



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

Processo nº 11634.000340/2010-81
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2403-002.476 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de fevereiro de 2014
Matéria CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente ADEFIL-ASSOCIACAO DOS DEFICIENTES FISICOS DE LONDRINA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/12/2005 a 30/04/2006

NULIDADE. VÍCIO MATERIAL. SUMÁRIA DESCRIÇÃO DOS FATOS. APRESENTAÇÃO DEFICIENTE DA MATÉRIA TRIBUTÁVEL. DESCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 142 DO CTN.

Incorre em nulidade material o lançamento tributário que não preencha os requisitos do art. 142 do CTN, ao passo que não determina claramente a matéria tributável, não juntando elementos probatórios suficientes para promover a exigência em tela.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento para anular o lançamento por vício material.

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente

Marcelo Magalhães Peixoto – Relator

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Marcelo Freitas de Souza Costa, Ivacir Júlio de Souza, Maria Anselma Coscrato dos Santos, Marcelo Magalhães Peixoto e Paulo Maurício Pinheiro Monteiro.

CÓPIA

Relatório

Trata-se de Auto de Infração – AI, DEBCAD n. 37.272.869-3, lavrado em 06/04/2010 (fl. 3 da numeração digital), cuja notificação ocorreu em 15/04/2010 (fl. 31 da numeração digital), em face da ASSOCIAÇÃO DOS DEFICIENTES FÍSICOS DE LONDRINA – ADEFIL, no valor de R\$ 20.299,21 (vinte mil, duzentos e noventa e nove reais e vinte e um centavos), referente a contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração paga a segurados empregados que prestaram serviços à empresa no período compreendido entre: 12/2005 a 04/2006.

Segundo o Relatório Fiscal de fls. 15/18, *in verbis*:

“3. A entidade não apresentou a documentação solicitada através do Termo de Início de Procedimento Fiscal e Termo de Intimação Fiscal, datados de 08/12/09 e 16/03/10;

4. Para as competências 13/05, 01/06 a 04/06, o número de segurados empregados constante nas GFIP é inferior ao número de segurados informado no Cadastro Geral de Empregados e Desempregados - CAGED. Diante disso, para obtermos os valores dos salários dos segurados faltantes, utilizamos a média dos salários declarados na GFIP, multiplicando-a pelo número de segurados não informados (TABELA 1, em anexo).

5. Destacamos que as diferenças apuradas entre os recolhimentos efetuados em Guias da Previdência Social - GPS e a contribuição devida em GFIP, foram aproveitadas no presente lançamento, conforme demonstrado na TABELA 1, em anexo.”

DA IMPUGNAÇÃO

Inconformada com o lançamento, a Recorrente apresentou, tempestivamente, Impugnação de fls. 37/65.

DA DECISÃO DA DRJ

Após analisar os argumentos da Recorrente, a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Curitiba-PR, por meio da 5ª Turma da DRJ/CTA, prolatou o Acórdão nº 06-33.350 de fls. 147/160, mantendo procedente o lançamento, conforme ementa que abaixo se transcreve, *in verbis*:

**“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS
PREVIDENCIÁRIAS**

Período de apuração: 01/12/2005 a 30/04/2006

AIOP 37.272.869-3

IMUNIDADE. DISCUSSÃO INCABÍVEL EM PROCESSO DE LANÇAMENTO FISCAL DE CONTRIBUIÇÕES DOS SEGURADO

Tratando os autos de lançamento de crédito de contribuições devidas pelos segurados, em que a entidade autuada figura não como contribuinte mas como responsável pelo recolhimento, descabe examinar nesse processo as alegações produzidas acerca dos requisitos pertinentes à imunidade tributária da impugnante.

MPF. AUSÊNCIA DE NULIDADE

O Mandado de Procedimento Fiscal é mero instrumento gerencial de controle administrativo da atividade fiscal, cuja emissão é feita de forma exclusivamente eletrônica, ficando disponível na internet para consulta pelo sujeito passivo. Não é nulo o procedimento fiscal amparado por MPF válido, cuja ciência foi dada ao sujeito passivo por meio do Termo de Início do Procedimento Fiscal.

PROVA DA CIENTIFICAÇÃO DOS ATOS DO PROCESSO

Estando juntado o processo 'principal', ao qual se encontra apensado o processo objeto da impugnação em exame, os Avisos de Recebimento comprovantes da cientificação ao sujeito passivo dos atos e termos do processo, não há que se cogitar de nulidade desse processo.

