



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

Processo nº 11474.000038/2007-15
Recurso nº 258.922 Voluntário
Acórdão nº **2803-001.017 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 29 de setembro de 2011
Matéria CESSÃO DE MÃO DE OBRA: RETENÇÃO. ORGÃOS PÚBLICOS
Recorrente INSTITUTO DE PLANEJAMENTO URBANO DE FLORIANÓPOLIS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/07/2006

DECADÊNCIA.

O Supremo Tribunal Federal, através da Súmula Vinculante nº 08, declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24/07/91, devendo, portanto, ser aplicadas as regras do Código Tributário Nacional. Encontra-se decadente parte do crédito lançado.

CESSÃO DE MÃO DE OBRA: RETENÇÃO. ORGÃOS PÚBLICOS.

Desde 1º.02.1999 (Lei nº 9.711/98, art. 29), a Administração Pública contratante de serviços de construção civil executados mediante cessão de mão-de-obra deve reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida no mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa contratada, cedente da mão-de-obra (Lei nº 8.212/91, art. 31), conforme Parecer AGU/MS 08, de 17/11/2006, aprovado pela Presidência da república em 20/11/2006.

RETENÇÃO PREVIDENCIÁRIA DE 11% SOBRE O VALOR DA NOTA FISCAL/FATURA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. CONSTITUCIONALIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO (RE 603191). REPERCUSSÃO GERAL.

O Supremo Tribunal Federal (STF) reafirmou em 1º/08/2011 que é constitucional a retenção, por parte do tomador de serviço, de 11% sobre o valor da nota fiscal ou fatura de prestação de serviço para fins de contribuição previdenciária. A decisão foi tomada em julgamento de Recurso Extraordinário (RE 603191) que recebeu status de Repercussão Geral. Isso significa que o entendimento do Supremo será aplicado a todos os processos com matéria idêntica no país.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do (a) relator(a), declarando decadente as competências 02/1999 a 12/2000, nos termos do art. 173, inciso I, do CTN.

(Assinado digitalmente)

Helton Carlos Praia de Lima – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Helton Carlos Praia de Lima, Eduardo de Oliveira, Amilcar Barca Teixeira Junior, Gustavo Vettorato, Wilson Antonio de Souza Correa.

Relatório

DO LANÇAMENTO

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito- NFLD DEBCAD nº 37.010.118-9/2006, lançada contra o contribuinte acima identificado, referente a contribuições sociais devidas à Seguridade Social correspondente à retenção de onze por cento sobre o valor bruto das notas fiscais ou faturas de serviços contratados mediante cessão de mão-de-obra, prevista no art. 31 e parágrafos da Lei nº 8.212/91, não retidas quando da quitação das respectivas notas fiscais, no período de 02/1999 a 07/2006, conforme Relatório Fiscal, fls. 161 a 167. Na planilha "Anexo da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito — NFLD 37.010.118-91", de fls. 168/196, constam: a data da prestação de serviços, nome e CNPJ da empresa prestadora de serviços, tipo de serviço prestado, número da nota Fiscal de Serviço e respectiva Nota de Empenho; valor da Nota Fiscal de Serviço, percentual de mão-de-obra para fins de apuração da base de cálculo das contribuições previdenciárias e o código de Levantamento para cada prestador.

DA IMPUGNAÇÃO

O contribuinte foi cientificado da notificação fiscal em 21/12/2006 (fls. 198), inconformado apresentou impugnação às folhas 200 a 2002.

DO RECURSO

O processo foi diligenciado à Fiscalização que excluiu algumas notas fiscais de serviços, fls. 543 a 544.

O órgão julgador de primeira instância administrativa fiscal julgou procedente em parte o lançamento, fls. 577 a 581.

O contribuinte foi cientificado da decisão em 31/01/2008, fls. 582, inconformado apresentou recurso voluntário em 18/02/2008, fls. 583 a 599, alegando em síntese:

- é inexigível a cobrança do depósito recursal em razão da inconstitucionalidade da norma;

- por força da decadência, o crédito apurado na notificação ora impugnada é inexigível;

- pelo fato da Lei 9.711/98 ter excluído o parágrafo terceiro do artigo 31 da Lei 8.212/01, em nada afeta a conclusão de que o pagamento da contribuição previdenciária pelo próprio prestador de serviços afasta a solidariedade do contratante (art. 264 do Código Civil). Se for de outra forma estará ocorrendo *bis in idem*, em que a contratante pagará duas vezes pelo tributo exigido;

- requer o retorno dos autos à fiscalização para que se confira se as empresas prestadoras são devedoras ou não da contribuição previdenciárias, ao final, a anulação do lançamento.

