



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

Processo nº 19740.000129/2008-48
Recurso nº 000.000 De Ofício
Acórdão nº 2401-002.227 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de janeiro de 2012
Matéria DIFERENÇA DE CONTRIBUIÇÕES, RETENÇÃO DE 11%
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado IRB BRASIL RESSEGUROS S/A

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/1999 a 30/11/2002

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO - FOLHA DE PAGAMENTO - SEGURADOS EMPREGADOS - DIRETORES EMPREGADOS - SALÁRIO INDIRETO - PERÍODO ATINGINDO PELA DECADÊNCIA QUINQUENAL - SÚMULA VINCULANTE STF.

O STF em julgamento proferido em 12 de junho de 2008, declarou a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/1991, tendo inclusive no intuito de eximir qualquer questionamento quanto ao alcance da referida decisão, editado a “**Súmula Vinculante nº 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”.

Para os lançamentos de diferenças de contribuições a decadência deve ser apreciada a luz do art. 150, § 4º do CTN.

Para os lançamentos de contribuições a título de retenção de 11% não realizadas, que englobou como última competência 08/2001, deve-se observar que na data do lançamento a decadência haver-se-ia de ser declarada por qualquer das teses adotadas, seja o art. 150 § 4º ou art. 173, I do CTN.

No lançamento em questão todos os fatos geradores encontram-se decadentes pela aplicação dos dispositivos acima mencionados.

Recurso de Ofício Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 10/08/2012 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA, Assinado digitalmente em 13/08/2012 por ELIAS SAMPAIO FREIRE, Assinado digitalmente em 10/08/2012 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA

Impresso em 14/08/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Elias Sampaio Freire - Presidente

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira - Relatora

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Elias Sampaio Freire, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Kleber Ferreira de Araújo, Cleusa Vieira de Souza, Marcelo Freitas de Souza Costa e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

O presente NFLD, lavrada sob o n. 37.129.619-6, tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social, parcela a cargo da empresa, incluindo as destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho e a destinada aos Terceiros, sobre a remuneração paga aos segurados empregados e contribuintes individuais, bem como contribuições acerca da retenção de 11% sobre a contratação de serviços mediante empreitada e cessão de mão de obra.

De acordo com as informações consignadas nos **subitens 6.1 a 6.4** do Relatório Fiscal da NFLD e na planilha de fls. 69, onde é demonstrada a apuração do crédito apurado no "Levantamento DGF — Diferenças GFIP x GPS% relativo ao **período descontinuo de 02/1999 a 04/2001**, constata-se que se trata de diferenças apuradas mediante o batimento entre os valores das contribuições declaradas em GFIP e as efetivamente recolhidas pela Impugnante.

Já o crédito apurado nos levantamentos **"R01 — Dif. de Retenção Conservo'**, **"R02 — Dif. de Retenção Orbral — Limpeza"**, **"R03 — Dif. de Retenção Orbral Administração'**, **"R04 — Dif. de Retenção Work Time"** **"R05 — Dif. de Retenção Limp Califórnia"** **"R06 — Dif. de Retenção — JHM"** e **"R07 — Dif. de Retenção — San Sim%** relativo ao **período descontinuo de 05/1999 a 11/2002**, corresponde a diferenças verificadas na retenção dos 11% sobre o valor bruto das notas fiscais ou faturas de prestação de serviço (artigo 31 da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 9.711/98), conforme informado no subitem 53, Relatório Fiscal da NFLD.

20. No que diz respeito ao crédito apurado nos levantamentos **"R08 — Retenção Uni Rio"**; **"R09 — Retenção Sibelly"**; **"R010 — Retenção Felicoop"**; **"R011 — Retenção Coopanest"** e **"R012 — Retenção Comed."**, relativo ao **período descontinuo de 02/1999 a 08/2001**, a Auditoria-Fiscal, no **subitem 5.4** do Relatório Fiscal da NFLD, esclarece que se trata da retenção dos 11 % sobre o valor bruto das notas fiscais ou faturas de prestação de serviço (artigo 31 da Lei nº 8.212/91, apurado através da contabilidade da empresa, por não terem sido apresentadas as notas fiscais de serviço, na sua totalidade.

Importante, destacar que a lavratura da NFLD deu-se em 19/12/2007, tendo a cientificação ao sujeito passivo ocorrido no dia 20/12/2007.

Não conformada com a NFLD a recorrente apresentou impugnação, fls. 76 a 106.

Foi exarada a Decisão que determinou a improcedência da notificação, conforme fls.154 a 162 , tendo em vista o alcance da decadência quinquenal.

A DRFB recorreu de ofício, com base no art. 34, I do Decreto 70235/72, c/c art. 366, I do RPS, aprovado pelo Decreto nº 3048/99, e c/c art. 1º da portaria nº 3 de 3/1/2008 do Ministro da Fazenda.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Relatora

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

Trata-se de recurso de ofício, com base no art. 34, I do Decreto 70235/72, c/c art. 366, I do RPS, aprovado pelo Decreto nº 3048/99, e c/c art. 1º da portaria nº 3 de 3/1/2008 do Ministro da Fazenda.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES:

Com fundamento na Súmula nº 08 do STF, prolatou a autoridade julgadora decisão, no sentido de determinar a improcedência do lançamento, tendo em vista que a totalidade do mesmo encontra-se alcançado pela decadência quinquenal nos termos dos art. 150, § 4º e art. 173, I do CTN. Neste sentido, entendo que razão assiste ao julgador nos termos abaixo propostos.

Quanto a preliminar referente ao prazo de decadência para o fisco constituir os créditos objeto desta NFLD, subsumo todo o meu entendimento quanto a legalidade do art. 45 da Lei 8212/91 (10 anos), outrora defendido, à decisão do STF.

O STF em julgamento proferido em 12 de junho de 2008, declarou a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/1991, tendo inclusive no intuito de eximir qualquer questionamento quanto ao alcance da referida decisão, editado a Súmula Vinculante de nº 8, senão vejamos:

***Súmula Vinculante nº 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”.*

O texto constitucional em seu art. 103-A deixa claro a extensão dos efeitos da aprovação da súmula vinculando, obrigando toda a administração pública ao cumprimento de seus preceitos. Dessa forma, entendo que este colegiado deverá aplicá-la de pronto, mesmo nos casos em que não argüida a decadência quinquenal por parte dos recorrentes. Assim, prescreve o artigo em questão:

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.

Ao declarar a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212, prevalecem as disposições contidas no Código Tributário Nacional – CTN, quanto ao prazo para a autoridade previdenciária constituir os créditos resultantes do inadimplemento de obrigações previdenciárias. Cite-se o posicionamento do STJ quando do julgamento proferido pela 1ª

Seção no Recurso Especial de n.º 766.050, cuja ementa foi publicada no Diário da Justiça em 25 de fevereiro de 2008, nestas palavras:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ISS. ALEGADA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. VALIDADE DA CDA. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA - ISS. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. ENQUADRAMENTO DE ATIVIDADE NA LISTA DE SERVIÇOS ANEXA AO DECRETO-LEI Nº 406/68. ANALOGIA. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. POSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FAZENDA PÚBLICA VENCIDA. FIXAÇÃO. OBSERVAÇÃO AOS LIMITES DO § 3.º DO ART. 20 DO CPC. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07 DO STJ. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. INOCORRÊNCIA. ARTIGO 173, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN.

1. O Imposto sobre Serviços é regido pelo DL 406/68, cujo fato gerador é a prestação de serviço constante na lista anexa ao referido diploma legal, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo. 2. A lista de serviços anexa ao Decreto-lei n.º 406/68, para fins de incidência do ISS sobre serviços bancários, é taxativa, admitindo-se, contudo, uma leitura extensiva de cada item, no afã de se enquadrar serviços idênticos aos expressamente previstos (Precedente do STF: RE 361829/RJ, publicado no DJ de 24.02.2006; Precedentes do STJ: AgRg no Ag 770170/SC, publicado no DJ de 26.10.2006; e AgRg no Ag 577068/GO, publicado no DJ de 28.08.2006). 3. Entrementes, o exame do enquadramento das atividades desempenhadas pela instituição bancária na Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei 406/68 demanda o reexame do conteúdo fático probatório dos autos, insindicável ante a incidência da Súmula 7/STJ (Precedentes do STJ: AgRg no Ag 770170/SC, publicado no DJ de 26.10.2006; e REsp 445137/MG, publicado no DJ de 01.09.2006). 4. Deveras, a verificação do preenchimento dos requisitos em Certidão de Dívida Ativa demanda exame de matéria fático-probatória, providência inviável em sede de Recurso Especial (Súmula 07/STJ). 5. Assentando a Corte Estadual que "na Certidão de Dívida Ativa consta o nome do devedor, seu endereço, o débito com seu valor originário, termo inicial, maneira de calcular juros de mora, com seu fundamento legal (Código Tributário Municipal, Lei n.º 2141/94; 2517/97, 2628/98 e 2807/00) e a descrição de todos os acréscimos" e que "os demais requisitos podem ser observados nos autos de processo administrativo acostados aos autos de execução em apenso, onde se verificam: a procedência do débito (ISSQN), o exercício correspondente (01/12/1993 a 31/10/1998), data e número do Termo de Início de Ação Fiscal, bem como do Auto de Infração que originou o débito", não cabe ao Superior Tribunal de Justiça o reexame dessa inferência. 6. Vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários advocatícios não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser

adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do artigo 20, § 4º, do CPC (Precedentes: AgRg no AG 623.659/RJ, publicado no DJ de 06.06.2005; e AgRg no Resp 592.430/MG, publicado no DJ de 29.11.2004). 7. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07, do STJ, e no entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário" (Súmula 389/STF). 8. O Código Tributário Nacional, ao dispor sobre a decadência, causa extintiva do crédito tributário, assim estabelece em seu artigo 173: "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." 9. 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, quais sejam: (i) 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; (ii) regra da decadência do direito de lançar nos casos em que notificado o contribuinte de medida preparatória do lançamento, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento de ofício ou de tributos sujeitos a lançamento por homologação em que inócorre o pagamento antecipado; (iii) regra da decadência do direito de lançar nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em que há parcial pagamento da exação devida; (iv) regra da decadência do direito de lançar em que o pagamento antecipado se dá com fraude, dolo ou simulação, ocorrendo notificação do contribuinte acerca de medida preparatória; e (v) regra da decadência do direito de lançar perante anulação do lançamento anterior (In: Decadência e Prescrição no Direito Tributário, Eurico Marcos Diniz de Santi, 3ª Ed., Max Limonad, págs. 163/210). 10. Nada obstante, as aludidas regras decadenciais apresentam prazo quinquenal com dies a quo diversos. 11. Assim, conta-se do "do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" (artigo 173, I, do CTN), o prazo quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício), quando não prevê a lei o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo inócorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, bem como inexistindo notificação de qualquer medida preparatória por parte do Fisco. No particular, cumpre enfatizar 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, sendo inadmissível a aplicação cumulativa dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do CTN, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação, a fim de configurar desarrazoado prazo decadencial decenal. 12. **Por seu turno, nos casos em que inexistente dever de pagamento antecipado (tributos sujeitos a lançamento de ofício) ou quando, existindo a aludida obrigação (tributos sujeitos a lançamento por homologação), há omissão do contribuinte na antecipação do pagamento, desde que inócuentes quaisquer ilícitos (fraude, dolo ou simulação), tendo sido, contudo, notificado de medida preparatória indispensável ao lançamento, fluindo o termo inicial do prazo decadencial da aludida notificação (artigo 173, parágrafo único, do CTN), independentemente de ter sido a mesma realizada antes ou depois de iniciado o prazo do inciso I, do artigo 173, do CTN.** 13. Por outro lado, a decadência do direito de lançar do Fisco, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, quando ocorre pagamento antecipado inferior ao efetivamente devido, sem que o contribuinte tenha incorrido em fraude, dolo ou simulação, nem sido notificado pelo Fisco de quaisquer medidas preparatórias, obedece a regra prevista na primeira parte do § 4º, do artigo 150, do Codex Tributário, segundo o qual, se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador: "Neste caso, concorre a contagem do prazo para o Fisco homologar expressamente o pagamento antecipado, concomitantemente, com o prazo para o Fisco, no caso de não homologação, empreender o correspondente lançamento tributário. Sendo assim, no termo final desse período, consolidam-se simultaneamente a homologação tácita, a perda do direito de homologar expressamente e, conseqüentemente, a impossibilidade jurídica de lançar de ofício" (In Decadência e Prescrição no Direito Tributário, Eurico Marcos Diniz de Santi, 3ª Ed., Max Limonad, pág. 170). 14. A notificação do ilícito tributário, medida indispensável para justificar a realização do ulterior lançamento, afigura-se como dies a quo do prazo decadencial quinquenal, em havendo pagamento antecipado efetuado com fraude, dolo ou simulação, regra que configura ampliação do lapso decadencial, in casu, reiniciado. Entrementes, "transcorridos cinco anos sem que a autoridade administrativa se pronuncie, produzindo a indigitada notificação formalizadora do ilícito, operar-se-á ao mesmo tempo a decadência do direito de lançar de ofício, a decadência do direito de constituir juridicamente o dolo, fraude ou simulação para os efeitos do art. 173, parágrafo único, do CTN e a extinção do crédito tributário em razão da homologação tácita do pagamento antecipado" (Eurico Marcos Diniz de Santi, in obra citada, pág. 171). 15. Por fim, o artigo 173, II, do CTN, cuida da regra de decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário quando sobrevém decisão definitiva, judicial ou administrativa, que anula o lançamento anteriormente efetuado, em virtude da verificação de vício formal. Neste caso, o marco decadencial*

inicia-se da data em que se tornar definitiva a aludida decisão anulatória. 16. In casu: (a) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (b) a obrigação ex lege de pagamento antecipado do ISSQN pelo contribuinte não restou adimplida, no que concerne aos fatos geradores ocorridos no período de dezembro de 1993 a outubro de 1998, consoante apurado pela Fazenda Pública Municipal em sede de procedimento administrativo fiscal; (c) a notificação do sujeito passivo da lavratura do Termo de Início da Ação Fiscal, medida preparatória indispensável ao lançamento direto substitutivo, deu-se em 27.11.1998; (d) a instituição financeira não efetuou o recolhimento por considerar intributáveis, pelo ISSQN, as atividades apontadas pelo Fisco; e (e) a constituição do crédito tributário pertinente ocorreu em 01.09.1999. 17. Desta sorte, a regra decadencial aplicável ao caso concreto é a prevista no artigo 173, parágrafo único, do Codex Tributário, contando-se o prazo da data da notificação de medida preparatória indispensável ao lançamento, o que sucedeu em 27.11.1998 (antes do transcurso de cinco anos da ocorrência dos fatos impositivos apurados), donde se deduz a higidez dos créditos tributários constituídos em 01.09.1999. 18. Recurso especial parcialmente conhecido e desprovido.(GRIFOS NOSSOS)

Podemos extrair da referida decisão as seguintes orientações, com o intuito de balizar a aplicação do instituto da decadência quinquenal no âmbito das contribuições previdenciárias após a publicação da Súmula vinculante nº 8 do STF:

Conforme descrito no recurso acima: “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, quais sejam: (i) 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; (ii) regra da decadência do direito de lançar nos casos em que notificado o contribuinte de medida preparatória do lançamento, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento de ofício ou de tributos sujeitos a lançamento por homologação em que incoorre o pagamento antecipado; (iii) regra da decadência do direito de lançar nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em que há parcial pagamento da exação devida; (iv) regra da decadência do direito de lançar em que o pagamento antecipado se dá com fraude, dolo ou simulação, ocorrendo notificação do contribuinte acerca de medida preparatória; e (v) regra da decadência do direito de lançar perante anulação do lançamento anterior (In: Decadência e Prescrição no Direito Tributário, Eurico Marcos Diniz de Santi, 3ª Ed., Max Limonad, págs. 163/210)

O Código Tributário Nacional, ao dispor sobre a decadência, causa extintiva do crédito tributário, nos casos de lançamentos em que não houve antecipação do pagamento assim estabelece em seu artigo 173:

"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."

Já em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, quando ocorre pagamento antecipado inferior ao efetivamente devido, sem que o contribuinte tenha incorrido em fraude, dolo ou simulação, aplica-se o disposto no § 4º, do artigo 150, do CTN, segundo o qual, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador, Senão vejamos o dispositivo legal que descreve essa assertiva:

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.

§ 1º - O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento.

§ 2º - Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.

§ 3º - Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.

§ 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. (grifo nosso)

Contudo, para que possamos identificar o dispositivo legal a ser aplicado, seja o art. 173 ou art. 150 do CTN, devemos identificar a natureza das contribuições omitidas para que, só assim, possamos declarar da maneira devida a decadência de contribuições previdenciárias.

No caso, ao analisarmos os termos da decisão, observamos que para os levantamentos em que se constatou tratar de diferença de contribuições a decadência foi apreciada a luz do art. 150, § 4º do CTN. Já para os casos de retenção de 11% apuradas em contabilidade em que se constatou a inexistência de recolhimentos antecipados o dispositivo legal aplicado foi o art. 173, I do CTN. Vejamos trechos da referida decisão:

*17. De acordo com as informações consignadas nos **subitens***

6.1 a 6.4 do Relatório Fiscal da NFLD e na planilha de fls. 69, onde é demonstrada a apuração do crédito apurado no

"Levantamento DGF — Diferenças GFIP x GPS% relativo ao **período descontínuo de 02/1999 a 04/2001**, constata-se que se trata de diferenças apuradas mediante o batimento entre os valores das contribuições declaradas em GFIP e as efetivamente recolhidas pela Impugnante.

18. Já o crédito apurado nos levantamentos **"R01 — Dif. de Retenção Conservo", "R02 — Dif. de Retenção Orbral — Limpeza", "R03 — Dif. de Retenção Orbral Administração", "R04 — Dif. de Retenção Work Time" "R05 — Dif. de Retenção Limp Califórnia" "R06 — Dif. de Retenção — JHM" e "R07 — Dif. de Retenção — San Sim% relativo ao período descontínuo de 05/1999 a 11/2002**, corresponde a diferenças verificadas na retenção dos 11% sobre o valor bruto das notas fiscais ou faturas de prestação de serviço (artigo 31 da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 9.711/98), conforme informado no **subitem 53**, Relatório Fiscal da NFLD.

19. Assim sendo, verifica-se que no **período de 02/1999 a 11/2002**, no qual foi apurado o crédito através dos levantamentos relacionados nos **itens 17 e 18** acima, houve recolhimentos de contribuições previdenciárias por parte da Impugnante, logo, conforme os parâmetros acima expostos, o prazo a ser aplicado na apuração da decadência é o previsto no § 4º do artigo 150 do CTN: cinco anos, a contar do fato gerador, para homologar o que foi pago ou lançar a diferença acaso existente.

20. No que diz respeito ao crédito apurado nos levantamentos **"R08 — Retenção Uni Rio"; "R09 — Retenção Sibelly"; "R010 — Retenção Felicoop"; "R011 — Retenção Coopanest" e "R012 — Retenção Comed."**, relativo ao **período descontínuo de 02/1999 a 08/2001**, a Auditoria-Fiscal, no **subitem 5.4** do Relatório Fiscal da NFLD, esclarece que se trata da retenção dos 11 % sobre o valor bruto das notas fiscais ou faturas de prestação de serviço (artigo 31 da Lei nº 8.212/91, apurado através da contabilidade da empresa, por não terem sido apresentadas as notas fiscais de serviço, na sua totalidade.

21. Dessa forma, para o período no qual foi apurado o crédito através dos levantamentos mencionados no **item 20 acima (02/1999 a 08/2001)**, não se constata a ocorrência de recolhimentos de contribuições previdenciárias em relação aos fatos geradores daquele crédito, logo, conforme os parâmetros acima expostos, o prazo a ser aplicado na apuração da decadência é o previsto no artigo 173, I, do CTN: cinco anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

22. Considerando que o lançamento somente foi efetuado em 20/12/2007, conforme fls 01, conclui-se que, tanto os créditos apurados nos levantamentos relacionados nos **itens 17 e 18**, cuja decadência é apurada através dos ditames estabelecidos no artigo 150, § 4º do CTN, como o crédito apurado através dos levantamentos relacionados no **item 20**, cuja decadência é apurada através dos ditames estabelecidos no artigo 173, I, do

mesmo diploma legal, estão incluídos em período abrangido pela decadência.

23. Pelo exposto, e considerando que todo o crédito apurado está inserido em período abrangido pela decadência, portanto, nos termos dos artigos 150, § 4º e 173, § único do CTN, definitivamente extinto, o lançamento deve ser julgado IMPROCEDENTE.

Assim, considerando que, no caso em questão, o lançamento foi efetuado em 19/12/2007, tendo a cientificação ao sujeito passivo ocorrido no dia 20/12/2007, para o lançamentos de diferenças de contribuições a decadência operou-se em 11/2002 pela aplicação do art. 150 § 4º (assim como descrito na decisão de primeira instância). Já para os lançamentos de contribuições à título de retenção de 11% não realizadas, que englobou como última competência 08/2001, embora possua o mesmo entendimento do ilustre julgador de primeira instância, deve-se observar que na data do lançamento a decadência haver-se-ia de ser declarada por qualquer das teses adotadas, seja o art. 150 § 4º ou art. 173, I do CTN.

Face o exposto, não existem fatos geradores a serem mantidos no lançamento em questão, razão porque nega-se provimento ao recurso de ofício.

CONCLUSÃO:

Voto pelo CONHECIMENTO do RECURSO DE OFÍCIO para no mérito NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira