



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

Processo nº 10510.723984/2014-16
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2401-006.131 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 09 de abril de 2019
Matéria CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente MUNICÍPIO DE MALHADA DOS BOIS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2010 a 31/12/2012

OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. COMPENSAÇÃO INDEVIDA.

Não havendo fundamentos judiciais e comprovações dos pagamentos indevidos, são indevidas as compensações efetuadas em GFIP - Guia de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informação à Previdência Social, cabendo à Autoridade Competente proceder à não homologação daquelas.

COMPENSAÇÃO. REQUISITOS. GLOSA.

A compensação extingue o crédito tributário sob condição resolutória de ulterior homologação, condicionada à comprovação da origem dos créditos compensados. Serão glosados pela Administração Fazendária os valores compensados indevidamente pelo sujeito passivo, quando não houver amparo legal, devida comprovação dos créditos ou decisão judicial transitada em julgado.

COMPENSAÇÃO. CRÉDITOS. NÃO COMPROVAÇÃO. GLOSA.

Não comprovado o recolhimento indevido de contribuições, não se evidencia qualquer crédito em favor do contribuinte, sendo cabível a glosa das compensações efetuadas.

COMPENSAÇÃO. CRÉDITO INCERTO. IMPOSSIBILIDADE.

A compensação tributária somente é admitida para crédito imbuído dos atributos de certeza e liquidez, sendo indevida quando a certeza do crédito utilizado não estiver seguramente estabelecida.

ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. APRECIAÇÃO. INCOMPETÊNCIA.

É vedado aos membros das turmas de julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de

inconstitucionalidade. Súmula CARF nº 2. O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

COMPENSAÇÃO INDEVIDA. MULTA ISOLADA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DOLO. INAPLICABILIDADE.

Inaplicável a imposição de multa isolada de 150% - prevista no § 10 do art. 89 da Lei nº 8.212, de 1991 - quando a autoridade fiscal não demonstra, por meio da linguagem de provas, a conduta dolosa do sujeito passivo necessária para caracterizar a falsidade da compensação efetuada por meio da apresentação da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social (GFIP).

DÚVIDAS SOBRE AS CIRCUNSTÂNCIAS MATERIAIS DO FATO. INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO CONTRIBUINTE.

Em conformidade com o art. 112 do CTN, a lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso voluntário para excluir a multa isolada de 150%, excluindo do lançamento o AI Debcad 51.072.021-8. Vencidos os conselheiros José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro, Marialva de Castro Calabrich Schlucking e Miriam Denise Xavier, que negavam provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier - Presidente

(assinado digitalmente)

Matheus Soares Leite - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Cleberson Alex Friess, Rayd Santana Ferreira, José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro, Andréa Viana Arrais Egypto, Marialva de Castro Calabrich Schlucking, Matheus Soares Leite e Miriam Denise Xavier (Presidente). Ausente a conselheira Luciana Matos Pereira Barbosa.

Relatório

A bem da celeridade, peço licença para aproveitar boa parte do relatório já elaborado em ocasião anterior e que bem elucida a controvérsia posta, para, ao final, complementá-lo (fls. 75/85).

Pois bem. O presente processo tem por objeto impugnação aos seguintes Autos de Infração, lavrados em face do contribuinte em epígrafe:

(a) Auto de Infração nº 51.072.020-0, fls. 3, referente à GLOSA DAS COMPENSAÇÕES efetuadas contra contribuições devidas à Seguridade Social, conforme especificada na tabela 1 às fls. 24, no período de 01/2010 a 11/2012, no valor total de R\$ 1.408.896,70 (um milhão quatrocentos e oito mil, oitocentos e noventa e seis reais e setenta centavos), consolidado em 25/11/2014.

(b) Auto de Infração nº 51.072.021-8, fls. 11, referente à aplicação da MULTA ISOLADA em virtude da caracterização da falsidade à qual se refere o artigo 89, § 10, da Lei nº 8.212, de 1991, referente às compensações efetuadas contra contribuições devidas à Seguridade Social, considerando-se que o contribuinte não fez qualquer prova dos créditos que afirmou possuir em Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social – GFIP, no período de 02/2010 a 12/2012, conforme especificada na tabela 2 às fls. 26, no valor total de R\$ 1.389.243,59 (um milhão, trezentos e oitenta e nove mil, duzentos e quarenta e três reais e cinquenta e nove centavos), consolidado em 25/11/2014.

O procedimento fiscal, as apurações e os lançamentos efetuados estão explicitados no Relatório Fiscal (fls. 22/28) e nos demais documentos carreados aos autos pela fiscalização, resumidos a seguir:

Relativo ao Auto de Infração nº 51.072.020-0, referente à GLOSA DAS COMPENSAÇÕES, a fiscalização, através de consulta aos sistemas informatizados da Receita Federal do Brasil – RFB, constatou que, de fato, o contribuinte efetuou compensações de contribuições previdenciárias mediante a inserção de informações no campo “Compensação”, de uma série de Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de serviço e Informações à Previdência Social – GFIP apresentadas à Receita Federal do Brasil - RFB.

A compensação encontra-se sujeita ao crivo posterior da Administração Tributária, que na hipótese de não efetuada em conformidade com a legislação, poderá autuar o contribuinte e aplicar as penalidades cabíveis.

O contribuinte foi cientificado pessoalmente em 07/10/2014 do início do procedimento fiscal, quando também foi intimado a apresentar, dentre outros elementos:

[...]

2) Demonstrativo de todas as compensações previdenciária declaradas em GFIP, assinado pelo sujeito passivo/representante legal, em que conste, de forma detalhada e discriminada, os créditos utilizados, nos seus valores originários e atualizados, com explicações sobre os critérios de atualização empregados, e os valores compensados mensalmente conforme sua natureza.

3) Cópia simples da documentação comprobatória dos créditos compensados, tais como folhas de pagamento das competências em que se supostamente foram pagas contribuições previdenciárias indevidas, títulos da dívida pública e, no caso de crédito reconhecido por decisão judicial, petição inicial, inteiro teor das decisões judiciais, certidão de trânsito em julgado, certidão de objeto e pé ou narrativa emitida por cartório judicial.

4) Demonstrativo, assinado pelo sujeito passivo/representante legal, das bases de cálculo e das contribuições objeto de discussão judicial e dos respectivos depósitos, se existentes.

5) Contratos de consultoria jurídica e/ou contábil, e notas fiscais correspondentes, atinentes a serviço de assessoramento ou consultoria tendo como objeto à compensação de contribuições previdenciárias.

O contribuinte, embora intimado a apresentar os documentos que comprovassem o direito a efetuar as compensações, ele nada esclareceu/demonstrou sobre a natureza e a origem das compensações, nem tampouco forneceu memória de cálculo, apenas vindo a informar por meio do Ofício nº 124/2014, datado de 21/10/2014 e assinado pelo prefeito municipal, Sr. Walter Barbosa Sobrinho, que “foram efetuadas buscas nos arquivos do Município referentes às documentações requeridas no Termo de Procedimento Fiscal dos itens 2, 3, 4 e 5, contudo, nada foi encontrado.

Diante disso, a fiscalização, verificando a inexistência de créditos capazes de suportar as compensações declaradas em GFIP, procedeu a glosa dos valores indevidamente compensados.

Relativo ao Auto de Infração nº 51.072.021-8, referente à aplicação da MULTA ISOLADA, a fiscalização, em virtude da caracterização da falsidade à qual se refere o artigo 89, § 10, da Lei nº 8.212/1991, aplicou a penalidade visto o contribuinte não fazer qualquer prova dos créditos que afirmou em GFIP possuir.

Como já exposto, o contribuinte foi intimado a detalhar individualmente a origem e os valores dos créditos utilizados nas compensações efetuadas nas GFIP submetidas à fiscalização. Entretanto, o mesmo não comprovou, mediante a apresentação dos elementos exigidos, os créditos necessários para fazer frente às compensações declaradas.

Segundo a fiscalização, restou constatada a falsidade das GFIP anteriormente mencionadas, cabendo, nos termos do artigo 89 da Lei nº 8.212/1991 e artigo 58 da Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil – IN/RFB nº 1.300/2012, a multa de ofício qualificada, correspondente a 150% do tributo compensado indevidamente.