Não houve contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Helton Carlos Praia de Lima, Relator

O Recurso voluntário é tempestivo, fls. 601, pressuposto de admissibilidade cumprido, passo ao exame das questões suscitadas.

O depósito prévio no valor mínimo de 30% da exigência fiscal como condição para seguimento do recurso voluntário foi declarado inconstitucional pela Súmula Vinculante do STF nº 21, DOU de 10/11/2009, não sendo mais exigível.

DA DECADÊNCIA

Quanto à questão relativa à fluência do prazo decadencial, a mesma deve ser analisada.

O Supremo Tribunal Federal, conforme entendimento sumulado, Súmula Vinculante de nº 8, no julgamento proferido em 12 de junho de 2008, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212 de 1991, nestas palavras:

***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”.*

Conforme previsto no art. 103-A da Constituição Federal a Súmula de nº 8 vincula toda a Administração Pública, devendo este Colegiado aplicá-la.

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.

Uma vez não sendo mais possível a aplicação do art. 45 da Lei nº 8.212/1991, há que serem observadas as regras previstas no Código Tributário Nacional - CTN.

As contribuições previdenciárias são tributos lançados por homologação, assim devem, em regra, observar o disposto no art. 150, parágrafo 4º do CTN. Havendo, então o pagamento antecipado, observar-se-á a regra de extinção prevista no art. 156, inciso VII do CTN. Se não houver pagamento antecipado sobre a rubrica há que ser observado o disposto no art. 173, inciso I do CTN. Nessa hipótese, o crédito tributário será extinto em função do previsto no art. 156, inciso V do CTN. Caso tenha ocorrido dolo, fraude ou simulação não será observado o disposto no art. 150, parágrafo 4º do CTN, sendo aplicado necessariamente o disposto no art. 173, inciso I, independentemente de ter havido o pagamento antecipado.

O Superior Tribunal de Justiça - STJ, em acórdão exarado em Recurso Especial - REsp 761908 / SC, 2005/0101012-8, T1 - PRIMEIRA TURMA, relator Ministro LUIZ FUX (1122), publicação DJ 18/12/2006 p. 322, prevê a aplicação de regras distintas de contagem da decadência em um mesmo lançamento de contribuições previdenciárias, podendo ser aplicado as regras do art. 150, § 4º, e art. 173, I, do CTN. São os transcritos da decisão:

Processo RESP 200501010128RESP - RECURSO ESPECIAL - 761908 **Relator(a)** LUIZ FUX **Sigla do órgão** STJ **Órgão julgador** PRIMEIRA TURMA **Fonte** DJ **DATA:**18/12/2006 **PG:**00322 **RET VOL.:**00054 **PG:**00055.

Ementa TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. SEGURIDADE SOCIAL. PRAZO PARA CONSTITUIÇÃO DE SEUS CRÉDITOS.DECADÊNCIA.LEI 8.212/91 (ARTIGO 45). ARTIGOS 150, § 4º, E 173, I, DA CF/88. ACÓRDÃO ASSENTADO EM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. 1. (...). 11. In casu, a notificação de lançamento, lavrada em 31.10.2001 e com ciente em 05.11.2001, abrange duas situações: (1) diferenças decorrentes de créditos previdenciários recolhidos a menor (abril e novembro/1991, março a julho/1992; novembro e dezembro/1992; setembro a novembro/1993, janeiro/1994, março/1994 a janeiro/1998; e março e junho/1998); e (2) débitos decorrentes de integral inadimplemento de contribuições previdenciárias incidentes sobre pagamentos efetuados a autônomos (maio a novembro/1996; janeiro a julho/1997; setembro e dezembro/1997; e janeiro, março e dezembro/1998) e das contribuições destinadas ao SAT incidente sobre pagamentos de reclamações trabalhistas (maio/1993; abril/1994; e setembro a novembro/1995). 12. No primeiro caso, considerando-se a fluência do prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador, encontram-se fulminados pela decadência os créditos anteriores a novembro/1996. 13. No que pertine à segunda situação elencada, em que não houve entrega de GFIP (Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social), nem confissão ou qualquer pagamento parcial, incide a regra do artigo 173, I, do CTN, contando-se o prazo decadencial quinquenal do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Desta sorte, encontram-se hígidos os créditos decorrentes de contribuições previdenciárias incidentes sobre pagamentos efetuados a autônomos e caducos os decorrentes das contribuições para o SAT. (nosso grifo)

