



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

Processo n° 36624.002918/2002-73
Recurso n° 159.171
Acórdão n° 2403-00.606 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de junho de 2011
Matéria LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente BOUTIQUE DASLU LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

PREVIDENCIÁRIO. VERDADE MATERIAL. SUPRESSÃO DE JURISDIÇÃO/CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE. VÍCIO MATERIAL.

é um princípio específico do processo administrativo.

O impedimento de ampla defesa e do contraditório por não ter sido o contribuinte notificado da autuação em primeira instância implica supressão de jurisdição e conseqüente cerceamento de defesa.

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

Quando a descrição do fato não é suficiente para a certeza absoluta de sua ocorrência, carente que é de algum elemento material necessário para gerar obrigação tributária, o lançamento se encontra viciado por ser o crédito dele decorrente duvidoso.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos em anular o lançamento por vício material “*ab initio*”. Votou pelas conclusões o conselheiro Carlos Alberto Mees Stringari.

Carlos Alberto Mees Stringari – Presidente

Ivacir Júlio de Souza - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Ivacir Julio de Souza, Marcelo Magalhães Peixoto , Marthius Sávio Cavalcante Lobato e Jhonatas Ribeiro da Silva (Suplente). Ausente o Conselheiro Cid Marconi Gurgel de Souza.

Relatório

Trata-se de crédito lançado pela Fiscalização do INSS, contra a empresa acima identificada que, de acordo com o relatório fiscal de fls. 23/25, refere-se às contribuições devidas à Previdência Social, correspondentes às rubricas: empregados, empresa, financiamento da complementação das prestações por acidente de trabalho e Terceiros.

Segundo o Relatório Fiscal, as referidas contribuições têm como fatos geradores os valores contidos em notas fiscais de serviço/faturas emitidas por prestadora de serviço na construção civil. Ainda conforme o Relatório Fiscal, a contratante dos serviços ora no pólo passivo não comprovou o regular recolhimento das contribuições por parte da prestadora, empresa Maxin Empreendimentos e Construções Ltda, solidária nos termos do art. 31 da lei n. 8212/91, e não apresentou as cópias das guias de recolhimento vinculadas às faturas em questão.

O Relatório Fiscal reporta também, que foram verificados os livros diários n. 20 a 22 (1998 a 2000) e que, para apuração da base de cálculo para o INSS considerou-se 40% do valor bruto da nota fiscal de serviço/fatura quando esta contém somente mão-de-obra e, 20%, no caso de conter material e mão de obra (nota fiscal mista).

DA IMPUGNAÇÃO

Inconformada com a autuação sofrida, a Notificada impugnou o lançamento por meio do instrumento de As. 35/73, alegando que:

- existe falha no relatório fiscal capaz de ensejar a nulidade . do lançamento, haja vista não trazer o dispositivo legal infringido, nos termos do art.11, III, do Dec. . 70235/72;

- não foi citado o artigo de lei que autoriza o INSS a arbitrar valores;

- não há citação de como a empresa pode elidir-se da responsabilidade solidária;

- o prazo de 15 *dias* para a defesa fere o principio de ampla defesa em matéria tributária, já que representa 50% do prazo legal *para* a mesma, ou seja, o prazo legal é de 30 dias. Requer prorrogação de prazo para mais 15 dias, aceitando-se qualquer aditamento e fôlha juntada de documento neste período;

- no caso de responsabilidade solidária, não há cobrança , de terceiros conforme Parecer n. 1710/94;

- é inconstitucional a cobrança do Seguro Acidente do Trabalho - SAT;

- a aplicação da taxa Selic é indevida como fator de correção ao suposto débito;

- é inconstitucional a cobrança de contribuição ao INCRA, SESC, SENAC E SEBRAE, por empresas prestadoras de serviços; (tocante às alegações de inconstitucionalidade da cobrança aos Terceiros INCRA, SESC, SENAC e SEBRAE, não será objeto de apreciação haja vista Parecer CJMPAS n. 1710, de 07,04.99, o qual exclui a cobrança do débito com origem no instituto da solidariedade.);

- o fiscal informa de forma genérica que extraiu tais dados dos Livros Diários n.ºs 20 a 22 e não cita a conta, as datas em que tais pagamentos ocorreram, o tipo de obra realizada, que tipo de serviço foi prestado, se o serviço enquadrasse como possibilidade de cessão de mão-de-obra, pois como sabe-se há serviços que não enquadram-se como cessão de mão de obra.

