



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

Processo n° 10855.723935/2011-21
Recurso n° 999.999 Voluntário
Acórdão n° 2403-002.058 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de maio de 2013
Matéria CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA
Recorrente PREFEITURA MUNICIPAL DE ITAPORANGA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2008

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - IRREGULARIDADE NA LAVRATURA DO AIOP - INOCORRÊNCIA.

Tendo o fiscal autuante demonstrado de forma clara e precisa os fatos que suportaram o lançamento, oportunizando ao contribuinte o direito de defesa e do contraditório, bem como em observância aos pressupostos formais e materiais do ato administrativo, nos termos da legislação de regência, especialmente artigo 142 do CTN, não há que se falar em nulidade do lançamento.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA - NÃO APRECIÇÃO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO.

A legislação ordinária de custeio previdenciário não pode ser afastada em âmbito administrativo por alegações de inconstitucionalidade, já que tais questões são reservadas à competência, constitucional e legal, do Poder Judiciário.

Neste sentido, o art. 26-A, caput do Decreto 70.235/1972 e a Súmula nº 2 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente veda ao CARF se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de lei tributária.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - COMPENSAÇÃO INDEVIDA - GLOSA.

As contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei 8.212/1991, as contribuições instituídas a título de substituição e as contribuições devidas a terceiros somente poderão ser restituídas ou compensadas nas hipóteses de pagamento ou recolhimento indevido ou maior que o devido, nos termos e condições estabelecidos pela Secretaria da Receita

Federal do Brasil - RFB. Serão glosados pela RFB os valores compensados indevidamente pelo sujeito passivo.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - CÂMARA DE VEREADORES - DEMANDA EM QUE SE DISCUTE EXIGIBILIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA INCIDENTE SOBRE REMUNERAÇÃO PAGA ÀQUELES EXERCENTES DE MANDATO ELETIVO MUNICIPAL - ILEGITIMIDADE PARA INTEGRAR PÓLO ATIVO - STJ, RESP 1.164.017-PI, JULGADO EM 24.03.2010 - ART. 62-A, ANEXO I, RICARF

O Informativo STJ nº 428 dispõe que o Superior Tribunal de Justiça - STJ no REsp 1.164.017-PI, Rel Min. Castro Meira, julgado em 24.03.2010, afirma que as Câmaras Legislativas não detêm legitimidade para integrar o pólo ativo de demanda em que se discute a exigibilidade de contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração paga àqueles que exercem mandato eletivo Municipal.

Em outras palavras a Câmara de Vereadores não possui personalidade jurídica, mas apenas personalidade judiciária, de modo que somente pode demandar em juízo para defender os seus direitos institucionais, entendidos esses como sendo os relacionados ao funcionamento, autonomia e independência do órgão.

Cumprе ressaltar que o art. 62-A do Anexo I do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF do Ministério da Fazenda, Portaria MF nº 256 de 22.06.2009, dispõe que as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelo artigo 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso para em relação ao AIOP nº 37.359.014-8, cancelar a aplicação da multa isolada.

Carlos Alberto Mees Stringari – Presidente

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Jhonatas Ribeiro da Silva, Maria Anselma Coscrato dos Santos e Marcelo Freitas. Souza Costa. Ausente justificadamente o Conselheiro Marcelo Magalhães Peixoto.

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

Autenticado digitalmente em 02/09/2013 por ANTONIA IRISMAR OLIVEIRA GUIMARAES, Assinado digitalmente em 12/09/2013 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 13/09/2013 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI

Impresso em 24/09/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto pela Recorrente – PREFEITURA MUNICIPAL DE ITAPORANGA contra Acórdão nº 14-36.841 - 9ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Ribeirão Preto – SP que julgou procedente os seguintes Autos de Infração:

AI DEBCAD nº 37.359.0130, no valor de R\$ 1.217.372,36, referente à glosa de compensações efetuadas pelo sujeito passivo nas GFIP das competências 01/2007 a 13/2008.

AI DEBCAD nº 37.359.0148, no valor de R\$ 106.610,64, referente à multa isolada no percentual de 150%, devida em razão da falsidade na GFIP apresentada na competência 12/2008.

Conforme o Relatório da decisão de primeira instância:

O sujeito passivo procedeu à compensação de contribuições previdenciárias devidas nas competências 01/2007 a 13/2008 com valores recolhidos no período de 10/1997 a 09/2004, a título de contribuições previdenciárias incidentes sobre as remunerações pagas aos agentes políticos municipais (Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores).

A cobrança de contribuições previdenciárias sobre as remunerações pagas aos agentes políticos estava fundamentada na alínea “h”, do inciso I, do artigo 12 da Lei nº 8.212/91, posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 351.171.1PR e suspensa sua execução pela Resolução do Senado nº 26, de 21/06/2005.

A RFB reconhece a inexigibilidade das contribuições previdenciárias fundamentadas na alínea “h”, do inciso I, do artigo 12 da Lei nº 8.212/91, tanto que defere, administrativamente, pedidos de restituição ou compensação, desde que obedecido o disposto nos atos normativos que regem a matéria.

As compensações realizadas pelo ente municipal foram consideradas indevidas pelos seguintes motivos:

1. Prescrição. *O prazo para pleitear a restituição ou efetuar a compensação de contribuições previdenciárias recolhidas indevidamente é de cinco anos contados do pagamento indevido, nos termos do artigo 168 Código Tributário Nacional – CTN combinado com o artigo 253, I do Decreto nº 3.048/99 e artigo 3º da Instrução Normativa MPS/SRP nº 15/2006. Assim, como as compensações efetuadas pelo Município tiveram início na competência 11/2006, o direito de pleitear a restituição ou*

efetuar a compensação dos recolhimentos efetuados entre 10/1997 e 10/2001 já estava prescrito.

2. Obrigatoriedade de retificação das GFIP. O Município não cumpriu as determinações contidas no artigo 6º da IN nº 15/2006, uma vez que a compensação não foi precedida de retificação integral das GFIP, para excluir destas todos os exercentes de mandato eletivo informados. Assim, as compensações de recolhimentos efetuados nas competências 11/2001 a 09/2004, ainda que não prescritos em 11/2006, são indevidos, uma vez que desacompanhadas das retificações das GFIP.

3. Comprovação dos recolhimentos indevidos. Solicitada a comprovação dos recolhimentos de contribuições previdenciárias sobre as remunerações dos prefeitos, vice-prefeitos e vereadores para o período de 10/1997 a 09/2004, o Município apresentou as GPS de 10/1997 a 12/2000 e os extratos do FPM de 01/20001 a 09/2004. Da análise desses documentos, além de informações constantes dos sistemas da RFB, elaborou-se a Planilha 3 do Anexo Único, com comparativo entre as bases de cálculo apresentadas pelo sujeito passivo em sua memória de cálculos e as bases de cálculo declaradas em GFIP e com recolhimentos comprovados. Como conclusão dos valores apurados na Planilha 3, tem-se que o valor originário total declarado pelo sujeito passivo foi de R\$ 331.784,68, enquanto que o valor originário total apurado em função dos recolhimentos comprovados foi de R\$ 110.446,95, ou seja, 1/3 do apresentado na memória de cálculo do Município.

4. A taxa SELIC é a única forma de atualização dos valores a ser restituídos ou compensados, nos termos do artigo 89 da Lei nº 8.212/91. Os valores pretensamente compensáveis pelo sujeito passivo estão corrigidos corretamente pela taxa SELIC acumulada até a competência 09/2006. Após iniciada a compensação em 11/2006, o saldo a compensar também é passível de compensação, porém o Município extrapolou a atualização de forma acentuada, conforme demonstrado na planilha 4 do anexo Único. Em 11/2008, o saldo a compensar seria ultrapassado, mas continuaram sendo feitas compensações até 11/2009. Se fosse aplicado o valor apurado na Planilha 3, que corrigido até 11/2006 seria de R\$ 180.455,07, o saldo a compensar seria ultrapassado em 07/2007, de acordo com a Planilha 5 do Anexo Único.

Assim, ainda que desconsideradas as questões legais da prescrição e da obrigatoriedade de retificação das GFIP, provou-se que o valor total compensado foi muito superior ao recolhido indevidamente em função de bases de cálculo majoradas, recolhimentos não comprovados e atualização do saldo a compensar por índices acima da taxa SELIC.

Em razão do exposto, lançou-se a glosa total das compensações efetuadas pelo Município no período de 01/2007 a 11/2009.

Quanto aos acréscimos moratórios, o relatório Fiscal indica a aplicação do art. 89, § 9º, Lei 8.212/1991 com a redação dada pela Lei 11941/2009:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/09/2011

Autenticado digitalmente em 02/09/2013 por ANTONIA IRISMAR OLIVEIRA GUIMARAES, Assinado digitalmente em 12/09/2013 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 13/09/2013 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI

Impresso em 24/09/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

5.3. De acordo com o § 9º do artigo 89 da Lei 8.212/91, os valores compensados indevidamente serão exigidos com os acréscimos moratórios de que trata o artigo 35 desta Lei. A multa de mora exigível é de 0,33% ao dia, limitada a 20% por competência, aplicável a partir de 02/2007.

Em relação à aplicação da multa isolada, informa o Relatório Fiscal:

5.5. A falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo quanto às compensações indevidas demonstradas no item 4 (inobservância da prescrição, retificação parcial das GFIP, recolhimentos comprovados parciais, bases de cálculo majoradas e atualização dos saldos a compensar acima da taxa SELIC) impõe a aplicação de multa isolada de 150% sobre o valor total do débito indevidamente compensado, a partir da edição da MP 449/2008 em 03/12/2008. A falsidade da declaração se configura na data de entrega/envio da GFIP. A Planilha 6 do Anexo Único demonstra as datas de envio das GFIP, os valores compensados a partir de 12/2008, as competências e os valores da multa isolada.

A Recorrente teve **ciência do AIOP e do AIOA em 11.2011**, conforme informação no Termo de Encerramento.

O período objeto do auto de infração, conforme o Relatório Fiscal, é de **01/2007 a 12/2008**.

A **Recorrente apresentou Impugnação**, conforme o relatório da decisão de primeira instância:

Cerceamento do direito de defesa. Não indicação precisa de eventual erro do município no recolhimento das contribuições previdenciárias.

A impugnação visa afastar a cobrança de contribuição previdenciária patronal sobre os subsídios pagos aos detentores de mandato eletivo municipal, cuja obrigatoriedade se deu por força da Lei n. 10.887/2004, a qual acrescentou a alínea "j" no inciso I do artigo 12 da Lei n. 8.212/1991, repetindo de forma idêntica a redação da alínea "h" do inciso I do artigo 12 da Lei n. 8.212/1991, acrescentada pelo §1º, do artigo 13 da Lei n. 9.506/1997, julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, e posteriormente suspensa pelo Senado Federal, através da Resolução n. 26/2005.