Da análise da decisão citada depreende-se que no pagamento parcial por parte do contribuinte o prazo decadencial para o lançamento pelo Fisco de eventuais diferenças de tributos sujeitos ao lançamento por homologação é de cinco anos a contar do fato gerador (§ 4º do art. 150 do CTN). Se não houver pagamento antecipado, ou pagamento parcial, aplica-se o art. 173, I, do CTN, cujo prazo decadencial para a constituição do crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, sendo certo que corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato impositivo, consoante julgamento do REsp 973.733/SC pelo STJ, sujeito ao regime dos recursos repetitivos. São os textos dos julgados do STJ e TRF5:

RECURSO ESPECIAL Nº 973.733 - SC (2007/0176994-0) ,
RELATOR:-MINISTRO LUIZ FUX , RECORRENTE:-
INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS , REPR.
POR:-PROCURADORIA-GERAL FEDERAL PROCURADOR-
:-MARINA CÂMARA ALBUQUERQUE E OUTRO (S)
RECORRIDO:-ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADOR:-CARLOS ALBERTO PRESTES E OUTRO (S)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL
REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO
CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO
POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.
INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO.
DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O
CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO
CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS
NOS ARTIGOS 150, 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incoorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005). 2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210). 3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e

Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199). 5. In casu, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação ex lege de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos imponíveis ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001. 6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo. 7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

ACÓRDAO por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

*Brasília (DF), 12 de agosto de 2009 (Data do Julgamento),
MINISTRO LUIZ FUX Relator*

Processo AGRESP 201001395597 AGRESP - AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 1203986 **Relator(a)** LUIZ FUX **Sigla do órgão** STJ **Órgão julgador** PRIMEIRA TURMA **Fonte DJE DATA:** 24/11/2010

Ementa PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. MATÉRIA DECIDIDA NO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA Nº 973.733/SC. ARTIGO 543-C, DO CPC. PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE COBRANÇA JUDICIAL PELO FISCO. PRAZO QUINQUENAL. TRIBUTO SUJEITO À LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. OCORRÊNCIA. 1. 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.". 2. (...). 3. A Primeira Seção, quando do julgamento do REsp 973.733/SC, sujeito ao regime dos recursos repetitivos, reafirmou o entendimento de que "o dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao

primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponível, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (...). 4. A luz da novel metodologia legal, publicado o acórdão do julgamento do recurso especial, submetido ao regime previsto no artigo 534-C, do CPC, os demais recursos já distribuídos, fundados em idêntica controvérsia, deverão ser julgados pelo relator, nos termos do artigo 557, CPC (artigo 5º, I, da Res. STJ 8/2008). 5. In casu: (a) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (b) a obrigação ex lege de pagamento antecipado de contribuição social foi omitida pelo contribuinte concernente ao fato gerador compreendido a partir de 1995, consoante consignado pelo Tribunal a quo; (c) o prazo do fisco para lançar iniciou a partir de 01.01.1996 com término em 01.01.2001; (d) a constituição do crédito tributário pertinente ocorreu em 15.07.2004, data da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito que formalizou os créditos tributários em questão, sendo a execução ajuizada tão somente em 21.03.2005. 6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo. 7. Agravo regimental desprovido. **Data da Decisão** 09/11/2010 **Data da Publicação** 24/11/2010

Processo RESP 201001432647RESP - RECURSO ESPECIAL - 1207053 **Relator(a)** CASTRO MEIRA **Sigla do órgão** STJ **Órgão julgador** SEGUNDA TURMA **Fonte DJE DATA:**23/11/2010

