



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

Processo nº 18108.002275/2007-20
Recurso nº 000.001 Voluntário
Acórdão nº 2401-02.231 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de janeiro de 2012
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente SUDESTE ENGENHARIA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/12/2004

DECADÊNCIA. RETENÇÃO DE 11%. ANTECIPAÇÃO DE PAGAMENTO.

Inexistindo a comprovação de ocorrência de dolo, fraude ou simulação por parte do contribuinte, o termo inicial será: (a) Primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, se não houve antecipação do pagamento (CTN, ART. 173, I); (b) Fato Gerador, caso tenha ocorrido recolhimento, ainda que parcial (CTN, ART. 150, § 4º).

A empresa contratante não efetuou a regular retenção nas notas fiscais ou faturas da empresa contratada.

O crédito tributário foi lançado na forma preconizada no art. 33, § 5º da Lei n.º 8.212/91.

O sujeito passivo passou a suportar o ônus de não ter realizado a retenção que era obrigada a realizar na condição de substituto tributário, passando a ficar diretamente responsável pela retenção que deixou de realizar e, conseqüentemente, pelo recolhimento do tributo devido.

Para fins de averiguação da antecipação de pagamento, as contribuições previdenciárias a cargo da empresa na condição de responsável direto devam ser apreciadas como um todo.

Para fins de averiguação da antecipação de pagamento, as contribuições previdenciárias a cargo da empresa na condição de responsável direto devam ser apreciadas como um todo.

Os documentos constantes nos autos, especificamente no Relatório de Documentos Apresentados - RDA (fls. 40/73), possibilitam concluir que houve antecipação de pagamento de contribuições previdenciárias por parte do sujeito passivo no período em discussão.

Assim, na data em que o sujeito passivo foi cientificado do lançamento, em 10/12/2007, as contribuições com fatos geradores ocorridos até a competência 11/2002 encontravam-se fulminados pela decadência.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/12/2004

INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO DE EFETUAR A RETENÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE FATURAS DE SERVIÇOS PRESTADOS MEDIANTE CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. LANÇAMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES NÃO RETIDAS EM NOME DO TOMADOR DE SERVIÇOS. DESNECESSIDADE DE FISCALIZAÇÃO PRÉVIA NA EMPRESA PRESTADORA.

Ao deixar de reter as contribuições incidentes sobre as faturas de prestação de serviço executados mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada, a empresa contratante passa a responder pelo tributo não retido, independentemente de fiscalização prévia no prestador.

SERVIÇOS DE CONSTRUÇÃO CIVIL E SUBEMPREITADA. INCIDÊNCIA DE RETENÇÃO SOBRE AS FATURAS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO.

As empresas contratantes de serviços de construção civil ou que submpreitam parcelas de obra de construção civil devem efetuar a retenção prevista no art. 31 da Lei n.º 8.212/1991, com redação dada pela Lei n.º 9.711/1998.

BASE DE CÁLCULO DA RETENÇÃO. DEDUÇÃO DO VALOR DOS MATERIAIS EMPREGADOS. NECESSIDADE DE PREVISÃO CONTRATUAL E DESTAQUE NA NOTA FISCAL.

Regra geral, somente é admitida a dedução da base de cálculo da retenção para a:Seguridade Social os valores correspondentes aos materiais empregados na prestação de serviço, quando a utilização esteja prevista em contrato e os valores envolvidos sejam discriminados na nota fiscal.

PRIMARIEDADE. POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA EXIGÊNCIA FISCAL. IMPOSSIBILIDADE.

Não há, nem houve, na legislação previdenciária previsão no sentido de reduzir o valor das imposições para exigência da obrigação principal para os contribuintes que ostentassem a condição de primariedade no cometimento de infrações às norma de regência.

CONSTATAÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES NÃO RECOLHIDAS. NECESSIDADE DE DUPLA VISITA PARA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. INEXISTÊNCIA.

Verificada a existência de contribuição não adimplidas, a Auditoria Fiscal tem o dever de constituir o crédito mediante o lançamento, não exigindo a legislação que a lavratura seja precedida de visita fiscal.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/12/2004

ALEGAÇÕES DESACOMPANHADAS DE PROVAS. NÃO ACOLHIMENTO.

Quando utilizadas para afastar fatos apresentadas pela autoridade fiscal, as alegações do sujeito passivo deverão estar lastreadas em elementos probatórios consistentes.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, I) por maioria de votos, declarar a decadência até a competência 11/2002. Vencidos os conselheiros Kleber Ferreira de Araújo (relator) e Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, que não acolhiam a decadência. II) Por unanimidade de votos, no mérito, dar provimento parcial para que sejam excluídos do levantamento R40 - RETENÇÃO os pagamentos relativos a despesas com corpo de bombeiros e os valores lançados na competência 04/2004 para o levantamento R42 - RETENÇÃO. Designado para redigir o voto vencedor o(a) Conselheiro(a) Elias Sampaio Freire.

Elias Sampaio Freire – Presidente e redator designado

Kleber Ferreira de Araújo - Relator

Participaram do presente julgamento o(a)s Conselheiro(a)s Elias Sampaio Freire, Kleber Ferreira de Araújo, Cleusa Vieira de Souza, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Marcelo Freitas de Souza Costa e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

Trata-se da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD n.º 37.014.134-2, na qual foram lançadas as contribuições patronais para a Seguridade Social, relativas à retenção para a Seguridade Social que a notificada deixou de efetuar de empresas que lhe prestaram serviço mediante empreitada ou cessão de mão-de-obra.

O crédito, com data de consolidação em 30/11/2007, assumiu o montante de R\$ 175.902,86 (cento e setenta e cinco mil, novecentos e dois reais e trinta e oitenta e seis centavos).

De acordo com o Relatório Fiscal, os fatos geradores abarcados na NFLD dizem respeito ao pagamento de faturas de prestação de serviços efetuados mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada, conforme tabela demonstrativa das notas fiscais emitidas, onde constam o valor, o prestador, a data da emissão, o número da nota fiscal e o serviço executado.

Assevera o Fisco que a empresa, embora regularmente intimada, deixou de exhibir todos os contratos firmados com as prestadoras de serviço. Afirma ainda que a empresa alegou não ter efetuado a retenção da empresa Exímia Serviços Temporários Ltda em razão dessa possuir liminar que lhe desobrigaria de sofrer a retenção, todavia, tal medida judicial já havia sido revogada quando da emissão das notas arroladas no levantamento.

Cientificada do lançamento em 10/12/2007, a empresa apresentou impugnação, cujas razões, em síntese foram: a decadência, a necessidade de visita prévia orientativa antes do Fisco aplicar qualquer penalidade aos contribuintes, necessidade de fiscalização na prestadora, antes de exigir as contribuições da contratante, a falta de dispositivo legal que determinasse a retenção para determinadas atividades e a não incidência da retenção para prestadores de serviço optantes pelo SIMPLES. Requereu ao final, que, caso as suas teses não fossem acatadas, a exigência fosse reduzida à metade em razão da sua condição de primária quanto ao cometimento de infrações à legislação previdenciária.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento – DRJ em São Paulo – II, declarou o lançamento parcialmente procedente, excluindo do lançamento os valores relativos a prestações de serviços efetuadas por empresas optantes pelo SIMPLES no período de 01/01/2000 a 31/08/2002, em razão do art. 142 da Instrução Normativa – IN n.º 03/2005 haver excluído da sistemática de retenção as empresas submetidas ao tratamento tributário simplificado no referido período.

Irresignado, o sujeito passivo interpôs recurso voluntário, no qual apresentou as mesmas alegações defensórias, cujas particularidades para cada uma das empresas prestadoras mencionadas na peça recursal serão tratadas em pormenores durante o voto.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Kleber Ferreira de Araújo, Relator

Admissibilidade

O recurso merece conhecimento, posto que preenche os requisitos de tempestividade e legitimidade.

