



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo n° 16327.001748/2008-42
Recurso n° Especial do Procurador
Acórdão n° 9202-006.027 – 2ª Turma
Sessão de 28 de setembro de 2017
Matéria Contribuições Sociais Previdenciárias
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado PH EMPREEDIMENTOS E LOCAÇÃO DE MAQUINAS EIRELI - EPP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/2003 a 30/09/2006

DECADÊNCIA. TRIBUTOS LANÇADOS POR HOMOLOGAÇÃO. MATÉRIA DECIDIDA NO STJ NA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC. REGRA DO ART. 150, §4º, DO CTN, APENAS QUANDO EXISTIR PAGAMENTO PARCIAL.

O art. 62-A do RICARF obriga a utilização da regra do REsp nº 973.733 - SC, decidido na sistemática do art. 543-C do Código de Processo Civil, o que faz com a ordem do art. 150, §4º, do CTN, só deva ser adotada nos casos em que o sujeito passivo antecipar o pagamento e não for comprovada a existência de dolo, fraude ou simulação, prevalecendo os ditames do art. 173, nas demais situações.

No caso, pode-se concluir não ter havido recolhimento do imposto referente às competências objeto de lançamento. Assim, aplicável a tais períodos a regra do art. 173, I do CTN. Tendo a ciência do lançamento ocorrido em 12/2008, abrangendo somente competências a partir de 05/2003 (inclusive), não há que se falar em decadência.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, por maioria de votos, em dar-lhe provimento, vencida a conselheira Patrícia da Silva (relatora), que lhe negou provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Heitor de Souza Lima Junior.

(assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Presidente em exercício.

(assinado digitalmente)

Patrícia da Silva - Relatora.

(assinado digitalmente)

Heitor de Souza Lima Junior - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Maria Helena Cotta Cardozo, Patrícia da Silva, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Ana Paula Fernandes, Heitor de Souza Lima Júnior, Ana Cecília Lustosa da Cruz (Suplente convocada), Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri e Luiz Eduardo de Oliveira Santos (Presidente em exercício).

Relatório

Cuida-se de Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional em face do Acórdão nº 2401-02.021, fls. 173/187 do e-processo, que, por maioria de votos, deu provimento parcial ao Recurso Voluntário para aplicação do art. 150, §4º do CTN, como regra de contagem do prazo decadencial, para declarar a decadência até a competência 11/2003.

A decisão restou assim ementada:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/05/2003 a 30/09/2006

MPF. EXPIRAÇÃO DO PRAZO DE VIGÊNCIA. LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO. NULIDADE.

Não se verifica na espécie a lavratura do Auto de Infração em período não coberto por MPF, por isso, incabível a alegação de nulidade do procedimento.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/05/2003 a 30/09/2006

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. DECADÊNCIA. PRAZO QUINQUENAL. RETENÇÃO DE 11%. ANTECIPAÇÃO DE PAGAMENTO. COMPROVAÇÃO.

Tratandose de tributo sujeito ao lançamento por homologação, havendo a ocorrência de pagamento, é entendimento uníssono deste Colegiado a aplicação do prazo decadencial de 05 (cinco) anos, contados da ocorrência do fato gerador do tributo, nos termos do artigo 150, § 4º, do Códex Tributário, ressalvados entendimentos pessoais dos julgadores a propósito da importância ou não da antecipação de pagamento para efeito da aplicação do instituto, sobretudo após a alteração do Regimento Interno do CARF, notadamente em seu artigo 62A, o qual impõe à observância das decisões tomadas pelo STJ nos autos de Recursos Repetitivos Resp nº 973.733/SC.

A regra geral do prazo decadencial para os tributos submetidos à modalidade do lançamento por homologação é o artigo 150, § 4º, do CTN, afora nos casos de ocorrência de dolo, fraude ou simulação, ou ausência de antecipação de pagamento, os quais deverão estar devidamente comprovados pela autoridade lançadora com o fito de deslocar aludido prazo para o artigo 173, inciso I, do mesmo Diploma Legal. A inoccorrência dessa comprovação enseja a manutenção do lapso temporal contemplado pela regra geral do artigo retromencionado.

