



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 17546.000132/2007-51
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2402-010.686 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 02 de dezembro de 2021
Recorrente MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ / PREFEITURA MUNICIPAL
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/12/1999

ALEGAÇÕES APRESENTADAS SOMENTE NO RECURSO VOLUNTÁRIO. NÃO CONHECIMENTO.

Os motivos de fato e de direito em que se fundamenta a irrisignação do contribuinte devem ser apresentados na impugnação, não se conhecendo das alegações recursais suscitadas somente nesta fase processual e que não se destinam a contrapor fatos novos ou questões trazidas na decisão recorrida.

DECADÊNCIA

O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, quando não há pagamento antecipado, ou da ocorrência do fato gerador, quando o contribuinte recolhe antecipadamente o tributo devido, ainda que de forma parcial.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE. ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. VÍCIO MATERIAL.

O erro na identificação do sujeito passivo da obrigação acessória é vício insanável de natureza material.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do recurso voluntário, não se conhecendo das alegações de (i) inaplicabilidade da Instrução Normativa MPS/SRP nº 3/2005, (ii) não incidência da retenção para o mês de fevereiro/1999 e (iii) improcedência quanto à caracterização dos serviços prestados pela empresa Data City Consultores Associados S/C LTDA, uma vez que tais alegações não foram levadas ao conhecimento e à apreciação da autoridade julgadora de primeira instância, representando inovação recursal e, na parte conhecida do recurso, por maioria de votos, dar-lhe provimento, cancelando-se integralmente o lançamento fiscal, vez que atingido pela decadência. Vencidos os Conselheiros Francisco Ibiapino Luz e Denny Medeiros da Silveira, que não reconheceram a ocorrência da decadência.

(documento assinado digitalmente)

Denny Medeiros da Silveira - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Gregório Rechmann Junior – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ana Cláudia Borges de Oliveira, Denny Medeiros da Silveira, Francisco Ibiapino Luz, Gregório Rechmann Junior, Márcio Augusto Sekeff Sallem e Renata Toratti Cassini.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto em 14/09/2009 (p. 399) em face da decisão da 7ª Tuma da DRJ/CPS, consubstanciada no Acórdão nº 05-26.294 (p. 371), da qual a Contribuinte foi cientificada em 13/08/2009 (p. 398), que julgou procedente em parte o lançamento fiscal.

Nos termos do relatório da r. decisão, tem-se que:

Trata-se de lançamento de crédito previdenciário contra a notificada em referência o qual tem por objeto as retenções de 11%, estabelecidas pelo artigo 31 da Lei nº 8.212/91, que deveriam ter sido providenciadas pela empresa tomadora de serviços prestados mediante cessão ou empreitada de mão-de-obra. Os valores das retenções exigidas foram apurados pela Fiscalização com base nas notas fiscais indicadas nas planilhas de fls. 16/21.

O lançamento substitui a NFLD nº 35.386.559-1, anulada por erro formal na identificação do sujeito passivo.

Com relação à prestadora Companhia Informática Jundiaí, informa a Fiscalização que a retenção devida foi apurada com base no valor total da nota fiscal, visto que, além da prestação de serviços de desenvolvimento de sistemas informatizados, foram prestados serviços de digitação, sem que as notas fiscais discriminassem os diversos serviços prestados.

No que concerne à empresa Tejofran, a retenção incidiu sobre 50% do valor da nota fiscal, pois não houve discriminação entre os valores dos serviços prestados e dos equipamentos utilizados.

Informa, ainda, o Auditor-Fiscal notificante que considerou os eventuais recolhimentos demonstrados.

A notificada apresentou sua impugnação por meio do instrumento de fls. 39/45.

Alega que a Fiscalização presumiu que a retenção não foi realizada sem qualquer análise a respeito da regularidade fiscal das empresas prestadoras de serviços. Não foi verificado se as contribuições incidentes sobre as remunerações dos trabalhadores que prestaram serviços foram recolhidas pelas empregadoras.

Argui que apresentou, por amostragem, em vista do exíguo prazo concedido para se defender, documentos que demonstram que as retenções foram promovidas, não merecendo protestar a exação fiscal.

Sustenta que a empresa Cijun - Companhia de Informática de Jundiaí não presta serviços de digitação e processamento de dados, mas sim serviços de “help desk” e manutenção de “hardware”

Defende que a retenção atinente à empresa Tejofran foi providenciada.

Sustenta que o crédito deveria, primeiramente, ser constituído contra o devedor principal. Cita doutrina que propugna a necessidade de serem notificados todos os devedores solidários.

Protesta contra a utilização da taxa SELIC como juros de mora. Tal taxa tem natureza remuneratória e sua aplicação como juros de mora é, a seu ver, ilegal e inconstitucional.

A taxa SELIC não tem previsão legal e é superior à soma da correção monetária e dos juros de mora anuais de 12%.

Argumenta, ao final, que a Fiscalização cerceou seu direito de defesa ao não indicar a origem dos valores exigidos.

Os autos foram baixados em diligência para que a Fiscalização demonstrasse a ocorrência da cessão de mão-de-obra, que ensejaria a retenção de 11%. Foi também perguntado à Fiscalização se houve algum recolhimento concernente às retenções.

A fls. 347, a Fiscalização apresenta os contratos que a Municipalidade firmou com as prestadoras em questão e enquadra os serviços conforme o previsto nos artigos 145 e 146 da Instrução Normativa MPS/SRP nº 3, de 14 de julho de 2005.

A respeito da empresa Vésper, informa que há o processo judicial nº 1999.61.09.001653-9 que tramita no Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Sobre a Companhia de Informática de Jundiá, relata que houve prestação de serviços de digitação. Somou 3421 horas de serviços prestados por empregados cedidos.

Informa que há recolhimentos promovidos para as retenções atinentes à empresa Tejofran e que devem ser considerados.

Instada a se manifestar, a impugnante alega que a Fiscalização nada acrescentou ao seu relatório fiscal, ratificando que a cessão de mão-de-obra pode ser constatada com a simples leitura dos contratos apresentados.

Defende que não houve cessão de mão-de-obra e que os serviços foram contratados por preço certo. As prestadoras assumiram a responsabilidade direta pela execução dos serviços, consoante cláusulas citadas.

Assevera que não houve “a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos”. Conclui que os serviços contratados são de empreitada.

A DRJ, por meio do susodito Acórdão nº 05-26.294 (p. 371), julgou procedente em parte o lançamento fiscal, conforme ementa abaixo reproduzida:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/12/1999

CERCEAMENTO DE DEFESA. Não há cerceamento ao direito de defesa quando a Fiscalização apresenta motivos fáticos suficientes para que a notificada conheça a matéria tributada.

RETENÇÃO. A retenção de 11% determinada pelo artigo 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, será devida quando demonstrados os pressupostos fáticos de sua incidência. Quando os serviços prestados estiverem previstos no artigo 145 da Instrução Normativa MPS/SRP nº 3, de 14 de julho de 2005, a retenção será devida mesmo que o serviço seja prestado mediante empreitada. Para os serviços arrolados no artigo 146 do citado ato normativo, a exigibilidade da retenção dependerá da ocorrência de cessão de mão-de-obra.

ARGUIÇÃO SOBRE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. Não é de competência do julgador administrativo decidir sobre constitucionalidade de lei.

Lançamento Procedente em Parte

Cientificada da decisão exarada pela DRJ, a Contribuinte apresentou o competente recurso voluntário (fl. 399), esgrimindo suas razões de defesa nos seguintes pontos, em síntese:

(i) perda do direito de o Fisco constituir o crédito tributário em face do transcurso do lustro decadencial;

(ii) inaplicabilidade da Instrução Normativa MPS/SRP nº3/2005;

(iii) não incidência da retenção para o mês de fevereiro/1999;

(iv) improcedência dos débitos apontados contra a não retenção referente às Notas Fiscais da empresa CIJUN;

(v) impossibilidade da presunção de ausência de recolhimento;

(vi) improcedência quanto à caracterização dos serviços prestados pela empresa Data City Consultores Associados S/C LTDA; e

(vii) inconstitucionalidade da Taxa SELIC.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Gregório Rechmann Junior, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo. Entretanto, não deve ser integralmente conhecido pelas razões a seguir aduzidas.

