



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

Processo n° 16020.000089/2007-91
Recurso n° 99.999 Voluntário
Acórdão n° 2301-004.003 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de abril de 2014
Matéria Decadência
Recorrente CSM CARTÕES DE SEGURANÇA S/A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1999 a 30/09/2003

DECADÊNCIA. PRAZO DE CINCO ANOS. DISCUSSÃO DO DIES A QUO NO CASO CONCRETO. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO DA SÚMULA CARF N. 99.

De acordo com a Súmula Vinculante nº 08, do STF, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 são inconstitucionais, devendo prevalecer, no que tange à decadência e prescrição, as disposições do Código Tributário Nacional (CTN). O prazo decadencial, portanto, é de cinco anos. O *dies a quo* do referido prazo é, em regra, aquele estabelecido no art. 173, inciso I do CTN (primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado), mas a regra estipulativa deste é deslocada para o art. 150, §4º do CTN (data do fato gerador) para os casos de lançamento por homologação nos quais haja pagamento antecipado em relação aos fatos geradores considerados no lançamento. Constatando-se dolo, fraude ou simulação, a regra decadencial é reenviada para o art. 173, inciso I do CTN. No caso, verificou-se que há demonstração pela autuada de recolhimento [fl. 38], logo, devendo ser aplicada à regra disposta no art. 150, §4º, CTN.

O enunciado Súmula CARF nº 99 prevê que: Para fins de aplicação da regra decadencial prevista no art. 150, § 4º, do CTN, para as contribuições previdenciárias, caracteriza pagamento antecipado o recolhimento, ainda que parcial, do valor considerado como devido pelo contribuinte na competência do fato gerador a que se referir a autuação, mesmo que não tenha sido incluída, na base de cálculo deste recolhimento, parcela relativa a rubrica especificamente exigida no auto de infração.

Deste modo, considerando que o crédito previdenciário foi constituído em **02/04/2007**, consideram-se fulminadas pela decadência as competências até **03/2002**, logo a **totalidade das competências que restaram após a exclusão realizada pelo Acórdão prolatado pela DRJ.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

MARCELO OLIVEIRA - Presidente.

MANOEL COELHO ARRUDA JÚNIOR –Relator.

EDITADO EM: 06/12/2014

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: MARCELO OLIVEIRA (Presidente), WILSON ANTONIO DE SOUZA CORREA, BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS, MANOEL COELHO ARRUDA JUNIOR, MAURO JOSE SILVA, ADRIANO GONZALES SILVÉRIO.

Relatório

Trata-se de crédito previdenciário lançado pela fiscalização contra a empresa acima identificada, que de acordo com o Relatório Fiscal de fls.140 a 142, refere-se aos valores relativos ao levantamento de onze por cento [11%] sobre valor de nota fiscal de prestação de serviços sujeitos à retenção prevista no artigo 31 da Lei 8212/91 o qual deve ser retido pela empresa contratante de serviços executados mediante cessão de obra.

No caso em apreço a empresa Pires Serviços de Segurança Ltda, CNPJ: 60.409.877/0001-62, prestou à empresa contratante, CSM CARTÕES DE SEGURANÇA S/A, serviços de segurança mediante cessão de mão de obra conforme cópia do contrato de prestação de serviços juntadas aos autos.

A empresa contratada supracitada não destacou a retenção de onze nas respectivas notas fiscais mencionadas no Relatório de Lançamentos apresentado pela entidade fiscal, devido à impetração de Mandado de Segurança cuja sentença concedeu a segurança pleiteada assegurando à empresa contratada a inexigibilidade do recolhimento da contribuição prevista no artigo 31 da Lei 8212/91, com a nova redação da Lei 9711/98.

