Notificação - DN que confirmou a procedência do lançamento, fls. 524 a 527.
- e) Inexistência de atos fiscais hábeis. à minimização dos riscos de lançamentos em duplicidade. Existem decisões no âmbito do CRPS no sentido de que: “Ademais, o INSS deve obediência, sobretudo, ao princípio constitucional da legalidade, o que não se coaduna com a ausência do procedimentos (normatizados, conhecidos e praticados uniformemente) para evitar a duplicidade de pagamentos em ações fiscais tendo por base a mesma dívida, sob o fundamento de responsabilidade solidária.”
- f) Portanto, há que ser confirmada, portanto, a existência de débitos na origem, POR MEIO DE VERIFICAÇÕES NA CORRESPONDENTE ESCRITA CONTÁBIL, SEM PREJUÍZO DA OBRIGAÇÃO DO FISCO PREVIDENCIÁRIO DE INVESTIGAR EM SEUS ARQUIVOS SISTEMATIZADOS A HIPÓTESE PREVIDENCIÁRIA DO CONTRIBUINTE-CONTRATADO, para • que seja validada a cobrança previdenciária junto ao correspondente contribuinte solidário.
- g) DE EXTREMA IMPORTÂNCIA, TAMBÉM, JÁ QUE SE TRATA DE EMPRESA SUJEITA ÀS RETENÇÕES DE 11%, NO PERÍODO POSTERIOR À JAN/99, IDENTIFICAR NAS INVOCADAS INVESTIGAÇÕES FISCAIS, A EXISTÊNCIA DE PROCEDIMENTOS DE "RESTITUIÇÃO" PROMOVIDOS PELA EMPRESA PRESTADORA, E, QUAL O SEU RESULTADO.

AFINAL CASO TENHA OCORRIDO A RESTITUIÇÃO EM FAVOR DE TAL EMPRESA, BE/RA À CONVICÇÃO O DETALHE DE QUE NÃO OSTENTAVA PASSIVOS PREVIDENCIÁRIOS EM SEU DESFAVOR.

- h) Devem, pois, ser realizadas diligências, fiscais tanto junto à escrita contábil do prestador, , quanto nos próprios sistemas informatizados da Previdência Social.
- i) Na específica contratação vinculada à esta NFLD, o percentual de 12% aplicado em todos os • volumes faturados e arrolados no relatório de lançamentos desta NFLD. Constata-se que por volta de 75% dos serviços prestados são de terraplanagem, e sendo assim, a alíquota deveria ser de 0,4%. Reitera o contribuinte a necessidade de diligências em respeito ao princípio da verdade material.
- j) Requer, por fim, o cancelamento da DN combatida além do reconhecimento da improcedência desta NFLD. Mas, mantendo a instância administrativa originária seu posicionamento, ou seja, insistindo em seu erro, e, em sendo processado o presente recurso, que o e. CRPS, ponderando nas razões recursais, reconheça a insubsistência da NFLD, extirpando-a em definitivo do mundo jurídico.

A unidade descentralizada da SRP encaminhou o processo a este Conselho para Julgamento, com o oferecimento de contra-razões as fls. 187 a 189, nos seguintes termos:

*5. Quanto aos demais tópicos do recurso, já foram todos analisados quando da decisão notificação, a saber 5.1 A empresa prestadora de serviços foi notificada do lançamento e não se manifestou, item 2 e 14 da decisão, fls. 148/150;*

*5.2. Ainda, que a prestadora tivesse apresentado defesa, não há que se falar em dar ciência da mesma ao notificado com abertura de prazo para manifestação, não é este o procedimento descrito nas instruções normativas a respeito da responsabilidade solidária, apenas argumentando, porque a prestadora não apresentou impugnação;*

*5.3. A Recorrente já tem ciência que a fiscalização verificou se a empresa prestadora foi fiscalizada, se havia recolhimento elou outros, item 17 da DN, fls. 150, sendo que tal já havia sido mencionado no relatório fiscal, fls. 103/104, portanto de pleno conhecimento da recorrente;*

*5.4. Através do Relatório Fiscal, item 9, fls. 104, também foi dado ciência ao notificado, ora recorrente, que no período que a empresa esteve no sistema SIMPLES, foi considerado apenas a contribuição relativa aos segurados empregados;*

*5.5. Quanto à alíquota aplicada, informa o recorrente, fls. 177 do seu recurso, que a alíquota aplicada de 40% sobre*

*a fatura, para fins de apuração da base de cálculo, deveria ser reduzida para 20% ou mesmo 12%, o que não observou o recorrente é que a alíquota aplicada no presente lançamento, para apuração da base de cálculo é de 12%, conforme consta da Relatório de Lançamentos, fls. 17121, também mencionada no Relatório Fiscal, item 8, fls.104 e na decisão recorrida, fls. 151, item 20.*

*6 Diante do exposto e mais o que dos autos constam, somos pela manutenção da decisão que julgou procedente o lançamento fiscal.*

Aditou o recorrente os termos do recurso para aplicação da Súmula Vinculante n. 08 do STF.

É o relatório.

## Voto Vencido

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Relatora

### **PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:**

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 187. Superados os pressupostos, passo as preliminares ao exame do mérito.

### **DAS QUESTÕES PRELIMINARES:**

Em primeiro lugar cumpre-nos apreciar a decadência, mesmo que trazida apenas na esfera recursal.

Quanto a preliminar referente ao prazo de decadência para o fisco constituir os créditos objeto desta NFLD, 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, razão assiste ao contribuinte nos termos abaixo expostos.

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

*Súmula Vinculante n.º 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 n.º 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 n.º 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 n.º 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 n.º 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. **II. 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 desarrazoado prazo decadencial decenal. 12. **Por seu turno, nos casos em que inexistente 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 inócuentes 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 imponíveis 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 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.

Em se tratando de lançamento substitutivo a decadência há de ser aplicada a luz do art. 173, II do CTN. Assim, considerando que o lançamento foi efetuado em 10/05/2006, tendo a cientificação ao sujeito passivo tomador do serviços ocorrido no mesmo dia, porém em se tratando de NFLD substitutiva há de se considerar a data da lavratura da NFLD declarada nula pela ausência da fundamentação do arbitramento, qual seja 16.10.2000.

Considerando que na NFLD em questão foram apuradas por responsabilidade solidária não há que se falar em recolhimento antecipado devendo a decadência, após apuração da data da NFLD substitutiva ser apreciada a luz do art. 173, I do CTN. Os fatos geradores ocorreram nas competências 01/1992 a 07/1998, sendo assim, devem ser excluídas do lançamento as contribuições até 11/1994.

## **PRELIMINAR DE CIENTIFICAÇÃO DOS SOLIDÁRIOS**

Ainda em sede de preliminar alega o recorrente a necessidade de cientificação de todos os solidários quanto ao procedimento. Contudo, entendo que razão não lhe assiste, como bem descrito em sede de contra-razões, procedeu a autoridade fiscal a devida cientificação tanto do tomador, como do prestador por meio de edital, face a recusa ao recebimento da NFLD, tendo apenas a tomadora se manifestado. No caso, ocorreu a devida cientificação dos responsáveis solidários, não havendo qualquer nulidade no procedimento nesse sentido. Destaco, ainda, que mesmo que o prestador houvesse se manifestado, não existe previsão legal para cientificação do tomador dos serviços para conhecimentos dos termos da defesa do prestador, conforme solicitado na esfera recursal.

### **DO MÉRITO**

No mérito o argumento trazido pelo recorrente é da possibilidade de lançamento em duplicidade, pela ausência de informação de procedimentos fiscais na prestadora. Porém, esse argumento deve ser afastado de pronto, considerando que prestou a autoridade fiscal, informações no sentido de que não restou constatado procedimento fiscal, nos seguintes termos:

*A Recorrente já tem ciência que a fiscalização verificou se a empresa prestadora foi fiscalizada, se havia recolhimento elou outros, item 17 da DN, fls. 150, sendo que tal já havia sido mencionado no relatório fiscal, fls. 103/104, portanto de pleno conhecimento da recorrente;*

*5.4. Através do Relatório Fiscal, item 9, fls. 104, também foi dado ciência ao notificado, ora recorrente, que no período que a empresa esteve no sistema SIMPLES, foi considerado apenas a contribuição relativa aos segurados empregados;*

À fl. 60 destaca a autoridade fiscal:

*4.6. Os valores dos salários-de-contribuições das empresas a seguir, devem ser mantidos em sua totalidade, pelas razões que seguem:*

*- Casa Nova Construções Montagens Ltda, em face da mesma não ter sido fiscalizada conforme resultado da diligência anterior (fls. 172, nem 2-b de fls. 245 e nem 4 de fls. 343). Por não constar nenhum recolhimento para a competência 08195 e os recolhimentos efetuados nas demais competências, apurados no conta-corrente da empresa, serem inferiores ao Montante apurado na presente NFLD (fls.173, 185/187) e ainda, não ser possível identificar se estes valores recolhidos dizem respeito aos serviços prestados à notificada, conforme informado na diligência anterior fitem 2-a de lis 245 e 3-a de fls. 247);*

No que pertine a alíquota aplicada, procedeu a autoridade fiscal a análise dos contratos, razão porque a NFLD substitutiva teve por base o percentual de 12%, pela comprovação de utilização de meios mecânicos. Já quanto aos argumentos do recorrente de que os documentos encontram-se a disposição da autoridade fiscal, destaca-se que em discordando da alíquota deveria apresentar os argumentos e provas capazes de comprovar e não apenas

alegar e solicitar perícia, razão porque entendo que não existem argumentos capazes de afastar o lançamento em questão.

*5.5. Quanto à alíquota aplicada, informa o recorrente, fls. 177 do seu recurso, que a alíquota aplicada de 40% sobre a fatura, para fins de apuração da base de cálculo, deveria ser reduzida para 20% ou mesmo 12%, o que não observou o recorrente é que a alíquota aplicada no presente lançamento, para apuração da base de cálculo é de 12%, conforme consta da Relatório de Lançamentos, fls. 17121, também mencionada no Relatório Fiscal, item 8, fls.104 e na decisão recorrida, fls. 151, item 20.*

No relatório fiscal, fls. 104 destaca a autoridade fiscal a fundamentação para aplicação do percentual em se tratando de responsabilidade solidária, por serviços prestados mediante utilização de equipamentos mecânicos.

*O percentual aplicado às faturas de serviço para apuração do Balado de contribuição, é de 12% (doze por cento), como propôs a notificante do lançamento original (item 3 deste relatório), com base na legislação vigente, Ordem de Serviço INSS/DARE N° 51 de 06.10.92, e Ordem de Serviço DAF N 165 de 11.07.97, uma vez que para a realização dos serviços descritos no contrato entre as partes, tais como, escavação de*

*valas, demolição/remoção de pavimento, substituição de solo/preparação do fundo de valas, construção de poços de visita e aterramento de valas com a devida compactação e remoção de sobras, é inerente a utilização de equipamentos;*

*9. Serviram de base ao lançamento, os valores já lançados na NFLD*

*tomada nula, o contrato de prestação de serviços, e as Notas Fiscais de Serviços emitidas pela prestadora para a notificada no período do debito. Na competência 07.98, foi lançada somente contribuição relativa aos segurados empregados, uma vez que a prestadora, conforme consulta ao cadastro de contribuintes da Receita Federal (cópia acostada), foi optante do SIMPLES no período de 01.97 a 02.99;*

Porém os argumentos de que se tratava de terraplanagem alegados pelo recorrente para diminuição do percentual aplicado, não restaram demonstrados, vez que deve prevalecer o reconhecimento por parte da autoridade de utilização de equipamento mecânicos.

Por fim, o argumento da recorrente de que incabível o arbitramento na tomadora, tendo em vista ser a prestadora a contribuinte original. Nesse sentido, quanto à alegação de que haveria a obrigação de se constituir o crédito primeiramente contra o prestador de serviços, verificando primeiramente a sua contabilidade não merece ser acolhida.

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.

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**

Pelo exposto, voto pelo CONHECIMENTO do recurso para no mérito DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, para que se exclua do lançamento, face a aplicação da decadência quinquenal, as contribuições até a competência 11/1994, e no mérito voto por NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

É como voto.

Sala das Sessões, em 20 de outubro de 2010

ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA – Relatora

## Voto Vencedor

Conselheiro Kleber Ferreira de Araújo, Redator Designado

Em que pese a boa fundamentação apresentada pela relatora, concluo de forma diversa no que diz respeito ao critério para fixação do prazo decadencial. Passarei, de imediato, a expressar meu entendimento, posto que a legislação aplicável já foi suficientemente mencionada no voto da Conselheira Elaine Cristina Vieira.

A bem da verdade, tanto esse Conselheiro quanto a Ilustre Relatora entendemos que havendo recolhimento antecipado da contribuição, há de se contar o prazo decadencial pela norma do art. 150, § 4. do CTN, qual seja, cinco anos contados da ocorrência do fato gerador. Divergimos, todavia, para os casos em que a empresa não reconhece a incidência de contribuição sob determinada rubrica.

Nesses casos, a Conselheira Elaine Cristina pondera que as guias de recolhimento por ventura existentes, dizem respeito a outras rubricas, haja vista que, para as parcelas sobre as quais não se considerou a incidência tributária, não há o que se falar em antecipação de pagamento.

Ouso divergir dessa tese. É cediço que na Guia da Previdência Social – GPS não são identificados os fatos geradores, mas são lançados em campo único – “Valor do INSS” – todas as contribuições previdenciárias e, inclusive a dos segurados. Por esse motivo, havendo recolhimentos, não vejo como segregar as parcelas reconhecidas pela empresa, daquelas que não tenham sido tratadas como salário-de-contribuição.

Verifica-se na espécie, que nem do Relatório, nem dos demais anexos, há como se concluir pela existência ou não de recolhimentos, haja vista que a NFLD foi lavrada em por solidariedade em ação fiscal desenvolvida no prestador, não havendo como se saber se o devedor direto, o contratado para executar os serviços efetuou algum recolhimento. Nessas situações, o entendimento que tem prevalecido nessa Turma de Julgamento é que se aplique o § 4. do art. 150 do CTN para contagem do prazo decadencial, posto que, não tendo o fisco expressamente se manifestado sobre a inexistência de pagamentos pelo sujeito passivo, deve a dúvida militar em favor desse.

Assim, considerando-se que a ciência da primeira NFLD deu-se em 16/10/2000, e que as competências em discussão referem-se ao período de 01/1992 a 07/1998, voto pela declaração de decadência para as competências 01/1992 a 09/1995.

Sala das Sessões, em 20 de outubro de 2010

**KLEBER FERREIRA DE ARAÚJO - Redator Designado**