



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

**Processo n°** 17546.001197/2007-14  
**Recurso n°** 257.882 Especial do Procurador  
**Acórdão n°** 9202-002.604 – 2ª Turma  
**Sessão de** 23 de abril de 2013  
**Matéria** NULIDADE DO LANÇAMENTO  
**Recorrente** FAZENDA NACIONAL  
**Interessado** CONSLADEL CONSTRUTORA E LAÇOS DETETORES E ELETRÔNICA LTDA.

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS**

Data do fato gerador: 01/03/1999, 31/08/2005

AUTO DE INFRAÇÃO - AUSÊNCIA DE VINCULAÇÃO ENTRE OS FATOS NARRADOS PELA FISCALIZAÇÃO E O DISPOSITIVO LEGAL INDICADO COMO INFRINGIDO - NULIDADE - VIOLAÇÃO AO ARTIGO 142 DO CTN.

De acordo com o artigo 10, inciso IV, do Decreto-lei n° 70.235/72, o auto de infração deve conter, obrigatoriamente, a disposição legal infringida. O descumprimento dessa regra, como ocorre no caso em apreço, ofende os princípios da legalidade, do contraditório e da ampla defesa, além de violar o artigo 142 do CTN, sendo causa de nulidade do lançamento.

Ademais, a falta de correlação entre a conduta praticada pelo contribuinte e a norma legal indicada como infringida desrespeita, ainda, o princípio da motivação. O prejuízo à parte, inclusive pela impossibilidade de compreensão da controvérsia, é evidente.

**NATUREZA DO VÍCIO - MATERIAL X FORMAL.**

A nulidade existente neste feito não diz respeito à forma do auto de infração, mas ao seu conteúdo, à sua materialidade, pois os fatos supostamente ocorridos não se enquadram na norma indicada pela fiscalização como infringida. O vício, portanto, é material.

Recurso especial negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

(Assinado digitalmente)

Otacílio Dantas Cartaxo - Presidente

(Assinado digitalmente)

Gonçalo Bonet Allage – Relator

EDITADO EM: 29/04/2013

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros Otacílio Dantas Cartaxo (Presidente), Susy Gomes Hoffmann (Vice-Presidente), Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Gonçalo Bonet Allage, Marcelo Oliveira, Manoel Coelho Arruda Junior, Gustavo Lian Haddad, Maria Helena Cotta Cardozo, Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira e Elias Sampaio Freire.

## Relatório

Em face de Consladel Construtora e Laços Detetores e Eletrônica Ltda., CNPJ nº 55.996.615/0001-01, foi lavrado o auto de infração nº 35.903.677-5 (fls. 01-19), para a exigência de multa por informação inexata em GFIP no campo referente à retenção de 11% sobre as notas fiscais de serviços emitidas pela empresa, relativamente a competências compreendidas entre 03/1999 e 08/2005.

Segundo a autoridade lançadora (fls. 06 e 07):

*A empresa apesar de obrigada, nos termos do artigo 32, IV da Lei nº 8.212/91, regulamentada pelo artigo 225, IV do Regulamento, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99, a "informar mensalmente ao Instituto Nacional do Seguro Social, por intermédio da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social, na forma por ele estabelecida, dados cadastrais, todos os fatos geradores de contribuição previdenciária", apresentou a GFIP com informações inexatas no campo de informação da retenção sofrida pela empresa dos seus tomadores de serviço, como pode ser observado no Demonstrativo da retenção informada pela empresa e a retenção correta que deveria ser informada.*

(...)

*Pelo descumprimento desta obrigação fica a empresa sujeita à multa prevista no artigo 32, IV, § 6º da Lei no 8.212/91 correspondente a 5% do valor mínimo previsto no artigo 92 da Lei nº 8.212/91, por campo com informações inexatas, limitada aos valores previstos no § 4º do artigo 32, IV do mesmo diploma legal.*

*A multa por infração a este dispositivo aplicada por competência fica limitada por competência, nos termos do referido § 4º, a um multiplicador sobre o valor mínimo previsto no artigo 92 da Lei nº 8.212/91, em função do número de segurados mês a mês da empresa. O cálculo do valor limite da multa encontra-se no Demonstrativo do valor limite da multa em anexo.*

*Dispõe o artigo 102 da Lei nº 8.212/91 que "os valores expressos em moeda corrente nesta Lei serão reajustados nas mesmas épocas e com os mesmos índices utilizados para o reajustamento dos benefícios de prestação continuada da Previdência Social". Assim, o valor mínimo previsto no artigo 92 da Lei nº 8.212/91, por meio do artigo 8º, V da Portaria Ministerial nº 822 de 11/05/2005, foi reajustado em R\$ 1.101,75.*

*No demonstrativo do total da multa aplicada temos o somatório das multas aplicadas por competência pela informação inexata no campo referente a retenção de 11% sobre as notas fiscais de serviços emitidas pela empresa, que resultou no montante total de R\$ 2.699,41.*

Inicialmente, a Delegacia da Receita Previdenciária em São Bernardo do Campo determinou o encaminhamento dos "... autos ao AFPS EDSON YUFtA , mat. 1.334.850, para elaborar Relatório Fiscal Complementar, no qual informe em quais elementos se baseou para elaborar o discriminativo contendo os valores de retenção sofrida pela Interessada e por ele considerados como corretos." (fls. 41).

No relatório complementar de fls. 42, a autoridade lançadora consignou que:

*A empresa apesar de obrigada, nos termos do art. 32, IV da Lei nº 8.212/91, regulamentada pelo artigo 225, IV do Regulamento, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99, a "informar mensalmente ao Instituto Nacional do Seguro Social, por intermédio da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social, na forma por ele estabelecida, dados cadastrais, todos os fatos geradores de contribuição previdenciária", apresentou a GFIP com informações inexatas no campo de informação da retenção sofrida pela empresa dos seus tomadores de serviço, como observado no Demonstrativo Analítico da Retenção informada pela empresa.*

*Neste demonstrativo estão discriminadas as notas fiscais emitidas pela autuada na prestação de serviços; estas notas fiscais foram os elementos que esta fiscalização se baseou para elaborar o Demonstrativo Analítico da Retenção e o valor correto da retenção a ser informada em GFIP.*

Tal demonstrativo restou elaborado pela fiscalização às fls. 43-49.

Após a intimação do contribuinte com relação à diligência, a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Campinas (SP) considerou o lançamento procedente (fls. 71-73).

Por sua vez, a Segunda Turma Ordinária da Quarta Câmara da Segunda Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, apreciando o recurso voluntário interposto pela empresa, proferiu o acórdão nº 2402-01.023, que se encontra às fls. 100-102, cuja ementa é a seguinte:

*Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias.*

*PERÍODO DE APURAÇÃO: 01/03/1999 a 31/08/2005*

*ERRO NA CAPITULAÇÃO LEGAL DA MULTA APLICADA.  
NULIDADE. VÍCIO MATERIAL.*

*É nulo o lançamento efetuado quando o fiscal autuante aplicar aos fatos multa com base em dispositivo legal que não se identifica com a infração cometida.*

*RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.*

A decisão recorrida, por unanimidade de votos, deu provimento ao recurso em razão da nulidade do lançamento.

Intimada do acórdão em 04/10/2010 (fls. 103), a Fazenda Nacional interpôs recurso especial às fls. 106-109, acompanhado dos documentos de fls. 110-113, cujas razões podem ser assim sintetizadas:

- a) Insurge-se a União (Fazenda Nacional) contra acórdão da 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento do CARF que deu provimento ao recurso voluntário para anular o Auto de Infração, por vício material;
- b) O acórdão ora recorrido destoa da jurisprudência consolidada em outras câmaras no ponto em entendeu que a imprecisão do enquadramento legal da infração cometida pelo contribuinte é causa inequívoca de vício insanável do lançamento;
- c) Em sentido diverso àquele propugnado pelo acórdão atacado, a Primeira e Segunda Turmas desta Câmara Superior de Recursos Fiscais (acórdãos CSRF/01-04.780 e CSRF/02-02.301) proferiram paradigmas nos quais se verifica que a capitulação errônea ou imprecisa do auto de infração, bem como a ausência de enquadramento legal, não são causas suficientes para provocar a nulidade do lançamento, ainda mais quando o direito à ampla defesa foi exercido em sua plenitude, conforme previsão dos arts. 11, 59 e 60 do Decreto nº 70.235/72;
- d) Na remota hipótese, dessa e. Câmara não acolher o entendimento dos paradigmas acima citados, passa-se a demonstrar que o julgamento recorrido divergiu também do posicionamento de outras Câmaras que defendem que a imprecisão no enquadramento legal da infração imputada ao sujeito passivo, ou seja, a contrariedade ao art. 142 do CTN gera nulidade por vício formal (acórdãos 301-31.801 e 303-33.365);
- e) Segundo resulta da disciplina dos arts. 59 c/c 60 do Decreto nº 70.235/72, a notificação e demais termos do processo administrativo fiscal somente

serão declarados nulos na ocorrência de uma das seguintes hipóteses: a) quando se tratar de ato/decisão lavrado ou proferido por pessoa incompetente; b) resultar em inequívoco cerceamento de defesa à parte;

