

RECURSO ESPECIAL Nº 1.371.334 - PE (2013/0057251-1)

RELATOR : **MINISTRO SÉRGIO KUKINA**
RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL -
PR0000000
RECORRIDO : ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADOR : ANSELMA NUNES BANDEIRA DE MELLO E OUTRO(S)

DECISÃO

Trata-se de recurso especial fundado no CPC/73, manejado pela **Fazenda Nacional**, com base no art. 105, III, *a*, da CF, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, assim ementado (fl. 2.490):

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. CONTRATO DE CESSÃO DE MÃO DE OBRA. LANÇAMENTO POR AFERIÇÃO INDIRETA ANTERIORMENTE À LEI Nº 9.711/98. VÍCIO NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO QUE ORIGINOU O CRÉDITO.

1. Segundo o STJ, não existindo para o contratante, antes da Lei nº 9.711/98, o dever de apurar e reter valores, não era permitido à Fazenda Pública aferir indiretamente o montante devido a partir do exame da contabilidade da empresa contratante de mão de obra, sem antes buscar a apuração da base de cálculo e de eventuais, pagamentos realizados na documentação do contribuinte (executor/cedente). (2ª T., EDAGA nº 1043396, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 15/10/2010).

2. Após a vigência da Lei n. 9.711/98, alterou-se o regime de imputação da responsabilidade pelo pagamento do crédito tributário em tela, não mais se falando em solidariedade, mas em substituição, passando o contratante a ser o sujeito passivo da exação.

3. Hipótese em que o lançamento tributário realizado pelo Fisco encontra-se viciado, eis que se utilizou do arbitramento a partir do exame da contabilidade do devedor solidário apenas, deixando de buscar os elementos necessários junto às empresas cedentes (contribuintes), e desconsiderou a prova de pagamentos realizados, além de não ter adotado um procedimento distinto após a alteração operada pela nova disposição legal.

4. Apelação e remessa oficial improvidas.

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados (fls. 2.498/2.502).

A parte recorrente aponta violação aos arts. 535, II do CPC/73; 31 c/c 33,

§ 3º, da Lei 8.212/91 (redação da Lei 9.528/97); 30 e 31 da Lei 8.212/91 (redação dada pela Lei 9.032/95). Sustenta, em resumo, que: (I) a despeito dos embargos de declaração, o Tribunal *a quo* remanesceu omissos acerca da aplicação do regime previsto na Lei 9.711/98 aos débitos anteriores a fevereiro/99; (II) a aferição indireta do valor devido realizada pela Autoridade Fiscal teria observado os limites previstos no art. 33 da Lei 8.212/91 e que, na regra do art. 31 da Lei 8.212/91, o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco seria responsável tributário por substituição pelo pagamento dos 11% da contribuição previdenciária devida pelo prestador de serviços de construção civil; (III) em relação aos débitos anteriores a fevereiro/1999, seria aplicável ao art. 31 da Lei 8.212/91, com redação dada pelas Leis 9.032/95 e 9.528/97, sendo o TJPE responsável solidário pela exação e que *"somente os débitos atinentes ao período Fevereiro/99 em diante é que ficaram sujeitos a refiscalização e retificação. No que toca ao período anterior, contemplado na NFLD, sob exame, não houve mácula reconhecida"* (fl. 2.512).

Contrarrazões às fls. 2.518/2.541.

É O RELATÓRIO.

Registre-se, de logo, que a decisão recorrida foi publicada na vigência do CPC/73; por isso, no exame dos pressupostos de admissibilidade do recurso, será observada a diretriz contida no Enunciado Administrativo n. 2/STJ, aprovado pelo Plenário do STJ na Sessão de 9 de março de 2016 (*Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/73 - relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016 - devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*).

Cumprе salientar que não se verifica a alegada ofensa ao art. 535, II, do CPC/73, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos autos, no que concerne aos dispositivos de lei aplicáveis ao caso concreto, consoante se extrai do seguinte trecho do acórdão prolatado no exame dos embargos de declaração da Fazenda Nacional (fls. 2.499/2.500 - grifos no original):

No que tange aos "defeitos" apontados pela embargante, esses consistem, na realidade, numa tentativa de rediscutir o mérito do julgado, proferido em seu desfavor, o que se mostra inadmissível

em sede de embargos declaratórios.

No caso, o julgado não foi omissivo. Apenas foi de encontro à pretensão da recorrente.

Observe-se, a propósito, que, ao contrário do que aduziu a Fazenda Nacional, o julgado não afastou a aplicação do regime previsto na Lei nº 9.711/98, nem deixou de se reportar à Lei nº 8.212/91, conforme se observa dos seguintes excertos:

A princípio, é preciso destacar que até o advento Lei nº 9.711/98 não existia, para o contratante de mão de obra, o dever de reter valores correspondentes à contribuição social, nos moldes fixados no art. 31 da Lei nº 8.212/91 (com a redação dada pela legislação mencionada anteriormente).

Assim, antes das mudanças operadas por aquela lei, não era permitido à Fazenda Pública utilizar-se da técnica do § 6º do art. 33 da Lei nº 8.212/91 para aferir indiretamente o montante devido a partir do exame da contabilidade da empresa tomadora do serviço, sem antes buscar a apuração da base de cálculo e de eventuais pagamentos realizados na documentação do contribuinte (executor/cedente). (...)

Cumprido destacar ainda que, após a vigência da já mencionada Lei nº 9.711/98, o regime de imputação da responsabilidade pelo pagamento do crédito tributário em tela foi alterado, não mais se falando em solidariedade da responsabilidade, mas em substituição, passando o contratante (no caso, o TJ/PE) a ser o sujeito passivo da exação (substituto).

Nesse caso, com a mudança mencionada, caberia à Fazenda adotar um procedimento próprio para se averiguar se as retenções devidas pelo contratante teriam sido realizadas. Tal entendimento foi inclusive adotado na primeira instância administrativa (fls. 33-34), tendo, no entanto, sido reformado na instância superior (fl. 71). (...)

Ocorre, porém, que o Fisco não chegou a realizar a "refiscalização" de modo adequado às novas disposições legais, o que, nesse ponto, também tornou o lançamento viciado, eis que esse considerou, mesmo a partir de fevereiro de 1999 - data da vigência da referida lei, o crédito decorrente de uma responsabilidade solidária que não mais existia, deixando de adotar as novas providências que seriam cabíveis, (fls. 2.249-2.250). (grifei)

Ora, na hipótese de a parte não se resignar com as razões de mérito do provimento jurisdicional que lhe foi desfavorável, deve atacá-lo por meio do recurso cabível, sendo-lhe vedada a utilização desta via para tal desiderato.

Ademais, não se pode confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

No que concerne à alegação de ofensa aos arts. 31 c/c 33, § 3º, da Lei 8.212/91 (redação da Lei 9.528/97); 30 e 31 da Lei 8.212/91 (redação dada pela Lei 9.032/95), vale ressaltar que o Tribunal Regional, ao decidir acerca da nulidade do lançamento, consignou que, em razão das alterações da Lei 8.212/91, o Fisco deveria adotar determinadas formas de aferição do valor devido pela tomadora de serviço de construção civil, as quais não foram observadas no procedimento administrativo que ensejou o débito ora em debate, estando, assim, eivado de irregularidades intransponíveis.

No entanto, os referidos dispositivos legais não contêm comando capaz de sustentar a tese recursal e infirmar o juízo formulado pelo acórdão recorrido, de maneira que se impõe ao caso concreto a incidência da Súmula 284/STF (*"É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia."*). Por oportuno, destacam-se os seguintes precedentes: **AgRg no AREsp 161.567/RJ**, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 26/10/2012; **REsp 1.163.939/RS**, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 8/2/2011.

Além disso, para se chegar à conclusão diversa da alcançada pela Corte de origem, seria necessário o revolvimento do quadro fático-probatório dos autos, hipótese vedada ante o óbice da Súmula 7/STJ.

Ante o exposto, **conheço parcialmente** do recurso especial e, na parte conhecida, **nego-lhe provimento**.

Publique-se.

Brasília (DF), 19 de fevereiro de 2019.

MINISTRO SÉRGIO KUKINA
Relator