



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº	35301.005940/2005-06
Recurso nº	148.768
Matéria	GLOSA DE COMPENSAÇÃO
Acórdão nº	206-00.501
Sessão de	15 de fevereiro de 2008
Recorrente	CONCRETJATO SERVIÇOS TÉCNICOS DE ENGENHARIA S/A
Recorrida	SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA NO RIO DE JANEIRO CENTRO - RJ

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/11/1999 a 31/12/1999, 01/02/2000 a 28/02/2000, 01/04/2000 a 30/04/2000, 01/06/2000 a 30/06/2000

Ementa: CONTRIBUIÇÃO EMPRESA – FUNDAMENTO LEGAL – OMISSÃO – VÍCIO FORMAL.

Para garantir o efetivo exercício do contraditório e ampla defesa, toda a fundamentação legal que amparou o procedimento fiscal deve ser informada ao sujeito passivo.

A inexistência de informação do fundamento legal no Relatório Fundamentos Legais do Débito e no Relatório Fiscal consubstancia vício formal saneável até a decisão de primeira instância.

Processo Anulado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da SEXTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, I) por unanimidade de votos em anular a NFLD. II) Por maioria de votos declarou-se a nulidade por vício formal. Vencido o Conselheiro Daniel Ayres Kalume Reis, que votou por declarar a nulidade por vício material. Designada para redigir o voto vencedor, quanto a parte referente a declaração de nulidade por vício formal, a Conselheira Ana Maria Bandeira.

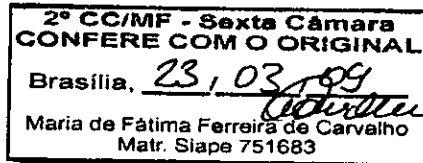

ELIAS SAMPAIO FREIRE

Presidente


ANA MARIA BANDEIRA

Relatora-Designada

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



Relatório

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito lavrada contra a empresa Concrejato Serviços Técnicos de Engenharia S/A, correspondente a crédito originário das compensações à título de contribuições sociais incidentes sobre a folha de salários, efetuadas pela empresa, com as próprias contribuições incidentes sobre a folha de salários.

O débito foi apurado nos seguintes períodos: 01/11/1999 a 31/12/1999, 01/02/2000 a 28/02/2000, 01/04/2000 a 30/04/2000, 01/06/2000 a 30/06/2000.

O crédito apurado pelo Fisco foi de R\$ 212.123,92 (duzentos e doze mil cento e vinte e três reais e noventa e dois centavos).

Às fls. 40/46, consta defesa tempestiva da Recorrente.

Às fls. 93/96, foi proferida Decisão-Notificação, julgando parcialmente procedente o lançamento fiscal, para declarar o contribuinte devedor do valor de R\$ 212.123,92 (duzentos e doze mil cento e vinte e três reais e noventa e dois centavos). Transcreve-se a ementa:

"CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.

Constatando-se o não recolhimento das contribuições devidas à seguridade social, cabe à fiscalização do INSS constituir o crédito previdenciário devido, com fulcro no art.37 da Lei nº 8.212/91.

LANÇAMENTO PROCEDENTE."

Inconformado o contribuinte interpôs Recurso Voluntário, alegando, em síntese, o seguinte (101/108):

- (i) da tutela antecipada e da sentença conferida ao contribuinte;
- (ii) necessidade de suspensão da exigibilidade das contribuições; e
- (iii) inexigibilidade da multa aplicada.

Às fls. 154/155, consta parecer da PGF, informando os critérios de compensação em favor do contribuinte.

À fl. 158 foi enviado novo TIAD para o contribuinte, solicitando a apresentação de diversos documentos.

Às fls. 265/268, foi proferido despacho pela SRP, que retificou o débito para R\$ 109.139,41 (cento e nove mil cento e trinta e nove reais e quarenta e um centavos).

À fl. 277 foi proferido o seguinte despacho pela SRP, *in verbis*:



"1. A NFLD acima identificada retornou ao Serviço de Fiscalização para ser verificado se: (a) a quantia que a empresa está efetivamente autorizada a compensar segundo os critérios descritos no despacho de fls. 154/155 e (b) se a compensação efetuada pelo contribuinte obedeceu aos critérios determinados pela decisão judicial.

(...).

4. Após a efetivação da retificação no sistema encaminhamos o processo à Procuradoria, que nos devolveu conforme despacho de fls. 275 sob a alegação de que o contribuinte não foi notificado da realização da compensação e da retificação do crédito, tampouco foi aberto prazo para apresentação de defesa e elaborada decisão de notificação.

5. Cumpre-nos esclarecer que para o referido crédito o contencioso administrativo foi encerrado de acordo com os itens 8 e 9 do despacho de fls. 135, assim sendo entendemos que resta prejudicada a determinação de abertura de prazo para apresentação de defesa e elaboração de outra decisão de notificação.

6. Ainda em atendimento ao solicitado pela Procuradoria encaminhamos para a empresa o DADR - Discriminativo Analítico do Débito Retificado, Informação Fiscal datada de 14/04/2005, Despacho de 17.401-4, recibo às fls. 276.

7. No recibo de entrega entregue a empresa o seu representante legal, anotou a seguinte Obs: 'para impugnação e defesa administrativa a ser oposta no prazo legal.'

8. Conforme já informamos anteriormente no item 05 entendemos que não caberia reabertura de prazo, face encerramento do contencioso administrativo, assim sendo estamos retornando o presente ao Serviço da Dívida para análise e providências."

Às fls. 279/287 foi apresentada nova defesa pelo contribuinte, alegando, em síntese, o seguinte:

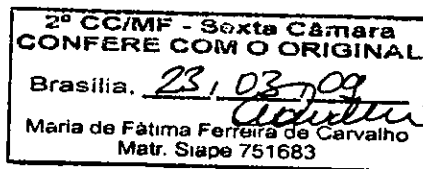
(i) a regularidade das compensações procedidas; e

(ii) o injustificado descumprimento de decisão judicial – descabimento de multa e juros.

Às fls. 363/367 foi proferido despacho pela SRP, com as seguintes razões:

"(...).

3 – Segundo informação trazida ao processo pelo Serviço da Dívida Ativa no Rio de Janeiro, Procuradoria-Geral Federal, às fls. 154 e 155, 'consideradas as decisões proferidas pelo juízo da 17ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro e pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região, foram fixados os seguintes critérios de compensação em favor da empresa Concrejato Serviços Técnicos de Engenharia S/A:'



(...).

4 – Assim, pela aplicação deste critério de compensação definido pela Procuradoria Geral Federal, com base nas decisões judiciais, esta fiscalização concluiu que do valor originário inicial de R\$ 175.383,13 incluídos neste débito, existia uma parcela de R\$ 66.243,72 que foi corretamente compensada pela notificada, e, portanto, excluída desta NFLD. Por outro lado, conforme informação fiscal às fls. 265 a 268, existia um saldo remanescente de R\$ 109.139,41, que foi mantido.

(...).

8 – Porém, atualmente, esta Fiscalização de posse do teor das decisões judiciais relativas à ação judicial em questão, e após proceder à análise das mesmas, entendeu por uma interpretação divergente, s.m.j., em alguns aspectos, daquela emitida pela D. Procuradoria às fls. 154 e 155.

(...).

14 – Portanto, com relação ao valor principal a ser compensado, concordamos com a argumentação da empresa em seu requerimento e verificamos que os valores originais a serem compensados lançados nas planilhas apresentadas às fls. 313 a 317 estão corretos.

(...).

18 – Neste aspecto divergimos também da interpretação dada pela D. Procuradoria às decisões judiciais no que tange a incidência de juros no período até 31 de dezembro de 1995: para esta Fiscalização as decisões judiciais autorizam apenas o acréscimo de correção monetária neste período.

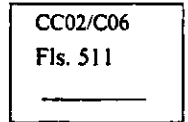
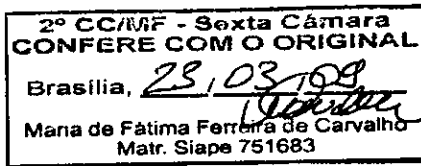
(...).

