

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

Processo nº 37311.002124/2007-19
Recurso nº 143.999 Voluntário
Acórdão nº 2302-00.126 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de agosto de 2009
Matéria Cooperativa de Trabalho
Recorrente IGL INDUSTRIAL S/A.
Recorrida DRP/JUNDIAÍ/SP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/09/2001 a 31/08/2005

AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO LEGAL.

A ausência de fundamento legal é vício formal insanável que torna nulo o lançamento.

Processo Anulado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

A handwritten signature in black ink, located in the bottom right corner of the page. It appears to be a stylized signature, possibly of a judge or official.

ACORDAM os membros da 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em anular o lançamento, nos termos do voto da relatora.


LIÉGE LACROIX THOMASI
Presidente e Relatora

Participaram do julgamento os conselheiros: Marco André Ramos Vieira, Adriana Sato, Manoel Coelho Arruda Junior e Liège Lacroix Thomasi (Presidente).

Relatório

Refere-se a presente notificação a contribuições previdenciárias incidentes sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, relativamente a serviços que foram prestados à notificada por cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho (Central Nacional Unimed, Cooperativa Mista de Trabalho dos Motoristas Autônomos de Táxi de Campinas e Cooperativa dos Transportadores Autônomos do Auto Tiête Ltda.), no período de 09/2001 a 08/2005.

A notificação foi lavrada em 05/06/2006 e cientificada ao sujeito passivo em 07/06/2006.

O relatório fiscal de fls. 78/97, diz que foram apuradas diferenças relativas a alíquota de 15% sobre os valores totais pagos pela notificada pelos serviços prestados apurados através das notas fiscais apresentadas e, na falta destas, dos valores contabilizados, em confronto com as guias de recolhimento da empresa.

A fiscalização aduz que apesar de inúmeras solicitações através de TIAD's – Termo de Intimação para Apresentação de Documentos, várias faturas não foram apresentadas, sendo alguns valores apurados através da contabilidade. Quando foi possível identificar os contratos de risco global com as faturas, a base de cálculo foi tomada na razão de 30% do valor da nota. Quando a fatura foi identificada como referente a contrato de custo operacional, foi tomado como base o valor total da mesma. Na impossibilidade de identificar faturas e contratos, a base de cálculo foi considerada sobre o valor total.

Após a apresentação da defesa, Decisão-Notificação de fls. 373/381, julgou o lançamento procedente.

Inconformado, o contribuinte apresentou recurso tempestivo, onde alega em síntese:

Preliminarmente, argúi o cerceamento de defesa pelo exíguo prazo para impugnação;

Cerceamento de defesa pela aplicação de multas progressivas, já que os percentuais lançados tem caráter confiscatório e não tem amparo legal por excessivos;

A inconsistência do levantamento por arbitramento;

No mérito, argúi a ilegalidade e inconstitucionalidade da lei que determina a contribuição sobre o trabalho prestado por cooperativa; que inexistente fundamentação constitucional.

Requer a improcedência do auto de infração para que sejam cancelados os créditos nele constituídos. Protesta pela sustentação oral e pela produção de provas, especialmente a juntada de novos documentos.

A DRP ofereceu as contra-razões pugnando pela manutenção da decisão recorrida.

É o relatório.

Voto

Conselheira LIÉGE LACROIX THOMASI, Relatora

Sendo tempestivo, conheço do recurso e passo ao seu exame.

Analizando os autos, em especial o Relatório Fiscal, é de se notar que o lançamento se deu por aferição indireta já que a recorrente não apresentou todos os documentos solicitados em inúmeros TIAD's, o que acarretou a lavratura do pertinente auto de infração. Todavia, observei a ausência de indicação do dispositivo legal que permita o levantamento por aferição indireta, qual seja o artigo 33, e seus parágrafos 3º e 6º da Lei n.º 8.212/91. Com efeito, embora conste, inclusive de um TIAD, que a falta de apresentação de documentos poderá acarretar a lavratura do débito por aferição indireta, não há, no processo, indicação do dispositivo legal para sustentar tal lançamento, nem no Anexo Fundamentos Legais do Débito, nem no Relatório Fiscal.

Não constando a fundamentação legal que ampara o lançamento, se vislumbra o cerceamento de defesa, pois o contribuinte não foi devidamente informado do procedimento utilizado pela fiscalização, não podendo se manifestar a respeito.

