



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
CONF. ORIGINAL
Brasília, 04 - 06 - 09
Maria de Fátima R. de Carvalho
Mat. Supc 751683

CC02/C06
Fls. 262

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
SEXTA CÂMARA**

Processo nº 16095.000315/2007-60
Recurso nº 147.696 Voluntário
Matéria AFERIÇÃO INDIRETA
Acórdão nº 206-01.815
Sessão de 04 de fevereiro de 2009
Recorrente JOMARCA INDUSTRIAL DE PARAFUSOS LTDA
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/04/2000 a 28/02/2003

**CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - DÉBITO NORMAL -
SEGURADOS EMPREGADOS - CARACTERIZAÇÃO
DEFICIENTE - LANÇAMENTO ARBITRADO.**

Para que o crédito tributário seja constituído com base na caracterização de segurado empregado, é necessário que os elementos caracterizadores do vínculo empregatício fiquem devidamente demonstrados no relatório fiscal da NFLD.

A falta da exposição clara e precisa dos elementos citados acima dificulta o contraditório e a ampla defesa do sujeito passivo, retirando do crédito os atributos de certeza e liquidez para uma futura execução fiscal.

A inviabilidade do saneamento do vício enseja a anulação do crédito.

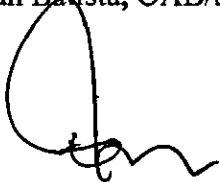
Ocorrência de vício de natureza material.

Processo Anulado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

MP - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONHECE COMO ORIGINAL
Brasília, 04 de 06 de 09
Maria de Fátima Pereira de Carvalho
Mat. Sincp 751683

ACORDAM os membros da SEXTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, I) por unanimidade de votos em anular a NFLD; 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 (relatora) e Ana Maria Bandeira que votaram por declarar a nulidade por vício formal. Designado para redigir o voto vencedor o(a) Conselheiro(a) Elias Sampaio Freire. Fez sustentação oral o(a) advogado(a) da recorrente Dr(a) Marcos Cezar Najjarian Batista, OAB/SP nº 127.352.



ELIAS SAMPAIO FREIRE

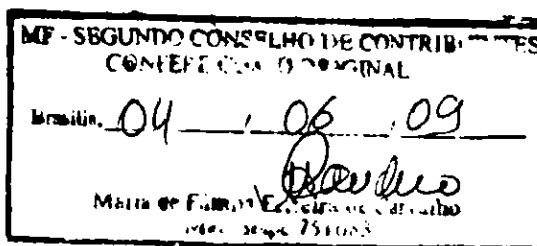
Presidente



ELIAS SAMPAIO FREIRE

Relator-Designado

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



Relatório

Trata-se de recurso interposto contra a Decisão-Notificação que julgou procedente o débito lançado contra a empresa acima identificada.

O crédito previdenciário lançado por intermédio da NFLD se refere a contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à contribuição dos empregados, à da empresa, à destinada ao financiamento dos benefícios decorrentes dos riscos ambientais do trabalho e aos terceiros, tendo como fato gerador, segundo relatório fiscal (fls. 25/26), a remuneração paga aos segurados caracterizados como empregados pela fiscalização.

A autoridade lançadora informa que a empresa utilizou-se de mão de obra por intermédio da Cooperfuso – Cooperativa de Profissionais Autônomos, tendo tal prática ferido os princípios basilares do sistema cooperativo, revelando-se um mascaramento da relação de emprego e caracterizando a responsabilidade da empresa para com os direitos trabalhistas e previdenciários.

Relata que foi reconhecido vínculo empregatício na Ação Civil Pública 1472/2000, onde o acordo celebrado traz o compromisso da empresa em contratar 100 trabalhadores da Cooperfuso, em funções não subordinadas e em que não haja pessoalidade, para execução de atividades meio da empresa.

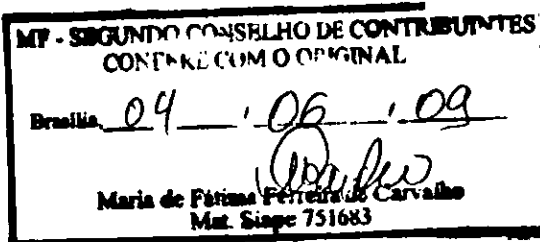
A fiscalização esclarece que verificou evidências de que tal compromisso não foi efetivamente cumprido, como, por exemplo, o fato de o número total de empregados da empresa, que se manteve na faixa de 30 a 35 de janeiro a junho de 2002, subir para cerca de 82 a partir de 08/2002, não atingindo em nenhum momento o total acordado, ou seja, de 100 empregados.

Informa, ainda, que na falta de elementos que demonstrassem as funções efetivamente exercidas por esses trabalhadores, a fiscalização lançou, como salários de contribuição, os valores brutos pagos constantes dos recibos da Cooperfuso, aferindo, assim, os créditos devidos à Previdência Social e aos terceiros.

A recorrente impugnou o débito via peça de fls. 38 a 107 e o INSS, por intermédio da Decisão-Notificação de nº 21.025/281/2003 (fls. 111 a 122), julgou o lançamento procedente.

Inconformada com a decisão, a recorrente apresentou recurso tempestivo (fls. 126/194), repetindo basicamente as alegações apresentadas na impugnação.

Reitera que, tendo em vista a correlação existente nos fatos referidos em todas as notificações lavradas contra a recorrente, o recurso tratará em conjunto de todas, oferecendo, em algumas situações, peças em separado para cada caso, em atenção ao exigido nos Relatórios Fiscais.



Preliminarmente, alega decadência das exigências anteriores ao mês de junho/98.

No mérito, ressalta que a conclusão da fiscalização relativa ao reconhecimento do vínculo empregatício na Ação Civil Pública não é verdadeira, uma vez que foi dada interpretação absolutamente equivocada e tendenciosa ao acordo celebrado na noticiada ação.

Transcreve trechos do acordo homologado perante MM. 6ª Vara do Trabalho de Guarulhos/SP para demonstrar que não houve qualquer reconhecimento de vínculo empregatício anteriormente ocorrido, mas, tão-somente, o compromisso de contratação futura de mão-de-obra relativa a sua atividade-meio.

Assevera que não há critérios de pessoalidade ou subordinação para com os cooperados, sendo que a tomadora em nenhum momento interfere na relação existente entre cooperado e cooperativa, e não existe nenhum controle de horário para com os cooperados, estando, portanto, ausentes os requisitos do art. 3º da CLT.

Sustenta que, diversamente do constatado pelas autuações, a recorrente recolheu todas as contribuições devidas, inclusive a alíquota de 15% incidente sobre os pagamentos feitos à cooperativa, assim como se verifica a mesma regularidade em relação às contribuições individuais dos cooperados.

Alega ilegalidade e inconstitucionalidade da cobrança de contribuição sobre a remuneração dos administradores, ao Salário-Educação, ao Inkra, ao Sebrae e ao SAT, e da aplicação da taxa SELIC e impossibilidade de responsabilização dos sócios, tendo em vista a inexistência de qualquer comprovação de que os mesmos teriam praticado atos contrários à Lei ou ao contrato.

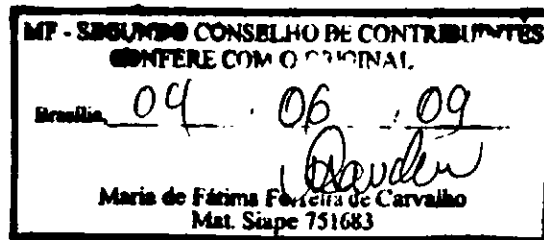
Por meio do Despacho de fls. 197/198, a GEX Guarulhos informou que o recurso não seria conhecido em razão de não ter sido efetuado o depósito recursal e, em 10/09/2007, cientificada pela procuradoria de que a empresa obteve ordem judicial para ver o recurso conhecido e julgado sem o depósito recursal, propôs o encaminhamento ao 2º Conselho de Contribuintes, para prosseguimento.

Às fls. 246 a 261, foi juntada ao processo nova manifestação da notificada, tendo em vista ocorrência de fato superveniente após a prolação da decisão recorrida.

Entende a notificada que o noticiado fato superveniente é determinante ao desfecho que deverá ter o contencioso administrativo instaurado nestes autos.

Informa que o fisco previdenciário, em lançamento consumado em meados de 2007, efetuou a caracterização das pessoas físicas envolvidas nesta NFLD na condição de segurado perante pessoa jurídica distinta à da notificada.

Aduz que o mesmo segurado não pode ser caracterizado, num momento, como empregado de uma empresa prestadora de serviço e, noutro momento, mas no mesmo período e sob os mesmos serviços contratados, ser caracterizado como contribuinte empregado no tomador dos serviços.



Entende que tal fato configura duplicidade de incidências previdenciárias e uma intransponível contradição flagrantemente atentatória a todos os sistemas de custeio e de concessão de benefícios previdenciários.

Afirma que os segurados outrora caracterizados nesta NFLD, por presunção fiscal, como segurados empregados de tomador de serviços são exatamente os mesmos oficializados, posteriormente e por apuração direta, como cooperados da Cooperfuso, o que leva à presunção de que a presente NFLD não pode prevalecer no mundo jurídico.

Argumenta que, a partir do momento que o próprio agente fiscalizador, analisando a hipótese previdenciária da Cooperativa *in loco*, tendo acesso a todos os elementos necessários a formação de sua convicção, reconhece que os cooperados prestavam serviços a outras pessoas jurídicas, exige contribuição social referente a uma relação jurídica previdenciária cooperativa, não podem mais subsistirem dúvidas quanto à total improcedência desta notificação, para toda e qualquer finalidade de direito.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS, Relatora

O recurso é tempestivo e todos os requisitos de admissibilidade estão cumpridos.

A fiscalização lavrou a NFLD em tela com base na caracterização de segurados empregados, já que entendeu que os cooperados que prestaram serviços à notificada por intermédio da Cooperfuso eram, na verdade, empregados da Jomarca Industrial de Parafusos Ltda.

No entanto, não restou evidenciado, no Relatório Fiscal da NFLD, a existência dos elementos caracterizadores do vínculo empregatício, como a subordinação, a pessoalidade, a não-eventualidade e a onerosidade. A mera presunção de existência dos elementos caracterizadores do vínculo empregatício com base na Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público do Trabalho não constitui fundamentação suficiente para o enquadramento, sendo necessário que se demonstrem os elementos característicos da relação de emprego por meio dos fatos que os evidenciem.

A ON 02/1995, que padronizou a forma e o conteúdo do Relatório Fiscal integrante da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD, assim determina:

"4.4.7 - Havendo caracterização de trabalhador como segurado empregado, o FCP deverá indicar, por competência, o nome de cada trabalhador, a natureza do serviço prestado, bem como o valor pago.

4.4.7.1 - A existência dos elementos caracterizadores da condição de segurado empregado (não eventualidade, subordinação, pessoalidade e remuneração) deve ficar demonstrada de forma clara, com juntada, se possível, de prova material."

ME - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília 04 06 09
Maria de Fátima Ferreira de Carvalho
Mat. Síncope 751683

Em que pese a autoridade julgadora de 1ª instância afirmar, no item 5.26 da DN recorrida, que foram demonstrados todos os elementos legais em que se baseou a fiscalização para constituição do crédito, e que os valores lançados se revestem de certeza e liquidez, entendo que a omissão de informações como nome do segurado, o valor pago a cada um e os elementos caracterizadores da relação de emprego que foram observados pela fiscalização, vicia todo o procedimento em razão da flagrante violação aos Princípios do Devido Processo Legal, da Ampla Defesa e do Contraditório, tornando nulo o ato do lançamento.

O crédito lançado deverá sempre ser envolvido em cuidados especiais, de modo a apresentar elementos inquestionáveis de convicção, permitindo, principalmente, o exercício da ampla defesa do contribuinte.

Portanto, como ato administrativo, o lançamento deve expor os fundamentos de fato e de direito nos quais se baseia, afim de que o particular possa exercer seu direito à ampla defesa e ao contraditório em sua plenitude.

A inobservância desses cuidados vicia todo o procedimento em razão da flagrante violação aos Princípios do Devido Processo Legal, da Ampla Defesa e do Contraditório, retirando do crédito constituído os atributos da certeza e liquidez, necessários para uma futura execução fiscal.

O fiscal afirma que houve o fato gerador da contribuição social sem, contudo, apresentar provas.

Não há, nos autos, qualquer documento que comprove o alegado pela fiscalização.

Todavia, conforme muito bem colocado no Manual do Contencioso Fiscal, o art. 333 do Código de Processo Civil estatuiu que o ônus da prova cabe a quem alega, ou seja, aquele que alega um fato é quem deve provar. A parte que não produz prova, convincentemente, dos fatos alegados, sujeita-se às consequências do sucumbimento, porque não basta alegar.

A fiscalização deve provar os fatos em que se funda o lançamento. E a convicção da autoridade julgadora advém, no processo administrativo fiscal, dos elementos probatórios carreados pela fiscalização e pela recorrente. Daí a necessidade de se juntar aos autos elementos comprobatórios dos fatos deduzidos.

Por todo o exposto e

CONSIDERANDO que a presente notificação foi lavrada em desconformidade com a legislação vigente;

CONSIDERANDO a falta de clareza e precisão do relatório fiscal;

CONSIDERANDO a inviabilidade do saneamento do vício e

Processo nº 16095.000315/2007-60
Acórdão nº 206-01.815

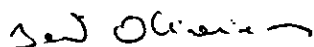
Tribunal Superior de Contribuintes	
CONFERE COM O RACIONAL	
Breasil	04 06 09
Maria de Fátima P. Carvalho Mat. Signat. 751083	
CC02/C06 Fls. 268	

CONSIDERANDO tudo o mais que dos autos consta;

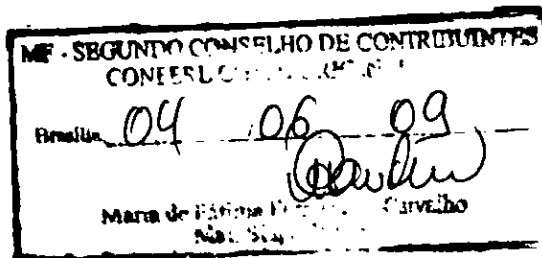
Voto no sentido de DECLARAR A NULIDADE DA NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO.

É como voto.

Sala das Sessões, em 04 de fevereiro de 2009



BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS



Voto Vencedor

Conselheiro ELIAS SAMPAIO FREIRE, Relator-Designado

Acompanho o entendimento da relatora, a Conselheira Bernadete de Oliveira Barros, no sentido de que deva ser declarada a nulidade da NFLD em apreço, em decorrência de que *"não restou evidenciado, no Relatório Fiscal da NFLD, a existência dos elementos caracterizadores do vínculo empregatício, como a subordinação, a pessoalidade, a não-eventualidade e a onerosidade. A mera presunção de existência dos elementos caracterizadores do vínculo empregatício com base na Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público do Trabalho não constitui fundamentação suficiente para o enquadramento, sendo necessário que se demonstrem os elementos característicos da relação de emprego por meio dos fatos que os evidenciem."*

Entretanto, ousou divergir no que diz respeito à natureza do vício que acarretou a nulidade. Entendo que se trata, em verdade, de vício material e não de vício formal, conforme demonstrado a seguir.

Peço vênia para transcrever trechos do voto do Conselheiro Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, condutor do Acórdão nº 206-01175, que de forma bastante elucidativa demonstra a diferença entre vício formal e vício material e as consequências desta diferenciação:

"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.

A large, stylized handwritten signature in the bottom right corner of the page.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, 04 de 06 de 09

Maria do Fátima Ferreira de Carvalho
Mat. Sape 751683

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, insculpidos 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:



MP - SEGUNDO CONSELHO DE TRIBUTAÇÃO
CONFERE COM O ORIGINAL
Remessa 04 06 08
Maria de Fátima Feltre de Carvalho
Mat. Sispac 751683

"[...] 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 autuante, 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. Diz respeito ao 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 autuante 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 autuante 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 autuante descrever precisamente e comprovar



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFÉRENCIA ORIGINAL	
Brasília, 04	06 09
	
Maria de Fátima Carvalho	
Mat. Sinape 751683	

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." (Tórres, 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



MP - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM ORIGINAL
Brasília, 04 06 09
Maria de Fátima 
Mst. Sape 751683

lançamento, corrigindo o vício material incorrido, conquanto que dentro do prazo decadencial acima estipulado."

É de vital importância a utilização dessa distinção para dimensionar os diferentes efeitos que, quanto à sua natureza e intensidade, cada um desses erros podem ter sobre o crédito tributário constituído. Há de se avaliar a ocorrência do erro como sendo "menos ou mais gravoso" e reforçando a idéia de que, também daí, pode-se extrair subsídios com vistas à classificação do vício como sendo de forma ou de substância.

A questão reside, assim, no estudo da natureza e intensidade do erro cometido, de cujas conclusões se extrai a classificação necessária para se definir a existência, ou não, do direito de o sujeito ativo da obrigação efetuar novo lançamento, levando-se em conta o princípio da segurança jurídica e os limites temporais dos atos administrativos.

O entendimento esposado no trecho acima do voto colacionado vai ao encontro do posicionamento doutrinário que aborda a questão. Luiz Henrique Barros de Arruda, Processo Administrativa Fiscal, Editora Resenha Tributária, pág. 82, define assim o vício formal:

"O vício de forma existe sempre que na formação ou na declaração da vontade traduzida no ato administrativo foi preterida alguma formalidade essencial ou que o ato não reveste a forma legal."

Por outro lado, quando o lançamento não permitir ao sujeito passivo conhecer com nitidez a acusação que lhe é imputada, quer pela insuficiência na descrição dos fatos, quer pela contradição entre seus elementos, é igualmente nulo por falta de materialização da hipótese de incidência e/ou o ilícito cometido.

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 necessárias, 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.

De todo o exposto, voto por ANULAR, por vício material, a NFLD.

Sala das Sessões, em 04 de fevereiro de 2009



ELIAS SAMPAIO FREIRE