20 – Tendo em vista que, a D. Procuradoria acompanhou este processo judicial na sua íntegra, e por tratar-se de matéria de sua competência, sugerimos o encaminhamento deste à mesma, a fim de que esta emita parecer conclusivo sobre o critério de compensação, que deve ser utilizado no cálculo, ratificando ou retificando seu despacho de fls. 154 e 155, considerando a interpretação dada por esta Fiscalização às decisões judiciais em questão, detalhada no item 19 acima.”

Às fls. 377/380 a PGF entende que os autos devem ser remetidos para a PGFN, em razão da criação da Receita Federal do Brasil.

À fl. 409v, a PGFN se manifesta no sentido de ratificar o despacho de fls 154/155, no qual a PGF fixa os critérios de compensação.

O contribuinte foi devidamente intimado e apresentou novo Recurso, fls. 433/457, com as seguintes razões:



(i) inexistência de Decisão-Notificação e da nulidade da decisão recorrida pelo descumprimento da Portaria MPS n. 520/2004;

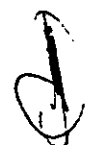
(ii) nulidade da NFLD pela omissão dos fundamentos legais. Acosta aos autos o Acórdão n. 1508/2005 do CRPS;

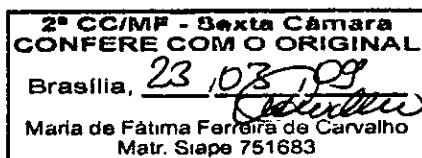
(iii) regularidade das compensações procedidas; e

(iv) descabimento de multa e juros.

Foram apresentadas contra-razões ao Recurso Voluntário pela manutenção do débito, às fls. 497/501.

É o Relatório.





Voto Vencido

Conselheiro DANIEL AYRES KALUME REIS, Relator

Presentes os requisitos de admissibilidade do Recurso Voluntário, passo ao exame da questão.

Antes de adentrar no mérito, verifica-se que o procedimento fiscal não reúne as condições necessárias para sua convalidação, em razão da omissão quanto aos fundamentos legais que dão amparo a contribuição devida pela empresa, lançada na presente NFLD, como glosa de compensação, com base somente no artigo 30, inciso I, alínea "b" e artigo 89 da Lei n. 8.212/91.

Entretanto, mencionados dispositivos legais, não tornam válido o lançamento, tendo em vista que os valores glosados correspondem a uma contribuição previdenciária devida e que, obrigatoriamente, deve constar dos Fundamentos Legais do Débito e do Relatório Fiscal.

Isto é, a i. auditoria fiscal ao promover o lançamento, não explicitou de forma clara e precisa nos Fundamentos Legais do Débito e no Relatório Fiscal o artigo 22, inciso I, da Lei n. 8.212/91, o que acarretou em cerceamento do direito de defesa do contribuinte.

O artigo 37, da Lei n. 8212/91 e o artigo 243 do Decreto n. 3048, determinam o seguinte:

"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.

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 sociais e dos períodos a que se referem, de acordo com as normas estabelecidas pelos órgãos competentes." (sem grifos no original).

Ao proceder de forma omissa, deixando de demonstrar de maneira clara e precisa a contribuição previdenciária devida pela empresa, o ilustre fiscal atuante incorreu em vício insanável, cerceando o direito de defesa da autuada, ensejando a nulidade do Auto de Infração, conforme legislação de regência e pacífica jurisprudência deste Conselho de Contribuintes.

Diz o artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988:

"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 ele inerentes."

Alexandre de Moraes, *in* Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional, 5ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 2005, pg. 366, assim se manifesta a respeito da questão, *in verbis*:

"(...).

O devido processo legal tem como corolários a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial criminal e civil ou em procedimento administrativo, inclusive nos militares, e aos acusados em geral, conforme o texto constitucional expresso. Assim, embora no campo administrativo não exista necessidade de tipificação estrita que subsuma rigorosamente a conduta à norma, a capitulação do ilícito administrativo não pode ser tão aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa, pois nenhuma penalidade poderá ser imposta, tanto no campo judicial quanto nos campos administrativos ou disciplinares, sem a necessária amplitude de defesa.