Dentro do prazo regulamentar, a interessada contestou, fls. 124 a 140 do presente, alegando em síntese que:

A CSM nada mais fez que atender, à época, determinação judicial que possibilitava à empresa prestadora de serviços não ter retido o percentual de 11% (onze por cento) sobre as notas fiscais emitidas pela CSM, consoante sentença pronunciada no Mandado de Segurança. Ademais, a determinação que consta na NFLD ora impugnada no sentido que a CSM proceda ao recolhimento do montante da contribuição previdenciária não retida (por

determinação judicial) configura verdadeira bi-tributação, uma vez que a empresa contratada promoveu o pagamento dessa contribuição. Impetrado o Mandado de Segurança, Juízo Singular posteriormente sobreveio sentença concedendo a segurança para afastar a exigência de retenção de 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, quando do pagamento pelo contratante de serviço de mão-de-obra, na forma do artigo 31 da Lei 8.212/91 na redação dada pelo artigo 23 da Lei 9.711/98.

Apesar da sentença que suspendeu a exigibilidade do recolhimento ter sido reformada no julgamento do recurso interposto pelo INSS em 16 de setembro de 2003, o referido acórdão somente transitou em julgado em 11 de maio de 2006. Desde a publicação do aludido acórdão, a empresa Pires Serviços interpôs embargos de declaração, tendo sido interposto, tempestivamente, recurso extraordinário, posteriormente não admitido.

Ademais, alega que o fato da fiscalização ter autuado a CSM pela não retenção do percentual de 11% (onze por cento), ainda que tivesse cumprido a decisão judicial nesse sentido, exigir dela (CSM) o recolhimento dessa retenção constitui verdadeira bi-tributação, mormente porque tal recolhimento foi efetuado pela prestadora de serviço. A CSM estaria respondendo por débito, em solidariedade, que sequer foi apontado. E ainda que se insista na retenção de 11% (onze por cento), em antecipação e substituição tributária, não há que se falar em responsabilização direta da CSM se a contratada promoveu todos os recolhimentos previdenciários.

Ressaltou que a responsabilidade prevista no artigo 31, da Lei 8.212/91, com a nova redação dada pela Lei 9.711/98, ao tomador de serviço pelo recolhimento da contribuição devida ao prestador, na realidade não é solidária, e sim subsidiária.

Na hipótese de ser mantida a autuação fiscal, a parte solicitou que o valor da multa fosse arbitrado com parcimônia em vista a não ocorrência de evasão de tributo e a conduta de boa fé, tanto da CSM como da empresa prestadora dos serviços.

Em face da defesa apresentada, a 7ª turma da DRJ de Brasília, por meio do acórdão nº 03-23.893 de fls. 328 à 340, julgou procedente em parte os pedidos dispostos impugnação, para excluir todos os lançamentos objeto da notificação impugnada e posteriores ao mês de maio de 2000, tendo sido mantidas as competências 08/1999 e 01, 02, 03 e 04/2000, tendo em vista que empresa contratada estava protegida pela decisão judicial. No que tange o crédito remanescente, foram mantidos juros e multa aplicados na notificação.

Ante a decisão proferida pela entidade fiscal, a empresa interpôs Recurso Voluntário (fls. 352 à 365) que objetiva a exclusão do levantamento de 11% sobre o valor das notas fiscais referentes aos meses de 08/1999, bem como 01 a 04/2000, sob o fundamento de que os efeitos da sentença que suspendeu o recolhimento da contribuição deveria retroagir até a data da propositura da ação judicial (26 de julho de 1999) abrangendo assim os créditos que não foram acolhidos pela DRJ. Quanto aos juros e multas mantidos pela autoridade fiscal, a empresa reforça seus pontos trazidos na defesa com objetivo de, se mantido o crédito tributário em questão, seja reduzida a penalidade aplicada.

É relatório.

Voto

Conselheiro Manoel Coelho Arruda Júnior

O recurso cumpriu com o requisito de admissibilidade, devendo ser conhecido.

A Recorrente contrapõe-se ao crédito previdenciário remanescente consubstanciado na NFLD n.º 37.086.606-1, de 27/03/2007, invocando como matéria de defesa a proteção jurídica decorrente da decisão judicial proferida no Mandado de Segurança n.º 1999.61.00036065-7, que suspendeu a exigibilidade da retenção da contribuição previdenciária em questão nos períodos de apuração supra.

DECADÊNCIA

Analisando os autos, verifiquei que o crédito tributário remanescente em discussão encontra-se decaído conforme previsão legal.

