



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

Processo nº 35465.001186/2005-54
Recurso nº 148.196 De Ofício
Acórdão nº 2301-003.691 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de agosto de 2013
Matéria AFERIÇÃO INDIRETA
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado SPORT CLUB CORINTHIANS PAULISTA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/06/1999 a 31/10/2005

LANÇAMENTO ARBITRADO -

A falta da exposição clara e precisa dos fatos geradores da obrigação previdenciária dificulta o contraditório e a ampla defesa do sujeito passivo, retirando do crédito o atributo de certeza e liquidez para garantia da futura execução fiscal.

Para que o crédito tributário seja constituído com base na aferição indireta da base de cálculo da contribuição previdenciária, é necessário que a autoridade lançadora motive o procedimento adotado, demonstrando os valores apurados, indicando os critérios e parâmetros utilizados e o fundamento legal que autoriza o arbitramento, bem como mencione o Auto de Infração lavrado.

O lançamento de contribuições incidentes sobre valores não declarados em GFIP enseja aplicação de multa sem a redução prevista no § 4º do art. 35 da Lei 8.212/91

A inviabilidade do saneamento do vício enseja a anulação do crédito.

DA MODALIDADE DE VÍCIO NA AUTUAÇÃO

No presente caso trata-se de vício material, eis que tal anomalia é cometida quanto houve no lançamento fatos praticados que afrontam princípios pétreos da Carta Maior, sobretudo, que impeça a ampla defesa e o contraditório.

Vício formal é um simples erro que não causa nenhuma ofensa à princípios da Carta Maior e, portanto, não prejudica o lançamento, causando-lhe nulidade ao ato, sendo tão somente anulável. Todavia, o vício material, por desrespeitar a princípios da Carta Cidadã é nulo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

Autenticado digitalmente em 04/12/2013 por WILSON ANTONIO DE SOUZA CORREA, Assinado digitalmente em

11/12/2013 por MARCELO OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 04/12/2013 por WILSON ANTONIO DE SOUZA COR

REA, Assinado digitalmente em 10/12/2013 por BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS

Impresso em 17/12/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Acordam os membros do colegiado, I) Por unanimidade de votos: a) em negar provimento ao recurso de ofício, devido a existir vício no lançamento, nos termos do voto da Relatora; II) Por maioria de votos: a) em conceituar o vício existente como material, nos termos do voto do Redator. Vencida a Conselheira Bernadete de Oliveira Barros, que votou em conceituar o vício como formal.

Marcelo Oliveira - Presidente.

(assinado digitalmente)

Bernadete de Oliveira Barros - Relator.

(assinado digitalmente)

Wilson Antonio de Souza Correa - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira (Presidente), Wilson Antonio De Souza Correa, Bernadete de Oliveira Barros, Damião Cordeiro de Moraes, Mauro José Silva, Manoel Coelho Arruda Junior

Relatório

Trata-se de crédito previdenciário lançado contra a empresa acima identificada, referente a contribuições devidas aos Terceiros, Salário Educação, Sebrae, Incra e Sesc.

Conforme Relatório Fiscal (fls. 97 e 98), o fato gerador da contribuição previdenciária lançada é a remuneração paga a título de Direito de Imagem, tendo sido examinados os Livros Diários, Razão, e Relatórios Financeiros apresentados pela empresa.

A empresa apresentou defesa e, de sua análise, o processo foi convertido em diligência, nos termos do despacho de fls. 160, resultando na Informação Fiscal de fls 162, por meio do qual a autoridade lançadora ratifica o débito, esclarecendo que não foi lavrado AI por falta de apresentação de documentos em razão de os valores pagos pelo Clube aos Atletas a título de Direito de Imagem foram feitos por meio de empresas constituídas por esses profissionais, o que foi considerado remuneração pela fiscalização.

Por meio da Decisão-Notificação nº 21.401.4/0168/2007 (fls. 163), a Secretaria da Receita Previdenciária, julgou o lançamento nulo, recorrendo de ofício a este Conselho que, por meio da Resolução nº 2301-00.094 (fls. 168), decidiu, por unanimidade, converter o julgamento em diligência, para que o julgador de primeira instância administrativa indicasse a natureza do vício que, caso fosse de natureza formal, que se desse ciência ao contribuinte, oportunizando-o a apresentar recurso voluntário.

Em cumprimento à diligência determinada pelo CARF, os autos foram encaminhados à 14ª Turma da DRJ/SP1 que, após reexame dos autos, decidiu, por meio da Resolução nº 16-000199 (fls. 178), retornar o processo à esta Terceira Turma de Julgamento para apreciação do recurso interposto, entendendo que o caso em tela não seria de nulidade do lançamento, nos termos do art. 59 do Decreto 70.235/72, e nem pode ser considerada como causa de cerceamento de defesa do contribuinte.

Esclarece que o crédito apurado, caso seja mantido, pode perfeitamente ser exigido, desde que seja analisado o mérito pela primeira instância administrativa, sendo necessário apenas o lançamento complementar para apuração do restante da multa.

Salienta, ainda, que este é o posicionamento adotado por unanimidade por aquela Turma de Julgamento em casos idênticos julgados após as regras do Decreto 70.235/72.

Cientificado das Resoluções do CARF e da DRJ, a recorrente não se manifestou, deixando de apresentar recurso voluntário.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Bernadete de Oliveira Barros

Não havendo óbice ao conhecimento do recurso de ofício, passo a sua análise.

A extinta Secretaria da Receita Previdenciária, por meio da Decisão-Notificação nº 21.401.4/0168/2007 (fls. 163 a 166), recorre de ofício a este Conselho da decisão que anulou a NFLD lançada contra a associação SPORT CLUBE CORINTHIANS PAULISTA.

Entendeu o julgador monocrático, à época, que, apesar de ter constado no Relatório FLD o dispositivo legal da aferição indireta, o auditor notificante não o mencionou no Relatório Fiscal, e nem apontou os motivos que justificariam a sua utilização.

Alega ainda que o erro na classificação do levantamento ensejaria a nulidade do lançamento, uma vez que não era, à época, passível de saneamento nos sistemas informatizados da então SRP.

Entretanto, após diligência determinada por este CARF, a Primeira Instância alterou seu entendimento, argumentando que, com o advento da Lei 11.457/2007, a aplicação da multa a menor não se enquadra nas hipóteses de nulidade previstas no art. 59, do Decreto 70.235/72.

Com efeito, entendo que o equívoco da multa, aplicada a menor, e a ausência, no Relatório Fiscal, do dispositivo legal que ampara a aferição indireta não se constituem razão para de decretar a nulidade do lançamento, motivo pelo qual eu dou provimento ao recurso de ofício, nessa parte.

Contudo, o julgador monocrático também anulou a NFLD por falta de motivação do procedimento adotado pela fiscalização.

De fato, verifica-se que a autoridade lançadora não expôs os motivos que a levaram a aferir o débito, e nem relacionou os segurados contemplados com a verba intitulada Direito de Imagem, objeto do presente lançamento.

Em sua Informação Fiscal, para atender diligência determinada pela SRP, a autoridade notificante informa que *“ocorre que conforme consta no RF de fls 97/98 os valores pagos pelo Clube aos Atletas Profissionais, na Rubrica Direito de Imagem, foram feitos através de empresas constituídas pelos referidos Atletas...”*

Porém, da leitura do RF referido pelo agente lançador, não há qualquer menção de que haveria empresas constituídas pelos atletas, ou que o débito tenha tomado por base os valores pagos por intermédio dessas empresas.

Vale lembrar que o lançamento, como ato administrativo, deve ser fundamentado, ou seja, motivado, indicando, de forma clara e precisa, os fatos e dispositivos legais que lhe deram suporte, de maneira a oportunizar ao contribuinte o pleno exercício da ampla defesa e do contraditório, sob pena de nulidade do procedimento.

Da mesma forma, a fiscalização não demonstrou o cálculo realizado para se chegar ao salário de contribuição apurado, e nem indicou os critérios e parâmetros utilizados para arbitrar o débito.

Entendo que tais omissões prejudicam o contribuinte na elaboração de sua defesa e vicia todo o procedimento em razão da flagrante violação aos Princípios do Devido Processo Legal, da Ampla Defesa e do Contraditório, tornando nulo o ato do lançamento.

Conforme art. 661, da IN 03/2005, vigente à época do lançamento, “O relatório fiscal objetiva a exposição clara e precisa dos fatos geradores da obrigação previdenciária, de forma a permitir o contraditório e a ampla defesa do sujeito passivo, a propiciar a adequada análise do crédito e a ensinar ao crédito o atributo de certeza e liquidez para garantia da futura execução fiscal”.

O procedimento administrativo de lançamento que não observar o disposto acima estará eivado de nulidade por cerceamento de defesa

Dessa forma, como ato administrativo, o lançamento deve expor os fundamentos de fato e de direito nos quais se baseia, afim de que o particular possa exercer seu direito à ampla defesa e ao contraditório em sua plenitude.

As omissões relatadas viciaram todo o lançamento, impondo sua nulidade.

Dessa forma, entendo que assiste razão à primeira instância administrativa ao julgar o presente lançamento nulo por falta de motivação.

Porém, a decisão que anulou o lançamento não indicou a natureza do vício, o que ensejou a diligência determinada por este CARF.

Entretanto, como o julgador de primeira instância administrativa alterou seu entendimento, e como a recorrente, cientificada da Resolução deste CAR e da DRJ, não apresentou recurso voluntário, entendo que cabe a esta Turma de Julgamento se pronunciar acerca da natureza do vício.

Embora não conste, da conclusão da DN citada, a indicação do tipo de nulidade, se material ou formal, verifica-se que, na fundamentação de sua decisão, a autoridade julgadora monocrática deixou claro que a NFLD está sendo anulada por vício formal, pois fez constar, no item 16 (fl. 165), o seguinte: ... *a impugnação à presente notificação não foi examinada atendo-se esta Decisão apenas aos aspectos da **formalização** do lançamento fiscal.* (grifei).

Entendo que vício material diz respeito à existência da dívida, como não-ocorrência do fato gerador, sujeito passivo incorreto, sujeito ativo incorreto; e vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência do ato.

No caso presente, o sujeito passivo tomou conhecimento da acusação que lhe foi imputada, já que a fiscalização informou, no Relatório Fiscal, que a empresa está sendo notificada por ter deixado de recolher contribuição às Terceiras Entidades, incidentes sobre a rubrica denominada Direito de Imagem.

Portanto, reitera-se, a empresa teve conhecimento da acusação que lhe foi imputada.

Houve, sim, omissão da autoridade lançadora quanto ao apontamento dos motivos que a levaram a entender que tais pagamento possuem natureza salarial e, nessa condição, integram a base de cálculo da contribuição aos Terceiros.

Tal omissão consiste em vício de forma, pois é o instrumento que dá materialidade ao ato é que se encontra viciado com a ausência da demonstração dos elementos de convicção do agente notificante.

Ou seja, a autoridade lançadora deixou de observar os requisitos formais do lançamento, previstos no art.37 da Lei nº 8.212.

E como não houve o preenchimento de todas as formalidades necessárias a validação do ato administrativo, concluo que a NFLD deve ser anulada por vício formal.

Nesse sentido,

Voto por conhecer do recurso de ofício para negar-lhe provimento, no sentido de decretar a nulidade da NFLD por vício formal.

É como voto.

Bernadete de Oliveira Barros – Relator

(assinado digitalmente)

Voto Vencedor

Com devido e imperioso acatamento, mas discordo da nobre Relatora, tão somente quanto ao tipo de vício cometido na autuação, pelas razões abaixo debuxadas.

A Solução de Consulta Interna 8/13 à COSIT, onde esta com muita objetividade e clareza definiu a diferença entre erro material e erro formal, conforme se vê abaixo:

LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO. ANULAÇÃO. ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. VÍCIO FORMAL OU MATERIAL.

Mera irregularidade na identificação do sujeito passivo que não prejudique o exercício do contraditório não gera nulidade do ato de lançamento.

A ocorrência de defeito no instrumento do lançamento que configure erro de fato é convalidável e, por isso, anulável por vício formal.

Apenas o erro na subsunção do fato ao critério pessoal da regra-matriz de incidência que configure erro de direito é vício material.

Despacho de Aprovação Cosit nº 9.(Processo de Consulta Interna nº 8/13 – Coordenação-Geral do Sistema de Tributação

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

Autenticado digitalmente em 04/12/2013 por WILSON ANTONIO DE SOUZA CORREA, Assinado digitalmente em

11/12/2013 por MARCELO OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 04/12/2013 por WILSON ANTONIO DE SOUZA COR

REA, Assinado digitalmente em 10/12/2013 por BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS

Impresso em 17/12/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

– COSIT – Data da Decisão 14/03/2013 – Data de Publicação 14/03/2013).

Do escólio abstrai-se que vício formal é um simples erro que não causa nenhuma ofensa à princípios da Carta Maior e, portanto, não prejudica o lançamento, causando-lhe nulidade. Entretanto, ao contrário, o erro material afronta sensivelmente o direito de defesa, portanto, afronta à Carta Cidadã, sendo nulo, enquanto o outro é anulável.

Tal distinção é de suma importância, eis que, conforme o resultado da decisão, haverá a possibilidade ou não de novo lançamento para sanar o erro do primeiro lançamento, à vista das regras de contagem do prazo decadencial previsto no Código Tributário Nacional (CTN).

Tenho que a autorização para novo lançamento, contida no inciso II do art. 173 do CTN é norma autônoma de contagem de prazo decadencial, mas de aplicação restrita à hipótese lá disciplinada. Ou seja, há que se verificar se o dispositivo autorizativo do “relançamento” está acudido legalmente pelo dispositivo supramencionado.

No caso em tela não houve a exposição de forma clara e objetiva dos fatos geradores da obrigação previdenciária, e isto, mais do que dificultar a defesa, ela impede. Mas, mesmo que somente dificultasse, tenho que afronta o contraditório, a ampla defesa ferindo o devido processo legal.

Desta forma, peço vênias a nobre Relatora, com todo respeito ao seu valioso trabalho, mas trata-se de um erro material, maculando todo o ato, e por isto torna-se nulo.

Diante do exposto nego provimento ao Recurso de Ofício, nos termos do voto da conspícua Relatora, e, dou provimento ao Recurso Voluntário para reconhecer a existência de vício no lançamento, cujo qual maculou todo ato, conceituando-o como vício material.

Wilson Antonio de Souza Correa – Redator.

(assinado digitalmente)