A falta de referência ao fundamento legal que sustenta o lançamento fiscal gera cerceamento de defesa e a ampla defesa é assegurada constitucionalmente aos contribuintes e deve ser observada no processo administrativo fiscal. A falta de indicação da legislação que ampara o lançamento sonega ao contribuinte o direito de se defender quanto a isso.

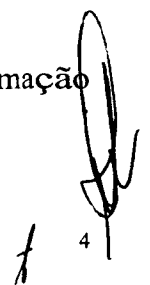
A propósito do tema, é salutar a adoção dos ensinamentos de Sandro Luiz Nunes que, em seu trabalho intitulado Processo Administrativo Tributário no Município de Florianópolis, esclarece de forma precisa e cristalina:

A ampla defesa deve ser observada no processo administrativo, sob pena de nulidade deste. Manifesta-se mediante o oferecimento de oportunidade ao sujeito passivo para que este, querendo, possa opor-se a pretensão do fisco, fazendo-se serem conhecidas e apreciadas todas as suas alegações de caráter processual e material, bem como as provas com que pretende provar as suas alegações.

Feitas estas considerações, entendo que a notificação deve ser anulada porque o contribuinte não teve ciência da fundamentação legal que embasou o levantamento.

Pelo princípio constitucional do contraditório, é facultado à parte manifestar sua posição sobre fatos trazidos ao processo pela outra parte vez que tomando conhecimento dos atos processuais, pode, se desejar, reagir contra os mesmos.

Inserem-se no princípio do contraditório a chamada regra da informação geral e também a regra da ouvida dos sujeitos ou audiência das partes.



O princípio do contraditório é de índole constitucional, devendo ser observado inclusive em processos administrativos, consoante art. 5º, LV, da Constituição Federal vigente.

Art. 5º, LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Foi contemplado também no art. 2º, caput e parágrafo único, inciso X, da Lei nº 9.784/99, abaixo transcrito:

*Lei nº 9.784/99, art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, **contraditório**, segurança jurídica, interesse público e eficiência.*

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

(...)

X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio; (grifo nosso)

Nesse sentido, entendo que a notificação é nula, por cerceamento ao direito de defesa, pois não trouxe os fundamentos legais que embasaram o lançamento, o que certamente causou prejuízo ao contribuinte.

Pelo exposto, voto pela anulação do lançamento.

Sala das Sessões, em 19 de agosto de 2009


LIÈGE LACROIX THOMASI - Relatora



Declaração de Voto

Conselheiro, MARCO ANDRÉ RAMOS VIEIRA

Estou alterando o entendimento acerca dos efeitos gerados pelo vício presente na autuação. Mais precisamente sobre a possibilidade de saneamento ou não da falta nesses mesmos autos.

A própria Receita Federal tem anulado o lançamento quando da falta de fundamento legal. Assim, não teria lógica esse Colegiado comandar a complementação do relatório fiscal, quando o próprio órgão fiscalizador entende que não é caso de complementação, mas sim de anulação do lançamento por vício formal.

Além do mais, o recurso visa a análise da correção da decisão de primeira instância. Se a mesma deve ser mantida, se deve ser reformada, ou anulada. Quando o vício ocorre no ato administrativo do lançamento, não caberia a anulação da decisão de primeira instância, mas sim o reconhecimento de que o ato nulo deve ser refeito.

Não se pode confundir o órgão fiscalizador com o julgador. Cabe à Receita Federal fiscalizar e lançar os tributos, e cabe ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF a tarefa de verificar a regularidade da decisão de primeira instância, e não efetuar ou complementar o lançamento.

O disposto nos artigos 59 e 60 do Decreto nº 70.235/1972, que tratam de nulidades, somente se aplicam para os atos praticados no curso do processo administrativo. O lançamento é ligado ao procedimento fiscal de apuração do crédito. Desse modo, há que se reconhecer a possibilidade de existência de outras nulidades que não somente as previstas nos arts. 59 e 60.

A formalização do auto de infração tem como elementos os previstos no art. 10 do Decreto nº 70.235. O erro, a depender do grau, em qualquer dos elementos pode acarretar a nulidade do ato por vício formal. Entre os elementos obrigatórios no auto de infração consta a disposição legal infringida (art. 10, inciso IV do Decreto nº 70.235).