PROVAS DO ARBITRAMENTO

Não é nulo o processo em que as provas da motivação do arbitramento das contribuições encontram-se juntadas ao processo 'principal', ao qual se encontram apensados os autos objeto da impugnação em exame.

MULTA MAIS BENIGNA.

A Medida Provisória 449, de 2008, convertida na Lei 11.941, de 2009, alterou o cálculo da multa aplicada por entrega de GFIP com omissão de fatos geradores. Tal alteração atrai para o caso a aplicação do art. 106, II, 'c' do CTN, devendo subsistir a penalidade pecuniária que for mais benigna para o autuado.

AGRAVAMENTO DA PENALIDADE

É válido o agravamento da multa incidente sobre o crédito objeto de lançamento fiscal, na forma do § 2º, inciso II, do art. 44 da lei 9.430, de 1996, por falta de apresentação dos arquivos digitais da GFIP.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS

Não compete ao julgador administrativo de primeira instância reconhecer ou declarar a legalidade ou ilegalidade nem a improcedência da Representação Fiscal para Fins Penais instaurada em face do sujeito passivo.

RETRATAÇÃO FISCAL

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

Autenticado digitalmente em 17/07/2014 por MARCELO MAGALHAES PEIXOTO, Assinado digitalmente em 17/07

/2014 por MARCELO MAGALHAES PEIXOTO, Assinado digitalmente em 18/07/2014 por CARLOS ALBERTO MEES STR INGARI

Impresso em 25/07/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Não compete à autoridade julgadora nem às Turmas de Julgamento impor à Auditora Fiscal autuante qualquer retratação em decorrência de informações prestado no curso do procedimento fiscal ou no auto de infração resultante desse procedimento.

IMPUGNAÇÃO. PROVAS. OPORTUNIDADE.

Com a impugnação ocorre a oportunidade da apresentação de provas, precluindo o direito de o impugnante apresentá-las em outro momento processual. Precluso o direito, deve-se indeferir o pedido genérico de apresentação de provas.

PROVA TESTEMUNHAL

Prescinde da apresentação de prova testemunhal quando o deslinde da questão, em processo administrativo fiscal, depender exclusivamente da prova documental.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido”

DO RECURSO

Inconformada, a empresa interpôs, tempestivamente, Recurso Voluntário de fls. 164/180, com os seguintes argumentos, em suma:

I. Pelo Mérito – Inconsistência e Ilegalidade da Apreciação e Decisão no Acórdão Recorrido

Segundo a Recorrente, o relatório da DRJ foi omissivo e evasivo, descontextualizando a sua impugnação. O relatório busca dar uma nova interpretação à sentença de mérito proferida no Mandado de Segurança que reconheceu a imunidade a partir de novembro de 2002, supondo que caberia à AFTN e também à DRJ o “julgamento” do direito da Recorrente à imunidade, mesmo ela tendo sido declarada pelo Sr. Delegado da RFB em Londrina (fl. 76).

I.I. Quanto à impossibilidade de discussão de imunidade em processo de compensação e à suposta ausência de comprovação do direito da Recorrente à Imunidade

Para a Recorrente, o Relator elaborou uma tese equivocada para averiguar a inexistência do direito da Recorrente à imunidade, assim como afirmou ser incabível a discussão da imunidade em procedimento que aprecia a compensação. Para a Recorrente, essa argumentação deve ser rechaçada, pois é equivocada e ofende o devido processo legal.

Isso porque o AI em tela foi lavrado num contexto de um MPF ilegal, que ignorou a imunidade tributária da Recorrente e determinando ilegal procedimento fiscal, tendente a constituir o crédito tributário sobre todas as supostas obrigações relativas às contribuições previdenciárias.

A Recorrente destaca que o período de apuração constante no AI em tela está totalmente coberto e respaldado pelo Ato Declaratório expedido pelo Sr. Delegado da RFB de

Londrina, que analisou todos os requisitos da Lei para expedir tal documento em favor da Recorrente e atestou estarem satisfeitos.

No AI atacado, a AFRFB ignorou o Ato Declaratório do seu superior hierárquico que reconheceu a imunidade da Recorrente.

Para a Recorrente, a AFRFB excedeu, ilegal e arbitrariamente a limitação do seu poder de tributar garantida pela imunidade constitucional que possui a Recorrente, ignorando os procedimentos legais aplicáveis, agindo em completo abuso de autoridade e poder. Assim como o Sr. Relator que *“extrapolou a sua competência e buscou navegar fora dos limites de sua jurisdição, adentrando, inclusive, em terreno completamente hostil à sua atuação e cognição, que jamais pode ser subjetiva.”*

Pelas razões acima, a Recorrente entende que a fundamentação de que ela não cumpriu as obrigações previstas nos arts. 32 e 33 da Lei nº 8.212/91 devem ser repelidas. Pois, ninguém é obrigado a cumprir uma ordem manifestamente ilegal, que fere os direitos e garantias individuais constitucionalmente assegurados. O MPF não se assemelha ao que a CF denomina “devido processo legal”.

O MPF foi lavrado ao arrepio do Ato Declaratório de fls. 76 e a imunidade ali conferida impede a sua expedição com o escopo que foi relatado no seu objeto.

A Recorrente, verificando a arbitrariedade e nulidade do MPF, que apontava a sua total desconformidade com o devido processo legal, agindo em seu direito constitucionalmente garantido, informou à AFRFB a irregularidade e se negou a dar validade àquele procedimento.

I.II. MPF – Nulidade pela ausência de juntada

Sustenta a Recorrente que o entendimento do Sr. Relator, no sentido de que a juntada do MPF é dispensável, é equivocado e corporativista, pois tem a clara intenção de acobertar o erro grosseiro da Sra. AFRFB.

A Recorrente alega que o MPF passou a ser indispensável por força da disposição contida no art. 2º do Decreto nº 3.724/01, que regulamentou a LC nº 105, com as alterações do Decreto nº 6.104/07. Tanto que a Portaria RFB nº 11.371/07, invocada pelo Sr. Relator na sua fundamentação, atribui a validade do MPF ao válido e vigente Procedimento Fiscal, acarretando a sua extinção se não for requerida a prorrogação do MPF, nos termos dos arts. 11 a 15 da referida norma.

O MPF é o ato que autoriza e dimensiona a instauração do processo administrativo fiscal. Sem ele o processo fiscal é nulo, por ausência de legalidade, nos termos da LC nº 105, combinada com os Decretos nºs 70.235/72 e 3.724/01. Sendo o § 1º do art. 2º do Decreto nº 3.724/01 que atribuiu ao MPF o ato que demarca o termo inicial do procedimento fiscal que trata o art. 7º do Decreto nº 70.235/72. Daí a obrigatoriedade da sua juntada aos autos como requisito de validade do processo fiscal, nos termos do art. 8º do Decreto nº 70.235/72.

Não há no âmbito do direito brasileiro a possibilidade de haver dois processos distintos e paralelos sobre os mesmos fatos, ainda mais sendo um virtual e outro físico, como equivocadamente afirma o Sr. Relator. Essa impossibilidade emana dos princípios da segurança jurídica e do devido processo legal.

LI.III. Quanto à inexistência de termo de continuidade da ação fiscal

Segundo a Recorrente, o Sr. Relator continuou com a mesma linha de proteção corporativa em relação às irregularidades e defeitos praticados pela Sra. AFRFB, vez que considerou irrelevante a inexistência do termo de continuidade de ação fiscal.

Para a Recorrente esse entendimento é equivocado e deve ser reformado. Tendo em vista que a Sra. AFRFB não formalizou corretamente os ilegais AI que lavrou, posto que não laborou com atenta observância as elementares regras do devido processo legal, pois, ainda que contenham conexão com outros processos, deve conter todos os elementos e documentos que lhe assegurem plena validade e proporcionem o correto e amplo exercício do direito de defesa do Sujeito Passivo.

A Recorrente conclui que se trata de má formação do processo, ensejando o reconhecimento e declaração de sua total nulidade em homenagem ao devido processo legal.

I.IV. Quanto à inexistência do CAGED e da prova dos fatos geradores

A Recorrente se insurge em face de outro vício insanável, qual seja, a ausência de documento suficiente para embasar o lançamento, vez que juntado apenas em outro AI.

Em relação às fundamentações, razões e pedidos vertidos na impugnação, requer o reconhecimento e declaração da nulidade do AI por inexistência de demonstração da materialidade dos fatos geradores do crédito tributário injustamente lançado, para assim, reformar o acórdão recorrido e reconhecer e declarar a total nulidade e insubsistência do AI.

I.V. Quanto à Representação Fiscal para Fins Penais e Inconsistência (falsidade) da narrativa fática

A Recorrente se insurge em face da não apreciação do mérito da representação para fins penais, sob o argumento de que o Sr. Relator “*abordou o tema de maneira totalmente equivocada e corporativa.*”

Segundo a Recorrente, não se verifica no contexto do procedimento fiscal, decorrente do MPF nº 09.1.02.00-2009-01714-4, de 02/12/2009, a configuração de quaisquer das figuras dos arts. 168-A ou 337-A do Código Penal, muito menos a obrigatoriedade da Recorrente de apurar e recolher os tributos ali fiscalizados.

Logo, se a Sra. AFRFB pratica ato que não contém os pressupostos legais, cabe à autoridade superior administrativa analisar, julgar a anular o ato ilegal.

A Recorrente sustenta que o Sr. Relator se equivocou ao negar validade ao Ato Declaratório expedido pelo Sr. Delegado da RFB de Londrina para dizer que o sistema CONFILAM é soberano e infalível, com poder para desconstituir qualquer ato específico praticado por um delegado da RFB.

Para a Recorrente, da mesma forma que a DRJ se julgou incompetente para analisar eventuais falsidades praticadas por Autoridades Fiscais, julgou-se competente para desenvolver atividade típica judicial, quando decretou que a sentença de mérito obtida do Mandado de Segurança e o Ato Declaratório expedido pelo Sr. Delegado da RFB de Londrina, perderam as validades em 18/10/2005.

Por esses motivos, entende que o AI deve ser anulado.

I.IV. Quanto à multa

Sustenta a Recorrente que, neste tópico, o Sr. Relator condensou seu julgamento dos tópicos III.IV, III.V e III.VI da impugnação.

O tópico III.IV se refere à inexistência de narrativa fática do suposto fato gerador da multa aplicada, levantados em sede de mérito na impugnação. Já os tópicos III.V e III.VI se referem à inconsistência da multa e a nulidade de seu agravamento.

A Recorrente se insurge em face do argumento utilizado pelo Sr. Relator no sentido de que ela teria demonstrado reconhecer os motivos discriminados no Discriminativo de Débito.

Segundo a Recorrente, essa atitude do Sr. Relator é corporativa e visa “justificar” a incauta e desastrosa autuação da Sra. AFRFB e, sem qualquer justo motivo, negar provimento à impugnação da Recorrente.

Por esse motivo, pleiteia a nulidade do AI.

I.VII. Quanto ao tópico “Pedido genérico de juntada de Provas”

Sustenta a Recorrente que o Sr. Relator faz extenso arrazoadado para negar o pedido formulado *ad cauletam* de produção de provas formulado com base no seu direito à ampla defesa e contraditório, inclusive consoante previsão específica dos §§ 4º, 5º, e 6º do art. 16 do Decreto nº 70.235/72.

Para a Recorrente, a argumentação do Sr. Relator dá a entender que os diversos documentos apresentados com a impugnação não são passíveis de serem acatados e juntados aos autos.

A Recorrente questiona: se a DRFB, no Ato Declaratório Executivo nº 19 reconhece a imunidade, como poderia a DRJ/CTA desconhecer e não acatá-lo? Sustenta a Recorrente que não houve qualquer ato decretando ou comunicando a perda da isenção ou imunidade.

Por esse motivo, deve o AI ser anulado.

DA BAIXA EM DILIGÊNCIA – DA RESOLUÇÃO

Diante das informações trazidas pela Recorrente, foi proferida a Resolução nº. 2403-000.118, fls. 182/190, na qual converteu o julgamento em diligência para determinar à Receita Federal que informasse eventual processo administrativo de cancelamento do gozo dos benefícios da imunidade, e caso positivo, instrísse os presentes autos com cópia integral do dito processo.

DA INFORMAÇÃO FISCAL

Ato contínuo, foi anexado aos autos do processo principal nº. 11634.000321/2010-54, informação fiscal consignando a inexistência de processo próprio de cancelamento, afirmando, inclusive, a ausência de qualquer procedimento tendente ao ato cancelatório no bojo dos autos do processo nº. 10930.005924/2008-11 (processo administrativo que reconheceu, através de Ato Declaratório Executivo, a isenção da empresa para o período de

Processo nº 11634.000340/2010-81
Acórdão n.º **2403-002.476**

S2-C4T3
Fl. 6

10/2002 a 10/2005), entretanto esclarecendo que à época da autuação já não mais havia previsão para expedição de Ato Cancelatório de Isenção, previsto no art. 55, § 4º, da Lei nº. 8.212/91, porém revogada pela Lei nº. 12.101/09, mas que não macula a validade dos certificados que a Recorrente detém.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcelo Magalhães Peixoto, Relator

DA TEMPESTIVIDADE

Conforme fls. 163 e 164, o recurso voluntário é tempestivo e reúne os pressupostos de admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

PRELIMINARMENTE**DO MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL**

A Recorrente pleiteia a nulidade do Auto de Infração em tela, ante a falta do Mandado de Procedimento Fiscal.

Ocorre que a ausência do MPF no Auto de Infração não é causa de nulidade, até porque o Termo de Início de Procedimento Fiscal – TIPF, constante na fl. 19, traz o Número do MPF e o Código de Acesso para se constatar a autenticidade do mesmo, por meio do sítio da RFB.

Ademais, o lançamento deve atender as exigências contidas no art. 142 do CTN, *in verbis*:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Tendo, portanto, o lançamento atendido aos requisitos constantes no supracitado artigo, não há que se falar em nulidade do Auto de Infração, vez que o MPF não é elemento essencial do lançamento.

DA FALTA DO CAGED

A Recorrente pleiteia a nulidade do AI em face da suposta inexistência do CAGED nos autos do processo em tela. Ocorre que este processo está apensado ao Processo Principal de nº 11634.000321/2010-54, conforme consta no Termo de Apensação (2), constante na fl. 161.

Analisando o Processo Principal, verifico a presença do CAGED na fl. 92, assim como, nas fls. 93/04 estão os quadros comparativos entre a quantidade de empregados existentes na empresa, informado no CAGED e a quantidade de empregados informado pela empresa nas suas GFIP.

Logo, restou demonstrada a materialidade dos fatos geradores. Razão pela qual, não há como prevalecer o pleito da Recorrente.

DA REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIS

Insurge a Recorrente em face da não apreciação do mérito por parte da DRJ da Representação Fiscal para Fins Penais. Ocorre que a DRJ agiu de forma correta, vez que a Súmula nº 28 do CARF dispõe nesse sentido, *in verbis*:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais.

Nesse diapasão, não compete ao CARF se manifestar sobre esse tema, vez que, as Súmulas do CARF têm efeito vinculante, nos termos do art. 72, § 4º do RICARF, *in verbis*:

Art. 72. As decisões reiteradas e uniformes do CARF serão consubstanciadas em súmula de observância obrigatória pelos membros do CARF.

(...)

§ 4º As súmulas aprovadas pelos Primeiro, Segundo e Terceiro Conselhos de Contribuintes são de adoção obrigatória pelos membros do CARF.

DO MÉRITO

Para a que o crédito tributário seja devidamente constituído, faz-se necessário o cumprimento dos requisitos elencados no art. 142 do CTN c/c o art. 10 do Decreto 70.235/72, *in verbis*:

*Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, **determinar a matéria tributável**, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.*

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Da análise dos autos é possível verificar que tais requisitos não foram plenamente cumpridos pela fiscalização, ante a deficiente descrição fática dos fatos geradores da exação em epígrafe. Explica-se.

O cerne do presente auto de infração encontra-se descrita em apenas um parágrafo, constante do Relatório Fiscal, fl. 15, na qual é relatado que durante a fiscalização foi constatado um número inferior de segurados nas GFIP's quando em confronto com a quantidade informada no CAGED, referente às competências 13/05, 01/06 a 04/06.

Diante da diferença apurada, o auditor fiscal relata que apurou indiretamente os valores dos segurados faltantes, utilizando a média dos salários declarados na GFIP, multiplicando-a pelo número de segurados não informados, conforme tabela anexa.

Referida tabela, por sua vez, apenas estabelece a quantidade de empregados informados em CAGED e GFIP, apurando a diferença e multiplicando pela média obtida, para se chegar à base de cálculo.

Não houve quaisquer informações acerca dos segurados e suas correlatas remunerações, cujos valores compõem a base de cálculo da autuação em epígrafe. Não houve individualização dos segurados, ou mesmo qualquer relação dos funcionários ou contribuintes individuais onde constassem informações específicas quanto aos valores que lhe foram pagos ou creditados.

Embora seja perfeitamente identificável a fundamentação legal ao qual se pautou a fiscalização, não houve nos autos elementos fático-probatórios suficientes para permitir o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa por parte do contribuinte.

Sem a identificação do segurado, o Recorrente restou impossibilitado de apresentar eventuais provas capazes de tolher a pretensão fazendária, seja provando que o funcionário não estava ativo à época do período, seja pelo funcionário já ter recolhido até o limite de seu salário de contribuição por outra empresa.

Nessa esteira, é sabido que para a lavratura do auto de infração, a autoridade fiscal deve-o instruir com todos os elementos probatórios a fim de aniquilar qualquer pretensão contrária à constituição do crédito tributário, nos termos do art. 9º do Decreto nº 70.235/72, *in verbis*:

Art. 9º A exigência do crédito tributário e a aplicação de penalidade isolada serão formalizados em autos de infração ou notificações de lançamento, distintos para cada tributo ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

Quanto a este dispositivo, oportuno colacionar o entendimento de Marcos Vinícius Neder quando disserta acerca do ônus da prova (NEDER, Marcos Vinícius; SANTI, Eurico Marcos Diniz de; FERRAGUT, Maria Rita. coord. *A Prova no Processo Tributário*. São Paulo: Dialética, 2010. p. 20):

“(...) por força do que dispõe o artigo 9º do Decreto nº 70.235, o Fisco tem o dever de provar o fato constitutivo do seu direito de exigir o crédito tributário. Em nosso ordenamento, não há normas jurídicas que imponham a presunção de legitimidade ao lançamento tributário, no que se refere ao seu conteúdo. A falta

de comprovação de fato impositivo acarreta a invalidade do lançamento tributário.”

Portanto, caberia ao auditor fiscal anexar aos autos todas as informações indispensáveis ao lançamento, de modo a possibilitar que o Recorrente tenha em mãos todas as ferramentas necessárias à sua defesa.

Neste toar, esta turma já se pronunciou acerca de matéria semelhante, *in verbis*:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Data do fato gerador: 01/04/2003

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. VÍCIO MATERIAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Ocorre vício material quando o lançamento não permitir ao sujeito passivo conhecer com nitidez a acusação que lhe é imputada, impedindo o pleno exercício do direito de defesa pelo contribuinte.

No presente caso, caracteriza-se a nulidade por vício material em face da ausência da perfeita descrição dos fatos, a saber, a relação de contribuintes individuais que não tiveram a contribuição retida ou recolhida, os períodos de apuração correspondentes à falta da retenção, nem quaisquer outros levantamentos fiscais que pudessem fazer referência a essas informações, essenciais à imputação da penalidade pretendida.

(CARF. Segunda Seção de Julgamento. 4ª Câmara. 3ª Turma. Processo nº 18108.002403/2007-35. Acórdão nº 2403-001.873. Sessão de 19 de fevereiro de 2013. Conselheira Relatora Carolina Wanderley Landim)

Em mesmo sentido, a Câmara Superior deste Conselho se posicionou:

Assunto: IRPF

Período de apuração: 1994

VÍCIO MATERIAL. NULIDADE. Quando a descrição do fato não é suficiente para a certeza de sua ocorrência, carente que é de algum elemento material necessário para gerar obrigação tributária, o lançamento se encontra viciado por ser o crédito dele decorrente duvidoso. No entanto, é elemento formal do lançamento a falta de identificação da autoridade fiscal.

(CARF. Câmara Superior de Recursos Fiscais. Processo nº 10821.000597/2001-71. Acórdão nº 9202-00.717. Sessão de 13 de abril de 2010. Conselheiro Relator Júlio César Vieira Gomes)

Por fim, com relação à extensão da declaração de nulidade, destaque-se que o vício em questão é material, por atingir um dos pressupostos do art. 142 do Código Tributário Nacional, *in casu*, a determinação da matéria tributável.

Nesse sentido, esta Segunda Seção já julgou desta forma no Recurso Voluntário n. 151.240, nos autos do Processo n. 36474.007407/2006-32, em 21 de setembro de 2010, que resultou no Acórdão n. 2402-01.175, advindo da 4ª Câmara, 2ª Turma Ordinária.