A edição da Medida Provisória nº 449/2008, posteriormente convertida na Lei nº 11.941/2009, provocou efeitos tributários a todos os fatos geradores ocorridos imediatamente após a sua vigência e trouxe nova redação ao artigo 89 da Lei nº 8.212/1991, com a inclusão dos §§ 9º e 10, sendo:

§ 9º. Os valores compensados indevidamente serão exigidos com acréscimos moratórios de que trata o artigo 35 desta Lei.

§ 10. Na hipótese de compensação indevida, quando se comprove falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo, o contribuinte estará sujeito à multa isolada aplicada no percentual previsto no inciso I do caput do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, aplicado em dobro, e terá como base de cálculo o valor total do débito indevidamente compensado.

De acordo com o § 10 acima transcrito, em caso de falsidade, cabe a aplicação de multa isolada, calculada à razão de 150% do valor indevidamente compensado.

Conforme noticiou a fiscalização, o fato gerador da infração ensejadora da aplicação da multa ocorre na data da entrega da GFIP. Assim, a competência da multa isolada é o mês em que ocorreu a infração, ou seja, o mês em que ocorreu a falsa declaração.

O contribuinte tomou ciência dos lançamentos em 27/11/2014 (fls. 31) e apresentou impugnação em 24/12/2014 (fls. 59 a 65), considerada tempestiva pelo órgão preparador (fls. 73), requerendo, em suma, a anulação dos autos de infração de nºs 51.072.020-0 e 51.072.021-8, e, por via de consequência, a exigência da referida multa, ante a flagrante ofensa aos princípios da vedação ao confisco e ao da proporcionalidade e, por fim, o arquivamento do presente processo administrativo fiscal.

Em seguida, sobreveio julgamento proferido pela 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Curitiba/PR (DRJ/CTA), por meio do Acórdão nº 06-53.538 (fls. 75/85), de 17/11/2015, cujo dispositivo considerou improcedente a impugnação, com a consequente manutenção do crédito tributário. É ver a ementa do julgado:

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS
PREVIDENCIÁRIAS**

Período de apuração: 01/01/2010 a 31/12/2012

**AUTO DE INFRAÇÃO - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL -
COMPENSAÇÃO INDEVIDA.**

Havendo pagamentos ou recolhimentos indevidos à Previdência, as compensações são declaradas nas GFIP - Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social, mas a origem dos pagamentos ou recolhimentos indevidos devem ser comprovados por documentos hábeis e sujeito ao crivo posterior da Autoridade Lançadora.

COMPENSAÇÃO. GLOSA.

Serão glosados pelo Fisco os valores compensados indevidamente pelo sujeito passivo, quando não há amparo legal ou a decisão judicial vincular ao trânsito em julgado da sentença, consoante o artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

MULTA ISOLADA - COMPENSAÇÃO INDEVIDA

A partir do advento da Medida Provisória nº 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009, as contribuições previdenciárias compensadas indevidamente passaram a ser exigidas com acréscimo de multa de mora, salvo ser for comprovada a falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo, hipótese em que se aplica multa isolada correspondente a 150% do débito indevidamente compensado.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Nesse sentido, cumpre repisar que a decisão *a quo* exarou os seguintes motivos e que delimitam o objeto do debate recursal:

1. O ente público foi intimado pela fiscalização a apresentar os documentos que comprovassem o direito a efetuar as compensações. O mesmo respondeu, vindo a informar por meio do Ofício nº 124/2014 e assinado pelo prefeito municipal, Sr. Walter Barbosa Sobrinho, que “foram efetuadas buscas nos arquivos do Município referentes às documentações requeridas no Termo de Procedimento Fiscal dos itens 2, 3, 4 e 5, contudo, nada foi encontrado.
2. Cumpre informar que o impugnante nada contestou a respeito do cabimento da glosa relativa a compensação, sendo que tal glosa ocorreu devido à compensação de valores não destacados em notas fiscais, não contabilizados e sem recolhimento, conforme ficou bem evidenciado pela fiscalização. No entender do contribuinte autuado, os Autos de Infrações são integralmente nulos pela inobservância dos princípios da vedação ao confisco e da proporcionalidade.
3. Portanto, não prospera a alegação de serem os Autos de Infrações integralmente nulos, visto que, tanto o valor da contribuição cobrada em decorrência da glosa, quanto às multas de mora e isolada lavradas, gozam da presunção de constitucionalidade e, por consequência, são proporcionais e não confiscatórias.
4. É oportuno destacar que ao informar a compensação por meio da GFIP a municipalidade deixa de recolher o valor compensado aos cofres públicos, impondo assim ao Fisco o ônus de efetuar um procedimento fiscal e lavrar um Auto de Infração para glosar a compensação e exigir o valor devido. Portanto a compensação é um procedimento que impõe consideráveis ônus ao Fisco, que corre o risco de ver seu direito atingido pela decadência se não tomar as providências cabíveis a tempo.
5. E no presente caso, o município efetuou o referido procedimento – impondo aqueles consideráveis ônus e riscos à Fazenda Pública – com base em um crédito que era inexistente.
6. Portanto resta claro que todas as compensações efetuadas pelo município autuado foram feitas em desacordo com a legislação e de forma fraudulenta, visto não ter apresentado nenhum documento que viesse comprovar a veracidade das compensações declaradas em GFIP.
7. O fato de o município ter informado valores compensáveis em GFIP e não possuir os respectivos documentos comprobatórios para tal, mostra-se suficiente para configurar a falsidade da declaração, ensejando a aplicação da multa prevista no artigo 89, § 10, da Lei 8.212/1991.
8. Ou seja, deve ser aplicada a multa isolada de 150% sobre o total do débito indevidamente compensado. Esse procedimento deverá ser adotado para

as declarações entregues a partir de 04/12/2008, independentemente da competência a que se referir, considerando que o fato gerador da infração ocorreu na data da entrega da GFIP, já na vigência da MP 449/2008 e/ou da Lei nº 11.941/2009.

9. Vale destacar, que a multa isolada resulta da compensação indevida, ou seja, a multa nasce no momento da apresentação da GFIP e visa coibir a tentativa de compensação irregular.
10. Resta-me evidente que, no presente caso, ocorreu tentativa de aproveitamento de créditos fictícios de forma consciente e intencional.
11. Diante do exposto, entendo que a aplicação da multa isolada justifica-se em vista da evidente falsidade da declaração apresentada pelo município.
12. Portanto, correta a multa qualificada aplicada no percentual de 150%, com fundamento no artigo 89, §§ 9º e 10, da Lei 8.212/91.
13. Quanto ao caráter confiscatório da multa exigida e de que esta ainda também seria desproporcional ou não razoável, a mais abalizada doutrina descreve que toda atividade da Administração Pública passa-se na esfera infralegal e que as normas jurídicas, quando emanadas do órgão legislante competente, gozam de presunção de constitucionalidade, bastando sua mera existência para inferir a sua validade.
14. Ainda quanto à alegação de que essa multa caracterizaria ofensa ao princípio que veda a utilização de tributo com efeito de confisco, que seria desproporcional ou incompatível com a realidade do município, cabe esclarecer que a atividade do Auditor-Fiscal é meramente executiva e vinculada ao fiel cumprimento das leis, principalmente quando se trata de lançamento tributário.
15. Assim, a autoridade fiscal deve observar estritamente os atos normativos vigentes, não lhe cabendo questionar a constitucionalidade dos mesmos. Essa vinculação abrange inclusive os órgãos de julgamento administrativo, conforme disposto no artigo 26-A do Decreto nº 70.235/1972, com a redação dada pela Lei nº 11.941/2009.
16. Com relação à aplicação das multas ao município, cabe esclarecer que a sanção está devidamente prevista no artigo 89, §§ 9º e 10 da Lei nº 8.212/1991, conforme Relatório Fiscal às fls. 22-28 e nos anexos denominados Fundamentos Legais do Débito – FLD, às fls. 9-10 e 18-19.
17. Saliente-se, por oportuno, que às autoridades administrativas tributárias, (lançadoras e julgadoras), é vedado agir de forma diversa àquela estipulada em lei, não podendo dela se desvencilharem sob pena de responsabilidade funcional, consoante enuncia o artigo 26-A do Processo Administrativo Fiscal - PAF (Decreto 70235/1972).

O contribuinte, por sua vez, inconformado com a decisão prolatada e procurando demonstrar a improcedência integral do lançamento, interpôs Recurso Voluntário (fls. 91/103), alegando, em suma, que:

- (a) Após minuciosa busca feita, foi verificado tão somente a existência dos créditos oriundos de decisão judicial já com o trânsito em julgado no processo nº 2004.85.00.004650-2, que tramitou perante a 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Sergipe, conforme resenha processual anexada ao apelo recursal.
- (b) Os valores que eventualmente excederam respectivo crédito do município não poderiam ser pura e simplesmente imputados ao ente federativo, sendo necessário que o Gestor anterior, responsável pelas operações, demonstre o que as embasou, sob pena de o Município e os municípios sofrerem prejuízos de grande monta.
- (c) Não pode a administração atual, bem como os munícipes sofrerem as consequências que deveriam ser imputadas tão somente a quem deu causa às irregularidades.
- (d) Em seguida, renovou os argumentos já lançados em sede de impugnação, quais sejam: (a) violação ao princípio da vedação ao confisco; (b) ofensa ao princípio da proporcionalidade; (c) ausência de condições financeiras do Município de arcar com o valor cobrado.

Em seguida, os autos foram remetidos a este Conselho e distribuídos a este Relator, para apreciação e julgamento do Recurso Voluntário.

Não houve apresentação de contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Matheus Soares Leite – Relator

1. Juízo de Admissibilidade.

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235/7. Portanto, dele tomo conhecimento.

2. Considerações iniciais.

O julgador administrativo deve fundamentar suas decisões com a indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos que a motivam (art. 50 da Lei nº 9.784/99), observando, dentre outros, os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência (art. 2º da Lei nº 9.784/99).

O dever de motivação oportuniza a concretização dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, da CR/88), abrindo aos interessados a possibilidade de contestar a legalidade do entendimento adotado, mediante a apresentação de razões possivelmente desconsideradas pela autoridade na prolação do *decisum*.

Para a solução do litígio tributário, deve o julgador delimitar, claramente, a controvérsia posta à sua apreciação, restringindo sua atuação apenas a um território contextualmente demarcado. Os limites são fixados, por um lado, pela pretensão do Fisco e, por outro lado, pela resistência do contribuinte, que culminam com a prolação de uma decisão de primeira instância, objeto de revisão na instância recursal. Dessa forma, se a decisão de 1ª instância apresenta motivos expressos para refutar as alegações trazidas pelo contribuinte, a lida fica adstrita a essa motivação.

Para solucionar a lide posta, o julgador se vale do livre convencimento motivado, resguardado pelos artigos 29 e 31 do Decreto nº 70.235/72. Assim, não é obrigado a manifestar sobre todas as alegações das partes, nem a se ater aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando possui motivos suficientes para fundamentar a decisão. Cabe a ele decidir a questão de acordo com o seu livre convencimento, utilizando-se dos fatos, das provas, da jurisprudência, dos aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto.

Por fim, cumpre assentar que falece competência legal à autoridade julgadora de instância administrativa para se manifestar acerca da legalidade das normas legais regularmente editadas segundo o processo legislativo estabelecido, tarefa essa reservada constitucionalmente ao Poder Judiciário, podendo apenas reconhecer inconstitucionalidades já declaradas pelo Supremo Tribunal Federal, e nos estritos termos do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997.

3. Mérito.

De início, destaca-se que a compensação é modalidade de extinção do crédito tributário previsto nos arts. 156, inciso II, e 170, *caput*, do Código Tributário Nacional. A extinção do crédito tributário, entretanto, ocorre sob condição resolutória de ulterior homologação, a ser realizada pela Receita Federal do Brasil/RFB, mediante comprovação da existência e liquidez dos referidos créditos, constituindo-se direito subjetivo do contribuinte realizar por sua iniciativa compensações de valores recolhidos indevidamente, sem qualquer participação do Fisco.

No tocante ao presente processo, cabe pontuar que o documento de fls. 99/100, o qual o contribuinte alega ser suficiente para comprovar a origem do crédito objeto de compensação, ao meu ver, pouco ou nada esclarece sobre a questão, simplesmente por se tratar de cópia do andamento processual do Processo nº 2004.85.00.004650-2, em trâmite perante a 2ª Vara Federal de Aracaju/SE, nos autos do cumprimento de sentença movido pelo recorrente em face da União. A propósito, consta na fl. 100, o seguinte:

Ante o exposto, julgo parcialmente procedente o pedido da parte requerente, para: a) afastar a aplicabilidade da alínea 'h', do inciso I, do art. 12, da Lei nº 8.212/91, com redação da Lei nº 9.505/97, face à sua inconstitucionalidade (declarada incidentalmente no bojo da fundamentação acima), e, por consequência, reconhecer com indevidos os recolhimentos das

contribuições efetuados, com base nessa lei; b) rejeitar o pleito de não incidência, para o futuro, da aludida contribuição previdenciária, tendo em vista que já é vigente a Lei nº 10.887/2004; c) reconhecer o direito à repetição dos valores indevidamente recolhidos, com base na Lei nº 9.506/97, respeitando-se, como já afirmado, o prazo de vigência da Lei nº 10.887/2004; d) determinar que o INSS se abstenha de quaisquer medidas retaliativas ao requerente, bem como de negar o fornecimento de CND, com fundamento em dívida decorrente da aplicação da alínea 'h', do inciso I, do art. 12, da Lei nº 8.212/91, com redação da Lei nº 9.506/97.

Sem custas, face à isenção de ambas as partes. Sendo o autor sucumbente em parte mínima, condeno o INSS em honorários advocatícios que arbitro em R\$ 700,00 (setecentos reais).

Sujeita ao reexame necessário.

Sentença publicada em audiência. Partes devidamente cientificadas acerca do ato.

Registre-se.

Em consulta ao sítio do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, constato que sobreveio o Acórdão 365953-SE 2004.85.00.004650-2, de Relatoria do Des. Federal Rogério Fialho Moreira, tendo sido exarada a seguinte ementa:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. DETENTORES DE MANDATO ELETIVO. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 12, I, ALÍNEA "H" DA LEI 8.212/91. NECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR. SUPERVENIÊNCIA DA EC 20/1998. POSSIBILIDADE DE PREVISÃO DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL POR LEI ORDINÁRIA. LEGITIMIDADE DA LEI 10.887/2004. INDEVIDOS OS VALORES RECOLHIDOS ATÉ A VIGÊNCIA DA LEI 10.887/2004, OBSERVADO O PRAZO NONAGESIMAL.

1 -Versa a presente demanda sobre a constitucionalidade da contribuição social incidente sobre os subsídios dos detentores de mandato eletivo.

2 – A contribuição incidente sobre os subsídios de detentores de mandato eletivo, instituída pelo art. 12, I, h da Lei 9.506/97, somente poderia ter sido criada por lei complementar, já que a redação da carta magna vigente à época da sua publicação não previa aquela contribuição como fonte de custeio (arts. 154, I e 195, §4º da CF/88), tendo o plenário da Suprema Corte declarado sua inconstitucionalidade (RE 351.717-PR, Rel.Min. Carlos Velloso, DJU 21.11.03, p.10) e o Senado Federal, através da Resolução 26/05, retirado sua eficácia do ordenamento jurídico.

3 - Todavia, a Emenda Constitucional nº 20, de 1998, alterou o inciso I do art. 195 da Constituição Federal e ampliou o rol dos contribuintes da Seguridade Social, portanto, hoje não há mais a exigência de Lei Complementar para dispor quanto à

contribuição social incidente sobre os subsídios de ocupantes dos cargos políticos.

4 - A Lei 10.887/2004, posterior a EC 20/98, ao acrescentar a alínea “j” ao inciso I do art. 12 da Lei 8.212/91, incluindo os exercentes de mandato eletivo federal, estadual ou municipal ao Regime de Previdência Social, legitimou a contribuição social sobre os subsídios dos exercentes de mandato eletivo.

5- Conclui-se que o direito do INSS de recolher a contribuição incidente sobre os subsídios dos exercentes de mandato eletivo só abrange os fatos geradores ocorridos após 21.09.2004, data em que a Lei 10.887/04, editada sob a égide da nova redação do art. 195 da CF/88, passou a produzir seus efeitos, observado o prazo nonagesimal, sob pena de ferir o princípio da anterioridade previsto no § 6º do art. 195 da CF/88.

6 – Apelação do INSS e remessa oficial improvidas.

Ainda que, nos autos, haja notícia de provimento judicial favorável ao contribuinte que lhe garanta a não incidência da contribuição previdenciária sobre determinada verba, não há demonstração e comprovação de quanto e quando recolheu a exação sobre tal verba, tampouco que houvera o seu pagamento/creditamento em sua folha.

Ademais, o contribuinte sequer elaborou demonstrativo do crédito que alega possuir, não tendo discriminado, para as respectivas competências, os créditos que estariam sendo utilizados. Tampouco esclareceu quando e quanto foi a verba paga ou creditada, cuja contribuição previdenciária teria sido recolhida e que teria sido afastada judicialmente.

Destarte, cabe pontuar que a compensação tributária somente é admitida para crédito imbuído dos atributos de certeza e liquidez, sendo indevida quando a certeza do crédito utilizado não estiver seguramente estabelecida. Não comprovado o recolhimento indevido de contribuições, não se evidencia qualquer crédito em favor do contribuinte, sendo cabível a glosa das compensações efetuadas.

A respeito das alegações sobre a violação ao princípio do não confisco e proporcionalidade, tem-se, pois, que não é da competência funcional do órgão julgador administrativo a apreciação de alegações de ilegalidade ou inconstitucionalidade da legislação vigente. A declaração de inconstitucionalidade/ilegalidade de leis ou a ilegalidade de atos administrativos é prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário, outorgada pela própria Constituição Federal, falecendo competência a esta autoridade julgadora, salvo nas hipóteses expressamente excepcionadas no parágrafo primeiro do art. 62 do Anexo II, do RICARF, bem como no art. 26-A, do Decreto nº 70.235/72, não sendo essa a situação em questão.

E, ainda, a respeito da alegação do contribuinte no sentido de que não possuir condições financeiras de arcar com a exigência em epígrafe, trata-se de argumento que escapa à órbita jurídica, não sendo possível transferir ao Estado e, via oblíqua, aos demais contribuintes, o ônus de arcar com tributo alheio, e, ainda, sob pena de se legitimar o locupletamento indevido do próprio autuado.

Ademais, preconiza o art. 136 do CTN que a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

Por fim, no tocante à multa isolada no percentual de 150%, em face da compensação indevida, incidente sobre o valor total do débito compensado, nos termos do § 10º, do art. 89, da Lei nº 8.212, de 1991, cabe pontuar que a motivação para a sua aplicação consta da seguinte forma no Relatório Fiscal (fls. 22/28):

22. Procede-se ainda à aplicação de multa isolada, em virtude da caracterização da falsidade à qual se refere o artigo 89, § 10º, da Lei nº 8.212/1991, considerando-se que o sujeito passivo não fez qualquer prova dos créditos que afirmou em GFIP possuir.

23. Consoante já exposto nos itens 11 e 21, o contribuinte foi intimado a detalhar individualmente a origem, a natureza e os valores dos créditos utilizados nas compensações efetuadas nas GFIP submetidas à fiscalização. No entanto, ele não comprovou, mediante a apresentação dos elementos exigidos, os créditos necessários para fazer frente às compensações declaradas.

24. A edição da MP nº 449, de 3/12/2008, posteriormente convertida na Lei nº 11.941, de 27/5/2009, provocou efeitos tributários a todos os fatos geradores ocorridos imediatamente após a sua vigência e trouxe nova redação ao artigo nº 89 da Lei nº 8.212/1991, com a inclusão dos §§ 9º e 10º:

(...)

25. De acordo com o § 10º, acima transcrito, em caso de falsidade, cabe a aplicação de multa isolada, calculada à razão de 150% do valor indevidamente compensado.

26. Observa-se que o fato gerador da infração ensejadora da aplicação desta multa ocorre na data da entrega da GFIP. Assim sendo, a competência da multa isolada é o mês em que ocorreu a infração, ou seja, o mês em que ocorreu a falsa declaração.

27. A tabela abaixo totaliza os valores compensados por competência de envio da GFIP, sobre os quais incide a multa de 150% (cento e cinquenta por cento):

(...)

28. Sendo assim, como restou constatada a falsidade das GFIP anteriormente mencionadas, é cabível, nos termos do art. 89 da Lei nº 8.212/1991 e art. 58 da IN RFB nº 1.300/2012, a multa de ofício qualificada, correspondente a 150% do tributo compensado indevidamente.

29. As multas totais aplicadas foram lançadas no levantamento MI – Multa Isolada, conforme relatório de lançamentos anexo, integrante do Auto de Infração nº 51.072.021-8, cujo valor consolidado em 25/11/2014 é de R\$ 1.389.243,59 (um milhão, trezentos e oitenta e nove mil, duzentos e quarenta e três reais e cinquenta e nove centavos).

Em suma, a autoridade fiscal motivou a imposição da multa isolada de 150%, sob o fundamento de que informou declaração falsa, considerando-se que não fez qualquer

prova dos créditos que afirmou em GFIP possuir, mesmo tendo sido intimado a prestar os devidos esclarecimentos.

O fato de ser indevida a compensação não implica, necessariamente, reconhecer a falsidade da declaração por parte do sujeito passivo.

Ao meu juízo, os fatos narrados na acusação fiscal, não são motivos suficientes para justificar a existência do elemento subjetivo do dolo de oferecimento de crédito sabidamente inapropriado para a compensação de contribuições previdenciárias.

Conforme consta no Relatório Fiscal (fls. 22/28), foi prefeito do Município durante o período fiscalizado o Sr. Augusto César Aguiar Dinizio, sendo que a fiscalização foi atendida por meio de Ofício originário do Gabinete da Prefeitura Municipal, que teve como subscritor o Sr. Walter Barbosa Sobrinho, prefeito municipal à época da lavratura do auto de infração.

Não foge à realidade brasileira, reconhecer a dificuldade enfrentada pelos novos governantes quando assumem ao poder, sobretudo no tocante ao acesso aos documentos e registros efetuados sob o poder e orientação da administração anterior. É de se destacar, inclusive, que o contribuinte, em seu recurso, alega que a atual administração não efetuou nenhuma compensação, tendo sido, a presente glosa, fruto de compensação realizada sob a responsabilidade da administração anterior.

Ademais, o contribuinte, em seu Recurso Voluntário, acostou aos autos, cópia do andamento processual do Processo nº 2004.85.00.004650-2, em trâmite perante a 2ª Vara Federal de Aracaju/SE, nos autos do cumprimento de sentença movido pelo recorrente em face da União, tendo sido reconhecido, pelo que ali consta, “o direito à repetição dos valores indevidamente recolhidos, com base na Lei nº 9.506/97, respeitando-se, como já afirmado, o prazo de vigência da Lei nº 10.887/2004”.

Trata-se de indício da origem do crédito, que, não obstante ser insuficiente para afastar a acusação fiscal acerca da falta da comprovação da origem dos créditos compensados, eis que não há maiores informações nos autos sobre os valores efetivamente pagos, acompanhado do discriminativo do crédito, ao meu ver, tal fato é suficiente para, atrelado ao contexto do caso concreto, afastar a imposição da multa isolada no percentual de 150%.

Embora se reconheça que é irrelevante a intenção do agente para a atribuição da a responsabilidade por infrações da legislação tributária (art. 136, do CTN), tem-se que, no caso, as circunstâncias afastam a presunção levantada pela fiscalização de que o contribuinte agiu, deliberadamente, compensando créditos inexistentes, com o intuito de reduzir a imposição tributária.

Ademais, conforme preconiza o art. 112, do CTN, a lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos.

Nesse sentido, entendo que caberia ao agente fiscal demonstrar, com exatidão, que o contribuinte tinha ciência da falsidade da compensação efetuada, tendo absoluta ciência das circunstâncias narradas, não sendo possível presumir o intuito doloso do

recorrente ante a falta de comprovação da origem dos créditos compensados, eis que, o conjunto fático-probatório não conduz a um juízo de certeza no sentido de que o contribuinte tinha ciência e domínio da situação posta, ou seja, de que agiu com dolo.

Vale repetir: deve ser demonstrado e comprovado, no caso concreto, a real intenção do agente para a prática efetuada, ou seja, o elemento subjetivo do dolo, não podendo a acusação se basear em presunções.

A falta de comprovação da origem dos créditos compensados é motivo suficiente para a glosa da compensação, contudo, não é possível presumir, simplesmente ante essa circunstância, como fez a acusação fiscal, o dolo do sujeito passivo.

Conclusão

Ante o exposto, voto por CONHECER do Recurso Voluntário, para, no mérito, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, a fim de excluir do lançamento a multa isolada de 150% aplicada pela fiscalização (DEBCAD nº 51.072.021-8).

É como voto.

(assinado digitalmente)

Matheus Soares Leite