



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº	36944.001004/2006-04
Recurso nº	142.704 Voluntário
Matéria	DESCARACTERIZAÇÃO DE VÍNCULO PACTUADO
Acórdão nº	206-00.644
Sessão de	08 de abril de 2008
Recorrente	CAÍPA - COMERCIAL E AGRÍCOLA IPATINGA LTDA
Recorrida	SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/01/2001 a 31/10/2004

Ementa: CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ARBITRAMENTO. AUSÊNCIA DE ESPECIFICAÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL. VÍCIO FORMAL INSANÁVEL.

Na Notificação Fiscal de Lançamento de Débito -NFLD deve haver a expressa fundamentação legal do arbitramento procedido, além de demonstrar de maneira clara e precisa a situação que motivou o uso do procedimento, nos termos da legislação. A inobservância das formalidades legais na lavratura da NFLD acarreta vedação ao direito de defesa do contribuinte. A inobservância dessas regras é vício insanável, configurando a sua nulidade.

CARACTERIZAÇÃO DE SEGURADO EMPREGADO - ÔNUS DA PROVA. VÍCIO MATERIAL.

O ônus de provar a existência dos pressupostos da relação de emprego por serviços prestados à notificada é da autoridade lançadora.

A ausência da plena demonstração da ocorrência do fato gerador representa vício na motivação do ato do lançamento, configurando sua nulidade.

Processo Anulado.


Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Processo n.º 36944.001004/2006-04
Acórdão n.º 206-00.644

CC/MF - Sexta Câmara
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 23/03/09
Marta de Fátima Ferreira de Carvalho
Matr. OJps 751683

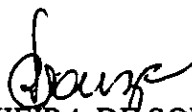
CC02/C06
Fls. 252

ACORDAM os Membros da SEXTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por maioria de votos em anular, por vício material, a NFLD. Vencidas as Conselheiras Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Bernadete de Oliveira Barros e Ana Maria Bandeira, que votaram por negar provimento ao recurso. Apresentará voto divergente a Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira.



ELIAS SAMPAIO FREIRE

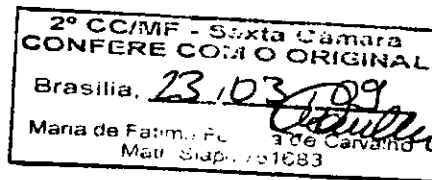
Presidente



CLEUSA VIEIRA DE SOUZA

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Rogério de Lellis Pinto, Bernadete de Oliveira Barros, Daniel Ayres Kalume Reis, Ana Maria Bandeira e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.



Relatório

Trata-se de Crédito Previdenciário lançado contra a empresa em epígrafe que, de acordo com o relatório fiscal de fls. 135/139, refere-se às contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à parte dos empregados, parte da empresa e financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente de riscos ambientais do trabalho, além das contribuições devidas a terceiros (SESI, SENAI, INCRA, Salário Educação e SEBRAE), no período de 01/2001 a 10/2004.

Informa o citado relatório fiscal que, em ação fiscal na empresa foi constatado pela fiscalização a existência dos elementos caracterizadores da condição de segurada empregada de Maria Aparecida Saraiva de Paiva. A segurada Maria Aparecida Saraiva de Paiva constituiu empresa em 21/11/2000 e começou a prestar serviços para a Caipa a partir de 01/2001, sendo nessa competência assinado o contrato de prestação de serviços, tendo sido emitidas notas de prestação de serviços, para a notificada no período de 01/2001 a 10/2004.

Segundo o referido relatório fiscal no banco de dados da previdência Social não consta que a empresa constituída possuía empregados registrados, pois não foram entregues documentos como GFIP RAIS, com a referida informação, tampouco foi efetuado recolhimento de contribuições sociais sobre salários. Pelo contrato de prestação de serviços, verificou-se que os serviços prestados são os de "assessoria e consultoria na área de alimentação", sendo informado pelo contador da empresa que a segurada era nutricionista.

Informa ainda, o citado relatório que os serviços prestados pela segurada são essenciais em relação à atividade principal da notificada, tendo em vista que seu objetivo social é exploração de cantinas e restaurante industrial, serviço de organização e administração de restaurantes, prestação de serviços de cestas básicas e comércio de alimentos em geral. No contrato celebrado entre a notificada e a segurada consta cláusula com o seguinte teor: "fica assegurado à empresa contratada, a cada período de 12 meses, um mês a mais, ou seja, 13 meses por ano, e também 1 mês de descanso remunerado."