- f) Sobre nulidade, a jurisprudência do CARF firmou orientação no sentido de que não existe prejuízo à defesa quando os fatos narrados nos autos amoldam-se perfeitamente às infrações imputadas à fiscalizada;
- g) Na hipótese dos autos, o voto condutor do acórdão guerreado decidiu por anular o auto de infração sob o argumento de que a imprecisão da capitulação legal da infração praticada pelo contribuinte é causa de vício insanável do lançamento;
- h) Sucede que a descrição dos fatos, bem assim a metodologia utilizada para cálculo do crédito tributário encontram-se satisfatoriamente postas nos autos. Todos os elementos essenciais à autuação estão presentes, não restando evidenciada situação de prejuízo ao direito de defesa a ensejar a decretação de nulidade do processo. Deve prevalecer, portanto, os princípios da instrumentalidade e economia processual em lugar do rigor das formas;
- i) Assim, não se vislumbra a ocorrência de prejuízo à defesa do contribuinte neste processo, pelo que a decretação da nulidade representa a desnecessária movimentação da máquina pública, com o dispêndio de recursos do erário, para a repetição de atos administrativos válidos, perfeitos e eficazes;
- j) Na remota hipótese, dessa e. Câmara não acolher o entendimento acima exposto, passa-se a demonstrar que a imprecisão no enquadramento legal da autuação gera nulidade por vício formal, conforme doutrina de Leandro Paulsen e de acordo com o acórdão nº 106-10.087;
- k) Requer o conhecimento e o provimento do presente recurso para: a) reformar a decisão recorrida que anulou o lançamento; ou caso assim não entenda, b) anular o Auto de Infração, porém por vício formal.

Admitido o recurso através do despacho nº 2400-417/2010 (fls. 114-116), a contribuinte foi intimada e, devidamente representada, apresentou contrarrazões às fls. 119-120, onde defendeu, fundamentalmente, a necessidade de manutenção do acórdão recorrido, com base nos argumentos apresentados no recurso voluntário.

É o Relatório.

## Voto

Conselheiro Gonçalo Bonet Allage, Relator

O Recurso Especial da Fazenda Nacional cumpre os pressupostos de admissibilidade e deve ser conhecido.

Reitero que o acórdão proferido pela Segunda Turma Ordinária da Quarta Câmara da Segunda Seção do CARF, por unanimidade de votos, deu provimento ao recurso para considerar nulo o lançamento.

A recorrente insurgiu-se com o fundamento de que inexistente nulidade sem prejuízo para a parte, invocando como paradigmas os acórdãos n.ºs CSRF/01-04.780 e CSRF/02-02.301 e defendendo que não houve cerceamento do direito de defesa. Argumentou, ainda, que, se há nulidade no caso, ela é formal e não material, trazendo como paradigmas os acórdãos n.ºs 301-31.801 e 303-33.365.

Eis as matérias em litígio.

Para bem delimitar a controvérsia, trago à colação a seguinte passagem do auto de infração, contida no item “Descrição sumária da infração e dispositivo legal infringido” (fls. 01):

*Apresentar a empresa o documento a que se refere a Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 32, inciso IV e parágrafo 3., acrescentados pela Lei n. 9.528, de 10.12.97, com informações inexatas, incompletas ou omissas, em relação aos dados não relacionados aos fatos geradores de contribuições previdenciárias, conforme previsto na Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 32, IV e parágrafo 6., também acrescido pela Lei n. 9.528, de 10.12.97, combinado com o art. 225, IV e parágrafo 4., do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 06.05.99.*

Cumprido destacar, novamente, breve excerto do relatório fiscal da aplicação da multa (fls. 07):

*Pelo descumprimento desta obrigação fica a empresa sujeita à multa prevista no artigo 32, IV, § 6º da Lei nº 8.212/91 correspondente a 5% do valor mínimo previsto no artigo 92 da Lei nº 8.212/91, por campo com informações inexatas, limitada aos valores previstos no § 4º do artigo 32, IV do mesmo diploma legal.*

Portanto, de acordo com a autoridade lançadora, o fundamento legal da infração imputada à empresa seria o § 6º, do artigo 32, da Lei nº 8.212/91.

No voto condutor do acórdão recorrido, da lavra do Conselheiro Lourenço Ferreira do Prado, a nulidade da exigência está assim fundamentada (fls. 101-v e 102):

*O contribuinte foi autuado e a este fora aplicada multa com fundamento no art. 32, IV em parágrafo 6º, da Lei 8.212/91 por ter deixado de informar em GFIP os valores corretos de retenções de contribuições efetuadas relativamente a pagamentos que foram a si efetuados por terceiros tomadores de serviços.*

*Tal fato se depreende, claramente, da própria descrição sumária da infração e dispositivo legal infringido, assim redigida as fls. 01:*

*(...)*

*Assim está redigido o dispositivo infringido e a capitulação legal da multa:*

*“Art. 32. A empresa é também obrigada a:*

*[...]*

*IV - informar mensalmente ao Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, por intermédio de documento a ser definido em regulamento, dados relacionados aos fatos geradores de contribuição previdenciária e outras informações de interesse do INSS. (Inciso acrescentado pela Lei nº 9.528, de 10.12.97). § 6º A apresentação do documento com erro de preenchimento nos dados não relacionados aos fatos geradores sujeitará o infrator à pena administrativa de cinco por cento do valor mínimo previsto no art. 92, por campo com informações inexatas, incompletas ou omissas, limitadas aos valores previstos no § 4º.*

*Fica fácil, pois, depreender-se que conforme sustenta o contribuinte em seu recurso voluntário, a natureza da infração cometida não detém semelhança com o fundamento legal da multa que fora aplicada, de modo que o fiscal cometeu equívoco no erro quanto à capitulação legal da multa, pois as retenções, ao contrário do que se possa parecer, possuem relação íntima com os pagamentos das contribuições previdenciárias incidentes, sendo sim relacionadas aos fatos geradores. A sua falta ou incorreta informação em GFIP, portanto, deve ser capitulada com base no § 5º do art. 32, IV, da Lei 8.212/91 e não com base no parágrafo 6º do mesmo artigo.*

*Verifica-se, portanto, erro material apto a ensejar a nulidade do lançamento, pois ao contribuinte fora aplicada multa que não se identifica com a infração que lhe foi imputada.*

*Ante o exposto, conheço do recurso voluntário e DOU-LHE PROVIMENTO para determinar que seja anulado o lançamento por vício material insanável.*

A regra indicada pela fiscalização e destacada pela decisão recorrida estabelecia que “§ 6º A apresentação do documento com erro de preenchimento nos dados não relacionados aos fatos geradores sujeitará o infrator à pena administrativa de cinco por cento do valor mínimo previsto no art. 92, por campo com informações inexatas, incompletas ou omissas, limitadas aos valores previstos no § 4º.”

Este dispositivo não tem relação com os fatos descritos pela autoridade autuante, quais sejam, apresentação de GFIP com informações inexatas quanto a retenções sofridas dos seus tomadores de serviço.

Por outro lado, o § 5º, do artigo 32, da Lei nº 8.212/91, que seria o fundamento correto da autuação, segundo o acórdão de segunda instância, assim previa, na redação vigente à época dos fatos em apreço:

*§ 5º. A apresentação do documento com dados não correspondentes aos fatos geradores sujeitará o infrator à pena administrativa correspondente à multa de cem por cento do valor devido relativo à contribuição não declarada, limitada aos valores previstos no parágrafo anterior.*

Percebe-se, pois, que tratam-se de infrações distintas, com penalidades também diferentes.

É evidente o erro cometido pela autoridade lançadora, na medida em que a situação narrada pela fiscalização tem estreita relação com os fatos geradores das contribuições previdenciárias (retenções de 11% efetivadas por seus tomadores de serviço), sendo que a regra aplicável ao caso seria o § 5º, do artigo 32, da Lei nº 8.212/91, que não foi indicado como dispositivo legal infringido. Há também equívoco quanto à penalidade aplicada, na medida em que a multa do § 5º é diversa daquela prevista no § 6º.

Os fatos em tela demonstram clara violação ao artigo 142 do Código Tributário Nacional – CTN, segundo o qual:

*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.*

Não se pode olvidar, ainda, que nos termos do artigo 10, inciso IV, do Decreto-lei nº 70.235/72:

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

*(...)*

*IV – a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;*

Esta regra restou descumprida no caso em apreço.

Na obra Direito Processual Tributário – Processo Administrativo Fiscal e Execução Fiscal à luz da Doutrina e da Jurisprudência – 2. ed. rev. atual, Porto Alegre: Livraria

do Advogado Ed., 2005, Leandro Paulsen e René Bergmann Ávila fazem os seguintes comentários a respeito deste dispositivo (fls. 29 da obra):

*São comuns autos de infração em que são indicados inúmeros dispositivos legais, sem indicação precisa de quais especificamente foram infringidos e em que extensão o foram. Esse procedimento, que aparentemente faz conter quase todos os dispositivos legais sobre o tributo em questão, na verdade cerceia o direito de defesa do contribuinte, pois não indica com a especificidade necessária o(s) dispositivo(s) infringido(s). Assim a tentativa de relacionar dispositivos impertinentes à infração específica pode macular de nulidade o auto de infração. Noutros, são indicados apenas os dispositivos regulamentares (do Regulamento do IPI ou do Regulamento do Imposto de Renda, por exemplo), sem a indicação do fundamento legal da infração. E fundamento legal é fundamento de lei ordinária, lei complementar ou medida provisória; nunca, de normas complementares como é o caso de Decretos, Instruções Normativas, Portarias e outros afins, todos infralegais. Neste caso, também é nulo o auto de infração porque não há indicação do fundamento legal.*

No caso, insisto, a fiscalização não indicou corretamente o dispositivo legal que teria sido violado pela interessada, de modo que é flagrante a nulidade do lançamento.

Este Colegiado já teve oportunidade de apreciar a matéria. Refiro-me ao acórdão nº 9202-01.760, proferido na sessão de 27/09/2011, que teve como Redator Designado o Conselheiro Marcelo Oliveira, cuja ementa é a seguinte:

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS*

*Data do Fato Gerador: 06/05/2004*

*NORMAS PROCESSUAIS. NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. OCORRÊNCIA.*

*Não deve ser afastada a decisão de nulidade fundada no erro de tipificação da infração cometida pelo sujeito passivo, que, claramente, cerceou seu direito de defesa.*

*Recurso Especial do Procurador Negado.*

Importante trazer à colação ensinamentos extraídos do voto condutor deste acórdão, proferido pelo Conselheiro Marcelo Oliveira:

*Clareza e precisão, requisitos determinados pela legislação principalmente na esfera tributária, onde o Estado exige recursos dos particulares – são exigências que o legislador determinou para a proteção do indivíduo perante o Estado.*

*No caso há erro de enquadramento legal para fundamentar a autuação, não é caso de ausência ou falta de dados para a correta compreensão da autuação, mas de erro na elaboração da autuação pelo Fisco, ou seja, a fiscalização verificou a*

*infração à legislação e utilizou fundamento legal errôneo para autuar o contribuinte.*

*Precisamos tomar muito cuidado na análise das nulidades, principalmente nas que atacam o amplo direito à defesa e o devido processo legal, Princípios Norteadores do Estado Democrático de Direito.*

*Com todo respeito, não conceituar equívoco grave como este como atentatório ao exercício da ampla defesa e do contraditório seria descumprir a determinação do legislador nos requisitos clareza precisão e definição da matéria tributável, além de ferir a proteção que o cuidado presente na legislação defere aos indivíduos.*

Estas colocações são plenamente aplicáveis ao caso.

A jurisprudência da Primeira Turma da CSRF também dá sustentação ao acórdão recorrido, conforme ilustra a ementa do seguinte julgado:

*PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL — LANÇAMENTO DE OFÍCIO NORMAS PROCESSUAIS — AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO ENTRE A DESCRIÇÃO DOS FATOS E O ENQUADRAMENTO LEGAL — NULIDADE — O ato de lançamento padecerá de vício insanável quando o motivo de fato não coincidir com o motivo legal invocado, decretando-se a nulidade do ato viciado como consequência jurídica dessa falta de correspondência entre o motivo (fatos que originaram a ação administrativa) do Auto de Infração e da norma dita como violada em sua motivação.*

*(Acórdão nº 9101-01.384, Relator Conselheiro José Ricardo da Silva, unânime, julgado em 04/06/2012)*

Extraio do voto condutor deste acórdão as seguintes passagens:

*Não se pode olvidar que o processo fiscal tem por finalidade primeira, o controle da legalidade dos atos administrativos, que deve ser observado pelo julgador por força mesma do princípio da verdade material, na busca da descoberta da existência ou não da hipótese de incidência tributária originária do lançamento.*

*Assim, é de fundamental importância a verificação da motivação da exigência fiscal, se é adequada aos fatos e também à norma que a embasou, para que se possa definir a linha divisória entre a legalidade da exigência e o direito do contribuinte.*

*O lançamento, como procedimento administrativo vinculado e obrigatório, é de competência privativa da autoridade administrativa regularmente constituída, devendo este, vincular o fato material da irregularidade fiscal levada a efeito pelo contribuinte, com a norma legal disciplinadora.*

*O Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, que rege o processo administrativo de determinação e exigência dos*

*créditos tributários da União, no que respeita aos requisitos formais necessários ao procedimento administrativo de constituição do crédito tributário, prevê em seu artigo 10:*

(...)

*Os requisitos retrotranscritos também encontram-se inseridos na norma consubstanciada no art. 142 do Código Tributário Nacional e que dão validade jurídica ao lançamento do crédito tributário. A falta de atendimento a essas normas determinam a nulidade do lançamento.*

*No caso, os fatos materialmente ocorridos não se enquadram nas normas invocadas pela Fiscalização, como supostamente violadas, quer dizer, inexistindo subsunção dos fatos às normas, não procede a violação daquelas normas jurídicas invocadas.*

*O ato praticado padecerá de vício insanável toda vez que o motivo de fato não coincidir com o motivo legal e a consequência jurídica dessa falta de correspondência entre o motivo (fatos que originaram a ação administrativa) do Auto de Infração e das normas ditas como violadas em sua motivação é a nulidade do ato viciado.*

*Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao Recurso Especial de Divergência interposto pela Fazenda Nacional.*

Estou integralmente de acordo com tais precedentes da CSRF.

Assim e segundo penso, a tese defendida pela Fazenda Nacional não merece prosperar, pois o lançamento é nulo.

De acordo com o artigo 2º, *caput* e § único, inciso VII, da Lei nº 9.784/99:

*Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.*

*Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:*

(...)

*VII – indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;*

Na obra *O Processo Tributário*, 6. ed., São Paulo, RT, 2009, p. 237-238, analisando a matéria, Cleide Previtalli Cais afirma o seguinte:

*A efetiva aplicação do princípio da motivação no curso do processo administrativo, entre o contribuinte e a Fazenda Pública, atenda a garantia do devido processo legal, tanto formalmente, porque resulta do art. 2º da Lei nº 9.784/99, bem assim substancialmente na medida em que possibilita conferir a legalidade ou a ilegalidade da decisão administrativa. Assim,*

*ensejando a adoção das medidas cabíveis pela parte que vier a se entender prejudicada.*

*O princípio da motivação vem assegurado, como critério de estrita observância pela Administração no curso do processo administrativo fiscal, como consta dos incisos VII e VII, do parágrafo único, do art.º 2º da Lei nº 9.784/99, que lhe obriga indicar os pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão, bem como observar as formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados.*

No caso, a fiscalização deixou de indicar com correção o dispositivo legal infringido, o pressuposto de direito do lançamento, o que ofende os princípios da motivação, do contraditório e da ampla defesa. O prejuízo à parte, inclusive pela impossibilidade de compreensão da controvérsia, é claro.

Tenho como evidente, pois, a ocorrência de cerceamento do direito de defesa e a aplicabilidade ao caso do artigo 59, inciso II, do Decreto nº 70.235/72, segundo o qual: “Art. 59. São nulos: (...) II – os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.”

A nulidade não diz respeito à forma do auto de infração, mas ao seu conteúdo, à sua materialidade, pois os fatos supostamente ocorridos não se enquadram na norma indicada pela fiscalização como infringida.

Sob minha ótica, a decisão recorrida merece ser confirmada.

Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso especial interposto pela Fazenda Nacional.

*(Assinado digitalmente)*

Gonçalo Bonet Allage