É bem verdade que não se pode confundir falta de fundamentação legal, com falta de fundamento legal. Em virtude de a Administração somente poder agir se houver previsão em lei para a prática do ato, caso não haja tal fundamentação legal, o ato será nulo. Diferentemente será a hipótese de ausência de um dispositivo legal que não foi arrolado no relatório; falta do fundamento legal, entendo que tal vício pode ser corrigido. Como já explicitado, passo a entender que a correção desse vício tem que ser realizada por meio de novo lançamento, uma vez que o Decreto nº 70.235 exige a disposição legal como elemento obrigatório da autuação.

Diante da irregularidade constatada, há que ser aplicado o Decreto nº 70.235/1972 devendo ser efetuado novo lançamento, conforme previsto no 18, § 3º, nestas palavras:

Art. 18 (...)

§ 3º Quando, em exames posteriores, diligências ou perícias, realizados no curso do processo, forem verificadas incorreções, omissões ou inexatidões de que resultem agravamento da exigência inicial, inovação ou alteração da fundamentação legal da exigência, será lavrado auto de infração ou emitida notificação de lançamento complementar, devolvendo-se, ao sujeito passivo, prazo para impugnação no concernente à matéria modificada. (Redação dada pelo art. 1º da Lei nº 8.748/93)

Tal complementação tem que ser comandada pelo órgão de primeira instância, mesmo que de ofício, pois o caput do art. 18 é determinante para a autoridade julgadora de primeira instância. É como é sabido os parágrafos e incisos devem ser interpretados em conformidade com o caput do dispositivo, que determina a regra geral.

É possível a complementação do relatório fiscal por decisão de primeira instância, entretanto não cabe tal complementação pela segunda instância, pois enquanto a primeira instância aprecia a impugnação quanto ao lançamento, a segunda aprecia o recurso quanto à decisão a quo.

Sem a manifestação oportuna do sujeito passivo, o ato administrativo portador de vício permanece no sistema. Embora o ato implique em atentado à ordem jurídica, a restauração da juridicidade violada depende da expedição de outro ato. A invalidação e a convalidação são meios estabelecidos pelo próprio regime jurídico-administrativo para a eliminação material do vício.

Se a Receita Federal não convalida, o ato se torna passível de invalidação pelo órgão julgador, caso este seja provocado para fazê-lo. O mesmo serve para a hipótese de a Receita Federal se abster de invalidar quando deveria tê-lo feito.

A invalidação do ato administrativo tem como efeitos jurídicos: o efeito declaratório da invalidade; e o efeito constitutivo negativo da pertinência do ato administrativo.

A convalidação do ato administrativo decorre exclusivamente de competência administrativa; determinando a manutenção do ato administrativo viciado no sistema pelo saneamento do vício constatado. Tal como o ato de invalidação, o ato de convalidação tem o efeito jurídico de declarar a invalidade. Todavia, possui um efeito jurídico de natureza constitutiva positiva, pois prescreve a manutenção da imperatividade e da eficácia do ato convalidado.

O CARF não convalida lançamento; mas sim declara o grau de invalidade do ato administrativo viciado: nulo ou irregular. Se for nulo, há que ser realizado novo lançamento; se meramente irregular, o ato permanecerá, apenas será reconhecida a não importância do seu erro. Destaca-se que no Direito Administrativo não há ato anulável, pois o mesmo é classificado como convalidável.

Entendo que os meros erros materiais podem ser corrigidos no lançamento, agora as falhas mais graves, os vícios, demandam a realização de um novo ato. A correção dos erros materiais, a complementação de informações, ou esclarecimentos, já constantes no

[Assinatura]
7

relatório fiscal, podem ser trazidos aos autos por meio de diligência, inclusive comandada pelo CARF.

Pelo exposto, in casu, não se tratou de simples erro material, mas de vício na formalização por desobediência ao disposto no art. 10, inciso IV do Decreto n.º 70.235.

CONCLUSÃO:

Voto por CONHECER do recurso do notificado para ANULAR o lançamento por vício formal.

Sala das Sessões, em 19 de agosto de 2009


MARCO ANDRÉ RAMOS VIEIRA - Conselheiro