



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13433.000254/2010-60
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2401-011.007 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 06 de abril de 2023
Recorrente MUNICIPIO DE ITAU
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2009

RESTITUIÇÃO. PRAZO CINCO ANOS. TERMO A QUO. PRESCRIÇÃO. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO POSTERIOR A 09/06/2005. JURISPRUDÊNCIA STF. RE 566.621/RS E SUMULA CARF 91.

Ao pedido de restituição pleiteado administrativamente antes de 9 de junho de 2005, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, aplica-se o prazo prescricional de 10 (dez) anos, contado do fato gerador, a contrário sensu, aplica-se o prazo de 5 (cinco) anos.

TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.

O adicional do terço constitucional de férias possui natureza de retribuição pelo trabalho e integra a remuneração do segurado empregado para fins de incidência da contribuição previdenciária.

HORA EXTRA E ADICIONAL. INCIDÊNCIA.

Não há que se falar em exclusão das horas extras, pois remuneratória, e seus reflexos, como o descanso semanal remunerado, pois, se a verba substituída era remuneratória, a substituta também o será, pelo fato de ambas terem o mesmo pressuposto.

INCONSTITUCIONALIDADE.

Este conselho não tem competência para analisar constitucionalidade de lei(Súmula CARF nº 2).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier – Presidente

(documento assinado digitalmente)

Wilsom de Moraes Filho – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro, Matheus Soares Leite, Wilsom de Moraes Filho, Rayd Santana Ferreira, Eduardo Newman de Mattera Gomes, Ana Carolina da Silva Barbosa, Thiago Buschinelli Sorrentino (suplente convocado) e Miriam Denise Xavier (Presidente).

Relatório

Trata-se de Auto de Infração – AI, lavrado contra o sujeito passivo acima identificado, referente ao DEBCAD n.º 37.053.381-0, no valor de R\$ 778.545,53 (setecentos e setenta e oito mil, quinhentos e quarenta e cinco reais e cinquenta e três centavos), consolidado em 26 de março de 2010, referente a contribuições sociais eferente às contribuições sociais previstas no artigo 11, inciso II e parágrafo único, alínea "a" da Lei no. 8.212, de 24 de julho de 1991, relativo à glosa de compensação de contribuições previdenciárias, efetuada por meio de informação nas Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social-GFIPs das competências janeiro de 2009 a dezembro de 2009.

No Relatório Fiscal (e-fls. 12/22), a autoridade lançadora esclarece que “O sujeito passivo efetivou a compensação alegando possuir créditos em seu favor decorrentes de pagamentos efetuados à Seguridade Social em virtude de remunerações pagas aos detentores de mandato eletivo no período em que as referidas contribuições foram declaradas indevidas pelo Supremo Tribunal Federal - STF, além de alegar pagamento indevido de contribuições previdenciárias sobre verbas indenizatórias e, por último, essas compensações seriam relacionadas à alíquota de Seguro de Acidente de Trabalho – SAT.” Aduz que essas alegações estão baseadas no Ofício Circular n.º 01/2010, da Empresa Bernardo Vidal e Associados (e-fls. 399/409), encaminhado ao Município de Itaú, RN, e apresentado por este à Fiscalização.

Informa, ainda, que não tendo sido apresentada ação judicial em desfavor da Receita Federal do Brasil - RFB, contra a cobrança de contribuições previdenciárias ou em que seja pleiteada pelo Município a compensação ou restituição dessas exações, foram efetuadas pesquisas nos endereços eletrônicos do Tribunal Regional Federal - TRF da 5.ª Região e da Justiça Federal de 1.ª Instância, Seções Judiciárias do Rio Grande do Norte e Pernambuco, além da Seção Judiciária do Distrito Federal, não sendo encontrada qualquer ação dessa natureza, em que figure como parte o Município de Itaú.

Analisa o direito à compensação dos valores pagos relativos às contribuições incidentes sobre as remunerações dos exercentes de mandato eletivo sob a égide da Lei n.º 9.506/97 e sobre verbas indenizatórias, bem assim daqueles valores concernentes à “alíquota SAT”.

Ao final, conclui que o contribuinte informou indevidamente valores a compensar em suas GFIPs – o que ocasionou a glosa dos valores assim compensados –, tendo em vista que (a) não há ação judicial ou qualquer decisão com trânsito em julgado ou liminar que autorize a compensação das contribuições previdenciárias em apreço; (b) considerado o instituto da prescrição, está reconhecido administrativamente o pagamento efetuado posteriormente a 1.º de janeiro de 2004, “porém não foi atendida a condição estabelecida na legislação tributária (IN SRP 15/2006), qual seja a exclusão dos detentores de mandato eletivo das GFIP do período de 01/1999 a 09/2004 nas poucas competências em que os mesmos tenham sido informados”; e (c) o contribuinte não apresentou os demonstrativos da origem do crédito, imprescindíveis para fins de mensurar os valores das contribuições sociais correspondentes a pagamentos indevidos ou a maior.

O auto de infração vem instruído pelos documentos de e-fls. 23/417.

A empresa impugnou tempestivamente as exigências (e- fls. 421/442). A ciência do auto de infração ocorreu em 30 de março de 2010, enquanto que a impugnação foi protocolizada em 29 de abril de 2010, “conforme data de postagem na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT”. Veja-se, nesse sentido, o despacho de fl. 418.

Afirma, inicialmente, que, ao contrário do que alega a Fiscalização, no sentido de que o impugnante teria afirmado não possuir as GFIPs relativas ao período em que se originou o crédito e os demonstrativos de apuração dos valores compensados, analisando-se o ofício remetido à RFB em 20 de janeiro de 2010, observa-se que o Município de Itaú disponibilizou os seguintes documentos: **(a)** Lei Orgânica municipal; **(b)** documentação dos seus representantes legais, com o respectivo termo de posse, diploma emitido pelo Tribunal Regional Eleitoral - TRE e comprovante de residência; **(c)** documentação do responsável pela contabilidade do Município; **(d)** GFIPs, inclusive arquivos digitais, relativamente ao período em que se originou o crédito e ao período em que ditos créditos foram utilizados; e **(e)** folhas de pagamento e recibos de pagamento, relativos ao período em que houve pagamento indevido/a maior.

Tem, assim, que atendeu plenamente às solicitações da RFB, “não havendo motivo para glosa das compensações realizadas.”

Em seqüência, trata da prescrição decenal e da correta interpretação da Lei Complementar n.º 118/2005.

Afirma que o entendimento adotado pela RFB, no sentido de que o Município somente poderia compensar valores recolhidos nos cinco anos anteriores à compensação, não encontra guarida na jurisprudência dos Tribunais Superiores. “A prescrição para compensação ou restituição dos tributos sujeitos a lançamento por homologação indevidamente pagos antes da vigência da LC n.º 118/2005 é de 5 anos, após o decurso de 5 anos do prazo para homologação tácita.”

“Desta forma, resta claro o direito do Município em compensar valores indevidamente recolhidos de contribuições previdenciárias retroativos a 10 anos.”

No tocante ao preenchimento das GFIPs, afirma que, “uma vez que os períodos informados se encontram dentro da correta prescrição decenal”, não há que se falar em preenchimento incorreto dos campos “Período Inicial” e “Período Final” dessas guias.

Quanto ao entendimento de que não haveria informação de compensação nas GFIPs da Câmara Municipal, refere que “tal fato acontece por ser a Prefeitura a verdadeira legitimada para compensar os valores indevidamente contribuídos sobre os subsídios dos vereadores”.

A Câmara de Vereadores, embora tenha capacidade processual para a defesa de suas prerrogativas funcionais, não possui, contudo, personalidade jurídica, “pois pessoa jurídica é o Município.” Os seus funcionários, embora subordinados ao Presidente da Mesa, na realidade são servidores municipais.

Assim, “as despesas com pessoal da Câmara Municipal correm por conta da Prefeitura, inclusive as retenções de contribuições previdenciárias, razão pela qual é a Prefeitura a verdadeira legitimada para compensar valores indevidamente recolhidos em nome da Câmara Municipal.”

Requer, portanto, o reconhecimento da legitimidade do Município para compensação das contribuições previdenciárias indevidamente recolhidas pela Câmara Municipal, sendo consideradas corretas as informações prestadas em GFIP.

Quanto à retificação das Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social, afirma que “as GFIPs nas quais ocorreram as contribuições indevidas já estão sendo devidamente retificadas, conforme se pode observar dos sistemas de informação da Receita Federal do Brasil.”

Justifica tal demora pela dificuldade em se transformar arquivos físicos de competências mais antigas, como 1999 e 2000, em arquivos digitais compatíveis com o atual padrão da SEFIP, sendo necessária a inclusão manual de todos os nomes constantes em folhas de pagamento da época, o que demanda grande trabalho por parte dos servidores municipais.

Ademais, a retificação das GFIPs constitui obrigação acessória, não podendo condicionar a homologação das compensações.

Desta forma, “estando cumpridas as exigências da Portaria 133/2006, requer sejam homologadas as compensações efetuadas nas competências 04 e 07/2009.”

A seguir, examina a possibilidade de compensação dos parcelamentos realizados pelo Município.

Afirma que a Portaria MPS n.º 133/2006, que rege a matéria, em momento algum veda a compensação de débitos pagos através de parcelamentos, voluntários ou fiscais. As únicas exigências feitas para que se proceda a compensação dos valores, no caso, são aquelas estabelecidas no artigo 4.º da referida portaria.

“Ou seja, não há impedimento legal para que o Município compense os valores regularmente pagos através de parcelamento.”

“Caso os recolhimentos indevidos não sejam compensados pelo Município, somente seria possível a sua compensação de ofício pela Receita Federal. Entretanto, não se pode considerar o contribuinte em débito enquanto estiver suspensa a exigibilidade do crédito tributário.”

“A existência do ‘débito’ é pressuposto básico de incidência da previsão legal em que se fundamenta a compensação de ofício, para dar respaldo à legalidade do ato administrativo, porém, estando suspensa sua exigibilidade, não pode ocorrer a compensação de ofício do pretense débito.”

Ademais, o artigo 74, parágrafo 3.º, inciso IV, da Lei n.º 9.430/96, com a redação dada pela Lei n.º 10.637/2002, assevera que não poderão ser objeto de compensação os débitos consolidados em qualquer modalidade de parcelamento, “sendo claro que a IN SRF n.º 600 de

2005 extrapolou os limites legais, pois a compensação de ofício só pode ser feita com débitos vencidos e exigíveis do contribuinte.”

Conclui que constitui uma faculdade do contribuinte “requerer o ressarcimento dos valores indevidamente incluídos em parcelamento especial ou a sua compensação com outros débitos nos termos da lei, não sendo admitido que a própria RFB proceda à compensação de ofício, razão pela qual se mostra legítima e deverá ser homologada a compensação objeto deste Auto de Infração.”

Trata, a seguir, da não incidência de contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias e sobre os valores de horas extras.

Quanto à não incidência de contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias, afirma que esse adicional, estabelecido no artigo 7.º, inciso XVII, da Constituição de 1988 – estendido aos servidores ocupantes de cargos públicos, conforme parágrafo 3.º do artigo 39 da Carta Magna –, tem por escopo proporcionar ao trabalhador (*lato sensu*), no período de descanso, a percepção de um reforço financeiro, a fim de que possa usufruir de forma plena o direito constitucional ao descanso remunerado.

A partir desse entendimento, quanto à finalidade do adicional em questão, desenvolveu-se a posição adotada pelo STF, no julgamento do RE n.º 345.458/RS, em que a relatora, Ministra Ellen Gracie, consignou que o abono de férias era espécie de “parcela acessória que, evidentemente, deve ser paga quando o trabalhador goza seu período de descanso anual, permitindo-lhe um **reforço financeiro** neste período”.

E também a partir daí, firmou-se o entendimento do STF, no sentido da não incidência da contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias, sob os fundamentos de que a referida verba possui natureza compensatória/indenizatória e de que, nos termos do parágrafo 11 do artigo 201 da CF, somente as parcelas incorporáveis ao salário do servidor para fins de aposentadoria sofreriam a incidência da contribuição previdenciária.

Elenca, nesse sentido, outras decisões do STF.

Em relação ao Superior Tribunal de Justiça - STJ, refere que esse mesmo entendimento restou sedimentado em voto da Ministra Eliana Calmon que, julgando incidente de uniformização jurisprudencial, manteve a orientação firmada pela Turma de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, declarando que a contribuição previdenciária não incide sobre o terço constitucional de férias, “verba que detém natureza indenizatória por não se incorporar à remuneração do servidor para fins de aposentadoria”.

Também neste caso, arrola outras decisões judiciais.

Tem, portanto, como incabível a cobrança de contribuições previdenciárias sobre o terço constitucional de férias, razão pela qual deve ser homologada a compensação realizada pelo Município.

Trata, nesse mesmo diapasão, dos pagamentos efetuados a título de horas extras, fazendo referência a decisões do STF, no sentido da impossibilidade de incidência de contribuição previdenciária, “**uma vez que não são incorporáveis ao salário do contribuinte para fins de aposentadoria, não devem compor a base de cálculo de tal exação.**” (Grifado no original.)

Em seqüência, examina os créditos dos agentes políticos e os créditos das parcelas indenizatórias.

Afirma inicialmente que as compensações previdenciárias realizadas pelo Município dizem respeito às cotas patronais indevidamente recolhidas sobre os subsídios dos agentes políticos, durante o período de fevereiro de 1998 a setembro de 2004, e têm como fundamento o acórdão proferido pelo STF, no RE n.º 351.717, “cujos efeitos da declaração de inconstitucionalidade foram estendidos pela Resolução do Senado Federal n.º 26/2005.”

Refere, ainda, que a Previdência Social já regulamentou a matéria, “mediante a Instrução Normativa n.º 15/2006.”

Destaca que, ao contrário do afirmado pela Fiscalização, os períodos tidos como não declarados em GFIP foram corretamente pagos pela Prefeitura, “seja por meio de recolhimento correto, seja por via de parcelamento, o qual também possibilita a compensação, conforme exposto”.

Conclui que, de acordo “com as leis municipais que instituíram os subsídios dos agentes políticos para o período compreendido entre fevereiro/1998 e setembro/2004, depreende-se que o município possui um crédito a ser recuperado de R\$ 515.398,49 (quinhentos e quinze mil trezentos e noventa e oito reais e quarenta e nove centavos), aplicando-se a alíquota de 21% (20% + 1%), referente à parte patronal + SAT, respectivamente, conforme planilha de valores atualizados”.

Reporta-se, neste caso, à planilha de fls. 446/447.

Quanto aos créditos compensados a título de verbas indenizatórias, afirma que estes “foram calculados computando-se os valores referentes a contribuições previdenciárias indevidamente recolhidas sobre o terço constitucional de férias e as horas extras, de acordo com as folhas de pagamento da Prefeitura Municipal, que seguem em anexo a esta Impugnação.”

Entende que os documentos em anexo comprovam a existência do crédito em favor do Município, o qual, juntamente com o crédito das contribuições indevidas dos agentes políticos, autoriza a compensação realizada, inclusive havendo saldo a compensar.

Ao final, o impugnante requer **(a)** seja verificado o efetivo recolhimento das contribuições indevidas pelo Município, de acordo com a documentação em anexo; e **(b)** sejam, em consequência, “refeitos os cálculos dos valores passíveis de compensação apresentados por esta DRF, com a consequente homologação do valor de R\$ 625.275,22 (seiscentos e vinte e cinco mil duzentos e setenta e cinco reais e vinte e dois centavos), compensados nas competências 01 a 12/2009.

A impugnação vem instruída pelos documentos de fls. 444/2.303.

Foi proferido o Acórdão 10-52.391 - 7ª Turma da DRJ/POA, fls. 2308/2323, que julgou improcedente a impugnação.

A seguir transcrevo as ementas do acórdão recorrido:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2009

SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO.

O salário-de-contribuição, para o segurado empregado, corresponde, na forma da lei, à remuneração total por ele auferida junto à empresa. Em consequência, para que determinada vantagem decorrente da relação laboral não componha o respectivo salário-de-contribuição, há a necessidade de expressa previsão legal.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2009

COMPENSAÇÃO. GLOSA. RETIFICAÇÃO PRÉVIA DAS GFIPS. PRAZO
PRESCRICIONAL. CONTAGEM.

O direito de compensar pagamentos indevidos decorrentes de norma declarada inconstitucional tem, como pressuposto, a retificação das Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social - GFIPs relativamente às contribuições originalmente declaradas nos moldes da norma inconstitucional. Deve, também, ser observado o prazo prescricional de cinco anos contados da data em que efetuados os pagamentos considerados indevidos.

Impugnação Improcedente
Crédito Tributário Mantido

Cientificado do Acórdão em 18/11/2014 (Aviso de Recebimento – AR de fls. 2326/2327), o contribuinte apresentou recurso voluntário em 17/12/2014, fls. 2329/2338, que contém, em síntese:

-Em nenhum momento tenha sido tratado de ponto de importância fulcral, e que diz respeito à ausência de controvérsia quanto ao recolhimento de parte das parcelas compensadas pelo contribuinte.

-É importante que se reconheça que de fato o contribuinte não apenas declarou, como também recolheu os tributos incidentes sobre as verbas de natureza indenizatória, mais precisamente sobre o Terço Constitucional de Férias e as Horas Extras.

- Conforme se observa do Relatório Fiscal do Auto de Infração, parcela do montante passível de repetição se originou de recolhimentos indevidos efetuados sobre parcelas de natureza indenizatória, ou seja, daquelas não integrantes da base de cálculo das contribuições previdenciárias, e, por conseguinte não computadas no salário-de-contribuição, conforme planilha trazida pelo contribuinte, a qual teve sua gênese, repita-se, a partir do exame das folhas de pagamento do Município.

- Nesse sentido, a Lei n.º. 8.212/91 (art. 28, §99), e a Instrução Normativa n.º. 971/2009 da Receita Federal do Brasil (art. 58) consolidaram em seus textos as verbas salariais que não seriam computadas na base de cálculo da contribuição previdenciária.

-Os atos infraconstitucionais consubstanciados na Lei n.º. 8.212/1991, e na IN n.º. 971/2009 não podem furtar-se do princípio contributivo, insculpido na Constituição da República.

-Foi apurado aporte financeiro oriundo de pagamentos indevidos de contribuição previdenciária incidente sobre verbas de natureza indenizatória, in cosu o adicional de horas extras.

-Não se pode perder de vista que a finalidade do pagamento pelas horas extras trabalhadas é exatamente indenizar o empregado pelo horário de descanso e de lazer sacrificados.

-Para empregar sua força de trabalho na jornada extraordinária, obrigatoriamente ter que sacrificar o tempo que dispunha para o seu lazer, descanso e convívio familiar, em indenização a este sacrifício paga-se o adicional que a lei, previamente tarifando a indenização, estipula para as horas extraordinárias, verba esta que ostenta nítida natureza indenizatória,

- O mesmo pode ser dito no que tange ao terço constitucional de férias, o qual já teve o entendimento pacificado no STF e no STJ.

- É claramente pertinente é o entendimento relativamente à aceitação de julgados pretéritos como referência de validade para o entendimento manifestado pelo contribuinte.

-Por fim, recentemente foi publicada a Lei 12.844/2013, a qual passou a prever a possibilidade de revisão de ofício, dos créditos constituídos, nos termos do art. 19, IV, V, c/c, § 79.

- Requer que seja acatado o pleito de compensação dos valores declarados a título de verbas indenizatórias, divergência CCOR/GFIP e alíquota SAT/RAT.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Wilsom de Moraes Filho, Relator.

ADMISSIBILIDADE

O recurso voluntário foi oferecido no prazo legal, assim, deve ser conhecido.

MÉRITO

A partir do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do RE 566.621/RS com repercussão geral, firmou-se entendimento no sentido de que nos casos de repetição ou compensação ajuizados a partir de 9 de junho de 2005, o prazo para a repetição do indébito é de cinco anos do pagamento indevido, aplicando-se, por outro lado, o prazo de dez anos do fato gerador, para os processos anteriores à data de 9/06/2005, conforme ementa a seguir transcrita:

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 AJUIZADOS 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 autoproclamado 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.

A matéria acerca do prazo para pleitear administrativamente a restituição de tributo, encontra-se pacificada dentro desse Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, conforme teor da Súmula CARF n.º 91 (vinculante):

Ao pedido de restituição pleiteado administrativamente antes de 9 de junho de 2005, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, aplica-se o prazo prescricional de 10 (dez) anos, contado do fato gerador.

No caso em tela não foi apresentada/encontrada qualquer ação intentada pelo Município de Itaú em desfavor da RFB, contra a cobrança de contribuições previdenciárias ou em que fosse pleiteada sua compensação ou restituição.

Haja vista a inexistência de ação judicial acerca da matéria, estão prescritos todos os pagamentos efetuados antes dos cinco anos anteriores à primeira compensação efetuada, concernente a janeiro de 2009.

Assim já estão prescritos os pagamentos realizados até o dia 31/12/2003.

DOS CRÉDITOS DOS AGENTES POLÍTICOS

A alínea “h” do inciso I do artigo 12 da Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991, acrescentada pelo parágrafo 1.º do artigo 13 da Lei n.º 9.506, de 30 de outubro de 1997, foi declarada inconstitucional em decisão definitiva do STF, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 351.717-1 - Paraná. Embora essa decisão – datada de 08 de outubro de 2003.

Nada há, portanto, a discutir quanto à inconstitucionalidade da exação estatuída em relação aos exercentes de mandato eletivo municipal (prefeitos, vice-prefeitos e vereadores), no período de 1.º de fevereiro de 1998 a 18 de setembro de 2004.

Em sede administrativa, os procedimentos acerca da devolução e compensação de valores arrecadados pela Previdência Social, bem assim quanto aos créditos constituídos, com base no referido dispositivo legal, foram estabelecidos pela Instrução Normativa MPS/SRP n.º 15, de 12 de setembro de 2006 (DOU de 18 de setembro de 2006).

A IN MPS/SRP n.º 15/2006, na redação vigente à época em que efetuadas as compensações ora glosadas – janeiro de 2009 a dezembro de 2009 –, estabelecia os seguintes procedimentos para a compensação de contribuições recolhidas com suporte na alínea “h” do inciso I do artigo 12 da Lei n.º 8.212/91, acrescentada pela Lei n.º 9.506/97:

Art. 3.º O direito de efetuar compensação ou de solicitar restituição a que se refere esta Instrução Normativa prescreve em cinco anos, contados a partir do pagamento. (Redação dada pela IN MPS/SRP n.º 18, de 10 de novembro de 2006) – .

[...]

Art. 6.º É facultado ao ente federativo, observado o disposto no art. 3.º, compensar os valores pagos à Previdência Social com base no dispositivo referido no art. 1.º, observadas as seguintes condições:

I - a compensação deverá ser precedida de retificação das GFIP, para excluir destas todos os exercentes de mandato eletivo informados, bem como, a remuneração proporcional ao período de 1.º a 18 na competência setembro de 2004 relativa aos referidos exercentes;

II - deverá ser realizada com contribuições previdenciárias declaradas em GFIP; (Redação dada pela IN RFB n.º 909, de 14 de janeiro de 2009)

III - o ente federativo deverá estar em situação regular, considerando todos os seus órgãos e obras de construção civil executadas com pessoal próprio, em relação às contribuições sociais previstas nas alíneas “a”, “b” e “c” do parágrafo único do art. 11 da Lei n.º 8.212, de 1991, e das contribuições instituídas a título de substituição; (Redação dada pela IN RFB n.º 909/2009)

IV - o ente federativo deverá estar em dia com parcelas relativas a acordos de parcelamento de contribuições objeto dos lançamentos de que trata o inciso III, considerados todos os seus órgãos e obras de construção civil executadas com pessoal próprio;

V - somente é permitida a compensação de valores que não tenham sido alcançados pela prescrição;

VI - a compensação somente poderá ser realizada em recolhimento de importância correspondente a períodos subsequentes àqueles a que se referem os valores pagos com base na alínea “h” do inciso I do art. 12 da Lei 8.212, de 1991, acrescentada pelo § 1.º do art. 13 da Lei n.º 9.506, de 1997; e

VII - (Revogado pela IN RFB n.º 909/2009)

Examinados os recibos e as folhas de pagamento da Prefeitura Municipal de Itaú no período de fevereiro de 1998 a setembro de 2004, a autoridade lançadora constatou o desconto de contribuição previdenciária relacionada ao Prefeito e Vice-Prefeito somente nas competências janeiro de 2003 a novembro de 2003, “sendo a data do último pagamento em 28/11/2003”, portanto já atingido pela prescrição.

Essas afirmações são corroboradas pelas cópias de recibos de e-fls. 68/231, por meio das quais contata-se, que, até dezembro de 2002, a remuneração do Prefeito e do Vice-Prefeito do Município de Itaú não sofreu desconto de contribuição previdenciária, apenas do Imposto de Renda Retido na Fonte - IRRF; que o desconto de contribuição previdenciária ocorreu somente nas competências janeiro de 2003 a novembro de 2003; e a partir de 2004, voltou a ser descontado apenas o IRRF em relação à remuneração do Prefeito e do Vice-Prefeito.

No tocante às GFIPs da Prefeitura Municipal, a Fiscalização aduz que o Prefeito Municipal no período de fevereiro de 1998 a setembro de 2004, Francisco Neuremberg Fernandes, foi informado em GFIP nas competências janeiro de 2002, março de 2002, abril de 2002, maio de 2002 e março de 2003 a novembro de 2003, todas já prescritas. Na competência dezembro de 2003, o Prefeito Municipal também foi informado, porém com a remuneração de R\$ 1.869,34, inferior àquela efetivamente recebida, que foi de R\$ 4.200,00. O Vice-Prefeito no período de fevereiro de 1998 a dezembro de 2000, Airanildes Alves Brasil, em nenhum momento foi declarado em GFIP. Já o Vice-Prefeito a partir de janeiro de 2001, Francisco Brito de Medeiros, foi declarado em GFIP nas competências março de 2003 a novembro de 2003, já prescritas, e dezembro de 2003, fevereiro de 2004 e dezembro de 2004, também com valores de remuneração declarados em montante inferior àqueles efetivamente recebidos.

É importante frisar, tendo em vista informação da autoridade lançadora, no subitem 5.6 do Relatório Fiscal, que o valor do recolhimento da competência dezembro de 2004 não pode ser considerado para fins de compensação, porquanto, a partir de 19 de setembro de 2004, passaram a ser efetivamente devidas as contribuições incidentes sobre valores pagos, devidos ou creditados ao exercente de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, desde que não vinculado a Regime Próprio de Previdência Social, agora de acordo com a alínea “j” do

inciso I do artigo 12 da Lei n.º 8.212/91, acrescentada pela Lei n.º 10.887, de 18 de junho de 2004, publicada no DOU de 21 de junho de 2004.

A planilha de e-fls. 39/40, com os valores de remuneração dos detentores de mandato eletivo informados em GFIP no período de janeiro de 2002 a dezembro de 2004 (competências descontínuas).

No que diz respeito à Câmara Municipal de Itaú, ao examinar os recibos e folhas de pagamento dos vereadores no período de fevereiro de 1998 a setembro de 2004, a autoridade lançadora constatou o desconto de contribuição previdenciária somente nas competências fevereiro de 2003 a janeiro de 2004; com relação às GFIPs, foi constatada a inclusão de informação concernente aos vereadores somente nas competências janeiro de 2002 a junho de 2002 e janeiro de 2003 a dezembro de 2003 – das quais apenas esta última não foi atingida pela prescrição.

Quanto às GFIPs, a planilha de fls. 41/44; e, quanto às folhas de pagamento, os documentos de fls. 232/397. A autoridade lançadora diz que ao verificar os extratos da Câmara Municipal, no Sistema de Arrecadação PLENUS - ÁGUIACCORGFIP – CONSULTA VALORES A RECOLHER x VALORES RECOLHIDOS x LDCG/DCG (e-fls. 24/26), constatou o não recolhimento dos valores relacionados aos detentores de mandato eletivo, mas apenas os pagamentos concernentes aos servidores desse órgão. “Descarta-se, desta forma, qualquer direito à compensação, tendo em vista ser inconcebível a solicitação de compensação de valores numa competência em que o órgão configura como devedora das contribuições previdenciárias.”

A compensação relativa à remuneração dos vereadores do Município de Itaú, na competência dezembro de 2003, a única que não foi atingida pela prescrição, não pode ser realizada, pois não se pode compensar valores de contribuições previdenciárias não recolhidas. Sem recolhimento não há crédito a ser aproveitado pelo impugnante.

No que diz respeito à retificação das GFIPs, com a finalidade de excluir destas todos os exercentes de mandato eletivo informados até o dia dezoito da competência setembro de 2004 – condição prévia para a realização das compensações ora glosadas –, verifica-se que tal providência não foi implementada pelo impugnante, o que é confirmado por ele mesmo, já em sede de impugnação, quando afirma que:

V. DA RETIFICAÇÃO DAS GFIPs

29. Conforme informado anteriormente a esta DRF, por meio do ofício datado de 20 de janeiro de 2010, as GFIPs nas quais ocorreram as contribuições indevidas já estão sendo devidamente retificadas, conforme se pode observar dos sistemas de informação da Receita Federal do Brasil.

30. Tal demora ocorre pela dificuldade em se transformar arquivos físicos de competências mais antigas, como 1999 e 2000, em arquivos digitais compatíveis com o atual padrão da SEFIP, sendo necessária a inclusão manual de todos os nomes constantes em folhas de pagamento da época, o que demanda grande trabalho por parte dos servidores municipais.

Observa-se que as compensações glosadas foram realizadas com as contribuições previdenciárias declaradas pelo impugnante nas GFIPs das competências janeiro de 2009 a dezembro de 2009, evidentemente posteriores àquelas a que se referem os valores pagos com base na alínea “h” do inciso I do artigo 12 da Lei n.º 8.212/91, acrescentada pela Lei n.º 9.506/97.

Quanto ao preenchimento das GFIPs em que realizadas tais compensações, que, nos termos do subitem 2.16 - “Compensação” do Manual da GFIP/SEFIP para Usuários do SEFIP 8.4, aprovado pela Instrução Normativa RFB n.º 880, de 16 de outubro de 2008 (publicada no DOU de 17 de outubro de 2008), e alterações, deve ser informado, nessas GFIPs, “o período (competência inicial e competência final) em que foi efetuado o pagamento ou recolhimento indevido”.

Examinadas as telas de GFIP de e-fls. 46/57, correspondentes às competências janeiro de 2009 a dezembro de 2009, verifica-se, quanto ao período inicial, que foram informadas as competências fevereiro de 1998 (03 GFIPs), janeiro de 1999 (02 GFIPs), fevereiro de 1999, julho de 1999, agosto de 1999, setembro de 1999, outubro de 1999, novembro de 1999 e dezembro de 1999.

Considerando o período prescricional de cinco anos, contado a partir da data do pagamento das contribuições objeto de compensação, conforme já explicado, se verifica a incorreção das informações prestadas.

No que diz ao período final, foram informadas as competências setembro de 2004 (06 GFIPs), julho de 2009, agosto de 2009, setembro de 2009, outubro de 2009, novembro de 2009 e dezembro de 2009 – quando a última competência passível de compensação, no que pertine aos recolhimentos efetuados com base na alínea “h” do inciso I do artigo 12 da Lei n.º 8.212/91, julgada inconstitucional, seria a de setembro de 2004, considerada a remuneração proporcional ao período de 1.º a 18 desse mesmo mês.

Considerando o período prescricional de cinco anos contados do recolhimento das contribuições julgadas inconstitucionais, incidentes sobre a remuneração dos exercentes de mandato eletivo municipal e as contribuições efetivamente recolhidas no período não atingido pela prescrição, conclui-se que o Município de Itaú teria direito a compensar as contribuições previdenciárias relativas ao Prefeito Municipal, na competência dezembro de 2003, e ao Vice-prefeito, nas competências dezembro de 2003 e fevereiro de 2004. Ocorre, contudo, que restou inobservado o requisito estabelecido no inciso I do artigo 6.º da IN MPS/SRP n.º 15/2006, na medida em que não foram retificadas previamente as GFIPs em que haviam sido informados os exercentes de mandato eletivo, deixando portanto de excluir dessas guias as respectivas remunerações, no período abrangido pela declaração de inconstitucionalidade.

Dessa forma não assiste razão a o recorrente.

Da COMPENSAÇÃO DOS PARCELAMENTOS REALIZADOS

No subitem 5.12 do Relatório Fiscal, constam elencados os DEBCADs n.º 32.480.374-5, 35.586.409-6, 36.626.265-3, 36.626.266-1, 55.787.275-8 e 60.332.196-8, concernentes ao Município de Itaú. Diz que :

- a) O DEBCAD n.º 35.586.409-6, o único que consta na situação “Incluído em Parcelamento Especial”, refere-se a valores confessados relativos às folhas de pagamento “da educação, agricultura, entre outras”, sem a inclusão dos detentores de mandato eletivo;
- b) Os DEBCADs n.º 36.626.265-3, 36.626.266-1, 55.787.275-8 e 60.332.196-8 dizem respeito a contribuições de segurados contribuintes individuais relacionados a fretes/transportadores autônomos, reclamatória trabalhista e outros segurados; e

- c) O DEBCAD n.º 32.480.374-5 corresponde a períodos não abrangidos pela contribuição em apreço, sem vinculação com detentos de mandato eletivo.

Nenhum desses processos refere-se, portanto, a contribuições incidentes sobre a remuneração dos detentores de mandato eletivo, no período atingido pela declaração de inconstitucionalidade.

Ademais, não se pode olvidar que, em conformidade com o artigo 2.º da Portaria MPS n.º 133, de 02 de maio de 2006 (DOU de 03 de maio de 2006), quaisquer débitos oriundos das contribuições incidentes sobre a remuneração dos detentores de mandato eletivo no período declarado inconstitucional pelo STF deveriam ser cancelados ou retificados, independentemente da fase em que se encontrassem.

Logo, não há que se falar, no caso, em compensação de valores que não foram parcelados, nem tampouco recolhidos pelo contribuinte.

DO TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS, DAS HORAS EXTRAS E VERBAS INDENIZADAS.

Cabe neste momento citar o acórdão de piso:

“Nos termos do artigo 28, inciso I, da Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991, na redação dada pela Lei n.º 9.528, de 10 de dezembro de 1997, combinado com o artigo 214, inciso I, do Regulamento da Previdência Social - RPS aprovado pelo Decreto n.º 3.048, de 06 de maio de 1999, o salário-de-contribuição, para o segurado empregado, corresponde à remuneração por ele auferida na empresa, “assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa”.

Já o parágrafo 9.º do artigo 28 da Lei n.º 8.212/91, combinado com o parágrafo 9.º do artigo 214 do RPS, enumera, de forma exaustiva, as parcelas que não integram o salário-de-contribuição, para fins de incidência de contribuições. A legislação aplicável à espécie estabelece, portanto, como regra geral, a incidência de contribuição previdenciária sobre a remuneração total dos segurados a serviço da empresa; somente em um segundo momento é que são definidas, de forma expressa e exaustiva, porquanto excepcionais, as hipóteses de isenção do pagamento dessa exação. E nem poderia ser de outra forma, haja vista, **primeiro**, que, nos termos do artigo 97, inciso VI, combinado com o artigo 175, inciso I, ambos do Código Tributário Nacional - CTN, somente a lei pode estabelecer hipótese de exclusão, ou, mais especificamente, de isenção do pagamento de contribuições sociais; e, **segundo**, que o artigo 111 desse mesmo código determina sejam interpretados literalmente os dispositivos legais que disponham sobre exclusão do crédito tributário, i.e., sobre isenção.

Em conseqüência, por se tratar de exceção à regra, a interpretação do parágrafo 9.º do artigo 28 da Lei n.º 8.212/91 – assim como de qualquer outro dispositivo legal que estabeleça isenção do pagamento de tributos – deve ser feita de maneira restritiva, de sorte que, para que determinada vantagem decorrente da relação laboral não componha a base de cálculo do tributo (salário-de-contribuição), há a necessidade de expressa previsão legal. Por outras palavras, as contribuições previdenciárias incidem, regra geral, sobre a remuneração total do trabalhador, excetuadas apenas e tão-somente aquelas parcelas definidas de forma expressa e exaustiva em lei. Examinado o parágrafo 9.º do artigo 28 da Lei n.º 8.212/91, e alterações, verifica-se que o terço constitucional de férias e as horas-extras não se

encontram entre as hipóteses elencadas nesse dispositivo legal, no tocante à isenção da incidência de contribuições.

Assim, os valores dessas vantagens econômicas devem, necessariamente, integrar as bases de cálculo das contribuições previdenciárias devidas pela empresa, sendo incabível a sua utilização para fins de compensação. Resta, em consequência, prejudicado o exame dos documentos de fls.450/2.303, que correspondem, em síntese, a resumos totais / parciais das folhas de pagamento da Prefeitura do Município de Itaú, além de alguns recibos de pagamento, do período de outubro de 1996 a dezembro de 2009. Registre-se, ainda, que o impugnante, neste caso, sequer juntou demonstrativo das contribuições cuja compensação entende devida. Não há destarte, que se falar em "créditos das parcelas indenizatórias", relativamente às contribuições previdenciárias recolhidas sobre os valores do terço constitucional de férias e das horas-extras."

No Relatório Fiscal no item 6.4 (e-fls. 19) diz que :

(...)as decisões ali mostradas e emanadas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal dizem respeito ao pagamento de férias e horas extras a servidores públicos filiados a Regime Próprio de Previdência Social, o que não é o caso dos servidores do Município de Itaú.

Em relação ao terço constitucional de férias, o STF, por ocasião do julgamento do RE nº 1.072.485 (com repercussão geral reconhecida), fixou a tese para o Tema de Repercussão Geral 985/STF, no sentido de que é legítima a incidência de contribuição social sobre o valor satisfeito a título de terço constitucional de férias.

No que tange às horas extras, o Superior Tribunal de Justiça firmou a tese que "as horas extras e seu respectivo adicional constituem verbas de natureza remuneratória, razão pela qual se sujeitam à incidência de contribuição previdenciária" (Tema nº 687) julgado nos autos do REsp nº 1.358.281, sob a instrumentária do artigo 543-C, do CPC/1973, o qual é de observância obrigatória por este Colegiado nos termos do artigo 62, § 2º, do Anexo II ao RICARF, não havendo que se falar em exclusão das horas extras e seus reflexos.

No que diz respeito a férias indenizadas e seu adicional, abono de férias e auxílio doença, consta no relatório fiscal(e-fls. 18) que o Município foi intimado e reintimado a apresentar a demonstração dos valores que deram origem a tais compensações, mas não o fez em momento algum. É ônus do contribuinte demonstrar e comprovar isso.

Conclui-se que não assiste razão ao recorrente e não há reparos a fazer no acórdão de piso.

Da COMPENSAÇÃO ORIUNDA DA ALÍQUOTA SAT

No caso dos Órgãos Públicos a alíquota era de 1%. Com a publicação do Decreto 6.042 de 12 de fevereiro de 2007, que alterou o Decreto 3.048/99, este percentual foi elevado para 2% e, dependendo de determinados enquadramentos relacionados ao Fator Acidentário Previdenciário - FAP, esta alíquota oscila para mais ou para menos.

No Relatório Fiscal (e-fls 19) diz que apesar das alterações já ditas continuou a informar em suas GFIP a alíquota de 1%. Apenas nas competências 06/2009, 07/2009, 08/2009 e 09/2009 esta alíquota informada foi de 2%, sendo que estas GFIP estão com informação de compensação.

Não pode haver compensação de valores que não foram recolhidos a maior. A recorrente não prova o contrário.

Da POSSIBILIDADE DE NÃO APLICAÇÃO DA LEI EM FACE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Neste ponto, esclarece-se que a alegação de inconstitucionalidade de lei não pode ser parecida pelo órgão administrativo, enquanto não for declarada inconstitucional pelo STF, ou examinado seu mérito no controle difuso (efeito entre partes) ou revogada por outra lei federal, a referida lei estará em vigor e cabe à administração pública acatar suas disposições.

Por esse modo, ao órgão de julgamento fica vedado afastar à aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade, nos termos do art. 26 A e parágrafo único, do Decreto 70.235/72, bem como art. 62 do Regimento interno do CARF, conforme enunciado: " Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária".

CONCLUSÃO

Isso posto, voto por CONHECER do recurso voluntário, e no mérito negar-lhe provimento.

(assinado digitalmente)

Wilsom de Moraes Filho.