Ementa TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA. VERBA HONORÁRIA. ART. 20, § 4º, DO CPC. 1. Nos créditos tributários relativos a tributo sujeito a lançamento por homologação, cujo pagamento não foi antecipado pelo contribuinte – caso em que se aplica o art.173, I, do CTN –, deve o prazo decadencial de cinco anos para a sua constituição ser contado a partir do primeiro dia do exercício financeiro seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. 2. Na hipótese dos autos, deve ser reconhecida a decadência do direito à constituição do crédito tributário referente ao ano-base de 1989, tendo em vista que o prazo para a notificação do contribuinte do auto de infração era de 1º de janeiro de 1990 a 31 de dezembro de 1994, enquanto a dívida foi inscrita somente em 30 de setembro de 1999. 3. Vencida a Fazenda Pública, mediante apreciação equitativa, pode o juiz arbitrar os honorários advocatícios em percentual que esteja dentro dos limites legais previstos no artigo 20, § 3º, do CPC. 4. Recurso especial não provido. **Data da Decisão** 09/11/2010 **Data da Publicação** 23/11/2010

Processo RESP 200702134298RESP - RECURSO ESPECIAL - 985301 **Relator(a)** ELIANA CALMON **Sigla do órgão** STJ **Órgão julgador** SEGUNDA TURMA **Fonte** DJE DATA:01/09/2010

Ementa PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO- DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO - TERMO INICIAL – ARTIGO 173, I, DO CTN- APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN- IMPOSSIBILIDADE - REEXAME DE PROVAS: SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTE: REsp 973.733/SC. 1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito. 2. É inadmissível o recurso especial se a análise da pretensão da recorrente demanda o reexame de provas. 3. Recursos especiais conhecidos e não providos. **Data da Decisão** 19/08/2010 **Data da Publicação** 01/09/2010

Processo APELREEX 200780000026293APELREEX - Apelação / Reexame Necessário - 5108 **Relator(a)** Desembargador Federal Francisco Barros Dias **Sigla do órgão** TRF5 **Órgão julgador** Segunda Turma **Fonte** DJE - Data::25/11/2010 - Página::394. **Decisão** UNÂNIME

Ementa PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. PEDIDO DE DESISTÊNCIA PARA FINS DE PARCELAMENTO INDEFERIDO. AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO COM PEDERES PARA TAL FIM. PEDIDO DE DISPENSA DO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS AFASTADO.. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DECADÊNCIA. PRAZO DE CINCO ANOS SÚMULA VINCULANTE Nº 8. DECADÊNCIA PARCIAL DO CRÉDITO. 1. Discute-se se a dívida fiscal constante na LDC 37004327-8 no valor de R\$ 6.130.727,51 estaria atingida pela decadência 2. (...) 3. (...) 4. O prazo decadencial para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário decorrente contribuições sociais, é de cinco anos, de acordo com o art. 174 do Código Tributário Nacional, pois o Supremo Tribunal Federal, em entendimento cristalizado na Súmula Vinculante nº 08, estabeleceu que os artigos 45 e 46 da Lei nº. 8.212/91 são inconstitucionais. 5. Nos termos do art. 173, I do CTN, o direito para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, extingue-se em cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. 6. É de se destacar que não foi apresentada GFIP em relação aos débitos das competências relativas ao ano 2000, fato que tornaria constituído o crédito tributário, afastando qualquer discussão acerca da decadência 7. No caso em tela, se observa que a confissão da dívida somente ocorreu em 31/072006. Como o fato gerador mais antigo do débito constante na LDC 37.004.327-8 ocorreu no ano de 2000, a contagem do prazo decadencial teve

início no primeiro dia útil do exercício financeiro seguinte, no caso 1º de janeiro de 2001 e término em 31 de dezembro de 2005. 8. Neste caso, há de se reconhecer a decadência do débito constante na referida LDC, apenas, relativo as competências compreendidas no ano de 2000. 9. Quanto ao débitos relativos a competência de janeiro de 2001 a junho de 2006, constante na LDC, se entende que não ocorreu a decadência. 10. (...) 11. (...) 12. (...). Apelação e remessa oficial parcialmente providas. **Data da Decisão** 09/11/2010 **Data da Publicação** 25/11/2010 (nosso grifo)

REGRA DO ART. 173, I DO CTN.