DÚVIDA QUANTO À CAPITULAÇÃO DO FATO JURÍDICO TRIBUTÁRIO. INEXISTÊNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 112 DO CTN. IMPOSSIBILIDADE.

Não se verifica nos autos qualquer dúvida quando aos fatos narrados e ao direito aplicado, portanto, incabível a interpretação favorável ao contribuinte preconizada no art. 112 do CTN.

DECISÃO ADMINISTRATIVA QUE ENFRENTA TODOS OS PONTOS DA IMPUGNAÇÃO, APRECIA AS PROVAS ACOSTADAS E CARREGA A MOTIVAÇÃO SUFICIENTE AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA DO SUJEITO PASSIVO. PARCIALIDADE. INOCORRÊNCIA.

Não se vislumbra parcialidade do órgão de julgamento, quando o órgão julgador enfrenta todas as alegações suscitadas pela contribuinte, analisa as provas colacionadas e traz a motivação necessária ao exercício do pleno direito de defesa do administrado.

Trata-se de Auto de Infração referente à contribuição previdenciária no percentual de 11% que não foi retida das notas fiscais sobre serviços de construção civil, apurados com base no Livro Razão.

O lançamento apresenta como período de apuração 01/05/2003 a 30/09/2006, consolidado em 12/12/2008.

A 07ª Turma da DRJ em Campinas/SP julgou procedente o lançamento fiscal, conforme Acórdão nº 05-25.892 de fls. 128/135 do e-processo.

O Contribuinte, inconformado com tal decisão, interpôs Recurso Voluntário de fls. 144/161 do e-processo, o qual foi julgado procedente em parte pela 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 2ª Seção, no dia 23 de agosto de 2011, conforme Acórdão nº 2401-02.021 de fls. 173/187 do e-processo.

Inconformada, a Fazenda Nacional interpôs Recurso Especial com fundamento no art. 67, do Anexo II, da Portaria MF nº 256/2009 (vigente a época dos fatos), alegando que o referido acórdão merece reforma, entendendo pela aplicação do art. 173, I do CTN, citando como paradigma os Acórdãos ns. 2302-00.359 e 2402-00.362, cujas ementas transcrevo:

ACÓRDÃO n.º 2302-00359

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. PRAZO DECADENCIAL. CINCO ANOS. TERMO A QUO. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO ANTECIPADO SOBRE AS RUBRICAS LANÇADAS. ART. 173, INCISO I, DO CTN.

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.

Não tendo havido pagamento antecipado sobre as rubricas lançadas pela fiscalização, há que se observar o disposto no art. 173, inciso I do CTN.

Encontram-se atingidos pela fluência do prazo decadencial parte dos fatos geradores apurados pela fiscalização.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/1997 a 31/12/2006

DECADÊNCIA - ARTS 45 E 46 LEI Nº 8.212/1991 – INCONSTITUCIONALIDADE - STF - SÚMULA VINCULANTE

De acordo com a Sumula 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 o que dispõe o § 4º do art. 150 ou art. 173 e incisos do Código Tributário Nacional, nas hipóteses de o sujeito ter efetuado antecipação de pagamento ou não.

Nos termos do art. 103-A da Constituição Federal, as Súmulas Vinculantes aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terão efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1997 a 31/12/2006

ASSISTÊNCIA MÉDICA - BENEFÍCIO NÃO OFERECIDO À TOTALIDADE DE EMPREGADOS E DIRIGENTES - INCIDÊNCIA

Incide contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de assistência à saúde, a qual não é oferecida à totalidade de empregados e dirigente.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE. (2402-00.362)

Conforme despacho de admissibilidade de fls. 212/214, foi dado seguimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional, sendo o Contribuinte intimado via correspondência, conforme AR de fls. 221.

Não houve a interposição de Recurso Especial e Contrarrazões, por parte do Contribuinte, conforme despacho de fls. 222.