Conforme exposto no relatório supra, trata-se o presente caso de lançamento fiscal com vistas à exigência de contribuição previdenciária correspondente à retenção legal de 11% (onze por cento) que deveria ter sido efetuada pela tomadora de serviços prestados mediante cessão ou empreitada de mão-de-obra.

Cientificada do lançamento fiscal, a Contribuinte apresentou a sua competente defesa administrativa, esgrimindo suas razões de defesa nos seguintes pontos, em síntese, conforme destacado pelo órgão julgador de primeira instância:

(i) a Fiscalização presumiu que a retenção não foi realizada sem qualquer análise a respeito da regularidade fiscal das empresas prestadoras de serviços. Não foi verificado se as contribuições incidentes sobre as remunerações dos trabalhadores que prestaram serviços foram recolhidas pelas empregadoras;

(ii) apresentou, por amostragem, em vista do exíguo prazo concedido para se defender, documentos que demonstram que as retenções foram promovidas, não merecendo protestar a exação fiscal;

(iii) a empresa Cijun - Companhia de Informática de Jundiá não presta serviços de digitação e processamento de dados, mas sim serviços de “help desk” e manutenção de “hardware”;

(iv) a retenção atinente à empresa Tejofran foi providenciada;

(v) o crédito deveria, primeiramente, ser constituído contra o devedor principal;

(vi) falta de previsão legal para a utilização da Taxa SELIC.

Já em sede recursal, a Contribuinte, além de reiterar o quanto esgrimido na impugnação apresentada, inova suas razões de defesa, defendendo, em síntese, os seguintes pontos:

(i) perda do direito de o Fisco constituir o crédito tributário em face do transcurso do lustro decadencial;

- (ii) inaplicabilidade da Instrução Normativa MPS/SRP nº3/2005;
- (iii) não incidência da retenção para o mês de fevereiro/1999;
- (iv) improcedência dos débitos apontados contra a não retenção referente às Notas Fiscais da empresa CIJUN;
- (v) impossibilidade da presunção de ausência de recolhimento;
- (vi) improcedência quanto à caracterização dos serviços prestados pela empresa Data City Consultores Associados S/C LTDA; e
- (vii) inconstitucionalidade da Taxa SELIC.

É flagrante, pois, a inovação operada em sede de recurso, no que tange às alegações de (a) inaplicabilidade da Instrução Normativa MPS/SRP nº3/2005, (b) não incidência da retenção para o mês de fevereiro/1999 e (c) improcedência quanto à caracterização dos serviços prestados pela empresa Data City Consultores Associados S/C LTDA, tratando-se de matérias preclusas em razão de sua não exposição na primeira instância administrativa, não tendo sido examinadas pela autoridade julgadora de primeira instância, o que contraria o princípio do duplo grau de jurisdição, bem como o do contraditório e o da ampla defesa.

A preclusão processual é um elemento que limita a atuação das partes durante a tramitação do processo, imputando-lhe celeridade, numa sequência lógica e ordenada dos fatos, em prol da pretendida pacificação social.

Humberto Theodoro Júnior¹ nos ensina que preclusão é “a perda da faculdade ou direito processual, que se extinguiu por não exercício em tempo útil”. Ainda segundo o mestre, com a preclusão, “evita-se o desenvolvimento arbitrário do processo, que só geraria a balbúrdia, o caos e a perplexidade para as partes e o juiz”.

Tal princípio busca garantir o avanço da relação processual e impedir o retrocesso às fases anteriores do processo, encontrando-se fixado o limite da controvérsia, no Processo Administrativo Fiscal (PAF), no momento da impugnação/manifestação de inconformidade.

O inciso III do art. 16 do Decreto nº 70.235/1972, norma que regula o Processo Administrativo Fiscal – PAF em âmbito federal, é expresso no sentido de que, a menos que se destinem a contrapor razões trazidas na decisão recorrida, os motivos de fato e de direito em que se fundamentam os pontos de discordância e as razões e provas que possuir o contribuinte devem ser apresentados na impugnação.

Decreto n. 70.235/72

Art. 16. A impugnação mencionará:

[...]

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir.

No caso em análise, não há qualquer registro na peça impugnatória das matérias em destaque suscitadas no recurso voluntário, razão pela qual não se conhece de tais argumentos.

Não é lícito inovar no recurso para inserir questão diversa daquela originalmente deduzida na impugnação/manifestação de inconformidade, devendo as inovações ser afastadas por se referirem a matéria não impugnada no momento processual devido.

¹ HUMBERTO, Theodoro Júnior. Curso de direito processual civil. vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 225-226

Da Decadência

Conforme exposto linhas acima, a Contribuinte defende a perda do direito de o Fisco constituir o crédito tributário, destacando que *é indubitável que após a publicação nº da Súmula Vinculante 8 do STF, o julgamento do lançamento deverá se pautar na conformidade dele com o Código Tributário Nacional (CTN).*

Neste espeque, concluiu a Recorrente que, *analisando-se o alegado crédito exigido em consonância com o Código Tributário Nacional (art. 150 § 4º), evidencia-se a decadência vez que se opera em cinco anos contados a partir da data da ocorrência do fato gerador, isto, para que o direito do Fisco não se torne perpetuo. A jurisprudência pátria emprega analogicamente a regra do art. 173, I do CTN, mandando contar a caducidade a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado.*

Tal matéria de defesa não chegou a ser suscitada em sede de impugnação. Todavia, tratando-se de matéria de ordem pública, cognoscível a qualquer momento e/ou instância, inclusive de ofício, dela se conhece nessa oportunidade.

E, apesar de não ter sido suscitada na impugnação, a DRJ sobre ela se manifestou, ainda que de forma indireta, nos seguintes termos:

(...)

Há, entretanto, uma retificação a ser realizada, visto que a Fiscalização exige, na competência O3/1999 valores superiores aos lançados na NFLD nº 35.386.559-1, anulada por vício formal. Quando o lançamento em julgamento foi realizado, vigia o artigo 45 da Lei nº 8.212/91, que previa o prazo decadencial decenal para o Fisco constituir o crédito:

“Art 45. O direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, a constituição de crédito anteriormente efetuada. ”

Todavia, após o lançamento foi publicada a Súmula Vinculante nº 8 do Supremo Tribunal Federal que determinou a inconstitucionalidade do prazo decadencial decenal:

“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. ”

Assim, as contribuições previdenciárias devem ser exigidas dentro dos prazos decadenciais previstos no Código Tributário Nacional (CTN).

O lançamento em julgamento decorre da anulação de anterior por vício formal. Assim, a decadência está regida pelo inciso II do artigo 173 do CTN:

“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.”

O prazo concedido pelo CTN para que se proceda a novo lançamento a fim de substituir a anteriormente anulado deve ser visto como uma nova oportunidade dada do Fisco de corrigir o vício constatado em julgamento. Não é nova oportunidade para que a Fiscalização revise seus procedimentos e exija crédito não constituído anteriormente.

A inovação no novo lançamento deverá observar o inciso I do artigo 173 ou o § 4º do artigo 150, ambos do CTN. A matéria nova não tem por pressuposto o vício formal previsto no inciso II do artigo 173 do Diploma Tributário.

Com isso, não posso considerar procedente a majoração da alíquota efetuada pela Fiscalização no lançamento em julgamento. Se, na NFLD nº 35.386.559-1, a base de cálculo da retenção (valor do serviço prestado) foi calculada como 50% do valor da nota fiscal na competência 03/1999, esta alíquota não pode ser aumentada para 100% no lançamento em julgamento, realizado em 28/04/2006. Logo, a base de cálculo da retenção deve ser reduzida à metade.

Deixo consignado que o procedimento fiscal estaria correto se o artigo 45 da Lei nº 8.212/91 fosse uma norma válida. Neste caso, a Fiscalização poderia ter inovado, pois estaria amparada no inciso I do mencionado artigo.

Como se vê, considerando que a presente autuação se trata de lançamento substituto da NFLD DEBCAD nº 35.386.559-1, a qual foi julgada nula pelo antigo Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS) por erro na identificação do sujeito passivo, nos termos do Acórdão nº 2.310, a DRJ concluiu que, no presente caso, o Fisco tinha o prazo de 05 (cinco) anos para constituir o crédito tributário, contados da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, a constituição de crédito anteriormente efetuada.

Pois bem!

No caso em análise, conforme já exposto linhas acima, o órgão julgador de primeira instância entendeu ser aplicável a regra da contagem do prazo decadencial a partir da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Contudo, não trouxe aos autos cópia da decisão proferida pelo antigo CRPS que anulou a NFLD DEBCAD nº 35.386.559-1.

Para o deslinde da querela, então, impõe-se verificar em quais termos se deu o julgamento que reconheceu a nulidade da referida NFLD.

Para tanto, confira-se a íntegra do voto objeto do Acórdão CRPS nº 2.310, (que consta nos autos do processo 15922.000328/2009-48, o qual, por sua vez, está anexo ao presente PAF):

Acórdão CRPS 2.310/2003

(...)

Voto

Considerando o disposto no artigo 14 do Código Civil (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916) vigente à época do lançamento, o ente que possui personalidade jurídica é o Município de Jundiá, o qual deverá constar do pólo passivo deste lançamento, ao invés da Prefeitura, que é órgão despersonalizado.

A IN nº 65/2002, em seu artigo 14, somente vem confirmar este entendimento.

Por conseguinte, de acordo com Portaria nº 357/2002 do MPAS, consoante o seu artigo 28, é nula a notificação fiscal em razão do erro na identificação do sujeito passivo.

CONCLUSÃO: Voto no sentido de ANULAR A NFLD.

Como se vê, em nenhum momento é dito, na decisão em análise, que o vício que ensejou a decretação da nulidade daquela NFLD é de natureza formal.

É bem verdade que, por outro lado, também não está afirmado – pelo menos não de forma expressa – que o referido vício seria de natureza material.

Todavia, analisando-se a fundamentação do voto supra, não há dúvidas de que o vício que ensejou a decretação da nulidade daquele lançamento é de natureza material.

De fato, tratando-se de vício consistente em erro na identificação do sujeito passivo, tal como decidido pelo antigo CRPS, tem-se que a natureza deste é MATERIAL, e não formal, conforme concluiu o órgão julgador de primeira instância.

Neste sentido, confira-se as razões de decidir do voto vencedor da Conselheira Tatiana Midori Migiyama, objeto do recentíssimo Acórdão 9303-001.707, de 20 de agosto de 2021, *in verbis*:

Primeiramente, peço vênias ao nobre conselheiro relator, que tanto admiro, para expor os fundamentos que direcionaram o colegiado para se negar provimento ao Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional, firmando que o vício na identificação do sujeito passivo deve ser considerado como material.

Para tanto, considerando minha concordância com o decidido no acórdão recorrido, cabe transcrever o irretocável voto do ilustre conselheiro Fenelon Moscoso de Almeida constante do acórdão recorrido:

(...)

Há um evidente erro na “identificação jurídica” do sujeito passivo da obrigação tributária, um típico “erro de direito”, residente no plano da interpretação e aplicação das normas jurídicas ao caso concreto, na valoração jurídica dos fatos: constituir crédito tributário face a contribuinte de fato (distribuidora) como se de direito (indústria) o fosse; clara incorreção dos critérios jurídicos que lastrearam o lançamento quanto ao aspecto pessoal da regra matriz de incidência tributária, conforme ensinamentos extraídos do Parecer PGFN/CAT nº 278/2014.

Suficientes as razões expostas, voto por dar provimento ao recurso voluntário interposto pela MAS IMPORT COMÉRCIO E DISTRIBUIDORA LTDA, para anular o lançamento por vício material, em razão de erro na identificação do sujeito passivo.

(...)

Inegável e irrefutável que, no presente caso, houve evidente erro na “identificação jurídica” do sujeito passivo da obrigação tributária - erro de direito – o que entendo se tratar de vício material, eis que se trata de elemento primordial a ser observado pela autoridade fiscal, em observância aos arts. 142 do CTN e arts. 10 e 59 do Decreto 70.235/72.

Frise-se o entendimento desse órgão sobre a matéria:

- acórdão 2402-010.135, que trouxe em dispositivo: “Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário para, de ofício, anular o lançamento fiscal por vício material, em face de erro na identificação do sujeito passivo [...]”;

- acórdão 9303-011.573, que consignou a seguinte ementa:

“AUTO DE INFRAÇÃO. ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. AUSÊNCIA NO PROCESSO DO SUJEITO PASSIVO CORRETO. VÍCIO MATERIAL.

A indicação de sujeito passivo com aplicação equivocada da norma de responsabilidade, restando ausente o sujeito passivo que deveria responder pelo tributo devido, constitui causa de nulidade, caracterizando-se como vício material.”

- acórdão 9202-009.268, que consignou a seguinte ementa:

“PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE. ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO.

É nulo por vício material o lançamento que, não sendo efetuado em nome da empresa que realizou o fato gerador, elege como contribuinte pessoa jurídica que deveria ser vinculada como devedora solidária, por integrar o grupo econômico a que pertence o real contribuinte.”

Em vista do exposto, votamos por negar provimento ao Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional.

Tratando-se, pois, o erro na identificação do sujeito passivo, de vício de natureza material, resta afastado o fundamento da decisão de primeira instância, no sentido de que o direito de o Fisco constituir o crédito extingue-se após o transcurso do lustro decadencial, contado da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Falta agora, então, determinar, qual seria, então, a regra (de contagem da decadência) aplicável ao caso em análise.

Como regra geral, o termo inicial para a contagem do prazo decadencial é aquele definido nos incisos I e II, do art. 173 do CTN, nos seguintes termos:

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.

Entretanto, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, havendo pagamento antecipado por parte do sujeito passivo, ainda que parcial, o prazo decadencial conta-se nos termos do §4º do art. 150 do CTN, que assim dispõe:

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.

Destarte, é primordial verificar a existência ou não de pagamento a fim de ser fixada qual das duas regras será utilizada para a determinação do termo inicial para a contagem do prazo decadencial.

Ocorre que, no caso em análise, considerando que a contribuinte foi cientificada do lançamento fiscal que deu origem ao presente processo administrativo em 28/04/2006 (p. 2) e que este se refere às competências de 02 a 12/1999, resta configurada a perda do direito de o Fisco constituir o crédito tributário em análise, em face da consumação da decadência, independentemente da regra aplicável ao caso concreto.

Conclusão

Ante o exposto, concluo o voto no sentido de conhecer em parte do recurso voluntário, não se conhecendo das alegações de (a) inaplicabilidade da Instrução Normativa MPS/SRP nº3/2005, (b) não incidência da retenção para o mês de fevereiro/1999 e (c) improcedência quanto à caracterização dos serviços prestados pela empresa Data City Consultores Associados S/C LTDA, uma vez que tais alegações recursais não foram levadas ao conhecimento e à apreciação da autoridade julgadora de primeira instância, representando inovação recursal e, na parte conhecida do recurso, dar-lhe provimento, cancelando-se o lançamento fiscal, vez que atingido pela decadência.

(documento assinado digitalmente)

Gregório Rechmann Junior