Esclareceu que os serviços prestados são de natureza não eventual, estando relacionados diretamente com as atividades normais da empresa, pois se trata de uma necessidade permanente. Além disso, constatou-se que os serviços foram prestados mensalmente pela segurada em questão e que a numeração das notas fiscais emitidas é seqüência, o que evidencia ainda mais a exclusividade da prestadora para a tomadora. A natureza dos serviços prestados comporta verdadeira personalidade. A contratação não admite delegação, o contrato de trabalho é feito diretamente com a segurada empregada, não havendo nele a previsão de poder se fazer substituir por outro profissional;

Esclareceu, ainda, que outro ponto do contrato a salientar é a cláusula quinta que diz "o presente contrato pode ser rescindido por interesse de quaisquer das partes, mediante aviso prévio de 30 dias ou pagamento de uma indenização no valor referente a 1 mês de prestação de serviços."

A subordinação é o estado de sujeição que se coloca o segurado empregado em relação ao empregador, agindo sob sua direção, aguardando ou executando ordens. A própria natureza dos serviços e as condições em que estão sendo prestados não permitem garantir ao trabalhador a autonomia que afasta o vínculo de subordinação perante o contratante. Outros

A small, handwritten mark or signature located at the bottom right corner of the page.

elementos corroboram a evidência da subordinação, como por exemplo, o recebimento de verbas típicas de segurados empregados, como férias, 13º salário e aviso prévio, como ocorrido no caso em questão. Estando presentes todos os pressupostos da qualidade de segurado empregado, e tendo em vista ainda o fato de se tratar de execução de serviços ligados a sua atividade-fim, impõe a fiscalização caracterizar, como segurada empregada, Maria Aparecida Saraiva Paiva, efetuando o lançamento das contribuições incidentes sobre a remuneração.

A empresa notificada apresentou impugnação às fls. 165/175, alegando, em síntese, o seguinte:

Que a fiscalização utilizou da prerrogativa estabelecida em lei de arbitrar o salário de contribuição que reputasse devido. Entretanto não fez constar do Relatório Fiscal, nem do FLD – Fundamentos Legais do Débito, os dispositivos legais que amparem tal procedimento. A ação fiscal se deu na tomadora dos serviços, a apuração do salário-de-contribuição se deu por meios indiretos, com base nas notas fiscais de serviços prestados pela empresa, cuja personalidade jurídica foi desconsiderada e, em nenhum momento, o contribuinte foi informado de que o lançamento seria efetuado por arbitramento e qual o amparo legal para esse procedimento;

Que ocorrendo lançamento arbitrado, a fundamentação legal que o ampara deverá estar informada nos autos e, diante de sua ausência é de se declarar a nulidade do mesmo por conter vício formal. Que dada a complexidade das empresas que operam no mercado, os trabalhos de auditoria e assessoria se tornam cada vez mais complexos, necessitando de profissionais qualificados para uma orientação mais específica no que diz respeito às atividades da empresa, sem entretanto, haver obrigatoriedade de que sejam contratados como empregados, em virtude das condições em que os serviços são prestados;

Que equivocou-se a Fiscalização porque não demonstrou estarem presentes os requisitos da relação de emprego, especialmente a subordinação. A sra. Maria Aparecida Saraiva de Paiva é titular de firma individual, devidamente constituída e registrada nos órgãos competentes, o que foi constatado e demonstrado pela própria Fiscalização;

Que a dependência ou subordinação reconhecida pela lei e pela jurisprudência é a jurídica. Por força de Contrato firmado com a empresa, o empregado se obriga a cumprir suas determinações, isto é, em função do contrato de trabalho, onde está sujeito a receber ordens, em decorrência do poder de direção do empregador. A Sra. Maria Aparecida Saraiva Paiva não recebe ordens, não se sujeita a cumprir qualquer determinação. Ao contrário, dá ordens, posto que supervisiona, dirige, e orienta a prestação dos serviços na empresa que a contrata.

Que considerando ser a Sra. Maria Aparecida Saraiva Paiva uma empregada condição que lhe foi atribuída pela fiscalização – pergunta-se: quem dirige e comanda a execução dos trabalhos a seu cargo? Quem controla o cumprimento de suas obrigações? Quem é capaz de aplicar-lhe penas disciplinares? Quem poderá demiti-la? Portanto uma vez ausente a subordinação que é pressuposto essencial da caracterização da relação de emprego, a Sra. Maria Aparecida Saraiva Paiva não pode ser considerada empregada;

↓

Que a fiscalização considerou como base de cálculo para o presente lançamento os valores faturados pela contratada. Tais valores não podem ser considerados, pois não correspondem, exatamente, à contraprestação dos serviços executados, por estarem incluídas as despesas e os encargos inerentes às empresas de um modo geral, além das despesas com a mão-de-obra.

Concluiu requerendo seja a presente Notificação Fiscal Julgada nula, por conter vício insanável, com o conseqüente cancelamento do débito atribuído à empresa.

A Secretaria da Receita Previdenciária em Governador Valadares, por meio da Decisão – Notificação n.º 11.424.4/014/2006, julgou procedente o lançamento, trazendo a decisão a seguinte ementa:

"DIREITO PREVIDENCIÁRIO E TRIBUTÁRIO. SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO.

A empresa é obrigada a recolher as contribuições a seu cargo incidentes sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas aos segurados empregados a seu serviço, além de descontar e recolher as contribuições dos mesmos segurados, nos termos do que dispõe o art. 22, 28 e 30 da Lei n.º 8212/91."

Intimada da decisão e com ela não se conformando a empresa interpôs Recurso a este conselho, razões expendidas às fls. 194/211, em que reitera todas razões aduzidas em sua impugnação, além de trazer, dentre outros, os seguintes argumentos:

Que a decisão proferida ao contestar a aferição indireta confirma, de forma inequívoca, a sua ocorrência. A legislação ao tratar da base de cálculo da contribuição da empresa, emprega o termo remuneração e, em relação aos segurados, conceitua como salário de contribuição, também, a remuneração ou rendimentos. O levantamento do salário-de-contribuição ou da remuneração através de mão-de-obra contida em notas fiscais é, sem dúvida alguma, AFERIÇÃO INDIRETA. Trata-se, portanto, na espécie, de lançamento de débito por arbitramento, obtido mediante aferição indireta, utilizando-se como valor da REMUNERAÇÃO ou do RENDIMENTO, O VALOR DAS NOTAS FISCAIS EMITIDAS (os grifos são do original).

Que tal situação foi confirmada pelo Contencioso Administrativo quando afirmou que: "(...) da análise dos autos verifica-se que os valores tomados como base de cálculo das contribuições lançadas são aqueles constantes das notas fiscais emitidas pela empresa individual Maria Aparecida Saraiva Paiva, e que estavam escrituradas na contabilidade da notifica. A título ilustrativo, citamos a nota fiscal n.º 000038 (fls. 157), emitida em 25 de junho de 2003, cujo valor serviu de base de cálculo para a apuração das contribuições relativas à competência 06/2003 (Discriminativo Analítico do Débito - DAD, fls. 11)".

Que deixou a fiscalização de observar as disposições contidas no Manual de Fiscalização que prescreve: "o que não se pode é confundir lançamento de débito arbitrado, com lançamento de débito arbitrário. Este é aquele que é feito ao arrepio da lei, sem qualquer base técnica, suportando-se exclusivamente na imaginação e discricionariedade do fiscal e, portanto, é inválido".

Que não se pode desconhecer que no valor da nota fiscal além da remuneração da mão-de-obra, estão incluídos outros componentes dos custos suportados pelas empresas (ISS, IR, CSSL, COFINS, PIS, INSS, despesas administrativas e despesas financeiras). A fiscalização arbitrou o salário de contribuição sem, entretanto, fazer constar no Relatório Fiscal, nem do FLD, os dispositivos legais que amparam tal procedimento.

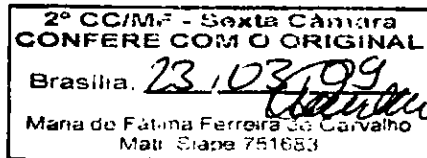
Que não é aceitável a descaracterização da pessoa jurídica e atribuição de vínculo empregatício com suporte em simples suposição de que a subordinação encontra-se presente, sem que venha ser demonstrada.

Concluiu colacionando aos autos vários acórdãos do CRPS sobre a matéria e requereu seja a NFLD julgada NULA por conter vício insanável, ou, alternativamente seja o débito julgado improcedente, por não se encontrarem presentes os pressupostos da relação de emprego.

Houve depósito recursal obrigatório, nos termos da legislação em vigor (fls. 192).

A SRP apresentou contra-razões expendidas às fls. 246/250, em que defende que no lançamento não foi utilizado o procedimento de arbitramento. Trouxe, dentre outros, o argumento de que o arbitramento somente se justifica na ausência de escrita fiscal, ou quando houver recusa ou sonegação dos elementos de informação e esclarecimento pretendidos, ou no caso de apresentação deficiente. Ausentes tais pressupostos, não há que se falar em arbitramento, mormente quando a empresa comprovou que mantinha escrituração contábil.

É o Relatório.



Voto

Conselheira CLEUSA VIEIRA DE SOUZA, Relatora

Presentes os pressupostos de admissibilidade, porquanto o recurso é tempestivo e devidamente preparado com o depósito recursal obrigatório, na forma da legislação em vigor.

Conforme relatado, trata-se de Crédito Previdenciário lançado contra a empresa em epígrafe, o qual refere-se às contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à parte dos empregados, parte da empresa e financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente de riscos ambientais do trabalho, além das contribuições devidas a terceiros (SESI, SENAI, INCRA, Salário Educação e SEBRAE), no período de 01/2001 a 10/2004.

Informa o relatório fiscal que, em ação fiscal na empresa foi constatado pela fiscalização a existência dos elementos caracterizadores da condição de segurada empregada de Maria Aparecida Saraiva de Paiva. A segurada Maria Aparecida Saraiva de Paiva constituiu empresa em 21/11/2000 e começou a prestar serviços para a Caipa a partir de 01/2001, sendo nessa competência assinado o contrato de prestação de serviços, tendo sido emitidas notas de prestação de serviços, para a notificada no período de 01/2001 a 10/2004.

Em sua impugnação, bem como em suas razões de recurso, a recorrente aduz veementemente que se trata de lançamento de débito por arbitramento, obtido mediante aferição indireta, utilizando-se como valor da remuneração ou do rendimento, o valor das notas fiscais emitidas, situação esta confirmada pelo Contencioso Administrativo quando afirmou que: "(...) da análise dos autos verifica-se que os valores tomados como base de cálculo das contribuições lançadas são aqueles constantes das notas fiscais emitidas pela empresa individual Maria Aparecida Saraiva Paiva, e que estavam escrituradas na contabilidade da notifica. A título ilustrativo, citamos a nota fiscal nº 000038 (fls. 157), emitida em 25 de junho de 2003, cujo valor serviu de base de cálculo para a apuração das contribuições relativas à competência 06/2003 (Discriminativo Analítico do Débito - DAD, fls. 11)".

A SRP, por outro lado, como também relatado, defende que no lançamento não foi utilizado o procedimento de arbitramento. Trouxe, dentre outros, o argumento de que o arbitramento somente se justifica na ausência de escrita fiscal, ou quando houver recusa ou sonegação dos elementos de informação e esclarecimento pretendidos, ou no caso de apresentação deficiente. Ausentes tais pressupostos, não há que se falar em arbitramento, mormente quando a empresa comprovou que mantinha escrituração contábil.

No presente caso, nada obstante os bons argumentos trazidos pela SRP, não se pode negar que, quando a base de cálculo não é obtida na documentação específica que registra as ocorrências relacionadas à remuneração dos segurados empregados, quais sejam, folhas de pagamento, RAIS ou GFIP e como a ação fiscal se deu na tomadora dos serviços, a apuração do salário de contribuição, com base nas notas fiscais de serviços prestados pela empresa, não há como negar que a base de cálculo foi obtida por meios indiretos e, conseqüentemente, o lançamento efetuado por arbitramento.

Nesse sentido, inicialmente cumpre salientar que este Conselho por sua atividade jurisdicional tem a prerrogativa de analisar tanto as questões de mérito quanto as formais e, caso fique evidenciado que o lançamento possua algum vício, que não seja passível de saneamento, deverá ser declarada a sua nulidade.

Cabe ressaltar que o relatório fiscal, como parte integrante da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito, como ato constitutivo do lançamento deve observar as regras estabelecidas no art. 142 do Código Tributário Nacional –CTN e art. 37 da Lei nº 8212/91, contendo a exposição clara e precisa dos fatos geradores da obrigação previdenciária, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem. A autoridade notificante tem o dever de informar à empresa fiscalizada que arbitrará a importância que reputar devida, ante a constatação de que as informações necessárias para o desenvolvimento da auditoria encontram-se deficientes, demonstrando, de forma incontestável, os motivos que ensejaram o emprego de tal procedimento, de modo a apresentar elementos inquestionáveis de convicção e possibilitar a ampla defesa do contribuinte.

Não se pode olvidar que a omissão desta cautela vicia todo o procedimento em razão da flagrante violação do Princípio do Devido Processo Legal, da Ampla Defesa e do Contraditório.

De fato, tem toda razão a SRP quando diz que “o arbitramento somente se justifica na ausência de escrita fiscal, ou quando houver recusa ou sonegação dos elementos de informação e esclarecimento pretendidos, ou no caso de apresentação deficiente. Ausentes tais pressupostos, não há que se falar em arbitramento, mormente quando a empresa comprovou que mantinha escrituração contábil. Acrescente que além de verificada a situação fática, ou seja, de demonstrar os motivos que levaram à adoção de tal medida, que ensejaria o lançamento por arbitramento é, também, imprescindível a indicação do dispositivo legal que autoriza o procedimento, no caso o art. 33 § 3º e/ou 6º da Lei nº 8212/91.

A observância de tais procedimentos, isto é, a indicação dos fundamentos de fato e de direito do procedimento fiscal é imprescindível face à observância ao Princípio Constitucional da Legalidade Estrita, que deve ser observado tanto pela Administração, quanto pelo Administrado, além de observar ao comando constitucional de que ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º inciso LIV da Constituição).

Diante de tais constatações fica evidenciado que o presente lançamento não está revestido de todas as formalidades essenciais para que se considere que houve a regularidade do mesmo. Dessa forma, a presente NFLD não se apresenta revestida das formalidades legais e normativas exigidas, ensejando a decretação de sua nulidade por vício formal.

Além disso, como trata o presente de caracterização de vínculo empregatício, não se pode olvidar que na caracterização de segurados empregados, o ônus da prova é do fisco. E a auditoria fiscal, apesar do relatório fiscal informar estarem presentes os requisitos autorizadores do enquadramento da titular da firma individual como segurada empregada da recorrente, não verifiquei qualquer prova da ocorrência de subordinação. Tal requisito deve estar presente para caracterizar inequivocadamente a relação jurídica de segurado empregado, pois a terceirização lícita e o vínculo empregatício são duas situações jurídicas muito próximas.

Com efeito, a subordinação é o elemento constitutivo da relação de emprego que, no contrato com a empresa, obriga o empregado a cumprir suas determinações, isto é, em função do contrato de trabalho, onde está sujeito a receber ordens, em decorrência do poder de direção do empregador. No presente caso, todavia, esse requisito não restou devidamente demonstrado pela autoridade lançadora.

Cumprе esclarecer que não se trata de afirmar a inexistência do vínculo, apenas a auditoria fiscal não o demonstrou de forma adequada e inequívoca. Não há indicação de obrigatoriedade de horários, relatórios, ou mesmo que a notificada tenha dirigido ou comandado a execução dos trabalhos a seu cargo ou que tenha controlado o cumprimento das obrigações decorrentes do contrato.

Não obstante a relação de emprego resulte da síntese indissolúvel dos cinco elementos fático-jurídicos que a compõem, será a subordinação, entre todos os elementos, o que ganha maior proeminência na conformação do tipo legal da relação empregatícia. O que no presente caso, não logrou a autoridade lançadora, a demonstrar de maneira inequívoca, elemento SUBORDINAÇÃO.

Diante da falta de evidências da subordinação, caberia à fiscalização demonstrá-la na ação fiscal realizada, o que não aconteceu.

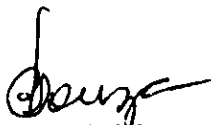
Assim, o lançamento da maneira como foi efetuado não pode prevalecer, uma vez que não houve por parte da autoridade notificante a quem compete motivar o ato administrativo do lançamento, demonstrar com clareza a existência do fato gerador, o que permeia o ato de vício material insanável, ensejando a decretação de sua nulidade.

Ante o exposto, e

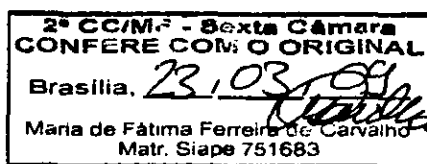
CONSIDERANDO tudo mais que dos autos consta,

CONCLUSÃO pelo exposto **VOTO** no sentido de **CONHECER DO RECURSO PARA ANULAR, por vício material, A NOTIFICAÇÃO.**

Sala das Sessões, em 08 de abril de 2008



CLEUSA VIEIRA DE SOUZA



Declaração de Voto

Conselheira ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Relatora

Não concordo com o entendimento do Conselheiro representante dos Trabalhadores quanto aos créditos apurados na presente NFLD serem anulados por vício material.

No caso da NFLD em questão a nulidade argüida deveria ser por vício formal e não material, por se tratar do não preenchimento de todas as formalidades necessárias a validação do ato administrativo, conforme destaque abaixo.

Em uma concepção a respeito da forma do ato administrativo é incluída não somente a exteriorização do ato, mas também as formalidades que devem ser observadas durante o processo de constituição do desse ato, bem como os requisitos concernentes à publicidade do ato. Nesse sentido é a lição de Maria Sylvia di Pietro, na obra Manual de Direito Administrativo, 18ª edição, Ed. Atlas, página 200.

Na mesma obra à página 202, a ilustre autora ainda descreve, in verbis: “Integra o conceito de forma a motivação do ato administrativo, ou seja, a exposição dos fatos e dos direitos que serviram de fundamento para a prática do ato; a sua ausência impede a verificação da legitimidade do ato.”

Entendo que não se pode confundir falta de motivo com a falta de motivação. A primeira representa a exposição de motivos, ou seja, a demonstração, por escrito, de que os pressupostos de fato que justificam o ato realmente existiram. Já a motivação diz respeito às formalidades que ensejam a formação do ato. O motivo, por seu turno, antecede a prática do ato, correspondendo aos fatos, às circunstâncias, que levam a Administração a praticar o ato. São os pressupostos de fato e de direito da prática do ato. Na lição de Maria Sylvia di Pietro, pressuposto de direito é o dispositivo legal em que se baseia o ato; pressuposto de fato, corresponde ao conjunto de circunstâncias, de acontecimentos, de situações que levam a Administração a praticar o ato. A ausência de motivo ou a indicação de motivo falso invalidam o ato administrativo.

No lançamento fiscal o motivo é o que enseja a ocorrência do fato gerador, esse inexistindo torna improcedente o lançamento, não havendo como ser sanado, pois sem fato gerador não há obrigação tributária.

No entanto, a motivação é a descrição dos motivos, é a possibilidade da fiscalização tornar real os fatos geradores encontrados e que ensejariam o recolhimento de contribuições previdenciárias. A falha na motivação pode ser corrigida, mas, para tanto é necessário que o motivo realmente tenha existido.

Não é outra a lição do ilustre mestre, Celso Antônio Bandeira de Mello. De acordo com o doutrinador, na obra Curso de Direito Administrativo, 22ª edição, Ed. Malheiros, pág. 385, verbis: “em se tratando de atos vinculados, o que mais importa é haver ocorrido o motivo perante o qual o comportamento era obrigatório, passando para segundo plano a

questão da motivação. Assim, se o ato não houver sido motivado, mas for possível demonstrar ulteriormente, de maneira indisputavelmente objetiva e para além de qualquer dúvida ou entredúvida, que o motivo exigente do ato preexistia, dever-se-á considerar sanado o vício do ato.”

Não obstante, se há falha na motivação, o vício é formal, se houver falha no pressuposto de fato ou de direito, ou seja, no motivo que ensejou o lançamento, o vício é material. Por exemplo, em se tratando de lançamento de contribuições previdenciárias: acerca de enquadrando de trabalhador como empregado, quando na verdade as provas contidas nos autos deixam claro tratar-se de enquadramento como contribuinte individual, há falha no pressupostos de fato e de direito, ou seja, vício na material, no motivo. Agora, se houve lançamento como empregado, mas o relatório fiscal falhou na caracterização; entendo que haveria falha na motivação; devendo o lançamento ser anulado por vício formal. A autoridade julgadora deverá analisar a observância dos requisitos formais do lançamento, previstos no art. 37 da Lei n.º 8.212.

Dessa análise pode ser concluído que o relatório fiscal preenche todos os requisitos formais, o que permite um regular desenvolvimento para ser julgado o mérito; ou pode ser concluído que há um vício sanável, ou o vício poderá ser insanável. No caso de o vício ser sanável, a autoridade julgadora determinará a correção da eiva pela autoridade lançadora, caso não seja corrigida deverá ser anulado o lançamento por vício formal. Caso o vício seja insanável, como por exemplo o fato indicado pelo Auditor Fiscal não consta em lei como hipótese de incidência, deverá ser dado provimento ao recurso interposto pelo contribuinte, pois se não há possibilidade de correção, não há motivo para que seja realizado novo lançamento.

Do exposto, entendo que em sendo aplicável anulação da NFLD, está seria por vício formal e não material.

CONCLUSÃO:

Voto pelo CONHECIMENTO do recurso para no mérito ANULAR A NFLD por vício formal.

É como voto.



ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA