



Processo nº 12448.725203/2011-01
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2202-005.407 – 2^a Seção de Julgamento / 2^a Câmara / 2^a Turma Ordinária
Sessão de 07 de agosto de 2019
Recorrente NOVA YEN MOTORS COMERCIO LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Data do fato gerador: 25/04/2011

LANÇAMENTO SUBSTITUTIVO. LANÇAMENTO ORIGINAL ANULADO POR VÍCIO MATERIAL. RELANÇAMENTO. POSSIBILIDADE DENTRO DO PRAZO DECADENCIAL ORIGINÁRIO.

O auto de infração é considerado nulo por vício formal este pode se valer do prazo elastecido do art. 173, II do CTN, enquanto que o auto de infração nulo por vício material, pode ser relançado no prazo exígido dos 5 anos constantes do art. 173, I, do CTN, ou ainda do art. 150 §4, do CTN, de acordo com análise das demais questões a serem verificadas na autuação originária, as quais vão indicar o termo inicial a ser utilizado.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

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

DECADÊNCIA

O STF em julgamento proferido em 12 de junho de 2008, declarou a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei n 0 8.212/1991, tendo inclusive no intuito de eximir qualquer questionamento quanto ao alcance da referida decisão, editado a Súmula Vinculante n. 08.

Em se tratando de auto de infração a decadência deve ser apreciada a luz do art. 173, Ido CTN.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Ronnie Soares Anderson - Presidente.

(assinado digitalmente)

Marcelo de Sousa Sáteles - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Gabriel Tinoco Palatnic (Suplente convocado), Ludmila Mara Monteiro de Oliveira, Leonam Rocha de Medeiros, Marcelo de Sousa Sáteles (Relator), Martin da Silva Gesto, Ricardo Chiavegatto de Lima, Rorildo Barbosa Correia e Ronnie Soares Anderson (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra o acórdão n.º 12-61.498, proferido pela 12^a Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro - RJ (DRJ/RJ1) que julgou improcedente a impugnação, mantendo a cobrança do crédito tributário.

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da DRJ de origem que assim os relatou:

Trata-se do Auto de Infração n.º 37.285.929-1, no valor de R\$ 15.235,55, mais juros moratórios, lavrado pela fiscalização, com ciência pessoal em 29/04/2011, relativo à multa decorrente do descumprimento do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, da Lei 8.212/91 (CFL 38);

2. De acordo com o Relatório Fiscal do Auto de Infração (fls. 06/13), embora a empresa lançasse em títulos próprios de sua contabilidade os fatos geradores de contribuições previdenciárias, não o fez em relação às comissões recebidas pelos empregados que lhe prestaram serviço;

3. Em 27 de maio de 2011, o autuado impugnou a exigência, alegando, em síntese, que (fls. 31/34):

3.1. o presente AI foi lavrado em substituição ao AI n.º 37.208.450-8, declarado nulo pela 15^a Turma da DRJ/RJ 1, através do Acórdão n.º 12-28.133;

3.2. em 25 de janeiro de 2010, os membros da 15^a Turma já reconheceram a decadência relativa ao período de 01 a 02/2004, julgando nulo o AI n.º 37.208.450-8;

3.3. no que se refere ao restante do período, este também foi atingido pela decadência, nos termos do art. 173,1, do CTN, porquanto o AI ora impugnado foi lavrado em 2011;

3.4. ainda que se alegue que o presente AI seja meramente substitutivo do AI lavrado em 2009, pelo que somente o período de 01 e 02/2004 seria decadente, tal proposição não seria verdadeira, uma vez que a nulidade do ato administrativo operou efeito *ex tunc*, retroagindo à sua origem;

3.5. a nulidade do AI não resultou em interrupção ou suspensão do prazo decadencial.

A impugnação foi julgado improcedente pela DRJ/RJ1. A decisão teve a seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Data do fato gerador: 25/04/2011

LANÇAMENTO. NULIDADE. VÍCIO FORMAL. PRAZO DECADENCIAL. LANÇAMENTO SUBSTITUTIVO. *DIES A QUO*. 5 ANOS. TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO.

Havendo nulidade do lançamento por vício formal, o fisco poderá efetuar o lançamento substitutivo, na forma correta, dentro do prazo de 5 anos a contar da data em que se tomou definitiva a decisão que o anulou.

A exigência foi mantida no julgamento de primeiro grau (efls. 55 e ss.), ensejando a interposição de recurso voluntário, alegando, em apertada síntese, que:

- o auto de infração ora em questão, foi lançado em substituição ao AI n. 37.208.450-8, no qual havia sido declarada a decadência relativa ao período 01.2004 e 02.2004, e, por fim, declarada a nulidade da autuação;

- alega que as competências 02/2004 a 12/2004 também estariam abarcadas pela decadência, nos termos do art. 173, I, do CTN;

- o Auto de Infração foi considerado nulo, perdendo a sua validade. Isso significa dizer que com relação ao fato gerador ocorrido em 2004 não houve nenhuma hipótese de interrupção ou suspensão do prazo decadencial, tendo, por inércia da Administração Pública, ocorrido a extinção do seu direito pelo decurso de um prazo prefixado, qual seja, cinco anos;

- requer, por fim, que seja reconhecida a decadência do lançamento efetuado.

Voto

Conselheiro Marcelo de Sousa Sáteles, Relator.

O recurso foi apresentada tempestivamente, atendendo também aos demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento.

DA DECADÊNCIA

Trata-se de lançamento substitutivo do AI n.º 37.208.450-8, tornado nulo pela 15^a Turma desta DRJ, acostada às fls. 35/40 pela defesa, e do despacho de fls. 24/25, a motivação da nulidade do lançamento, autorizadora da repetição do feito fiscal, foi o erro no lançamento que causou o cerceamento ao direito de defesa do contribuinte.

Faz-se necessário então delimitar se a nulidade declarada pela DRJ foi por vício formal ou material. No caso de vício formal, o prazo decadencial para a constituição de outro crédito tributário é restabelecido, passando a ser contado a partir da data da decisão definitiva que declarou a nulidade do lançamento, a teor do que dispõe o artigo 173, inciso II, do Código Tributário Nacional CTN.

Já no caso de vício material, o prazo decadencial continua a ser contado da data da ocorrência do fato gerador do tributo (CTN. art. 150, § 4º) ou do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (CTN. art. 173.1).

Assim, ocorrendo nulidade por vício material poderá o Fisco promover novo lançamento, corrigindo o vício incorrido, desde que dentro do prazo decadencial estipulado, sem o restabelecimento, *in totum*, do prazo que é concedido na hipótese de se tratar de nulidade por vício formal.

Com efeito, o sentido do CTN não é prolongar a decadência para todo o tipo de crédito tributário, mas apenas para aqueles que tenha sido anulados por ocorrência de "vício formal" em sua constituição.

Passemos então a analisar o voto condutor do relator da DRJ (efls. 35 e ss.), que ensejou a nulidade do auto de infração, no essencial, *in verbis*:

Nulidade - Erro na Capitulação Legal da Infração Cometida

10. Corresponde ao **Código de Fundamentação Legal 38** (descumprimento do artigo 33, §§ 2º c 3º da Lei 8.212/1991 c/e artigos 232 e 233, § único do Regulamento de Previdência Social, aprovado pelo Decreto 3.048/1999), e **não do Código de Fundamentação Legal 35 aplicado** (descumprimento do art. 32, inciso III, da Lei 8.212/1991, combinado com o artigo 225, inciso III, do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto 3.048/1999) a infração cometida, descrita às fls. 01 e reproduzida no item 3 como segue: "a empresa foi autuada por no transcorrer da ação fiscal, ter ficado evidenciado que a contabilidade da mesma, no que se refere ao exercício de 2004, embora apresentasse mensalmente em títulos próprios os fatos geradores das contribuições previdenciárias, não o fazia de forma integral, contabilizando a menor tais lançamentos."

10.1. Por conta disso, a capitulação correta da multa é a determinada pelo art. 283, II, "j"; e não a efetivamente aplicada, ou seja, art. 283, II, "b", ambos do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto 3.048/1999.

10.2. A capitulação legal indicada pela fiscalização refere-se à conduta de deixar de apresentar documentos, informações ou livros não diretamente relacionados com contribuições previdenciárias. Porém, no caso vertente (a contabilização omitindo fatos geradores ou com lançamentos em valores a menor), os valores não contabilizados relacionam-se diretamente a tais contribuições.

10.3. **Esse vício, que é de ordem material**, e não sanável no Sistema Informatizado da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), implica, se o processo atingir tal fase, a emissão de Certidão de Dívida Ativa com erro de fundamentação legal, sendo situação passível de nulidade em via judicial, ocasionando, prejuízo à futura execução fiscal. (negritei)

10.4. Ademais, da leitura do relatório fiscal (fls. 01) sequer se forma a convicção de qual foi o fato gerador de contribuições previdenciárias que a empresa contabilizou a menor, apenas se depreendendo, dos demais lançamentos efetuados na ação fiscal, que tais valores decorreram de diferenças RAISXGFIP, as quais a impugnante alega serem, em verdade, participações em seu resultados. Há flagrante cerceamento de defesa.

Com isso, conclui-se que foi declarada a nulidade do AI n.º 37.208.450-8, por vício material, e não por vício formal, conforme consta da decisão ora recorrida (efls. 55 e ss.)

Por se tratar de obrigação acessória de "fazer" ou "deixar de fazer", logo é irrelevante a existência ou não de recolhimentos antecipados, para determinar a aplicação do § 4º, do artigo 150, do CTN, devendo-se aplicar, então, o inciso I, do artigo 173, do CTN.

No caso, podemos observar no Relatório Fiscal do Auto de Infração (efls. 06 e ss.) que o período objeto da fiscalização compreendeu 01/2004 a 12/2004.

A empresa foi autuada por no transcorrer da ação fiscal, ter ficado evidenciado que a contabilidade da mesma, no que se refere ao ano-calendário 2004, embora apresentasse

mensalmente em títulos próprios os fatos geradores das contribuições previdenciárias, não o fazia de forma integral, contabilizando a menor tais lançamentos, pois não foram lançadas as comissões recebidas pelos segurados empregados que prestaram serviço para a empresa.

No caso em questão, o novo lançamento foi efetuado em 25/04/2011, por víncio material do lançamento anterior, tendo a cientificação ao sujeito passivo ocorrido em 29/04/2011 (efls. 03). As faltas que ensejaram a autuação ocorreram no ano-calendário 2004, posto tratar-se de auto de infração, descumprimento de obrigação acessória, não há de considerar antecipação de pagamento sendo a decadência apreciada a luz do art. 173, I do CTN. Neste caso, a decadência haveria de ser declarada até 11/2005.

Conclusão

Ante o exposto, voto em dar provimento ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

Marcelo de Sousa Sáteles