



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

Processo n° 19740.000406/2008-12
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2202-003.126 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de janeiro de 2016
Matéria CP. REMUNERAÇÃO DE SEGURADOS. PARCELAS DESCONTADAS DOS SEGURADOS.
Recorrente BOLSA DE VALORES DO RIO DE JANEIRO E OUTRO.
Recorrida FAZENDA NACIONAL.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1995 a 01/02/2000

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. DECADÊNCIA.
 LANÇAMENTO DECLARADO NULO. LANÇAMENTO
 SUBSTITUTIVO OU NOVO LANÇAMENTO.

A reabertura do prazo para a feitura de um novo lançamento destina-se apenas a permitir que seja sanada a nulidade do lançamento anterior, mas não autoriza um lançamento diverso, abrangente do que não estava abrangido no anterior. Assim, o novo lançamento, de caráter substitutivo, que se faz em decorrência do lançamento anterior, anulado por vício formal, não pode trazer inovações materiais, mas apenas corrigir o vício apontado.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de votos, dar provimento ao recurso para reconhecer a decadência do direito de constituir novo lançamento, vencido o Conselheiro EDUARDO DE OLIVEIRA (Relator), que negou provimento. O Conselheiro MÁRCIO HENRIQUE SALES PARADA foi designado para redigir o voto vencedor.

Assinado digitalmente

Marco Aurélio de Oliveira Barbosa –Presidente

Assinado digitalmente

Eduardo de Oliveira – Relator

Assinado digitalmente

Marcio Henrique Sales Parada – Redator designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Marco Aurélio de Oliveira Barbosa (Presidente), Junia Roberta Gouveia Sampaio, Paulo Mauricio Pinheiro Monteiro, Eduardo de Oliveira, Jose Alfredo Duarte Filho (Suplente Convocado), Wilson Antonio de Souza Correa (Suplente Convocado), Martin da Silva Gesto e Marcio Henrique Sales Parada.

Relatório

O presente Processo Administrativo Fiscal – PAF encerra o Auto de Infração de Obrigação Principal – AIOP - DEBCAD 37.179.556-7, que objetiva o lançamento da contribuição social previdenciária, decorrente da remuneração paga, devida ou creditada aos trabalhadores da categoria de empregados – parte descontada dos trabalhadores, conforme Relatório Fiscal do Processo Administrativo Fiscal – PAF, de fls. 68 a 74, com período de apuração de 01/1995 a 01/2000, conforme Termo de Início de Ação Fiscal – TIAF, de fls. 56 e 57.

O sujeito passivo foi cientificado do lançamento, em 01/09/2008, conforme Folha de Rosto do Auto de Infração de Obrigação Principal – AIOP, fls. 01.

Consta, as fls. 85, Termo de Juntada de Processo por Apensação, o qual informa a juntada por apensação desse processo ao processo 19740.000407/2008-67, ocorrida, em 19/09/2008.

O despacho, de fls. 86, informa a cientificação do contribuinte solidário por meio de Edital, constando este, as fls. 88.

O contribuinte apresentou sua defesa/impugnação, petição com razões impugnatórias, acostadas, as fls. 89 a 112, recebida, em 14/10/2008, conforme carimbo de recepção, de fls. 89, estando acompanhada dos documentos, de fls. 113 a 190; 193 a 206.

A impugnação foi considerada tempestiva, fls. 208.

O órgão julgador de primeiro grau emitiu o Acórdão N° 12-26.876 - 13ª, Turma DRJ/RJ1, em 28/10/2009, fls. 216 a 226.

A impugnação foi considerada procedente em parte.

O crédito foi retificado pelo Discriminativo Analítico de Débito Retificado – DADR, de fls. 227 e 228.

O contribuinte foi cientificado desse decisório, em 08/09/2011, conforme AR, de fls. 233.

Irresignado o contribuinte impetrou Recurso Voluntário, petição de interposição com razões recursais, as fls. 236 a 247, remetido via postal, conforme envelope, de fls. 234, postado, em 29/09/2011, acompanhado dos documentos, de fls. 248 e 249.

As razões recursais são as que a seguir constam de forma sumariada.

Mérito.

- que o presente lançamento é substitutivo e visa substituir a NFLD nº 35.005.842-3/2000, declarada nula pelo CRPS, em razão de vício formal, sendo que no curso do contencioso fiscal, o fisco promoveu diversas retificações no lançamento, tendo sido a declaração de nulidade promovida sobre o débito retificado, devendo ser sobre esse resultado gerada as repercussões e demais efeitos jurídicos;
- que o lançamento substitutivo deve ter limites, nos parâmetros intrínsecos do lançamento anulado, o crédito único outrora lançado foi subdividido em doze novos autos de infração, envolvendo seis prestadoras, com distintos créditos para parte patronal e SAT, bem como para segurados, sendo vedado que o novo lançamento tenha características distintas do substituído, não podendo o agente fiscal se valer de critérios fiscais diversos, apurando bases de cálculo diferenciadas, pois isso seria novo lançamento e não lançamento substitutivo, sendo que para tanto o lançamento substitutivo deve contemplar apenas a retificação do erro formal, qual seja a inclusão no Fundamentos Legais do Débitos – FLD da fundamentação da aferição indireta, artigo 33, §3º, da Lei 8.212/91, não sendo possíveis inovações que extrapolem os limites e parâmetros do lançamento anulado, não ostentando o presente lançamento a característica de substitutivo, pois os critérios fiscais de sua materialização, diferem da efetiva realidade do anulado;
- que as bases de cálculo lançadas na notificação anulada, após retificações restou consubstanciada em R\$ 0,00 para a competência 08/1998, mas no atual lançamento ela é de R\$ 12.180,03, ocorrendo o mesmo para as competências 01/1998 a 07/1998; 09/1998 a 01/1999, com a consequente cobranças de contribuições distintas e com patamares diversos, tendo sido lançadas, também, competências que não constavam do lançamento originário 01/1998 a 01/1999, o que configura novo lançamento, uma vez que a existência de vício formal, enseja apenas a correção do vício para que se tenha um lançamento substitutivo e não um novo lançamento como no caso, com novas conclusões fiscais, períodos e bases de cálculo;
- que o novo lançamento não ostentando a característica de substitutivo, não pode se valer do prazo do artigo 173, II, do CTN e em assim sendo operou-se a decadência das contribuições tanto pelo artigo 150, § 4º, como pelo artigo 173, I, aplicando-se a SV nº 08 STF;

- que pela eventualidade caso não sejam as razões anteriormente expostas acolhidas, verifica-se que a decadência operou-se, ainda, pela aplicação do artigo 173, II, pois a anulação deu-se em 2005, assim o fisco só poderia constituir o crédito de 2000 em diante, considerando-se a aplicação ao artigo 173, II c/c a SV nº 08 STF, mas tal só de daria se o lançamento fosse verdadeiramente substitutivo, o que não ocorre nos presentes autos;
- Requer o contribuinte: a) recebimento e processamento do recurso; b) que a exigibilidade do crédito seja suspensa, artigo 151, III, do CTN; c) decretação de improcedência do lançamento.

A autoridade preparadora reconheceu a tempestividade do recurso, fls. 250.

Os autos foram remetidos ao CARF/MF, despacho de fls. 250.

Consta, as fls. 262, Termo de Apensação (2), o qual informa a juntada por apensação desse processo ao processo 19740.000407/2008-67, ocorrida, em 24/05/2012. Isso já havia ocorrido em outra data, conforme, fls. 85.

O presente processo fora distribuído inicialmente a outro Conselheiro, todavia ante a renúncia de seu mandato os autos foram redistribuídos.

Os autos foram sorteados e distribuídos a esse conselheiro, em 09/10/2014, Lote 03.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Eduardo de Oliveira - relator.

O recurso voluntário é tempestivo e considerando o preenchimento dos demais requisitos de sua admissibilidade ele merece ser apreciado.

A questão da suspensão da exigibilidade não é competência do CARF, tal evento deve ser dar de forma automática, assim que a autoridade competente registrar a apresentação de reclamações/impugnações/recursos administrativo, artigo 151, III, da Lei 5.172/66, devendo ser perquirida junto à autoridade local da DRF circunscricionante do contribuinte, pois é ela quem deve promover o controle dessa situação.

O presente PAF incorpora demanda muito simples a questão a saber e a definir é a seguinte, quando um lançamento fiscal é anulado por vício formal, na constituição do novo lançamento pode o fisco alterar os critérios objetivos do lançador anterior, ou seja, aquele que foi anulado ou deve o fisco se limitar exatamente ao que era existente no lançamento anterior e apenas copiá-lo, expurgando sem repetir no novo lançamento, isto é, no pretense lançamento substitutivo o vício formal reconhecido na decisão administrativa anulatória do antecedente.

O recurso do contribuinte, embora traga um série de explicações, esclarecimentos e argumentos, cinge-se a tese da inexistência de lançamento substitutivo, mas sim a de um novo lançamento, que não poderia aproveitar o prazo do artigo 173, II, da Lei 5.172/66 e assim todas as competências lançadas estariam decadentes, pois estas se referem ao período de 01/1998 a 01/1999 e somente teriam sido lançadas em, 01/09/2008, independentemente da regra de decadência a ser aplicada, artigo 150, §4º ou 173, I, ambos, da Lei 5.172/66.

Todavia, não compartilho do entendimento do contribuinte, pois dizer que o fisco ao promover o relançamento de um crédito anulado, por vício formal, seja sob a denominação de lançamento substitutivo ou novo lançamento, tal situação impede que o fisco ponha em uso o seus poderes de fiscalização e que faça novas exigências e averiguações junto ao contribuinte é tolir a atividade estatal fiscal, sem que haja comando legal que assim o determine.

A artigo 144, parágrafo 1º, da Lei 5.172/66, diz o que a seguir se transcreve.

Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

*§ 1º Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, **tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização**, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.*

Encampar a ideia da recorrente é o mesmo que dizer que o fisco não poderia se utilizar dessa regra, quando um lançamento é anulado por vício formal e outro deva ser lançado em seu lugar.

E não é só o artigo 195, do citado diploma legal, diz.

*Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, **não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los.***

Ou seja, o fisco tem o dever-poder de examinar todos os efeitos negociais ou não do contribuinte no curso do procedimento fiscal.

Mas, não se para por aí, o lançamento é direito potestativo do fisco e cabe apenas a ele fisco desenvolver as atividades do procedimento fiscal e da forma que melhor couber para atingir ao se desiderato.

De outro lado, ressalta-se, também, que o lançamento tributário, na modalidade de ofício, é direito potestativo do fisco e o contribuinte não tem participação em sua produção, assim diz a lei, a jurisprudência e a doutrina, veja as transcrições abaixo.

*HOMOLOGAÇÃO. OCORRÊNCIA. 1. 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." 2. 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 incorre 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). 3. A Primeira Seção, quando do julgamento do REsp 973.733/SC, sujeito ao regime dos recursos repetitivos, reafirmou o entendimento de que "o dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo 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, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199). (Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em FALTA O*

qual seja, 05 (cinco) anos para a ação de cobrança do crédito tributário em comento, contados da data de sua formalização definitiva. 9. **Foram formalizados os créditos em questão, por meio dos novos Lançamentos realizados em 27/02/2008 (ITR/95) e em 03/11/2003 (ITR/96).** Entretanto, em relação ao lançamento do ITR relativo ao ano 1996, intentou a parte contribuinte novo recurso na seara administrativa, restando suspensa a exigibilidade de referido crédito, até sua definitiva formalização, ocorrida em 27/05/2009. Assim, ajuizada a demanda executiva em 23/11/2010, com o despacho citatório proferido em 30/11/2010, já na vigência da Lei Complementar n. 118/05, revela-se inconsumada a prescrição. 10. Não verificada qualquer das causas de extinção do crédito tributário elencadas no inciso V, do artigo 156, do CTN. 11. Improvimento à apelação. Improcedência aos embargos. (AC 00082927120134039999, JUIZ CONVOCADO SILVA NETO, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/10/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO CONFIGURADO. NOTIFICAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL. ARTIGO 173 CTN. NÃO OCORRÊNCIA. APLICABILIDADE DA TAXA SELIC. LEI 9.065/1995. 1. A embargada juntou aos autos cópia integral do processo administrativo às fls. 26-138. Além disso, às fls. 156 foi oportunizado ao embargante manifestar-se em face da impugnação e da cópia do processo administrativo, fazendo-o às fls. 161-167. Portanto, não há nulidade a se declarar. 2. O prazo para o lançamento, de ofício, de tributo apurado pelo Fisco é de 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme prevê o artigo 173, I, do CTN. 3. O fato gerador do tributo ocorreu no ano de 1991, conforme a disposição do CTN o prazo decadencial tem início no primeiro dia do exercício seguinte àquele no qual o lançamento poderia ter sido realizado, o que in casu ocorreu em 01/01/1992, considerados os cinco anos previstos em lei, o lançamento deveria ter sido realizado até 01/01/1997. Lançado o tributo em 12/07/1996, verifica-se que não ocorreu a decadência do direito de lançar o crédito tributário. 4. Este lançamento foi impugnado administrativamente pelo contribuinte. Em 22/07/1997 o referido lançamento foi declarado nulo, por não ter a notificação observado os requisitos estabelecidos no art. 142 do CTN e art. 11 do Decreto 70.235/1972. 5. Nos termos do inciso II, do art. 173, CTN, o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, **por vício formal**, o lançamento anteriormente efetuado. Assim, o prazo decadencial passou a ser contado em 22/07/1997, **um novo lançamento poderia ter sido realizado até 22/07/2002.** 6. O art. 13 da Lei 9.065/1995, inclusive sob o aspecto formal, é compatível com o art. 161, § 1º, do CTN, segundo o qual o legislador ordinário estava autorizado a fixar juros de mora, **conforme pacífica jurisprudência do STJ. Desde 1º/06/1996, os juros de mora incidentes sobre tributos arrecadados pelo Fisco**

Federal equivalem à taxa SELIC. 7. A constitucionalidade da aplicação da taxa SELIC como fator de correção do crédito tributário, bem acentuou o eminente Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, no julgamento da AGTAG 2001.01.00.044438-6/DF, Sétima Turma do TRF1, DJ 06/09/2004, p. 72, que a despeito de o STJ já se ter manifestado a respeito de sua legalidade (v.g.: REsp 443343/PR; REsp n. 507464/RS; REsp n. 512508/RS), é disposição de lei, que goza, em nosso ordenamento jurídico, de presunção de constitucionalidade [...]. 8. Apelação a que se nega provimento. AC00312836520034013300 AC - APELAÇÃO CIVEL – 00312836520034013300 JUIZ FEDERAL CARLOS EDUARDO CASTRO MARTINS TRF1 7ª TURMA SUPLEMENTAR e-DJF1 DATA:29/06/2011 PAGINA:331

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ANULAÇÃO DE LANÇAMENTO. VÍCIO FORMAL. INTERRUÇÃO DA DECADÊNCIA. POSSIBILIDADE DE NOVO LANÇAMENTO. ARTIGO 5º E PARÁGRAFOS, DECRETO-LEI Nº 2.124/84. NÃO APLICABILIDADE. PREQUESTIONAMENTO. 1. A decisão final que anular o lançamento, **por vício formal**, interrompe o prazo decadencial (artigo 173, II, CTN), que terá (re) início a partir do trânsito em julgado da ação judicial. 2. Não há que se falar em confissão de dívida suficiente à inscrição em dívida ativa no que se refere à quitação por meio de compensação, uma vez que o indeferimento do pedido de compensação deve ser comunicado ao contribuinte antes da inscrição em dívida ativa. 3. Embargos de declaração acolhidos parcialmente, para acrescentar a fundamentação e para fins de prequestionamento. AC 200572050010029 AC - APELAÇÃO CÍVEL DÉCIO JOSÉ DA SILVA TRF4 PRIMEIRA TURMA D.E. 04/05/2010

Declinadas as manifestações acima descritas, entendo não haver nenhuma exigência legal e pelo contrário autorização da lei para que o fisco promova nova investigação dos fatos visando ao aperfeiçoamento da norma jurídica individual pelo lançamento.

No que tange a alegação da decadência o período do débito anulado por vício formal compreende as competências 01/1995 a 01/1999 e foi lançado em 23/02/2000, assim sendo não havia se operado a decadência entre a primeira competência lançada em razão da data do lançamento.

A decisão do CRPS que anulou o primitivo lançamento por vício formal se deu em, conforme transcrição abaixo.

3. O Auto de Infração tem por objetivo o de substituir em parte a NFLD n 35.005.842-3, julgada nula por vício formal em decisão proferida pela 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos da Previdência Social, por meio do acórdão n° 2492, de 25/10/2005.

O novo lançamento que pretendeu substituir o anterior anulado foi realizado em 01/09/2009, ou seja, em período temporal inferior ao lustro legal para tal providência, considerando-se a data da anulação.

Dessa forma, e na esteira do precedente do Superior Tribunal de Justiça – STJ não tendo decorrido mais de cinco anos entre nenhum dos três marcos temporais, não há que se falar em decadência, observe-se o excerto.

EMEN: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. LANÇAMENTO ORIGINAL E LANÇAMENTO COMPLEMENTAR. ART. 18, §3º, DO DECRETO N. 70.235/72. CONTAGEM DO PRAZO DECADENCIAL DO DIREITO DO FISCO DE CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ART. 173, I, II E PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN. 1. Regra geral, "o Código Tributário Nacional estabelece três fases inconfundíveis: a que vai até a notificação do lançamento ao sujeito passivo, em que corre prazo de decadência (art. 173, I e II); a que se estende da notificação do lançamento até a solução do processo administrativo, em que não correm nem prazo de decadência, nem de prescrição, por estar suspensa a exigibilidade do crédito (art. 151, III); a que começa na data da solução final do processo administrativo, quando corre prazo de prescrição da ação judicial da Fazenda (art. 174)" (Supremo Tribunal Federal, RE N. 95365/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Décio Miranda, julgado em 13.11.1981). Na mesma linha, este Superior Tribunal de Justiça no REsp 58774 / SP, Primeira Turma, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, julgado em 22.11.1995. 2. Nos casos em que há lançamento original e lançamento complementar proveniente da fase de diligências no curso do processo administrativo (art. 18, §3º, do Decreto n. 70.235/72), o lançamento originalmente efetuado, mesmo que eivado de vício formal, constitui o crédito tributário e interrompe o prazo decadencial para a notificação de lançamento complementar. Interpretação do art. 173, I, II, e parágrafo único, do CTN. Precedente do extinto Tribunal Federal de Recursos: AC N. 0050216/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Justino Ribeiro, julgado em 16.3.1981. 3. No caso dos autos, considerando que se trata de tributo sujeito a lançamento por homologação cujo fato gerador ocorreu em 31.12.1998, que o lançamento original foi notificado ao sujeito passivo em 21.11.2003 e que a notificação do lançamento complementar se deu em 2005, não restam dúvidas de que não operou a decadência posto que não decorrido o quinquênio legal entre nenhum dos três marcos elencados. 4. Recurso especial provido. ..EMEN: (RESP 201001764681, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:15/03/2011 ..DTPB.: (realcei).

Assim sendo, também, rejeito a alegação de decadência das contribuições.

Destarte, com os esclarecimentos acima afastado todos os pedidos da recorrente considerando-os improcedentes.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto, voto pelo conhecimento do recurso, para no mérito negar-lhe provimento, ante a insubsistência das alegações.

Eduardo de Oliveira.

Voto Vencedor

Conselheiro Marcio Henrique Sales Parada - redator designado.

O Ilustre Relator, Conselheiro Eduardo de Oliveira, resume assim a controvérsia, de forma muito clara, expondo as razões do Recorrente e seu próprio entendimento:

O presente PAF incorpora demanda muito simples. A questão a saber e a definir é a seguinte: quando um lançamento fiscal é anulado por vício formal, na constituição do novo lançamento pode o fisco alterar os critérios objetivos do lançador anterior, ou seja, aquele que foi anulado ou deve o fisco se limitar exatamente ao que era existente no lançamento anterior e apenas copiá-lo, expurgando sem repetir no novo lançamento, isto é, no pretense lançamento substitutivo o vício formal reconhecido na decisão administrativa anulatória do antecedente.

O recurso do contribuinte, embora traga um série de explicações, esclarecimentos e argumentos, cinge-se a tese da inexistência de lançamento substitutivo, mas sim a de novo lançamento, que não poderia aproveitar o prazo do artigo 173, II, da Lei 5.172/66 e assim todas as competências lançadas estariam decadentes, pois estas se referem ao período de 01/1998 a 01/1999 e somente teriam sido lançadas em, 01/09/2008, independentemente da regra de decadência a ser aplicada, artigo 150, §4º ou 173, I, ambos, da Lei 5.172/66.

Todavia, não compartilho do entendimento do contribuinte, pois dizer que o fisco ao promover o relançamento de um crédito anulado, por vício formal, seja sob a denominação de lançamento substitutivo ou novo lançamento, tal situação impede que o fisco ponha em uso o seus poderes de fiscalização e que faça novas exigências e averiguações junto ao contribuinte é tolir a atividade estatal fiscal, sem que haja comando legal que assim o determine.

Entretanto, colho os seguintes julgados, da Câmara Superior deste CARF:

Acórdão 9202-002.731– 2ª Turma Sessão de 11 de junho de 2013

Período de apuração: 01/05/1996 a 30/04/1997, 01/06/1998 a 30/06/1998

**DECADÊNCIA. LANÇAMENTO DECLARADO NULO.
LANÇAMENTO SUBSTITUTIVO OU NOVO LANÇAMENTO.**

No presente caso a nulidade do primeiro lançamento foi declarada em face da ausência da perfeita descrição do fato gerador do tributo, em virtude da não caracterização da existência da cessão de mão de obra, o que caracteriza violação ao art. 142 do CTN.

Saliento que, não estou aqui reapreciando a natureza do vício declarado por ocasião da anulação do primeiro lançamento. Estou sim, apreciando a conformidade do novo lançamento com o lançamento a que pretende substituir.

Neste contexto, é lícito concluir que as investigações intentadas no sentido de determinar, aferir, precisar o fato que se pretendeu tributar anteriormente, revelam-se incompatíveis com os estreitos limites dos procedimentos reservados ao saneamento do vício formal.

Com efeito, sob o pretexto de corrigir o vício formal detectado, não pode o Fisco intimar o contribuinte para apresentar informações, esclarecimentos, documentos, etc. tendentes a apurar a matéria tributável. Se tais providências forem efetivamente necessárias para o novo lançamento, significa que a obrigação tributária não estava definida e o vício apurado não seria apenas de forma, mas, sim, de estrutura ou da essência do ato praticado.

Ocorre que, para que se aplique o art. 173, II do CTN o novo lançamento deve conformar-se materialmente com o lançamento anulado. Fazendo-se necessária perfeita identidade entre os dois lançamentos, posto que não pode haver inovação material no lançamento substitutivo ao lançamento anulado anteriormente.

O que não ocorreu no presente caso, posto que o novo lançamento introduziu inovação material no que diz respeito à caracterização da cessão de mão de obra. Em suma, não há coincidência material entre o primeiro lançamento, tornado nulo, e o presente lançamento, que, em tese, teria o condão de substituí-lo.

Destarte, o presente lançamento deve ser analisado como um novo lançamento e não como um lançamento substitutivo, o que acarreta a conclusão de que, no momento em que foi lançado, o crédito tributário a que se referia já se encontrava extinto pela decadência.

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

Acórdão 9202-003.185 – 2ª Turma Sessão de 07 de maio de 2014

Matéria CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/1995 a 31/05/1995, 01/11/1995 a 30/11/1995

*CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. DECADÊNCIA.
LANÇAMENTO DECLARADO NULO. LANÇAMENTO
SUBSTITUTIVO OU NOVO LANÇAMENTO.*

No presente caso a nulidade do primeiro lançamento foi declarada em face da ausência da perfeita descrição do fato gerador do tributo, em virtude da não caracterização da existência da cessão de mão de obra, o que caracteriza violação ao art. 142 do CTN. Não se está aqui a reapreciar a natureza do vício declarado por ocasião da anulação do primeiro lançamento, mas sim, a conformidade do novo lançamento com o lançamento a que pretende substituir. Sob o pretexto de corrigir o vício formal detectado, não pode o Fisco intimar a contribuinte para apresentar informações, esclarecimentos, documentos, etc. tendentes a apurar a matéria tributável. Se tais providências forem efetivamente necessárias para o novo lançamento, significa que a obrigação tributária não estava definida e não há que se falar em lançamento substitutivo, mas, sim, em novo lançamento. Assim, no momento em que foi lançado, o crédito tributário a que se referia já se encontrava extinto pela decadência.

Nesse caso acima citado, em seu Voto, esclareceu o Conselheiro Relator Luiz Eduardo de Oliveira Santos:

Faço notar se estar aqui diante de caso já analisado por esta mesma Câmara Superior em situação análoga, que envolvia a mesma autuada, mas com diferente prestadora de serviço (Acórdão CSRF nº 9.20200.2.729, 2a. Turma, de 11 de junho de 2013).

A propósito, também ali se tratava de refazimento de lançamento por conta de anulação de NFLD anterior, tendo, tanto no caso ali tratado como no caso aqui sob análise, se intimado a contribuinte a apresentar, no curso da nova ação fiscal, livro diário, razão, contratos, notas fiscais e outros documentos referentes à serviços realizados pelas empresas prestadoras.

Verifico, a propósito, que o entendimento esposado de forma unânime por esta Câmara Superior, ao qual me filiei e continuo a me filiar, é no sentido de que se está a tratar, aqui, de novo lançamento e não de mero refazimento anterior do lançamento nulo, tendo em vista a inovação material proporcionada pelos novos elementos carreados aos autos, objeto da intimação acima citada. Ou seja, não se está aqui a discutir novamente a natureza do vício do lançamento anteriormente declarado nulo (questão que entendo abrangida pela preclusão sustentada no âmbito das contrarrazões), mas sim a defender a descaracterização do lançamento anterior como substitutivo, o que gera como necessária consequência o reconhecimento da decadência para as competências de 05/1995 e 11/1995 objeto de lançamento, visto que só cientificado o presente auto em 30 de dezembro de 2005.

Diante do exposto, voto no sentido de conhecer do recurso para, no mérito, dar provimento ao recurso especial da contribuinte, visto que, em se tratando de novo lançamento (e não de lançamento substitutivo) por conta da inovação material realizada no âmbito da nova ação fiscal, os créditos aqui em questão, referentes às competências de 05/1995 e 11/1995 já haviam sido fulminados pelo efeito decadencial, no momento de sua constituição.

O mesmo raciocínio também foi reproduzido no Acórdão 9202-003.186.

Como se pode observar, o entendimento consolidado da Câmara Superior, em questão idêntica a essa aqui em debate, é que o novo lançamento, de caráter substitutivo, que se faz em decorrência do lançamento anterior, anulado por vício formal, não pode trazer inovações materiais, mas apenas corrigir o vício apontado. Sequer aceitou-se que o Fisco novamente intimasse o contribuinte a prestar novos esclarecimentos ou apresentar novos documentos, sob o argumento de que se isso era necessário, o lançamento anteriormente anulado continha outras deficiências, além da forma.

Leandro Paulsen esclarece que, no que toca ao inciso II, do artigo 173, do CTN:

Cuida-se de hipótese de reabertura do prazo decadencial, caracterizando, pois, efetiva interrupção do prazo que estava em curso. (in Direito Tributário: Constituição e Código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência, 15 ed, ESMAFE:2013, pp 1196/7)

Segundo Hugo de Brito Machado:

Relevante é ressaltarmos que a reabertura do prazo para a feitura de um novo lançamento destina-se apenas a permitir que seja sanada a nulidade do lançamento anterior, mas não autoriza um lançamento diverso, abrangente do que não estava abrangido no anterior (in Aspectos do Direito de Defesa no Processo Administrativo Tributário, RDDT 175/106, abr 2010)

Dessa feita, com base na doutrina e na jurisprudência administrativa, peço vênia e divirjo da tese do Relator, para entender que o lançamento que, em decorrência de vício formal, substitui o anterior, não tem o condão de inovar, mas restringe-se a sanar o vício o que, no presente caso, não aconteceu.

Assim, copiando mais uma vez o esclarecedor resumo da questão feito pelo Relator:

No que tange a alegação da decadência o período do débito anulado por vício formal compreende as competências 01/1995 a 01/1999 e foi lançado em 23/02/2000, assim sendo não havia se operado a decadência entre a primeira competência lançada em razão da data do lançamento.

A decisão do CRPS que anulou o primitivo lançamento por vício formal se deu em, conforme transcrição abaixo.

Processo nº 19740.000406/2008-12
Acórdão n.º 2202-003.126

S2-C2T2
Fl. 281

3. O Auto de Infração tem por objetivo o de substituir em parte a NFLD n 35.005.842-3, julgada nula por vício formal em decisão proferida pela 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos da Previdência Social, por meio do acórdão n° 2492, de 25/10/2005.

O novo lançamento que pretendeu substituir o anterior anulado foi realizado em 01/09/2009, ou seja, em período temporal inferior ao lustrro legal para tal providência, considerando-se a data da anulação.

Tendo em vista as datas acima evidenciadas, VOTO por **dar provimento ao recurso** para reconhecer a decadência do direito de constituir novo lançamento, que não substituiu o anterior, mas inovou na exigência.

Assinado digitalmente

Marcio Henrique Sales Parada