



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

Processo nº 37307.000653/2004-96
Recurso nº 145.805 Voluntário
Acórdão nº 2401-01.135 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de março de 2010
Matéria GLOSA DE COMPENSAÇÃO
Recorrente - MOLAS PADROEIRA LTDA.
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA - SRP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/03/1999 a 31/05/2001

PREVIDENCIÁRIO. NORMAS PROCEDIMENTAIS. LANÇAMENTO. ERRO DESCRIÇÃO FÁTICA. VÍCIO MATERIAL. NULIDADE. A descrição clara e precisa do fato gerador, bem como das razões fáticas da exigência fiscal é condição *sine qua non* à validade do lançamento, e a sua ausência e/ou equívoco importa na nulidade material do ato, configurando afronta aos preceitos do artigo 142 do Código Tributário Nacional.

RELATÓRIO FISCAL DA NOTIFICAÇÃO. INCORREÇÕES. O Relatório Fiscal tem por finalidade demonstrar/explicitar, de forma clara e precisa, todos os procedimentos e critérios utilizados pela fiscalização na constituição do crédito previdenciário, possibilitando ao contribuinte o pleno direito da ampla defesa e contraditório.

Omissões ou incorreções no Relatório Fiscal, relativamente à descrição fática do crédito tributário, que impossibilitem o exercício pleno do direito de defesa e contraditório do contribuinte, enseja a nulidade da notificação.

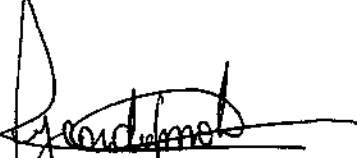
PROCESSO ANULADO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, I) Por unanimidade de votos, em anular a NFLD. II) Pelo voto de qualidade, em declarar a nulidade por vício material. Vencidos os Conselheiros Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Ivacir Júlio de Souza e Lourenço Ferreira do Prado, que votaram por declarar a nulidade por vício formal.



ELIAS SAMPAIO FREIRE - Presidente



RYCARDO HENRIQUE MAGALHÃES DE OLIVEIRA – Relator



Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros: Elias Sampaio Freire, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Marcelo Freitas de Souza Costa, Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, Ivacir Júlio de Souza (Convocado) e Lourenço Ferreira do Prado (Convocado).

Relatório

MOLAS PADROEIRA LTDA., contribuinte, pessoa jurídica de direito privado, já qualificada nos autos do processo administrativo em referência, recorre a este Conselho da decisão da então Secretaria da Receita Previdenciária em Santo André/SP, DN nº 21.432.407/2002, que julgou procedente o lançamento fiscal referente as contribuições sociais devidas ao INSS pela notificada, correspondentes à parte da empresa, dos segurados, do financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho e as destinadas a Terceiros, incidentes sobre as remunerações pagas ou creditadas aos segurados empregados e contribuintes individuais, em relação ao período de 03/1999 a 05/2001, conforme Relatório Fiscal, às fls. 41/44.

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD, lavrada em 03/07/2001, contra a contribuinte acima identificada, constituindo-se crédito no valor de R\$ 380.294,26 (Trezentos e oitenta mil, duzentos e noventa e quatro reais e vinte e seis centavos).

De conformidade com o Relatório Fiscal, o presente crédito previdenciário fora apurado a partir de glosa de compensação efetuada pela contribuinte, tendo em vista descumprimento dos termos da decisão judicial/liminar relativamente aos acréscimos legais a serem utilizados.

Informa, ainda, a autoridade lançadora que a ACISA – Associação Comercial e Industrial de Santo André impetrou Mandado de Segurança Coletivo nº 980043145-4, perante a 16ª Vara Federal de São Paulo, tendo obtido liminar determinando a compensação dos valores indevidamente recolhidos incidentes sobre os pagamentos dos administradores empresários e autônomos, com base na Lei nº 7.787/1989, sem qualquer limite de valor, corrigidos pelos mesmos índices adotados pelo INSS na atualização de seus créditos.

Por sua vez, esclarece que a contribuinte procedeu a atualização dos valores a serem restituídos utilizando-se dos índices do Provimento nº 24, de 29 de abril de 1997, da Corregedoria Geral do TRF da 3ª Região, aplicáveis as sentenças condenatórias em geral, o que ensejou a apuração maior do que efetivamente devido pelo INSS, em afronta à liminar deferida inicialmente.

Inconformada com a Decisão recorrida, a contribuinte apresentou Recurso Voluntário, às fls. 311/334, procurando demonstrar sua improcedência, desenvolvendo em síntese as seguintes razões.

Após breve relato das fases ocorridas no decorrer do processo administrativo fiscal, reitera as razões de fato e de direito ofertadas em sede de impugnação, pugnando, ainda, pela decretação da nulidade da decisão recorrida, inferindo que o julgador de primeira instância deixou de se manifestar a propósito do pedido de suspensão do presente feito, em face da discussão travada em Mandado de Segurança Coletivo, o qual beneficia a recorrente, impondo o sobrestamento da demanda até o trânsito em julgado da decisão final exarada nos autos daquele processo judicial.

Em defesa de sua pretensão, traz à colação jurisprudência e doutrina a respeito do tema, corroborando seu entendimento.

Insurge-se contra a exigência fiscal consubstanciada na peça vestibular do feito, por entender que a liminar concedida no Mandado de Segurança em comento suspende a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do artigo 151, inciso IV, do Código Tributário Nacional, razão pela qual não procede a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito sob análise, sobretudo quando aludida medida liminar fora posteriormente confirmada por sentença de mérito, estando até então em pleno vigor, eis que não fora cassada em momento algum do trâmite processual.

Nesse sentido, assevera que as compensações efetuadas pela contribuinte, com arrimo na medida liminar, são perfeitamente válidas, não se podendo cogitar em irregularidades incorridas pela contribuinte ao proceder de conformidade com referida decisão prévia, mormente quando a sentença de mérito veio a convalidar os atos anteriormente praticados pela empresa, retroagindo até a data da impetração do MS, determinando que: *“ Os coeficientes de correção monetária deverão seguir o disposto no Provimento nº 24 da Corregedoria Geral do TRF da 3ª Região, de 29 de Abril de 1997.”*

Contrapõe-se à notificação fiscal, especialmente quanto à aplicação de multa e juros de mora, aduzindo para tanto que nos lançamentos tendentes a evitar a decadência não há que se falar em sua cobrança, por inexistir situação moratória em relação a período acobertado pro tutela judicial, consoante se infere do artigo 63 da Lei nº 9.430/96.

Argúi a inconstitucionalidade da TAXA SELIC, argumentando, entre outros motivos, que sua instituição decorreu de resolução do Banco Central, e não por lei, não podendo, dessa forma, ser utilizada em matéria tributária, por desrespeitar o Princípio da Legalidade. Alega, ainda, tratar-se referida taxa de juros remuneratórios, o que a torna ilegal e inconstitucional.

Por fim, requer o conhecimento e provimento do seu recurso, para desconsiderar a Notificação Fiscal de Lançamento de Débitos-NFLD, tornando-a sem efeito e, no mérito, sua absoluta improcedência.

A então Gerência Executiva em Santo André/SP apresentou suas contrarrazões, às fls. 344/353, em defesa da decisão recorrida, propondo a sua manutenção.

Incluído na pauta de 16/12/2002, a então 2ª Câmara do Conselho de Recursos da Previdência Social – CRPS, entendeu por bem converter o julgamento em diligência objetivando possibilitar a implementação do depósito recursal, conforme Decisório nº 000352/2002, às fls. 360/361.

Por sua vez, a autoridade previdenciária colacionou aos autos Informação Fiscal, às fls. 365/367, elencando os trâmites processuais do Mandado de Segurança Coletivo em referência, esclarecendo que à época da lavratura da presente NFLD, em 29/06/2001, a liminar utilizada como esteio à notificação não mais vigorava, tendo sido sufragada pela sentença meritória do MS, a qual concedeu em parte a segurança pleiteada condicionando a compensação aos limites impostos pelo artigo 89, § 3º, da Lei nº 8.212/91, determinando, ainda, a observância aos coeficientes de correção monetária insculpidos no Provimento nº 24 da Corregedoria Geral do TRF da 3ª Região.

Diante das informações suso mencionadas, requereu o AFPS manifestação da Chefia da Fiscalização, a propósito da eventual revisão da NFLD, e quanto o sobrestamento do feito.

Em resposta à IF encimada, o Chefe da Seção de Análise de Defesas e Recursos encaminhou o processo à Procuradoria da Previdência Social em Santo André para manifestação a respeito dos fatos acima elencados, como se observa da diligência de fl. 381.

Atendendo determinação supra, o ilustre Procurador Federal do INSS, manifestou-se, às fls. 382, em defesa do cumprimento da decisão administrativa de fls. 360/361, ressaltando que na hipótese de retificação do débito deverão ser observadas as normas pertinentes aos caso, com reabertura de prazo para defesa. Inferiu, ainda, quanto ao mérito do lançamento, que o MS fora extinto sem julgamento de mérito pelo Tribunal, razão pela qual os *parâmetros traçados pela sentença de primeira instância não mais subsistem, ou seja, o fisco não está mais sujeito as determinações da sentença reformada*, devendo dar andamento ao processo administrativo.

Em cumprimento à diligência requerida pela 2ª Caj, a contribuinte peticionou, às fls. 390/392, informando encontrar-se desobrigada da efetivação do depósito recursal, tendo em vista efeito suspensivo concedido pela interposição de Apelação contra decisão de primeira instância.

Reincluído na pauta de 24/11/2003, a Egrégia 2ª Caj do CRPS, por maioria de votos, achou por bem converter novamente o julgamento em diligência, nos termos do Decisório nº 000878/2003, às fls. 442/446, da lavra do nobre Conselheiro Francisco Assis de Oliveira Junior, para que a autoridade fazendária elaborasse planilha *"demonstrativa da utilização do crédito que considera devido, inclusive encargos moratórios, e que resultam nos valores de salário de contribuição indicados no [...] DAD, demonstrando quais os valores lançados, em especial no que tange aos limites e as correções determinadas pela legislação vigente, reabrindo o prazo para o contribuinte, se quiser, manifestar-se nos autos e posterior encaminhamento a esta corte."*

Ato contínuo, às fls. 447, o AFPS Paulo Henrique Carneira, da Seção de Análise de Defesas e Recursos, requereu à Procuradoria do INSS informações quanto ao trâmite processual do Mandado de Segurança Coletivo, extinto sem julgamento de mérito pelo Tribunal, questionando sobre a eventual interposição de recursos contra aludida decisão, tendo a Procuradoria se manifestado, às fls. 450, elucidando que foram opostos Embargos de Declaração contra aquele *decisum*, os quais ainda não foram apreciados. Esclarece, também, que os Embargos não tem efeitos suspensivos, não impedindo a realização de lançamento das quantias compensadas indevidamente, adotando os mesmos critérios utilizados no caso de empresas que recolhe tributos a menor.

Com base nos esclarecimentos da Procuradoria do INSS, a fiscalização elaborou Informação Fiscal, às fls. 455/460, com respectiva planilha, elucidando os critérios utilizados por ocasião da lavratura da NFLD, bem como a legislação aplicável ao caso.

Instada a se pronunciar a respeito da Informação Fiscal retro, a contribuinte ofertou suas alegações, às fls. 465/488, repisando os argumentos lançados em seu recurso voluntário, ressaltando a mudança de critério jurídico levada a efeito pela autoridade lançadora nesta fase processual, propugnando pela decretação da improcedência do lançamento.

Submetido a novo julgamento, a Colenda 2ª Câmara do Conselho de Recursos da Previdência Social, determinou sua conversão em diligência, oportunizando as partes a se manifestarem relativamente a possível existência de vício insanável, decorrente do princípio da imutabilidade do lançamento, como se extrai do Decisório nº 000367/2006, às fls. 493/495.

Devidamente intimada, a empresa apresentou novas razões de fato e de direito, às fls. 498/506, reiterando sua insurgência quanto a mudança de critério jurídico na apuração do crédito previdenciário em discussão, ensejando a insubsistência do feito.

Igualmente, a Secretaria da Receita Previdenciária se pronunciou, às fls. 508/510, aduzindo ser desnecessária a diligência determinada pelo Conselheiro relator da 2ª Caj do CRPS, uma vez que o princípio do livre convencimento da autoridade julgadora atribui competência para decidir o que bem entender, conquanto que devidamente fundamentado, sendo despidiendas as manifestações das partes, eis que ambas assim o farão de maneira contrapostas, cada uma defendendo o que melhor lhe aprouver (de uma lado a nulidade, de outro a manutenção do lançamento).

No que tange à pretensa nulidade suscitada pela autoridade julgadora, entende o Fisco inexistir quaisquer hipóteses permissivas de sua declaração, contempladas no artigo 32 da Portaria MPS nº 520/2004, notadamente quando a contribuinte, ao efetuar a compensação, agiu em desconformidade com a liminar deferida nos autos do MS, cabendo ao INSS lançar as contribuições que entendeu devidas, consoante permissivo na própria decisão judicial.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, Relator

Presente o pressuposto de admissibilidade, por ser tempestivo e dispensada do depósito recursal em face da inconstitucionalidade de aludida exigência, decretada pelo STF, conheço do recurso voluntário e passo a examinar as alegações recursais.

Não obstante as alegações de fato e de direito ofertadas pela contribuinte durante todo processo administrativo fiscal e, bem assim, as contrarrazões da então Secretaria da Receita Previdenciária em defesa da manutenção do feito, há nos autos vício material, capaz de ensejar a improcedência do lançamento, impossibilitando, assim, a análise meritória da demanda, senão vejamos.

Conforme se depreende dos elementos que instruem o processo, constata-se que o presente lançamento decorre de glosa de compensação, por entender que fiscal autuante que a contribuinte ultrapassou os ditames inscritos na decisão judicial relativamente aos acréscimos legais a serem utilizados.

Com efeito, a ACISA – Associação Comercial e Industrial de Santo André impetrou Mandado de Segurança Coletivo nº 980043145-4, perante a 16ª Vara Federal de São Paulo, tendo obtido liminar determinando a compensação dos valores indevidamente recolhidos incidentes sobre os pagamentos dos administradores empresários e autônomos, com base na Lei nº 7.787/1989, sem qualquer limite de valor, corrigidos pelos mesmos índices adotados pelo INSS na atualização de seus créditos.

Por sua vez, ao promover a compensação a contribuinte procedeu a atualização dos valores utilizando-se dos índices do Provimento nº 24, de 29 de abril de 1997, da Corregedoria Geral do TRF da 3ª Região, aplicáveis as sentenças condenatórias em geral, o que, no entendimento da fiscalização, ensejou a apuração maior do que efetivamente devido pelo INSS, em afronta à liminar deferida inicialmente.

Olvidou-se, porém, a autoridade lançadora que à época da lavratura da notificação, a liminar encimada não se encontrava mais em vigor, uma vez que o mérito do Mandado de Segurança Coletivo em epígrafe já havia sido julgado, com a concessão parcial da segurança pleiteada na exordial, garantindo o direito de compensação daquelas contribuições, em observância aos limites impostos pelo artigo 89, § 3º, da Lei nº 8.212/91, determinando, ainda, a observância aos coeficientes de correção monetária insculpidos no Provimento nº 24 da Corregedoria Geral do TRF da 3ª Região.

Constata-se, assim, que o lançamento encontra-se escorado em uma premissa equivocada da autoridade fiscal. Ou seja, quando da constituição do crédito previdenciário, a contribuinte detinha sentença judicial acobertando o seu direito de correção dos valores a serem compensados com base no Provimento nº 24 da Corregedoria Geral do TRF da 3ª Região, o que rechaça de uma vez por todas o fundamento da notificação, tendo em vista que justificada tão somente nessa questão. É o que se infere do item 2.2, do Relatório Fiscal, às fls. 41, *in verbis*:

"[...]"

2.2 Os lançamentos aqui constantes decorreram de GLOSA DE COMPENSAÇÃO, pois, efetuados em desconformidade com os acréscimos legais propostos na liminar concessiva (vide itens 4 a 7).

[...]" (grifamos)

Repita-se, à época da lavratura da NFLD, os procedimentos adotados pela contribuinte, quanto à correção dos valores a serem restituídos/compensados, se apresentavam em perfeita sintonia com a sentença de mérito do MS, a qual retroage para abarcar os atos praticados desde a impetração do *mandamus*, nos seguintes termos: " *Os coeficientes de correção monetária deverão seguir o disposto no Provimento nº 24 da Corregedoria Geral do TRF da 3ª Região, de 29 de Abril de 1997*".

Em outras palavras, com a concessão parcial da segurança na forma suso mencionada, revogou-se os preceitos da liminar que determinava a correção com base nos mesmos índices utilizados pelo INSS e, a contribuinte que, anteriormente à sentença meritória, tinha contrariado os termos da liminar deferida, passou a encontrar amparo na decisão do MS.

Na verdade, trata-se de questão temporal. Tivesse a autoridade previdenciária promovido o lançamento antes da sentença meritória, prosperaria a pretensão fiscal, eis que estaria em vigor a liminar que garantia somente a correção pelos índices do INSS e, não pelo Provimento.

Entrementes, com a decisão de mérito no MS, a liminar deixou de produzir efeitos para dar lugar as determinações da sentença, as quais retroagem até a data da impetração do mandado de segurança, convalidando os atos levados a efeito pela contribuinte.

Somente a título elucidativo, destaca-se que a contribuinte somente deixou de observar determinação judicial no que concerne aos limites da compensação. Isto porque, enquanto a liminar não estabelecia qualquer limite na compensação, a decisão meritória impôs a observância dos limites insculpidos no artigo 89, § 3º, da Lei nº 8.212/91. E, como essa última decisão sufragou a liminar, deixou de ter amparo jurisdicional a compensação levada a efeito sem qualquer limitação, na forma inicialmente deferida.

No entanto, não foi essa a justificativa da fiscalização para constituir o presente crédito previdenciário, sendo defeso, por conseguinte, a manutenção do feito a este pretexto, sob pena de mudança de critério jurídico no lançamento, malferido o disposto no artigo 146 do Código Tributário Nacional, que assim prescreve:

"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."

O eminente doutrinador Hugo de Brito Machado, ao conceituar "mudança de critério jurídico", assim preleciona:

"[...] Também há mudança de critério jurídico quando a autoridade administrativa, tendo adotado uma entre várias alternativas expressamente admitidas pela lei, na feitura do lançamento, mediante a escolha de outra das alternativas

admitidas e que enseja a determinação de um crédito tributário em valor diverso, geralmente mais elevado.” (Hugo de Brito Machado, Curso de Direito Tributário, 12ª Edição, Malheiros, 1997, p. 123)

No mesmo sentido, muito valiosa a lição de Ricardo Lobo Torres, nos seguintes termos:

“A autoridade administrativa, depois de efetivado o lançamento, não pode alterá-lo, de ofício, sob o argumento de que a interpretação jurídica adotada não era a correta, a melhor ou a mais justa. [...]” (TORRES, Ricardo Lobo. Anulação de incentivos fiscais – efeitos no tempo. RDDT 121/127, out/05)

Na esteira desse entendimento, ocorrendo equívoco na premissa fática adotada na lavratura da notificação fiscal, impõe-se a decretação da nulidade do feito, sendo defeso adotar outro motivo com o fito de manter a exigência fiscal.

Com efeito, o artigo 37 da Lei nº 8.212/91, é por demais enfático ao estabelecer que, constatando omissão de recolhimento, deverá a autoridade previdenciária promover o lançamento, com discriminação clara e precisa dos fatos geradores das contribuições previdenciárias, senão vejamos:

“Art. 37. Constatado o atraso total ou parcial no recolhimento de contribuições tratadas nesta Lei, ou em caso de falta de pagamento de benefício reembolsado, a fiscalização lavrará notificação de débito, com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, conforme dispuser o regulamento.” (grifamos)

Por sua vez, o Decreto nº 3.048/99, o qual regulamentou a Lei nº 8.212/91, vai ao encontro do entendimento da contribuinte, ao estabelecer em seu artigo 243 o seguinte:

Art. 243. Constatada a falta de recolhimento de qualquer contribuição ou outra importância devida nos termos deste Regulamento, a fiscalização lavrará, de imediato, notificação fiscal de lançamento com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, de acordo com as normas estabelecidas pelos órgãos competentes.

Como se observa, caberia à fiscalização, durante a ação fiscal, se aprofundar no exame dos elementos fornecidos pela contribuinte, de maneira a fundamentar a pretensão fiscal em fatos corretos, com a finalidade de promover o lançamento exigindo crédito previdenciário líquido e certo.

Ademais, o lançamento – atividade vinculada que constitui o crédito tributário – não pode se apoiar em suposições, conjecturas e muito menos presunções do agente arrecadador, como se extrai do artigo 142 do Código Tributário Nacional. Deve fundamentar-se em fatos concretos, demonstrados, suscetíveis de comprovação. Isso a fiscalização não logrou demonstrar.

A doutrina pátria não discrepa dessas conclusões, consoante de infere dos ensinamentos de renomado doutrinador Alberto Xavier, em sua obra *“Do lançamento no Direito Tributário Brasileiro”*, nos seguintes termos:

“B) Dever de prova e “in dúbio contra fiscum”

Que o encargo da prova no procedimento administrativo de lançamento incumbe à Administração fiscal, de modo que em caso de subsistir a incerteza por falta de prova (beweilöigkeit), esta deve abster-se de praticar o lançamento ou deve praticá-lo com um conteúdo quantitativo inferior, resulta claramente da existência de normas excepcionais que invertem o dever da prova e que são as presunções legais relativas.

[...]” (Xavier, Alberto – Do lançamento no direito tributário brasileiro – 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005)

Destarte, o artigo 142 do Código Tributário Nacional, ao atribuir a competência privativa do lançamento a autoridade administrativa, igualmente, exige que nessa atividade o fiscal autuante descreva e comprove a ocorrência do fato gerador, determinando, ainda, a perfeita base de cálculo dos tributos exigidos, como segue:

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.”

Decorre daí que quando não couber a presunção legal, a qual inverte o ônus da prova ao contribuinte, deverá a fiscalização provar a ocorrência do fato gerador do tributo, com a perfeita mensuração da base de cálculo, indicando, ainda, os motivos da autuação, só podendo praticar o lançamento posteriormente a esta efetiva comprovação, sob pena de improcedência do feito, como aqui se constata.

Ademais, os atos administrativos, consoante se positiva do artigo 50 da Lei 9.784/99, que regulamenta o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, devem ser motivados, sob pena de nulidade, *in verbis*:

“Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e fundamentos jurídicos [...]

§1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente [...]”

Conforme se extrai dos dispositivos legais encimados, para que o lançamento encontre sustentáculo nas normas jurídicas e, conseqüentemente, tenha validade, deverá o fiscal autuante descrever precisamente e comprovar a ocorrência do fato gerador do tributo e determinar a matéria tributável. A ausência dessa descrição clara e precisa, especialmente no Relatório Fiscal da Notificação, ou erro nessa conduta, macula o procedimento fiscal por vício material.

Por seu turno, impende esclarecer que a atividade judicante impõe ao julgador o exame profundo dos requisitos legais do lançamento, devendo ser norteado pelos princípios da materialidade e da tipicidade.

Oportuno, no entanto, a discussão de que outros princípios jurídicos, inerentes ao Processo Administrativo Fiscal, sejam trazidos à colação, tal como o princípio da verdade material, o qual norteia o julgador para que alcance/descubra o fato ocorrido e, a partir daí, qual a norma aplicável, ou seja, a verdade objetiva dos fatos.

A propósito da matéria, mister trazer à colação os ensinamentos do renomado doutrinador Alberto Xavier, que assim preleciona:

"a instrução do procedimento tem como finalidade à descoberta da verdade material no que toca ao seu objeto com os corolários da livre apreciação das provas e da admissibilidade de todos os meios de prova. Daí a lei fiscal conceder aos seus órgãos de aplicação meios instrutórios vastíssimos que lhes permitem formar a convicção da existência e conteúdo do fato tributário".
(in, Do Lançamento: Teoria Geral do Ato, do Procedimento e do Processo Tributário", 2ª Edição, forense, Rio de Janeiro, 1998)

Extrai-se daí que o dever de prova no procedimento administrativo de lançamento tributário é a da Administração Pública, de modo que em caso de subsistir a incerteza por falta de prova, esta deve abster-se de praticar o ato de lançamento, pois, sendo a atividade vinculada, o princípio da verdade real é norteado pelo princípio da tipicidade e da estrita legalidade. Destarte, o fato típico deve estar completo para aplicação da norma.

Outro não é o entendimento do doutrinário Paulo Celso B. Bonilha, em sua obra "Da Prova no Processo Administrativo Tributário" (Ed. Dialética, São Paulo, 1997, 2ª edição) ao tratar do ônus da prova na relação processual tributária, senão vejamos:

"Se é verdade que a conformação peculiar do processo administrativo tributário exige do contribuinte impugnante, no início, a prova dos fatos que afirma, isto não significa, como vimos, que, no decorrer do processo, seja de sua incumbência toda a carga probatória. Tampouco a presunção de legitimidade do ato de lançamento dispensa a Administração do ônus de provar os fatos de seu interesse e que fundamentam a pretensão do crédito tributário, sob pena de anulamento do ato."

A jurisprudência administrativa, igualmente, corrobora esse entendimento, consoante se positiva dos julgados com suas ementas abaixo transcritas:

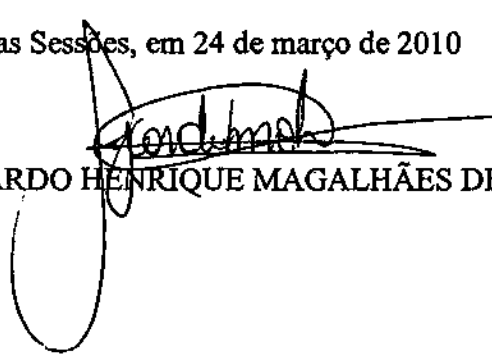
"LANÇAMENTO DE OFÍCIO - MODIFICAÇÃO DOS CRITÉRIOS JURÍDICOS - VEDAÇÃO - O disposto no art. 146 do CTN veda à administração tributária introduzir modificações, benéficas ou não ao contribuinte, em lançamentos inteiros, perfeitos e acabados, em homenagem à certeza e segurança das relações jurídicas. **EXTINÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA - ERRO NA APURAÇÃO DO GANHO DE CAPITAL E NA EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO** - Insubsistente o lançamento que por sua descrição dos fatos e norma legal infringida não contempla os fatos efetivamente praticados pela pessoa jurídica." (1ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes, Recurso nº 133.544 - Acórdão nº 101-94565, Sessão de 13/05/2004, unânime) (grifamos)

"**AUTO DE INFRAÇÃO – NULIDADE** - É nulo o auto de infração que não contém a descrição da matéria tributada e os dispositivos legais infringidos. Inteligência do artigo 10 do Decreto nº. 70.325, de 1972. - A descrição da matéria fática constitui-se em elemento essencial para assegurar o pleno exercício de defesa. Trata-se de elemento que deve constar do processo para que o julgador possa confrontar a descrição dos fatos especificados no auto de infração com a versão articulada pela defesa do impugnante. **DECLARAÇÃO DE RENDIMENTOS - ESPONTANEIDADE READQUIRIDA** - Configurada a descontinuidade de procedimento fiscal por mais de sessenta dias, todos os atos praticados pelo sujeito passivo, ainda que no curso do procedimento interrompido, incluem-se no conceito de espontaneidade readquirida. Recurso provido." (2ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes, Recurso nº 148.980 – Acórdão nº 102-48800, Sessão de 07/11/2007, unânime) (grifamos)

Nesse contexto, deve ser declarada a nulidade do feito, por vício material, em observância a legislação de regência, mais precisamente dos artigos do CTN, das Leis 8.212/91 e 9.784 encimados, uma vez que as incorreções apontadas contaminam a exigência fiscal, tornando-a precária, não lhe oferecendo certeza e/ou liquidez, principalmente pelo fato de se mostrar insanável e por cercear o direito de defesa da recorrente.

Por todo o exposto, estando a NFLD *sub examine* em desacordo com os dispositivos legais que regulam a matéria, **VOTO NO SENTIDO DE CONHECER DO RECURSO VOLUNTÁRIO E DAR-LHE PROVIMENTO PARA ANULAR O LANÇAMENTO POR VÍCIO MATERIAL**, pelas razões de fato e de direito acima esposadas.

Sala das Sessões, em 24 de março de 2010


RYCARDO HENRIQUE MAGALHÃES DE OLIVEIRA - Relator



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
QUARTA CÂMARA - SEGUNDA SEÇÃO**

Processo nº: 37307.000653/2004-96

Recurso nº: 145.805

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no parágrafo 3º do artigo 81 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009, intime-se o(a) Senhor(a) Procurador(a) Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto à Quarta Câmara da Segunda Seção, a tomar ciência do Acórdão nº 2401-01.135

Brasília, 12 de abril de 2010

ELIAS SAMPAIO FREIRE
Presidente da Quarta Câmara

Ciente, com a observação abaixo:

☐ Apenas com Ciência

☐ Com Recurso Especial

☐ Com Embargos de Declaração

Data da ciência: -----/-----/-----

Procurador (a) da Fazenda Nacional