Da mesma forma foi o julgamento do Acórdão n. 108-08.174 de 23/02/2005 da Oitava Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - NULIDADE - VÍCIO FORMAL - LANÇAMENTO FISCAL COM ALEGADO ERRO DE IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO - INEXISTÊNCIA - Os vícios formais são aqueles que não interferem no litígio propriamente dito, ou seja, correspondem a elementos cuja ausência não impede a compreensão dos fatos que baseiam as infrações imputadas. Circunscrevem-se a exigências legais para garantia da integridade do lançamento como ato de ofício, mas não pertencem ao seu conteúdo material. O suposto erro na identificação do sujeito passivo caracteriza vício substancial, uma nulidade absoluta, não permitindo a contagem do prazo especial para decadência previsto no art. 173, II, do CTN.

Também, há de se destacar o julgamento no Recurso 129.310, Processo 10247.000082/00-91 em 09 de julho de 2002, Acórdão n. 107-06.695, ementado da seguinte forma:

(...)

RECURSO EX OFFICIO - NULIDADE DO LANÇAMENTO - VÍCIO FORMAL. A verificação da ocorrência do fato gerador da obrigação, a determinação da matéria tributável, o cálculo do montante do tributo devido a indentificação do sujeito passivo, definidos no art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN, são elementos fundamentais intrínsecos, do lançamento, sem cuja delimitação precisa não se pode admitir a existência da obrigação tributária em concreto. O levantamento e observância desses elementos básicos antecedem o são preparatórios à sua formalização, a qual se dá no momento seguinte, mediante a lavratura do auto de infração, seguida da notificação ao sujeito passivo, quando, aí sim, deverão estar presentes os seus requisitos formais, extrínsecos, como, por função e o número de matrícula, a assinatura do chefe do órgão expedidor ou de outro servidor autorizado, com a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

(...)

No decorrer do voto condutor do acórdão, o relator, Dr. Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz, afirma:

Mal comparando, poderíamos dizer que o vício substancial está para a constituição do crédito tributário assim como o cálculo estrutural está para a edificação, no ramo da construção civil, enquanto que a forma seria, para o lançamento de ofício, o equivalente ao acabamento, à "fachada", na edificação civil. Deduz-se daí que o vício substancial pressupõe a ocorrência de defeito na estrutura que é o sustentáculo de toda edificação, seja

na construção civil ou na constituição do crédito tributário, possuindo sua ocorrência, assim, efeito demolidor, que joga por terra a obra erigida com esse insanável vício.

Em outro passo, o defeito de forma, de acabamento ou na "fachada", não possui os tais efeitos devastadores causados pelo vício de estrutura, sendo contomáveis, sem que dano de morte cause à edificação. Fazem-se os acertos ou até mesmo as modificações pertinentes, porém, sem reflexo algum sobre as bases em que a obra tenha sido erigida ou à sua própria condição de algo que existe, apesar dos defeitos. e, a meu ver, são esses "defeitos menores" que o legislador quis contemplar quando admite que tais vícios, apenas eles, podem e devem ser sanados e que somente a partir da decisão que declarar a nulidade desse ato é que passaria a fluir o prazo de decadência para o sujeito ativo da obrigação tributária, exercer o direito a novo lançamento de ofício.

No mesmo norte, é o julgamento do Acórdão n. 192-00 015 IRPF, de 14/10/2008 da Segunda Turma Especial do Primeiro Conselho de Contribuintes:

O vício material ocorre quando o auto de infração não preenche aos requisitos constantes do art. 142 do Código Tributário Nacional, havendo equívoco na construção do lançamento quanto à verificação das condições legais para a exigência do tributo ou contribuição do crédito tributário, enquanto que o vício formal ocorre quando o lançamento contiver omissão ou inobservância de formalidades essenciais, de normas que regem o procedimento da lavratura da auto, ou seja, da maneira de sua realização.

Portanto, deve ser o presente auto anulado por vício material, ante a ausência de clara descrição fática e conseqüente deficiência quanto à matéria tributária, contrariando o disposto no art. 142 do CTN.

CONCLUSÃO

Do exposto, voto **pelo provimento** do recurso para anular o lançamento por vício material.

Marcelo Magalhães Peixoto.