Os princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, como já ressaltado, são garantias constitucionais destinadas a todos os litigantes, inclusive nos procedimentos administrativos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (par conditio), pois a todo ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor."

Alberto Xavier, *in* Princípios do Processo Administrativo e Judicial Tributário, 1ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2005, pgs. 5/10, se manifesta no seguinte sentido:

"§ 2º **AMPLA DEFESA**

Devido processo legal

(...).

Direito de defesa e contraditório são, por seu turno, manifestações do princípio mais amplo do 'devido processo legal' (due process of law) consagrado no XIV aditamento à Constituição dos Estados Unidos da América, cuja seção 1ª, 2ª frase assegura que ninguém pode ser 'privado de sua vida, liberdade ou propriedade sem um processo justo e disciplinado por lei'. Como diz Pedro Machete 'o significado imediato deste direito constitucionalmente reconhecido (e, portanto, vinculativo para todos os Estados) é a exigência de que o exercício do poder jurídico-público se faça nos termos de um procedimento justo (fair procedure). Tal implica para o particular afetado, em princípio, o direito de conhecer os fatos e o direito invocado pela autoridade, o direito de ser ouvido pessoalmente e de apresentar provas e, ainda, de

confrontar as posições dos adversários (confrontation and cross-examination).

Direito de Audiência

O direito de ampla defesa reveste hoje a natureza de um direito de audiência (Audi alteram partem), nos termos do qual nenhum ato administrativo suscetível de produzir conseqüências desfavoráveis para o administrado poderá ser praticado de modo definitivo, sem que a este tenha sido dada a oportunidade de apresentar as razões (fatos e provas) que achar convenientes à defesa dos seus interesses.

(...).

O direito de defesa ou direito de audiência é um direito de participação procedimental, que pressupõe a atribuição ao particular do estatuto jurídico 'parte' no procedimento administrativo, com vista à defesa de interesses próprios. Todavia, nem todo o direito de participação procedimental visa a finalidade garantística de defesa, podendo também, desempenhar a função de colaboração democrática dos cidadãos, individualmente ou associados, na própria formação das decisões administrativas, segundo um modelo de 'administração participada': a primeira é uma participação defensiva ou garantística; a segunda, uma participação informativa ou democrática.'

§ 3º CONTRADITÓRIO

O princípio do contraditório encontra-se relacionado com o princípio da ampla defesa por um vínculo instrumental: enquanto o princípio da ampla defesa afirma a existência de um direito de audiência do particular, o princípio do contraditório reporta-se ao modo do seu exercício. Esse modo de exercício, por sua vez, caracteriza-se por dois traços distintos: a paridade das posições jurídicas das partes no procedimento ou no processo, de tal modo que ambas tenham a possibilidade de influir, por igual, na decisão ('princípio da igualdade de armas'); e o caráter dialético dos métodos de investigação e de tomada de decisão, de tal modo que a cada uma das partes seja dada a oportunidade de contradizer os fatos alegados e as provas apresentadas pela outra."

Patente, portanto, o cerceamento de defesa no presente caso.

Por outro lado, o Decreto n. 70.235/72, no seu artigo 59 prevê as nulidades por vícios insanáveis. Veja-se.

"CAPÍTULO III Das Nulidades

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)."

No presente caso, entendo que o defeito na constituição do crédito tributário inobservou o direito de defesa do Contribuinte, nos termos do inciso II, do artigo 59, do Decreto n. 70.235/72, razão pela qual deve ser reconhecida nulidade por vício material.

No mesmo sentido, transcrevem-se julgados deste Egrégio Conselho de Contribuintes que corroboram a argumentação da existência de vício material:

"(...) A descrição defeituosa dos fatos impede a compreensão dos mesmos, e, por conseqüência, das infrações correspondentes, sendo, portanto, vício material, pois mitiga, indevidamente, a participação do contribuinte na instauração do litígio, mediante a apresentação da impugnação. No caso em análise, havia possibilidade de conhecimento dos fatos descritos e das infrações imputadas, posto que complexas." (Recurso n. 131.449, Acórdão n. 108-07556, 8ª Câmara, Relator Conselheiro Mário Junqueira Franco Júnior, sessão de julgamento de 15/10/2003).

"PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RECURSO EX OFFICIO – É nulo o Ato Administrativo de Lançamento, formalizado com inegável insuficiência na descrição dos fatos, não permitindo que o sujeito passivo pudesse exercitar, como lhe outorga o ordenamento jurídico, o amplo direito de defesa, notadamente por desconhecer, com a necessária nitidez, o conteúdo do ilícito que lhe está sedo imputado. Trata-se, no caso, de nulidade pro vício material, na medida em que falta conteúdo ao ato, o que implica inoccorrência da hipótese de incidência." (Recurso n. 132.213, Acórdão n. 101-94049, 1ª Câmara, Relator Conselheiro Sebastião Rodrigues Cabral, sessão de julgamento de 06/12/2002).

Cite-se, ainda, a jurisprudência da extinta 4ª Câmara de Julgamento do Egrégio Conselho de Recursos da Previdência Social – CRPS, *in verbis*:

"Documento: 0035.229.142-7

Recorrente(s): CONCREMAT ENGENHARIA E TECNOLOGIA S/A

Recorrido(s): INSS

Assunto/Espécie Benefício: GLOSA - COMPENSAÇÃO

Nº do(a) Acórdão: 1508/2005

EMENTA PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - GLOSA DE COMPENSAÇÃO - CONTRIBUIÇÕES A CARGO DA EMPRESA - FUNDAMENTO LEGAL - AUSÊNCIA.

A glosa de compensação efetuada indevidamente nada mais é que contribuições a cargo da empresa devidas a Seguridade Social que deixaram de ser recolhidas.

Tratando-se de contribuições a cargo da empresa, é imprescindível que seja informado ao notificado sua fundamentação legal.

RECURSO CONHECIDO E NFLD ANULADA.

O recurso é tempestivo e foi devidamente comprovado o recolhimento do depósito recursal (fl. 230), razão pela qual, os requisitos de admissibilidade estão cumpridos.

Cumprе ressaltar que a glosa de compensação deve ser levada a efeito quando a compensação não foi promovida nos moldes e limites inscritos na legislação de regência e/ou em decisões judiciais e representa uma contribuição social que deixou de ser recolhida em época própria e cujo recolhimento estaria a cargo da empresa.

No entanto em análise cuidadosa dos autos, verifica-se que o procedimento fiscal não reúne as condições necessárias para sua convalidação, na medida em que houve omissão quanto aos fundamentos legais que dão amparo a contribuição devida pela empresa, lançada na presente notificação sob o título "GLOSA DE COMPENSAÇÃO" com base tão somente no artigo 89, da Lei 8.212, de 24/07/1991.

Há de se destacar, que o fato de constar sob o título "GLOSA DE COMPENSAÇÃO" os dispositivos legais que contemplam a referida glosa, não tem o condão de tornar válido o lançamento, uma vez que os valores glosados correspondem a uma contribuição previdenciária devida e que necessita estar fundamentada no anexo "Fundamentos Legais do Débito."

Portanto, ao apurar as contribuições previdenciárias devidas pela empresa, sem indicar no procedimento fiscal a legislação que respalda tal procedimento, ou mesmo que o torna legítimo, in casu, artigo 22, inciso I da Lei 8.212/91, a fiscalização descuidou-se de um dever impostergável seu, qual seja informar à empresa fiscalizada quais são as contribuições previdenciárias por ela devidas.

A omissão desta cautela vicia todo o procedimento em razão da flagrante violação dos Princípios do Devido Processo Legal, da Ampla Defesa e do Contraditório. Nesse sentido, o ilustre jurista Alexandre de Moraes (Curso de Direito Constitucional, 17ª Ed. São Paulo. Editora Atlas 2004:124/125) colaciona valiosa lição: "O devido processo legal tem como corolários a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial ou administrativo. Assim, embora no campo administrativo, não exista necessidade de tipificação estrita que subsuma rigorosamente a conduta à norma, a capitulação do ilícito administrativo não pode ser tão aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa, pois nenhuma penalidade poderá ser imposta, tanto no campo judicial, quanto nos campos administrativos ou disciplinares, sem a necessária amplitude de defesa".

Não há como olvidar que o crédito previdenciário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta (art. 139 do CTN), assim, não há como retorquir que o Códex Tributário não exija a identificação do fundamento legal do fato gerador da obrigação previdenciária.

A Lei nº 8.212/91 também determina em seu art. 37 que ambos elementos, sujeito passivo e fato gerador devem estar clara e precisamente relatados, indicando os fundamentos legais que autorizam o fisco a adotar determinado procedimento.

Cumpra destacar, ainda, que após o trâmite regular do procedimento fiscal, o crédito apurado será inscrito em dívida ativa, a qual deverá indicar, entre outros elementos indispensáveis, "a sua origem e natureza, mencionada especificamente a disposição da lei em que seja fundado" (inciso III, do art 202 do CTN), que para os casos de aferição indireta vem a ser o § 3º do art. 33 da Lei nº 8.212/91.

No mesmo sentido o art. 149 do CTN, nos leva a mesma conclusão:

'Art. 149: O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

I - quando a lei assim o determine;

(...).

LX - quando se comprove que, no lançamento anterior, ocorreu fraude ou falta funcional da autoridade que o efetuou, ou omissão, pela mesma autoridade, de ato ou formalidade essencial' (grifamos)

Neste diapasão e com fulcro no art. 203 do CTN, a omissão de quaisquer dos requisitos previstos ou o erro a eles relativo são causas de nulidade da inscrição e do processo de cobrança dela decorrente, entretanto, a nulidade pode ser sanada até a decisão de primeira instância. Assim, tendo ocorrido preclusão do momento para sanar o procedimento, não há como deixar de declarar a nulidade do presente procedimento.

Assim a omissão, no anexo Fundamentos Legais do Débito - FLD, da legislação específica que dá amparo à contribuição devida (art. 22, inciso I da Lei 8.212/91), o ilustre fiscal autuante incorreu em vício insanável, capaz de determinar a nulidade da NFLD, de acordo com o inciso III do art. 11 o Decreto nº 70.235, de 06/03/1972 (norma aplicada subsidiariamente ao contencioso administrativo fiscal, conforme dispõe o art. 42 da Portaria MPS nº 520, de 19/05/2004).

Encontramos neste sentido, Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal nº 473:

'A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.'



A corroborar esse entendimento, o art. 53 da Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, dispõe:

'Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.'

Por fim, a autoridade fiscal ao fundamentar de forma clara e específica outros procedimentos utilizados no lançamento, como determina a lei, atraiu para si o ônus de proceder igualmente quanto às contribuições devidas pela empresa e que deixaram de ser recolhidas. Não o tendo feito, incorreu em vício material insanável, o que dá ensejo à nulidade a Notificação de Lançamento de Débito Fiscal ora em comento.

Considerando a irrefreável presença de nulidade insanável.

VOTO, no sentido de ANULAR A NFLD."

"Documento: 0035.650.245-7

(...).

Recorrente(s): BANCO INDUSTRIAL E COMERCIAL S/A

Recorrido(s): INSS

Assunto/Espécie Benefício: GLOSA - COMPENSAÇÃO

Nº do(a) Acórdão: 2673/2005

VENCEDOR

EMENTA PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - GLOSA DE COMPENSAÇÃO - CONTRIBUIÇÕES - RECOLHIMENTO A CARGO DA EMPRESA - FUNDAMENTO LEGAL - AUSÊNCIA.

A glosa de compensação efetuada indevidamente nada mais é que contribuições a cargo da empresa devidas a Seguridade Social que deixaram de ser recolhidas.

Tratando-se de contribuições a cargo da empresa, é imprescindível que seja informado ao notificado sua fundamentação legal.

ANULADO.

O recurso é tempestivo e está desacompanhado do depósito recursal, por força de liminar concedida em Mandado de Segurança nº 2005.6100.016142-0, razão pela qual, os requisitos de admissibilidade estão cumpridos;

Trata-se de lançamento de crédito previdenciário correspondente à glosa de compensação efetuada pela recorrente nem março de 1998 que a auditoria fiscal considerou indevida, uma vez que o direito da mesma em efetuar a compensação não restou comprovado;



A glosa de compensação se dá quando a auditoria fiscal verifica que o contribuinte compensou valores que eram indevidos e, conseqüentemente, deixou de recolher à Seguridade Social contribuições de sua responsabilidade;

A glosa indevida representa inadimplência do contribuinte referente a contribuição não recolhida em época própria e neste caso, com base no disposto no art. 37 da Lei nº 8.212/91, abaixo transcrito, a auditoria fiscal deverá efetuar o lançamento;

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.

Assim, os valores lançados nada mais são que as contribuições previstas na Lei nº 8.212/91, cujo recolhimento estaria a cargo da empresa, podendo abranger a contribuição dos segurados, a patronal ou a destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho;

Quanto ao fundamento legal das contribuições lançadas, o relatório Fundamentos Legais do Débito traz somente, além dos acessórios, o fundamento sob título "Glosa de Compensação" cujos dispositivos tratam da compensação, não sendo suficientes para amparar o lançamento de contribuições previdenciárias, como no presente caso;

Quanto à insuficiência de fundamentação legal, não se pode olvidar o disposto no art. 201 do Código Tributário Nacional que exige que a inscrição em dívida ativa ocorra somente após a regular inscrição na repartição competente. Por sua vez o inciso III do art. 202, do mesmo diploma legal, informa que, após o trâmite regular, a notificação será inscrita em dívida ativa, indicando como elementos essenciais a origem e a natureza do crédito tributário, devendo ser mencionada, especificamente a disposição da lei em que foi fundado;

Como o crédito previdenciário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta de acordo com o art. 139 do CTN, resta claro que a exigência contida naquele diploma legal, quanto à necessidade de identificação do fundamento legal do fato gerador da obrigação, deve ser observada;

O Contencioso Administrativo Fiscal no âmbito do Instituto Nacional do Seguro Social regido segundo as normas contidas na Portaria MPS nº 520, de 19 de maio de 2004 estabelece os casos de nulidade no Capítulo VIII, conforme verifica-se, in verbis:

Art. 31. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa;

III - o lançamento não precedido do Mandado de Procedimento Fiscal.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir o mérito a favor do sujeito passivo, a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Art. 32 As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo quando o sujeito passivo houver dado causa ou quando não influírem na solução do litígio.

Parágrafo único. A nulidade somente deve ser decretada quando o saneamento do vício for inviável. (g.n.).

A ausência de fundamentação legal não é vício passível de saneamento por limitação do sistema informatizado do INSS;

Tal entendimento é corroborado nas disposições contidas no Manual do Contencioso Administrativo Fiscal, especificamente em seu item 9.5.4.1, abaixo transcrito

9.5.4.1. ERRO NA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

Em princípio, o erro ou a falta de fundamentação legal não constitui vício insanável, pois o art. 10 da Portaria MPAS n.º 357/02 dispõe que a "inovação ou alteração da fundamentação legal" deve ensejar o saneamento do vício, com devolução ao sujeito passivo do prazo para impugnação no concernente à matéria modificada.

A despeito dessa previsão, o erro ou omissão do fundamento legal, no lançamento fiscal ou na autuação, tem ensejado a nulidade, em face de impedimento apresentado pelo sistema informatizado do INSS. Esse sistema não permite a inclusão ou a alteração dos fundamentos legais após o lançamento ou a autuação, e, desta forma, ainda que se pudesse informar ao sujeito passivo, mediante Relatório Fiscal Complementar, o correto fundamento legal, essa correção não seria feita no sistema, o que impossibilitaria a emissão sem vício da Certidão de Dívida Ativa (CDA). (grifei).

Nesse sentido;

CONSIDERANDO que a presente notificação foi lavrada em desconformidade com a legislação vigente, sobretudo no que tange às formalidades exigidas pelo CTN;

CONSIDERANDO que para garantir a ampla defesa por parte da notificada toda a fundamentação legal deveria ter sido informada à mesma;



CONSIDERANDO a impossibilidade de saneamento do vício apresentado na presente notificação;

CONSIDERANDO que constatada a nulidade por vício formal, a autoridade julgadora deverá declará-la;

Voto no sentido de ANULAR o presente lançamento, para que os autos sejam devolvidos à Gerência Executiva de origem para que caso entenda por proceder a novo lançamento, observe a correta fundamentação legal;

É como voto.

Brasília - DF, 14/11/2005

Ana Maria Bandeira Representante do Governo”.

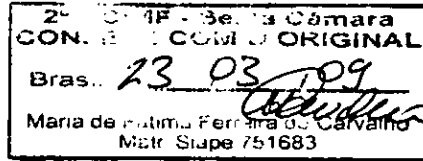
Registre-se, por fim, que corroborando ainda mais com o cerceamento de defesa acima descrito, não houve nos presentes autos Decisão-Notificação que retifica o débito cobrado do contribuinte, despacho de fl. 412, em patente violação ao artigo 31, do Decreto n. 70.235/72.

Por todo o exposto, voto no sentido de CONHECER do recurso E DAR-LHE PROVIMENTO, PARA ANULAR A NFLD POR VÍCIO MATERIAL.

Sala das Sessões, em 15 de fevereiro de 2008



DANIEL AYRES KALUME REIS



Voto Vencedor

Conselheira ANA MARIA BANDEIRA, Relatora

O lançamento em referência consiste na glosa de compensações efetuadas pela empresa, as quais a auditoria fiscal considerou indevidas. Assim, efetuou o lançamento de contribuições de responsabilidade da empresa.

Compulsando-se as peças que compõem os autos, pode-se observar que apesar de se tratar de lançamento de contribuição referente à parte da empresa, o relatório Fundamentos Legais do Débito – FLD não traz os dispositivos legais que autorizam o lançamento.

O relatório FLD traz os dispositivos que tratam da compensação que estão consubstanciados no art. 89 e parágrafos da Lei nº 8.212/91. Tais dispositivos devem ser informados ao contribuinte para que fique clara a razão pela qual se está desconsiderando compensação efetuada pelo mesmo.

Por outro lado, não se pode olvidar que a chamada glosa de compensação, nada mais é do que o lançamento de contribuições que não foram recolhidas em época própria em razão da compensação indevida.

A ausência do fundamento legal no relatório Fundamentos Legais do Débito, por si só, não é capaz de tornar nulo o lançamento, pois constando tal informação do Relatório Fiscal, estaria garantido o contraditório e ampla defesa da notificada no âmbito do contencioso administrativo fiscal.

Cabe ao julgador na instância administrativa efetuar o controle da legalidade do lançamento e dos procedimentos no decorrer do contencioso administrativo fiscal.

A meu ver, estariam garantidos os direitos à ampla defesa e ao contraditório do contribuinte, no presente caso, se existisse no Relatório Fiscal a fundamentação legal que ampara o lançamento das contribuições.

Entretanto, o Relatório Fiscal também não informa o fundamento legal que amparou o lançamento efetuado. Assim, o vício apontado não foi saneado até o julgamento de primeira instância.

Entendo correta a emissão do relatório fiscal complementar, porém, até a decisão de primeira instância. Tal entendimento encontra respaldo nas disposições do Decreto nº 70.235/1972 em seu artigo 18, § 3º.

"Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, in fine.

(...).

§ 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."

Diante de todo o exposto e de tudo o mais que dos autos consta.

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso para **ANULAR** a presente notificação, por **VÍCIO FORMAL**.

É como voto.

Sala das Sessões, em 15 de fevereiro de 2008


ANA MARIA BANDEIRA