



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

**Processo nº** 37330.000604/2007-17  
**Recurso nº** 145.801 Voluntário  
**Acórdão nº** 2401-01.148 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 24 de março de 2010  
**Matéria** CONSTRUÇÃO CIVIL - REGULARIZAÇÃO DE OBRA  
**Recorrente** GEORGE ALEXANDER PRETYMAN  
**Recorrida** SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA - SRP

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS**

Data do fato gerador: 01/05/2003

CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO - NFLD - REGULARIZAÇÃO DE OBRA - DRO - DATA DE TERMINO DA OBRA - NÃO COMPROVAÇÃO

A não apresentação por parte do recorrente dos documentos afasta suas alegações, sendo que meros argumentos desprovidos de prova são incapazes de refutar o lançamento.

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Data do fato gerador: 01/05/2003

CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO - DECADÊNCIA QUINQUENAL - SUMULA VINCULANTE - APLICAÇÃO DO ART. 173 DO CTN - SALÁRIO INDIRETO - NÃO RECONHECIMENTO COMO FATO GERADOR.

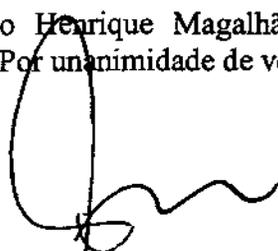
O STF em julgamento proferido em 12 de junho de 2008, declarou a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/1991, tendo inclusive no intuito de eximir qualquer questionamento quanto ao alcance da referida decisão, editado a “**Súmula Vinculante nº 8**” São inconstitucionais os parágrafo único do 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”.

Tratando-se de regularização de obra por aferição e não se constatando recolhimentos, não há que se falar em recolhimento antecipado, razão porque aplicável o art. 173 do CTN.

**RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, pelo de voto de qualidade, em reconhecer a decadência até a competência 11/1998. Vencidos os Conselheiros Rogério de Lelis Pinto, Marcelo Freitas de Souza Costa e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, que votaram por declarar a decadência até 07/1999. Por unanimidade de votos, no mérito, em negar provimento.



ELIAS SAMPAIO FREIRE - Presidente



ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA – Relatora

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros: Elias Sampaio Freire, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Marcelo Freitas de Souza Costa, Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, Ivacir Júlio de Souza (Convocado) e Rogério de Lellis Pinto (Convocado).

## Relatório

Trata-se de retorno de diligência comandada por meio da Resolução nº 206-00149 da antiga 6ª Câmara de Julgamento do 2º Conselho de Contribuintes, atual 4ª Câmara da 2ª Sessão do Conselho Administrativo de Recursos Fiscal – CARF, no intuito de que a autoridade fiscal prestasse esclarecimentos acerca da data considerada como término da obra (visto estar apagada no DISO), bem como intimar o recorrente a apresentar os documentos que comprovariam o alegado.

Para dar continuidade ao julgamento adoto os termos do relatório às fls. 72 A 76.

*A presente NFLD, tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social em virtude da utilização de mão-de-obra assalariada, na edificação de obra de construção civil de responsabilidade do notificado, fls. 11 a 13. A identificação da obra e indicação de que foi realizada a construção foram obtidos com base em informações do próprio recorrente ao dirigir-se ao INSS para regularização da obra no mês 05/2003.*

*Não conformado com a notificação, foi apresentada defesa, fls. 24 a 37, tendo o recorrente juntado cópias de documentos, e descrevendo alegações todas no sentido de que a obra foram terminada no ano de 1993, estando, pois decadente o direito do fisco de constituir os crédito objeto desta NFLD.*

*Foi emitida Decisão-Notificação – DN, confirmando a procedência integral do lançamento, fls. 42 a 45.*

*Não concordando com a decisão da autarquia previdenciária, foi interposto recurso, conforme fls. 56 a 62 . Em síntese, o recorrente em seu recurso alega o seguinte:*

*Toda a documentação acostada na fase impugnatória demonstra que a obra ocorreu nos idos de 1993, nada indicando que a construção do prédio não teria iniciado em 1992, mas não terminado em 1993 é agredir os fatos;*

*Existe consulta em relação ao prédio já construído acerca da exploração de atividade econômica;*

*Somente existe pedido de habite-se, ou documento de cobrança do ISSQN, ambos de 1998, quando a obra encontra-se terminada;*

*A decisão decorrida não foi feliz, tendo em vista que negou evidências contundentes acerca do término da obra.. Ademais, não poderia ter o lançamento ocorrido no mês maio/2003, data da emissão do ARO, posto que os fatos geradores ocorreram em 1993 e encontram-se, portanto, decaídos;*

*Não houve recusa ou sonegação, por parte do recorrente quanto a apresentação de documentos, o que desconstitui a aferição indireta realizada pela autoridade fiscal;*

*Isto posto requer, que seja reformada a decisão, determinando o cancelamento da NFLD, por inexistirem os fatos geradores no ano de 2003, mas devendo ser considerada com encerrada a obra ainda no ano de 1993, tendo decaído o direito do fisco realizar o lançamento;*

*A autoridade previdenciária encaminhou o processo a este colegiado sem o oferecimento de contra-razões.*

*É o Relatório.*

No mesmo sentido para instruir a análise do recurso transcrevo os termos da resolução que converti o julgamento em diligência.

#### *PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:*

*Recurso interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 69, e não estando o recorrente obrigado a realizar o depósito recursal de 30 % (art. 126, § 1.º da Lei n.º 8.213/91), passo, então, ao exame das preliminares ao mérito.*

#### *DAS PRELIMINARES AO MÉRITO*

*Em sede de preliminar o recorrente aduz que o lançamento já encontra-se decadente, posto que a obra foi realizada no ano de 1992 a 1993, e alega, que os documentos acostados aos autos são suficientes para comprovar o alegado, tendo o fisco previdenciário desconsiderado tais provas e realizado o lançamento em data diversa ao dos fatos alegados.*

*Em primeiro lugar gostaria de trazer a tona a norma previdenciária que descreve os documentos para que se comprove a realização de obra em período decadente. Nos termos do art. 496 da Instrução Normativa INSS/DC n.º 100/2003, competiria ao recorrente a apresentação de documentos que comprovassem o alegado, o que não restou demonstrado. Assim, descreve a norma previdenciária:*

*Art. 496. O direito da Previdência Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após dez anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído.*

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

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

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

*II - notas fiscais de prestação de serviços;*

*III - recibos de pagamento a trabalhadores;*

*IV - comprovante de ligação de água ou de luz;*

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

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

*VII - alvará de concessão de licença para construção.*

*§ 3º A comprovação do término da obra em período decadencial dar-se-á com a apresentação de habite-se, certidão de conclusão de obra (CCO) ou um dos respectivos comprovantes de pagamento de Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) ou de certidão de lançamento tributário contendo o histórico do respectivo IPTU ou um dos seguintes documentos:*

*I - auto de regularização, auto de conclusão, auto de conservação ou certidão expedida pela prefeitura municipal que se reporte ao cadastro imobiliário da época ou registro equivalente, lançados em período abrangido pela decadência, em que conste a área construída, passível de verificação pelo INSS;*

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

*III - escritura de compra e venda do imóvel, em que conste a sua área, lavrada em período decadencial.*

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

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

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

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

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

*V - planta aerofotogramétrica do período abrangido pela decadência, acompanhada de laudo técnico constando a área do imóvel e a respectiva Anotação de Responsabilidade Técnica (ART).*

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

*Dessa forma, da análise do dispositivo normativo podemos verificar que existem diversos documentos hábeis a caracterização do tempo de conclusão da obra.*

*Porém avaliando o caso específico, entendo que devam ser prestados esclarecimentos por parte da autoridade fiscal, no sentido de indicar qual a competência considerada pela autoridade fiscal como "término da obra", visto que na cópia do ARO não nos permite identificar a data cadastrada pela autoridade previdenciária.*

*Aproveitando a necessidade da conversão do julgamento em diligência para esclarecimentos por parte da autoridade fiscal, e necessária cientificação do recorrente, entendo deva também o mesmo ser intimado a apresentar os seguintes documentos: Habite-se emitido no ano de 1998 (ano do requerimento apresentado), cópia do carne IPTU do mesmo ano e de anos subsequentes, cópia autenticada do contrato de prestação de serviços descrito às fls. 33 a 37, bem como as notas fiscais dos pagamentos realizados pelo contratante, inclusive com demonstrações das etapas de realização da obra.*

**CONCLUSÃO:**

*Voto pelo CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA NOS TERMOS DESCRITOS ACIMA.*

Em cumprimento ao solicitado em diligência a DRFB informou que: a data a ser considerada é a da emissão do DISO, e que apesar de regularmente intimado, fls. 90, o recorrente não manifestou-se acerca da solicitação de documentos solicitados por esse colegiado.

O processo foi remetido a esta Segunda Seção do CARF para prosseguimento após o cumprimento da diligência.

É o relatório.

## Voto

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Relatora

### PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme já apreciado à fls. 73. Superados os pressupostos, passo ao exame das preliminares ao mérito.

### DAS PRELIMINARES AO MÉRITO

Em primeiro lugar entendo cabível a apreciação da preliminar de decadência, contudo, o ponto relevante para apreciação do feito diz respeito a data de conclusão da obra, data essa ensejou a conversão do julgamento em diligência, visto que na parte superior do DISO a data encontrava-se apagada. A autoridade prestou esclarecimento, no sentido de que a data a ser considerada é a da emissão do DISO, portanto, 05/2003.

Ressalte-se desde já que foi novamente oportunizado ao recorrente a apresentação dos documentos para comprovação do término da obra, sendo que o mesmo não se manifestou para apresentação dos documentos, mesmo devidamente intimado à fls. 90.

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 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 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 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 incoorre 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 inoocorre, 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 inoocorrentes 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 incoorre 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.

No caso, a aplicação do art. 150, § 4º, é possível quando realizado pagamento de contribuições, que em data posterior acabam por ser homologados expressa ou tacitamente. Contudo, antecipar o pagamento de uma contribuição significa delimitar qual o seu fato gerador e em processo contíguo realizar o seu pagamento. Deve ser possível ao fisco, efetuar de forma, simples ou mesmo eletrônica a conferência do valor que se pretendia recolher e o efetivamente recolhido. Neste caso, a inércia do fisco em buscar valores já declarados, ou

mesmo continuamente pagos pelo contribuinte é que lhe tira o direito de lançar créditos pela aplicação do prazo decadencial consubstanciado no art. 150, § 4º.

NO caso em tela, não a como filiar-se a aplicação desse dispositivo, uma vez que não foi apresentado qualquer recolhimento, razão porque entendo aplicável a decadência quinquenal à luz do art. 173 do CTN.

No caso, considerando que trata-se de NFLD substitutiva, face a declaração de nulidade da NFLD 35740877-2, quando da emissão da DN, pela falta de fundamentação legal, o que no entender dessa relatora caracteriza-se como vício formal. Importante salientar que a 1º NFLD fora lavrada em 23/08/2004, tendo a cientificação ao sujeito passivo ocorrido no dia 31/08/2004. Os fatos geradores ocorreram entre as competências 01/1993 a 05/2003, portanto devem ser excluídos do lançamento os fatos geradores até a competência 11/1998.

Superadas as preliminares, passo ao exame do mérito.

### DO MÉRITO

Conforme descrito no voto que resultou na diligência existem diversos documentos que podem ser apresentados pelo recorrente para comprovação do término de obra em período alcançado pela decadência, tendo-lhe inclusive oportunizado, novamente a apresentação dos mesmos. Contudo, mesmo regularmente intimado o recorrente não se manifestou, razão porque não há como comprovar suas alegações na esfera recursal.

Novamente trago a baila os termos do art. 496 da Instrução Normativa INSS/DC nº 100/2003, onde descreve que competiria ao recorrente a apresentação de documentos que comprovassem o alegado, o que não restou demonstrado. Assim, descreve a norma previdenciária:

*Art. 496. O direito da Previdência Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após dez anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído.*

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

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

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

*II - notas fiscais de prestação de serviços;*

*III - recibos de pagamento a trabalhadores;*

*IV - comprovante de ligação de água ou de luz;*

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

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

*VII – alvará de concessão de licença para construção.*

*§ 3º A comprovação do término da obra em período decadencial dar-se-á com a apresentação de habite-se, certidão de conclusão de obra (CCO) ou um dos respectivos comprovantes de pagamento de Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) ou de certidão de lançamento tributário contendo o histórico do respectivo IPTU ou um dos seguintes documentos:*

*I - auto de regularização, auto de conclusão, auto de conservação ou certidão expedida pela prefeitura municipal que se reporte ao cadastro imobiliário da época ou registro equivalente, lançados em período abrangido pela decadência, em que conste a área construída, passível de verificação pelo INSS;*

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

*III - escritura de compra e venda do imóvel, em que conste a sua área, lavrada em período decadencial.*

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

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

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

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

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

*V - planta aerofotogramétrica do período abrangido pela decadência, acompanhada de laudo técnico constando a área do imóvel e a respectiva Anotação de Responsabilidade Técnica (ART).*

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

Dessa forma, da análise do dispositivo normativo podemos verificar que existem diversos documentos hábeis a caracterização do tempo de conclusão da obra, documentos estes solicitados quando da baixa em diligência.

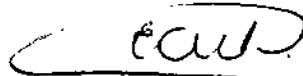
Face o exposto não comprovando o recorrente a conclusão da obra em período decadente, há de se considerar correto a data da emissão do DISO como conclusão da obra.

## CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto pelo CONHECIMENTO do recurso para DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, para que se exclua do lançamento, face a aplicação da decadência quinquenal, as contribuições até a competência 11/1998, e no mérito voto por NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

É como voto.

Sala das Sessões, em 24 de março de 2010



ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA - Relatora



**MINISTÉRIO DA FAZENDA  
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS  
QUARTA CÂMARA - SEGUNDA SEÇÃO**

-Processo nº: 37330.000604/2007-17

Recurso nº: 145.801

**TERMO DE INTIMAÇÃO**

Em cumprimento ao disposto no parágrafo 3º do artigo 81 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009, intime-se o(a) Senhor(a) Procurador(a) Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto à Quarta Câmara da Segunda Seção, a tomar ciência do Acórdão nº 2401-01.148

Brasília, 19 de abril de 2010

**ELIAS SAMPAÍO FREIRE**  
Presidente da Quarta Câmara

Ciente, com a observação abaixo:

Apenas com Ciência

Com Recurso Especial

Com Embargos de Declaração

Data da ciência: -----/-----/-----

Procurador (a) da Fazenda Nacional