Decadência

Vamos à decadência do direito de lançar as contribuições em questão. Na data da lavratura, o Fisco Previdenciário aplicava, para fins de aferição da decadência do direito de constituir o crédito, as disposições contidas no art. 45 da Lei n.º 8.212/1991, todavia, tal dispositivo foi declarado inconstitucional com a aprovação da Súmula Vinculante n.º 08, de 12/06/2008 (DJ 20/06/2008), que carrega a seguinte redação:

São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do decreto-lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

É cediço que essas súmulas são de observância obrigatória, inclusive para a Administração Pública, conforme se deflui do comando constitucional abaixo:

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.

(...)

Então, uma vez afastada pela Corte Maior a aplicação do prazo de dez anos previsto na Lei n.º 8.212/1991, aplica-se às contribuições a decadência quinquenal do Código Tributário Nacional – CTN. Para a contagem do lapso de tempo, a jurisprudência vem lançando mão do art. 150, § 4.º, para os casos em que há antecipação do pagamento (mesmo que parcial) e do art. 173, I, para as situações em que não ocorreu pagamento antecipado. É o que se observa da ementa abaixo reproduzida (EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL nº 674497/PR, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, julgamento em 05/11/2009, DJ de 13/11/2009):

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. RECOLHIMENTOS NÃO EFETUADOS E NÃO DECLARADOS. ART. 173, I, DO CTN. DECADÊNCIA CONSUMADA. MATÉRIA SUBMETIDA AO REGIME DO ART. 543-C DO CPC

(RECURSOS REPETITIVOS).OMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. REDISCUSSÃO DO MÉRITO. CARÁTER PROTELATÓRIO. MULTA.

1. O aresto embargado foi absolutamente claro e inequívoco ao consignar que "em se tratando de constituição do crédito tributário, em que não houve o recolhimento do tributo, como o caso dos autos, o fisco dispõe de cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Somente nos casos de tributo sujeito a lançamento por homologação, em que o pagamento foi feito antecipadamente, o prazo será de cinco anos a contar do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN)".

2. Devem ser repelidos os embargos declaratórios manejados com o nítido propósito de rediscutir matéria já decidida.

3. Embargos de declaração rejeitados com aplicação de multa de 1% (um por cento) sobre o valor da causa atualizado.

No caso vertente, a ciência do lançamento deu-se em 10/12/2007 e o período do crédito é de 01/2002 a 12/2004. Verifica-se no presente caso que inexistiu retenção, assim logicamente, a respectiva antecipação de pagamento não foi efetuada. Devendo-se aplicar na contagem do prazo o art. 173, I, do CTN.

Em sintonia com o entendimento firmado no julgado do Egrégio STJ, o marco inicial para a contagem do prazo decadencial deve ser fixado como sendo o primeiro dia do exercício aquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, ou seja, 01/01/2003 para a primeira competência lançada.

Considerando-se que a ciência do lançamento deu-se em 10/12/2007, concluo que a decadência não deve ser reconhecida no presente caso.

Da necessidade de dupla visita

Como preliminar de mérito a empresa argüiu a nulidade da lavratura em razão de inobservância do critério legal da dupla visita, segundo o qual o Fisco não lhe poderia penalizar logo em um primeiro momento, devendo inicialmente ter uma atuação educativa e não punitiva.

Essa tese recursal encontra-se divorciada das normas de regência. Uma vez constatado pelos Agentes Fiscais a falta de recolhimento das contribuições, surge para os mesmos o poder-dever de constituir o crédito correspondente, sob pena de responsabilização funcional.

Eis disposição da Lei n.º 8.212/1991 sobre a questão:

Art. 37. Constatado o atraso total ou parcial no recolhimento de contribuições tratadas nesta Lei, ou em caso de falta de pagamento de benefício reembolsado, a fiscalização lavrará notificação de débito, com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, conforme dispuser o regulamento.(redação original)

Veja-se que o requisito para a lavratura fiscal é unicamente a constatação da falta de recolhimento, não existindo, como afirma a recorrente, qualquer menção à necessidade de dupla visita para que o Fisco possa constituir o crédito tributário.

Da necessidade de fiscalização prévia na empresa prestadora

Não posso dar razão à recorrente, posto que, já está pacificado o entendimento nessa corte administrativa de que não é necessário que se faça prévia auditoria ou mesmo que se cientifique a empresa prestadora, acerca de procedimento fiscal para apuração de créditos decorrentes da falta de retenção de contribuições incidentes sobre notas fiscais/faturas de prestação de serviço mediante cessão de mão-de-obra.

Isso decorre diretamente do que estatui o § 5.º do art. 33 da Lei n.º 8.212/1991¹, que traz presunção legal de que, havendo a obrigação de reter a contribuição, a responsabilidade perante à Previdência Social pela quitação do tributo não retido desloca-se unicamente para a empresa tomadora dos serviços.

Esse entendimento, inclusive, compatibiliza-se com a recente decisão do Supremo Tribunal Federal no bojo do Recurso Extraordinário - RE n.º 603.191, que recebeu o status de Repercussão Geral (art. 543-B do Código de Processo Civil), significando que esse posicionamento da Corte Máxima será aplicado a todos os processos com matéria idêntica no país.

O Plenário aplicou jurisprudência da Corte que confirma a constitucionalidade do artigo 31 da Lei 8.212/91, alterado pela Lei 9.711/98, que prevê a retenção da contribuição previdenciária e seu posterior recolhimento em nome da empresa cedente de mão-de-obra.

Foi citada, em especial, decisão de 2004 tomada no RE n.º 393946, quando o Supremo concordou que a retenção representa uma mera técnica de arrecadação das contribuições. Ou seja, não haveria na hipótese da retenção um confisco, mesmo porque a Constituição Federal, no artigo 150, parágrafo 7º, autoriza a substituição tributária para a frente (sobre fato gerador que ocorra posteriormente). Na ocasião, somente o ministro Marco Aurélio ficou vencido, o que ocorreu também no julgamento atual.

Caso fosse necessária a fiscalização prévia nas empresas contratadas, a técnica de arrecadação consistente na retenção sobre as faturas de prestação de serviço restaria totalmente desnaturada, posto que esse instituto veio substituir exatamente a responsabilidade solidária para o recolhimento das contribuições sociais entre as empresas tomadora e prestadora. Não há, então, como se acolher a tese de que a empresa contratante somente poderia ser responsabilizada pelos valores não retidos após a verificação fiscal da contratada.

Da incidência da retenção sobre os serviços de construção civil e subempregada

No período do lançamento vigoram três normativos tratando do tema retenção na contratação de serviços de construção civil: a Instrução Normativa - IN INSS/DC

¹ § 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.

n.º 18, de 11/05/2000; a IN INSS/DC n.º 69, de 10/05/2002 e a IN INSS/DC n.º 100, de 18/12/2003.

O art. 32 da IN n.º 18/2000 estabelecia:

Art. 32. Na empreitada de obra ou serviços de construção civil, com ou sem fornecimento de material, excluídas as contratações na forma do artigo 20 e 25, deverá a contratante efetuar a retenção de 11% sobre o valor bruto dos serviços contidos na nota fiscal, fatura ou recibo e recolher em nome da contratada, em conformidade com as disposições da OS/INSS/DAF n.º 209/99.

Havia, portanto, a exigência de retenção nos contratos para execução de obras/serviços de construção civil, a exceção dos ajustes por empreitada total, assim entendido os casos de repasse integral do contrato (art. 20) e regime de empreitada por preço unitário ou por tarefa (art. 25).

A IN n.º 69/2002 tratou do tema nos seguintes termos:

Art. 37. Na empreitada parcial ou na subempreitada e nos serviços de construção civil, com ou sem fornecimento de material, deverá a contratante efetuar a retenção de 11% (onze por cento) do valor bruto dos serviços contidos na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços e recolher a importância retida em documento de arrecadação identificado com a razão social e o CNPJ da contratada.

§ 1º A nota fiscal, a fatura ou o recibo de prestação de serviços emitidos a título de adiantamento estarão sujeitos à retenção.

§ 2º Aplica-se o disposto neste artigo às entidades beneficentes de assistência social em gozo de isenção.

Verifica-se que a sistemática de retenção para o segmento não se alterou, havendo obrigação de reter para os casos de execução de empreitada parcial e de serviços de construção civil.

Da mesma maneira, a IN n.º 100/2003 previa a retenção para os contratos envolvendo empreitada parcial e serviços de construção civil. Eis a redação do seu art. 178:

Art. 178. Sujeita-se à retenção de que trata o art. 149, a prestação de serviços mediante empreitada parcial ou subempreitada de obra de construção civil e de empreitada, total ou parcial, ou subempreitada de serviços de construção civil, com ou sem fornecimento de material.

A redação desse dispositivo trouxe mais clareza a norma em questão ao separar os contratos de obra dos contratos de serviços de construção civil. Para o primeiros a retenção seria cabível apenas nos casos de empreitada parcial ou subempreitada. Para os casos de serviços, fosse com ou sem fornecimento de material, haveria a exigência da retenção da contribuição previdenciária nas faturas emitidas pelos prestadores.

A discriminação de obras e serviços estava expressa no Anexo XV da referida IN e era o guia para fins de aplicação da norma relativa à retenção quando surgisse a dúvida se um determinado contrato era de obra ou de serviço de construção civil.

Das alegações recursais quanto a impossibilidade de retenção

A empresa apresenta em seu arrazoado considerações acerca de cada um dos serviços que entende não serem passíveis de retenção ou que o Fisco, no seu entender, utilizou base de cálculo acima do estipulado na legislação. Passemos à análise de cada um desses argumentos.

1) Flontel Telecomunicações e Alarmes: alega a recorrente que se trata de empresa que executa serviços de cabeamento com fornecimento de cabos, não sendo essa atividade sujeita à retenção e, se o fosse, deveria ser abatido da base de cálculo o valor do material fornecido. Por outro lado, essa empresa seria optante pelo SIMPLES, o que afastaria a retenção.

A DRJ concluiu que a atividade de cabeamento de lógica e telefonia é enquadrada pela legislação como serviço de construção civil, sendo, por esse motivo, passível de retenção. Quanto à dedução do valor do material fornecido da base de cálculo da retenção, o órgão de primeira instância asseverou que as notas fiscais não indicam sequer a natureza dos serviços executados e, muito menos, o valor do material fornecido. Assim, não haveria autorização legal para abatimento do material utilizado na prestação dos serviços da base da retenção.

No que diz respeito à opção pelo SIMPLES o julgamento *a quo* asseverou que no período da prestação dos serviços não havia a dispensa de retenção para as empresas optantes pelo sistema simplificado.

Pois bem, a atividade de colocação de cabos encontra-se descrita no item 4541-1/00 do anexo XV da IN n.º 100/2003, o qual, dentre outras atividades, compreende a “**a colocação de cabos para instalações telefônicas, informáticas, comunicações; instalação de equipamentos telefônicos**”. Tal execução é enquadrada como serviço de construção civil, que conforme já expusemos alhures é sujeita à retenção.

Devo concordar com a DRJ no que diz respeito à falta de discriminação dos materiais nas notas fiscais apresentadas. Verificando os documentos de fls. 147/158, pude constatar que os mesmos não trazem qualquer informação acerca do fornecimento de cabos, sendo, portanto, impossível a redução da base de cálculo, por não haver nos documentos fiscais o discriminativo dos materiais supostamente fornecidos.

A alegação de que a empresa prestadora era optante do SIMPLES, quando da emissão das notas fiscais, carece de elementos probatórios, não foi acostado nenhum elemento que pudesse dar guarida a essa tese.

2) Nova Imbrizi Mão de Obra Temporária Ltda: afirma a recorrente que não houve a retenção sobre as faturas emitidas porque a legislação não o exigia e, mesmo que houvesse a obrigação, o valor da retenção deveria ser calculado unicamente sobre a taxa de administração.

Uma rápida leitura das normas de regência é suficiente para uma conclusão segura sobre esse caso. O art. 31 da Lei n.º 8.212/1991, com redação dada pela Lei n.º 9.711/1998, indica a tomadora de empresa de trabalho temporário está obrigada a efetuar a retenção, vejamos:

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).

Não há dúvida quanto à obrigatoriedade da retenção e no que diz respeito à composição da base de cálculo é suficiente que verifiquemos o que prescrevia a IN n.º 100/2003 sobre a questão:

Das Deduções da Base de Cálculo

Art. 161. Poderão ser deduzidas da base de cálculo da retenção as parcelas que estiverem discriminadas na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços, que correspondam:

I - ao custo da alimentação in natura fornecida pela contratada, de acordo com os programas de alimentação aprovados pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), conforme Lei nº 6.321, de 1976;

II - ao fornecimento de vale-transporte de conformidade com a legislação própria.

Parágrafo único. A fiscalização do INSS poderá exigir da contratada a comprovação das deduções previstas neste artigo.

Art. 162. O valor relativo à taxa de administração ou de agenciamento, ainda que figure discriminado na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços, não poderá ser objeto de dedução da base de cálculo da retenção, inclusive no caso de serviços prestados por trabalhadores temporários.

Parágrafo único. Na hipótese da empresa contratada emitir duas notas fiscais, faturas ou recibos, relativos ao mesmo serviço, uma contendo o valor correspondente à taxa de administração ou de agenciamento e a outra o valor da remuneração dos trabalhadores utilizados na prestação do serviço, a retenção incidirá sobre o valor de cada uma dessas notas, faturas ou recibos.

O que se percebe das normas acima é que, ao contrário do que afirma a recorrente, o valor da taxa de administração não pode ser deduzido da base de cálculo da retenção, sendo possível apenas a exclusão dos valores de alimentação e vale transporte, desde que discriminados na nota fiscal. Considerando-se que o documento apresentado, fl. 159, não especifica essas parcelas, incabível a pretendida redução da base de retenção.

3) Simper Reformas e Serviços Ltda. ME: alega a recorrente que a contratada executa serviços de impermeabilização, o qual nunca foi sujeito à retenção. Por outro lado, verifica-se o fornecimento de material, cujo valor deve ser excluído da base de cálculo.

A atividade de impermeabilização encontra-se descrita no item 45.52-7/01 do anexo XV da IN n.º 100/2003, o qual, dentre outras atividades, compreende a

“impermeabilização em obras de engenharia civil”. Tal execução é enquadrada como serviço de construção civil, que, conforme já expusemos alhures, é sujeita à retenção.

Devo concordar com a DRJ no que diz respeito a falta de discriminação dos materiais nas notas fiscais apresentadas. Verificando os documentos de fls. 160/171, pude constatar que os mesmos não trazem qualquer informação acerca do fornecimento de material, sendo, portanto, impossível a redução da base de cálculo, por não haver nos documentos fiscais o discriminativo dos materiais supostamente fornecidos.

Observe-se ainda que a recorrente não trouxe aos autos os contratos de prestação de serviço, mas apenas a declaração de fl. 172, na qual a contratada afirma que presta há oito anos, à atuada, serviço de impermeabilização com fornecimento de material, nada mais.

De acordo com o art. 158 da IN nº 100/2003, para que fosse possível a dedução dos materiais fornecidos da base da retenção, deveria tais valores estarem previstos em contrato e destacados na nota fiscal. Senão vejamos:

Art. 158. Havendo previsão contratual de fornecimento de material ou de utilização de equipamento próprio ou de terceiros, exceto o manual, para a execução dos serviços, esses valores serão deduzidos da base de cálculo desde que discriminados na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços, conforme previsto no § 7º do art. 219 do RPS.

Ante a falta de apresentação dos contratos e a ausência de discriminação dos materiais nas notas fiscais, incabível a possibilidade de dedução do valor dos materiais supostamente fornecidos da base de cálculo da retenção.

4) AVG Entregas Rápidas: alega a recorrente que se trata de serviço de *motoboy*s, o qual não é abrangido pela regra da retenção e, mesmo que o fosse, a base de cálculo máxima admitida seria 30% do valor da fatura.

Vejo que o serviço em questão amolda-se, sem dúvida, à hipótese prevista no inciso XIII do § 2.º do art. 219 do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/1999, *verbis*:

Art. 219. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão ou empreitada de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços e recolher a importância retida em nome da empresa contratada, observado o disposto no § 5º do art. 216.

§1º Exclusivamente para os fins deste Regulamento, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade fim da empresa, independentemente da natureza e da forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, entre outros.