- para que a empresa possa comprovar que não cometeu a irregularidade apontada, deve o relatório citar que documentos são necessários para que isso aconteça podendo acontecer que a empresa tenha, inclusive, todos os documentos que comprovam o recolhimento por parte da prestadora.

Consoante o registro de fls. 259, foi emitido o Despacho n° 21.003.0/0028/2005 (fls. 179/181) em **14/10/2005**, o qual, com base no art. 296, § 4° da IN INSS/DC n° 070/2002, intimou-se a empresa solidária Maxim Empreendimentos e Construções Ltda., dando-lhe ciência do processo, e reabrindo-lhe prazo para apresentação de recurso.

No seu recurso a empresa Maxim Empreendimentos e Construções Ltda, após requerer a remessa dos autos ao então Conselho de Recursos da Previdência Social - **CRPS**, pediu a improcedência da Decisão de primeira instância e que se lhe abrisse prazo para poder efetuar **sua defesa em primeiro grau administrativo**, argumentando que **houve cerceamento de defesa e supressão de um grau de jurisdição**.

O Serviço de Contencioso Administrativo emitiu novo Despacho, n° 21.003.0/0150/2006 (fls. 198/200) **em 28/08/2006**, e com base no Parecer CJ n° 2.37612000, itens 12 e 14, reabriu-se o prazo de impugnação para a empresa prestadora de serviço, bem como para a notificada.

A empresa solidária Maxim Empreendimentos e Construções Ltda apresentou **impugnação**, anexada às fls. 223/239. Não consta no processo nova defesa da empresa notificada.

DA COMUNICAÇÃO À EMPRESA SOLIDÁRIA

A notificação à recorrente foi em 28/03/2002.

Conforme fls 183, a notificação da autuação e da decisão à empresa solidária ocorreu em 21/12/2005, 3 anos e nove meses depois, posterior a decisão de primeira instância e sem ter sido determinado por aquela jurisdição.

Por seu turno, instada a fazê-lo, em recurso de fls 189, a prestadora solidária alegou :

- a nulidade da decisão por ter ficado cristalino o cerceamento de defesa em face da supressão do primeiro grau de jurisdição administrativa.

DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Analizadas as alegações de impugnação da Recorrente tempestivamente interposta, a Gerência-Executiva São Paulo – Oeste - sem obviamente observar as razões da empresa solidária - emitiu em **25/09/2002**, conforme fls. 81/90, a Decisão/Notificação - DN nº 21.003/524/2002 de Lançamento Parcialmente Procedente, com homologação da Chefe do Serviço de Arrecadação em 27/09/2002.

DO RECURSO

Muito embora o parcial êxito no que concerne às contribuições de terceiros, não conformada com a decisão de primeira instância, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário de fls. 96 a 120, onde reiterou as demais alegações que fizera em sede de impugnação.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Ivacir Júlio de Souza, Relator

DA TEMPESTIVIDADE

O recurso é tempestivo e reúne os pressupostos de admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

PRELIMINAR DE NULIDADE

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/recurso do contribuinte, **verificar aquilo que é realmente verdade**, independente do alegado e provado.

SOBRE O ARBITRAMENTO E A FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DO PERCENTUAL DE 40 % UTILIZADOS COMO BASE DE CÁLCULO.

Conforme item 5 do Relatório Fiscal às fls. 23, o débito foi arbitrado e utilizou-se o percentual de 40% sobre o valor bruto das notas fiscais que autoridade fiscal informou que vira no curso da ação fiscal:

“ 5-Foram lançados, pelo instituto de solidariedade, débitos relativos às parcelas devidas pelos empregados, empresa e SAT incidentes sobre 40% do valor bruto das notas fiscais de serviços, relativos a mão-de-obra na construção civil, elencadas no Relatório de Fato Gerador. Em se tratando de Nota Fiscal de Serviço que contivesse mão-de-obra e material, o salário de contribuição correspondeu a 20% do valor da nota fiscal de serviço, considerando Sim 50% como mão-de-obra e 50% como material.”

Aduz que no Relatório Fiscal não consta a fundamentação legal de onde surgira o percentual utilizado e tampouco planilha com as bases de cálculos vinculadas com os números das contas e os respectivos lançamentos nos Diários s , à luz da legislação.

Para a caracterização do arbitramento, tivesse a Recorrente sido intimada a apresentar, a recusa da entrega da documentação exigida tais como os contratos da prestação do serviço, as notas fiscais vinculadas no período confrontadas com os lançamentos na contabilidade, deveria ter ficado explicitada via reiterados Termos de Intimação para Apresentação de Documentos – TIAD's. Tal procedimento não ocorreu.

Sobre a ocorrência da cessão-de-mão-de-obra, motivo do auto em comento, em consonância com os pressupostos para configuração da solidariedade, deveria ter sido

solicitado na ação fiscal os contratos da prestação do serviço, as notas fiscais vinculadas no período confrontadas com os lançamentos na contabilidade, e fazer constar no Relatório fiscal planilha com os números das contas dos respectivos lançamentos nos Diários e planilhas de cálculo registrando os números da NF os valores, as bases de cálculo à luz da legislação, além de evidenciar o eventual pacto nos contratos, e ainda a forma como os serviços foram prestados, com cessão de mão de obra. Após isso, toda a documentação aludida deveria ter sido colacionada.

Importa registrar que às fls. 24 consta informado, a existência de um denominado **relatório dos fatos geradores com a relação das notas fiscais em apreço** :

“*ELEMENTOS EXAMINADO:*

10-Os elementos examinados para apuração do presente débito foram:

41, LD. N.20 referente ao período de 1998; Reg. Jucesp n. 39806;

LD. N.21 referente ao período de 1999; Reg. Jucesp n. 39807;

LD. N.22 referente ao período de 2000; Reg. Jucesp n. 39809;

*Notas Fiscais de serviço **relacionadas no relatório dos fatos geradores** o qual faz parte integrante desta.” (grifei)*

De fato às fls 10, consta o relatório supra informando mês a mês o valor e a numeração das notas fiscais, sobre os quais se aplicou o percentual de 40% para definir as bases de cálculo. Entretanto, entendo que tal relatório carece de comprovação da existência das notas fiscais de modo que se possa comprovar o tipo de prestação de serviço ou mercadoria ali registrada.

Para que não se alegue ter havido parcial análise dos documentos trazidos aos autos, foram, também, compulsadas as fls 26 a 29 onde constam cópias **do Livro Razão**, período 01/98 a 12/98, conta de ativo 1.3.2.03.001. – titulada Imóveis Próprios – com registro de pagamentos a empresa Maxim, e o respectivo nº da **fatura** sem detalhar qual o tipo de serviço ou mercadoria adquirido.

Aduz que no Relatório Fiscal às fls.23, a autoridade fiscal registrou que houvera pautado seu procedimento **extraíndo dos Livros Diários** e não do Livro Razão as informações das **notas fiscais de prestação de serviços** e não das faturas:

“3. *Período do lançamento do débito: 01/1998 a 12/1998.*

IJ — FATO GERADOR

*4. **A fiscalização constatou da análise dos Livros Diário** nº: 20 a 22 que a empresa utilizou-se de mão-de-obra fornecida pela empresa MAXIM EEENDIMENTOS E COSNTRUÇÕES LTDA.- CNPJ: 66.904.98810001-21.”*

“ 2. O débito foi apurado a partir **de notas fiscais de prestação de serviço** emitidas por prestadora de serviço na construção civil. A contratante dos serviços não pode comprovar o regular recolhimento das contribuições acima referidas, por parte da prestadora, com relação as notas fiscais em questão, na forma da legislação aplicável.

Assim sendo, foi levantado o débito na contratante de serviços com base no instituto da solidariedade, previsto no art. 139 parágrafo 2º da CLPS — Decreto nº89.31284, no artigo 31 da Lei 8.212-91, e o artigo 46 e parágrafos do Decreto 612/92.”

DOS LIVROS DIÁRIO E RAZÃO

Mesmo ciente do pleno domínio da matéria por este Egrégio Conselho, apenas para fins de estruturação racional do voto em apreço, convém lembrar que o Livro **Razão** é **auxiliar** e empregado na escrituração contábil analítica, **para acompanhar** as posições de cada uma das contas que formam o sistema escritural de um patrimônio.

É utilizado para **resumir e totalizar**, por conta ou sub-conta, **os lançamentos efetuados no Diário**, mantidas as demais exigências e condições previstas na legislação. A escrituração deverá ser individualizada, obedecendo-se a ordem cronológica das operações (RIR/99, art. 259, que incorporou as Leis nº 8.218/91, art. 14, e nº 8.383/91, art. 62).

O Livro Diário é um livro de escrituração **principal e obrigatório**, onde são feitos os registros **dos atos e fatos** que ocorrem dentro de uma empresa ou de sua relação com outras.

Assim, elementos extraídos de Livros Diários devidamente registrados fazem prova inequívoca ao passo que oriundos do Livro Razão precisam ter sua autenticidade corroborada pelo registro no Diário em razão da efetiva probabilidade de eventual alteração ou mesmo erros admitidos no Razão.

DAS FATURAS E DAS NOTAS FISCAIS

Também é necessário conhecer o que efetivamente constava registrado no corpo da faturas registradas no Livro Razão ano 1998, traduzidas como notas fiscais de prestação de serviço.

As notas fiscais, entre outras informações, devem conter a natureza da operação de que decorrer a saída ou a entrada, tais como: venda, compra, transferência, devolução, importação, consignação, remessa (para fins de demonstração, de industrialização ou outra); a denominação "NOTA FISCAL e a indicação da operação, se de entrada ou de saída e a data de emissão.

As faturas que são documentos comerciais que também representam operações de venda, em geral, são emitidas **para pagamentos ainda não efetuados** (vendas a prazo ou contra-apresentação). Nela são discriminados todos os itens comprados na operação, e por isso, a fatura também é usada como controle.

DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

É perfeitamente admissível a autuação por responsabilidade solidária na forma operada pelo lançamento fiscal. Resta, no entanto, analisar se os fatos e elementos, que a motivaram e serviram de fundamento, podem ser considerados como válidos e são suficientes para legitimar as conclusões extraídas pela fiscalização.

O relatório Fiscal informa que a autuação se processou sob os preceituado nos artigos 30, VI e VII e 31, da Lei .212/91.

De fato a responsabilidade solidária ocorre nos casos em que há o envolvimento **da cessão de mão-de-obra**, conforme redação do art. 31 da Lei n ° 8.212/1991:Lei 8.212/91:

“Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher, em nome da empresa cedente da mão de obra, a importância retida até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia, observado o disposto no § 5º do art. 33 desta Lei.(Redação dada pela Lei nº 11.933, de 2009)”

Entretanto, a responsabilidade solidária não se presume, há que restar provada.

O Relatório Fiscal, bem como o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador na ação fiscal e todo o conjunto de documentos colacionados nos autos que compõem a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD não tiveram o condão de promover a certeza exigida na forma do preceituado no artigo 142 do Código Tributário Nacional – 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.
”

Enfim, na forma do preceituado no artigo 142 do CTN haveria que ter sido provado que houve serviços de construção civil com empreitada na fundamentação legal no art. 30, inciso VI da Lei n ° 8.212.

DAS PROVAS

É relevante lembrar que prova é o meio pelo qual, submetida ao contraditório, a alegação de fato é confirmada ou negada e, ainda o **Princípio da motivação das decisões** onde se preceitua que 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.

Contundente teria sido se a Autoridade Fiscal exibisse o pacto nos contratos dando ênfase em destaque à cláusula caracterizadora da forma como os serviços foram

prestados, com cessão ou não de mão de obra. Após isso, toda a documentação aludida deveria ter sido colacionada.

Relevante notar que no único Termo de Intimação Para Apresentação de Documentos - TIAD de fls. 19, a intimação é econômica e sequer solicita livros diários e Razão, contratos, notas fiscais, documentos estes que não tendo sido requeridos e tampouco **colacionados não fazem provas materiais** da genérica afirmação do relatório fiscal de fls 23 do tipo :

“II - FATO GERADOR

4. **A fiscalização constatou** da análise dos Livros Diários n°: 20 a 22 que a empresa utilizou-se de mão-de-obra fornecida pela empresa MAXIM EMPREENDIMENTOS E COSNTRUÇÕES LTDA.- CNPJ: 66.904.98810001-21. ”

TIAD

“ REGISTRO DE EMPREGADOS FOLHAS DE PAGAMENTO DE EMPREGADOS/ADMINISTRADORES/AUTÔNOMOS

COMPROVANTES DE RECOLHIMENTO:GR/DARP/GRPS/GPS

RECIBOS DE RESCISÃO DE CONTRATO DE TRABALHO

RECIBO DE AVISO PRÉVIO E FÉRIAS

RAIS - RELAÇÃO ANUAL DE /INFORMAÇÕES SOCIAIS

CONTRATO SOCIAL/DECLARAÇÃO/ALTERAÇÕES CONTRATUAIS
”

Cumpra observar que , também, no Termo de Encerramento da Ação Fiscal – TEAF de fls. 22, na descrição dos documentos examinados, à exceção do Livro Diário, não se registram anotações de que **foram analisados outros documentos:**

“DOCUMENTOS EXAMINADOS:

[] Livro Caixa: até //

[X] Livro Diário: no. N.22REG/JUC, até 31/12/2000

[] Livro Reg Empregados: no. , até Fls.

[X] Folha de Pagamento

[X] GFIP - Guia de Recolhimento do FGTS e Inform. Previdência Social

[X] Comprovantes de Recolhimento

[] **Outros Elementos**”(grifei)

DA SUPRESSÃO DE JURISDIÇÃO

Por relevante, cumpre registrar que muito embora a então vigente IN INSS/DC n° 070, de 10/05/2002, DOU **15/05/2002**, determinasse em seu art. 296, § 4°, que

"Para os fins previstos no § 1º do art.37 da Lei nº 8.212, de 1991, **cópia do documento de constituição do crédito previdenciário e anexos deverá ser remetida a todos os responsáveis solidários pelo pagamento desse crédito**", sem observar tal preceituado, foi emitida em **25/09/2002** a Decisão/Notificação - DN nº 21.003/524/2002 de Lançamento Parcialmente Procedente, com homologação da Chefe do Serviço de Arrecadação em 27/09/2002.

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 conseqüência.

§ 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 suprir-lhe a falta.**(Incluído pela Lei n 8.748, de 1993) se a nulidade argüida não comprometer a decisão que será a seu a favor) ”*

É crucial trazer à lume que a Autoridade Fiscal ao término da ação **fiscal não intimou a prestadora** do serviço na condição de contribuinte solidário imputando somente à recorrente-tomadora o ônus da autuação impedindo seu eventual direito de regresso previsto no artigo 30, VI da Lei 8212 de 24 de julho de 1991, parte final :

*“ VI - o proprietário, o incorporador definido na Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, o dono da obra ou condômino da unidade imobiliária, qualquer que seja a forma de contratação da construção, reforma ou acréscimo, são solidários com o construtor, e estes com a subempreiteira, pelo cumprimento das obrigações para com a Seguridade Social, **ressalvado o seu direito regressivo contra o executor ou contratante da obra e admitida a retenção de importância a este devida para garantia do cumprimento dessas obrigações, não se aplicando, em qualquer hipótese, o benefício de ordem; (Redação dada pela Lei 9.528, de 10.12.97) ”***

Não tendo a Autoridade Fiscal intimado o contribuinte-solidário, causou à Recorrente o impedimento acima, e à prestadora-solidária **cerceamento de defesa** com supressão de um grau de jurisdição na medida em que na instância “ad quod” não foi possível interpor impugnação.

Desse modo, a Decisão/ Notificação – DN exarada em primeira instância mantendo, ainda que parcialmente, o lançamento, não levou em consideração o direito do devido processo legal com ampla defesa e o contraditório das possíveis alegações do contribuinte solidário causando prejuízo a ambos sujeitos passivos posto que o hipotético êxito de um alcançaria a todos.

Aduz que suprimida jurisdição primeira, a decisão “ad quod” ficou maculada de modo insanável uma vez que **inapelavelmente eivada de nulidade por cerceamento de defesa**.

Do exposto se observa terem ocorrido vícios sobre a materialização do ocorrência do fato gerador e ainda ter havido supressão de jurisdição resultando como consequência **cerceamento de defesa** que decretam a inexorável nulidade da autuação e da decisão.

DOS VÍCIOS FORMAL E MATERIAL

Conforme o Acórdão nº 192-00.015 IRPF, de 14/10/2008 da Segunda Turma Especial do Primeiro Conselho de Contribuintes, restará configurado o vício material quando-**como no processo em comento** - há equívocos na construção do lançamento, artigo 142 do CTN:

“ O vício material ocorre quando o auto de infração não preenche aos requisitos constantes do art. 142 do Código Tributário Nacional, havendo equívoco na construção do lançamento quanto à verificação das condições legais para a exigência do tributo ou contribuição do crédito tributário, enquanto que o vício formal ocorre quando o lançamento contiver omissão ou inobservância de formalidades essenciais, de normas que regem o procedimento da lavratura do auto, ou seja, da maneira de sua realização... (Acórdão nº 192-00.015 IRPF, de 14/10/2008 da Segunda Turma Especial do Primeiro Conselho de Contribuintes) ”(grifos de minha autoria)

Ambos os vícios, formal e material, desde que comprovado o prejuízo à defesa, implicam nulidade do lançamento, **mas é o fato de ter havido ou não a caracterização do fato gerador** nos termos do artigo 142 do CTN que justifica a possibilidade de lançamento substitutivo a partir da decisão apenas quando o vício é formal.

Em observação ao princípio da verdade material que rege o processo administrativo, por tudo que foi exposto, a autoridade fiscal não foi capaz de materializar e bem assim motivar o lançamento não permitindo vislumbrar com clareza os registros contábeis, as notas fiscais e o tipo de prestação de serviço sob os quais assentara sua autuação ficando suas afirmações da caracterização do fato gerador no plano meramente indiciário.

Ademais o a supressão de jurisdição ocorrida pela falta de intimação do contribuinte solidário - formalidade essencial- poderia ter sido suprida com eficácia antes da decisão de primeira instância. Até ali se observaria vício formal. Superada esta instância sem efetivo saneamento como no caso em comento, é impossível reparar tal prejuízo traduzindo-se tal feito em cerceamento de defesa , vício tipicamente material.

CONCLUSÃO

Desse modo, por tudo que foi exposto, EM PRELIMINAR, determino a NULIDADE do lançamento em virtude de ter ocorrido VÍCIO MATERIAL AB INITIO.

Ivacir Júlio de Souza