Nas sessões plenárias dos dias 11 e 12/06/2008, respectivamente, o Supremo Tribunal Federal STF, por unanimidade, declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei n.º 8.212, de 24/07/91 e editou a Súmula Vinculante n.º 08. 'In verbis':

Parte final do voto proferido pelo Exmo Senhor Ministro Gilmar Mendes, Relator:

Resultam inconstitucionais, portanto, os artigos 45 e 46 da Lei n.º 8.212/91 e o parágrafo único do art.5º do Decretolei n.º 1.569/77, que versando sobre normas gerais de Direito Tributário, invadiram conteúdo material sob a reserva constitucional de lei complementar.

Sendo inconstitucionais os dispositivos, mantém-se hígida a legislação anterior, com seus prazos quinquenais de prescrição e decadência e regras de fluência, que não acolhem a hipótese de suspensão da prescrição durante o arquivamento administrativo das execuções de pequeno valor, o que equivale a assentar que, como os demais tributos, as contribuições de Seguridade Social sujeitam-se, entre outros, aos artigos 150, § 4º, 173 e 174 do CTN.

Diante do exposto, conheço dos Recursos Extraordinários e lhes nego provimento, para confirmar a proclamada inconstitucionalidade dos arts.

45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição, e do parágrafo único do art. 5º do Decretolei n.º 1.569/77, frente ao § 1º do art. 18 da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional 01/69.

É como voto.

Súmula Vinculante n.º 08:

“São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decretolei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

Os efeitos da Súmula Vinculante são previstos no artigo 103A da Constituição Federal, regulamentado pela Lei n.º 11.417, de 19/12/2006, in verbis:

Art. 103A.

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.

(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Lei nº 11.417, de 19/12/2006:

Regulamenta o art. 103A da Constituição Federal e altera a Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências.

...

Art. 2o O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de 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 prevista nesta Lei.

§ 1o O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

Assim, a partir da publicação, que se deu em 20/06/2008, todos os órgãos judiciais e administrativos ficam obrigados a acatarem a Súmula Vinculante.

Assim, afastado por inconstitucionalidade o artigo 45 da Lei nº 8.212/91, resta verificar qual regra de decadência prevista no Código Tributário Nacional CTN se aplica ao caso concreto.

Ocorre que este Código prevê a aplicação de duas regras, aparentemente conflitantes, tomando a primeira como termo inicial o pagamento indevido (art. 150, §4º), e a segunda o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido realizado (art. 173, I). Cumpre transcrever os referidos dispositivos legais:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade,

tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...).

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

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.

Harmonizando as normas acima transcritas, o Superior Tribunal de Justiça esclareceu a aplicação do art. 173 para os casos em que o tributo sujeitar-se a lançamento por homologação:

1) Quando não tiver havido pagamento antecipado; 2) Quando tiver ocorrido dolo, fraude ou simulação; 3) Quando não tiver havido declaração prévia do débito.

Cumpra transcrever o acórdão prolatado em sede de Recurso Especial representativo da controvérsia:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543C, 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) contase do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e,

consoante doutrina abalizada, encontre-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 regese 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, revelandose 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) cuidase 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 deuse 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 543C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 973733/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/08/2009, DJe 18/09/2009).

No voto lavrado no referido REsp 973.733/SC, foi transcrito entendimento firmado em outro julgamento (REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, DJ 25.02.2008), que limitam a aplicação do art. 150, §4º do CTN às hipóteses que tratam de tributo sujeito a lançamento por homologação, “quando ocorrer 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” .

Deste modo, considerando que o crédito previdenciário foi constituído em **02/04/2007**, consideram-se fulminadas pela decadência as competências até **03/2002, logo a**

totalidade das competências que restaram após a exclusão realizada pelo Acórdão prolatado pela DRJ.

Por todo o exposto, voto por CONHECER do recurso interposto, para, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO para considerar fulminadas pela decadência todas as competências **que restaram após a exclusão realizada pelo Acórdão prolatado pela DRJ** (08/1999 e 01, 02, 03 e 04/2000).

É o voto.

Manoel Coelho Arruda Júnior - RELATOR