*§2º Enquadram-se na situação prevista no **caput** os seguintes serviços realizados mediante cessão de mão-de-obra:*

(...)

XIII - entrega de contas e documentos;

(...)

De fato, observa-se do Relatório Fiscal que a execução em tela diz respeito à disponibilização de mensageiros para execução de serviços do contratante. Dúvida não há que tal serviço é caracterizado como cessão de mão-de-obra, uma vez que o prestador colocava trabalhadores para laborarem fora das suas dependências e em locais determinados pela contratante e de forma contínua, ou seja, essa atividade era uma necessidade permanente da empresa tomadora. Sendo, assim, resta claro que a execução desses serviços estaria sujeita à sistemática da retenção.

Quanto à suposta redução da base de cálculo a 30% do valor bruto da fatura, entendo que acertou a DRJ, quando afastou essa tese por absoluta falta de previsão legal, uma vez que as notas fiscais colacionadas, fls. 173/196, não indicam qualquer fornecimento de material ou locação de equipamento que pudesse justificar a redução pretendida.

5) Star Center Divisórias Forros e Pisos Ltda: de acordo com a recorrente as faturas em questão dizem respeito a fornecimento de divisórias com instalação, situação não enquadrada pela norma da retenção. Afirma ainda que a empresa prestadora era optante pelo SIMPLES.

De acordo com a nota fiscal colacionada, fl. 197, inexistiu fornecimento de material, mas apenas prestação do serviço de forração com gesso. Tal prestação subsume-se ao disposto no item 45.51-9/02 do anexo XV da IN n.º 100/2003, que engloba os “**serviços de acabamento em gesso e estuque**”, enquadrados como serviços de construção civil, os quais, como já demonstramos, estão sujeitos á retenção.

A alegação de que a empresa prestadora era optante do SIMPLES, quando da emissão das notas fiscais, carece de elementos probatórios, não foi acostado nenhum elemento que pudesse dar guarida a essa tese.

6) Hidráulida União ME: a empresa autuada afirma que o serviço prestado não é abrangido pela regra da retenção, além de que o fornecimento de material de hidráulica com instalação, onde prepondera o valor dos materiais, não justifica a retenção. Alega que a prestadora seria optante pelo SIMPLES.

De acordo com as notas fiscais colacionadas, fls. 198/200, inexistiu fornecimento de material, mas apenas prestação do serviço de hidráulica. Tal prestação subsume-se ao disposto no item 45.43-8/01 do anexo XV da IN n.º 100/2003, que engloba as atividades de “**instalações hidráulicas, sanitárias e de gás**”, enquadrados como serviços de construção civil, os quais, como já demonstramos, estão sujeitos á retenção.

Não há, portanto, como se acolher a tese da redução da base de cálculo em razão do fornecimento de material, posto que os autos levam a conclusão em sentido oposto.

A alegação de que a empresa prestadora era optante do SIMPLES, quando da emissão das notas fiscais, carece de elementos probatórios, não foi acostado nenhum elemento que pudesse dar guarida a essa tese.

7) KSG INSTALAÇÕES, MANUTENÇÕES E SERVIÇOS GERAIS

LTDA: alega a recorrente que não incide retenção sobre serviços de instalação, além de que há preponderância do fornecimento de material sobre a prestação de serviços. Afirma ainda que sua prestadora era optante pelo SIMPLES.

As notas fiscais colacionadas, fls. 203/205, são de prestação de serviço de montagem e desmontagem de equipamento, não havendo o que se falar em fornecimento de material.

Vejo que o serviço em questão amolda-se, sem dúvida, à hipótese prevista no inciso XVI do § 2.º do art. 219 do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto n.º 3.048/1999, *verbis*:

Art.219.A empresa contratante de serviços executados mediante cessão ou empreitada de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços e recolher a importância retida em nome da empresa contratada, observado o disposto no § 5º do art. 216.

§1º Exclusivamente para os fins deste Regulamento, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade fim da empresa, independentemente da natureza e da forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, entre outros.

*§2º Enquadram-se na situação prevista no **caput** os seguintes serviços realizados mediante cessão de mão-de-obra:*

(...)

XVI - montagem;

(...)

Nesse sentido, agiu o Fisco em conformidade com a legislação, quando apurou os valores não retidos para as referidas notas fiscais.

A alegação de que a empresa prestadora era optante do SIMPLES, quando da emissão das notas fiscais, carece de elementos probatórios, não foi acostado nenhum elemento que pudesse dar guarida a essa tese.

8) FORROS BETIM LTDA: alega que a empresa contratada efetuou o fornecimento e a instalação de forros, além de que a proporção de material é muito elevada em relação ao serviço prestado. Assevera que a empresa era optante pelo SIMPLES.

Os valores das notas fiscais de fls. 207/208 foram excluídos de levantamento, tendo em vista que a DRJ reconheceu a opção da prestadora pelo SIMPLES no período da emissão. Assim a pretensão da recorrente já houvera sido acolhida no julgamento atacado.

9) **RJM INSTALAÇÕES E COMÉRCIO LTDA ME**: segundo a recorrente, trata-se de serviço de consultoria prestado pelo sócio da empresa, descabendo a retenção.

A empresa acostou três notas fiscais, fls. 209/211, trazem como discriminativo, respectivamente, "*Adendo Pab Banespa Bosque Maia Guarulhos*", "*Mão de obra de rede lógica e rede elétrica na agência Santander/Banespa Hortolândia - SP*" e "*Supervisão Técnica e Projetos padrão Eletropaulo para agência Santander/Banespa, Av. São João - Centro - SP*".

De fato, nos termos do art. 179 da IN n.º 100/2003, não haveria retenção para os serviços de supervisão de obras e elaboração de projeto. Vejamos o dispositivo:

Art. 179. Não se sujeita à retenção, a prestação de serviços de:

I - administração, fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras;

(...)

VII - elaboração de projeto da construção civil vinculado a uma Anotação de Responsabilidade Técnica (ART);

(...)

Todavia, a dispensa estaria condicionada à previsão contratual, conforme preleciona o art. 180 da mesma IN. Assim, tendo-se em conta que a empresa não apresentou os contratos firmados com suas prestadoras, a retenção é cabível. Eis o artigo mencionado:

Art. 180. Havendo, para a mesma obra, contratação de serviço relacionado no art. 179 e, simultaneamente, o fornecimento de mão-de-obra para execução de outro serviço sujeito à retenção, aplicar-se-á a retenção apenas a este serviço, desde que o valor de cada serviço esteja discriminado em contrato.

Parágrafo único. Não havendo discriminação no contrato, aplicar-se-á a retenção a todos os serviços contratados.

Quanto à alegação de que o serviço teria sido prestado exclusivamente pelo sócio, o que afastaria a retenção, devo afirmar que o conjunto probatório colacionado não é suficiente. Dizia o art. 157 da IN n.º 100/2003:

Art. 157. A contratante fica dispensada de efetuar a retenção, quando:

I - o valor correspondente a onze por cento dos serviços contidos em cada nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços for inferior ao limite mínimo estabelecido pelo INSS para recolhimento em documento de arrecadação;

II - a contratada não possuir empregados, o serviço for prestado pessoalmente pelo titular ou sócio e o seu faturamento do mês anterior for igual ou inferior a duas vezes o limite máximo do salário-de-contribuição, cumulativamente;

III - a contratação envolver somente serviços profissionais relativos ao exercício de profissão regulamentada por legislação federal, ou serviços de treinamento e ensino definidos no inciso

X do art. 155, desde que prestados pessoalmente pelos sócios, sem o concurso de empregados ou outros contribuintes individuais.

A recorrente tenta afastar a retenção arrimando-se no inciso II acima, todavia, o órgão de primeira instância demonstrou nos autos que, no período da prestação de serviços, a contratada possuía empregados, derrubando essa pretensão recursal.

10) **Malvezzi e Mendes Ltda. ME**: alega a recorrente que o serviço de pintura foi realizado por empresa optante pelo SIMPLES e com fornecimento de material, descabendo a retenção.

De acordo com as notas fiscais colacionadas, fls. 212/213, inexistiu fornecimento de material, mas apenas prestação do serviço de pintura. Tal prestação subsume-se ao disposto no item 45.52-7/02 do anexo XV da IN n.º 100/2003, que engloba as atividades de “**serviços de pintura em edificações em geral**”, enquadrados como serviços de construção civil, os quais, como já demonstramos, estão sujeitos à retenção.

Não há, portanto, como se acolher a tese da redução da base de cálculo em razão do fornecimento de material, posto que os autos levam a conclusão em sentido oposto.

A alegação de que a empresa prestadora era optante do SIMPLES, quando da emissão das notas fiscais, carece de elementos probatórios, não foi acostado nenhum elemento que pudesse dar guarida a essa tese.

11) **JODASAC SERVIÇOS E MANUTENÇÃO SIC LTDA**: alega a recorrente que a empresa prestou serviços de instalação de equipamentos com fornecimento de material, portanto descaberia a retenção.

Conforme as notas fiscais de prestação de serviço, fls. 214/218, trata-se de execução contratual para montagem e desmontagem de equipamento, não havendo qualquer discriminação nos documentos quanto ao fornecimento de materiais ou a locação de equipamentos. Portanto, não há, por falta de provas, de ser acatada a afirmação de que as notas fiscais se referiam a mão-de-obra e material.

Os serviços de montagem, conforme já nos pronunciamos acima, são sujeitos a retenção previdenciária nos termos do inciso XVI do § 2.º do art. 219 do RPS.

12) **MAR MOSAICO REVESTIMENTOS LTDA**: segundo a recorrente, trata-se de serviço de revestimento, o qual não é abarcado pela retenção.

De acordo com a nota fiscal colacionada, fl. 219, inexistiu fornecimento de material, mas apenas prestação do serviço. A aplicação de revestimento subsume-se ao disposto no item 45.59-4/02 do anexo XV da da IN n.º 100/2003, que engloba as atividades de “**serviços de revestimento e aplicação de resina em interiores e exteriores**”, enquadrados como serviços de construção civil, os quais, como já demonstramos, estão sujeitos à retenção.

13) **DPS DEMOLIDORA PORTO SEGURO LTDA**: afirma a recorrente tratar-se de serviço de demolição com remoção de entulhos, sobre os quais não incide retenção.

De acordo com as notas fiscais colacionadas, fl. 220/221, houve apenas o serviço de demolição, nada constando acerca da remoção de entulhos. A demolição subsume-se

ao disposto no item 45.11-0/01 do anexo XV da IN n.º 100/2003, que engloba as atividades de **“demolição de edifícios e outras estruturas”**, enquadrados como serviços de construção civil, os quais, como já demonstramos, estão sujeitos à retenção.

14) EPM SERVIÇOS S/C LTDA. ME: pugna a recorrente pela aplicação do art. 148 da IN n.º 100/2003, haja vista tratar-se de serviço prestado pelo próprio sócio da contratada.

Transcrevamos então o dispositivo invocado:

Art. 148. A contratante fica dispensada de efetuar a retenção e a contratada de registrar o destaque da retenção na nota fiscal, na fatura ou no recibo, quando:

(...)

II - a contratada não possuir empregados, o serviço for prestado pessoalmente pelo titular ou sócio e o seu faturamento do mês anterior for igual ou inferior a duas vezes o limite máximo do salário de contribuição, cumulativamente;

(...)

§ 1 Vara comprovação dos requisitos previstos no inciso II do caput, a contratada apresentará à tomadora declaração assinada por seu representante legal sob as penas da lei de que não possui empregados e o seu faturamento no mês anterior foi igual ou inferior a duas vezes o limite máximo do salário de contribuição

Verifica-se dos autos que a recorrente não acostou a declaração mencionada no § 1.º acima, não podendo assim ser beneficiada com a dispensa da retenção, uma vez que não comprovou a realização dos serviços sem o concurso de empregados, nem o faturamento da prestadora, como exigido pela norma.

15) JAFER COMÉRCIO DE FERRAGENS LTDA. ME: a recorrente aduziu que a prestação refere-se a fornecimento e instalação de estruturas metálicas, descabendo a retenção.

Conforme a nota fiscal de prestação de serviço, fls. 227, trata-se de execução contratual para instalação de estrutura metálica, não havendo qualquer discriminação nos documentos quanto ao fornecimento de materiais ou a locação de equipamentos. Portanto, não há, por falta de provas, de ser acatada a afirmação de que as notas fiscais se referiam a mão-de-obra e material.

A instalação de estruturas metálicas subsume-se ao disposto no item 45.25-0/01 do anexo XV da IN n.º 100/2003, que engloba as atividades de **“montagem de estruturas metálicas por conta de terceiros”**, enquadrados como serviços de construção civil, os quais, como já demonstramos, estão sujeitos à retenção.

16) TARIN MONTAGENS DE PISOS ELEVADOS S/C LTDA ME: afirma a recorrente que o fornecimento e instalação de pisos elevados não é atividade sujeita à retenção. Também afasta a exigência, sustenta, o fato da prestadora ser optante pelo SIMPLES.

Conforme as nota fiscal de prestação de serviço, fl. 228, trata-se de execução contratual para montagem de piso, não havendo qualquer discriminação nos documentos

quanto ao fornecimento de materiais ou a locação de equipamentos. Portanto, não há, por falta de provas, de ser acatada a afirmação de que as notas fiscais se referiam a mão-de-obra e material.

A aplicação de piso subsume-se ao disposto no item 45.59-4/02 do anexo XV da IN n.º 100/2003, que engloba as atividades de **“colocação de tacos, tábua corrida, carpetes e outros materiais de revestimento de pisos”**, enquadrados como serviços de construção civil, os quais, como já demonstramos, estão sujeitos à retenção.

A alegação de que a empresa prestadora era optante do SIMPLES, quando da emissão das notas fiscais, carece de elementos probatórios, não foi acostado nenhum elemento que pudesse dar guarida a essa tese.

17) MEGA ARQUITETURA: afirma a recorrente que se trata de serviços de arquitetura, com contrato para fornecimento de material e mão-de-obra. Não cabe a retenção na espécie e, ainda que coubesse, haveria de se deduzir os materiais da base de cálculo.

A empresa acostou as notas fiscais de fls. 229/230, as quais indicam que houve serviço de construção civil, nos quais a prestadora forneceu material e disponibilizou mão-de-obra. Todavia, os documentos não segregam os valores correspondentes.

Nos termos do art. 158 da IN n.º 100/2003, exigia, para fins de dedução na base de cálculo, que os valores do material constassem em contrato e na nota fiscal. Vejamos o dispositivo:

Art. 158. Havendo previsão contratual de fornecimento de material ou de utilização de equipamento próprio ou de terceiros, exceto o manual, para a execução dos serviços, esses valores serão deduzidos da base de cálculo desde que discriminados na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços, conforme previsto no § 7.º do art. 219 do RPS.

Na situação sob enfoque não foram apresentados os contratos de prestação de serviço e as notas fiscais, conforme já frisamos, não apresentam a discriminação dos valores de material e mão-de-obra. Nesse sentido, não há como acolher a pretensão de reduzir a base de retenção.

Quanto à incidência de retenção, não há dúvida que os serviços de construção civil estão no âmbito da norma que prevê o desconto da contribuição previdenciária sobre as faturas de serviços prestados mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada.

18) NKL CONSTRUÇÃO COMÉRCIO DE SERVIÇOS LTDA: alega a recorrente que o serviço não está no campo de incidência da retenção, além de que a base de cálculo foi indevidamente mensura por não considerar o fornecimento de material.

A empresa acostou as notas fiscais de fls. 231/232, as quais indicam que houve serviço de pintura, todavia, não qualquer menção a fornecimento de material.

Nos termos do art. 158 da IN n.º 100/2003, exigia, para fins de dedução na base de cálculo, que os valores do material constassem em contrato e na nota fiscal. Vejamos o dispositivo:

Art. 158. Havendo previsão contratual de fornecimento de material ou de utilização de equipamento próprio ou de terceiros, exceto o manual, para a execução dos serviços, esses valores serão deduzidos da base de cálculo desde que discriminados na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços, conforme previsto no § 7.º do art. 219 do RPS.

