



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo n° 12045.000427/2007-55
Recurso n° Especial do Procurador
Acórdão n° 9202-006.963 – 2ª Turma
Sessão de 20 de junho de 2018
Matéria PAF - NULIDADE - CERCEAMENTO DE DEFESA
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado M.I. MONTREAL INFORMÁTICA S.A.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/11/1998 a 31/12/1998

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RECURSO ESPECIAL DE DIVERGÊNCIA. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. CONHECIMENTO.

Não se conhece de Recurso Especial de Divergência, quando não resta demonstrado o alegado dissídio jurisprudencial, tendo em vista a ausência de similitude fática entre os acórdãos recorrido e paradigma. Tampouco pode ser conhecida matéria sobre a qual não foi interposto Recurso Especial à época oportuna, assim operando-se a preclusão consumativa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial.

(assinado digitalmente)

Maria Helena Cotta Cardozo - Presidente em Exercício e Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Patrícia da Silva, Pedro Paulo Pereira Barbosa, Ana Paula Fernandes, Mário Pereira de Pinho Filho (suplente convocado), Ana Cecília Lustosa da Cruz, Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri e Maria Helena Cotta Cardozo (Presidente em Exercício).

Relatório

Em sessão plenária de 15/09/2003, a 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS) julgou o Recurso Voluntário, proferindo a decisão consubstanciada no Acórdão nº 002469 (fls. 477 a 486), assim ementado:

"EMENTA. PREVIDENCIÁRIO. CUSTEIO. GLOSA DE COMPENSAÇÃO. A liminar concedida no processo n.º 98-0206549-8, perante a 4.ª Vara Federal de Niterói/RJ não autoriza a compensação de contribuições sociais devidas à terceiros (SESC, SENAC e SEBRAE), em relação aos empregados envolvidos em atividades mercantis. Como ficou constatado que a empresa, além da prestação de serviços, também desenvolve atividades comerciais, foi correta a lavratura da presente NFLD, com base no art. 33, § 3.º c/c art. 94, ambos da Lei 8.212/91. Recurso da empresa conhecido e improvido."

A decisão foi assim registrada:

"Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em sessão realizada hoje, ACORDAM os membros da 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CRPS, por unanimidade, em CONHECER DO RECURSO e, no mérito, por unanimidade, NEGAR-LHE PROVIMENTO, na forma do voto do Relator e sua fundamentação."

Cientificada do acórdão, a Contribuinte apresentou o Pedido de Revisão de fls. 487 a 490.

Em sessão plenária de 29/10/2009, foi julgado o Pedido de Revisão, prolatando-se o Acórdão nº 2301-00.724 (fls. 619 a 626), assim ementado:

"ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/11/1998 a 31/12/1998

*DOMICÍLIO TRIBUTÁRIO. ESTABELECIMENTO
CENTRALIZADOR. DIREITO ASSEGURADO AO
CONTRIBUINTE. CTN.*

Da leitura do caput do artigo 127 do CTN verifica-se que a eleição de domicílio tributário é prerrogativa do contribuinte e somente pode ser recusado pela autoridade fiscalizadora nas hipóteses comprovadas de impossibilidade ou dificuldade de realização da ação fiscal.

O prejuízo para a defesa do contribuinte é patente, uma vez que a documentação fiscal exigida estava em localidade diversa daquela eleita pelos auditores, o que dificultou a sua apresentação.

Processo Anulado.

Crédito Tributário Exonerado."

A decisão foi assim registrada:

“ACORDAM os membros da 3ª câmara / 1ª turma ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em anular o auto de infração/lançamento, nos termos do voto do relator.”

O Relator assim concluiu o voto:

*"17. Por fim, diante de todo o exposto e unia vez transitada em julgado a sentença reconhecendo que o domicílio tributário é o estabelecimento centralizador do recorrente, situado na Rua Capitão Soares, 04 Rio das Flores Volta Redonda/RJ, somente resta a este órgão administrativo julgador acatar a decisão judicial e, conseqüentemente, a preliminar ora examinada, para **anular o lançamento por vício formal**. Restando, portanto, prejudicado o exame de mérito.*

CONCLUSÃO

18. Assim, conheço do pedido de revisão e voto pela ANULAÇÃO do lançamento." (grifei)

Cientificada do acórdão, a Fazenda Nacional não interpôs Recurso Especial (fls. 627).

Cientificada do acórdão em 11/01/2012 (AR - Aviso de Recebimento de fls. 633), a Contribuinte opôs, em 16/01/2012, os Embargos de Declaração de fls. 634 a 640, prolatando-se, em 19/06/2013, o Acórdão de Embargos nº 2301-003.581 (e-fls.876 a 882), assim ementado:

"ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1999 a 30/04/2001

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACOLHIMENTO.

Constatada a existência de obscuridade, omissão ou contradição no Acórdão exarado pelo Conselho correto o acolhimento dos embargos de declaração visando sanar o vício apontado.

LANÇAMENTO. VÍCIO MATERIAL.

A impossibilidade do contribuinte de apresentar sua defesa, por estar a documentação fiscal exigida em localidade diversa daquela eleita pelos auditores, caracteriza vício substancial, material, uma nulidade absoluta.

Embargos Acolhidos"

A decisão foi assim registrada:

"Acordam os membros do colegiado, I) Por unanimidade de votos: a) em acolher os embargos de declaração nos termos do voto do Relator; b) em declarar a nulidade do lançamento, nos termos do voto do Relator; II) Por maioria de votos: a) em conceituar o vício no lançamento como material, nos termos do voto do Relator. Vencida a Conselheira Bernadete de Oliveira

*Barros, que votou em conceituar o vício como formal.
Sustentação oral: Eduardo de Abreu Coutinho. OAB:
95.319/RJ."*

O processo foi encaminhado à PGFN em 14/10/2013 (Despacho de Encaminhamento de e-fls. 883) e, em 19/11/2013, foi interposto o Recurso Especial de e-fls. 884 a 894 (Despacho de Encaminhamento de e-fls. 909), com fundamento no art. 67, do Anexo II, do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 2009, visando discutir os seguintes pontos:

- nulidade do lançamento por cerceamento de defesa;

- natureza do vício, se formal ou material.

Ao Recurso Especial foi dado seguimento, conforme despacho de 04/03/2016 (e-fls. 911 a 916). Em seu apelo, a Fazenda Nacional alega:

- no tocante à nulidade do lançamento, há pelo menos três motivos pelos quais a decisão recorrida deve ser reformada, a saber: "É válido o lançamento formalizado por Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil de jurisdição diversa da do domicílio tributário do sujeito passivo", conforme estabelece a Súmula nº 27, do CARF; dada a natureza inquisitorial, o procedimento administrativo fiscal do lançamento não se submete ao contraditório nem à ampla defesa, direitos reservados ao sujeito passivo somente após a ciência do lançamento, com o oferecimento de impugnação, quando então se instaura o contencioso fiscal; e não houve prejuízo à ampla defesa do contribuinte, já que lhe foi conferido o conhecimento de todos os fatos pelos quais o lançamento foi efetuado;

- o fato de o domicílio tributário do contribuinte ter sido reconhecido por decisão judicial transitada em julgado em nada altera a conclusão que aqui se defende, pois o dispositivo do acórdão que assim procedeu não tratou dos efeitos que essa declaração geraria nos atos administrativos da administração tributária em geral;

- o contribuinte não solicitou provimento jurisdicional no sentido de que fosse apenas a autoridade fiscal do seu domicílio eleito que procedesse ao lançamento tributário, mas sim requereu a declaração de que seu domicílio fiscal fosse aquele eleito no seu contrato social, sem formular pedido expresso quanto aos efeitos de eventual decisão favorável;

- mesmo que o domicílio do contribuinte tenha sido fixado judicialmente, isso não altera a competência das repartições fiscais para proceder à lavratura de Autos de Infração, portanto somente haveria alteração de competência se o provimento jurisdicional fosse expresso nesse sentido;

- por outro lado, não se deve esquecer que o trabalho da fiscalização, na fase inicial do procedimento administrativo fiscal de lançamento, tem natureza eminentemente inquisitorial, não havendo que se falar em contraditório e ampla defesa;

- esses direitos somente são conferidos ao contribuinte após a notificação do lançamento, quando se abre a possibilidade de questionamento de todos os termos da ação fiscal, com contraditório e ampla defesa, quando então se instaura a fase litigiosa do processo administrativo fiscal;

- no caso concreto, esses direitos não foram violados, pois o contribuinte teve o conhecimento, desde o início, dos fatos que motivaram o lançamento tributário, podendo impugná-los da forma como melhor lhe aprouvesse, como de fato o fez;

- desse modo, não tendo havido prejuízo ao contribuinte, não há que se falar em nulidade do lançamento, nos termos do art. 60 do Decreto nº 70.235, de 1972;

- tem-se que um lançamento tributário somente será anulado por vício formal quando não se obedecer às formalidades necessárias ou indispensáveis à existência do ato, isto é, às disposições de ordem legal para a sua feitura;

- na hipótese em apreço, o equívoco no procedimento adotado pela autoridade fiscal, que realizou a fiscalização em local distinto daquele eleito pelo contribuinte como domicílio tributário, acarretando, em tese, prejuízo ao seu direito de defesa, tem, nitidamente, caráter formal;

- a distinção entre vício formal e material é de extrema relevância, pois os atos eivados de vício material não são passíveis de convalidação, isto é, não podem ser corrigidos; por sua vez, os atos com vício de forma podem ser convalidados ou repetidos, dessa vez sem o defeito original;

- assim, a única conclusão possível é a de que o vício procedimental gera defeito de ordem formal, o que permite: (i) a convalidação do ato, mediante o suprimento do vício, ou (ii) a repetição do ato, desta vez sem o vício que culminou na sua anulação.

Ao final, a Fazenda Nacional requer o conhecimento e o provimento do presente recurso para afastar a nulidade do lançamento ou, caso assim não se entenda, declarar a ocorrência de vício formal.

Cientificada do Acórdão de Embargos, do Recurso Especial da Procuradoria e do despacho que lhe deu seguimento, a Contribuinte quedou-se silente.

Voto

Conselheira Maria Helena Cotta Cardozo - Relatora

O Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional é tempestivo, restando perquirir se atende aos demais pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de ação fiscal desenvolvida em estabelecimento diverso daquele eleito como domicílio tributário pela Contribuinte. No acórdão recorrido, considerou-se que ocorreu nulidade por vício material. A Fazenda Nacional, por sua vez, defende que não ocorreu a alegada nulidade do lançamento e, alternativamente, que, se vício houve, este seria de natureza formal e não material.

Em face do pedido principal - inexistência de nulidade - salienta-se que, em um primeiro momento, por meio do Acórdão nº 2301-00.724, de 29/10/2009 (fls. 619 a 626), o Colegiado *a quo* declarou a nulidade do lançamento por vício formal. Confira-se a conclusão do voto:

*"17. Por fim, diante de todo o exposto e unia vez transitada em julgado a sentença reconhecendo que o domicílio tributário é o estabelecimento centralizador do recorrente, situado na Rua Capitão Soares, 04 Rio das Flores Volta Redonda/RJ, somente resta a este órgão administrativo julgador acatar a decisão judicial e, conseqüentemente, a preliminar ora examinada, para **anular o lançamento por vício formal**. Restando, portanto, prejudicado o exame de mérito.*

CONCLUSÃO

18. Assim, conheço do pedido de revisão e voto pela ANULAÇÃO do lançamento." (grifei)

Cientificada desse acórdão, a Fazenda Nacional declarou expressamente que não haveria a interposição de Recurso Especial (fls. 627).

Posteriormente, por força da oposição de Embargos de Declaração pela Contribuinte, a natureza do vício foi alterada para material, por meio do Acórdão de Embargos nº 2301-003.581, de 19/06/2013.

Destarte, relativamente à primeira matéria - **inexistência de nulidade no lançamento** - não há como sequer cogitar do seu conhecimento, uma vez que no Acórdão de Embargos abordou-se unicamente a natureza do vício que maculara o lançamento - se formal ou material. Destarte, nesse segundo acórdão já não se discutiu se haveria ou não nulidade, mas sim partiu-se da nulidade do lançamento declarada no primeiro acórdão, reconhecendo-se que a natureza do vício seria material.

Assim, a existência de nulidade no lançamento já se encontrava sedimentada em momento anterior do processo, não podendo ser agora suprimida, tendo em vista que a Fazenda Nacional, cientificada do respectivo acórdão, expressamente informou que não haveria a interposição de Recurso Especial.

Impende asseverar que, na preclusão consumativa, a impossibilidade de certo sujeito praticar determinado ato decorre da circunstância de haver ele praticado um ato anterior que esgotou os efeitos do ato que ele agora quer praticar.

Nesse diapasão, forçoso concluir pela ocorrência da preclusão consumativa das alegações de inexistência de nulidade apresentadas no Recurso Especial, uma vez que não arguidas no momento oportuno - quando da ciência do Acórdão nº 2301-00.724, que declarou a nulidade do lançamento por vício formal.

Quanto ao segundo ponto suscitado pela Fazenda Nacional - **se nulidade houve, trata-se de vício formal e não material** - por envolver a discussão acerca da natureza de vício em lançamento de tributo, é imprescindível que se verifique a motivação da declaração de nulidade em cada um dos julgados em confronto, a ver se haveria similitude entre elas.

No caso do acórdão recorrido, conforme consta do voto - e não foi contraditado pela Fazenda Nacional - trata-se de fiscalização dos períodos de 11/1998 a 12/1998, sendo que a Contribuinte já havia, desde 1995, alterado sua matriz e domicílio tributário, da Rua São José, 90, 7º andar, Centro, Rio de Janeiro/RJ, para a Rua Capitão Jorge Soares, 04, Rio das Flores/RJ. Entretanto, a ação fiscal foi realizada no estabelecimento 42.563.692/0012-89, endereço da antiga sede, no Centro do Rio de Janeiro. A questão foi levada ao Poder Judiciário, que decidiu que o domicílio tributário a ser considerado era aquele eleito pela Contribuinte, ou seja, em Rio das Flores. Confira-se:

"DAS QUESTÕES PRELIMINARES

(...)

4. Com efeito, a decisão judicial foi no sentido de reconhecer o erro no domicílio tributário do recorrente, inclusive com determinação no sentido de "julgar procedente o pedido e declarar como domicílio tributário da Autora a sua sede, situada na Rua Capitão Jorge Soares n" 04, Centro, Município de Rio das Flores - RJ", portanto, estabelecimento diferente daquele escolhido pelos auditores para executar procedimento fiscalizatório.

5. Compulsando os autos, verifica-se que a auditoria fiscal realizada no estabelecimento da recorrente, através do Termo de Intimação para Apresentação de Documentos - TIAD, determinou que a documentação fosse apresentada no estabelecimento 42.563.692/0012-89 situado na Rua São José, 90 - 7º andar Centro Rio de Janeiro/RJ e lá permanecesse até o encerramento da ação fiscal.

6. Com razão o contribuinte argumenta que, de acordo com seu contrato social e outros documentos acostados aos autos, o domicílio tributário estava situado na Rua Capitão Jorge Soares, 04 - Rio das Flores - Volta Redonda/RJ.

7. O fisco, por sua vez, tenta afastar os argumentos do contribuinte trazendo aos autos indícios de prova no sentido de que a empresa elegeu como domicílio tributário o estabelecimento em que se desenvolveu o procedimento fiscalizatório, portanto não haveria razão alguma para anular o lançamento fiscal.

8. Como dito alhures, a questão foi levada ao Judiciário. Em consulta realizada sobre o andamento do processo, constata-se que houve trânsito em julgado em favor do recorrente. Com efeito, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região entendeu que os motivos trazidos pela Procuradoria do INSS para justificar a fiscalização em estabelecimento distinto ao eleito como domicílio tributário foram insuficientes para a aplicação do artigo 127, §2º do CTN. Segue transcrição do voto vencedor, ementa, acórdão e fase processual:

"VOTO

O Código Tributário Nacional proclama, em seu art. 127, inciso II, que, na falta de eleição, pelo contribuinte ou responsável, de domicílio tributário, será este o do lugar de sua sede, em se tratando de pessoa jurídica de direito privado.

A Autora, de acordo com dado constante em seu CNPJ, encontra-se em atividade desde o ano de 1976 (fls. 14).

Por conta da 20ª alteração de seu Contrato Social, datada de 30 de janeiro de 1995 (fls. 202/204), promoveu a transferência de sua sede, originariamente estabelecida na Rua São José, nº 90-

Centro, Rio de Janeiro/RJ, para a Rua Capitão Jorge Soares, nº 04, no Município de Rio das Flores, Estado do Rio de Janeiro.

Entendeu a Autarquia-previdenciária que a Autora, ao promover a mudança de sua sede, e, por consectário legal, de seu domicílio tributário, buscou criar empecilhos à atuação fiscal da Divisão de Cobrança de Grandes Devedores, porquanto circunscrita ao limite territorial da Capital do Estado. Em razão desta situação, aplicou ao caso a regra positivada no § 2º do art. 127 do CTN, o qual permite que a autoridade administrativa recuse o domicílio eleito pelo contribuinte quando se torne impossível ou dificultosa a arrecadação ou a fiscalização do tributo.

(...) a ilação feita pela autoridade administrativa a respeito do verdadeiro objetivo a ser alcançado pela parte autora com a alteração de sua sede não se sustenta diante de uma leitura mais apropriada dos dispositivos do CTN reguladores da matéria, nem tampouco se verificarmos atentamente a cronologia dos fatos ocorridos.

Primeiramente, cabe consignar ser evidente a distinção existente entre (a) autonomia da pessoa jurídica para definir, em seus atos constitutivos, o local de sua sede e (b) faculdade de eleição, pelo contribuinte, de seu domicílio tributário.

Da leitura do caput do artigo 127 do CTN verifica-se que, a princípio, a eleição de domicílio tributário é prerrogativa do contribuinte. Se o mesmo não o elege, passa a Administração a avaliar as alternativas legais para sua definição, enumeradas nos incisos do referido artigo. Nesta situação, em se tratando de pessoa jurídica de direito privado, tem-se como domicílio tributário, ex vi do inciso II, o local de sua sede.

*A incidência, na espécie, da regra do §2º do art. 127 do CTN - "A autoridade administrativa pode recusar o domicílio eleito..." não se revela apropriada, visto que **a definição do domicílio fiscal da Autora em Rio das Flores não se deu em razão do exercício da faculdade de eleição, mas sim por conta da fixação de sua sede naquele Município, hipóteses que não guardam similitude entre si.***

Noutro giro, entendo que o fato de a Autora figurar no rol de contribuintes sujeitos à atuação fiscal da Divisão de Cobrança de Grandes Devedores do INSS não se revela, por si só, motivo razoável a justificar a desconsideração de sua nova sede como sendo o seu domicílio tributário. O Município de Rio das Flores está localizado a apenas 180 Km de distância da Cidade do Rio de Janeiro, não podendo tal circunstância ser considerada como impeditiva do exercício, pelos agentes públicos vinculados ao aludido Órgão autárquico, da atividade de fiscalização/arrecadação de tributos. A opção administrativa do INSS de circunscrever aos limites territoriais da Capital do Estado a atuação da Divisão de Cobrança de Grandes Devedores, como consignado na contestação (fls. 93), não pode implicar restrição ao legítimo direito do contribuinte de, no livre exercício de sua atividade empresarial, e diante das conveniências e vantagens

econômicas a serem eventualmente auferidas com a medida adotada, estabelecer sua sede onde melhor lhe aprouver.

Ainda que não dispondo de dados estatísticos para dar esteio a presente ilação, podemos presumir que, tal como na Capital, há, também, no interior do Estado do RJ, grandes devedores do INSS, o que não significa dizer que, por tal razão, deixe a Autarquia previdenciária de adotar as medidas administrativas necessárias para inscrição dos débitos existentes em Dívida Ativa e posterior ajuizamento de execuções fiscais, mesmo que sem a participação da Divisão de Cobrança de Grandes Devedores.

Outro ponto merecedor de destaque, relevante ao deslinde da questão jurídica em testilha, é a constatação de que, da análise dos atos normativos administrativos expedidos pelo Ministério da Previdência Social, concernentes à definição da estrutura organizacional do INSS, as Divisões de Cobrança de Grandes Devedores só passaram a ter expressa previsão a partir do advento da Portaria MPAS nº 6.247, de 28 de dezembro de 1999, que, revogando a Portaria nº 458/92, aprovou o novo Regimento Interno daquela Autarquia. Cabe indagar, assim, como poderia a Autora, no ano de 1995, promover a mudança de sua sede buscando dificultar a atuação fiscal de um Órgão até então inexistente?

Destarte, entendo que os motivos invocados pelo Réu para recusar a sede da Autora como sendo o seu domicílio tributário carecem de maior consistência, impondo-se, portanto, no âmbito desta E. Corte, a reforma da r. sentença recorrida.

Face ao acima exposto, dou provimento ao recurso para, reformando a sentença, julgar procedente o pedido e declarar como domicílio tributário da Autora a sua sede, situada na Rua Capitão Jorge Soares nº 04, Centro, Município de Rio das Flores - RJ."

EMENTA

ADMINISTRATIVO - ALTERAÇÃO DE SEDE - DOMICÍLIO TRIBUTÁRIO - RECUSA PELA ADMINISTRAÇÃO - ART. 127, § 2º, DO CTN.

I - Da leitura do caput do artigo 127 do CTN verifica-se que, a princípio, a eleição de domicílio tributário é prerrogativa do contribuinte. Se o mesmo não o elege, passa a Administração a avaliar as alternativas legais para sua definição, enumeradas nos incisos do referido artigo. Nesta situação, em se tratando de pessoa Jurídica de direito privado, tem-se como domicílio tributário, ex vi do inciso II, o local de sua sede.

II - A autonomia que a pessoa jurídica possui para definir, em seus atos constitutivos, o local de sua sede, não se confunde com exercício da faculdade de eleição do seu domicílio tributário. O § 2º do art. 127 do CTN permite que a autoridade administrativa recuse domicílio fiscal apenas quando este tenha sido fixado por

eleição, e não em virtude de mudança de sede promovida por conta de alteração de contrato social da empresa.

III - Recurso provido."

9. Considerando a decisão judicial, a qual não pode ser desconhecida da administração, temos como assegurado que o domicílio tributário da empresa recorrente é a sua sede, situada na Rua Capitão Jorge Soares nº 04, Centro, Município de Rio das Flores - RJ, conforme defendido em suas razões recursais. Portanto, está eivado de nulidade o lançamento fiscal em seu nascedouro.

10. E o prejuízo para a defesa do contribuinte é patente, uma vez que a documentação fiscal exigida estava em localidade diversa daquela eleita pelos auditores, o que certamente dificultou a sua apresentação para o fisco.

(...)

15. Há que se destacar ainda, porque importante, que o cerceamento do direito de defesa é nitidamente reconhecido, tendo em vista as autuações por falta de documentos e recusa em prestar esclarecimentos além dos inúmeros lançamentos por arbitramento, todos realizados com enorme gravame para o sujeito passivo.

16. Sem falar que ficou prejudicado o direito da empresa em acompanhar a ação fiscal e prestar os esclarecimentos necessários, o que denota clara afronta aos preceitos constitucionais garantidores da ampla defesa e do contraditório." (grifos nossos)

Nesse contexto, o paradigma apto a demonstrar a alegada divergência seria representado por acórdão em que, em situação similar - alteração da sede da empresa, e conseqüentemente do domicílio tributário, em data anterior ao início da fiscalização, com decisão judicial referendando o procedimento da Contribuinte e reconhecimento do prejuízo à defesa - a conclusão fosse no sentido de se declarar nulidade por vício formal.

Visando demonstrar a alegada divergência em relação à questão da **natureza do vício, se formal ou material**, a Fazenda Nacional indica como paradigma o Acórdão nº 3403-001.705, colacionando a respectiva ementa, conforme a seguir:

"Assunto: Contribuição para o Programa de Integração Social — PIS.

Período: 01.05.1997 a 30.09.1997

Ementa: NORMAS PROCESSUAIS. AUTO DE INFRAÇÃO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE REQUISITOS ESSENCIAIS. NULIDADE. O ato administrativo de lançamento deve se revestir de todas as formalidades exigidas em lei, sendo nulo por vício de forma o auto de infração que não contiver todos os requisitos prescritos como obrigatórios pelos arts. 10 do Decreto número 70.235/72 e 142 do CTN, impõe, assim, anular o lançamento.

Recurso Provido." (destaques da Recorrente)

A ementa acima não permite que se saiba qualquer detalhe acerca do vício apontado. Compulsando o inteiro teor desse paradigma, constata-se que a situação nele tratada em nada se assemelha à do recorrido. Confira-se:

"Impõe em primeiro plano examinar de ofício a motivação contida no auto de infração. Parece-me a prima face tratar-se razões incongruentes com se vê do anexo III. Uma delas se refere à desvinculação do pagamento, sem, contudo, informar se ocorreu a pedido do contribuinte ou de ofício. Está análise se torna de suma importância para saber se a declaração de inexata e a falta de recolhimento foram causadas pelo contribuinte ou decorre da desvinculação do débito.

Entretanto, inexistem elementos nos autos que possa esclarecer esta situação.

A outra está assentada quanto à existência ou não do pagamento como resta evidente ao ler afirmação do anexo III – “Comp. C/pagto parcialmente utilizado e na linha inferior” “Pgto não localizado”.

Como se vê há dois fatos não idênticos e antagônicos. São adversos porque o primeiro fato informa que parte foi utilizada de modo parcial e o segundo afirma de que não houve pagamento localizado. Assim, parece-me que tratam de dois motivos mutuamente excludentes, e, sendo assim, macula o lançamento e torna o crédito tributário duvidoso.

Portanto, ao deixar de descrever de forma correta o fato que ensejou a autuação, o Fisco deixou, também, de especificar corretamente a matéria tributável, de cuja essência se extrairia o motivo do lançamento.” (grifei)

Destarte, constata-se que o vício que maculara o lançamento, no caso do paradigma, foi a falha na descrição do fato gerador. Com efeito, tal situação em nada se assemelha àquela tratada no acórdão recorrido.

Nestas circunstâncias, não se verifica a necessária similitude fática entre os acórdãos recorrido e paradigma, de sorte que os dois julgados não podem sequer ser comparados, para fins de demonstração de divergência jurisprudencial.

Diante do exposto, não conheço do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional.

(assinado digitalmente)

Maria Helena Cotta Cardozo