No caso em concreto, o período do lançamento se deu de 02/1999 a 07/2006. Não houve pagamento antecipado nem declaração em GFIP, e se trata de descumprimento da obrigação de reter 11% sobre os valores das notas fiscais de seus prestadores de serviços e recolher à Previdência Social, demonstrado no Discriminativo Analítico de Débito – DAD (fls. 4/73) e Relatório Fiscal, fls. 161 a 167. A ciência da notificação se deu em 21/12/2006 (fls. 198).

Logo deve ser aplicado o disposto no art. 173, inciso I do CTN. Para essas competências encontram-se atingidos pela fluência do prazo decadencial os fatos geradores apurados pela fiscalização ocorridos até a competência 12/2000, inclusive 13/2000 (13º. salário). Assim, a análise de mérito se restringirá as demais competências 01/2001 a 07/2006.

Para a competência 12/2000 a contagem tem início a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, sendo certo que corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, consoante julgamento do REsp 973.733/SC pelo STJ, sujeito ao regime dos recursos repetitivos. Assim, a contar de 01/01/2001 fluiria o prazo decadencial em 01/01/2006, estando também decadente.

Registre-se que no entendimento do relator o lançamento de ofício só poderia ser efetuado após o vencimento do prazo estabelecido pela legislação para pagamento. No caso das contribuições regidas pela Lei 8.212/91, por exemplo, o prazo para pagamento, desde outubro de 2008 conforme estabelecido pela Lei 11.933/2009, é o 20º dia do mês subsequente ao da competência (fato gerador). Assim, o lançamento de ofício não poderia ser efetuado no primeiro dia do exercício seguinte ao fato gerador, pois ainda não estaria vencido o prazo legal para pagamento espontâneo das contribuições devidas pelo contribuinte. Tomando como exemplo a competência dezembro de qualquer ano (12/xxxx), o lançamento de ofício só poderia ocorrer a partir de 20/01/xxxx+1, assim o primeiro dia para a contagem do prazo decadencial começaria em 01/01/xxxx+2, e não em 01/01/xxxx+1 como estabelece a decisão do julgamento do REsp 973.733/SC pelo STJ. Não obstante a posição do relator sobre os fatos geradores ocorridos em dezembro de cada ano, deixou-se de aplicá-la em virtude do conteúdo do art. 62-A do Regimento deste CARF (Portaria MF/GM nº 256, de 22 de junho de 2009) que obriga a todos os Conselheiros a reproduzirem as decisões definitivas de mérito proferidas pelo STJ julgados na sistemática do art. 543-C. Assim, mesmo para fatos geradores ocorridos em dezembro de cada ano, considerou-se o *dies a quo* em primeiro de janeiro do ano subsequente, no caso de aplicação do art. 173, inciso I, do CTN.

DA RETENÇÃO

O contribuinte alegou que não estava obrigado ao cumprimento da obrigação de efetuar a retenção de 11% do valor bruto da nota fiscal ou fatura de serviços e recolher à Previdência Social.

Desde 1º.02.1999 (Lei nº 9.711/98, art. 29), a Administração Pública contratante de serviços de construção civil executados mediante cessão de mão-de-obra deve reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida no mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa contratada, cedente da mão-de-obra (Lei nº 8.212/91, art. 31), conforme Parecer AGU/MS 08, de 17/11/2006, aprovado pela Presidência da república em 20/11/2006. Assim, é obrigação do ente público cumprir a determinação do art. 31 e parágrafos da Lei nº 8.212/91, pois se trata de uma antecipação de pagamento das contribuições que será compensada quando do pagamento das contribuições previdenciárias dos segurados pelas empresas prestadoras de serviços. Não há que se falar na responsabilidade solidária do art. 30, inciso VI, da Lei nº 8.212/91, bem como, do art. 264 do Código Civil, *bis in idem*, pagamento em duplicidade. Também, é sem propósito o retorno dos autos à fiscalização para que confira se as empresas prestadoras se encontram ou não na situação de devedora da contribuição previdenciária.

