

De São Paulo para Brasília em 2 de maio de 2022

Ilma. Sra.
Dra. Adriana Gomes Rêgo
M.D. Presidente do CARF - Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

O **MOVIMENTO DE DEFESA DA ADVOCACIA - MDA**, associação civil de caráter privado sem fins lucrativos, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 06.157.884/0001-79, com sede em São Paulo/SP, na Rua General Jardim, 808, 5º andar, bairro Vila Buarque, CEP 01223011, representada na forma de seu estatuto social por seu presidente e diretor, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Senhoria, requerer a imediata alteração do disposto nos §§2º e 3º do artigo 4º recente Portaria CARF/ME n.º 3.364, de 14 de abril de 2022, pelos motivos a seguir expressos:

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, consagrou ao longo do seu texto, e expressamente no artigo 5º, LV, a garantia aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, com natureza de cláusula pétrea, o exercício do contraditório e da ampla defesa ao prever que “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”.

Ao falar se de princípio da ampla defesa, na verdade esta se falando dos meios para isso necessários, dentre eles, assegurar o acesso aos autos, possibilitar a apresentação de razões, quer por meio de documentos, quer por meio de alegações orais, e conhecer os fundamentos e a motivação da decisão proferida. O direito à ampla defesa impõe à autoridade o dever de fiel observância das normas processuais e de todos os princípios jurídicos inerentes ao processo. A garantia constitucional à ampla defesa contempla a necessidade de defesa técnica no processo, visando à paridade de armas entre as partes e, assim, evitar o desequilíbrio processual, possível gerador de desigualdades e justiça.

Os supracitados parágrafos são limitadores da ampla defesa do contribuinte ao dispor que:

§ 2º Havendo pluralidade de sujeitos passivos, ou julgamento de lote de repetitivos, o tempo máximo de sustentação oral será de 30 (trinta) minutos, dividido entre os patronos, ressalvado o disposto no § 3º.

§ 3º Aplica-se o disposto nos §§ 1º e 2º ainda que as partes optem por diferentes modalidades de sustentação oral.

Conforme disposto no artigo 142 do Código Tributário Nacional o crédito tributário é constituído pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tente 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.

Para consecução do lançamento, portanto, é necessário que os sujeitos passivos da obrigação tributária sejam notificados para que possam realizar, cada qual, o seu direito constitucional de defesa, ou seja, para a constituição do crédito fiscal é necessário que o responsável solidário seja regularmente notificado para que possa exercer a sua defesa no processo administrativo, sob pena de ofensa aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa (Constituição Federal. Artigo 5º, incisos LIV e LV) e ainda por força do disposto nos artigos 10 e 11 do Decreto 70.235/1972 (PAF), 2º, 3º da Lei n.º 9.784/1999 e ainda por força do mandamento do artigo 145, c.c. 124, II do Código Tributário Nacional.

E não diferente a opinião da jurisprudência do CARF - Conselho Administrativo de Recursos Fiscais:

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. NULIDADE DO LANÇAMENTO. OCORRÊNCIA. É dever legal e constitucional da Administração Tributária proceder a notificação de todos os responsáveis solidários pelo crédito tributário constituído, de modo que, no presente caso, ao deixar de notificá-los do lançamento, restou violada a garantia constitucional do devido processo legal, e por consequência, cerceado o direito de defesa dos interessados na condição de responsáveis solidários pelo crédito ora discutido. Portanto, tal vício não pode ser sanado, eis que a intimação dos responsáveis tributários quando solidários é requisito intrínseco à validade do lançamento, a qual deve ser perfectibilizada dentro do prazo decadencial, de modo que o presente não subsiste por vício que acarreta a nulidade do mesmo.

Recurso Voluntário Provido

Ac. n.º 2301004.372 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária CARF

O E. Superior Tribunal de Justiça também é uníssono nesse sentido (os destaques são nossos):

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONTRIBUIÇÕES DA EMPRESA SOBRE FOLHA DE SALÁRIOS POR OBRAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO ÓRGÃO PÚBLICO. NECESSIDADE DE NOTIFICAÇÃO PESSOAL. NULIDADE DA CDA PELO VÍCIO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEVIDO PROCESSO LEGAL E AMPLA DEFESA. ACÓRDÃO QUE DIRIMIU A CONTROVÉRSIA COM

FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL. APRECIÇÃO PELO STJ. INVIABILIDADE.

1. O acórdão recorrido consignou que "**para a constituição do crédito fiscal é necessário que o responsável solidário seja regularmente notificado para que possa exercer a sua defesa no processo administrativo, sob pena de ofensa aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa (Constituição Federal. Artigo 5º, incisos LIV e LV), conforme previsto no artigo 37, § único (atual § 1º), da Lei nº 8.212/91, providência que não foi cumprida no caso em análise, em que a constituição do crédito se deu por NFLD encaminhada apenas à empresa construtora responsável direta pela obra, que não apresentou defesa administrativa e, assim, gerou a execução fiscal proposta diretamente contra ambas – construtora e Prefeitura contratante da obra de construção civil.**

2. **A Corte regional resolveu que houve vício no processo de constituição do crédito fiscal com base em fundamento constitucional (ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa). Assim, é inviável sua apreciação em Recurso Especial, sob pena de violação da competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o art. 102, III, do permissivo constitucional.**

3. **Recurso Especial não provido. (REsp nº 1.669.535/SP, Rel. Min Herman Benjamin).**

A ampla defesa e o contraditório, corolários do devido processo legal, postulados com sede constitucional, são de observância obrigatória tanto no que pertine aos 'acusados em geral' quanto aos 'litigantes', seja em processo judicial, seja em procedimento administrativo. Insere-se nas garantias da ampla defesa e do contraditório a notificação do contribuinte do ato de lançamento que a ele respeita. A sua ausência implica a nulidade do lançamento e da Execução Fiscal nele fundada. (REsp nº 478853/RS, 1ª Turma, Rel. Min. LUIZ FUX)

Frise-se que a cientificação de todos os autuados, a fim de possibilitar que cada um deles apresente impugnação, é entendimento inclusive adotado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, através da Portaria RFB nº 2.284, de 29 de novembro de 2010¹, que dispõe sobre os procedimentos a serem adotados por seus agentes fiscais, quando da constatação de pluralidade de sujeitos passivos de uma mesma obrigação tributária, como se verifica no presente caso (os destaques são nossos):

Portaria RFB 2284/2010

Art. 2º Os Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil, na formalização da exigência, deverão, sempre que, no procedimento de constituição do crédito tributário, identificarem hipóteses de pluralidade de sujeitos passivos, reunir as provas necessárias para a caracterização dos responsáveis pela satisfação do crédito tributário lançado.

§ 1º A autuação deverá conter a descrição dos fatos e o enquadramento legal das infrações apuradas e do vínculo de responsabilidade.

¹ <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=30542&visao=anotado>

§ 2º Na hipótese de que trata o caput, não será exigido Mandado de Procedimento Fiscal para os responsáveis.

Art. 3º Todos os autuados deverão ser cientificados do auto de infração, com abertura de prazo para que cada um deles apresente impugnação.

Nesse sentido, cabe transcrever excertos dos comentários ao artigo 173 do Código Tributário Nacional, extraído do Livro do Desembargador Federal Leandro Paulsen²:

Não há requisitos de forma que impliquem nulidade de modo automático e objetivo. A nulidade não decorre propriamente do descumprimento do requisito formal, mas dos seus efeitos comprometedores do direito de defesa assegurado constitucionalmente ao contribuinte já por força do art. 5º, LV, da Constituição Federal. Isso porque as formalidades se justificam como garantidoras da defesa do contribuinte; não são um fim, em si mesmas, mas um instrumento para assegurar o exercício da ampla defesa. Alegada eventual irregularidade, cabe, à autoridade administrativa ou judicial verificar, pois, se tal implicou efetivo prejuízo à defesa do contribuinte. Daí falar-se do princípio da informalidade do processo administrativo.

Tal vício, conforme apontado pelas decisões do STJ, não pode ser sanado, eis que a intimação dos responsáveis tributários quando solidários é requisito intrínseco à validade do lançamento, a qual deve ser perfectibilizada dentro do prazo decadencial, de modo que o presente não subsiste por vício que acarreta a nulidade do mesmo.

Ora, se a oportunização de defesa a todos os sujeitos passivos é intrínseca ao lançamento, não se pode limitar esse direito em decorrência de existirem pluralidade de devedores, mesmo que se estenda o curso do julgamento.

A Lei nº 9.784/1999, nesse sentido, determina que:

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.

A violação desses direitos e garantias constitucionais enseja nulidades no devido processo administrativo e por ser artigo de garantia constitucional a natureza da sua nulidade é de caráter absoluto.

Nesse sentido, assinala José Afonso da Silva³:

A natureza desses direitos, em certo sentido, já ficou insinuada antes, quando procuramos mostrar que a expressão direitos fundamentais do homem são situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da

² PAULSEN, Leandro: "Direito Tributário Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência", Livraria do Advogado, Porto Alegre, 13ª edição, 2011, pág. 1262

³ SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 10ª Edição. Editora Malheiros, São Paulo, 1995. p. 386.

dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana. [...] O poder de agir em juízo e o de defender-se de qualquer pretensão de outrem representam a garantia fundamental da pessoa para a defesa de seus direitos e competem a todos indistintamente, pessoa física e jurídica, italianos (brasileiros) e estrangeiros, como atributo imediato da personalidade e pertencem por isso à categoria dos denominados direitos cívicos.

O descumprimento de uma ordem constitucional sempre será resultado de uma nulidade absoluta, por ser direito fundamental de proteção do indivíduo

A limitação expressa nos §§ 2º e 3º do artigo 4º da referida portaria são claramente inconstitucionais e devem ser suprimidos.

Desse modo, requer a V.S. que revogue os referidos dispositivos colocando, assim, os julgamentos no CARF novamente na constitucionalidade.

Sendo o que nos cabia,

Com os nossos votos de elevada estima e consideração,

Atenciosamente,

EDUARDO PEREZ SALUSSE
OAB/SP n.º 117.614
Presidente do MDA

SIDNEY EDUARDO STAHL
OAB/SP 101.295
Diretor do MDA