



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 19.05.09
Maria de Fátima
Maria de Fátima Ferreira de Carvalho
Mat. Siapc 751683

CC02/C06
Fls. 1.252

MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

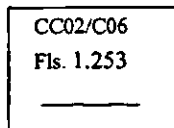
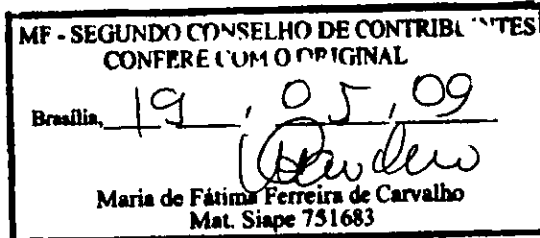
Processo nº 12045.000341/2007-22
Recurso nº 146.101 Voluntário
Matéria RETENÇÃO
Acórdão nº 206-01.453
Sessão de 09 de outubro de 2008
Recorrente NORTE BRASIL TELECOM S/A
Recorrida SRP - SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA (RECEITA FEDERAL DO BRASIL)

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/07/1999 a 30/06/2001

PREVIDENCIÁRIO. RETENÇÃO 11%. INEXISTÊNCIA COMPROVAÇÃO CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. Somente na hipótese em que restar devidamente comprovada pela autoridade lançadora a prestação dos serviços mediante cessão de mão-de-obra, será devida pela empresa contratante a retenção de 11% de que trata o artigo 31 da Lei 8.212/91, devendo o fiscal autuante demonstrar de maneira pormenorizada/individualizada os serviços executados com o respectivo enquadramento nos casos previstos no rol constante do artigo 219, § 2º, do Decreto nº 3.048/99, sob pena de nulidade do lançamento por vício material, em face da ausência da perfeita descrição do fato gerador do tributo.

Processo Anulado.



ACORDAM os Membros da SEXTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES, I) Por unanimidade de votos em anular a NFLD; e II) por maioria de votos, em declarar a nulidade por vício material. Vencidas as Conselheiras Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Bernadete de Oliveira Barros e Ana Maria Bandeira (Relatora), que votaram por declarar a nulidade por vício formal. Designado para redigir o voto vencedor o(a) Conselheiro(a) Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira. Fez sustentação oral o(a) advogado(a) da recorrente Dr(a). Tiago Conde Teixeira, OAB/DF nº 24259.

[Handwritten Signature]

ELIAS SAMPAIO FREIRE


Presidente

[Handwritten Signature]

RYCARDO HENRIQUE MAGALHÃES DE OLIVEIRA

Relator-Designado

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Rogério de Lellis Pinto, Bernadete de Oliveira Barros, Cleusa Vieira de Souza, Lourenço Ferreira do Prado e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIB. TCS CONFERE COM O ORIGINAL	CC02/C06 Fls. 1.254
Brasília, 19, 05, 09	
	
Maria de Fátima Ferreira de Carvalho Mat. Siape 751683	

Relatório

Trata-se de débito apurado referente aos valores correspondentes à retenção de 11% sobre os valores dos serviços prestados por diversas empresas e não recolhidos em época própria à Previdência Social; conforme dispõe o art. 31 da Lei nº 8.212/1991, em sua redação atual.

O Relatório Fiscal (fls. 418/419 – Vol 2) informa que verificou-se a falta de retenção de onze por cento sobre o valor de várias notas fiscais, faturas e recibos de prestadores de serviços contratados mediante cessão de mão-de-obra.

A notificada apresentou defesa (fls. 423/442 – Vol 2) onde informa para determinados prestadores de serviço as razões de não ter efetuado a retenção, tais como:

dispensa de retenção no caso de serviços profissionais relativos ao exercício de profissão regulamentada, desde que prestados pessoalmente pelos sócios ou cooperados.

existência de liminar impedindo a retenção contra a prestadora.

em razão de tratar-se, exclusivamente, de serviços de fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras.

por tratar-se dos seguintes serviços: empresa de veiculação de publicidade, contratações na área de construção civil relativas a serviços geotécnicos e fundações, assessorias e consultorias técnicas, prestados por empresa de hotelaria, serviços de natureza não-contínua, prestados por empresa de promoções e produções de eventos ou marketing, desenvolvimento de software.

Por se tratar de serviços de sistema de ar condicionado e ventilação e controle de qualidade dos materiais

Em alguns casos, a notificada alega que efetuou a retenção e o recolhimento devidos.

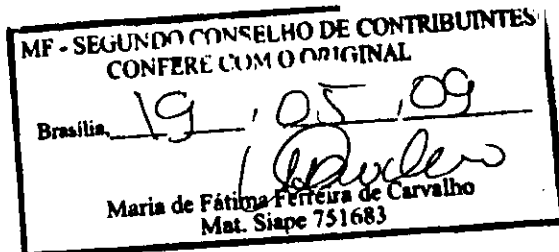
Os autos foram encaminhados em diligência, cuja resposta (fls. 692/753 – Vol 3) onde informa que a notificada não comprova suas alegações no que tange a não obrigatoriedade de efetuar a retenção e ao fato de não se tratar de serviços contínuos.

Quanto às liminares concedidas entende que não se aplicam uma vez que possuem como autoridade coatora os responsáveis de gerências executivas diversas daquela em que ocorreram os fatos geradores.

Nos casos em que a notificada demonstrou haver efetuado o recolhimento da retenção, há a proposta de retificação do lançamento.

Em despacho de folha nº 969 - vol. 4, a SRP informa que em razão de parte do lançamento não ter sido contestada, o mesmo foi desmembrado a fim de que tivesse seguimento a cobrança da parte incontestada.





Afirma que houve erro material quando do desmembramento, uma vez que foram transferidos indevidamente para o processo desmembrado, levantamentos que deveriam ter permanecido na presente notificação.

Foi emitido Despacho-Decisório nº 12.401.4/002/2005 (fls. 971/973 – Vol 4) onde foi determinado o novo lançamento dos levantamentos indevidamente excluídos da presente notificação.

Intimada do procedimento, a notificada manifesta seu inconformismo (fls. 981/982 – Vol 4) alegando que o desmembramento deveria ser desfeito, uma vez que não impugnou partes do lançamento mas a totalidade deste.

Pela Decisão-Notificação nº 12.401.4/0199/2005 (fls 1006/1033 – Vol 4) o lançamento foi considerado procedente em parte para a exclusão dos valores para os quais a notificada demonstrou ter efetuado o recolhimento da retenção.

A notificada apresentou recurso (fls. 1124/1138 – Vol 4) onde inova na legação de que faltaria comprovação pela fiscalização da existência de cessão de mão-de-obra nos serviços prestados pelas empresas e que muitas teriam natureza de empreitada total.

Afirma que a notificação seria nula pela ausência de intimação das prestadoras indiretamente envolvidas no auto de infração.

Aduz a existência de cobrança em duplicidade em relação a diversas empresas que prestaram serviços à recorrente.

Alega a impropriedade do desmembramento levado a cabo pela Delegacia da Receita Previdenciária no Pará, bem como a inexistência do dever de retenção na prestação de serviços de diversas contratadas.

Junta cópias de acórdãos da então 2ª Câmara de Julgamentos do CRPS – Conselho de Recursos da Previdência Social em que foram anulados lançamentos relativos à retenção, para os quais não houve a comprovação da cessão de mão de obra por parte da auditoria fiscal.

Foram apresentadas contra-razões (fls. 1170/1173 – Vol 4) mantendo a decisão recorrida.


É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira ANA MARIA BANDEIRA, Relatora

O recurso é tempestivo e não há óbice ao seu conhecimento.

Dentre as alegações apresentadas pela recorrente, esta alegou que a auditoria fiscal não comprovou efetivamente a ocorrência de cessão de mão-de-obra.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUIÇÕES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 19, 05, 09

Maria de Fátima Ferreira de Carvalho Mat. SIAPE 751683

O que fundamentou o presente lançamento foi o fato da recorrente haver contratado diversas empresas para prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra e não haver feito a retenção e o recolhimento do valor correspondente a 11% sobre o valor do serviço prestado em nome da prestadora, conforme disciplina o art. 31 e parágrafos da Lei nº 8.212/91.

A prestação de serviços que envolvem a cessão de mão-de-obra demanda a obrigatoriedade da tomadora em efetuar a retenção de 11% sobre o valor da Nota Fiscal/Fatura da contratada e o seu recolhimento. Entretanto, nem toda a prestação de serviço se reveste das características inerentes à cessão de mão-de-obra. Daí a necessidade de que auditoria fiscal fundamente o relatório fiscal com os argumentos que ensejaram sua convicção de que a prestação de serviço em questão se trata de cessão de mão-de-obra.

Da análise do Relatório Fiscal, observa-se que, não obstante a quantidade de prestadoras de serviços envolvidas, o auditor fiscal notificante não apresentou qualquer argumento considerando a situação fática que permitisse formar a convicção de que tais serviços foram prestados mediante cessão de mão-de-obra.

Quando do cumprimento da diligência solicitada, não traz nenhuma inovação nesse sentido e ainda transfere ao contribuinte o ônus de demonstrar a não ocorrência de cessão de mão-de-obra para a desconstituição do lançamento.

O que se observa no presente caso é que a fiscalização efetuou o lançamento considerando várias empresas prestadoras de serviços e, posteriormente, o lançamento foi retificado para que fossem excluídas as prestadoras para as quais a tomadora comprovou haver efetuado a retenção.

No entender dessa autoridade julgadora, tal procedimento está equivocado, senão vejamos.

O ônus da prova é de quem alega. Portanto, a auditoria deve demonstrar no Relatório Fiscal a ocorrência da cessão de mão de obra caso a caso.

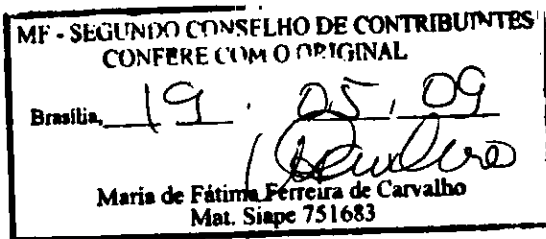
A Lei nº 8.212/91 dispõe nos §§ 3º e 6º do art. 33 as hipóteses em que ocorre a inversão do ônus da prova, *in verbis*:

“Art. 33. Ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do Art. 11, bem como as contribuições incidentes a título de substituição; e à Secretaria da Receita Federal – SRF compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas d e e do parágrafo único do Art. 11, cabendo a ambos os órgãos, na esfera de sua competência, promover a respectiva cobrança e aplicar as sanções previstas legalmente.

.....

§ 3º Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, o Instituto Nacional do Seguro Social-INSS e o Departamento da Receita Federal-DRF podem, sem prejuízo da penalidade cabível, inscrever de ofício importância





que reputarem devida, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário; (.....).

§ 6º Se, no exame da escrituração contábil e de qualquer outro documento da empresa, a fiscalização constatar que a contabilidade não registra o movimento real de remuneração dos segurados a seu serviço, do faturamento e do lucro, serão apuradas, por aferição indireta, as contribuições efetivamente devidas, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário. (grifei).”

Assim, para verificar a ocorrência do fato gerador que enseja a obrigatoriedade da retenção, a auditoria fiscal deve verificar junto à documentação fornecida pela empresa tais como, contratos de prestação de serviços, notas fiscais e outros os elementos que levem ao convencimento de que o serviço foi efetivamente prestado mediante cessão de mão-de-obra.

Caso não tenha ocorrido o disposto nos parágrafos acima descritos, cabe à auditoria fiscal demonstrar para cada uma das empresas prestadoras envolvidas a caracterização da cessão de mão-de-obra, não bastando a simples menção da ocorrência no Relatório Fiscal.

A necessidade de tal comprovação é corroborada pelas disposições do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99 que estabelece em seu 219 e parágrafos o seguinte:

“Art.219. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão ou empreitada de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços e recolher a importância retida em nome da empresa contratada, observado o disposto no § 5º do art. 216. (Redação dada pelo Decreto nº 4.729, de 9/06/2003).

§ 1º Exclusivamente para os fins deste Regulamento, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade fim da empresa, independentemente da natureza e da forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, entre outros.

§ 2º Enquadram-se na situação prevista no caput os seguintes serviços realizados mediante cessão de mão-de-obra:

I - limpeza, conservação e zeladoria;

II - vigilância e segurança;

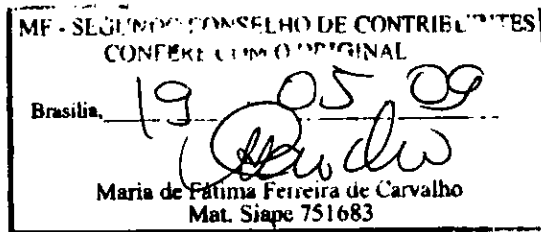
III - construção civil;

IV - serviços rurais;

V - digitação e preparação de dados para processamento;

VI - acabamento, embalagem e acondicionamento de produtos;

VII - cobrança;

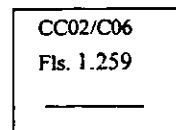
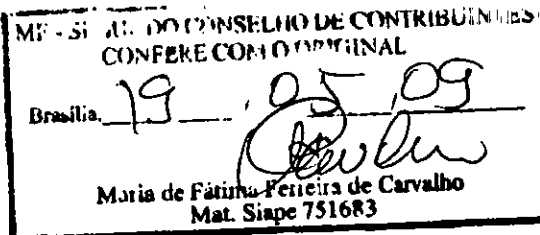


- VIII - coleta e reciclagem de lixo e resíduos;*
 - IX - copa e hotelaria;*
 - X - corte e ligação de serviços públicos;*
 - XI - distribuição;*
 - XII - treinamento e ensino;*
 - XIII - entrega de contas e documentos;*
 - XIV - ligação e leitura de medidores;*
 - XV - manutenção de instalações, de máquinas e de equipamentos;*
 - XVI - montagem;*
 - XVII - operação de máquinas, equipamentos e veículos;*
 - XVIII - operação de pedágio e de terminais de transporte;*
 - XIX - operação de transporte de passageiros, inclusive nos casos de concessão ou sub-concessão; (Redação dada pelo Decreto nº 4.729, de 9/06/2003).*
 - XX - portaria, recepção e ascensorista;*
 - XXI - recepção, triagem e movimentação de materiais;*
 - XXII - promoção de vendas e eventos;*
 - XXIII - secretaria e expediente;*
 - XXIV - saúde; e*
 - XXV - telefonia, inclusive telemarketing.*
- § 3º Os serviços relacionados nos incisos I a V também estão sujeitos à retenção de que trata o caput quando contratados mediante empreitada de mão-de-obra."*

Da análise dos dispositivos legais citados, conclui-se que os serviços relacionados nos incisos de I a V do § 2º, quais sejam, limpeza, conservação e zeladoria; vigilância e segurança; construção civil; serviços rurais; digitação e preparação de dados para processamento não importando se contratados mediante cessão ou empreitada de mão-de-obra estariam sujeitos à retenção.

Quanto aos demais serviços, é necessária a comprovação por parte da fiscalização de que os mesmos foram prestados por cessão de mão-de-obra e não empreitada, porém o relatório fiscal não menciona os tipos de serviços prestados, se os mesmos se enquadrariam nos incisos de I a V do § 2º do art. 219 do RPS e, não sendo o caso, quais os elementos de convicção que levaram a auditoria fiscal ao entendimento de que se tratava de cessão de mão-de-obra.

A precária demonstração da ocorrência do fato gerador é vício que leva à nulidade do lançamento.



Cumpre dizer que, a meu ver, o vício existente no presente lançamento se consubstancia em vício formal.

De acordo com o art. 142 do Código Tributário Nacional, o lançamento é 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.

A insuficiência de qualquer dos requisitos acima resulta na formalização incorreta do lançamento. Portanto, a demonstração da efetiva ocorrência do fato gerador está diretamente relacionada aos requisitos formais do lançamento.

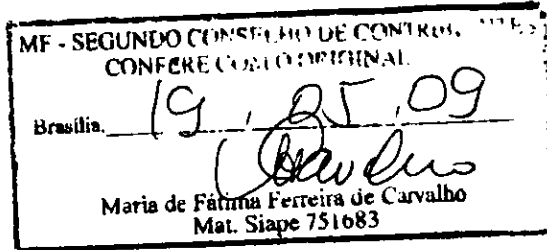
Diante de todo o exposto e de tudo o mais que dos autos consta.

Voto no sentido de **ANULAR O LANÇAMENTO, POR VÍCIO FORMAL**, em razão da não configuração clara da ocorrência do fato gerador.

É como voto.

Sala das Sessões, em 09 de outubro de 2008


ANA MARIA BANDEIRA



Voto Vencedor

Conselheiro RYCARDO HENRIQUE MAGALHÃES DE OLIVEIRA, Relator-Designado

Não obstante as sempre bem fundamentadas razões de decidir da ilustre Conselheira Relatora, peço vênia para manifestar entendimento divergente, por vislumbrar na hipótese vertente conclusão diversa da adotada pela nobre julgadora, como passaremos a demonstrar.

Do exame dos elementos que instruem o processo, constata-se que o presente lançamento diz respeito às contribuições sociais devidas pela empresa ao INSS, incidentes sobre o valor total da Nota Fiscal ou Fatura de prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra, nos termos do artigo 31 da Lei nº 8.212/91.

Entrementes, a ilustre autoridade lançadora, ao constituir o crédito previdenciário, não logrou motivar o presente lançamento, mais precisamente no Relatório Fiscal, deixando de demonstrar e comprovar, na forma que a legislação tributária exige, a efetiva ocorrência dos fatos geradores dos tributos lançados, *in casu*, a execução dos serviços mediante cessão de mão-de-obra.

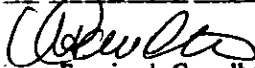
Cumprе esclarecer que referida conduta da fiscalização, em demonstrar cabalmente a ocorrência do fato gerador, com espeque no artigo 142 do CTN, encontra sustentáculo, igualmente, na própria vontade do legislador ordinário que, ao disciplinar a matéria, fez questão de elucidar a conceituação de *cessão de mão-de-obra*, no § 3º, do artigo 31 da Lei nº 8.212/91. Se assim não fosse, bastaria arrolar os serviços que se enquadram como cessão de mão-de-obra, sem conquanto conceituá-lo.

Tais fatos, aliás, já restaram circunstanciadamente esclarecidos no voto da insigne relatora, razão pela qual me abstenho de repeti-los, eis que a divergência apontada por este conselheiro diz respeito tão somente à sua conclusão.

Com efeito, conforme se extrai do bojo do seu voto, a conselheira relatora, ao declarar a nulidade do lançamento, inferiu tratar-se de vício formal.

Em outra via, o entendimento deste conselheiro, acompanhado por maioria pelos demais integrantes desta egrégia Câmara, é no sentido de declarar a nulidade da notificação, por vício material, em virtude da ausência da descrição do fato gerador do tributo.

Antes mesmo de se adentrar às questões de mérito propriamente ditas, é de bom alvitre trazer à baila a distinção das 03 (três) conclusões aventadas durante o julgamento do presente recurso, quais sejam, vício formal, material ou provimento (improcedência do lançamento).

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 19, 05, 09

Maria de Fátima Ferreira de Carvalho Mat. Siape 751683

O vício formal, no entendimento deste julgador, relaciona-se aos requisitos de validade do ato administrativo, ou seja, os pressupostos sem os quais referido ato não produziria efeitos. Em outras palavras, guarda relação com as formalidades legais extrínsecas do lançamento. Os artigos 10 e 11, do Decreto nº 70.235/72, são os exemplos mais nítidos que podemos encontrar a respeito do tema, *in verbis*:

“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.

Art.11. A notificação de lançamento será expedida pelo órgão que administra o tributo e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do notificado;

II - o valor do crédito tributário e o prazo para recolhimento ou impugnação;

III - a disposição legal infringida, se for o caso;

IV - a assinatura do chefe do órgão expedidor ou de outro servidor autorizado e a indicação de seu cargo ou função e o número.”

Ao tratar da matéria, a Lei nº 4.717/65, que regulamenta a Ação Popular, em seu artigo 2º, parágrafo único, alínea “b”, estabelece que o vício formal é:

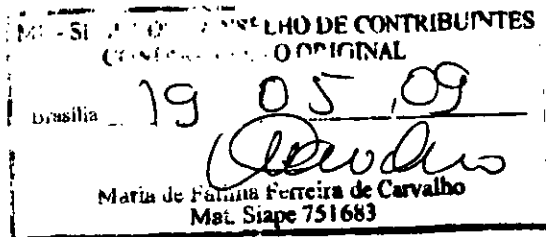
“[...] a omissão ou observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato.”

Como se observa, o ato administrativo somente terá validade se observados os pressupostos formais, extrínsecos, inculpidos nos dispositivos legais supra, entre outros, sob pena de ser anulado por vício formal. Repita-se, o requisito formal do lançamento representa a observância dos ditames estabelecidos por lei no momento de sua exteriorização.

A jurisprudência administrativa, que se ocupou do tema, é mansa e pacífica nesse sentido, senão vejamos:

“PROCESSUAL – LANÇAMENTO – VÍCIO FORMAL – NULIDADE – É nula a Notificação de Lançamento emitida sem o nome do órgão que a expediu, sem identificação do chefe desse órgão ou outro servidor autorizado e sem a indicação do respectivo cargo e matrícula, em flagrante descumprimento às disposições do art. 11, do Decreto nº





70.235/72. *Precedentes da Terceira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais. Recurso Especial improvido.* (3ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, Recurso nº 201-108717 – Acórdão nº CSRF/03-03.305, Sessão de 09/07/2002).

“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. [...]” (8ª Câmara do 1º Conselho, Recurso nº 143.020 – Acórdão nº 108-08.174, Sessão de 23/02/2005) (grifamos).

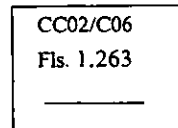
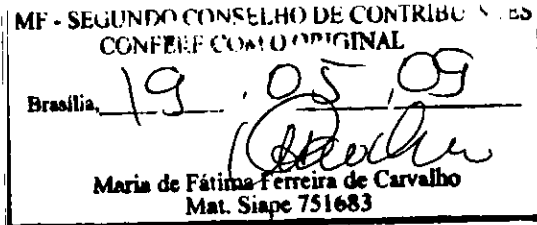
O Acórdão nº 107-06695, da lavra do então Conselheiro representante da Fazenda, Dr. Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz, nos traz com muita propriedade a diferenciação entre vício formal e material, nos seguintes termos:

“[...]”

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 e a identificação do sujeito passivo, definidos no artigo 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 e 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 exemplo, a assinatura do atuante, com a indicação de seu cargo ou 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.[...]” (7ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes – Recurso nº 129.310, Sessão de 09/07/2002).

Por sua vez, o vício material do lançamento ocorre quando a autoridade lançadora não demonstra/descreve de forma clara e precisa os fatos/motivos que a levaram a lavrar a notificação fiscal e/ou auto de infração. Guarda relação com o conteúdo do ato administrativo, pressupostos intrínsecos do lançamento.

Destarte, o artigo 142 do Código Tributário Nacional, ao atribuir a competência privativa do lançamento a autoridade administrativa, igualmente, exige que nessa atividade o fiscal atuante descreva e comprove a ocorrência do fato gerador do tributo lançado, identificando perfeitamente o sujeito passivo, como segue:



“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.”

Aliás, o artigo 37 da Lei nº 8.212/91, com mais especificidade, impõe ao fiscal atuante a discriminação clara e precisa dos fatos geradores do débito constituído, *in verbis*:

“Art. 37. Constatado o atraso total ou parcial no recolhimento de contribuições tratadas nesta Lei, ou em caso de falta de pagamento de benefício reembolsado, a fiscalização lavrará notificação de débito, com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, conforme dispuser o regulamento.” (grifamos).

No mesmo sentido, o artigo 50 da Lei nº 9.784/99 estabelece que os atos administrativos devem conter motivação clara, explícita e congruente, sob pena de nulidade.

“Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e fundamentos jurídicos [...]

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente [...].”

Consoante se infere dos dispositivos legais encimados, para que o lançamento encontre sustentáculo nas normas jurídicas e, conseqüentemente, tenha validade, deverá o fiscal atuante descrever precisamente e comprovar a ocorrência do fato gerador do tributo. A ausência dessa descrição clara e precisa, especialmente no Relatório Fiscal da Notificação, ou erro nessa conduta, macula o procedimento fiscal por vício material.

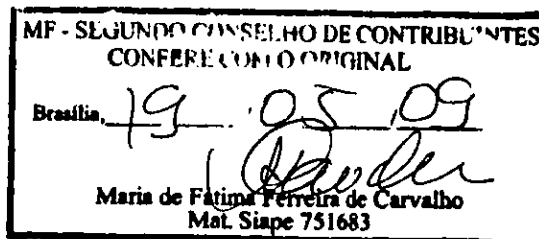
Outro não é o entendimento do ilustre Dr. Manoel Antônio Gadelha Dias, ex-presidente do 1º Conselho de Contribuinte, conforme se extrai do excerto de sua obra *“O Vício Formal no Lançamento Tributário”*, nos seguintes termos:

“[...]”

O defeito na descrição do fato, por exemplo, não pode caracterizar-se mero vício formal, pois a descrição do fato está intimamente ligada à valoração jurídica do fato jurídico, requisito fundamental do lançamento.

A descrição do fato defeituosa tanto pode configurar nulidade de direito material como de direito processual.

Estaremos diante da primeira situação quando o vício atinge o motivo do ato, ou seja, o seu pressuposto objetivo, que corresponde à ocorrência dos fatos que ensejaram a sua prática.” (Tôrres, Heleno Taveira et al. – coordenação – “Direito Tributário e Processo Administrativo Aplicados – São Paulo : Quartier Latin, 2005, p. 348).



A jurisprudência administrativa não discrepa desse entendimento, consoante se positiva dos julgados com suas ementas abaixo transcritas:

"PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RECURSO EX OFFICIO – É nulo o Ato Administrativo de Lançamento, formalizado com inegável insuficiência na descrição dos fatos, não permitindo que o sujeito passivo pudesse exercer, como lhe outorga o ordenamento jurídico, o amplo direito de defesa, notadamente por desconhecer, com a necessária nitidez, o conteúdo do ilícito que lhe está sendo imputado. Trata-se, no caso, de nulidade por vício material, na medida em que falta conteúdo ao ato, o que implica inoccorrência da hipótese de incidência." (1ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes, Recurso nº 132.213 – Acórdão nº 101-94049, Sessão de 06/12/2002, unânime).

"LANÇAMENTO – NULIDADE - VÍCIO MATERIAL – DECADÊNCIA - Nulo o lançamento quando ausentes a descrição do fato gerador e a determinação da matéria tributável, por se tratar de vício de natureza material. Aplicável o disposto no artigo 150, § 4º, do CTN." (2ª Câmara do 1º Conselho, Recurso nº 138.595 – Acórdão nº 102-47201, Sessão de 10/11/2005).

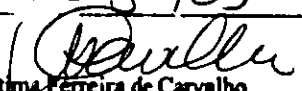
Antes de seguir com o estudo, cabe aqui fazer um parêntese, relativamente ao efeito prático de se declarar a nulidade do lançamento por vício formal ou material. No primeiro caso, na forma proposta pela nobre relatora, o prazo decadencial é restabelecido, passando a ser contado a partir da data da decisão definitiva que declarou a nulidade por vício formal do lançamento. É o que se extrai do artigo 173, inciso II, do CTN.

Por outro lado, tratando-se de vício material, o prazo decadencial continua a ser contado da ocorrência do fato gerador do tributo, no caso do artigo 150, § 4º, do CTN, ou do 1º dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, tratando-se dos artigos 173 do CTN. Ou melhor, poderá o Fisco promover novo lançamento, corrigindo o vício material incorrido, conquanto que dentro do prazo decadencial acima estipulado.

Retornando à diferenciação das conclusões de julgamento, já o provimento ao recurso (improcedência da notificação), implica inferir que, diante dos elementos de provas e razões ofertados pela autoridade lançadora, chegou-se à conclusão da inexistência do fato gerador do tributo exigido. Ou seja, adentrando-se ao mérito da questão, o lançamento efetuado não deve prosperar, uma vez que não restou comprovada a ocorrência do fato gerador, o que impede o Fisco de promover novo lançamento a partir dos mesmos fatos.

Diante de tais considerações, voltemos à hipótese dos autos, onde o fiscal atuante promoveu o lançamento sem conquanto demonstrar a efetiva ocorrência dos fatos geradores das contribuições previdenciárias ora exigidas.

Nesses termos, não se cogita em vício formal, mas, sim, anular o lançamento por vício material, tendo em vista que a fiscalização não descreveu de forma clara e precisa a ocorrência do fato gerador do tributo, afrontando a legislação der regência.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 19.05.09

Maria de Fátima Ferreira de Carvalho
Mat. Siapc 751683

CC02/C06
Fls. 1.265

Assim, deve ser declarada a nulidade do feito, por vício material, em observância à legislação de regência, mais precisamente do artigo 142 do CTN e demais dispositivos das Leis 8.212/91 e 9.784 encimados, uma vez que referida incorreção contamina a exigência fiscal, tornando-a precária, não lhe oferecendo certeza ou liquidez, principalmente pelo fato de se mostrar insanável e por cercear o direito de defesa da recorrente.

Por todo o exposto, estando a NFLD *sub examine* em desacordo com os dispositivos legais que regulam a matéria, VOTO NO SENTIDO DE CONHECER DO RECURSO VOLUNTÁRIO E ANULAR A NOTIFICAÇÃO FISCAL POR ERRO/VÍCIO MATERIAL, pelas razões de fato e de direito acima esposadas.

Sala das Sessões, em 09 de outubro de 2008


RYCARDO HENRIQUE MAGALHÃES DE OLIVEIRA