A compensação se deu com amparo no artigo 66 da Lei nº 8.383/91. Por se tratar de devolução de tributos sujeitos a homologação e declarados inconstitucionais pelo STF, a impugnante tem o direito de pleitear a restituição depois de expirado o prazo de cinco anos, contados do fato gerador, acrescido de mais cinco anos, a partir da homologação tácita. A jurisprudência ampara esse entendimento.

A Câmara Municipal possui legitimidade processual para figurar no pólo ativo ou passivo de ação que verse sobre

interesse que lhe afete especificamente, pois lhe é reconhecida personalidade judiciária sui generis e não personalidade jurídica. Assim, e por possuir orçamento próprio e autonomia administrativa e financeira, eventual ação judicial de cobrança de contribuições previdenciárias deve ser dirigida contra a própria Câmara Municipal.

A alínea “j” do inciso I do artigo 12 da Lei n. 8.212/1991, acrescentada pela Lei n. 10.887/2004, que repetiu de forma idêntica a redação da alínea “h” do inciso I do artigo 12 da Lei n. 8.212/1991, julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, também é inconstitucional, uma vez que ela não foi veiculada por meio de lei complementar, como exige o artigo 195, §4º c/c o artigo 154, I, ambos da Constituição Federal.

A nova redação dada ao artigo 195 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 20/98 não valida tal situação, a persistir a necessidade de lei complementar, seja porque os agentes políticos não se enquadram ao conceito de empregado, seja porque os entes federativos não se enquadram no conceito de empregador, empresa ou entidade a ela equiparada na forma da lei, seja porque os subsídios dos agentes políticos não constituem salário, inexistindo, portanto, base de cálculo para a incidência da contribuição.

Não se trata de constitucionalização superveniente, porque a EC nº 20/98 não teve o condão de enquadrar os agentes políticos e os entes federativos como contribuintes da Previdência Social, nem dispensar a confecção de lei complementar para a criação de novo segurado, restando inconstitucional a Lei nº 10.887/2004.

Discorre ainda sobre a impossibilidade de se alterar a regra matriz de incidência, bem como sobre a segurança jurídica como integrante dos direitos e garantias fundamentais.

Requer seja acolhida a impugnação, que seja dada como legal as compensações efetuadas pela impugnante e que seja garantido ao Município o afastamento da cobrança de contribuição previdenciária sobre a remuneração paga aos exercentes de mandato eletivo municipal.

A **Recorrida** analisou a autuação e a impugnação, **julgando procedente a autuação**, nos termos do **Acórdão nº 14-36.841 - 9ª Turma** da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Ribeirão Preto - SP, conforme Ementa a seguir:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2008

COMPENSAÇÃO. PRESCRIÇÃO.

O direito de pleitear restituição ou de realizar compensação de contribuições ou de outras importâncias extingue-se em cinco anos, contados da data do pagamento ou recolhimento indevido.

LEGITIMIDADE PASSIVA. ÓRGÃOS PÚBLICOS. AUSÊNCIA.

Os órgãos públicos da administração direta, tais como as Prefeituras e as Câmaras Municipais, são centros de competência, que não têm personalidade jurídica, instituídos para o desempenho das funções estatais, através de seus agentes, sendo que a responsabilidade pelos créditos previdenciários a eles relativos deve ser imputada à entidade a qual estão vinculados, no caso os Municípios.

INCONSTITUCIONALIDADE. ARGÜIÇÃO.

É vedado a autoridade julgadora afastar a aplicação de leis, decretos e atos normativos por inconstitucionalidade (artigo 26A do Decreto n. 70.235/72).

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Inconformada com a decisão de 1ª instância, a Recorrente apresentou Recurso Voluntário, combatendo e reiterando os argumentos utilizados em sede de Impugnação, em apertada síntese:

(i) da ilegitimidade ativa ad causam – contribuições previdenciárias devidas pela Câmara Municipal

Não há óbice para que a Câmara Municipal configure legitimamente como sujeito passivo da obrigação tributária. Ou seja, apoiada em argumentos doutrinários e jurisprudenciais, a Recorrente aduz que as Câmaras Municipais possuem personalidade jurídica própria demandarem restituição de indébitos tributários.

(ii) Da prescrição

Considera que o pedido de compensação por parte da Recorrente, embora tenha se operado na prática em nov/2006, decorreu nítida e evidentemente da decisão que declarou a inconstitucionalidade dos respectivos recolhimentos e que se deu em 08/10/2003, isto é, antes da vigência da LC 118/2005 e, portanto, sobre a consagrada tese dos 5 mais 5.

(iii) Da obrigatoriedade da retificação da GFIP

Não está correta norma encartada na IN 15/2006 que determina, sob condição prejudicial absoluta do direito de compensação garantido por decisão judicial, obrigação acessória não definida em Lei, como é o caso da exigência de retificação de todas as GFIPs para, somente assim, ser possível pelo administrado usufruir direito constitucionalmente conferido.

(iv) Da efetiva comprovação dos valores recolhidos indevidamente

A entidade fiscal comprovou o efetivo recolhimento, no período 10/1997 a 09/2004, das contribuições previdenciárias as quais teve o direito à restituição.

(v) Da utilização de taxas de juros extra legais e da falsidade na GFIP

A entidade julgadora de um lado reconhece a correta utilização da taxa SELIC pela Recorrente e, por outro lado, por eventual diferença de cálculo, assume que este contribuinte se aproveitou maliciosa e propositadamente de índices extralegais.

Tanto em relação às taxas quanto à falsidade, não se admitiu explicitamente na decisão, embora isto seja claro de maneira tácita, que ambas as supostas inconsistências podem ter sido resultado de equívoco na apuração dos valores a recolher e na composição do documento acessório (GFIP), conforme o caso da acusação, e que, tal como legalmente se procede em casos do tipo, deve-se sobre eles apontar criteriosamente o erro e cobrá-lo pontualmente, jamais glosando no todo a compensação, em prejuízo extremo do Recorrente, sobretudo quando efetivamente restou claro haver o direito à compensação, se não de tudo, ao menos de grande parte dos valores glosados.

fls. 1840.

Posteriormente, os autos foram enviados ao Conselho, para análise e decisão,

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Relator

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 1840.

Avaliados os pressupostos, passo para as Questões Preliminares e ao Mérito.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES**(A) Da regularidade do lançamento.**

Analisemos.

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto pela Recorrente – PREFEITURA MUNICIPAL DE ITAPORANGA contra Acórdão nº 14-36.841 - 9ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Ribeirão Preto – SP que julgou procedente os seguintes Autos de Infração:

AI DEBCAD nº 37.359.013-0, no valor de R\$ 1.217.372,36, referente à glosa de compensações efetuadas pelo sujeito passivo nas GFIP das competências 01/2007 a 13/2008.

AI DEBCAD nº 37.359.014-8, no valor de R\$ 106.610,64, referente à multa isolada no percentual de 150%, devida em razão da falsidade na GFIP apresentada na competência 12/2008.

Desta forma, conforme o artigo 37 da Lei nº 8.212/91, foram lavrados AIOPs que, conforme definido no inciso IV do artigo 633 da IN MPS/SRP nº 03/2005, é o documento constitutivo de crédito relativo às contribuições devidas à Previdência Social e a outras importâncias arrecadadas pela SRP, apuradas mediante procedimento fiscal:

(redação à época da lavratura dos AIOPs)

Lei nº 8.212/91

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.

IN RFB nº 971/2009

Art. 460. *São documentos de constituição do crédito tributário relativo às contribuições de que trata esta Instrução Normativa:*

I - Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social (GFIP), é o documento declaratório da obrigação, caracterizado como instrumento hábil e suficiente para a exigência do crédito tributário;

II - Lançamento do Débito Confessado (LDC), é o documento por meio do qual o sujeito passivo confessa os débitos que verifica;

III - Auto de Infração (AI), é o documento constitutivo de crédito, inclusive relativo à multa aplicada em decorrência do descumprimento de obrigação acessória, lavrado por AFRFB e apurado mediante procedimento de fiscalização;

IV - Notificação de Lançamento (NL), é o documento constitutivo de crédito expedido pelo órgão da Administração Tributária;

V - Débito Confessado em GFIP (DCG), é o documento que registra o débito decorrente de divergência entre os valores recolhidos em documento de arrecadação previdenciária e os declarados em GFIP; e

Pode-se elencar as etapas necessárias à realização do procedimento:

- *A autorização por meio da emissão de TIAF – Termo de Início da Ação Fiscal, o qual contém o Mandado de Procedimento Fiscal – MPF- F, com a competente designação do Auditor-Fiscal responsável pelo cumprimento do procedimento;*
- *A intimação para a apresentação dos documentos conforme Termo de Intimação para Apresentação de Documentos – TIAD, intimando o contribuinte para que apresentasse todos os documentos capazes de comprovar o cumprimento da legislação previdenciária;*
- *A autuação dentro do prazo autorizado pelo referido Mandado, com a apresentação ao contribuinte dos fatos geradores e fundamentação legal que constituíram a lavratura do auto de infração ora contestado, com as informações necessárias para que o autuado pudesse efetuar as impugnações que considerasse pertinentes:*

a. IPC - Instruções para o Contribuinte (que tem a finalidade de comunicar ao contribuinte como regularizar seu débito, como apresentar defesa e outras informações);

b. DD - Discriminativo Analítico do Débito (Este relatório lista, em suas páginas iniciais, todas as características que compõem o levantamento, que é um agrupamento de informações que servirão para apurar o débito de contribuição previdenciária existente. Na seqüência, discrimina, por estabelecimento, competência e levantamento, as bases de cálculo, as rubricas, as alíquotas, os valores já recolhidos, confessados, autuados ou retidos, as deduções permitidas (salário-família, salário-maternidade e compensações), as diferenças existentes e o valor dos juros SELIC, da multa e do total cobrado);

c. FLD- Fundamentos Legais do Débito (que indica os dispositivos legais que autorizam o lançamento e a cobrança das contribuições exigidas, de acordo com a legislação vigente à época do respectivo fato gerador);

d. VÍNCULOS - Relatório de Vínculos (que lista todas as pessoas físicas ou jurídicas em razão de seu vínculo com o sujeito passivo, indicando o tipo de vínculo existente e o período);

lk. REFISC – Relatório Fiscal.

Cumpre-nos esclarecer ainda, que o lançamento fiscal foi elaborado nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional, especialmente a verificação da efetiva ocorrência do fato gerador tributário, a matéria sujeita ao tributo, bem como o montante individualizado do tributo devido.

De plano, o art. 142, CTN, estabelece que:

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente 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.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.”

Analisando-se os AIOPs, tem-se que foi cumprido integralmente os limites legais dispostos no art. 142, CTN.

Ademais, não compete ao Auditor-Fiscal agir de forma discricionária no exercício de suas atribuições. Desta forma, em constatando a falta de recolhimento, face a ocorrência do fato gerador, cumpri-lhe lavrar de imediato a notificação fiscal de lançamento de débito de forma vinculada, constituindo o crédito previdenciário. O art. 243 do Decreto 3.048/99, assim dispõe neste sentido:

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 devidas e dos períodos a que se

referem, de acordo com as normas estabelecidas pelos órgãos competentes.

(B) Alegações diversas de inconstitucionalidade.

Dessa forma, julgar inconstitucional o pagamento e tornar inviável a correção plena da irregularidade fere frontalmente o princípio da legalidade e da isonomia do direito tributário.

Analisemos.

Não assiste razão à Recorrente pois o previsto no ordenamento legal não pode ser anulado na instância administrativa por alegações de inconstitucionalidade, já que tais questões são reservadas à competência, constitucional e legal, do Poder Judiciário.

Neste sentido, o art. 26-A, caput do Decreto 70.235/1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências:

“Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 1º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 2º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 3º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 4º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 5º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei

Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)”(gn).

Ademais, há a Súmula nº 2 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente veda ao CARF se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de lei tributária.

Súmula CARFnº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

(i) da ilegitimidade ativa ad causam – contribuições previdenciárias devidas pela Câmara Municipal

Não há óbice para que a Câmara Municipal configure legitimamente como sujeito passivo da obrigação tributária. Ou seja, apoiada em argumentos doutrinários e jurisprudenciais, a Recorrente aduz que as Câmaras Municipais possuem personalidade jurídica própria demandarem restituição de indébitos tributários.

Analisemos.

A argumentação da Recorrente está centrada na questão de que as glosas de compensação efetivadas pelo Fiscalização são indevidas porque desconsiderou a legitimidade ativa da Câmara Municipal.

No entanto, o Informativo STJ nº 428 dispõe que o Superior Tribunal de Justiça – STJ no REsp 1.164.017-PI, Rel Min. Castro Meira, julgado em 24.03.2010, afirma que as Câmaras legislativas não detêm legitimidade para integrar o pólo ativo de demanda em que se discute a exigibilidade de contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração paga àqueles que exercem mandato eletivo Municipal:

A Seção, ao apreciar recurso representativo de controvérsia (art. 543-C e Res. n. 8/2008-STJ), reafirmou que as câmaras legislativas não detêm legitimidade para integrar o pólo ativo de demanda em que se discute a exigibilidade de contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração paga àqueles que exercem mandato eletivo municipal. Isso porque as câmaras de vereadores não possuem personalidade jurídica, mas apenas personalidade judiciária. Desse modo, só podem demandar em juízo para defender seus direitos institucionais, ou seja, aqueles relacionados com seu funcionamento, autonomia e independência. Assim, para aferir a legitimação ativa dos órgãos legislativos, é necessário qualificar a pretensão em análise para concluir se essa pretensão está relacionada aos interesses e prerrogativas institucionais. No caso dos autos, a câmara de vereadores ajuizou ação ordinária inibitória com pedido de tutela antecipada contra a Fazenda Nacional e o INSS, com o objetivo de afastar a incidência da contribuição previdenciária sobre os vencimentos pagos aos vereadores. Portanto, não se trata de defesa de prerrogativa institucional, mas de simples pretensão de cunho patrimonial. Precedentes citados: RMS 12.068-MG, DJ 11/11/2002; REsp 649.824-RN, DJ 30/5/2006;

REsp 1.109.840-AL, DJe 17/6/2009; REsp 946.676-CE, DJ 19/11/2007; REsp 696.561-RN, DJ 24/10/2005 e REsp 241.637-BA, DJ 20/3/2000. REsp 1.164.017-PI, Rel.Min. Castro Meira, julgado em 24/3/2010.

Em outras palavras a Câmara de Vereadores não possui personalidade jurídica, mas apenas personalidade judiciária, de modo que somente pode demandar em juízo para defender os seus direitos institucionais, entendidos esses como sendo os relacionados ao funcionamento, autonomia e independência do órgão.

Cumprе ressaltar que o art. 62-A do Anexo I do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF do Ministério da Fazenda, Portaria MF nº 256 de 22.06.2009, dispõe que as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelo artigo 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF:

Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Diante do exposto, não prospera a argumentação da Recorrente.

(ii) Da prescrição

Considera que o pedido de compensação por parte da Recorrente, embora tenha se operado na prática em nov/2006, decorreu nítida e evidentemente da decisão que declarou a inconstitucionalidade dos respectivos recolhimentos e que se deu em 08/10/2003, isto é, antes da vigência da LC 118/2005 e, portanto, sobre a consagrada tese dos 5 mais 5.

Analisemos.

(ii.1) – Da compensação

A compensação como modalidade de extinção do crédito tributário está prevista no art. 156, II, do Código Tributário Nacional. O mesmo diploma legal, artigos 170 e 170-A, prevê regras gerais sobre a matéria; as regras específicas são objeto de lei ordinária. Transcrevemos abaixo os artigos do CTN que tratam da compensação:

“Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

(...) II - a compensação;”

“Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública.

Parágrafo único. Sendo vincendo o crédito do sujeito passivo, a lei determinará, para os efeitos deste artigo, a apuração do seu montante, não podendo, porém, cominar redução maior que a correspondente ao juro de 1% (um por cento) ao mês pelo tempo a decorrer entre a data da compensação e a do vencimento.”

“Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.” (Artigo incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

O Plano de Custeio da Seguridade Social, Lei n. 8.212/91, art. 89, que ora transcrevemos, traz comando no sentido de que somente serão compensados os valores pagos ou recolhidos indevidamente a título de contribuição para a Seguridade Social.

Art. 89. As contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 desta Lei, as contribuições instituídas a título de substituição e as contribuições devidas a terceiros somente poderão ser restituídas ou compensadas nas hipóteses de pagamento ou recolhimento indevido ou maior que o devido, nos termos e condições estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 1º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 2º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 3º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 4º O valor a ser restituído ou compensado será acrescido de juros obtidos pela aplicação da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, a partir do mês subsequente ao do pagamento indevido ou a maior que o devido até o mês anterior ao da compensação ou restituição e de 1% (um por cento) relativamente ao mês em que estiver sendo efetuada. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 5º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 6º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 7º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 8º Verificada a existência de débito em nome do sujeito passivo, o valor da restituição será utilizado para extingui-lo, total ou parcialmente, mediante compensação. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005).

§ 9º Os valores compensados indevidamente serão exigidos com os acréscimos moratórios de que trata o art. 35 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 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 art. 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. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 11. Aplica-se aos processos de restituição das contribuições de que trata este artigo e de reembolso de salário-família e salário-maternidade o rito previsto no Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

Os valores indevidamente compensados devem ser recolhidos pelo contribuinte, sobre os quais incidirão juros e multa de mora, conforme o art. . 89, § 4º, Lei 8.212/1991.

O direito à compensação surgirá após o pagamento indevido de contribuição destinada à Seguridade Social, conforme se depreende da IN RFB 900/2008:

Art. 2º *Poderão ser restituídas pela RFB as quantias recolhidas a título de tributo sob sua administração, bem como outras receitas da União arrecadadas mediante Darf ou GPS, nas seguintes hipóteses:*

I - cobrança ou pagamento espontâneo, indevido ou em valor maior que o devido;

II - erro na identificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

§ 1º Também poderão ser restituídas pela RFB, nas hipóteses mencionadas nos incisos I a III, as quantias recolhidas a título de multa e de juros moratórios previstos nas leis instituidoras de obrigações tributárias principais ou acessórias relativas aos tributos administrados pela RFB.

§ 2º A RFB promoverá a restituição de receitas arrecadadas mediante Darf e GPS que não estejam sob sua administração, desde que o direito creditório tenha sido previamente reconhecido pelo órgão ou entidade responsável pela administração da receita.

§ 3º Compete à RFB efetuar a restituição dos valores recolhidos para outras entidades ou fundos, exceto nos casos de arrecadação direta, realizada mediante convênio.

Caso o contribuinte não recolha espontaneamente os valores compensados de forma indevida, cabe ao Fisco a glosa da compensação efetuada. Também cabe referida glosa na hipótese de compensação efetuada sem que houvesse recolhimento ou pagamento indevido; ou atualizada em desconformidade com os índices de correção previstos na legislação previdenciária; ou sem decisão judicial que tenha autorizado a compensação. Por fim, não houve qualquer ato perfeito e acabado, posto que uma compensação indevida não pode ser considerada como um ato jurídico perfeito, já que se sujeita à verificação de sua regularidade pela fiscalização.

Como se vê, a compensação entre crédito e débito tributário efetiva-se por iniciativa do contribuinte, mas com risco para ele. A compensação feita, no âmbito de tributo sujeito ao lançamento por homologação, como no caso, fica a depender da homologação da autoridade fiscal, que pode e deve fiscalizar o contribuinte, examinar seus livros e documentos, verificar os cálculos e efetuar o lançamento de valor de compensação indevida, no todo ou em parte.

(ii.2) Da prescrição – posição STF e STJ

Outrossim, para o deslinde da questão, devemos verificar a decadência do direito de pedir a compensação.

A primeira hipótese surgida é a utilização do prazo de 10 anos a partir de decisões do STJ que reconheceram a tese dos 5 + 5: REsp nº 1002932/SP proferido pelo STJ com fulcro no rito dos Recursos Repetitivos - art. 543-C, CPC.

Ou seja, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN.

Porém surgiu a controvérsia em relação à aplicação do art. 3º e 4º, LC 118/2005 que alterou o CTN:

Art. 3º Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação, observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional.

O STF no RE nº 566621/RS enfrentou a questão acerca da aplicação dos art. 3º e 4º, LC 118/2005.

Este acórdão proferido pelo STF no RE 566621/RS, com fulcro no rito da Repercussão Geral - art. 543-B, CPC, estabeleceu que para as ações ajuizadas a partir de 09.06.2005, data da vigência do art. 3º, LC 118/2005, aplica-se o prazo prescricional previsto na LC 118/2005 que é de 5 anos:

DIREITO TRIBUTÁRIO – LEI INTERPRETATIVA – APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005 – DESCABIMENTO – VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA – NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA VACATIO LEGIS – APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS AOS PROCESSOS AJUZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005. Quando do advento da LC 118/05, estava consolidada a

*orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN. A LC 118/05, embora tenha se auto-proclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido. Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova. Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação. A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça. Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a vacatio legis, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal. **O prazo de vacatio legis de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos. Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/08, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário. Reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC aos recursos sobrestados. Recurso extraordinário desprovido.***

Anote-se a mudança jurisprudencial do STJ, a partir do REsp 1269570/MG, julgado em 23.05.2012, no qual superou o entendimento exposto no REsp nº 1002932/SP a fim de aderir ao posicionamento do STF veiculado no RE 566621/RS:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, DO CPC). LEI INTERPRETATIVA. PRAZO DE PRESCRIÇÃO PARA A REPETIÇÃO DE INDÉBITO NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. ART. 3º, DA LC 118/2005. POSICIONAMENTO DO STF. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SUPERADO ENTENDIMENTO FIRMADO ANTERIORMENTE TAMBÉM EM SEDE DE RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA.

1. O acórdão proveniente da Corte Especial na AI nos Eresp nº 644.736/PE, Relator o Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 27.08.2007, e o recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.002.932/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.11.2009, firmaram o entendimento no sentido de que o art. 3º da LC 118/2005 somente pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência. Sendo assim, a jurisprudência deste STJ passou a considerar que, relativamente aos pagamentos efetuados a partir de 09.06.05, o prazo para a repetição do indébito é de cinco anos a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior.

2. No entanto, o mesmo tema recebeu julgamento pelo STF no RE n.566.621/RS, Plenário, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 04.08.2011, onde foi fixado marco para a aplicação do regime novo de prazo prescricional levando-se em consideração a data do ajuizamento da ação (e não mais a data do pagamento) em confronto com a data da vigência da lei nova (9.6.2005).

3. Tendo a jurisprudência deste STJ sido construída em interpretação de princípios constitucionais, urge inclinar-se esta Casa ao decidido pela Corte Suprema competente para dar a palavra final em temas de tal jaez, notadamente em havendo julgamento de mérito em repercussão geral (arts. 543-A e 543-B, do CPC). Desse modo, para as ações ajuizadas a partir de 9.6.2005, aplica-se o art. 3º, da Lei Complementar n. 118/2005, contando-se o prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em cinco anos a partir do pagamento antecipado de que trata o art. 150, §1º, do CTN.

4. Superado o recurso representativo da controvérsia REsp. n.1.002.932/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.11.2009.

5. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 1269570/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/05/2012, DJe 04/06/2012)

Portanto, se depreende que os entendimentos do STF (RE 566621/RS) e do STJ (REsp 1269570/MG) estão alinhados acerca do prazo prescricional para repetição do indébito:

- **a partir de 09.06.2005**: aos pedidos de restituição de indébito protocolados a partir de 09.06.2005 aplica-se o prazo de 5 anos contados no momento do pagamento antecipado (indevido ou feito a maior).

- **até 08.06.2005**: aos pedidos de restituição de indébito, aplica-se o prazo prescricional de 10 anos (tese do 5 + 5) contados da data do pagamento indevido.

(ii.3) Análise das compensações efetuadas.

Analisemos os períodos das glosas de compensação efetuadas.

Conforme o Relatório Fiscal, o sujeito passivo procedeu à compensação de contribuições previdenciárias devidas nas competências 01/2007 a 13/2008 com valores recolhidos no período de 10/1997 a 09/2004, a título de contribuições previdenciárias incidentes sobre as remunerações pagas aos agentes políticos municipais (Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores).

Neste período de 01/2007 a 13/2008, com compensações efetuadas depois de 09.06.2005, inclusive, aplica-se os entendimentos do STF (RE 566621/RS) e do STJ (REsp 1269570/MG) que estão alinhados acerca do prazo prescricional para repetição do indébito, na qual aos pedidos de restituição de indébito protocolados a partir de 09.06.2005 aplica-se o prazo de 5 anos contados no momento do pagamento antecipado (indevido ou feito a maior).

Desta forma, diante do entendimento do entendimentos do STF (RE 566621/RS) e do STJ (REsp 1269570/MG), constata-se que já se operara a prescrição para se pleitear a compensação de valores indevidos até a competência 12/2001, inclusive.

Diante do exposto, não prospera as alegações do Recorrente para as compensações efetuadas referentes aos recolhimentos do período 10/1997 a 12/2001.

(iii) Da obrigatoriedade da retificação da GFIP

Não está correta norma encartada na IN 15/2006 que determina, sob condição prejudicial absoluta do direito de compensação garantido por decisão judicial, obrigação acessória não definida em Lei, como é o caso da exigência de retificação de todas as GFIPs para, somente assim, ser possível pelo administrado usufruir direito constitucionalmente conferido.

Analisemos.

O argumento central da Recorrente se dirige no sentido de inconstitucionalidade da IN 15/2006. Tal argumento não prospera conforme o já exposto no tópico (B) acima.

(iv) Da efetiva comprovação dos valores recolhidos indevidamente

A entidade fiscal comprovou o efetivo recolhimento, no período 10/1997 a 09/2004, das contribuições previdenciárias as quais teve o direito à restituição.

Analisemos.

Tal ponto de comprovação dos valores recolhidos indevidamente foi analisado no Relatório Fiscal, com a conclusão de que houve discrepância entre o valor recolhido indevidamente e o apresentado como compensado pelo Município:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2004

Autenticado digitalmente em 02/09/2013 por ANTONIA IRISMAR OLIVEIRA GUIMARAES, Assinado digitalmente

em 12/09/2013 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 13/09/2013 por CARLOS

ALBERTO MEES STRINGARI

Impresso em 24/09/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

3. Comprovação dos recolhimentos indevidos. Solicitada a comprovação dos recolhimentos de contribuições previdenciárias sobre as remunerações dos prefeitos, vice-prefeitos e vereadores para o período de 10/1997 a 09/2004, o Município apresentou as GPS de 10/1997 a 12/2000 e os extratos do FPM de 01/20001 a 09/2004. Da análise desses documentos, além de informações constantes dos sistemas da RFB, elaborou-se a Planilha 3 do Anexo Único, com comparativo entre as bases de cálculo apresentadas pelo sujeito passivo em sua memória de cálculos e as bases de cálculo declaradas em GFIP e com recolhimentos comprovados. Como conclusão dos valores apurados na Planilha 3, tem-se que o valor originário total declarado pelo sujeito passivo foi de R\$ 331.784,68, enquanto que o valor originário total apurado em função dos recolhimentos comprovados foi de R\$ 110.446,95, ou seja, 1/3 do apresentado na memória de cálculo do Município.

Outrossim, a Recorrente não fez qualquer prova fática em sede de Recurso Voluntário que pudesse alterar o fundamento da autuação fiscal neste ponto.

Diante do exposto, não prospera a argumentação da Recorrente.

(v) Da utilização de taxas de juros extra legais e da falsidade na GFIP

A entidade julgadora de um lado reconhece a correta utilização da taxa SELIC pela Recorrente e, por outro lado, por eventual diferença de cálculo, assume que este contribuinte se aproveitou maliciosa e propositadamente de índices extralegais.

Tanto em relação às taxas quanto à falsidade, não se admitiu explicitamente na decisão, embora isto seja claro de maneira tácita, que ambas as supostas inconsistências podem ter sido resultado de equívoco na apuração dos valores a recolher e na composição do documento acessório (GFIP), conforme o caso da acusação, e que, tal como legalmente se procede em casos do tipo, deve-se sobre eles apontar criteriosamente o erro e cobrá-lo pontualmente, jamais glosando no todo a compensação, em prejuízo extremo do Recorrente, sobretudo quando efetivamente restou claro haver o direito à compensação, se não de tudo, ao menos de grande parte dos valores glosados.

Analisemos.

Em relação à aplicação da taxa SELIC, não há qualquer controvérsia.

Por outro lado, surge a controvérsia em função da aplicação da multa isolada com base na compensação indevida sendo comprovada a falsidade, nos termos do art. 89, § 10, Lei 8.212/1991.

Art. 89. As contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 desta Lei, as contribuições instituídas a título de substituição e as contribuições devidas a terceiros somente poderão ser restituídas ou compensadas nas hipóteses de pagamento ou recolhimento indevido ou maior que o devido, nos termos e condições estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 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 art. 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. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

No Relatório Fiscal, a fiscalização aponta a aplicação da multa isolada, em função da falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo quanto às compensações indevidas:

5.5. A falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo quanto às compensações indevidas demonstradas no item 4 (inobservância da prescrição, retificação parcial das GFIP, recolhimentos comprovados parciais, bases de cálculo majoradas e atualização dos saldos a compensar acima da taxa SELIC) impõe a aplicação de multa isolada de 150% sobre o valor total do débito indevidamente compensado, a partir da edição da MP 449/2008 em 03/12/2008. A falsidade da declaração se configura na data de entrega/envio da GFIP. A Planilha 6 do Anexo Único demonstra as datas de envio das GFIP, os valores compensados a partir de 12/2008, as competências e os valores da multa isolada.

Ou seja, o Relatório Fiscal apenas aponta que a falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo ocorre em função das compensações indevidas demonstradas no item 4 (inobservância da prescrição, retificação parcial das GFIP, recolhimentos comprovados parciais, bases de cálculo majoradas e atualização dos saldos a compensar acima da taxa SELIC).

Neste sentido, compulsando-se os autos, observa-se que o Relatório Fiscal apenas demonstra no item 4 a compensação indevida, sem no entanto demonstrar, expressa e diretamente, os elementos da conduta do sujeito passivo que transbordam na comprovação do dolo em se apresentar a declaração falsa.

Portanto, considero que a fiscalização não comprovou, expressa e diretamente, os elementos da conduta do sujeito passivo que transbordou no dolo de apresentar a declaração falsa, o que enseja a não aplicação da multa isolada prevista no do art. 89, § 10, Lei 8.212/1991.

Diante do exposto, dou provimento às alegações da Recorrente para cancelar a incidência da multa isolada aplicada com base no art. 89, § 10, Lei 8.212/1991.

CONCLUSÃO

Voto no sentido de **CONHECER** do Recurso Voluntário para:

(i) em relação ao AIOP nº 37.359.0130: **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO**, mantendo-se as glosas de compensação efetuadas.

(ii) em relação AIOP nº 37.359.0148: **DAR PROVIMENTO AO RECURSO** para se cancelar a aplicação da multa isolada.

É como voto.

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro