



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

Processo nº 35087.000329/2007-27
Recurso nº 000.000 De Ofício e Voluntário
Acórdão nº **2402-002.643 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 18 de abril de 2012
Matéria DECADÊNCIA
Recorrentes GLOBAL ENERGIA ELÉTRICA S/A
FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/12/1999 a 31/12/2004

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. ART. 45 DA LEI Nº 8.212/91. SÚMULA VINCULANTE Nº 8 DO STF. DECADÊNCIA.

O Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária do dia 11/06/2008, declarou a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/91, publicando, posteriormente, a Súmula Vinculante nº 8, a qual vincula a aplicação da referida decisão a todos os órgãos da administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, nos termos do art. 103-A da CF/88, motivo pelo qual não pode ser aplicado o prazo decadencial decenal.

FISCALIZAÇÃO. DECISÃO JUDICIAL.

Havendo decisão judicial favorável ao contribuinte, devem as autoridades julgadoras acatarem a referida decisão ou justificar os motivos de afastar sua incidência na hipótese dos autos.

Recurso de Ofício Negado. Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial para reconhecer a decadência de parte do período lançado nos termos do artigo 173, I do CTN, vencidos os conselheiros Jhonatas Ribeiro da Silva e Nereu Miguel Ribeiro Domingues que aplicavam o artigo 150, §4º do CTN.

Julio César Vieira Gomes - Presidente.

Nereu Miguel Ribeiro Domingues - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Julio César Vieira Gomes, Nereu Miguel Ribeiro Domingues, Ana Maria Bandeira, Ronaldo de Lima Macedo, Jhonatas Ribeiro da Silva, Lourenço Ferreira do Prado.

Relatório

Trata-se de NFLD, lavrada em 29/06/2006, decorrente da não retenção ou da retenção a menor de 11% sobre os valores pagos a empresas contratadas para a prestação de serviços mediante cessão de mão de obra, no período de 01/12/1999 a 31/12/2004.

A Recorrente interpôs impugnação (fls. 88/185) requerendo a nulidade do crédito constituído.

A Seção de Contencioso Administrativo, ao analisar o processo (fls. 193/194), determinou a realização de diligência para que a fiscalização se manifestasse em relação aos documentos anexados pelo contribuinte.

Em resposta a diligência proposta (fl. 206), a Autoridade Fiscal retirou da NFLD os períodos dentre os quais os prestadores de serviços estavam resguardados por medida judicial autorizando a não retenção dos 11%, bem como excluiu as notas fiscais e/ou faturas de situações que não ensejam a retenção da contribuição previdenciária.

O Recorrente apresentou manifestação (fls. 219/285), demonstrando que existem outras notas fiscais e/ou faturas de situações que não ensejam a retenção da contribuição previdenciária de 11% e que haveria duplicidade em relação à inclusão da quantia de R\$ 610.961,80, uma vez que já foram incluídas em outro lançamento as mesmas notas fiscais cuja soma perfaz a quantia indicada.

A d. Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campo Grande – MS, ao analisar o presente caso (fls. 298/321) julgou o lançamento parcialmente procedente, entendendo que (i) a autoridade fiscal não pode afastar a aplicação de lei em razão da suposta ilegalidade ou inconstitucionalidade; (ii) as decisões administrativas e judiciais, mesmo que reiteradas, não têm efeito vinculante às decisões proferidas pelas Delegacias de Julgamento da Receita Federal do Brasil; (iii) o prazo decadencial das contribuições previdenciária é de 10 anos; (iv) os efeitos do mandado de segurança coletivo somente alcançam os associados da entidade impetrante; (v) as empresas Engeglobal Construções Ltda. e Terraplanagem Centro Oeste Ltda., filiadas ao SINDUSCON/MT, que impetrou o Mandado de Segurança nº 2000.01.00.051498-5, cuja liminar e sentença beneficiaram os seus associados no período de 06/08/1999 a 29/11/2002, devem ser excluídas da apuração nos períodos de 02/2001 a 11/2002; (vi) em relação a empresa Construtora Quebec Ltda., que impetrou o Mandado de Segurança nº 1999.38.00.039516-2, cuja liminar e sentença a beneficiaram no período de 13/01/2000 a 03/05/2002, devem ser excluídos da apuração os períodos compreendidos entre 05/2001 a 02/2002; (vii) a Recorrente apresentou documentos inidôneos quando alegou que a quantia de R\$ 610.961,80 se trata de adiantamento ao cliente e não faturamento; (viii) quanto as alegações de que existem lançamentos em duplicidade, devem ser excluído do montante relativo a nota fiscal nº 738, a qual já fora lançada na competência 09/2002; (ix) existe a obrigação legal para que as empresas contratantes de serviços prestados mediante cessão de mão-de-obra efetuem a retenção do valor correspondente a 11% dos valores das notas fiscais ou faturas de prestação de serviços; (x) parte dos serviços prestados não estão sujeitos à retenção; (xi) na prestação de serviços de construção civil, executados com utilização de equipamentos, sem comprovação de seu valor, mediante contrato, não poderá o valor dos serviços, sujeitos a retenção, ser inferior a

30% do total, quando não especificado percentual diverso; (xii) é cabível a retenção dos contribuintes optantes pelo SIMPLES; (xiii) a obrigação de reter 11% dos valores das notas fiscais ou faturas de prestação de serviços é uma hipótese de substituição tributária e não cobrança em duplicidade; (xiv) as contribuições previdenciárias estão sujeitas aos juros equivalentes à taxa SELIC; e (xv) a produção de provas fora do prazo da impugnação e o pedido de perícia ficam a critério do julgador.

A Recorrente interpôs recurso voluntário (fls. 329/346). Entretanto, através da petição de fl. 369, o Recorrente desiste do seu recurso, com exceção das parcelas abrangidas pela decadência.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Nereu Miguel Ribeiro Domingues, Relator

Primeiramente, cabe mencionar que tanto o recurso de ofício como o recurso voluntário atendem a todos os requisitos de admissibilidade. Portanto, deles tomo conhecimento, porém destaco que o recurso do contribuinte terá análise apenas em relação à matéria de decadência, em razão da desistência parcial do recurso manifestada à fl. 369.

Recurso Voluntário

A Recorrente alega que parte do crédito tributário estaria atingida pela decadência, haja vista que deve ser aplicado às contribuições previdenciárias o prazo decadencial trazido pelo art. 150, § 4º do CTN e não o do art. 45 da Lei nº 8.212/91.

Analizando os argumentos apresentados, verifica-se que lhe assiste razão, pois considerando que houve o pagamento antecipado, mesmo que parcial, das contribuições previdenciárias (fls. 41/45), o Fisco teria o prazo de 5 anos, a contar do fato gerador, conforme art. 150, § 4º, do CTN, para lançar o tributo.

Vale considerar que havia, na época da lavratura da notificação, a previsão legal para que a Seguridade Social constituísse créditos tributários no prazo de até 10 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído (vide art. 45, inc. I, da Lei nº 8.212/1991).

Todavia, o Supremo Tribunal Federal¹, em Sessão Plenária, declarou a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/91. Em decorrência dessa decisão, em 20/06/08 foi publicada a Súmula Vinculante nº 8², a qual vincula a aplicação da referida decisão a todos os órgãos da administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, nos termos do art. 103-A da CF/88.

Diante disso, bem como em respeito ao art. 62, inc. I, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria nº 256/09, faz-se mister afastar a incidência do prazo decadencial decenal de que trata o art. 45 da Lei nº 8.212/1991.

Sendo assim, aplicando-se a regra decadencial prevista no art. 150, § 4º, do CTN –, deve ser reconhecida a extinção dos créditos tributários exigidos no período compreendido entre 12/1999 a 06/2001, por estarem decaídos.

¹ A Sessão de julgamento ocorreu no dia 11/06/2008, no RE nº 559.882-9.

² *Súmula 8 - São inconstitucionais os parágrafos único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91 que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.*

Recurso de Ofício

Os i. Julgadores da DRJ em Campo Grande – MS acataram os argumentos trazidos pelo contribuinte, de que havia ações judiciais que autorizaram a ausência de retenção do percentual de 11% a título de contribuição previdenciária incidente sobre o valor bruto das notas fiscais ou faturas de prestação de serviços.

Além disso, a DRJ acatou a alegação de que diversas notas fiscais não seriam decorrentes de prestação de serviço, o que não configuraria a exigência da retenção do percentual de 11%.

Vale destacar que, antes de os autos serem encaminhados para julgamento pela DRJ, o próprio fiscal já havia reconhecido os equívocos no lançamento (fls. 206), tanto em relação aos períodos onde os prestadores de serviços estavam resguardados por decisões judiciais, quanto em relação às notas fiscais que não ensejariam a retenção dos 11%.

Com base nessas informações, não há qualquer reparo a ser feito na decisão recorrida, haja vista que ficou devidamente demonstrado nos autos que diversas notas fiscais realmente não ensejariam a retenção de 11%, e que havia decisões judiciais autorizando o procedimento adotado pelo contribuinte ao não efetuar as retenções.

Diante do exposto, voto pelo **CONHECIMENTO PARCIAL** do recurso voluntário para, nesta parte, **DAR-LHE PROVIMENTO**, a fim de reconhecer a decadência dos créditos tributários exigidos no período compreendido entre 12/1999 a 06/2001, bem como pelo **CONHECIMENTO** do recurso de ofício, para **NEGAR-LHE PROVIMENTO**.

É o voto.

Nereu Miguel Ribeiro Domingues

Voto Vencedor

Conselheira Ana Maria Bandeira, Redatora Designada

Com a devida vênia, ousou divergir do Conselheiro Relator no que tange ao reconhecimento de decadência parcial pela aplicação do art. 150, § 4º do CTN.

O lançamento em questão foi efetuado com amparo no art. 45 da Lei nº 8.212/1991.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar os Recursos Extraordinários nº 556664, 559882, 559943 e 560626, negou provimento aos mesmos por unanimidade, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei n. 8212/91.

Na oportunidade, os ministros ainda editaram a Súmula Vinculante nº 08 a respeito do tema, a qual transcrevo abaixo:

Súmula Vinculante 8 “São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”

É necessário observar os efeitos da súmula vinculante, conforme se depreende do art. 103-A, *caput*, da Constituição Federal que foi inserido pela Emenda Constitucional nº 45/2004. *in verbis*:

“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. (g.n.)

Da leitura do dispositivo constitucional, pode-se concluir que, a vinculação à súmula alcança a administração pública e, por consequência, os julgadores no âmbito do contencioso administrativo fiscal.

Da análise do caso concreto, verifica-se que o lançamento em tela refere-se a período compreendido entre 12/1999 a 12/2004 e foi efetuado em 29/06/2006.

O Código Tributário Nacional trata da decadência no artigo 173, abaixo transcrito:

“Art.173 - O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo Único - O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento."

Por outro lado, ao tratar do lançamento por homologação, o Codex Tributário definiu no art. 150, § 4º o seguinte:

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

.....

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

Entretanto, tem sido entendimento constante em julgados do Superior Tribunal de Justiça, que nos casos de lançamento em que o sujeito passivo antecipa parte do pagamento da contribuição, aplica-se o prazo previsto no § 4º do art. 150 do CTN, ou seja, o prazo de cinco anos passa a contar da ocorrência do fato gerador, uma vez que resta caracterizado o lançamento por homologação.

Se, no entanto, o sujeito passivo não efetuar pagamento algum, nada há a ser homologado e, por consequência, aplica-se o disposto no art. 173 do CTN, em que o prazo de cinco anos passa a ser contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Para corroborar o entendimento acima, colaciono alguns julgados no mesmo sentido:

"TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. TERMO INICIAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 173, I, E 150, § 4º, DO CTN.

1. O prazo decadencial para efetuar o lançamento do tributo é, em regra, o do art. 173, I, do CTN, segundo o qual 'o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado'.

2. *Todavia, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação —que, segundo o art. 150 do CTN, 'ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa' e 'opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa' —, há regra específica. Relativamente a eles, ocorrendo o pagamento antecipado por parte do contribuinte, o prazo decadencial para o lançamento de eventuais diferenças é de cinco anos a contar do fato gerador, conforme estabelece o § 4º do art. 150 do CTN. Precedentes jurisprudenciais.*

3. *No caso concreto, o débito é referente à contribuição previdenciária, tributo sujeito a lançamento por homologação, e não houve qualquer antecipação de pagamento. É aplicável, portanto, conforme a orientação acima indicada, a regra do art. 173, I, do CTN.*

4. *Agravo regimental a que se dá parcial provimento."*

(AgRg nos EREsp 216.758/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 10.4.2006)

"TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

DECADÊNCIA. PRAZO QUINQUENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. MEDIDA LIMINAR.

SUSPENSÃO DO PRAZO. IMPOSSIBILIDADE.

1. *Nas exações cujo lançamento se faz por homologação, havendo pagamento antecipado, conta-se o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN), que é de cinco anos.*

2. *Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN.*

Omissis.

4. *Embargos de divergência providos."*

(EREsp 572.603/PR, 1ª Seção, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 5.9.2005)

No caso em tela, trata-se de contribuições cujos fatos geradores não são reconhecidos como tal pela empresa, restando claro que, com relação aos mesmos, a recorrente não efetuou qualquer antecipação. Nesse sentido, pela aplicação do art. 173, inciso I, do CTN, tem-se que a decadência do direito de constituição dos créditos se operou para todas as competências até 11/2000, já que o lançamento ocorreu em 08/2006.

Por fim, destaco que, em relação às demais matérias apreciadas neste processo, filio-me ao entendimento do Conselheiro Relator, tornando-o parte integrante deste voto.

Diante do exposto, voto pelo **CONHECIMENTO PARCIAL** do recurso voluntário para, nesta parte, **DAR-LHE PROVIMENTO**, a fim de reconhecer a decadência dos créditos tributários exigidos no período compreendido entre 12/1999 a 11/2000, nos termos do art. 173, inc. I, do CTN, bem como pelo **CONHECIMENTO** do recurso de ofício, para **NEGAR-LHE PROVIMENTO**.

É como voto.

Ana Maria Bandeira