Na situação sob enfoque não foram apresentados os contratos de prestação de serviço e as notas fiscais, conforme já frisamos, não apresentam qualquer menção a fornecimento de material.

Quanto à incidência de retenção, a atividade de pintura encontra-se descrita no item 4552-7 do anexo XV da IN n.º 100/2003, o qual, dentre outras atividades, compreende “**os serviços de pintura**”. Tal execução é enquadrada como serviço de construção civil, que, conforme já expusemos alhures, é sujeita à retenção.

19) **ANDALUZ COMERCIAL ENGENHARIA LTDA:** afirma a recorrente que se trata de serviço de instalação elétricas com fornecimento de material, o qual não é sujeito à retenção.

A empresa acostou as notas fiscais de fls. 233/236, as quais indicam que houve serviço de instalações elétricas, todavia, não qualquer menção a fornecimento de material.

Nos termos do art. 158 da IN n.º 100/2003, exigia, para fins de dedução na base de cálculo, que os valores do material constassem em contrato e na nota fiscal. Vejamos o dispositivo:

Art. 158. Havendo previsão contratual de fornecimento de material ou de utilização de equipamento próprio ou de terceiros, exceto o manual, para a execução dos serviços, esses valores serão deduzidos da base de cálculo desde que discriminados na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços, conforme previsto no § 7.º do art. 219 do RPS.

Na situação sob enfoque não foram apresentados os contratos de prestação de serviço e as notas fiscais, conforme já frisamos, não apresentam qualquer menção a fornecimento de material.

Quanto à incidência de retenção, a atividade de colocação de cabos encontra-se descrita no item 4541-1 do anexo XV da IN n.º 100/2003, o qual, dentre outras atividades, compreende “**os serviços de eletricidade**”. Tal execução é enquadrada como serviço de construção civil, que, conforme já expusemos alhures, é sujeita à retenção.

20) **FALCÃO PROJETOS E MATERIAIS CONTRA INCÊNDIO LTDA:** alega a recorrente que se trata de instalação de equipamentos anti-incêndio com fornecimento de material, o qual não se sujeita à retenção.

A empresa acostou as notas fiscais de fls. 237/241, as quais indicam que houve serviço de instalação de equipamentos contra incêndio, não havendo qualquer menção a fornecimento de material. Todavia, verifico que há em algumas das notas há despesas relativas à obtenção de licenciamento no corpo de bombeiros. Tais valores, a meu ver, devem ser excluídos da base de cálculo. Apresento abaixo tabela indicativa desses valores.

NOTA FISCAL	COMPETÊNCIA	VALOR A EXCLUIR (R\$)
18.980	04/2002	200,00
19.437	09/2002	733,40
19.683	03/2003	3.210,00

O art. 158 da IN n.º 100/2003 exigia, para fins de dedução na base de cálculo, que os valores do material constassem em contrato e na nota fiscal. Vejamos o dispositivo:

Art. 158. Havendo previsão contratual de fornecimento de material ou de utilização de equipamento próprio ou de terceiros, exceto o manual, para a execução dos serviços, esses valores serão deduzidos da base de cálculo desde que discriminados na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços, conforme previsto no § 7.º do art. 219 do RPS.

Na situação sob enfoque não foram apresentados os contratos de prestação de serviço e as notas fiscais, conforme já frisamos, não apresentam qualquer menção a fornecimento de material. No entanto, defendo que sejam excluídos da base de cálculo os valores indicados na tabela acima, por se tratarem de despesas com o corpo de bombeiros, não relacionadas diretamente com a prestação de serviço.

Quanto à incidência de retenção, a atividade realizada encontra-se descrita no item 45.43-8 do anexo XV da IN n.º 100/2003, o qual compreende “**serviços de instalação de equipamento contra incêndio**”. Tal execução é enquadrada como serviço de construção civil, que, conforme já expusemos alhures, é sujeita à retenção.

Concluindo, devem ser excluídos do levantamento R40 – Retenção os valores apontados na tabela acima.

21) **EXÍMIA SERVIÇOS TEMPORÁRIOS LTDA**: alega a recorrente a existência de medida judicial impedindo a retenção.

De fato verifica-se que a prestadora detinha uma medida liminar concedida no bojo do Mandado de Segurança n.º 2001.61.00.020139-4, a qual foi cassada pelo Tribunal Regional Federal da 3.ª Região, cujo acórdão foi publicado em 03/05/2005. Nesse sentido, verifica-se que as faturas emitidas antes dessa data estavam amparadas por medida judicial que vedava a retenção. Assim deve ser excluído do lançamento o valor relativo à competência 04/2004 para o levantamento R42 RETENÇÃO – Exímia Servo Temp.

22) **VRCN ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA**: afirma a recorrente que se trata de serviço de construção com fornecimento de material.

A empresa acostou as notas fiscais de fls. 262/282, as quais indicam que houve serviço de serviços de aplicação de revestimento para impermeabilização de fachadas internas e externas, todavia, não qualquer menção a fornecimento de material.

Nos termos do art. 158 da IN n.º 100/2003, exigia, para fins de dedução na base de cálculo, que os valores do material constassem em contrato e na nota fiscal. Vejamos o dispositivo:

Art. 158. Havendo previsão contratual de fornecimento de material ou de utilização de equipamento próprio ou de terceiros, exceto o manual, para a execução dos serviços, esses valores serão deduzidos da base de cálculo desde que discriminados na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços, conforme previsto no § 7.º do art. 219 do RPS.

Na situação sob enfoque não foram apresentados os contratos de prestação de serviço e as notas fiscais, conforme já frisamos, não apresentam qualquer menção a fornecimento de material.

Quanto à incidência de retenção, a atividade de colocação de cabos encontra-se descrita no item 4552-7 do anexo XV da IN n.º 100/2003, o qual, dentre outras atividades, compreende **“aplicação de revestimento para impermeabilização”**. Tal execução é enquadrada como serviço de construção civil, que, conforme já expusemos alhures, é sujeita à retenção.

23) MAK PAINÉIS ELETRÔNICOS LTDA: alega a recorrente que os serviços de elétrica e eletrônica não estariam sujeitos à retenção, além de que o Fisco não considerou o fornecimento de material.

A empresa acostou as notas fiscais de fls. 283/295, as quais indicam que houve serviço de serviços de instalação de quadros elétricos, todavia, não qualquer menção a fornecimento de material.

Nos termos do art. 158 da IN n.º 100/2003, exigia, para fins de dedução na base de cálculo, que os valores do material constassem em contrato e na nota fiscal. Vejamos o dispositivo:

Art. 158. Havendo previsão contratual de fornecimento de material ou de utilização de equipamento próprio ou de terceiros, exceto o manual, para a execução dos serviços, esses valores serão deduzidos da base de cálculo desde que discriminados na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços, conforme previsto no § 7.º do art. 219 do RPS.

Na situação sob enfoque não foram apresentados os contratos de prestação de serviço e as notas fiscais, conforme já frisamos, não apresentam qualquer menção a fornecimento de material.

Quanto à incidência de retenção, a atividade de colocação de cabos encontra-se descrita no item 4541-1 do anexo XV da IN n.º 100/2003, o qual, dentre outras atividades, compreende **“montagem de quadros elétricos”**. Tal execução é enquadrada como serviço de construção civil, que, conforme já expusemos alhures, é sujeita à retenção.

A declaração acostada pela prestadora, fl. 295, não altera o meu convencimento, uma vez que a mesma apenas afirma que fornecia os quadros elétricos, porém as notas fiscais acostadas dizem respeito à prestação de serviço e não venda de materiais.

24) CONSTRUTORA MASSUTTI LTDA: a recorrente alega que houve a prestação de serviços de elétrica e eletrônica com fornecimento de material, além de que não houve a dedução dos valores relativos ao material aplicado.

A empresa acostou as notas fiscais de fls. 296/298, as quais indicam que houve execução de serviço mediante empreitada global para construção de Agência Bancária em Niterói (RJ). Nos documentos estão discriminados os valores de material e mão-de-obra.

Vejo que, se a empresa houvesse juntado o contrato que comprovasse a contratação por empreitada global, descaberia a retenção, todavia, o instrumento do ajuste para execução da obra não foi apresentado ao Fisco, nem acostado durante o contencioso.

Não comprovada a ocorrência de empreitada total, há de se *aplicar o instituto da retenção nos termos do art. 178 da IN n.º 100/2003* (ou correspondente das normas precedentes), uma vez que, nesse caso, o contrato é tido com de subempreitada. Vejamos o dispositivo:

Art. 178. Sujeita-se à retenção de que trata o art. 149 a prestação de serviços mediante empreitada parcial ou subempreitada de obra de construção civil e de empreitada, total ou parcial, ou subempreitada de serviços de construção civil, com ou sem fornecimento de material.

Na situação, verifico que a Auditoria, para determinar a base de cálculo, lançou mão do inciso I do art. 159 da IN n.º 100/2003, *verbis*:

Art. 159. Quando o fornecimento de material ou a utilização de equipamento próprio ou de terceiros, exceto o manual, estiver previsto em contrato, mas sem discriminação dos valores de material ou equipamento, a base de cálculo da retenção corresponderá, no mínimo, a:

I - cinquenta por cento do valor bruto da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços;

(...)

Nesse sentido, acertou o Fisco na determinação da base de cálculo da retenção que correspondeu a cinquenta por cento do valor bruto da nota fiscal, uma vez que, na situação sob análise, era patente a existência de materiais no valor da nota fiscal apresentada.

25) PEDRO ANTONIO SOAVE ME: alega a recorrente que a prestadora era optante pelo SIMPLES, além de que o serviço não era sujeito à retenção, bem como o Fisco não levou em conta o fornecimento de material.

O valor lançado para essa prestadora foi excluído da NFLD pelo Fisco, em razão da empresa ser optante pelo SIMPLES no período da emissão da nota fiscal. Portanto, descabido o argumento da recorrente, pois a sua pretensão já havia sido acolhida no julgamento de primeira instância.

26) OBRAC COMERCIAL ENGENHARIA LTDA: a recorrente aduziu que a prestadora era optante pelo SIMPLES, além de que o serviço não era sujeito à retenção, bem como, o Fisco não levou em conta o fornecimento de material.

O órgão *a quo* comprovou nos autos que a empresa contratada não era optante pelo regime simplificado, assim, cai por terra esse argumento.

Quanto à incidência de retenção, a prestação de serviços de eletricidade encontra-se descrita no item 4541-1 do anexo XV da IN n.º 100/2003, o qual, dentre outras atividades, compreende “**serviços de eletricidade**”. Tal execução é enquadrada como serviço de construção civil, que, conforme já expusemos alhures, é sujeita à retenção.

A empresa acostou as notas fiscais de fls. 300/301, as quais indicam que houve a prestação de serviço de eletricidade, todavia, não qualquer menção a fornecimento de material.

Nos termos do art. 158 da IN n.º 100/2003, exigia, para fins de dedução na base de cálculo, que os valores do material constassem em contrato e na nota fiscal. Vejamos o dispositivo:

Art. 158. Havendo previsão contratual de fornecimento de material ou de utilização de equipamento próprio ou de terceiros, exceto o manual, para a execução dos serviços, esses valores serão deduzidos da base de cálculo desde que discriminados na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços, conforme previsto no § 7.º do art. 219 do RPS.

Na situação sob enfoque não foram apresentados os contratos de prestação de serviço e as notas fiscais, conforme já frisamos, não apresentam qualquer menção a fornecimento de material.

27) CONSERT JET COMERCIAL LTDA — ME: a recorrente afirmou que o serviço prestado, impermeabilização de lajes, não se sujeita à retenção, além de que não houve a dedução do material fornecido.

Quanto à incidência de retenção, a atividade de impermeabilização encontra-se descrita no item 45.52-7 do anexo XV da IN n.º 100/2003, o qual, dentre outras atividades, compreende “**serviços de impermeabilização**”. Tal execução é enquadrada como serviço de construção civil, que, conforme já expusemos alhures, é sujeita à retenção.

A empresa acostou as notas fiscais de fls. 302/308, as quais indicam que houve a prestação de serviço de impermeabilização, todavia, não qualquer menção a fornecimento de material.

Nos termos do art. 158 da IN n.º 100/2003, exigia, para fins de dedução na base de cálculo, que os valores do material constassem em contrato e na nota fiscal. Vejamos o dispositivo:

Art. 158. Havendo previsão contratual de fornecimento de material ou de utilização de equipamento próprio ou de terceiros, exceto o manual, para a execução dos serviços, esses valores serão deduzidos da base de cálculo desde que discriminados na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços, conforme previsto no § 7.º do art. 219 do RPS.

Na situação sob enfoque não foram apresentados os contratos de prestação de serviço e as notas fiscais, conforme já frisamos, não apresentam qualquer menção a fornecimento de material.

28) MB Perfurações Técnicas Ltda: a recorrente afirmou que o serviço prestado não se sujeita à retenção, além de que não houve a dedução do material fornecido.

Quanto à incidência de retenção, a atividade de execução de estacas raiz encontra-se descrita no item 45.12-8 do anexo XV da IN n.º 100/2003, o qual, dentre outras atividades, compreende “**serviços de perfuração e execução de fundações destinadas à construção civil**”. Tal execução é enquadrada como obra de construção civil, que, conforme já expusemos alhures, é sujeita à retenção, por se tratar de execução por empreitada parcial.

A empresa acostou as nota fiscal de fl. 309, as quais indicam que houve a prestação de serviço de execução de estacas, todavia, não qualquer menção a fornecimento de material.

Nos termos do art. 158 da IN nº 100/2003, exigia, para fins de dedução na base de cálculo, que os valores do material constassem em contrato e na nota fiscal. Vejamos o dispositivo:

Art. 158. Havendo previsão contratual de fornecimento de material ou de utilização de equipamento próprio ou de terceiros, exceto o manual, para a execução dos serviços, esses valores serão deduzidos da base de cálculo desde que discriminados na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços, conforme previsto no § 7.º do art. 219 do RPS.

Na situação sob enfoque não foram apresentados os contratos de prestação de serviço e as notas fiscais, conforme já frisamos, não apresentam qualquer menção a fornecimento de material.

29) ROMAR VIDROS: afirmou a recorrente que não houve a prestação de serviços, mas operação mercantil de fornecimento de vidros.

A nota fiscal de fls. 310 está a infirmar a argumentação da empresa, uma vez que na descrição da operação consta “mão-de-obra para montar vidros temperados com perfil de alumínio”. Não devo, portanto, acolher a tese apresentada.

30) MARISA MARIKO HIRAMOTO FIJIWARA LIMPEZA: afirma a recorrente que serviços de limpeza com fornecimento de material não se sujeitam a retenção, além de que não houve abatimento do valor do material da base da retenção.

O serviço de limpeza indiscutivelmente se sujeita a retenção, conforme o inciso I do § 2.º do art. 219 do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/1999.

A empresa acostou as notas fiscais de fls. 311/313, as quais indicam que houve a prestação de serviço de limpeza, todavia, não qualquer menção a fornecimento de material.

Nos termos do art. 158 da IN nº 100/2003, exigia, para fins de dedução na base de cálculo, que os valores do material constassem em contrato e na nota fiscal. Vejamos o dispositivo:

Art. 158. Havendo previsão contratual de fornecimento de material ou de utilização de equipamento próprio ou de terceiros, exceto o manual, para a execução dos serviços, esses valores serão deduzidos da base de cálculo desde que discriminados na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços, conforme previsto no § 7.º do art. 219 do RPS.

Na situação sob enfoque não foram apresentados os contratos de prestação de serviço e as notas fiscais, conforme já frisamos, não apresentam qualquer menção a fornecimento de material.

31) **MATZ COMERCIAL ELETROELETRÔNICA LTDA ME**: afirmou a recorrente que não houve prestação de serviço, mas operação mercantil, descabendo a retenção.

De acordo com o Fisco, a nota fiscal considerada, n.º 34, emitida em 04/03/2002, diz respeito à “segunda medição dos serviços de construção civil por empreitada global”. Nesse sentido, não devo admitir que se tratou de venda de material.

Vejo que, se a empresa houvesse juntado o contrato que comprovasse a contratação por empreitada global, descaberia a retenção, todavia, o instrumento do ajuste para execução da obra não foi apresentado ao Fisco, nem acostado durante o contencioso.

Não comprovada a ocorrência de empreitada total, há de se *aplicar o instituto da retenção nos termos do art. 178 da IN n.º 100/2003* (ou correspondente das normas precedentes), uma vez que, nesse caso, o contrato é tido com de subempreitada. Vejamos o dispositivo:

Art. 178. Sujeita-se à retenção de que trata o art. 149 a prestação de serviços mediante empreitada parcial ou subempreitada de obra de construção civil e de empreitada, total ou parcial, ou subempreitada de serviços de construção civil, com ou sem fornecimento de material.

Da redução da exigência

Também não devo acolher a pretensão da empresa para se reduza a exigência, pelo fato da mesma ser primária no cometimento de infrações à legislação previdenciária. Inexiste previsão legal para atendê-la.

Inexiste previsão legal para redução do valor das contribuições lançadas, nem também dos acréscimos legais. Havia a possibilidade de atenuação ou relevação das multas aplicadas por descumprimento de obrigações acessórias, desde que, dentre outras exigências, o sujeito passivo ostentasse a condição de primariedade e efetuasse a correção da falta, todavia, tal previsão legal não era extensiva aos lançamentos para exigência da obrigação principal.

Assim, impossível juridicamente atender a esse pedido.

Conclusão

Diante do exposto, voto por conhecer do recurso, por afastar a decadência e as preliminares suscitadas, no mérito, pelo seu provimento parcial para que seja excluídos: do levantamento R40 – RETENÇÃO os pagamentos relativos a despesas com corpo de bombeiros e do levantamento R42 – RETENÇÃO os valores lançados na competência 04/2004.

Kleber Ferreira de Araújo

Voto Vencedor

Conselheiro Elias Sampaio Freire – Redator Designado

No que diz respeito à decadência dos tributos lançados por homologação temos o Recurso Especial nº 973.733 - SC (2007/0176994-0), julgado em 12 de agosto de 2009, sendo relator o Ministro Luiz Fux, que teve o acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC e da Resolução STJ 08/2008, assim ementado:

“ 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 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, 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 impositivos 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.

O Regimento Interno deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, através de alteração promovida pela Portaria do Ministro da Fazenda n.º 586, de 21.12.2010 (Publicada no em 22.12.2010), passou a fazer expressa previsão no sentido de que *"As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C 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"* (Art. 62-A do anexo II).

Em suma, inexistindo a comprovação de ocorrência de dolo, fraude ou simulação por parte do contribuinte, o termo inicial será: (a) Primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, se não houve antecipação do pagamento (CTN, ART. 173, I); (b) Fato Gerador, caso tenha ocorrido recolhimento, ainda que parcial (CTN, ART. 150, § 4º).

No presente caso, o contribuinte está sendo tributado em decorrência de não ter efetuado o regular recolhimento das contribuições que deveriam ter sido retidas do contratado, previsto no art. 31 da Lei nº 8212/91, *in verbis*:

" Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher, em nome da empresa cedente da mão de obra, a importância retida até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, ou até o dia útil

imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia, observado o disposto no § 5º do art. 33 desta Lei.”

Sobre esta questão há de se fazer distinção entre duas situações. A primeira diz situação diz respeito às hipóteses nas quais a empresa contratante efetua a retenção da empresa contratada e não recolhe estes valores aos cofres públicos. Sobre esta hipótese já se manifestou o STJ, em acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC (REsp 1131047 / MA, sendo relator o ministro Teori Albino Zavascki), no sentido de que a empresa contratante é responsável, com exclusividade, pelo recolhimento da contribuição previdenciária por ela retida do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, afastada, em relação ao montante retido, a responsabilidade supletiva da empresa prestadora, cedente de mão-de-obra, assim ementado:

“ TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. FORNECEDOR E TOMADOR DE MÃO-DE-OBRA.

ART. 31 DA LEI 8.212/91, COM A REDAÇÃO DA LEI 9.711/98.

1. A partir da vigência do art. 31 da Lei 8.212/91, com a redação dada pela Lei 9.711/98, a empresa contratante é responsável, com exclusividade, pelo recolhimento da contribuição previdenciária por ela retida do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, afastada, em relação ao montante retido, a responsabilidade supletiva da empresa prestadora, cedente de mão-de-obra.

2. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.

Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.”

A segunda situação, que é a dos autos, diz respeito à hipótese na qual o fisco tributa a empresa contratante em virtude de esta empresa não ter efetuado a regular retenção nas notas fiscais ou faturas da empresa contratada.

Sobre a natureza jurídica da retenção de 11% incidente sobre as notas fiscais ou faturas de prestação de serviços o STJ proferiu o seguinte entendimento em acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC (REsp 1036375 / SP, sendo relator o ministro Luiz Fux):

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO. RETENÇÃO DE 11% SOBRE FATURAS. ART. 31, DA LEI Nº 8.212/91, COM A REDAÇÃO DA LEI Nº 9.711/98. NOVA SISTEMÁTICA DE ARRECADAÇÃO MAIS COMPLEXA, SEM AFETAÇÃO DAS BASES LEGAIS DA ENTIDADE TRIBUTÁRIA MATERIAL DA EXAÇÃO.

1. A retenção de contribuição previdenciária determinada pela Lei 9.711/98 não configura nova exação e sim técnica

arrecadatória via substituição tributária, sem que, com isso, resulte aumento da carga tributária.

2. A Lei nº 9.711/98, que alterou o artigo 31 da Lei nº 8.212/91, não criou nova contribuição sobre o faturamento, tampouco alterou a alíquota ou a base de cálculo da contribuição previdenciária sobre a folha de pagamento.

3. A determinação do mencionado artigo configura apenas uma nova sistemática de arrecadação da contribuição previdenciária, tornando as empresas tomadoras de serviço como responsáveis tributários pela forma de substituição tributária. Nesse sentido, o procedimento a ser adotado não viola qualquer disposição legal.

4. Precedentes: REsp 884.936/RJ, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/08/2008, DJe 20/08/2008; AgRg no Ag 906.813/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2007, DJe 23/10/2008; AgRg no Ag 965.911/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 21/05/2008; EDcl no REsp 806.226/RJ, Rel. MIN. CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 26/03/2008; AgRg no Ag 795.758/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/06/2007, DJ 09/08/2007.

5. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

Este intróito se fez necessário para demonstrar o que considero como pagamento antecipado ou não para fins de enquadramento na regra prevista no art. 150, § 4º do CTN.

No caso de tributo lançado por homologação, quando não há pagamento antecipado, ou há a ocorrência de fraude, dolo ou simulação, o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional).

Inicialmente ressalto que no presente caso a empresa contratante não efetuou a regular retenção nas notas fiscais ou faturas da empresa contratada.

O crédito tributário foi lançado na forma preconizada no art. 33, § 5º da Lei nº 8.212/91, *in verbis*:

Art. 33.....

.....

§ 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”

Ou seja, o sujeito passivo passou a suportar o ônus de não ter realizado a retenção que era obrigada a realizar na condição de substituto tributário, passando a ficar

diretamente responsável pela retenção que deixou de realizar e, conseqüentemente, pelo recolhimento do tributo devido.

Para fins de averiguação da antecipação de pagamento, as contribuições previdenciárias a cargo da empresa na condição de responsável direto devam ser apreciadas como um todo.

Os documentos constantes nos autos, especificamente no Relatório de Documentos Apresentados – RDA (fls. 40/73), possibilitam concluir que houve antecipação de pagamento de contribuições previdenciárias por parte do sujeito passivo no período em discussão.

Assim, na data em que o sujeito passivo foi cientificado do lançamento, em 10/12/2007, as contribuições com fatos geradores ocorridos até a competência 11/2002 encontravam-se fulminados pela decadência.

Pelo exposto, voto por declarar a decadência até a competência 11/2002.

É como voto.

Elias Sampaio Freire