



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

Processo nº 13433.720679/2011-70
Recurso nº 000.001 Voluntário
Acórdão nº 2403-001.662 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de outubro de 2012
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente MUNICÍPIO DE GOVERNADOR DIX-SEPT ROSADO - PREFEITURA MUNICIPAL
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/2009 a 30/11/2010

COMPENSAÇÃO. PRESCRIÇÃO

O prazo de 5 anos para a prescrição do direito à compensação aplica-se para pagamentos efetuados a partir de 9 de junho de 2005.

COMPENSAÇÃO. RETIFICAÇÃO DA GFIP.

A retificação da GFIP é condição prévia para que o pagamento seja considerado indevido.

COMPENSAÇÃO. CRÉDITOS LÍQUIDOS E CERTOS.

Somente podem ser compensados créditos líquidos e certos do sujeito passivo contra a Fazenda Nacional.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso para excluir a multa isolada. Vencidos o relator e o conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Marcelo Magalhães Peixoto. Peixoto.

Carlos Alberto Mees Stringari

Presidente e Relator

Marcelo Magalhães Peixoto

Relator Designado

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI (Presidente), IVACIR JULIO DE SOUZA, CAROLINA WANDERLEY LANDIM, PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, MARCELO MAGALHAES PEIXOTO

Relatório

Trata-se de recurso voluntário apresentado contra Decisão da Delegacia da Secretaria da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Recife, Acórdão 11-35.343 da 7ª Turma, que julgou improcedente a impugnação.

A autuação foi assim apresentada no relatório do acórdão recorrido:

Tem-se em pauta o auto de infração no. 37.168.8736, para a exigência de contribuições decorrentes de glosa de compensações indevidas realizadas pelo sujeito passivo, nas competências de 05/2009 a 04/2010.

Consoante relatório fiscal (fl. 16/31), as compensações correspondem ao aproveitamento de supostos créditos relativos à contribuição previdenciária exigida sobre a remuneração dos exercentes de mandato eletivo (prefeito, viceprefeito e vereadores) no período de 02/1998 a 09/2004, cuja cobrança foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

O Fisco relata que, mesmo após as reiteradas intimações, deixaram de ser apresentadas as planilhas demonstrativas de apuração do crédito em favor do contribuinte.

A Fiscalização aponta, ainda, que o sujeito passivo deixou de proceder à prévia retificação das GFIP para a exclusão dos agentes políticos originalmente informados como segurados, desatendendo às normas da Portaria n. 133/2006 e Instrução normativa n. 15/2006.

Prossegue mencionando que a Prefeitura informou em GFIP, em relação ao período de 1999 a 2004, as remunerações do prefeito, Sr. Antonio Gilberto Martins da Costa apenas para a competência 01/2002, sendo que o mesmo participou das gestões de 1997 a 2004. A viceprefeita na gestão de 2001 a 2004, Sra. Lanice Ferreira de Macedo, foi informada nas competências de 05/2001 a 01/2002. O viceprefeito na gestão de

1997 a 2000, Sr. Ivone Carlos da Costa Andrade não foi informado em GFIP. Não houve retificação das GFIP para exclusão das remunerações dos ocupantes de mandato eletivo nos meses em que estas foram informadas. A Câmara Municipal não informou vereadores em GFIP para todo o período de 01/1999 a 09/2004.

Da análise dos valores declarados em GFIP pelo Município, bem como das folhas de pagamentos e balancetes contábeis apresentados, a Fiscalização concluiu que não havia crédito de recolhimentos indevidos a favor do sujeito passivo.

Em consequência, efetuou a glosa dos valores compensados, pelas razões a seguir sintetizadas:

- a) Administrativamente, a prescrição do direito à compensação/restituição ocorre após 5 (cinco) anos do pagamento indevido, conforme artigo 168, inciso I do Código Tributário Nacional c/c o artigo 3º da Lei Complementar 118/2005. O Município de Governador DixSept Rosado – Prefeitura Municipal deu início à compensação na competência 05/2009, cujo vencimento legal da obrigação ocorreu em 19/06/2009 (data da efetivação da compensação), sendo a informação da compensação veiculada em GFIP enviada em 29/05/2009. Desse modo, verifica-se que estão alcançados pela prescrição administrativa eventuais créditos originados de pagamentos indevidos realizados até 18/06/2004;
- b) Ausência de crédito relativo à contribuição: Falta de comprovação quanto à existência efetiva do crédito – deixaram de ser apresentados, embora solicitados por reiteradas vezes, os documentos necessários à apuração do valor devido em cada competência para confrontação com os valores recolhidos e/ou parcelados;
- c) Falta de retificação de GFIP, de modo a excluir as remunerações informadas para os exercentes de mandato eletivo à época, contrariando dispositivos da Portaria MPS 133/2006 e IN SRP 15/2006.

Verificado que o contribuinte reduziu deliberadamente o valor devido à Previdência Social nas competências de 02/2009 a 10/2009, mediante o artifício de veicular informação de compensação na GFIP, cuja regularidade não foi comprovada perante o Fisco em procedimento regular de fiscalização, foi aplicada a multa isolada de 150% (cento e cinquenta por cento) sobre o valor indevidamente compensado, sendo esta aplicada no mês de envio da respectiva GFIP, tudo conforme disposto no parágrafo 10, do art. 89, da Lei nº 8.212/1991, c/c Art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996 (publicada no Diário Oficial da União – D.O.U., em 30 de dezembro de 1996).

Inconformada com a decisão, a recorrente apresentou recurso voluntário, onde alega, em síntese, que:

- Nulidade. Relatório Fiscal confuso e sem o detalhamento necessário.
- Direito à compensação.
- Prescrição decenal (cinco mais cinco).
- Parcelamento Débito 35.226.189-7, resultado de ação fiscal, datado de 07/11/2001, contém a contribuição dos agentes políticos.
- Necessidade de diligência para auferir o montante correspondente aos agentes políticos no parcelamento.
- Requer o aproveitamento das sobras de recolhimento apontadas no Relatório Fiscal.
- Questiona o caráter confiscatório dos acréscimos legais.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Carlos Alberto Mees Stringari, Relator

O recurso é tempestivo e por não haver óbice ao seu conhecimento, passo à análise das questões pertinentes.

NULIDADE

Recorrente manifesta-se pela nulidade do processo argumentando que o Relatório Fiscal é confuso e sem o detalhamento necessário.

Entendo que inexistiu prejuízo para a defesa, que exercitou plenamente o contraditório. Entendo o prejuízo necessário para a decretação de nulidade.

Entendo também que o lançamento preenche os requisitos legais estabelecidos.

O Relatório Fiscal descreve os fatos geradores, a documentação analisada, a apuração do crédito tributário, a multa aplicada e um demonstrativo de crédito consolidado.

A discriminação das contribuições lançadas e respectivos acréscimos moratórios, encontra-se, por levantamento e competência, no Relatório DD-Discriminativo de Débito.

A fundamentação legal do débito, inclusive juros e multas, no anexo FLD - Fundamentação Legal do Débito.

Quanto à confusão alegada, em todo o Relatório Fiscal, o período foi corretamente registrado, 05/2009 a 04/2010, com exceção unicamente do item 4.1, onde, por equívoco, mencionou-se que as glosas se refeririam ao período de 01/2008 a 12/2009.

PROCESSO Nº 13433.720679/2011-70

INFORMAÇÃO PROTEGIDA POR SIGILO FISCAL

RELATÓRIO FISCAL DO AUTO DE INFRAÇÃO 37.168.873-6

*Empresa : MUNICÍPIO DE GOVERNADOR DIX-SEPT
ROSADO - PREFEITURA*

CNPJ : 08.349.094/0001-10

Endereço : Rua Machado de Aguiar, 88

Bairro : Centro CEP: 59.790-000

*Município : Governador Dix-Sept Rosado UF: RN FPAS : 582
CNAE: 7511-6*

Período do débito : 05/2009 a 04/2010

Período fiscalizado : 05/2009 a 04/2010

Valor Consolidado : R\$ 1.982.518,37 (um milhão novecentos e oitenta e dois mil quinhentos e dezoito reais e trinta e sete centavos).

INTRODUÇÃO

Este relatório integra o Auto de Infração – AI DEBCAD nº. 37.168.873-6, através do qual é constituído crédito para a Seguridade Social referente contribuições sociais previstas no artigo 11, inciso II, parágrafo único, alínea “a” da Lei nº. 8.212, de 24 de julho de 1991 (D.O.U de 25/07/1991), em desfavor do MUNICÍPIO DE GOVERNADOR DIX-SEPT ROSADO – PREFEITURA MUNICIPAL - CNPJ 08.349.094/0001-10, decorrente de glosa dos valores compensados indevidamente pela empresa no período de 05/2009 a 04/2010.

...

4 – DA APURAÇÃO E LANÇAMENTO DO CRÉDITO

4.1 As contribuições lançadas mediante o presente auto de infração decorrem de glosa dos valores compensados indevidamente pelo contribuinte nas competências de 01/2008 a 12/2009, conforme a seguir demonstrado.

4.2. Verificamos, com base na documentação e esclarecimentos apresentados, que a compensação realizada pela Prefeitura Municipal de Governador Dix-Sept Rosado nas competências de 05/2009 a 04/2010 corresponde ao aproveitamento de eventuais créditos relativos à realização de supostos pagamentos efetuados relativamente à contribuição previdenciária exigida sobre a remuneração dos exercentes de mandato eletivo (prefeito, vice-prefeito e vereadores) no período de 02/1998 a 09/2004, cuja cobrança foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Também o Relatório Discriminativo do Débito especifica o período correto.

LEV: CI - GLOSA DE COMPENSACAO INDEVIDA

Classificação: Não declarado em GFIP / Órgão Público

Período de Apuração: 05/2009 a 04/2010

Período do Débito: 05/2009 a 04/2010

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

Autenticado digitalmente em 20/12/2012 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI, Assinado digitalmente em 2

0/12/2012 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI

Impresso em 07/01/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Entendo que houve efetivamente um equívoco e que esse equívoco não é suficiente para trazer prejuízo nem anular o lançamento.

DA PRESCRIÇÃO

No lançamento, a fiscalização adotou o prazo prescricional de 5 anos e considerou prescritos os pagamentos efetuados até 18/06/2004.

Relatório Fiscal

*4.3. A compensação relativa às contribuições previdenciárias eventualmente pagas sobre as remunerações dos exercentes de mandato eletivo para o período de 02/1998 a 09/2004 não se submete a nenhuma autorização judicial, **RESSALVADOS** os pagamentos alcançados pelo **PRAZO PRESCRICIONAL**, que, conforme artigo 168, inciso I, da Lei 5.172/66 – Código Tributário Nacional – em consonância com o artigo 3º da Lei Complementar 118/2005, é de **cinco anos** a contar da data do pagamento.*

...

4.6. O Município de Governador Dix-Sept Rosado – Prefeitura Municipal deu início à compensação na competência 05/2009, cujo vencimento legal da obrigação ocorreu em 19/06/2009 (data da efetivação da compensação), sendo a informação da compensação veiculada em GFIP enviada em 29/05/2009. Desse modo, verifica-se que estão alcançados pela prescrição administrativa eventuais créditos originados de pagamentos indevidos realizados até 18/06/2004.

A recorrente apresenta, para fim de prescrição do direito de efetuar a compensação, a tese dos 5 + 5 anos.

Acato a tese pelas razões abaixo apresentadas.

Em relação ao pedido de restituição, assim dispõem os arts. 168, I, e 165, I, do CTN, *verbis*:

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;

(...)

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;

Analisando a citada legislação, verifica-se que o prazo prescricional para requerer a restituição deve ser contado a partir da extinção do crédito tributário que se dá com a homologação pelo Sujeito Ativo, seja ela expressa ou tácita, nos termos do art. 150, § 4º do CTN, *verbis*:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. (grifo nosso)

Nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, como a Contribuição Previdenciária, o Sujeito Ativo tinha o prazo de 5 (cinco) anos da data do fato gerador para homologar o lançamento, ou seja, extinguir o crédito tributário. Após esse prazo, o Sujeito Passivo tinha 5 (cinco) anos para pedir o ressarcimento de eventual pagamento feito a maior. Esse entendimento ficou conhecido como a tese dos “cinco mais cinco”.

Visando evitar o prazo de 10 (dez) anos para o pedido de restituição, foi aprovada a Lei Complementar n. 118, de 09 de fevereiro de 2005, que **modificou** o entendimento do art. 168, I do CTN, para considerar extinto o crédito tributário na data do pagamento, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, *verbis*:

“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.”

No caso em tela, o Recorrente os pagamentos ocorreram antes da entrada em vigor da LC n. 118/05, aplicando-se, portanto, a prescrição nos termos dos “cinco mais cinco”.

Sendo esse, inclusive, o entendimento do STJ em sede de julgamento em Recurso Especial Representativo de Controvérsia, nos termos do art. 543-C do CPC, que tem o condão de uniformizar a jurisprudência, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. AUXÍLIO CONDUÇÃO. IMPOSTO DE RENDA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO.

1. O princípio da irretroatividade impõe a aplicação da LC 118, de 9 de fevereiro de 2005, aos pagamentos indevidos realizados após a sua vigência e não às ações propostas posteriormente ao referido diploma legal, posto norma referente à extinção da obrigação e não ao aspecto processual da ação corresponsiva.

2. O advento da LC 118/05 e suas consequências sobre a prescrição, do ponto de vista prático, implica dever a mesma ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a repetição do indébito é de cinco a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova.

3. Isto porque a Corte Especial declarou a inconstitucionalidade da expressão "observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional", constante do artigo 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/2005 (AI nos ERESP 644736/PE, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 06.06.2007).

4. Deveras, a norma inserta no artigo 3º, da lei complementar em tela, indubitavelmente, cria direito novo, não configurando lei meramente interpretativa, cuja retroação é permitida, consoante apregoa doutrina abalizada: "Denominam-se leis interpretativas as que têm por objeto determinar, em caso de dúvida, o sentido das leis existentes, sem introduzir disposições novas. {nota: A questão da caracterização da lei interpretativa tem sido objeto de não pequenas divergências, na doutrina. Há a corrente que exige uma declaração expressa do próprio legislador (ou do órgão de que emana a norma interpretativa), afirmando ter a lei (ou a norma jurídica, que não se apresente como lei) caráter interpretativo. Tal é o entendimento da AFFOLTER (Das intertemporale Recht, vol. 22, System des deutschen bürgerlichen Uebergangsrechts, 1903, pág. 185), julgando necessária uma Auslegungsklausel, ao qual GABBA, que cita, nesse sentido, decisão de tribunal de Parma, (...) Compreensão também de VESCOVI (Intorno alla misura dello stipendio dovuto alle maestre insegnanti nelle scuole elementari

maschili, in Giurisprudenza italiana, 1904, I, I, cols. 1191, 1204) e a que adere DUGUIT, para quem nunca se deve presumir ter a lei caráter interpretativo - "os tribunais não podem reconhecer esse caráter a uma disposição legal, senão nos casos em que o legislador lho atribua expressamente" (Traité de droit constitutionnel, 3a ed., vol. 2o, 1928, pág. 280). Com o mesmo ponto de vista, o jurista pátrio PAULO DE LACERDA concede, entretanto, que seria exagero exigir que a declaração seja inserida no corpo da própria lei não vendo motivo para desprezá-la se lançada no preâmbulo, ou feita noutra lei.

Encarada a questão, do ponto de vista da lei interpretativa por determinação legal, outra indagação, que se apresenta, é saber se, manifestada a explícita declaração do legislador, dando caráter interpretativo, à lei, esta se deve reputar, por isso, interpretativa, sem possibilidade de análise, por ver se reúne requisitos intrínsecos, autorizando uma tal consideração.

(...) ... SAVIGNY coloca a questão nos seus precisos termos, ensinando: "trata-se unicamente de saber se o legislador fez, ou quis fazer uma lei interpretativa, e, não, se na opinião do juiz essa interpretação está conforme com a verdade" (System des heutigen romischen Rechts, vol. 8o, 1849, pág. 513). Mas, não é possível dar coerência a coisas, que são de si incoerentes, não se consegue conciliar o que é inconciliável. E, desde que a chamada interpretação autêntica é realmente incompatível com o conceito, com os requisitos da verdadeira interpretação (v., supra, a nota 55 ao n° 67), não admira que se procurem torcer as conseqüências inevitáveis, fatais de tese forçada, evitando-se-lhes os perigos. Compreende-se, pois, que muitos autores não aceitem o rigor dos efeitos da imprópria interpretação. Há quem, como GABBA (Teoria della retroattività delle leggi, 3a ed., vol. 1o, 1891, pág. 29), que invoca MAILHER DE CHASSAT (Traité de la rétroactivité des lois, vol. 1o, 1845, págs. 131 e 154), sendo seguido por LANDUCCI (Trattato storico-teorico-pratico di diritto civile francese ed italiano, versione ampliata del Corso di diritto civile francese, secondo il metodo dello Zachariae, di Aubry e Rau, vol. 1o e único, 1900, pág. 675) e DEGNI (L'interpretazione della legge, 2a ed., 1909, pág. 101), entenda que é de distinguir quando uma lei é declarada interpretativa, mas encerra, ao lado de artigos que apenas esclarecem, outros introduzido novidade, ou modificando dispositivos da lei interpretada. PAULO DE LACERDA (loc. cit.) reconhece ao juiz competência para verificar se a lei é, na verdade, interpretativa, mas somente quando ela própria afirme que o é. LANDUCCI (nota 7 à pág. 674 do vol. cit.) é de prudência manifesta: "Se o legislador declarou interpretativa uma lei, deve-se, certo, negar tal caráter somente em casos extremos, quando seja absurdo ligá-la com a lei interpretada, quando nem mesmo se possa considerar a mais errada interpretação imaginável. A lei interpretativa, pois, permanece tal, ainda que errônea, mas, se de modo insuperável, que suplante a mais aguda conciliação, contrastar com a lei interpretada, desmente a própria declaração legislativa." Ademais, a doutrina do tema é pacífica no sentido de que: "Pouco importa que o legislador, para cobrir o atentado ao direito, que comete, dê à sua lei o caráter interpretativo. É um ato de hipocrisia, que não pode cobrir uma violação flagrante do

direito" (Traité de droit constitutionnel, 3ª ed., vol. 2º, 1928, págs. 274-275)." (Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho, in A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, Vol. I, 3a ed., págs. 294 a 296).

5. Consectariamente, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da LC 118/05 (09.06.2005), o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.").

6. Desta sorte, ocorrido o pagamento antecipado do tributo após a vigência da aludida norma jurídica, o dies a quo do prazo prescricional para a repetição/compensação é a data do recolhimento indevido.

7. In casu, insurge-se o recorrente contra a prescrição quinquenal determinada pelo Tribunal a quo, pleiteando a reforma da decisão para que seja determinada a prescrição decenal, sendo certo que não houve menção, nas instâncias ordinárias, acerca da data em que se efetivaram os recolhimentos indevidos, mercê de a propositura da ação ter ocorrido em 27.11.2002, razão pela qual forçoso concluir que os recolhimentos indevidos ocorreram antes do advento da LC 118/2005, por isso que a tese aplicável é a que considera os 5 anos de decadência da homologação para a constituição do crédito tributário acrescidos de mais 5 anos referentes à prescrição da ação.

8. Impende salientar que, conquanto as instâncias ordinárias não tenham mencionado expressamente as datas em que ocorreram os pagamentos indevidos, é certo que os mesmos foram efetuados sob a égide da LC 70/91, uma vez que a Lei 9.430/96, vigente a partir de 31/03/1997, revogou a isenção concedida pelo art. 6º, II, da referida lei complementar às sociedades civis de prestação de serviços, tornando legítimo o pagamento da COFINS.

9. Recurso especial provido, nos termos da fundamentação expendida.

Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 1002932/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2009, DJe 18/12/2009)

Não obstante o STJ ter pacificado o tema em 2009, nos termos do art. 543-C do CPC, conforme destacado alhures. Recentemente, o STF, em sede de Recurso Repetitivo,

nos termos do art. 543-B, § 3º do CPC, que também tem o condão de uniformizar a jurisprudência, pacificou a tese dos “cinco mais cinco”, antes da vigência da LC n. 118/05, *verbis*:

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 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.

(RE 566621, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011 EMENT VOL-02605-02 PP-00273)

O auto de infração no. 37.168.8736 glosou compensações indevidas realizadas pelo sujeito passivo, nas competências de 05/2009 a 04/2010.

Entendo prescrito o direito à compensação dos pagamentos efetuados antes de 20/06/1999.

Os créditos certos referentes ao período de 20/06/1999 a 18/06/2004 poderiam ser aproveitados se cumpridas as demais exigências legais.

DIREITO Á COMPENSAÇÃO

O direito à compensação tem por base a existência de recolhimento a maior ou indevido (artigo 89 da Lei 8.212/91). Conforme artigo 170 do CTN, os créditos devem ser líquidos e certos.

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. 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.

A recorrente alega existência de pagamentos efetuados de contribuição previdenciária exigida sobre a remuneração dos exercentes de mandato eletivo (prefeito, vice-prefeito e vereadores) no período de 02/1998 a 09/2004, cuja cobrança foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Efetivamente pagamentos dessa natureza, referentes ao período declarado inconstitucional, são considerados indevidos.

A parte controversa refere-se ao parcelamento Debcad 35.226.189-7 que, segundo a recorrente, resultou de ação fiscal, e que “decerto foi levantado o quantum de contribuição previdenciária que então se fazia incidir com base na referida legislação que posteriormente foi declarada inconstitucional pelo Supremo tribunal Federal.”

35. E voltando ainda as compensações realizadas, cumpre registrar mais que havia o Município ora recorrente firmado parcelamento administrativo de crédito que fora objeto de auditoria realizada pela autarquia previdenciária ao final do exercício de 2001 e é evidente que em referida auditoria, decerto foi levantado o quantum de contribuição previdenciária que então se fazia incidir com base na referida legislação que posteriormente foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

O Relatório Fiscal faz menção ao citado parcelamento, informa que refere-se às competências 01/1999 a 06/2001, que foi parcelado na forma do parcelamento especial previsto na Medida Provisória 2.187/2001, que não estava quitado e que o débito poderia ser revisto mediante comprovação de que contribuições de agentes políticos estavam incluídas no parcelamento. Detalhou informando que a comprovação depende da apresentação de documentos, como as folhas de pagamento, os resumos mensais e balancetes de despesas mensais.

Analizando os referidos processos administrativos não foi possível constatar vinculação dos valores parcelados com a contribuição previdenciária dos exercentes de mandato eletivo. A comprovação dessa vinculação depende da apresentação de outros documentos, como as folhas de pagamento, os resumos mensais e balancetes de despesas mensais. Essa comprovação, no entanto, pode ser efetuada a qualquer tempo pelo Município. Uma vez comprovado que nos processos de débito foi incluída contribuição relativa aos exercentes de mandato eletivo, serão os mesmos revistos para exclusão desses valores e os pagamentos efetuados serão utilizados para amortizar o saldo restante da dívida do Município.

Os processos acima foram incluídos no parcelamento especial previsto na Medida Provisória 2.187/2001, estando ainda com saldo devedor.

Cumpra à recorrente demonstrar a existência dos créditos.

Os documentos que constituem prova estão na posse do Município e não foram apresentados.

No processo administrativo fiscal, a apresentação das provas está regulado pelo artigo 16 do Decreto no. 70.235/72. A regra geral é que a fase probatória se dá com a impugnação, que deve ser instruída com todas as provas que o sujeito passivo possuir.

Art. 16. A impugnação mencionará:

I - a autoridade julgadora a quem é dirigida;

II - a qualificação do impugnante;

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir; (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

V - se a matéria impugnada foi submetida à apreciação judicial, devendo ser juntada cópia da petição. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)

§ 2º É defeso ao impugnante, ou a seu representante legal, empregar expressões injuriosas nos escritos apresentados no processo, cabendo ao julgador, de ofício ou a requerimento do ofendido, mandar riscá-las. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)

§ 3º Quando o impugnante alegar direito municipal, estadual ou estrangeiro, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o julgador. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que: (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

b) refira-se a fato ou a direito superveniente; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

§ 5º A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas do parágrafo anterior. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

§ 6º Caso já tenha sido proferida a decisão, os documentos apresentados permanecerão nos autos para, se for interposto recurso, serem apreciados pela autoridade julgadora de segunda instância. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

Essas provas não foram apresentadas e não ficou demonstrada a existência de crédito líquido e certo, motivos pelos quais entendo não caber diligência nem dar razão ao direito de compensação.

ACRÉSCIMOS LEGAIS

Os juros e multa de mora, bem como a multa isolada por compensação indevida, têm fundamento nos dispositivos indicados no Relatório de Fundamentos Legais Do Débito – FLD.

Para a multa isolada, o Relatório Fiscal tem item específico, onde bem fundamenta sua aplicação:

5 – DO LANÇAMENTO DA MULTA ISOLADA

5.1 Verificado que o contribuinte reduziu deliberadamente o valor devido à previdência social nas competências de 02/2009 a 10/2009, mediante o artifício de veicular informação de compensação na GFIP, cuja regularidade não foi comprovada perante o fisco em procedimento regular de fiscalização, fica aplicada a multa isolada de 150% (cento e cinquenta por cento) sobre o valor indevidamente compensado, sendo esta aplicada no mês de envio da respectiva GFIP, tudo conforme disposto no parágrafo 10, do art. 89, da Lei nº 8.212/1991, c/c Art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996 (publicada no Diário Oficial da União – D.O.U., em 30 de dezembro de 1996), in verbis:

Lei nº 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).

(grifos acrescidos)

Lei 9.430/1996

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

(Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

(os grifos não constam no original)

...

5.4 *É notória, portanto, a intenção do contribuinte em informar créditos na GFIP que não existiam ou que não poderiam ser aproveitados (eventuais créditos alcançados pela prescrição). Dessa forma, verifica-se que a atitude do contribuinte teve o objetivo único de evitar ou diferir o recolhimento do tributo, mediante informação em GFIP que impedia a Receita Federal do Brasil de efetuar a cobrança dos valores não recolhidos, como de fato o conseguiu, até que a fiscalização, antes de esgotado o prazo homologatório de que trata o art.*

150, parágrafo 4º, do CTN, constatou e adotou o devido procedimento administrativo para apuração e realização das providências necessárias.

5.5 *Desse modo, comprovado que o contribuinte utilizou-se de créditos inexistentes, constata-se que a GFIP veiculou informação falsa. Considerando que a Lei nº 8.212/91, com a nova redação dada pela Lei 11.941, de 27 de maio de 2009 (publicada no Diário Oficial da União – D.O.U., em 28 de maio de 2009) comina pena de multa de 150% (cento e cinquenta por cento) do valor das contribuições que se informou ter compensado, independentemente da exigência do próprio tributo e acréscimos moratórios, foi apurado o valor de **R\$ 1.046.075,11 (um milhão e quarenta e seis mil setenta e cinco reais e onze centavos)***

lançado a título de multa isolada, sob o código de levantamento MI – MULTA ISOLADA NA COMPENSAÇÃO.

SOBRAS

Este processo refere-se a glosa de compensação de contribuições de agentes políticos.

O Relatório Fiscal deixa claro que as sobras referem-se a diferenças entre o declarado em GFIP e o recolhido, que as GFIP não contém todos fatos geradores visto que foram informados exclusivamente os segurados empregados, não foram apresentadas as folhas de pagamento de contribuintes individuais nem o balancete de despesas.

A fiscalização comprovou a existência de despesa com serviço de terceiros – Pessoas físicas por meio de dados obtidos no sitio da Secretaria do Tesouro Nacional na internet, que contém dados do município.

Entendo improcedente a solicitação de aproveitamento das sobras.

RETIFICAÇÃO DE GFIP

O Regime Geral de Previdência Sócia no Brasil está fortemente vinculado às declarações das empresas acerca das remunerações aos segurados. A declaração constitui a obrigação tributária principal e alimenta o banco de dados que dá suporte ao cálculo do valor do benefício.

Disso resulta que no caso de pagamentos indevidos, a GFIP deve ser retificada para que o pagamento seja considerado indevido.

Conforme consta do relatório Fiscal, o Município não retificou as GFIP.

4.4. No caso das contribuições pagas sobre remunerações dos exercentes de mandato eletivo no período de 02/1998 a 09/2004, cuja cobrança foi considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, a Portaria MPS 133, de 02/05/2006, e a Instrução Normativa MPS/SRP nº 15, de 12/09/2006, normas integrantes da legislação tributária conforme artigo 96 c/c artigo 100 do CTN, estabelecem a necessidade de **prévia retificação das GFIP's inicialmente entregues para efetivação da compensação**, de forma a excluir delas os detentores de mandato eletivo e suas respectivas remunerações até 18/09/2004, requisito esse não atendido pela Prefeitura e Câmara de Vereadores do Município de Governador Dix-Sept Rosado.

CONCLUSÃO

Voto por negar provimento ao recurso.

Carlos Alberto Mees Stringari

Voto Vencedor

DA MULTA DE OFÍCIO APLICADA

Durante o julgamento deste processo surgiu divergência com o posicionamento do relator na questão da aplicação da multa de ofício.

Registro aqui a posição vencedora, com a qual compartilho.

O fiscal autuante trouxe em seu relatório os fundamentos para aplicação de multa isolada, conforme se percebe de trecho abaixo colacionado:

5 – DO LANÇAMENTO DA MULTA ISOLADA

5.1 Verificado que o contribuinte reduziu deliberadamente o valor devido à previdência social nas competências de 02/2009 a 10/2009, mediante o artifício de veicular informação de compensação na GFIP, cuja regularidade não foi comprovada perante o fisco em procedimento regular de fiscalização, fica aplicada a multa isolada de 150% (cento e cinquenta por cento) sobre o valor indevidamente compensado, sendo esta aplicada no mês de envio da respectiva GFIP, tudo conforme disposto no parágrafo 10, do art. 89, da Lei nº 8.212/1991, c/c Art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996 (publicada no Diário Oficial da União – D.O.U., em 30 de dezembro de 1996), in verbis:

Ocorre que, a aplicação da multa isolada nos termos do art. 89, parágrafo 10, é necessário o preenchimento do requisito da comprovação de falsidade da declaração apresentada, ou seja, a comprovação de dolo, fraude ou simulação, senão, veja-se o dispositivo legal, *in verbis*:

§ 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).

Pela análise do relatório fiscal, em especial o trecho colacionado acima e demais peças, percebe-se que o fiscal lavrou a multa, *data vênia*, por presunção, sob o argumento de que o contribuinte haveria se utilizado de artifício de veicular informação de compensação na GFIP, cuja regularidade não fora comprovada em procedimento de fiscalização.

No entanto, para imputar penalidade desta monta ao contribuinte, o ônus deve ser suportado pela fiscalização, e não o contrário.

No sentido da impossibilidade de utilização de presunção, a Câmara Superior de Recursos Fiscais já decidiu, conforme se depreende do Acórdão 401-06-015, Processo nº 11080.008088/2001-71, Recurso nº 101-133.140 Especial do Procurador, *in verbis*:

*PRESUNÇÃO COMO MEIO DE PROVA - Presunção é a ilação que se tira de um fato conhecido para provar a existência de um fato desconhecido. Sua validade repousa em três requisitos: o da gravidade, o da previsão e o da concordância, não prosperando a ilação quando os indícios escolhidos autorizem conclusões antípodas, como ocorreu no caso concreto. **Incumbe ao Fisco provar que o ato se fez na contra-mão da lei de regência com o propósito doloso de excluir ou modificar as características essenciais do fato gerador da obrigação***

CONCLUSÃO

Ante o exposto, voto por excluir a aplicação da multa isolada.

Marcelo Magalhães Peixoto