Toda lei presume-se constitucional e, até que seja declarada sua inconstitucionalidade pelo órgão competente do Poder Judiciário, deve o agente público, como executor da lei, respeitá-la. Neste sentido é o entendimento da Súmula CARF nº 2: *O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*

A empresa contratante de serviços prestados mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada deverá reter, a partir de 02/1999, na forma do art. 31 da Lei nº 8.212/1991, na redação que lhe foi dada pela Lei nº 9.711, de 20 de novembro de 1998, onze por cento do valor bruto da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços e recolher ao INSS a importância retida, em nome da empresa contratada:

Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente da mão-de-obra, observado o disposto no § 5º do art. 33. (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 20.11.98) (sem grifos no original).

O artigo 31 da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 9.711/98, obriga diretamente o contratante dos serviços a efetuar a retenção, determinando a observação do disposto no artigo 33, § 5º, in verbis:

“Art. 33. “Omissis”

...

§ 5º O desconto de contribuição e de consignação legalmente autorizadas sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa a isso obrigada, não lhe sendo lícito alegar omissão para se eximir do recolhimento, ficando diretamente responsável pela importância que deixou de receber ou arrecadou em desacordo com o disposto nesta Lei”.

Ademais, com a nova redação do artigo 31 da Lei nº 8.212/91, dada pela Lei nº 9.711/98, não há mais que se falar em responsabilidade solidária ou subsidiária, como apontado pelo contribuinte, pois se estabeleceu nova sistemática de tributação quando da contratação de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, restando reconhecida a legalidade e constitucionalidade desta norma pelo Supremo Tribunal Federal, conforme ementa transcrita abaixo:

Processo RE-AgR 440816RE-AgR - AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, **Relator(a)** EROS GRAU, **Sigla do órgão** STF.

Ementa : EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO MEDIANTE CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA.RETENÇÃO DE 11% SOBRE O VALOR BRUTO DA NOTA FISCAL OU DA FATURA. LEI N. 8.212/91, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 9.711/98. CONSTITUCIONALIDADE. Constitucionalidade da retenção do percentual de 11% sobre o valor da nota fiscal ou da fatura pela empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, em nome da empresa cedente. Sujeito passivo da obrigação tributária: atribuição, por lei, da condição de responsável pelo pagamento do imposto ou contribuição. Legitimidade e constitucionalidade desta técnica de arrecadação declarada pelo Pleno do Supremo do Tribunal Federal no RE n. 393.946, Relator o Ministro Carlos Velloso, Sessão do dia 3.11.2004. Agravo regimental não provido.

O Superior Tribunal de Justiça, em relação à matéria, entendeu que a Lei 9.711/98 que introduziu a redação do artigo 31 da Lei 8.212/91 instituiu técnica arrecadatória via substituição tributária, mediante a qual compete à empresa tomadora dos serviços reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação dos mesmos, bem como recolher, no prazo legal, a importância retida. Cuida-se de previsão legal de substituição tributária com responsabilidade pessoal do substituto, que passou a figurar como o único sujeito passivo da obrigação tributária. São os transcritos da decisão:

Processo MC 200900543707MC - MEDIDA CAUTELAR – 15410, **Relator(a)** LUIZ FUX, **Sigla do órgão** STJ, **Órgão julgador** PRIMEIRA TURMA, **Fonte** DJE DATA:08/10/2009

Ementa : PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO. RECURSO ESPECIAL.TRIBUTÁRIO.CONTRATO ADMINISTRATIVO CELEBRADO PARA A CONSECUÇÃO DE OBRA PÚBLICA. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DEVIDAS PELAS EMPREITEIRAS. RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR DÉBITOS PREVIDENCIÁRIOS.ARTIGO 71, § 2º, DA LEI 8.666/93 (REDAÇÃO DADA PELA LEI 9.032/95). ARTIGOS 30, VI, E 31, DA LEI 8.212/91. ALEGADA DIFERENÇA ENTRE CONTRATO DE OBRA PÚBLICA (EMPREitada TOTAL) E CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MEDIANTE CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. CONSTRUÇÃO CIVIL. DONO DA OBRA E CONSTRUTOR OU

EMPREITEIRO. SUBSTITUTOS TRIBUTÁRIOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA (SÚMULA 126/TFR - ANTERIOR À PROMULGAÇÃO DA CRFB/88). RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA (CRFB/88 ATÉ A LEI 9.711/98). RESPONSABILIDADE PESSOAL DO TOMADOR DO SERVIÇO DE EMPREITADA DE MÃO-DE-OBRA (LEI 9.711/98). 1. A ação cautelar, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, tem contornos próprios de processo acessório ao processo principal, in casu, o recurso especial. 2. A concessão de efeito suspensivo a Recurso Especial (...). 16. Forçoso reconhecer que o referido regime sobreviveu à edição das Leis 8.212/91 e 9.528/97 (que enfatizou a inaplicabilidade, em qualquer hipótese, do benefício de ordem), findando com o início da produção dos efeitos da Lei 9.711/98, que se deu em 1º de fevereiro de 1999 (artigo 29). 17. Nesses moldes, multifários precedentes do STJ, que pugnam pela solidariedade da responsabilidade tributária, facultando ao ente previdenciário eleger o sujeito passivo de seu crédito tributário, observadas as normas referentes ao direito regressivo do contratante contra o executor, a possibilidade de prévia retenção pelo tomador de serviço e a possibilidade de elisão da responsabilidade tributária do prestador ante a comprovação de recolhimento prévio das contribuições, mediante retenção efetuada pela contratante (REsp 376.318/SC, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 05.02.2002, DJ 18.03.2002; (...)). 18. A Lei 9.711/98, entretanto, que introduziu a hodierna redação do artigo 31, da Lei 8.212/91 (terceiro regime legal que se vislumbra), instituiu técnica arrecadatória via substituição tributária, mediante a qual compete à empresa tomadora dos serviços reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação dos mesmos, bem como recolher, no prazo legal, a importância retida. Cuida-se de previsão legal de substituição tributária com responsabilidade pessoal do substituto (in casu, o condomínio tomador do serviço de empreitada de mão-de-obra), que passou a figurar como o único sujeito passivo da obrigação tributária (Precedentes do STJ: EREsp 511.853/MG, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Seção, julgado em 10.11.2004, DJ 17.12.2004; RE(...)). 19. Deveras, quanto ao último regime legal vislumbrado, convém assinalar que, cotejando-se as normas contidas nos artigos 30, inciso VI, e 31, caput, da Lei 8.212/91, ambas com a redação dada pela Lei 9.528/97, deduz-se que a responsabilidade solidária instituída entre os substitutos tributários (dono da obra e construtor, no que pertine às contribuições sociais devidas pela mão-de-obra) e substituto e contribuinte (dono da obra e construtor, respectivamente, no que pertine às contribuições devidas pela empresa contratante da mão-de-obra), no que concerne à construção civil, passou a ser, exclusivamente, regulada pelo artigo 30. 20. A Lei 9.711, de 20 de novembro de 1998, por seu turno, reformulou inteiramente o artigo 31, prescrevendo forma diferenciada de recolhimento das contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social, e caracterizando, como serviço executado mediante cessão de mão-de-obra, a "empreitada de mão-de-obra". 21. A doutrina do tema afirma que: "Relativamente aos contratos de empreitada de mão-de-obra, a Lei 9.711/98 submete expressamente ao regime de substituição tributária do art. 31, da Lei 8.212/91, de modo que, mesmo que não se trate,

efetivamente, de um contrato típico de cessão de mão-de-obra, resta abrangido pelo novo regime. Quanto aos demais contratos atinentes à construção civil, apenas haverá submissão à retenção se configurada efetiva cessão de mão-de-obra. Do contrário, aplicável será apenas a solidariedade prevista no art. 30, VI, da Lei 8.212/91" (Leandro Paulsen, in "Direito Tributário- Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência", 8ª ed., Ed. Livraria do Advogado e Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006, pág. 1.033). (...) (EResp 446.955/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 09.04.2008, DJe 19.05.2008) 5. In casu, verifica-se a existência de peculiaridade (o contratante da obra é a Administração Pública) e a plausibilidade, prima facie, dos argumentos formulados no recurso especial, notadamente aquele que pugna pela violação do artigo 71, § 2º, da Lei 8.666/93 (com a redação dada pela Lei 9.032/95), uma vez que: (i) "a responsabilidade da Administração Pública por débitos previdenciários limita-se ao contrato de prestação de serviços/cessão de mão-de-obra, sendo inaplicável ao contrato de obra pública"; (ii) "a Lei 9.032/95, dando nova redação ao art. 71, § 2º, da Lei 8.666/93, não instituiu a responsabilidade do Poder Público em relação a débitos previdenciários para todas as espécies de contratos celebrados, mas apenas para aqueles que tivessem por objeto a prestação de 'serviços executados mediante cessão de mão-de-obra', visto que a nova redação faz expressa remissão ao art. 31, da Lei nº 8.212/91, que cuida desta espécie de contrato"; (iii) "no contrato de obra pública, o Poder Público, na condição de dono da obra, tem como única obrigação básica a de pagar o preço, sem interferir no gerenciamento dos empregados da contratada, que sequer atuam nas dependências da Administração"; (iv) "tal não ocorre no contrato de prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra, em que as atividades normais da Administração, outrora desempenhadas por servidores públicos efetivos, passam a ser realizadas de forma contínua por empregados de empresa contratada pelo Poder Público, em geral nas próprias dependências da Administração, o que faz com que esta gerencie diretamente o desempenho laboral"; (v) a Súmula da Jurisprudência Uniforme do TST nº 331 é no sentido de que "o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993)"; por sua vez, a Orientação Jurisprudencial do Tribunal Pleno do TST nº 191 consigna que, "diante da inexistência de previsão legal, o contrato de empreitada entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora"; e (vi) "seja do ponto de vista da

literalidade do disposto no art. 71, § 2º, na redação dada pela Lei 9.032/95, que faz expressa remissão ao art. 31, da Lei 8.212/91, seja do ponto de vista da interpretação histórica e teleológica deste dispositivo, combinado com o disposto no art. 30, inciso VI, da mesma lei, a única conclusão possível é aquela segundo a qual a atribuição da responsabilidade por débitos previdenciários ao Poder Público restringiu-se aos contratos de prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra, de sorte que é incabível a responsabilização da Administração Pública nas hipóteses de contratos que tiverem por objeto a realização de obra pública, cuja previsão encontra-se no art. 30, inciso VI, da Lei 8.212/91". 6. Outrossim, vislumbra-se o periculum in mora, (...)

Data da Decisão 03/09/2009 , Data da Publicação 08/10/2009

Assim, a retenção de 11% sobre o total da fatura ou nota fiscal de prestação de serviços mediante empreitada ou cessão de mão-de-obra consiste em antecipação de recolhimento, feita pelo tomador do serviço em nome do prestador. Caso a empresa contratante não efetue a retenção, assumirá este ônus.

O Supremo Tribunal Federal (STF) reafirmou em 1º/08/2011 que é constitucional a retenção, por parte do tomador de serviço, de 11% sobre o valor da nota fiscal ou fatura de prestação de serviço para fins de contribuição previdenciária. A decisão foi tomada em julgamento de Recurso Extraordinário (RE 603191) que recebeu status de Repercussão Geral (artigos 543-A e 543-B da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil). Isso significa que o entendimento do Supremo será aplicado a todos os processos com matéria idêntica no país.

O crédito tributário encontra-se revestido das formalidades legais do art. 142 e § único, e arts. 97 e 114, todos do CTN, com período apurado, discriminação dos fatos geradores por intermédio do Relatório de Lançamento – RL contendo a competência (mês e ano), a base de cálculo, a discriminação das observações; e, ainda, o Discriminativo Analítico de Débito – DAD que informa as alíquotas e os valores das contribuições previdenciárias devidas; a Instrução para o Contribuinte – IPC; os Fundamentos Legais do Débito – FLD; a identificação do contribuinte, identificação do Auditor Fiscal notificante, Relatório Fiscal; e demais informações constantes das folhas 01 a 196. Destarte, depreende-se que o lançamento encontra-se revestido das formalidades legais, tendo sido lavrado de acordo com os dispositivos legais e normativos que disciplinam o assunto, consoante o artigo 33 da Lei nº 8.212/91, e demais dispositivos mencionados nos autos.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto em dar provimento parcial ao recurso, declarando decadente as competências 02/1999 a 12/2000, nos termos do art. 173, inciso I, do CTN.

(Assinado digitalmente)

Helton Carlos Praia de Lima

Processo nº 11474.000038/2007-15
Acórdão n.º **2803-001.017**

S2-TE03
Fl. 610