Em sessão no mês de setembro de 2016, este colegiado, resolveu converter o presente julgamento em diligência, nos seguintes termos:

Resolvem os membros do colegiado, por maioria de votos, converter o débitos declarados e recolhimentos efetuados com código correspondente ao mesmo fato gerador (retenção de 11% sobre o valor da nota fiscal), nos períodos em litígio, de 12/2002 a 11/2003; e elabore relatório conclusivo. Após, que seja intimado o contribuinte para manifestação, no prazo de trinta dias, retornando-se os autos à relatora, para prosseguimento. Vencidas as conselheiras Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira e Ana Paula Fernandes, que entenderam não ser necessária a conversão em diligência.

Seguem, as informações prestadas no RELATÓRIO FISCAL, de fls

1. O presente relatório tem por finalidade atender a Resolução nº 9202-000.056 – 2ª Turma, de 27 de outubro de 2016, do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – Câmara Superior de Recursos Fiscais e ao Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal nº 0811400-2017-00039-1.

2. A empresa recebeu Auto de Infração nº 37.079.937-2 por ter deixado de reter e recolher 11% dos valores das notas fiscais dos serviços que lhes foram prestados, motivo pelo qual tornou-se responsável pelos valores nos termos do Art. 31, “caput” e Art. 33, §5º, ambos da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, DOU 25/07/1991.

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 1998). (texto vigente à época dos fatos)

Art. 33. Ao Instituto Nacional do Seguro Social-INSS compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas "a", "b" e "c" do parágrafo único do art. 11; e ao Departamento da Receita Federal-DRF compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas "d" e "e" do parágrafo único do art. 11, cabendo a ambos os órgãos, na esfera de sua competência, promover a respectiva cobrança e aplicar as sanções previstas legalmente. (texto vigente à época dos fatos)

§ 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.

3. Ressalto que não há qualquer relação entre os valores que a empresa deveria reter e recolher e os valores que ela deve recolher em razão dos pagamentos que faz a seus empregados e contribuintes individuais, ou seja, ou a empresa fez a retenção e recolheu os valores em nome da empresa cedente de mão-de-obra e apresenta os comprovantes, ou fez a retenção e não recolheu, ou, ainda, não fez a retenção em não recolheu os valores.

4. Tendo em vista que, após reiteradas intimações e durante a impugnação do Auto de Infração e Recursos seguintes, a empresa não apresentou quaisquer recolhimentos, nem sequer os documentos que deram origem aos lançamentos contábeis, podemos concluir que não houve recolhimento de valores que deveriam ter sido retidos, ou, em outras palavras, podemos afirmar que a empresa não recolheu o que deveria, mas não podemos comprovar que ela efetivamente descontou por falta de documentação.

5. Outra questão importante é separar os recolhimentos que a empresa deveria ter feito relativos às retenções que tinha a obrigação de fazer das retenções que ela sofreu e que seus tomadores de serviço recolheram em seu CNPJ.

6. Faço essa ressalva, pois, como será demonstrado adiante, a empresa creditou-se de valores a título de retenção, valores esses que foram recolhidos por seus tomadores em Guias da Previdência Social – GPS com código 2631 - Contribuição Retida sobre a NF/Fatura da Empresa Prestadora de Serviço – CNPJ.

7. No referido Auto de Infração a fiscalização criou o levantamento “PS – Prestador de Serviço”, onde foram lançados os valores que a empresa deveria ter retido e recolhido em nome dos respectivos prestadores em GPS código 2631, nas seguintes competências: 05/2003, 06/2003, 07/2003, 10/2003, 11/2003, 12/2003 e 09/2006.

8. Como dito anteriormente, a empresa não fez a retenção e não recolheu os valores que deveria, motivo pelo qual recebeu o Auto de Infração que se tornou a única maneira de recolher os valores em questão, no entanto, a partir daí, constando seus dados em guia específica.

9. Para os demais valores devidos, utilizaremos os valores que a própria empresa declarou em Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência – GFIP, nas mesmas competências indicadas no Auto de Infração, quais sejam: 05/2003, 06/2003, 07/2003, 10/2003, 11/2003, 12/2003 e 09/2006.

10. Conforme podemos verificar no Anexo – Valores Declarados X Recolhidos, a empresa recolheu a título de INSS, nas GPS,

somente o valor descontado de seus empregados e contribuintes individuais, creditou-se de valores que supostamente foram retidos nas notas fiscais por ela emitidas, quando da cessão de mão-de-obra, e, ainda assim, não recolheu a totalidade dos valores devidos.

11. Podemos observar ainda que a empresa declarou indevidamente em GFIP ser optante do “SIMPLES” na competência 05/2003, o que fez com que o sistema não calculasse a parte patronal, motivo pelo qual aparece somente o valor descontado de seus empregados e contribuintes individuais.

12. Os valores inseridos no Anexo – Valores Declarados X Recolhidos em relação às contribuições da empresa e dos segurados foram retirados das declarações que a empresa fez em GFIP, conforme páginas extraídas do sistema DATAPREV – GFIPWEB denominadas GFIP ÚNICA – Empresa – Contribuições por rubrica, anexas.

13. Os valores inseridos no Anexo – Valores Declarados X Recolhidos em relação aos valores compensados a título de retenção foram retirados das declarações que a empresa fez em GFIP, conforme páginas extraídas do sistema DATAPREV – GFIPWEB denominadas GFIP ÚNICA – Empresa – Dados e valores informados na GFIP, anexas

14. Os valores inseridos no Anexo – Valores Declarados X Recolhidos em relação aos valores recolhidos a título de INSS foram retirados das Guias da Previdência Social, anexas.

15. Dessa forma, podemos separar os valores devidos nas seguintes rubricas:

- **Rubrica Segurados** – Valores descontados dos segurados empregados e contribuintes individuais – Recolhido

- **Rubrica Empresa** – Valor devido pela empresa sobre a remuneração paga a empregados, contribuintes individuais e Riscos Ambientais do Trabalho – RAT – Recolhido parcialmente.

- **Rubrica Compensação de retenção** – Valores que a empresa creditou-se em razão de sofrer retenção nas notas fiscais por ela emitidas. Valores compensados através da GFIP.

- **Rubrica Retenção** – Valores que a empresa deveria ter retido e recolhido em nome das empresas que lhe prestaram serviço mediante cessão de mão-de-obra – VALOR NÃO RECOLHIDO.

16. Por todo exposto, posso afirmar que, em relação aos valores lançados no Auto de Infração nº 37.079-937-2, referente aos valores que a empresa deveria ter retido e recolhido, NÃO HÁ QUALQUER RECOLHIMENTO, prévio ou posterior.

17. As cópias das páginas com dados das GFIP, assim como as cópias das GPS, que foram utilizadas no Anexo – Valores

Declarados X Recolhidos foram juntadas somente na 1ª via, tendo em vista que o contribuinte possui os originais.

Intimado do REFISC supra, o contribuinte quedou-se silente.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Patrícia da Silva - Relatora

O Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade, assim, o conheço.

O presente caso trata-se de Auto de Infração referente à contribuição previdenciária no percentual de 11% que não foi retida das notas fiscais sobre serviços de construção civil, apurados com base no Livro Razão.

A 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 2ª Seção deu parcial provimento ao Recurso Voluntário, aplicando o art. 150, §4º do CTN para fixar o marco inicial na ocorrência do fato gerador, conforme voto transcrito abaixo:

*No caso vertente, **inexistem nos autos comprovantes e/ou informações de recolhimentos** relativos aos fatos geradores das contribuições previdenciárias ora lançadas. **No entanto, tratandose de Retenção de 11% incidente sobre a Nota Fiscal ou Fatura de prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra, inscrita no artigo 31 da Lei nº 8.212/91, onde os tributos exigidos dizem respeito a empregados de outro contribuinte (empresa prestadora de serviços), a jurisprudência administrativa vem entendendo pela existência de antecipação de pagamentos, em face da folha normal da pessoa jurídica executora dos serviços, mormente quando a autoridade lançadora nada diz a respeito.** (Grifei – fls. 184 deste processo)*

(...)

*Na hipótese dos autos, tendo a fiscalização constituído o crédito previdenciário em **17/12/2008**, com a devida ciência da contribuinte constante da folha de rosto da notificação, a exigência fiscal resta parcialmente fulminada pela decadência, em relação aos fatos geradores ocorridos até a competência **11/2003**, os quais encontram-se fora do prazo decadencial inscrito no dispositivo legal supra, impondo seja decretada a improcedência parcial do feito. (Fls. 187 deste processo)*

Em relação a este prazo decadencial, o Superior Tribunal de Justiça tem o entendimento pacífico no sentido de que havendo pagamento, correto é aplicação do art. 150, §4º do CTN, conforme julgamento do Recurso Especial nº 973.733/SC, submetido ao regime do art. 543-C do CPC/73:

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 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, 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, encontrase 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 o 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 imponderáveis 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, revelamse 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.

Cumpra salientar que, de acordo com a Súmula Vinculante nº 08 do STF, os art. 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 são inconstitucionais, devendo prevalecer, no que tange à decadência e prescrição, as disposições do CTN.

Por sua vez, o art. 103-A da Constituição Federal de 1988 dispõe que as Súmulas Vinculantes aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terão efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Esse é o entendimento deste E. CARF, conforme se verifica no acórdão transcrito abaixo:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/08/2006

DECADÊNCIA. DECISÃO DEFINITIVA DO STJ SOBRE A MATÉRIA.

O Superior Tribunal de Justiça STJ, em acórdão submetido ao regime do artigo 543C, do CPC (Recurso Especial nº 973.733 SC), definiu que o prazo decadencial para o Fisco constituir o crédito tributário contase da data do fato gerador, quando a lei prevê o pagamento antecipado e este é efetuado (artigo 150, § 4º, do CTN).

DECISÃO DEFINITIVA DO STJ. APLICAÇÃO AO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL.

Por força do art. 62, § 2º, do Anexo II, do RICARF, as decisões definitivas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543B e 543C, do CPC, deverão ser reproduzidas pelos Conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

DECADÊNCIA. CARACTERIZAÇÃO DE PAGAMENTO ANTECIPADO. SÚMULA CARF Nº 99.

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.

Recurso Especial do Procurador negado (Acórdão nº 9202-003.668, referente ao processo administrativo nº 13005.001864/2007-25).

Referente a essa matéria, utilizo o voto proferido pela Ilma. Conselheira Maria Helena Cotta Cardozo no processo administrativo nº 18108.002386/200736, referente ao Acórdão nº 9202002.964, que foi acompanhado à unanimidade pela E. CSRF, que restou assim ementado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2002 a 30/11/2002

DECADÊNCIA. DECISÃO DEFINITIVA DO STJ SOBRE A MATÉRIA. APLICAÇÃO AO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL.

O Superior Tribunal de Justiça STJ, em acórdão submetido ao regime do artigo 543C, do CPC (Recurso Especial nº 973.733 SC) definiu que o prazo decadencial 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”(artigo 173, I do CTN); e da data do fato gerador, quando a lei prevê o pagamento antecipado e este é efetuado (artigo 150, § 4º, do CTN).

Por força do art. 62A do anexo II do RICARF, as decisões definitivas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543B e 543C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

DECADÊNCIA. TERMO INICIAL E PRAZO.

*É de cinco anos o prazo para a Fazenda Nacional constituir crédito tributário relativo a contribuição previdenciária. **Confirmado o pagamento antecipado, ainda que se trate de recolhimento genérico, relativo aos valores consolidados na folha de pagamento elaborada pelo sujeito passivo, o prazo se inicia na data do fato gerador, na forma definida pelo art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional.** (Grifei)*

Em seu voto ela destaca:

Assim, nos casos em que há pagamento antecipado, o termo inicial é a data do fato gerador, na forma do § 4º, do art. 150, do CTN. Por outro lado, na hipótese de não haver antecipação do pagamento, o dies a quo é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme prevê o inciso I, do art. 173, do mesmo Código.

Destarte, o deslinde da questão passa necessariamente pela verificação da existência ou não de pagamento e, mais especificamente, que tipo de recolhimento poderia ser considerado, já que se trata de substituição tributária.

No presente caso, a autuação teve por base o artigo 31 da Lei nº 8.212, de 1991, com a redação da Lei nº 9.711, de 1998, que assim estabelecia:

(...)

Destarte, com base nos fundamentos acima, que adoto, e tendo em vista que foram efetuados pagamentos, conforme o TEAF – Termo de Encerramento de Ação Fiscal de fls. 59/60 (61/62 do eprocesso), deve ser aplicado o art. 150, § 4º, do CTN. Como a ciência ao sujeito passivo foi levada a cabo em 03/12/2007; e os fatos geradores encontram-se entre as competências 01/2002 a 11/2002, constatase a ocorrência da decadência. (Fls. 07 e 09 do Acórdão nº 9202002.964)

Assim, adoto o entendimento de que tratando-se de retenção de 11% incidente sobre a Nota Fiscal ou Fatura de prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra, inscrita no artigo 31 da Lei nº 8.212/91, onde os tributos exigidos dizem respeito a empregados de outro contribuinte (empresa prestadora de serviços), entendendo pela existência de antecipação de pagamentos, em face da folha normal da pessoa jurídica executora dos serviços, mormente quando a autoridade lançadora nada diz a respeito.

Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento ao Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional.

(assinado digitalmente)

Patrícia da Silva

Voto Vencedor

Conselheiro Heitor de Souza Lima Júnior, Redator designado

Com a devida vênia ao entendimento esposado pela relatora quanto ao mérito do pleito fazendário, ousou discordar.

Inicialmente, de se ressaltar o teor conclusivo do relatório de diligência de e-fls. 284 a 287, em especial em seu item 16, *verbis*:

"(...)

16. Por todo exposto, posso afirmar que, em relação aos valores lançados no Auto de Infração nº 37.079-937-2, referente aos valores que a empresa deveria ter retido e recolhido, NÃO HÁ QUALQUER RECOLHIMENTO, prévio ou posterior.

(...)"

De se notar, a propósito, ter sido a autuada devidamente cientificada não só do teor do referido Relatório (ciência pessoal à e-fl. 288), bem como também do teor do Recurso Especial da Fazenda Nacional e de seu seguimento quando do exame de admissibilidade (ciência à e-fl. 221), não tendo produzido, porém, qualquer manifestação a respeito, nem mesmo em sede de contrarrazões.

Ainda, adicione-se aqui o contexto em que se deu a autuação dos valores não retidos e não recolhidos sob análise (resumidos à e-fl. 77), caracterizado pela completa falta de apresentação pela empresa da documentação suporte referente às atividades desempenhadas pelos prestadores de serviço que deveriam sofrer a retenção, conforme se nota, por menção expressa pela autoridade fiscal, constante dos itens 6 e 7 do Relatório Fiscal, de e-fls. 79 a 81, *expressis verbis*:

(...)

6) Nas folhas 3 a 5, há reiteradas intimações para que a Empresa apresentasse as notas fiscais, as faturas, os recibos, enfim, qualquer documento que pudesse determinar o serviço que realmente foi prestado.

Como a Phoenix não apresentou tais documentos, foi autuada através do AIOA — Auto de Infração de Obrigações Acessórias 37.079.935-6.

7) Ainda como reflexo da não-apresentação dos documentos contábeis, a Fiscalização partiu do pressuposto que os serviços prestados são alcançáveis no todo pela retenção de 11%, isto é, no próprio valor do lançamento contábil registrado no razão.

(...)

Entendo, a partir da menção acima, ter se desincumbido a Fiscalização a contento de sua atividade no que diz respeito à verificação da existência de recolhimentos relacionados aos débitos objeto do lançamento, débitos estes extraídos, assim, com base tão somente no Livro razão, único elemento apresentado pela autuada.

Destarte, considerado todo o contexto acima exposto, posiciono-me no sentido de que, com base nos elementos constantes dos autos, não há qualquer evidência de recolhimento antecipado para qualquer das competências objetos de lançamento e, assim, adotando o entendimento vinculante emanado do STJ no âmbito do REsp 973.733/SC (já suficientemente explanado pela nobre Relatora), entendo ser de se aplicar, *in casu*, a contagem do prazo decadencial estabelecida pelo art. 173, I do CTN.

Diante do exposto, voto por dar provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional, para, aplicando o art. 173, I do CTN na contagem do prazo decadencial, afastar a decadência para todas as competências objeto de lançamento, visto que cientificado o autuado em 17/12/2008 (e-fl. 02).

É como voto.

(assinado digitalmente)
Heitor de Souza Lima Junior