



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

Processo nº 17546.000444/2007-65
Recurso nº 111.111 Voluntário
Acórdão nº 2403-01.261 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de abril de 2012
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente ECOFABRIL IND E COM S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/2000 a 30/08/2006

PREVIDENCIÁRIO. VERDADE MATERIAL. NULIDADE. VÍCIO INSANÁVEL.

A verdade material é um princípio específico do processo administrativo, contrapondo-se ao Princípio do Dispositivo, próprio do processo civil. O processo fiscal tem por finalidade garantir a legalidade da apuração da ocorrência do fator gerador e a constituição do crédito tributário. Deve, portanto, o julgador, exaustivamente, pesquisar se, de fato, ocorreu a hipótese abstratamente prevista na norma e, em caso de impugnação do contribuinte, verificar aquilo que é realmente verdade. Neste sentido, em decorrência do Princípio da Legalidade, a autoridade administrativa tem o dever de buscar a verdade material.

O lançamento que não se sustenta mediante a apresentação de provas de provas, torna nulo o ato de forma insanável. Entretanto, o § 3º, inciso II, artigo 59 do Decreto 70.235/72, admitindo a nulidade determina que: “ § 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Incluído pela Lei n 8.748, de 1993)

Processo anulado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de voto, em dar provimento ao recurso. Votou pelas conclusões o conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro.

Carlos Alberto Mees Stringari-Presidente

Ivacir Júlio de Souza-Relator

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

Relatório

A instância “*ad quod*” produziu o Relatório abaixo que li, compulsei com os autos e tendo corroborado o transcrevo na íntegra com grifos de minha autoria:

“Da Notificação

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD, lavrada contra a empresa em epígrafe, que tem como objeto as contribuições previdenciárias patronais, as contribuições destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho - GILRAT, e as contribuições destinadas as seguintes entidades: FNDE, INCRA, SESI, SENAI e SEBRAE, incidentes sobre as remunerações de segurados empregados, considerados incorretamente pela empresa como autônomos e que foram descaracterizados como tal pela fiscalização.

2. Segundo o Relatório Fiscal de fls. 41/44, o contribuinte notificado utilizou na atividade de construção civil, edificação de obra própria, dos serviços de pedreiros, pintores e serralheiros contratados como trabalhadores autônomos, mas que a fiscalização caracterizou haver subordinação, sendo, portanto, as pessoas identificadas no relatório anexo (fls. 45/53), parte integrante do Relatório Fiscal, prestadoras de serviços em caráter não eventual, subordinadas porque dirigidas, a uma empresa conforme definido nos artigos 12, alínea “a”, e 15, inciso I, da Lei nº 8.212/91, segurados empregados e não contribuintes individuais.

No mencionado Anexo encontram-se quadros demonstrativos identificando os segurados, valores dos serviços, valores recolhidos e valores devidos, tendo sido deduzidos do lançamento os recolhimentos efetuados pela empresa na condição de segurados contribuintes individuais.

3. A notificada tomou ciência da NFLD em 20/12/2006, por via postal, AR RZ 83964241-3 de fls. 55, e a fiscalização foi precedida de Mandato de Procedimento Fiscal, fls. 36.

4. Ainda segundo o relatório fiscal, foi lavrada na mesma ação fiscal a NFLD DEBCAD nº 37.033.190-7.

Da impugnação

5. Tempestivamente, pelo instrumento de fls. 59/63, com os documentos de fls. 64/253, assinado por diretor qualificado em fls. 64, foi apresentada impugnação ao lançamento, alegando-se, em síntese, que:

5.1. Preliminarmente, a notificação deve ser considerada nula, pois examinando-se os demonstrativos anexados verifica-se que a fiscalização, para efeito de cobrança da contribuição, descontou as contribuições recolhidas apurando nova base de cálculo e, com isso, há nova cobrança de contribuição da empresa (20%) sobre o valor da prestação de serviços considerado, fazendo com que a requerente se sujeite duplamente a essa contribuição, ou seja, uma já recolhida integralmente quando da prestação de serviços e a outra com a sistemática de cálculo adotada pela fiscalização;

5.2. No mérito, os serviços prestados não foram exclusivamente para edificação de obra própria da requerente, mas sim, de natureza não eventual, para realização de um trabalho específico, seja de reparo, manutenção ou construção de determinados equipamentos, até porque no período lançado a requerente não tem ou teve edificação de obra própria.

5.3. Prossegue a impugnante alegando que a Previdência Social é incompetente para apreciar controvérsias decorrentes da relação de trabalho e que assim, extrapolou da competência de arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais, sendo incompetente para caracterizar ou descaracterizar qualquer trabalho como sendo de segurado empregado, o que só pode ser feito pela Justiça do Trabalho, que somente ela pode determinar a existência ou inexistência de vínculo empregatício entre um tomador de serviço e qualquer prestador de serviços;

5.4. Protesta provar o alegado por todos os meios de direito admitidos, sem exceção de qualquer, especialmente pela juntada de novos documentos, perícias e exames.

É o relatório.”

DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Após analisar aos argumentos da impugnante, na forma do registro de fls.256, a 9ª Turma da Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil de São Paulo – SP - DRJ/SPO II, em 23 de janeiro de 2008, exarou o Acórdão n.º 17-22.573, mantendo precedente o lançamento.

DO RECURSO

Irresignada, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário de fls.270, onde reiterou as alegações que fizera em instância “*ad quod*”

Voto

Conselheiro Ivacir Júlio de Souza, Relator

DA TEMPESTIVIDADE

Conforme registro de fls. 295, o recurso é tempestivo. Aduz que reúne os pressupostos de admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

DO MÉRITO

DA DESCARACTERIZAÇÃO DOS PRESTADORES DE SERVIÇO

O Relatório fiscal de fls 41, informa que a Auditora Fiscal descaracterizou segurados considerados incorretamente pela empresa como contribuintes individuais (autônomos):

“ 1. Este relatório é parte integrante da Notificação Fiscal De Lançamento de Débito - NFLD- DEBCAD 37.033.191-5 lavrada ao final da ação fiscal na empresa ECOFABRIL INDUSTRIA E COMERCIO S/A ., e trata de contribuições sociais devidas, relativas a descaracterização de segurados considerados incorretamente pela empresa como contribuintes individuais (autônomos).”

Fundamentou seu entendimento com os seguintes argumentos:

“3. O contribuinte fiscalizado utilizou-se na atividade de construção civil, edificação de obra própria, dos serviços de pedreiros, pintores e serralheiros contratados como trabalhadores autônomos.

4. Os serviços principais executados por pedreiros, pintores, serralheiros, etc. e seus auxiliares são necessariamente dirigidos pelos técnicos que conduzem a construção (engenheiro, mestre de obra): visto que a qualidade do produto deverá ser atestada por técnicos e órgãos públicos.

5. Isto impede que o trabalhador execute sua tarefa com autonomia, exceto quanto a serviço auxiliar sem importância para a segurança da obra: o que não é o caso dos profissionais identificados neste lançamento.

6. A atividade econômica no presente caso é construir um prédio industrial, o responsável por esta tarefa é o proprietário, que assume o risco em relação ao trabalho executado por cada operário (se o trabalho não atender as exigências mínimas de qualidade e segurança tendo em vista inclusive a responsabilidade civil o custo de refazê-lo é do proprietário, não do operário)

7. Portanto é impossível que um serviço de pintor, pedreiro ou serralheiro seja executado com autonomia em relação ao contratante (proprietário). Podem ser no máximo serviços executados em breve espaço de tempo (eventual), mas nunca com autonomia. No presente caso, construção de um prédio industrial, sem dúvida a necessidade de trabalhos desses profissionais é contínua, até a conclusão da edificação.

8. Logo, as pessoas identificadas no relatório anexo prestaram serviços em caráter não eventual, subordinadas porque dirigidas, a uma empresa conforme definido nos artigos 12, alínea a, e 15, inc. I, da lei 8.212/1991: são segurados empregados, e contribuinte individual (que tem como característica o caráter eventual - art. 12, alínea g.)”

‘E relevante destacar que na relação de documentos que Auditora informa ter examinado, não constam contratos e notas fiscais dos serviços prestados:

“ DOS ELEMENTOS EXAMINADOS

10. Foram examinados os seguintes elementos:

Livros Diários : n"s 12 (ano 99), aut. 237 de 10/04/00- Cartório de Reg. Civil de Pessoas Naturais-1º subdistr.Jundiai; 17 (ano 00), aut.288 de 16/04/01- Cartório de Reg. Civil de Pessoas Naturais-1º subdistr.Jundiai; 23 (ano 01), aut.319 de 12/04/02- Cartório de Reg. Civil de Pessoas Naturais-2º subdistr.Jundiai; 30 (ano 02), aut. 324 de 31/12/02- Cartório de Reg. Civil de Pessoas Naturais-Psubdistr.Jundiai; 32 (ano 03), aut. 261 de 14/04/04- Cartório de Reg. Civil de Pessoas Naturais-1ºsubdistr.Jundiai; 35 (ano 04), aut. 242 de 02/06/05- Cartório de Reg. Civil de Pessoas Naturais- Psubdistr.Jundiai; 39 (ano 05), aut. 85 de 18/03/06- Cartório de Reg. Civil de Pessoas Naturais-Psubdistr.Jundiai, restritas As contas (156.08 depto extrusora, 156.11 tratamento de efluentes, 156.15 cobertura flackes, 156.22 estacionamento, 1320101 imobil.constr.em andamento —depto extrusora, 1320104 imobil.construção em andamento-moinho, 1320106 imobil. construção em andamento-máquina extrusão, 1320108- imobil construção em andamento-ampliação escolha, 1320109-imobil construção em andamento-plataflin. neumag, 1320111- imobil. construção em andamento-Painel moinho, 1320100-imobil construções reformas aquisições em andamento e 1.3.02.05.001- imobil construções reformas aquisições em andamento) Razões, Guias de Recolhimento, GFIPs e Recibos de Pagamento a Autônomos.”

Às fls. 260, o Relator ‘ad quod”, no item, 7.2, na condução de seu voto, destacou o prestador Florisvaldo Humberto Maltoni e mais dois outros para concluir e caracterizar a não eventualidade dos serviços prestados:

“7.2. O segurado Florisvaldo Humberto Maltoni, por exemplo, prestou serviços de serralheiro durante 24 meses, assim como o segurado Olidio Sales Pereira prestou serviços de pedreiro em 17 meses, tendo o segurado Genesis Eneias Gobato prestado os serviços de pintor por 16 meses. indicando a não eventualidade dos serviços prestados.”

Retornando às planilhas de fls. 45/53 onde tanto a Autoridade fiscal como o Relator “*ad quod*” se louvaram para comprovar seus entendimentos, se verifica que **os 24 meses de prestação de serviço** a que se referem **foram efetuados de forma descontinuada, com valores de pagamento não uniformes variando - proporcionalmente – para muito mais ou para muito menos uns em relação aos outros**, com intervalo de meses entre um recebimento e outro, quadro este que demonstra de forma inexorável **não ter havido as condições para caracterizar a prestação de serviço na condição de empregado da empresa e sim como autônomo**:

MES/ANO	NOME	VALOR
mai/00	Florisvaldo Humberto Maltoni	300,00
jun/00	Florisvaldo Humberto Maltoni	850,00
jul/00	Florisvaldo Humberto Maltoni	900,00
ago/00	Florisvaldo Humberto Maltoni	900,00
set/00	Florisvaldo Humberto Maltoni	850,00
out/00	Florisvaldo Humberto Maltoni	-
nov/00	Florisvaldo Humberto Maltoni	805,00
dez/00	Florisvaldo Humberto Maltoni	-
jan/01	Florisvaldo Humberto Maltoni	400,00
fev/01	Florisvaldo Humberto Maltoni	-
mar/01	Florisvaldo Humberto Maltoni	850,00
abr/01	Florisvaldo Humberto Maltoni	700,00
mai/01	Florisvaldo Humberto Maltoni	800,00
jun/01	Florisvaldo Humberto Maltoni	700,00
jul/01	Florisvaldo Humberto Maltoni	750,00
ago/01	Florisvaldo Humberto Maltoni	1.000,00
set/01	Florisvaldo Humberto Maltoni	250,00
out/01	Florisvaldo Humberto Maltoni	-
nov/01	Florisvaldo Humberto Maltoni	-
dez/01	Florisvaldo Humberto Maltoni	250,00
jan/02	Florisvaldo Humberto Maltoni	600,00
fev/02	Florisvaldo Humberto Maltoni	1.320,00
mar/02	Florisvaldo Humberto Maltoni	1.100,00
abr/02	Florisvaldo Humberto Maltoni	1.000,00
mai/02	Florisvaldo Humberto Maltoni	-
jun/02	Florisvaldo Humberto Maltoni	-
jul/02	Florisvaldo Humberto Maltoni	-
ago/02	Florisvaldo Humberto Maltoni	-
set/02	Florisvaldo Humberto Maltoni	-
out/02	Florisvaldo Humberto Maltoni	-
nov/02	Florisvaldo Humberto Maltoni	240,00
dez/02	Florisvaldo Humberto Maltoni	-
jan/03	Florisvaldo Humberto Maltoni	-

fev/03	Florisvaldo Humberto Maltoni	-
mar/03	Florisvaldo Humberto Maltoni	-
abr/03	Florisvaldo Humberto Maltoni	-
mai/03	Florisvaldo Humberto Maltoni	-
jun/03	Florisvaldo Humberto Maltoni	-
jul/03	Florisvaldo Humberto Maltoni	-
ago/03	Florisvaldo Humberto Maltoni	-
set/03	Florisvaldo Humberto Maltoni	-
out/03	Florisvaldo Humberto Maltoni	-
nov/03	Florisvaldo Humberto Maltoni	-
dez/03	Florisvaldo Humberto Maltoni	-
jan/04	Florisvaldo Humberto Maltoni	-
fev/04	Florisvaldo Humberto Maltoni	-
mar/04	Florisvaldo Humberto Maltoni	-
abr/04	Florisvaldo Humberto Maltoni	-
mai/04	Florisvaldo Humberto Maltoni	-
jun/04	Florisvaldo Humberto Maltoni	-
jul/04	Florisvaldo Humberto Maltoni	-
ago/04	Florisvaldo Humberto Maltoni	-
set/04	Florisvaldo Humberto Maltoni	1.125,00
out/04	Florisvaldo Humberto Maltoni	1.125,00
nov/04	Florisvaldo Humberto Maltoni	1.500,00
dez/04	Florisvaldo Humberto Maltoni	400,00
jan/05	Florisvaldo Humberto Maltoni	-
fev/05	Florisvaldo Humberto Maltoni	-
mar/05	Florisvaldo Humberto Maltoni	-
abr/05	Florisvaldo Humberto Maltoni	-
mai/05	Florisvaldo Humberto Maltoni	-
jun/05	Florisvaldo Humberto Maltoni	-
jul/05	Florisvaldo Humberto Maltoni	-
ago/05	Florisvaldo Humberto Maltoni	-
set/05	Florisvaldo Humberto Maltoni	-
out/05	Florisvaldo Humberto Maltoni	-
nov/05	Florisvaldo Humberto Maltoni	-
dez/05	Florisvaldo Humberto Maltoni	-
jan/06	Florisvaldo Humberto Maltoni	-
fev/06	Florisvaldo Humberto Maltoni	-
mar/06	Florisvaldo Humberto Maltoni	-
abr/06	Florisvaldo Humberto Maltoni	-
mai/06	Florisvaldo Humberto Maltoni	-
jun/06	Florisvaldo Humberto Maltoni	-
jul/06	Florisvaldo Humberto Maltoni	-
ago/06	Florisvaldo Humberto Maltoni	-

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

Autenticado digitalmente em 14/06/2012 por ANTONIA IRISMAR OLIVEIRA GUIMARA, Assinado digitalmente em 15/06/2012 por IVACIR JULIO DE SOUZA, Assinado digitalmente em 21/06/2012 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI

Impresso em 25/06/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Assim, diante da efetiva exposição supra, por economia processual, entendo ser despiciendo enfrentar demais argumentações.

DA ANULAÇÕES E DAS NULIDADES

As anulações estão ligadas aos vícios de forma e as **nulidades** aos vícios de **matéria**.

Sendo a atividade administrativa vinculada à lei, os mesmos critérios que determinam a produção do ato-norma de lançamento válido devem ser aplicados para identificar sua invalidade.

Assim, a partir dos enunciados normativos que disciplinam as condições de validade do lançamento, caminhando no sentido inverso, obteremos critérios jurídicos para verificar hipótese de anulação em face de se haver cometido vício de forma.

A anulação decorre do descumprimento dos dispositivos que determinam o ato de lançar expostos nos artigos 141, 142, caput e § único, 145, 146 e 149 do CTN :

Art. 141. O crédito tributário regularmente constituído somente se modifica ou extingue, ou tem sua exigibilidade suspensa ou excluída, nos casos previstos nesta Lei, fora dos quais não podem ser dispensadas, sob pena de responsabilidade funcional na forma da lei, a sua efetivação ou as respectivas garantias.

Lançamento

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.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

(...)

Art. 145. O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de:

I - impugnação do sujeito passivo;

II - recurso de ofício;

III - iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no artigo 149.

Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo

sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.

(...)

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

I - quando a lei assim o determine;

II - quando a declaração não seja prestada, por quem de direito, no prazo e na forma da legislação tributária;

III - quando a pessoa legalmente obrigada, embora tenha prestado declaração nos termos do inciso anterior, deixe de atender, no prazo e na forma da legislação tributária, a pedido de esclarecimento formulado pela autoridade administrativa, recuse-se a prestá-lo ou não o preste satisfatoriamente, a juízo daquela autoridade;

IV - quando se comprove falsidade, erro ou omissão quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória;

V - quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte;

VI - quando se comprove ação ou omissão do sujeito passivo, ou de terceiro legalmente obrigado, que dê lugar à aplicação de penalidade pecuniária;

VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;

VIII - quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior;

IX - quando se comprove que, no lançamento anterior, ocorreu fraude ou falta funcional da autoridade que o efetuou, ou omissão, pela mesma autoridade, de ato ou formalidade especial.

Parágrafo único. A revisão do lançamento só pode ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública.

A nulidade decorre de vícios na aplicação **da regra-matriz de incidência tributária** observados no interior do ato-norma administrativo, no lançamento, por exemplo. Da falta de motivação, defeito na composição ou determinação do sujeito passivo, da base de cálculo ou da alíquota aplicáveis ex vi artigos 142, 143 e 144 do CTN:

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.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Art. 143. Salvo disposição de lei em contrário, quando o valor tributário esteja expresso em moeda estrangeira, no lançamento far-

se-á sua conversão em moeda nacional ao câmbio do dia da ocorrência do fato gerador da obrigação.

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

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

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica aos impostos lançados por períodos certos de tempo, desde que a respectiva lei fixe expressamente a data em que o fato gerador se considera ocorrido.

Assim, se o lançamento apresentar vício em seu processo de produção não respeitando os dispositivos de sua formalização, é caso de anulação, por vício de forma.

Se o vício estiver instalado na produção, em sua dinâmica, é caso de nulidade (defeito na composição, explícita presunção e ausência de provas, ônus do sujeito ativo, falta de materialidade ou determinação do sujeito passivo, da base de cálculo ou da alíquota aplicáveis).

Em acontecendo isso, o conteúdo do ato estará eivado de vício material comprometedor do crédito e da sua motivação constituindo óbice à ampla defesa e do contraditório restando claro prejuízo ao sujeito passivo na medida em que representem relevante influência na solução do litígio.

Princípio da motivação das decisões - os atos administrativos deverão ser motivados de modo explícito, claro e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos anteriores e com a indicação dos fundamentos e fatos jurídicos que o embasaram.

Prova é o meio pelo qual , submetida ao contraditório, a alegação de fato é confirmada ou negada.

I - DO PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL

A *verdade material* é um **princípio específico do processo administrativo**, contrapondo-se ao princípio do dispositivo, próprio do processo civil.

O processo fiscal tem por finalidade garantir a legalidade da apuração da ocorrência do fator gerador e a constituição do crédito tributário. Deve, portanto, o julgador, exaustivamente, pesquisar se, de fato, ocorreu a hipótese abstratamente prevista na norma e, em caso de impugnação do contribuinte, **verificar aquilo que é realmente verdade**, independente do alegado e provado. Dessa forma o administrador é obrigado a buscar não só a verdade posta no processo como também a verdade de todas as formas possíveis. A própria administração produz provas a favor do contribuinte, não podendo ficar restrito somente ao que consta no processo.

Neste sentido, em decorrência do princípio da legalidade, a autoridade administrativa tem o dever de buscar a ***verdade material***.

A inteligência do artigo 59, II do decreto 70.235/72 permite constatar que em havendo preterição do direito de defesa , nulo é o ato:

O Decreto 70.235/72 :

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprimir a falta. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

Art. 61. A nulidade será declarada pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade.

Reiterando a afirmado alhures, prova é o meio pelo qual , submetida ao contraditório, a alegação de fato é confirmada ou negada.

No caso em comento, não logrou prosperarem as provas e argumentações colacionadas pela Auditora Fiscal. Entretanto, mesmo diante de vício insanável que torna nulo o lançamento, há que se observar o comando do § 3º , inciso II, artigo 59 do Decreto nº 70.235/72 , *verbis*:

O Decreto 70.235/72,(...)

Art. 59. São nulos(...)

II ,(...)

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprimir a falta.(Incluído pela Lei n 8.748, de 1993)

CONCLUSÃO

Processo nº 17546.000444/2007-65
Acórdão n.º **2403-01.261**

S2-C4T3
Fl. 304

Diante de tudo que foi exposto, conheço do recurso para, NO MÉRITO, DAR – LHE PROVIMENTO determinado a desconstituição do lançamento ora em comento por estar maculado de VÍCIO INSAVÁVEL não cabendo repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

É como voto.

Ivacir Júlio de Souza