



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

Processo n° 13433.000667/2010-44
Recurso n° 000.001 Voluntário
Acórdão n° 2402-003.007 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de agosto de 2012
Matéria GLOSA DE COMPENSAÇÃO
Recorrente OLHO DÁGUA DOS BORGES - PREFEITURA MUNICIPAL
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/11/2008 a 30/11/2009

COMPENSAÇÃO - PRAZO PRESCRICIONAL - CINCO ANOS - LC Nº 118/2005

Após a vigência da Lei Complementar nº 118/2005 que em seu art. 3º estabeleceu que a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento de homologação, no momento do pagamento antecipado, aplica-se o prazo de cinco anos a partir do pagamento como prazo para efetuar compensações ou pedir restituições. Assim, as compensações efetuadas após 09/06/2005, bem como pedidos de restituição apresentados após esta data devem ter a prescrição verificada considerando o prazo de cinco anos estabelecido no citado diploma legal

MATÉRIA NÃO IMPUGNADA NO PRAZO - PRECLUSÃO - NÃO INSTAURAÇÃO DO CONTENCIOSO

Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante no prazo legal. O contencioso administrativo fiscal só se instaura em relação àquilo que foi expressamente contestado na impugnação apresentada de forma tempestiva

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

Ana Maria Bandeira- Relatora.

Júlio César Vieira Gomes – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Júlio César Vieira Gomes, Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado, Ronaldo de Lima Macedo, Thiago Taborda Simões e Nereu Miguel Ribeiro Domingues.

Relatório

O presente lançamento trata de glosa de compensações efetuadas pelo sujeito passivo, as quais foram consideradas indevidas pela auditoria fiscal.

Segundo o Relatório Fiscal (fls. 14/26), embora devidamente intimada, a autuada não apresentou o demonstrativo de apuração dos valores que deram origem à compensação informada em GFIP – Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social, dos valores já compensados e a compensar, acompanhado dos comprovantes dos respectivos pagamentos indevidos. Também não apresentou os comprovantes do pagamento das contribuições sociais incidentes sobre as parcelas que não integram a base de cálculo para fins de incidência de contribuições.

A autuada, através das GFIP, efetivou a compensação alegando possuir créditos em seu favor decorrente de pagamentos efetuados à Seguridade Social em virtude de remunerações pagas aos exercentes de mandato eletivo no período em que as referidas contribuições foram declaradas indevidas pelo Supremo Tribunal Federal - STF.

Alega, outrossim, possuir créditos em virtude de pagamento de contribuições previdenciárias incidentes sobre os valores pagos a título de parcelas indenizatórias, a teor do art. 58, incisos IV e V, alínea "h" da Instrução Normativa RFB n.º 971/2009.

No tocante a eventual restituição/compensação das contribuições a cargo dos segurados, o Prefeito Municipal, através de declaração, afirma que as mesmas não são objeto de compensação, mas tão somente a contribuição social a cargo da empresa.

A autuada foi intimada a apresentar cópia de processo judicial referente a ações movida(s) pelo Município contra a cobrança de contribuições previdenciárias ou em que seja pleiteada sua compensação/restituição, acompanhadas de certidão de objeto e pé ou do seu trânsito em julgado.

Não houve apresentação dos documentos solicitados sob o argumento de que tal exigência não seria cabível, haja vista a inconstitucionalidade das cobranças de contribuições previdenciárias sobre as remunerações dos agentes políticos relativo ao período 02/1998 a 09/2004 que foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal com efeito *erga omnes*, por força de Resolução do Senado Federal, sendo desta forma desnecessária a apresentação de propositura de qualquer ação por parte do Município para que fosse reconhecido tal direito. A auditoria fiscal efetuou pesquisa em sites da Justiça Federal e não encontrou qualquer registro de ação proposta pelo Município.

A auditoria fiscal informa que é reconhecido, administrativamente, o direito à compensação/restituição das contribuições incidentes sobre os valores pagos a exercentes de mandatos eletivos, sob a égide da alínea "h" do inciso I do art. 12 da Lei no 8.212. Tal reconhecimento se dá pela Resolução nº. 26 do Senado Federal, de 21.06.2005, (publicada no Diário Oficial da União - D.O.U. em 22.06.2005), da Portaria MPS nº 133, de 02.05.2006, D.O.U. em 03.05.2006 e da Instrução Normativa IN/MPS/SRP no. 15, de 12.09.2006, D.O.U. em 18.09.2006.

Assim, para levar a efeito a compensação, o contribuinte deveria observar as disposições contidas na legislação acima mencionada.

Haja vista o prazo prescricional de cinco (05) anos, contados da data do pagamento indevido para se efetuar a compensação e tendo em vista que a autuada iniciou a compensação em 11/2008, a auditoria fiscal concluiu que teria ocorrido a prescrição relativamente aos pagamentos ocorridos até 31/10/2003.

A auditoria fiscal observou no período não prescrito, ou seja, a partir de 11/2003, que a autuada não informou na GFIP de todas as competências que teria efetuado pagamentos a exercentes de mandato eletivo.

Relativamente aos pagamento efetuados no âmbito da Prefeitura Municipal (prefeito e vice-prefeito), a auditoria fiscal informa, para o período não prescrito, que verificou as GFIP das competências 11/2003 a 09/2004.

Quanto à Câmara Municipal (vereadores), para o período não prescrito foram verificadas apenas as GFIP das competências 11/2003 e 12/2003.

Entende a auditoria fiscal que como o Órgão Municipal não admitiu como fato gerador de contribuição previdenciária as remunerações pagas aos exercentes de mandato eletivo nos períodos que não foram acima mencionados, somente nas competências declaradas/informadas é que se deveria calcular o eventual crédito, caso tenha havido o pagamento da contribuição.

É informado que a relação nominal, remuneração efetiva e declarada em GFIP, recolhimentos totais e eventuais créditos compõem o demonstrativo das compensações efetuadas pelo contribuinte relativos aos prefeito, vice-prefeito e vereadores no período de 02/1998 a 18/09/2004 estão demonstradas nas **PLANILHAS** que seguem anexas ao presente Relatório Fiscal.

Da análise dos recolhimentos efetuados pela Câmara Municipal, para as competências 11/2003 e 12/2003 o contribuinte teria direito ao crédito das contribuições dos vereadores declarados em GFIP caso houvesse realizado a retificação das GFIP, a fim de excluir todos os vereadores inicialmente informados (art. 6º inciso I da IN15/2006 e art. 40, inciso I da Portaria MPS 133/2006).

De igual forma, no âmbito da Prefeitura Municipal, a autuada não retificou as GFIP do período de 11/2003 a 09/2004, a fim de excluir os valores pagos ao prefeito e vice prefeito.

A auditoria fiscal informa que o Sujeito Passivo alegou possuir créditos de contribuições previdenciárias oriundas dos pagamentos de férias indenizadas e respectivo adicional constitucional, inclusive o valor correspondente à dobra da remuneração de férias de que trata o art. 137 da CLT, assim como o abono de férias na forma dos art. 143 e 144 da CLT. No entanto, o contribuinte foi intimado e não apresentou documentação que comprovasse que efetivamente recolhera contribuições sobre tais verbas, as quais possuem seu caráter indenizatório reconhecido.

O contribuinte teria apresentado planilha demonstrativa dos valores que deram origem aos créditos utilizados em GFIP com informações de horas extras (50% e 75%) e um terço de férias (1/3 constitucional). Entretanto, tais parcelas constituiriam base de cálculo para fins de apuração da contribuição previdenciária devida.

A auditoria fiscal procedeu à análise de pedidos de parcelamentos de débitos requeridos pelo Município de Olho D'água do Borges e verificou que houve parcelamento de débitos no período compreendido entre 02/1998 e 11/2002 (ver quadro abaixo), entretanto, conclui que ainda que o Município comprove que eventuais diferenças relativas ao exercentes de mandato eletivo teriam sido parceladas, não caberia a compensação desses valores em GFIP, mas tão somente o direito a revisão ou retificação do débito.

A auditoria fiscal informa, ainda, que o contribuinte procedeu à retificação das GFIP referentes às competências de 08/2009 a 11/2009 em que exclui os valores das compensações anteriormente informadas. No entanto, a teor do art. 7º § 10º do Decreto n.º 70.235/1972, o início do procedimento fiscal exclui a espontaneidade do Sujeito Passivo, portanto não produziu efeitos as GFIP posteriormente entregues.

Além da multa de mora e dos juros SELIC, a auditoria fiscal lançou multa isolada correspondente a 150% (cento e cinquenta por cento) incidentes sobre o valor da compensação indevida, para as declarações entregues **a partir de 04.12.2008**, independentemente da competência a que se referir, considerando que o fato gerador da infração ocorreu na data da entrega da GFIP, já na vigência da MP 449/2008 convertida posteriormente na Lei no 11.941/2009.

A autuada foi intimada do lançamento em 04/08/2010 e apresentou defesa (fls. 221/239) onde alega que, quanto à prescrição do prazo de realizar compensações, esta seria decenal, segundo correta interpretação da Lei Complementar nº 118/2005.

Para a autuada, no que tange aos pagamentos efetivados entre 10.06.00 e 09.06.05, ou seja, anteriormente à vigência da Lei Complementar nº 118/2005, obedece-se à "sistemática dos cinco mais cinco", ou seja, findo o prazo para a homologação, conta-se mais cinco anos. Já quanto aos recolhimentos efetuados de 10.06.05 em diante, incide a LCnº 118/05 em seus exatos termos, ajustando-se o prazo prescricional a cinco anos, computados a partir do pagamento indevido.

Argumenta que tal argumento foi julgado em sede de recurso repetitivo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Alega que possui crédito em face dos recolhimentos efetuados sob a égide da alínea "h", do inciso I, do art. 12, da Lei nº 8.212/91, declarada inconstitucional pelo STF.

De igual forma, entende que possui créditos a serem compensados em face de alegado recolhimento de contribuições sobre verbas que considera indenizatórias, no caso, o terço constitucional de férias e horas extras de seus servidores.

Aduz que não há vedação na compensação das contribuições incidentes sobre os valores pagos a agentes políticos, porventura, incluídas em parcelamentos.

Informa que as GFIP em que foram informadas as contribuições indevidas já estariam sendo retificadas e solicita a exclusão dos juros e multas aplicados.

Pelo Acórdão nº 11-34.387 (fls. 257/263), a 7ª Turma da DRJ/Recife julgou o lançamento procedente.

Contra tal decisão, a autuada apresentou recurso tempestivo onde repete as alegações já apresentadas em defesa e inova no sentido de que ainda teria mais valores a compensar, os quais seriam resultantes da aplicação indevida da alíquota SAT de 2% quando a alíquota correta seria de 1%.

Inova, também, no argumento de que o contribuinte teria apurado créditos oriundos de divergências nas informações realizadas no período compreendido entre 06/2007 a 09/2011 em que existiu um saldo a favor do contribuinte relativo a retenções efetuadas por parte da Receita Federal do Brasil no FPM – Fundo de Participação dos Municípios.

A recorrente ainda alega de forma inovadora que termo *a quo* para repetição do indébito seria a partir da Resolução nº 26 do Senado Federal.

Argumenta que nas competências em que as diferenças se apresentaram negativas ao contribuinte foram lançadas no Parcelamento Especial previsto na Lei nº 11.941/2009 e que foram olvidadas as divergências positivas, as quais não foram devolvidas ao Município.

Manifesta seu inconformismo pela aplicação da multa isolada de 150%.

Os autos foram encaminhados a este Conselho para apreciação do recurso interposto.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Maria Bandeira, Relatora

O recurso é tempestivo e não há óbice ao seu conhecimento.

A recorrente questiona o prazo prescricional quinquenal adotado pela auditoria fiscal para a verificação da compensação efetuada por esta.

Entendeu a auditoria fiscal que o direito de o contribuinte pleitear a compensação/restituição está sujeito à observação do prazo prescricional de cinco (05) anos, contados da data do pagamento indevido, conforme preceitua artigo 168, inciso I da Lei 5.172/66 - Código Tributário Nacional, c/c o artigo 253, inciso I, do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/1999.

A recorrente, por sua vez, entende que o termo *a quo* para repetição do indébito seria a partir da Resolução nº 26 do Senado Federal, publicada no DOU de 22/06/2005.

Menciona a tese do Superior Tribunal de Justiça – STJ, segundo a qual, no caso de lançamento por homologação, o prazo para compensação/restituição somente começaria a ser contado a partir de findo o prazo para homologação que, sendo tácita, terminaria por totalizar dez anos (tese dos cinco mais cinco).

Também considera a Lei Complementar nº 118/2005 que estabeleceu o prazo prescricional de cinco anos a partir do pagamento.

Assim, entende a recorrente que para os recolhimentos efetuados nas competências anteriores à vigência da Lei Complementar nº 118/2005, o prazo prescricional deveria ser verificado segundo a tese do STJ, a qual totalizaria dez anos, já relativamente às competências posteriores à citada Lei Complementar o prazo prescricional seria de cinco anos a partir do pagamento da contribuição indevida.

Relativamente ao entendimento de que o termo *a quo* para repetição do indébito seria a partir da Resolução nº 26 do Senado Federal, cumpre dizer que trata-se de matéria preclusa, ou seja, não foi apresentada em sede de defesa e o contencioso administrativo fiscal só é instaurado mediante apresentação de defesa tempestiva e somente em relação às matérias expressamente impugnadas.

Dessa forma, entendo que encontra-se precluído o direito à discussão de matéria trazida de forma inovadora na segunda instância administrativa, em razão do que dispõe o art. 17 do Decreto nº 70.235/1972, *in verbis*:

“Art.17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante”

Quanto à tese da recorrente de que a prescrição obedeceria a tese dos cinco anos mais cinco, permito-me transcrever entendimento do Conselheiro Ronaldo de Lima Macedo que tratou com propriedade a questão.

Com relação ao direito de realizar a compensação, razão não assiste à Recorrente para realização de todo o período almejado (02/1998 a 09/2004), eis que há competências que foram abrangidas pela prescrição, conforme delineamento registrado no Relatório Fiscal.

A Recorrente não nega que tenha deixado de observar o prazo prescricional de 5 anos previstos no CTN. Ela apenas defende que há de se considerar o prazo de 10 anos para o contribuinte utilizar-se dos créditos a que tem direito para realizar a compensação.

Inicialmente, deve-se observar que o caráter facultativo da compensação não desobriga o sujeito passivo do cumprimento da legislação pertinente, no caso, o Código Tributário Nacional (CTN) e a Lei 8.212/1991. Assim, se em uma ação fiscal ficar constatada a compensação de valores em desacordo com o permitido pela legislação previdenciária, será constituído o crédito tributário por meio do instrumento competente, sem prejuízo das penalidades cabíveis.

A compensação como modalidade de extinção do crédito tributário está prevista no art. 156, II, do Código Tributário Nacional (CTN). 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.

.....
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 Lei Complementar nº 104, de 10.1.2001)”

A Lei 8.212/1991 – diploma que dispõe sobre o Plano de Custeio da Seguridade Social – em seu 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 nos termos e condições estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

“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).”

O direito à compensação surgirá após o pagamento indevido de contribuição destinada à Seguridade Social, de atualização monetária, de multa ou de juros de mora.

Por outro lado, somente é permitida a compensação de valores que não tenham sido alcançados pela prescrição, sendo que o termo inicial deste prazo é considerado a partir do momento do pagamento.

No caso em tela, o direito de realizar a compensação – das contribuições incidentes sobre a remuneração dos agentes políticos municipais e declaradas inconstitucionais pelo STF, com efeitos erga omnes a partir da Resolução nº 26 do Senado Federal, publicada em 21/06/2005 – deverá obedecer ao prazo prescricional previsto no art. 253 do Regulamento da Previdência Social (RPS), aprovado pelo Decreto 3.048/1999, in verbis:

*“Art. 253. O direito de pleitear restituição ou de realizar compensação de contribuições ou de outras importâncias **extingue-se em cinco anos, contados da data:***

*I - **do pagamento ou recolhimento indevido;** ou*

II - em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a sentença judicial que tenha reformado, anulado ou revogado a decisão condenatória .”

Isso está em consonância com o art. 168 do CTN, que prescreve o prazo de 5 (cinco) anos para realização do direito de pleitear a restituição de valores recolhidos indevidamente.

“Lei 5.172/1966 – Código Tributário Nacional (CTN):

Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II - erro na edificação 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.

.....
Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I - nas hipótese dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário; (Vide art. 3º da LCp nº 118, de 2005)

II - na hipótese do inciso III do artigo 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória. (g.n.)”

Por sua vez, a Lei Complementar (LCp) 118/2005 trouxe regra interpretativa, direcionada exclusivamente para esse art. 168, I, do 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 de homologação, no momento do pagamento antecipado** de que trata o §1º do art. 150 da referida Lei. (g.n.)

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.”

É bom registrar que o Supremo Tribunal Federal (STF) manifestou-se no sentido de que os dispositivos da Lei Complementar (LCp) 118/2005, registrados acima, são regras válidas com aplicação do novo prazo de 5 anos para as ações ajuizadas após 120 dias da publicação da lei (a partir de 09/06/2005), nos termos do seu Informativo nº 634, de 1º a 5 de agosto de 2011:

“[...] Prevaleceu o voto proferido pela Min. Ellen Gracie, relatora, que, em suma, assentara a ofensa ao princípio da segurança jurídica – nos seus conteúdos de proteção da confiança e de acesso à Justiça, com suporte implícito e expresso nos artigos 1º e 5º, XXXV, da CF – e considerara 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 9.6.2005. Os Ministros Celso de Mello e Luiz

Fux, por sua vez, dissentiram apenas no tocante ao art. 3º da LC 118/2005 e afirmaram que ele seria aplicável aos próprios fatos (pagamento indevido) ocorridos após o término do período de vacatio legis. Vencidos os Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes, que davam provimento ao recurso. RE 566621/RS, rel. Min. Ellen Gracie, 4.8.2011. (RE-566621-Repercussão Geral)”

Esses prazos aplicam-se também às hipóteses de declaração de inconstitucionalidade de tributos pelo STF, que é o caso do presente processo, cujos créditos respectivos só podem ser pleiteados em repetição ou compensação se dentro do prazo prescricional de 5 (cinco) anos contado a partir do efetivo pagamento indevido. Isso está em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que tem entendido ser “irrelevante para o estabelecimento do termo inicial da prescrição da ação de repetição e/ou compensação, a eventual declaração de inconstitucionalidade do tributo pelo E. STF” (STJ, 1ª Turma, AgRg Resp. 615819/RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 01.06.2004, DJ 28.06.2004, p. 209).

No mesmo sentido, observa-se que a jurisprudência do STJ alinha-se com as decisões do STF no sentido de que o prazo, para exigir a restituição ou compensação de tributos, inicia-se a partir do pagamento indevido pelo sujeito passivo, sendo irrelevante a data de declaração de inconstitucionalidade do tributo pelo STF ou de edição de Resolução pelo Senado Federal, inteligência dos arts. 156, inciso I, e 168, inciso I, do CTN, conforme ficou estabelecido na Ementa do Resp. 1110578/SP/RT 900, in verbis:

*“Ementa oficial: **TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. TRIBUTO DECLARADO INCONSTITUCIONAL. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO DE OFÍCIO.***

1. O prazo de prescrição quinquenal para pleitear a repetição tributária, nos tributos sujeitos ao lançamento de ofício, é contado da data em que se considera extinto o crédito tributário, qual seja, a data do efetivo pagamento do tributo, a teor do disposto no artigo 168, inciso I, c.c artigo 156, inciso I, do CTN. (...) 2. A declaração de inconstitucionalidade da lei instituidora do tributo em controle concentrado, pelo STF, ou a Resolução do Senado (declaração de inconstitucionalidade em controle difuso) é despicienda para fins de contagem do prazo prescricional tanto em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, quanto em relação aos tributos sujeitos ao lançamento de ofício. (...) 3. In casu, os autores, ora recorrentes, ajuizaram ação em 04/04/2000, pleiteando a repetição de tributo indevidamente recolhido referente aos exercícios de 1990 a 1994, ressoando inequívoca a ocorrência da prescrição, porquanto transcorrido o lapso temporal

quinquenal entre a data do efetivo pagamento do tributo e a da propositura da ação. 4. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 1110578/SP/RT 900). (g.n.)

Assim, a compensação entre crédito e débito tributário efetiva-se por iniciativa do sujeito passivo, 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 sujeito passivo, examinar seus livros e documentos, verificar os cálculos e efetuar o lançamento de valor de compensação indevida, no todo ou em parte.

Dessa forma, considerando a inobservância do prazo prescricional para efetuar a compensação, que seria de 5 (cinco) anos a contar da data do efetivo pagamento indevido, a glosa realizada pelo Fisco encontra-se correta.

Em suma, para a compensação de eventuais créditos ocorrida após a vigência da Lei Complementar nº 118/2005, no caso, a partir de 09/06/2005, o prazo de prescrição a ser considerado é de cinco anos a partir do pagamento indevido.

Como a recorrente efetuou compensações no período de 01/11/2008 a 30/11/2009, correto o entendimento da auditoria fiscal, ao considerar que teria ocorrido a prescrição do direito a compensar valores que pudessem ter sido recolhidos até a competência 10/2003.

Relativamente ao período não prescrito, a auditora fiscal verificou que a recorrente não declarou nas GFIPs de todo o período as remunerações pagas a exercentes de mandato eletivo. Além disso, nas competências em que informou, posteriormente, não retificou as GFIPs, no sentido de retirar tais pessoas, condição para pleitear a restituição ou efetuar compensação.

Quanto à alegação de que as contribuições estariam incluídas em parcelamento, a auditoria fiscal informa que não há comprovação de que tal fato tenha ocorrido e, além disso, não seria caso de efetuar compensação mas de revisão do parcelamento efetuado.

A recorrente alega que possuiria créditos a serem compensados em face de alegado recolhimento de contribuições sobre verbas que considera indenizatórias, no caso, o terço constitucional de férias e horas extras de seus servidores. No entanto, conforme afirmou a auditora fiscal, a recorrente não demonstra que tenha efetuado recolhimento de contribuições sobre tais verbas, sendo que os pagamentos a título de horas extras sequer estão ao abrigo da incidência do tributo.

No mais, a recorrente apresenta de forma inovadora em recurso as alegações de que teria valores a compensar, os quais seriam resultantes da aplicação indevida da alíquota SAT de 2% quando a alíquota correta seria de 1%.

Inova, também, no argumento de que o contribuinte teria apurado créditos oriundos de divergências nas informações realizadas no período compreendido entre 06/2007 a 09/2011 em que existiu um saldo a favor do contribuinte relativo a retenções efetuadas por parte da Receita Federal do Brasil no FPM – Fundo de Participação dos Municípios e que nas competências em que as diferenças se apresentaram negativas ao contribuinte foram lançadas

Processo nº 13433.000667/2010-44
Acórdão n.º 2402-003.007

S2-C4T2
Fl. 616

no Parcelamento Especial previsto na Lei nº 11.941/2009 e que foram olvidadas as divergências positivas, as quais não foram devolvidas ao Município.

Manifesta também, somente em sede de recurso, seu inconformismo pela aplicação da multa isolada de 150%.

Como já argüido, encontra-se precluído o direito a discutir em sede recursal matéria que não sido expressamente impugnada.

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

Voto no sentido de CONHECER do recurso e NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Ana Maria Bandeira - Relatora