



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

Processo n° 13888.721567/2015-11
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2402-006.819 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 5 de dezembro de 2018
Matéria Contribuições Sociais Previdenciárias
Recorrente MUNICÍPIO DE AMERICANA E OUTROS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/2012 a 31/01/2014

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. COMPENSAÇÃO INDEVIDA. DECLARAÇÃO FALSA. MULTA ISOLADA. 150%.

A compensação indevida de contribuições previdenciárias, realizada mediante declaração falsa, sujeita o contribuinte à multa isolada de 150%, aplicada sobre o montante indevidamente compensado.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DIRIGENTE. ÓRGÃO PÚBLICO, POSSIBILIDADE.

São solidariamente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, os dirigentes de órgãos públicos ou entidades de direito público, equiparados às empresas por força do inciso I do artigo 15 da Lei 8.212/91.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do recurso voluntário apresentado pelo Município de Americana para, na parte conhecida, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso quanto à multa isolada de 150% e, por maioria de votos, negar provimento quanto à exclusão de Claudemir Aparecido Marques Francisco do pólo passivo. Vencidos os Conselheiros Mauricio Nogueira Righetti e João Victor Ribeiro Aldinucci que votaram por não conhecer do recurso voluntário do Município quanto a esse ponto. Por unanimidade de votos, em conhecer dos recursos apresentados Cristiano Martins de Carvalho, Diego de Nadal e José Antonio Patrocínio, e, por voto de qualidade, em negar-lhes provimento. Vencidos os Conselheiros João Victor Ribeiro Aldinucci, Jamed Abdul Nasser Feitoza (Relator), Renata Toratti Cassini e Gregório Rechmann Junior. O Conselheiro João Victor Ribeiro Aldinucci votou pelas conclusões. Por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso apresentado por Antônio Sérgio Baptista

Advogados Associados. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Mauricio Nogueira Righetti.

(assinado digitalmente)

Denny Medeiros da Silveira - Presidente em Exercício e Redator Designado *ad hoc* para formalizar o voto vencido

(assinado digitalmente)

Maurício Nogueira Righetti – Redator Designado

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Mauricio Nogueira Righetti, João Victor Ribeiro Aldinucci, Paulo Sérgio da Silva, Jamed Abdul Nasser Feitoza, Luis Henrique Dias Lima, Renata Toratti Cassini, Gregório Rechmann Júnior e Denny Medeiros da Silveira.

Relatório

Cuidam-se de Recursos Voluntários interpostos pelo Município de Americana e Outros, voltados contra o Acórdão de fls. 11.031 *usque* 11.149, que, por unanimidade de votos, julgou improcedente as Impugnações apresentadas e manteve os créditos tributários constituídos pelos Autos de Infração nº 51.053.472-4 e 51.053.473-2.

Ante a complexidade da demanda, faz-se necessário que se reproduza o relatório da r. decisão objurgada, uma vez que bem delineou a causa até a interposição dos Recursos.

Confira-se:

Relatório

Trata-se de Autos de Infração relativos ao lançamento de glosa de compensação (AI DEBCAD nº 51.053.472-4) e aplicação de multa isolada por falsidade na declaração na Guia de Recolhimento ao FGTS e Informações à Previdência Social – GFIP (AI DEBCAD nº 51.053.473-2), no período compreendido pelas competências 02/2012 a 01/2014.

Inicialmente, impende salientar que o processo digital conta com duas partes: a primeira, da página 01 à página 9.902; a segunda, da página 9.903 à página 11.030.

Assim, não se pode perder de vista este aspecto, sob pena de prejuízo quanto à apreciação da totalidade dos elementos constantes dos autos.

Outrossim, dada a complexidade de fatos abordados pela fiscalização em seu Relatório Fiscal de fls. 10.704/10.838

(134 páginas), este Relator, tanto quanto possível, sintetizou os fatos de forma a amoldá-los ao entendimento das narrativas fiscais, de forma que peço vênia aos preclaros membros desta 12a Turma, e ao leitor deste Voto pela sua extensão. Destarte, eis o resumo do Relatório Fiscal:

O sujeito passivo é órgão de Administração Pública municipal direta, enquadrado no FPAS 582 e CNAE 8411-6/00 - Administração Pública em Geral. O atual Prefeito é o Sr. Omar Najar, CPF nº 013.784.818-87, eleito para o mandato de 09/01/2015 a 31/12/2016. Tendo em vista a cassação definitiva do Prefeito e vice eleitos para o mandato de 01/01/2013 a 31/12/2016, conforme relatado no tópico “IV - CASSAÇÃO PREFEITO” no Relatório Fiscal. Termo de posse anexado ao processo. O Vice-Prefeito eleito é o Sr. Roger Willians da Fonseca, CPF nº 311.439.288-14.

No período dos fatos ensejadores do lançamento, o prefeito é o Sr. Diego de Nadai, CPF nº 292.509.888-69, no mandato de 01/01/2009 a 31/12/2012, reeleito de 01/01/2013 a 31/12/2016, entretanto cassado definitivamente em 14/10/2014, conforme relatado no tópico “IV - CASSAÇÃO PREFEITO”. Termos de posse juntados aos autos.

O Município de Americana mantém Regime Próprio de Previdência Social, de caráter facultativo aos servidores titulares de cargo efetivo, identificado como AMERIPREV, Instituto de Previdência Social dos Servidores Municipais de Americana, criado pela Lei Municipal nº 5.111 de 23 de novembro de 2010 e também mantém servidores e demais prestadores de serviço vinculados ao Regime Geral de Previdência Social - RGPS, assim parte dos seus empregados e empregador sujeitam-se em relação ao custeio previdenciário ao disposto na Lei nº 8.212/91 e em seu Regulamento aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 06/05/1999 (Regulamento da Previdência Social). Dessa maneira em relação às contribuições previdenciárias dos servidores vinculados ao RGPS a Prefeitura é considerada empresa para o cumprimento dessa legislação tributária federal, conforme dispõe o art. 15, inciso I da Lei nº 8.212/91.

No tópico “IV – CASSAÇÃO PREFEITO” a fiscalização traz considerações sobre eventos ocorridos no ente público, motivadores da cassação dos Srs. Diego de Nadai e Seme Calil Canfour.

No tópico “V – COMPENSAÇÃO HISTÓRICO” traz considerações sobre glosas de compensações realizadas pelo ente político em períodos anteriores à cobertura do procedimento fiscal, abrangendo:

- Prefeitura Municipal – CNPJ no. 45.781.176/0001-66: glosa de compensação e multa isolada no período de 04/2010 a 07/2011 - processo administrativo nº 13888.724021/2011-99.

- Departamento de Água e Esgoto – CNPJ nº 46.755.690/0001-90: glosa de compensação e multa isolada no período de 10/2010 a 03/2011 - processo administrativo nº 13888.720308/2012-21.

- Fundação de Saúde do Município de Americana – CNPJ nº 47.716.204/0001-97: glosa de compensação e multa isolada no período de 09/2010 a 01/2011 - processo administrativo no. 13888.723401/2011-14.

- Guarda Municipal de Americana – CNPJ nº 46.969.952/0001-19: glosa de compensação e multa isolada no período de 10/2010 a 12/2010 - processo administrativo nº 13888.720327/2012-57.

Em cada um destes casos, a fiscalização apresenta a sucessão de eventos relacionados ao contencioso administrativo e requerimentos de parcelamentos pelo sujeito passivo.

No tópico “VI - COMPENSAÇÃO EFETUADA” a fiscalização sustenta que, mesmo após ser fiscalizada e autuada até a competência 07/2011, a Prefeitura continuou a realizar compensações indevidas na Guia de Recolhimento ao FGTS e Informações à Previdência Social - GFIP, no período de agosto de 2011 a dezembro de 2013, inclusive 13º. Esclarece que em 01/2013 (antes do início da fiscalização em 17/04/2013) a Prefeitura retificou as GFIP das competências 08/2011 a 11/2011 e 13/2011, excluindo os valores de compensação, reconhecendo como indevidas as compensações. Para as competências 12/2011 e 01/2012 declarou no prazo legal (06/01/2012 e 07/02/2012 respectivamente) não haver valor a compensar. Assim, em relação a estas competências. 08/2011 a 11/2011, 12/2011, 13º. de 2011 e 01/2012 não houve lançamento de glosa de compensação, considerando a espontaneidade do contribuinte. Em relação ao período compreendido pelas competências 02/2012 a 12/2013, esclarece que (i) nas competências 02/2012 a 12/2012, e 13o. de 2012, houve a apresentação de GFIP retificadoras em 01/2013; que (ii) nas competências 01/2013 a 12/2013, e 13º. de 2012, foram declaradas compensações em GFIP, antes do início da ação fiscal; e, que (iii) durante a ação fiscal o sujeito passivo retificou as GFIP das competências 11/2012 a 12/2013, excluindo os valores de compensação, de forma a não poder se aceitar as retificações uma vez ausente sua espontaneidade. Portanto foram glosadas as compensações declaradas no período compreendido pelas competências 02/2012 a 12/2013.

No tópico “VII – PROCEDIMENTO FISCAL” a fiscalização traz informações atinentes ao Mandado de Procedimento Fiscal – MPF nº 0812500.2012.001418-5 (item 18 do Relatório Fiscal), e os atos inerentes ao procedimento de fiscalização quais sejam: a) TIPF: ciência e solicitações efetuadas (subitem 18.1 a 18.6 do Relatório Fiscal); b) apresentação e não apresentação de documentos e informações solicitados; c) Termos de Constatação e Intimação Fiscal – TCIF nos. 001 a 016, e o

comportamento do sujeito passivo em relação às solicitações formuladas pela fiscalização (itens 19 a 33.3 do Relatório Fiscal); d) roteiro de respostas prestadas por representante da Edilidade, Sr. Enzo Hirose Jurgensen (subitem 20.1 do Relatório Fiscal).

No tópico “VIII - DILIGÊNCIAS FISCAIS - ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA” a fiscalização relata procedimentos realizados em outros contribuintes, são eles:

a) Castellucci Figueiredo e Advogados Associados – CNPJ nº 07.693.267/0001-50: O foco da fiscalização levou em consideração o fato deste escritório prestar serviços a inúmeros municípios no estado de São Paulo, tendo, como um dos objetivos dos seus contratantes, a compensação previdenciária. Identificou-se que o seu sócio majoritário, Sr. Alécio Castellucci Figueiredo, CPF nº 172.398.468-06, é o advogado patrono de ações judiciais da Prefeitura em litígios ligados diretamente às compensações. Nos subitens 34.1 a 34.2.6 traz o resumo das solicitações e respostas prestadas no curso da diligência fiscal.

b) Antonio Sérgio Baptista Advogados Associados (ASB) – CNPJ nº 00.279.020/0001-43: Este escritório prestou serviços jurídicos à Prefeitura contratos por inexigibilidade de licitação. A prestação de serviços está diretamente ligada às compensações efetuadas, dessa maneira através do Mandado de Procedimento Fiscal nº 0812500.2013.00918 para diligência fiscal, a fiscalização requisitou ao Escritório documentos referentes às compensações. Nos subitens 36.1 a 36.4 traz o resumo das solicitações e respostas prestadas no curso da diligência fiscal.

No tópico “IX - DILIGÊNCIAS FISCAIS - PESSOAS FÍSICAS”, a fiscalização sustenta que, com o objetivo de verificar quais dos gestores municipais tiveram conhecimento das compensações efetuadas e efetivamente ordenaram a sua execução, diligenciou em relação a algumas pessoas físicas. São elas:

a) Cristiano Martins de Carvalho - CPF nº 160.786.278-64 - Secretário de Negócios Jurídicos - 01/01/2009 a 06/07/2014, 25/07/2014 a 19/10/2014 - diligência autorizada pelo Mandado de Procedimento Fiscal nº 0812500.2015.00111.

b) José Antonio Patrocínio - CPF nº 078.680.508-02 - Secretário de Fazenda - 01/01/2009 a 06/07/2014, 25/07/2014 a 19/10/2014 - diligência autorizada pelo Mandado de Procedimento Fiscal nº 0812500.2015.0158.

c) Claudemir Aparecido Marques Francisco - CPF nº 139.531.778-00 - Secretário de Administração - 19/03/2010 a 06/07/2014, 25/07/2014 a 19/10/2014 diligência

autorizada pelo Mandado de Procedimento Fiscal nº 0812500.2015.0110.

d) Regis Fernando Damianus de Godoy - CPF nº 256.610.338-00 - Servidor Comissionado (livre nomeação e exoneração) - 03/01/2011 a 12/01/2015 - diligência autorizada pelo Mandado de Procedimento Fiscal nº 0812500.2015.0115.

e) Edineia Nossa de Andrade - CPF nº 276.575.058-00 - Servidora Efetiva - diligência autorizada pelo Mandado de Procedimento Fiscal nº 0812500.2015.0125.

f) Helena Macias Duarte - CPF nº 017.096.978-90 - Servidora Efetiva - diligência autorizada pelo Mandado de Procedimento Fiscal nº 0812500.2015.0113.

g) Luciana Bini - CPF nº 171.545.528-24 - Servidora Efetiva - diligência autorizada pelo Mandado de Procedimento Fiscal nº 0812500.2015.0159.

h) José Francisco Montezelo - CPF nº 027.685.418-77 - Servidor Efetivo - diligência autorizada pelo Mandado de Procedimento Fiscal nº 0812500.2015.0114.

i) Anderson Werneck Eyer - CPF nº 220.671.048-02 - Servidor Efetivo - diligência autorizada pelo Mandado de Procedimento Fiscal nº 0812500.2015.0109.

j) Enzo Hirose Jurgensen - CPF nº 251.321.988-05 - Servidor Efetivo - diligência autorizada pelo Mandado de Procedimento Fiscal nº 0812500.2015.0112.

k) Sylvia Helena Peres Galassi - CPF nº 139.470.328-70 - Servidora Efetiva - diligência autorizada pelo Mandado de Procedimento Fiscal nº 0812500.2015.00408.

No tópico “X - AÇÕES JUDICIAIS” a fiscalização relata todo acervo processual de que dispõe o contribuinte quanto a créditos tributários postulados em juízo. Os processos vinculados aos fatos que ensejaram o lançamento fiscal são: 1) Cautelar Inominada - autos do processo no. 0000335-64.2004.4.03.6109; 2) Mandado de Segurança - autos do processo no. 0005352-71.2010.4.03.6109; 3) Mandado de Segurança - autos do processo nº 0005353-56.2010.4.03.6109; 4) Mandado de Segurança - autos do processo nº 0005354-41.2010.4.03.6109; 5) Mandado de Segurança - autos do processo no. 0002900-54.2011.4.03.6109; e 6) Procedimento Ordinário - autos do processo nº 00011567.29.2011.4.03.6109. A seguir traz o detalhamento de cada processo, fazendo-o nos seguintes termos:

1) *Cautelar Inominada n.º 0000335-64.2004.4.03.6109 - processo transitado em julgado. Trata-se de ação cautelar com pedido de liminar. Requer que deixe de recolher e descontar a contribuição previdenciária sobre os subsídios do prefeito, vice e conselheiros tutelares, alegando insustentabilidade da Lei no. 9.506/97 em virtude da inconstitucionalidade da alínea "h", do inciso I, do artigo 12, da Lei no. 8.212/91, na redação dada pela Lei antes mencionada. Sentença de 23/01/2004: Fulmina a pretensão do impetrado por ausente interesse processual, julgando extinto o processo sem exame do mérito. Sentença publicada em 05/03/2004. Processo definitivamente arquivado desde 02/02/2010. CONCLUSÃO: Nesse processo transitado em julgado não há reconhecimento de direito creditório de direito à compensação ou de direito à suspensão da exigibilidade de contribuições previdenciárias.*

2) *Mandado de Segurança n.º 0005352-71.2010.4.03.6109 – processo transitado em julgado. Trata-se de Mandado de Segurança com pedido de medida liminar. Pede que seja reconhecido o direito de efetuar compensação referente às contribuições previdenciárias incidentes sobre o valor das remunerações pagas aos exercentes de mandato eletivo (agentes políticos: Prefeito, Vice e vereadores) no período de 04/2000 a 09/2004, em decorrência da declaração de inconstitucionalidade pelo STF da letra "h" do inciso I do artigo 12 da Lei n.º 8.212/91, com a redação dada pela Lei n.º 9.506/97. Requer que o prazo prescricional incidente no processo seja decenal, conforme interpretação do STJ acerca da Lei Complementar no. 118/2005. Liminar indeferida em 23/03/2011. Sentença em 03/07/2012 reconhecendo a prescrição dos créditos tributários vencidos antes de 02/06/2005, tendo em vista que a ação foi ajuizada quando já em vigor a LC n.º 118/2005, eis que a demanda foi protocolada em 02/06/2010. Na sentença esclarece que as contribuições referidas passaram a ser exigidas a partir da Lei n.º 10.887/2004 que sanou a inconstitucionalidade. Portanto o pedido foi julgado improcedente. Remetido os autos ao TRF da 3ª. Região em 14/09/2012, o Município de Americana apresentou pedido de desistência do feito, homologado em 18/11/2013. CONCLUSÃO: Não houve reconhecimento de direito creditório, de direito à compensação ou de direito à suspensão da exigibilidade de contribuições previdenciárias.*

Portanto não há crédito relativo às contribuições incidentes sobre os subsídios aos detentores de mandatos eletivos.

3) *Mandado de Segurança n.º 0005353-56.2010.4.03.6109 – processo transitado em julgado. Trata-se de Mandado de Segurança com pedido de medida liminar. Pede que seja reconhecido o direito de calcular a alíquota de contribuição ao SAT - Seguro Acidente do trabalho pelo grau de risco da atividade preponderante. Sentença em 16/03/2011 declarando ausência de interesse processual, caracterizando a falta de interesse de agir superveniente, julgando o processo extinto sem exame do mérito. Isso ocorreu porque a Prefeitura vem declarando em GFIP, espontaneamente, como atividade*

preponderante o CNAE (Classificação Nacional de Atividades Econômicas) código 8411600 (Administração Pública em geral), cuja alíquota é 2%, assim o objeto deste feito está plenamente satisfeito, vez que a impetrante já indica a atividade preponderante exercida para fins de recolhimento do SAT. Processo arquivado com baixa definitiva em 19/07/2011. CONCLUSÃO: Nesse processo transitado em julgado não há reconhecimento de direito creditório, de direito à compensação, de direito à suspensão da exigibilidade de contribuições previdenciárias. Portanto não há crédito relativo às contribuições ao SAT, na legislação atual denominada contribuições ao GILRAT (grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho), artigo 22, II da Lei nº 8.212/91.

4) Mandado de Segurança nº 0005354-41.2010.4.03.6109 - processo não transitado em julgado. Trata-se de Mandado de Segurança com pedido de medida liminar. Postula a Prefeitura concessão de ordem judicial que declare a inexistência de relação jurídica tributária que a obrigue ao pagamento de contribuições previdenciárias incidentes sobre valores pagos a título de horas extras e adicional 1/3 de férias e demais verbas indenizatória/compensatória, alegando que tais rubricas não têm natureza remuneratória. Agravo de instrumento nº 0032887-66.2010.4.03.0000/SP julgado em 30/11/2010 dando provimento parcial ao agravo afastando a incidência da contribuição previdenciária dos valores percebidos sobre o terço constitucional e sobre férias indenizadas. Agravo legal em Agravo de Instrumento nº 0032887-66.2010.4.03.0000/SP deu parcial provimento ao agravo legal para reconhecer que houve supressão de instância na decisão anterior em relação à incidência da contribuição previdenciária sobre férias indenizadas, mantendo-se o afastamento da exação apenas sobre o terço constitucional. Sentença em 05/07/2012 concedendo parcialmente a segurança solicitada nos autos para declarar a não incidência sobre os valores pagos a título do terço constitucional de férias a partir do ajuizamento da ação. Remetido os autos ao TRF 3ª Região a Prefeitura solicitou a desistência do MS após prolação da sentença de mérito, sem anuência da parte contrária. Ainda não transitado em julgado, tendo em vista que a possibilidade da desistência relatada está sendo discutida no STF nº RE 2357184, de relatoria do Ministro Luiz Fux. CONCLUSÃO: Nesse processo não transitado em julgado não há reconhecimento de direito creditório, de direito à compensação, há exclusivamente o direito à suspensão da exigibilidade de contribuições previdenciárias incidentes sobre o adicional constitucional de 1/3 de férias a partir do ajuizamento da ação (02/06/2010).

5) *Mandado de Segurança nº 0002900-54.2011.4.03.6109 - processo não transitado em julgado. Trata-se de Mandado de Segurança com pedido de medida liminar. Postula a Prefeitura concessão de segurança que determine a suspensão da exigibilidade da contribuição patronal sobre as remunerações pagas aos segurados empregados a título dos valores pagos nos 15 primeiros dias de afastamento dos empregados doentes ou acidentados (auxílio-doença e auxílio-acidente), adicional de férias 1/3, aviso-prévio indenizado, férias indenizadas, auxílio-creche, salário educação, abono assiduidade, abono único anual, vale-transporte, adicional periculosidade, adicional insalubridade e noturno, bem como a compensação dos valores indevidamente recolhidos a este título nos últimos cinco anos. Sentença em 03/08/2011 julgando parcialmente o pedido suspendendo a exigibilidade do crédito tributário referente aos recolhimentos das contribuições previdenciárias a título dos valores pagos nos 15 primeiros dias de afastamento dos empregados doentes ou acidentados (auxílio-doença e auxílio-acidente), adicional de férias 1/3, férias indenizadas, salário educação sobre verbas pagas a título de ensino fundamental/médio/superior/pós-graduação e aviso prévio indenizado, bem como compensar os valores recolhidos nos últimos cinco anos, ressalvando que o direito à compensação fica condicionado ao efetivo trânsito em julgado da sentença, considerando os termos do artigo 170-A do Código Tributário Nacional. Contra sentença a União impetrou embargos de declaração em 26/01/2012: exigibilidade suspensa do crédito tributário referente aos recolhimentos das contribuições previdenciárias a título dos valores pagos nos 15 primeiros dias de afastamento dos empregados doentes ou acidentados (auxílio-doença e auxílio-acidente), férias indenizadas, salário educação sobre verbas pagas a título de ensino fundamental/médio/superior/pós-graduação e aviso-prévio indenizado, referente aos períodos de 03/2006 a 03/2011 e subsequentes até o trânsito em julgado da sentença, mantendo-se no restante a sentença como inicialmente publicada. Acórdão do TRF da 3ª Região de 09/04/2013 com provimento parcial quanto à inexigibilidade das contribuições relativas das contribuições relativas ao auxílio-creche, ao abono assiduidade e ao vale-transporte e declarar a impossibilidade de compensação.*

Sobreveio Acórdão do TRF da 3ª Região de 25/06/2013 negando provimento aos embargos de declaração da União por não ficar demonstrado vício no acórdão anterior. Processo suspenso por decisão desde 31/10/2014, aguardando julgamento de recursos no STF e STJ (STF RE 593.068/SC, STJ RESP 1.230.957/RS e STJ RESP 2009.61.00.006873-5). CONCLUSÃO: Nesse processo não transitado em julgado não há reconhecimento de direito creditório, de direito à compensação, há direito à suspensão da exigibilidade de contribuições previdenciárias incidentes sobre os valores pagos nos 15 primeiros dias de afastamento dos empregados doentes ou acidentados (auxílio-

doença e auxílio-acidente), férias indenizadas, salário educação sobre verbas pagas a título de ensino fundamental/médio/superior/pós-graduação, aviso-prévio indenizado, auxílio-creche, ao abono assiduidade e ao vale-transporte. Relativamente ao 1/3 constitucional de férias foi excluído, pois esse pleito está no processo 0005354-41.2010.4.03.6109.

6) Procedimento Ordinário nº 0011567-29.2011.4.03.6109 - processo não transitado em julgado. Trata-se de procedimento ordinário de anulação de crédito tributário, declaratória e revisional de parcelamento objetivando a suspensão da exigibilidade dos débitos inscritos em dívida ativa do Município de Americana (Prefeitura, Fundação de Saúde, Departamento de Água e Esgoto e Guarda Municipal). O litígio tem como objeto principal a revisão de passivo tributário previdenciário com a exclusão desde a sua constituição originária de todas as verbas indenizatórias, o reconhecimento da decadência e da prescrição, bem como a exclusão de bases de incidência já declaradas inconstitucionais. A não suspensão da exigibilidade estava causando impedimentos quanto ao repasse e recebimento de convênios e verbas de outros entes federativos, pela ausência de Certidão Negativa ou Positiva com efeitos de negativa. Tutela antecipada deferida em 06/02/2012 suspendendo a exigibilidade, nos termos do artigo 151, V do CTN, dos créditos identificados nas CDA n.ºs. 35.071.241-7, 35.071.264-0, 35.071.268-9, 35.227.641-3, 35.227.642-8, 35.227.643-6, 35.227.644-4, 35.227.646-0, 36.352.658-7, 36.352.659-5, 37.194.163-6, 55.678.843-5, 55.788.927-8, 55.793.587-3, 60.019.723-9, 60.205.960-7, 60.335.715-6, 60.465.479-0 e 37.307.666-5. CONCLUSÃO: Nesse processo não transitado em julgado não há reconhecimento de direito creditório, de direito à compensação, de direito à suspensão da exigibilidade de contribuições previdenciárias sobre quaisquer pagamentos, há somente a suspensão de créditos já lançados, conforme inscrição em CDA's identificadas anteriormente.

No tópico “XI – CRÉDITO TRIBUTÁRIO”, a fiscalização trata da glosa da compensação, consubstanciada no Auto de Infração DEBCAD nº 51.053.472-4, relativamente ao período compreendido pelas competências 02/2012 a 12/2013, incluindo-se os 13ºs salários de 2012 e 2013. Afirma que a GFIP constitui termo hábil e suficiente para a exigência do crédito tributário, constituindo-se em instrumento de confissão de dívida, na forma do art. 33, § 7º da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 11.941, de 27/05/2009, no caso de ser a compensação declarada considerada indevida, deve a autoridade fiscal, por ocasião de auditoria dos valores nela informados, glosá-los total ou parcialmente, sem prejuízo da manutenção dos débitos confessados. Os valores de compensação declarados em GFIP foram integralmente glosados, considerados como compensações indevidas.

A Prefeitura através da documentação apresentada e pelos documentos e informações ofertados pelo Escritório Antonio

Sérgio Baptista em diligência fiscal, justifica as compensações em direito conquistado na ação judicial nº 00015467.29.2011.4.03.6109.

Segundo a fiscalização, o contribuinte afirma que os documentos e informações para comprovar as compensações estão no processo judicial nº 00011567.29.2011.4.03.6109 e que não apresentaria documentação/informação porque a Procuradoria da Fazenda tem acesso aos autos. Diante da negativa na apresentação a fiscalização solicitou à PFN - Procuradoria da Fazenda Nacional cópia do processo.

No item 46 do Relatório Fiscal afirma, em resumo:

- Quanto aos processos n.ºs 0000335-64.2004.4.03.6109, 0005352- 71.2010.4.03.6109 e 0005353-56.2010.4.03.6109, transitados em julgado, não houve, nem durante a sua tramitação, ainda que em sede de liminar, reconhecimento pelo judiciário de qualquer direito creditório ao sujeito passivo, de direito à compensação, tampouco direito à suspensão da exigibilidade de contribuições previdenciárias.

- Quanto ao processo nº 0005354-41.2010.4.03.6109, sem trânsito em julgado, aguarda-se a homologação da desistência formulada pela Prefeitura junto ao STF.

Neste processo, não há o direito de se compensar qualquer possível crédito, tendo em vista que não há certeza e liquidez.

- Quanto ao processo nº 0002900-54.2011.4.03.6109, ainda sem trânsito em julgado, o mesmo se encontra suspenso desde 31/10/2014 pelo TRF para aguardar recursos do STJ e STF que tratam da incidência sobre verbas pleiteadas pelo sujeito passivo como não incidentes. Nesse processo o sujeito passivo requereu direito à compensação dos valores recolhidos indevidamente nos últimos cinco anos e a suspensão de exigibilidade de algumas verbas que ele define como indenizatórias/compensatórias. Não houve durante o processo judicial qualquer decisão, ainda que precária, possibilitando a compensação; há exclusivamente a suspensão da exigibilidade de contribuições previdenciárias incidentes sobre os valores pagos nos 15 primeiros dias de afastamento dos empregados doentes ou acidentados (auxílio-doença e auxílio-acidente), férias indenizadas, salário educação sobre verbas pagas a título de ensino fundamental/médio/superior/pós-graduação, aviso-prévio indenizado, auxílio-creche, ao abono assiduidade e ao vale-transporte. Relativamente ao 1/3 constitucional de férias foi excluído, pois esse pleito está no processo nº 0005354-41.2010.4.03.6109.

- Quanto ao processo nº 0005354-41.2010.4.03.6109, sem trânsito em julgado, o sujeito passivo requereu a suspensão da exigibilidade de débitos lançados contra o Município de Americana (Prefeitura, Fundação de Saúde, Departamento de

Água e Esgoto e Guarda Municipal), conforme discriminação em sua petição. O litígio tem como objeto principal a revisão de passivo tributário previdenciário com a exclusão desde a sua constituição originária de todas as verbas indenizatórias, o reconhecimento da decadência e da prescrição, bem como a exclusão de bases de incidência já declaradas inconstitucionais. Tal qual já salientado alhures, não há trânsito em julgado e, dessa forma, não há reconhecimento de direito creditório, de direito à compensação, de direito à suspensão da exigibilidade de contribuições previdenciárias sobre quaisquer pagamentos, há somente a suspensão de créditos já lançados, conforme inscrição em CDA's identificadas anteriormente.

A fiscalização invoca o disposto nos artigos 170 e 170-A do Código Tributário Nacional – CTN, como requisitos essenciais ao exercício regular do direito de compensação pelo contribuinte. Afirma, no item 47 do Relatório Fiscal:

47. Portanto é vedada a compensação de contribuição devida com créditos não comprovados e aqueles oriundos de verbas que constituem, perante a legislação, bases de cálculo de contribuições previdenciárias. Também corresponde à hipótese de compensação indevida aquelas formuladas em desacordo com as normas que disciplinam a matéria, vale dizer, aquelas que não foram precedidas de habilitação (quando oriundas de decisões judiciais) e retificação das declarações que motivaram os recolhimentos incorretos.

47.1. As compensações são indevidas, pois o sujeito passivo em relação aos créditos utilizados não atende os pressupostos básicos delimitadores do tema:

- a existência de direito creditório líquido e certo contra a Fazenda Pública, que seria utilizado para promover a extinção de débito tributário em desfavor do contribuinte;

- a impossibilidade de compensação de tributo objeto de contestação judicial antes do trânsito em julgado da respectiva demanda judicial. Esse comando legal apenas reforça o anterior, que dispõe sobre a necessária existência de crédito líquido e certo.

No tópico “XII – CRÉDITO TRIBUTÁRIO – AI debcad nº 51.053.473-2 - MULTA ISOLADA COMPENSAÇÃO FALSA EM GFIP”, a fiscalização informa que aplicou, nas competências 01/2013 e 03/2013 a 01/2014, o percentual de multa previsto no artigo 44, inciso I, da Lei no 9.430/96 (75%) em dobro (artigo 89, § 10 da Lei no 8.212/91). Afirma que “a conduta de compensar irregularmente, mesmo sabedor que não há ou que a decisão judicial que reconheceu o seu crédito não havia transitado em julgado, amolda-se de forma perfeita aos dispositivos legais

invocados na autuação, o que impõe a aplicação da multa isolada no percentual de 150%.”

Ato contínuo, no tópico “XIII – FALSIDADE DA DECLARAÇÃO” a fiscalização traz os fundamentos de fato pelos quais entende ter havido a falsidade da declaração prestada na GFIP. Afirma que:

60. “(...) Evidenciaremos que a Prefeitura em conluio com o Escritório Antonio Sérgio Baptista Advogados Associados - ASB, CNPJ: 00.279.020/0001-43, montou uma farsa para legitimar as compensações, pretendendo validar créditos inexistentes.”

61. A Prefeitura com o Escritório ASB defende as compensações através das ações judiciais, verifica-se que foram impetradas diversas ações, conforme itens 39.2 a 39.6, sendo que a Prefeitura declara que "O Município possui crédito com a Receita Federal do Brasil e busca este reconhecimento por meio de ação judicial" (ver relato item 20). A ação mencionada é a nº 0011567-29.2011.4.03.6109, a Prefeitura na fiscalização busca justificar apenas nesta ação judicial. A fiscalização descreve as ações nos itens 39.1 a 39.6 e 45 e conclui pela impossibilidade de compensação.

62. Como relatado no tópico V - Compensação Histórico (itens 12 a 14) a fiscalização já autuou anteriormente o Município de Americana e glosou as compensações de 04/2010 a 07/2011, conseqüentemente o sujeito passivo está inteiramente ciente sobre a posição da Receita Federal em relação as compensações, tendo clareza sobre o não acatamento das justificativas apresentadas. O entendimento da Receita Federal se consolida nos julgamentos administrativos dos processos mencionados (itens 12 e 13) desfavoráveis ao Município e com a Prefeitura na pessoa do Prefeito Sr. Diego De Nadai que em 21/12/2012 assina pedido de parcelamento, desistindo totalmente das impugnações ou recursos interpostos em todos os processos administrativos, referentes aos débitos sob sua responsabilidade ou sob responsabilidade de suas autarquias e fundações. Essa confissão de dívida para parcelamento inclui os Autos de Infração de glosa de compensações, no atendimento ao TCIF nº 005, fls. 463 a 466, é apresentado o processo administrativo municipal nº 51.225 de 28/08/13, anexado às fls. 546 a 563, que contém documentos comprovando a desistência do Município dos recursos e impugnações.

62.1. No processo administrativo municipal nº 24.881/2010 (detalhado e analisado nos itens 81.2, 81.5 e 81.6), anexado às fls. 7322 a 7.448 (atendimento ao TCIF nº. 009), referente à contratação do Escritório ASB para consultoria e assessoria administrativa e judicial para recuperação dos créditos tributários de contribuição

previdenciária patronal, ou seja, as compensações em análise, temos a comprovação que com o parcelamento das autuações da Receita, inclusive da glosa de compensação (processo 13888.724021/2011-99), houve a decisão personalizada pelos Secretários de Administração, Fazenda e Negócios Jurídicos de não renovar o contrato com o escritório e desistência das ações judiciais em virtude do parcelamento, às fls. 7.441 e 7.447 temos a manifestação dos Secretários em despachos nº processo 24.881:

... omissis ...

62.2. Isso evidencia a renúncia e reconhecimento que as compensações anteriores e as analisadas nesta fiscalização são reconhecidas como indevidas pela própria Prefeitura.

63. Portanto a situação tem esse gravame, a Prefeitura é reincidente, mesmo com compensações glosadas, com autuação anterior, penalizando o Município com multas de mora e isolada e juros, com seu reconhecimento parcelando os valores compensados e autuados, desistindo das ações impetradas e da não renovação do contrato (encerrado em 05/2013) com o Escritório ASB que assessorava e era responsável pelos cálculos e orientação quanto às compensações, ainda assim continuou a compensar inclusive durante a presente fiscalização que auditava as compensações do período posterior (08/2011 a 12/2013), fazendo as mesmas alegações anteriores. No anexo Demonstrativo de Compensação (item 50.1 e fls. 10.700) estão identificadas as GFIP enviadas durante a fiscalização com valores de compensação.

64. No Demonstrativo de GFIP (fls. 10.696 a 10.699) verifica-se que a Prefeitura após a fiscalização anterior (encerrada em 10/2011) que glosou as compensações e a atual (iniciada em 04/2013), em algumas competências reconhece a incorreção das compensações excluindo-as das GFIP, entretanto não o faz para todo o período e declara compensações mesmo durante a presente fiscalização. Evidenciando que não havia preocupação se existia o crédito e sim uma declaração de um crédito inexistente para deixar de recolher as contribuições previdenciárias devidas. É indefensável compensar sem autorização judicial e pior ainda, já sabendo da interpretação do órgão fiscalizador que antes o autuou.

65. Os fatos antes narrados comprovam a má-fé dos administradores quanto a declaração em GFIP de valores de compensação em que o Município não só sabe como ilegais como concorda com isso.

66. Portanto é certo que o sujeito passivo sabia não ter direito aos créditos informados no campo "Compensação" das GFIP relativas às competências 02/2012 a 13/2013,

vez que só créditos líquidos e certos podem ser compensados e que se até mesmo valores questionados judicialmente só podem ser compensados depois de transitada em julgado a respectiva decisão, que dizer dos valores cuja cobrança o sujeito passivo simplesmente entende ser inconstitucional ou ilegal, ao arrepio da legislação vigente e sem qualquer provimento que impeça a incidência da norma? E daqueles sequer recolhidos?

69. Ainda que não tenha direito a compensar os créditos demonstrados, por não ter autorização judicial como já explicitado anteriormente e na descrição das ações judiciais no item 39, exibiremos as incongruências dos cálculos apresentados para corroborar que havia exclusivamente a intenção dolosa de simular créditos inexistentes para fundamentar a compensação.

70. PRESCRIÇÃO: A questão da prescrição é comum a todos os créditos descritos no item seguinte, a fundamentação legal para a compensação/restituição de indébitos está no artigo 168 do Código Tributário Nacional - CTN e no artigo 3º da Lei Complementar (LC) no 118, de 09/02/2005 que interpretou o momento da extinção do crédito tributário:

... omissis ...

70.3. Na presente autuação constatamos que as compensações iniciaram-se nas competências 08/2011 a 12/2013, entretanto com retificações em GFIP excluindo as compensações antes do início da fiscalização até 12/2011, sendo autuadas de 02/2012 a 12/2013, portanto estão fulminados pela PRESCRIÇÃO pagamentos indevidos até 02/2007 (competência 01/2007). Assim é de notar no item seguinte que o período de apuração do suposto indébito abrange competências fulminadas pela prescrição, que para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, como é o caso das contribuições previdenciárias, é de cinco anos contados do pagamento indevido a maior. No item seguinte há discriminação do período dos créditos compensados e discorreremos sobre a prescrição por tipo de crédito.

A seguir, a fiscalização classifica os “créditos” alegados pelo contribuinte em créditos “A”, “B”, “C”, e “D”, detalhando-os da seguinte forma:

• **CRÉDITO “A”:** *Refere-se a crédito oriundo de recolhimentos relativos a rubricas das folhas de pagamento identificadas pelo sujeito passivo como “verbas de natureza indenizatórias/compensatórias”. Nos subitens 71.1.1 a 71.1.8 a fiscalização traz longo e exaustivo arrazoado sobre cada rubrica em relação à qual o contribuinte entende não haver incidência de contribuições previdenciárias. Aborda a questão da sua previsão na legislação previdenciária, bem assim o entendimento dos Tribunais Superiores sobre cada uma delas, a saber: terço*

constitucional de férias, férias indenizadas, horas extras, abono insalubridade, licença prêmio, abono periculosidade, abono gratificação, abono noturno, abono gratificação nível universitário, abono gratificação representação, abono função gratificada, férias, média variável, plantão médico (férias), abono tempo de serviço, abono progressão intensiva, abono progressão normal, progressão normal, todas, segundo o contribuinte, de natureza indenizatória/compensatória. Há a abordagem da fiscalização em relação a cada rubrica e sua respectiva prescrição.

Sobre algumas destas rubricas, afirma a fiscalização:

71.1.5. Mas é no mérito que a compensação efetuada não encontra qualquer suporte, seja porque as rubricas em questão não integram o salário de contribuição, como é o caso das férias indenizadas, não tendo mesmo sido oferecidas à tributação, seja porque o integram, não contando o sujeito passivo com qualquer decisão que lhe permita deixar de tributá-las, não servindo para tanto, tampouco, eventual entendimento dos tribunais superiores - Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal -, a que o autor dos cálculos, Escritório ASB, quer emprestar o valor de "fundamentação legal".

71.1.6. Das verbas mencionadas (item 71.1.3), conforme documento anexo "TABELA DE INCIDÊNCIA" (fls. 1.211 a 1.223) e resumos de folhas de pagamento (fls. 848 a 1.047, 1.809 a 2.411 e 2.534 a 2.721) apresentados pelo sujeito passivo em atendimento ao TCIF nº 008 (item 26), temos que as rubricas férias indenizadas (evento 26), licença-prêmio (evento 20) e aviso-prévio indenizado (evento 28) não foram consideradas pelo sujeito passivo com incidência nas folhas de pagamento, portanto para essas rubricas a fraude é ainda maior, ainda que tivesse direito não há crédito porque no período considerado compensou contribuições que nunca foram pagas ou declaradas, não poderiam ser compensadas, sob pena de caracterizar-se o enriquecimento sem causa do sujeito passivo. Veja que às fls. 8.331 há um documento (e-mail) trazido pela servidora Helena (diligência relatada no item 37.6) em que a Prefeitura tem conhecimento que valores que o Escritório calcula com incidência como crédito a ser compensado nunca houve incidência previdenciária (INSS):

Importante visualizarmos que algumas coisas que eles colocaram que devemos compensar, para nós nunca incidiu INSS"

Portanto valores compensados sem nunca ter sido pagos, cientes, servidores da Secretaria de Administração alertaram o Secretário, Sr. Claudemir, entretanto nenhuma providência foi tomada, a não ser continuar a compensar, sem contestar valores e cálculos.

71.1.6.1 Para a rubrica férias indenizadas a própria Receita Federal entende que não está abrangida pelo conceito de remuneração (salário-de-contribuição - Base de Cálculo das contribuições), artigo 28 da Lei nº 8.212/91, pois trata-se de pagamento de verba indenizatória, não integrante do salário-de-contribuição na forma das alíneas "d" e "e" do § 9º do mesmo artigo 28. Isso é mais um fato que comprova a farsa dos créditos, pois como um Escritório especializado pleiteia judicialmente rubrica que a Receita não tributa e a Prefeitura corrobora esse entendimento não incluindo na sua folha de pagamento com incidência previdenciária e conseqüentemente não paga às contribuições e mesmo assim há o cálculo sobre um crédito inexistente, nunca recolhido.

71.1.6.2 Para a rubrica licença-prêmio o sujeito passivo sequer pleiteou judicialmente a sua não exigibilidade (processos itens 39.4 a 39.6), portanto não há nem decisão transitória referente a essa rubrica, denunciando mais uma vez a má-fé em simular um crédito inexistente.

71.1.6.3. Para as rubricas férias indenizadas e aviso-prévio indenizado, ainda que pleiteadas na petição inicial do processo judicial (item 39.5) houve a suspensão da exigibilidade em 08/2011 em sentença de 1ª Instância, deixando bem claro que a compensação somente poderia ocorrer após o trânsito em julgado da ação que ainda não ocorreu. Para essas rubricas como já ressaltando o sujeito passivo não as considera com incidência previdenciária, portanto ainda que haja reconhecimento pelo judiciário da não exigibilidade das contribuições sobre esses pagamentos, como não houve recolhimento das contribuições incidentes sobre essas rubricas não há que se falar em crédito do sujeito passivo.

71.1.6.4. E mesmo sem créditos a serem compensados por não haver pagamento indevido, pois a Prefeitura não fez incidir contribuições sobre essas verbas, ainda se fôssemos considerar a prescrição teríamos:

férias indenizadas: Conforme DEMONSTRATIVO DE CRÉDITOS anexo às fls. 10.701 a 10.702, extraídos dos demonstrativos e documentos identificados nos subitens 71.1.1 e 71.1.2, 40% dos créditos ainda que existissem estariam prescritos.

aviso-prévio indenizado: Conforme DEMONSTRATIVO DE CRÉDITOS anexo às fls. 10.701 a 10.702, extraídos dos demonstrativos e documentos identificados nos subitens 71.1.1 e 71.1.2, 91% dos créditos ainda que existissem estariam prescritos.

licença-prêmio: Conforme DEMONSTRATIVO DE CRÉDITOS anexo às fls. 10.701 a 10.702, extraídos dos demonstrativos e documentos identificados nos subitens

71.1.1 e 71.1.2, 91% dos créditos ainda que existissem estariam prescritos.

A seguir, a fiscalização finaliza a abordagem do Crédito "A" com a consideração de cada rubrica quanto ao seu enquadramento na hipótese de incidência previdenciária.

• **CRÉDITO B:** *Nesse crédito há discriminação das contribuições sobre as remunerações de cargos comissionados. Segundo a fiscalização, não existe ação judicial transitada em julgada referente às contribuições previdenciárias incidentes sobre essas remunerações; sequer houve qualquer ação impetrada pela Prefeitura que questionasse essas contribuições e não há nos tribunais superiores (STJ e STF) qualquer recurso com repercussão geral sobre a matéria em andamento ou transitada em julgado. O que o sujeito passivo e o Escritório teriam feito, no entendimento da fiscalização, é a manipulação das informações para compensar créditos tentando suportá-los no artigo 19 da Lei nº 10.522/2002, como se houvesse jurisprudência pacífica ou julgamentos desfavoráveis à Fazenda Nacional nos Tribunais Superiores (STF e STJ).*

Argumenta que sobre essa contribuição previdenciária existe jurisprudência pacífica do STJ e STF para a não incidência em relação aos valores recebidos em razão de função comissionada, após a edição da Lei nº 9.783/1999 (28/01/1999), pelos servidores públicos federais (Regime Previdenciário Próprio). À vista disso não há nada em relação aos valores recebidos em razão do exercício de função comissionada pelos servidores municipais. A Lei nº 10.887/2004 revogou a Lei mencionada. Portanto inexistem qualquer contribuição paga indevidamente, tendo em vista que essas contribuições estão fundamentadas no artigo 12, I, alínea "g" e artigo 22, I e II da Lei nº 8.212/91, que determina que os servidores públicos ocupantes de cargo em comissão são segurados obrigatórios ao Regime Geral de Previdência Social na categoria de empregados.

Ainda que fossem devidos os referidos recolhimentos, deveria ter sido respeitado o prazo prescricional, de forma que, conforme item 70 do Relatório Fiscal, estariam prescritos os pagamentos de 11/2005 a 01/2007; pelos demonstrativos confeccionados pelo Escritório até a competência 01/2007 estaria prescrito o valor de R\$ 583.868,84 (12% do crédito total).

• **CRÉDITO C:** *No anexo apresentado pelo Escritório como "RECUPERAÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO - RAT - RATEIO DE ACIDENTE DE TRABALHO - PERÍODO: 12/2008 a 07/2009, 01/2010 a 04/2011 - MEMÓRIA DE CÁLCULOS", há um "crédito" calculado de R\$ 4.200.125,02 (originário: R\$ 3.845.425,30) referente ao RAT, consolidado em 05/2011. Nos demonstrativos apresentados, constatou-se que o sujeito passivo*

no cálculo da contribuição "indevida" ao RAT extraiu das GFIP as contribuições previdenciárias referentes ao RAT na proporção de 50%, conforme declarações em GFIP anexadas aos autos às fls. 8.044 a 8.050 e 8.060 a 8.068 e documentos de Arrecadação às fls. 8.051 a 8.059 e 8074. Telas de GFIP extraídas dos sistemas informatizados da Receita Federal, anexadas pela fiscalização às fls. 10.537 a 10.594. Invoca o artigo 22, II da Lei nº 8.212/91, e o artigo 202 do Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99. A ação judicial referente a esse pleito já transitou em julgado e não houve reconhecimento de direito creditório, de direito à compensação e de direito à suspensão da exigibilidade de contribuições previdenciárias. Portanto não há crédito relativo às contribuições ao SAT/GILRAT, na legislação atual denominada contribuições ao GILRAT (grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho), artigo 22, II, da Lei nº 8.212/91. Verifica-se também que em nenhum momento durante o trâmite da ação existiu qualquer decisão que reconhecesse o crédito ou o direito a qualquer compensação. Portanto mais uma manobra para tentar justificar um crédito inexistente.

Sustenta a fiscalização que o contexto no qual se desenvolve a ação judicial nº 00011567.29.2011.4.03.6109, impetrada em 06/12/2011 (ainda não transitada em julgado), exemplifica bem o grau de má-fé das pessoas que respondem pela Prefeitura para tentar acobertar a inexigibilidade de contribuições previdenciárias legais ou acobertar compensações indevidas, conforme aspectos que descreve:

a) Na petição inicial a Prefeitura, em um dos pleitos, declara que a atividade preponderante da Prefeitura que agrega o maior número de segurados para o enquadramento da alíquota ao GILRAT é a Educação (sem anexar nenhuma prova aos autos), CNAE 8513-9/00 sob a alíquota de 1%, com créditos a compensar por recolhimentos indevidos de R\$ 9.343.013,55 (período de 01/88 a 08/2011, sem demonstrar e comprovar os recolhimentos). A seguir, a fiscalização destaca os fatos que comprovam que há apenas a vontade deliberada de tumultuar, criar créditos fictícios, ludibriar o Poder Judiciário e deixar de pagar as contribuições previdenciárias devidas. Em 02/06/2010 já havia impetrado a ação nº 0005353.56.2010.4.03.6109 com pleito idêntico quanto ao enquadramento ao RAT pela atividade preponderante, tendo sido indeferido seu pedido, por sentença, em 16/03/2011, e o processo arquivado definitivamente desde 19/07/2011. Transcreve parte do ato judicial. Portanto, a Prefeitura nessa ação reconhece que a alíquota da sua atividade preponderante é 2%, CNAE 84.11.6-00. Após a vigência do Decreto no. 6.042/2007 (vigente a partir de 06/2007) que definiu a alíquota de 2% para o CNAE 84.11.6-00, o sujeito passivo se autodeclara espontaneamente em GFIP no CNAE 84.11.6-00 e informa a alíquota de 2%, com exceção às competências 06/2007 a 11/2008, portanto ele mesmo reconhece que a sua atividade preponderante é a com alíquota de 2%, não havendo pagamento a maior.

Para o período de 06/2007 a 11/2008 a Prefeitura declara com alíquota de 1% e foi autuada pela Receita Federal no processo administrativo nº 13888.003893/2009-03 (auto de infração RAT, com ciência em 11/12/2009, realizada pelo Sr. Cristiano Martins de Carvalho, Secretário de Negócios Jurídicos). O Acórdão Administrativo do CARF no. 2403- 002.122, de 16/07/2013 da 4a. Câmara – 3ª Turma Ordinária, manteve a lavratura fiscal, no CNAE 8411-6/00, com alíquota de RAT de 2%. E conclui a fiscalização:

71.3.4.2 Logo constatamos que a Prefeitura sequer recolheu as contribuições patronais devidas e mesmo assim se credita de contribuição não paga e lembrando que a contribuição dos segurados empregados é retida dos mesmos, manifestando a sua má-fé em compensar esses créditos inexistentes, realçando a falsidade de suas GFIP quanto às compensações. Das planilhas mencionadas temos que o crédito consolidado para 04/2011 de 2.394.850,60 do total de R\$ 4.200.125,02, nunca foi pago. Falta gravíssima que ressalta mais uma vez o dolo e a intenção em declarar nas GFIP créditos inexistentes.

b) Pleiteia judicialmente duas vezes a mesma matéria requerendo a inexigibilidade das contribuições ao RAT pela alíquota de 2%, alegando que sua atividade preponderante é diferente do CNAE para órgão público declarado pela Prefeitura em GFIP. A ação judicial foi definitivamente arquivada com trânsito em julgado desfavorável ao sujeito passivo e em nenhum momento da ação houve algum êxito ao mesmo, ainda que de maneira provisória. Na referida ação um dos pleitos é o mesmo, entretanto não apresenta nenhuma prova e pleiteia créditos de competências fulminadas pela decadência. Portanto não existe decisão judicial para balizar suas compensações utilizando esses recolhimentos.

c) Para a contribuição ao RAT verifica-se que o próprio sujeito passivo espontaneamente declara a alíquota de 2%, com exceção de 06/2007 a 11/2008, portanto durante todo o período do cálculo até a presente data reconhece, confessando em GFIP a alíquota de 2%.

• CRÉDITO D: *No anexo apresentado pelo Escritório como "RECUPERAÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO - CARGOS ELETIVOS - PREFEITO - VICE PREFEITO E VEREADORES - PERÍODO: 08/2006 A 07/2011 - MEMÓRIA DE CÁLCULOS" (fls. 8.092 a 8.112), há um "crédito" calculado de R\$ 1.253.179,47 (originário: R\$ 1.021.438,00 - consolidado para 07/2011) referente a contribuição utilizando a alíquota de 21% sobre os subsídios de titulares de cargos eletivos (vereadores, prefeito e vice). Não existe ação judicial favorável ao sujeito passivo transitada em julgado referente às*

contribuições previdenciárias incidentes sobre subsídios pagos a titulares de cargos eletivos.

O sujeito passivo impetrou duas ações referentes a esta contribuição, ambas estão transitadas em julgado e arquivadas sem êxito à Prefeitura. No mandado de segurança processo nº 0005352-71.2010.4.03.6109 o Poder Judiciário reconheceu a prescrição dos créditos tributários vencidos antes de 02/06/2005 (ação ajuizada em 02/06/2010 na vigência da Lei Complementar no. 118/2005); portanto, somente não estariam prescritas as contribuições na vigência da Lei nº 10.887/2004, entretanto estas são devidas, não havendo conseqüentemente nenhum crédito a ser compensado, inexistindo qualquer contribuição a esse título paga indevidamente. Entretanto ainda que a Prefeitura entendesse serem indevidos pagamentos relativos a essas contribuições deveria ter respeitado o prazo prescricional, pois estavam prescritos os pagamentos de 08/2006 a 01/2007, pelos demonstrativos confeccionados pelo Escritório até a competência 01/2007, no valor de R\$ 123.850,29.

Destarte, conclui a fiscalização:

71.4.6.2 Logo constatamos que a Prefeitura sequer recolheu as contribuições patronais devidas e mesmo assim se credita de contribuição não paga e lembrando que a contribuição dos segurados empregados é retida dos mesmos, manifestando a sua má-fé em compensar esses créditos inexistentes, realçando a falsidade de suas GFIP quanto às compensações. Das planilhas mencionadas temos que o crédito consolidado para 07/2011 de 322.441,37 do total de R\$ 1.253.179,47, nunca foi pago, falta gravíssima que mais uma vez evidencia o dolo e a intenção em declarar na GFIP créditos inexistentes.

71.4.7. Portanto para esse crédito não paga as contribuições para diversas competências (item 71.4.6) e ainda assim considera que há crédito nessas competências, não tem decisão judicial favorável e ainda assim considera que há crédito, no STF e STJ não há decisão definitiva sobre a não incidência, e mesmo assim calcula essas contribuições como crédito a ser compensado, comprovando mais uma vez a má-fé do sujeito passivo em combinação com o Escritório em simular créditos inexistentes, declarando falsamente esses créditos como compensação, deixando de recolher as contribuições previdenciárias devidas.

No item 72 do Relatório Fiscal, denominado de “AUSÊNCIA DEMONSTRATIVO PARA OS CRÉDITOS COMPENSADOS”, a fiscalização afirma que diante de todos os documentos apresentados ou colhidos pela

fiscalização nas diligências realizadas não há nenhum documento que demonstre os créditos compensados a partir de 08/2011 até 12/2013, demonstrando “que o sujeito passivo apenas quer deixar de recolher as contribuições devidas, não havendo preocupação em demonstrar se há créditos, ainda que indevidos, portanto nas competências autuadas a simulação deixa de ser prioridade, pois não há demonstração dos créditos compensados”.

A seguir, invoca declarações prestadas por pessoas físicas, sujeitas a procedimentos de diligências fiscais:

1) Regis Fernando Damianus de Godoy - Servidor comissionado - exerceu os cargos de Diretor de RH, Subsecretário de RH e Assessor Institucional (03/01/2011 a 12/01/2015). Em seus esclarecimentos traduzidos a Termo (fls. 8.232 a 8.235) declara que a responsabilidade pelos cálculos era do Escritório, que o mesmo teve acesso aos documentos e informações para os cálculos, que a informação para compensar em valores integrais vinha da Secretaria de Fazenda, que não tinha acesso aos cálculos e que seu cargo era o responsável por coordenar o RH, sendo subordinado ao Sr. Claudemir, Secretário de Administração.

2) Helena Macias Duarte - Servidora efetiva exercendo diversos cargos na sua carreira, entre suas atividades elaborava a GFIP, no período das compensações exercia o cargo de ENCARREGADO DE SERVIÇO. Aposentou-se em 01/2012. Em seus esclarecimentos traduzidos a Termo (fls. 8.290 a 8.291) declara que: era subordinada ao Sr. Regis; o Escritório recebeu relatórios sobre a folha de pagamento; os cálculos presumidamente eram realizados pelo Escritório; a Secretaria de Administração não fez nenhum cálculo; a autorização para compensar vinha da Secretaria de Administração através do Secretário, o Sr. Claudemir; não tinha acesso aos cálculos; os valores a serem compensados eram passados de forma consolidada, sem qualquer discriminação, sendo repassado pelo Secretário verbalmente, por e-mail, em anotações em GPS ou em bilhetes. Traz documentos anexados às fls. 8.292 a 8.359. Nos documentos destacamos e-mails, cartas do Escritório e alguns demonstrativos (período anterior ao autuado) que comprovam como as compensações eram realizadas com fragilidade documental. Exemplificando o total descaso da Prefeitura em sustentar às compensações, temos: às fls. 8.333 a 8.334 há demonstrativo elaborado pelo escritório para as competências de 04 a 05/2010, entretanto verifica-se que são escassos esses documentos e apresentados pela servidora; às fls. 8.357 o Secretário determina à servidora uma compensação de R\$

3.000.000,00 para competência 03/2011, sem comprovação, demonstrativo, portanto sem preocupação alguma em respaldar a compensação. No período anterior a presente autuação verificamos que ainda houve troca de informações entre a Prefeitura e o Escritório para tentar comprovar a regularidade das compensações, como comprovam esses documentos trazidos pela servidora, mas no período da autuação desaparece essa preocupação, de acordo com a diligência na servidora Edineia.

3) Edineia Nossa de Andrade - Servidora efetiva exercendo diversos cargos na sua carreira, sendo ENCARREGADA DE SERVIÇOS e ASSISTENTE TÉCNICO no período das compensações, substituindo a servidora Helena após sua aposentadoria (01/2012). Portanto a partir de 01/2012 era a responsável pela elaboração das GFIP. Em seus esclarecimentos traduzidos a Termo (fls. 8.239 a 8.241) declara que: era subordinada ao Sr. Regis; o Escritório recebeu relatórios sobre a folha de pagamento até 05/2012; os cálculos presumidamente eram realizados pelo Escritório; a Secretaria de Administração não fez nenhum cálculo; a autorização para compensar vinha da Secretaria de Administração através do Secretário, o Sr. Claudemir; que não tinha acesso aos cálculos; que os valores a serem compensados eram passados de forma consolidada, sem qualquer discriminação, sendo repassado pelo Secretário verbalmente ou por e-mail. Traz documentos anexados às fls. 8.242 a 8.286.

Em documentos acostados aos autos, a fiscalização destaca e-mails, cartas do Escritório e alguns demonstrativos (período anterior ao autuado) que comprovam como as compensações eram realizadas com fragilidade documental. Exemplificando: e-mails entre secretários e servidores autorizando e orientando para compensações integrais sem qualquer demonstrativo ou respaldo documental, inclusive determinando retificações de GFIP (e-mail fls. 8.260) para se declarar compensações sobre a totalidade das contribuições devidas, este email de fls. 8.260 tem um agravante na mensagem, o objetivo para as retificações sobre a orientação da Secretaria de Fazenda é a emissão de CND da Prefeitura, declarando os valores devidos como compensação total. Às fls. 8.269 a 8.286 temos e-mails entre servidores e Secretários confirmando que a prática se tornou rotina, apenas se confirmavam as compensações integrais, as mensagens diziam "Vamos compensar integralmente", "Vamos fazer compensação da GFIP", "Vamos compensar integral de novo", "Providenciar as compensações", sem preocupação alguma com os efeitos e se havia créditos a compensar e como comprová-los. Inclusive nos e-mails as compensações eram estendidas as Autarquias Municipais. Assim esses documentos trazidos pela servidora demonstram mais contundentemente o dolo em declarar valores inexistentes de compensação.

No item 73, conclui a fiscalização que:

Por todo o exposto no presente tópico (XIII - FALSIDADE DE DECLARAÇÃO - ITENS 60 A 72) é certo que o sujeito passivo sabia não ter direito aos créditos informados no campo "COMPENSAÇÃO" da GFIP, demonstrado no quadro do item 50.1, vez que só créditos líquidos e certos podem ser compensados e que se até mesmo valores questionados judicialmente só podem ser compensados depois de transitada em julgado a respectiva decisão, que dizer dos valores cuja cobrança o sujeito passivo simplesmente entende ser ilegal ou inconstitucional, ao arrepio da legislação vigente e sem qualquer provimento que impeça a incidência normal, e o que dizer de créditos sequer recolhidos ou prescritos. Ao informar em GFIP créditos que sabia inexistentes, o sujeito passivo reduziu, deliberadamente e indevidamente, as contribuições previdenciárias a seu cargo, incidentes sobre a remuneração paga, devida ou creditada aos segurados empregados a seu serviço, declaradas e confessadas, o que configura conduta manifestamente ilegal, o contribuinte passou para a Administração Tributária a falsa ideia de que estava adimplente com suas obrigações atuais e passadas, evitando o seu pagamento, ficando caracterizado o evidente intuito de fraude. No relatado nos itens 60 a 71 desvelamos que o sujeito passivo utilizou de meio fraudulento (falsidade) destinado a iludir o fisco sobre a ocorrência do fato gerador, escondendo-o de forma artilosa, deliberadamente de maneira reiterada, assim o contribuinte deixou de informar à Receita Federal o valor correto das contribuições previdenciárias, por isso aplicamos a multa isolada - compensação falsa em GFIP, Auto de Infração debcad nº 51.053.473-2, itens 52 a 59. A conduta do sujeito passivo infringiu os artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502/64, "in verbis":

No tópico "XIV – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA" a fiscalização narra um contexto de responsabilidade solidária entre o ex-Prefeito do Município de Americana, Sr. Diego de Nadai, e o escritório de advocacia ASB, e os Srs. Cristiano Martins de Carvalho (ex-Secretário de Negócios Jurídicos), José Antonio Patrocínio (ex-Secretário de Fazenda) e Claudemir Aparecido Marques Francisco (ex-Secretário de Administração). Elenca, neste desiderato, os seguintes aspectos à legitimação dos Termos de Sujeição Passiva Solidária de fls. 10.855/10.880:

a) Participação consensual do Sr. Diego de Nadai, e o escritório de advocacia ASB, e dos Srs. Cristiano Martins de Carvalho (ex-Secretário de Negócios Jurídicos), José Antonio Patrocínio (ex-Secretário de Fazenda) e Claudemir Aparecido Marques Francisco (ex-Secretário de Administração), cada qual consentindo e agindo para que as compensações fraudulentas se efetivassem. Dentro de suas atribuições legais havia a possibilidade da não

participação ou de conduta a evitar as compensações que neste lançamento estão onerando os cofres municipais com multa e juros. Houve uma engrenagem ajeitada pelos administradores municipais que funcionou perfeitamente na intenção de efetivar as compensações, e nenhum deles tentou evitar as compensações dentro das suas atribuições legais ou pelo menos denunciou aos órgãos competentes para fiscalizar como a Receita Federal, Ministério Público, Tribunal de Contas e Legislativo Municipal, assim além de nada fazer, ainda decidiram participar ativamente para ocorrer as compensações e omitir do Fisco as contribuições devidas. Essa harmonia entre os gestores revela a combinação entre eles para tentar dar uma aparência de legalidade e suporte ao gestor maior, Prefeito Municipal, para assim fazer os subordinados operacionais acreditarem na regularidade das compensações e também não tomar nenhuma providência para indagar, denunciar ou contestar seus superiores com poder decisório.

b) As pessoas identificadas foram gestores na Prefeitura nesses cargos de 01/2009 a 10/2014, tendo em vista que a Prefeitura foi autuada com glosa de compensações anteriormente para o período de 04/2010 a 07/2011, processo nº 13888.724021/2011-99 (autuação em 11/2011), todos tinham ciência que as compensações eram indevidas diante da apuração efetuada pela Receita Federal, portanto houve uma reincidência com o conhecimento dos administradores municipais. Neste Auto de Infração o período compensado é nas competências 02/2012 a 12/2013, sendo que as GFIP foram entregues declarando indevidamente no período de 01/2013 a 01/2014, inclusive após o início da fiscalização (17/04/2013).

c) Em 21/12/2012 o Sr. Prefeito, Diego De Nadai, assina pedido de parcelamento com base no art. 1º da MP no 589, de 13/11/2012, convertida na Lei nº 12.810, de 15/05/2013, confessando todos os Auto de Infração levantados nas glosas de compensação do Município de Americana. Destarte, além de cientes do entendimento da Receita Federal, assentem com a autuação parcelando os débitos. Como poderiam após isso continuar a compensar senão para ludibriar o fisco, sonegando as contribuições devidas de maneira ardilosa e concordada pelas pessoas indicadas com a participação descrita nos itens seguintes comprovando a cooperação de cada um para atingir o objetivo de não recolher as contribuições devidas de forma desleal com a Fazenda Pública e principalmente contra os interesses dos munícipes de Americana.

d) Na montagem do plano o mentor intelectual para dar uma aparência de legalidade e regularidade aos créditos, para isso

elaborando planilhas para demonstrar os créditos e tentando fundamentá-los é o Escritório Antonio Sérgio Baptista Advogados Associados (ASB), CNPJ: 00.279.020/0001-43, através do advogado Sr. Antonio Sérgio Baptista, CPF: 026.665.378-20, que é o sócio-administrador do Escritório com 99,00 % do seu Capital, também verificamos que o Advogado Sr. Alécio Castellucci Figueiredo foi subestabelecido em ações judiciais em favor do município de Americana pelo Escritório ASB, além de participar nas compensações como comprovam e-mails entre a Prefeitura e o Escritório Castellucci Figueiredo e Advogados Associados - CNPJ: 07.693.267/0001-50 (itens 37.5 e 37.6 diligências servidoras da Secretaria de Administração - mensagens eletrônicas anexadas às fls. 8.299, 8.307 a 8.318, 8.320 a 8.321, 8.326 a 8.327, 8.330 a 8.331, 8.335 a 8.337, 8.346 a 8.351). Formalizado contrato com o sujeito passivo prestou serviços para legitimar as compensações, entretanto essas compensações somente foram possíveis com a participação dos gestores, através dos fatos e provas analisados a fiscalização concluiu que os participantes decisivos que poderiam ter evitado ou determinado a prática fraudulenta são o Prefeito Municipal o Sr. Diego de Nadai, o Secretário de Negócios Jurídicos o Sr. Cristiano Martins de Carvalho, o Secretário de Fazenda o Sr. José Antonio Patrocínio e o Secretário de Administração o Sr. Claudemir Aparecido Marques Francisco.

d) Pelos TCIF no 0001 e 0002 de maio/julho de 2013 e nas suas respostas da Prefeitura relativamente às compensações assinadas pelo Secretário de Administração, Sr. Claudemir, e pelo Procurador Jurídico, Sr. Enzo Hirose Jurgensen, constata-se a falta de comprometimento quanto à elucidação dos fatos e o embaraço à fiscalização para identificar os possíveis créditos compensados (ver itens 19 e 20). No item 20 descrito anteriormente fica claro a intenção da Prefeitura de não fornecer informações, documentos, com respostas lacônicas ou padrões, não fornecendo os documentos necessários. Basicamente responde que os documentos requisitados estão em processo judicial, que a compensação é alicerçada em processo judicial, que documentos não se referem às compensações, que ainda que o Município tenha parcelado débitos continua pleiteando créditos judicialmente, entre outras respostas lamentáveis (descritas no item 20) para dificultar o trabalho fiscal.

e) Diante da negativa em apresentar os documentos e informações relativos às compensações a fiscalização foi reiteradamente intimando à Prefeitura até que em atendimento ao TCIF no 0008 de fevereiro de 2014 exhibe documentos relativos às compensações, ainda que esses documentos não foram discriminados de maneira a facilitar a análise. Assim a fiscalização somente conseguiu os documentos referentes às ações judiciais, documentos de comprovação das compensações e memórias de cálculo dos créditos com as diligências aos Escritórios e em solicitação à Procuradoria da Fazenda que extraiu cópia integral do processo judicial. Seria estranho se não fosse perverso constatar que o contribuinte que faz as

compensações milionárias não apresenta ou apresenta de maneira insatisfatória e após muita insistência. Pelos procedimentos adotados em ações e omissões da Prefeitura, verifica-se que o ocorrido é muito maior que uma simples negligência, há uma manifesta vontade dos administradores em obstar o conhecimento dos procedimentos quanto às compensações realizadas, pois estão envolvidos diretamente nas compensações ilegais.

f) Segundo a fiscalização, em diligência no contribuinte Antonio Sergio Baptista Advogados Associados, foram localizados vários contratos com o sujeito passivo, são eles: Contrato Processo nº 25.330/2007; Contrato Processo nº 24.881/2010; Contrato Processo nº 27.048/2010; Contrato Processo nº 52.538/2011.

g) Dos honorários: Verificou-se que apenas com os contratos elencados anteriormente o Escritório obteve no mínimo um valor de R\$ 6.192.000,00 a título de honorários, em valores originários de 2007 a 2014. Ressalta que pela dificuldade da obtenção de documentos pode estar faltando documentos referentes a pagamentos e a informações sobre esses e outros processos, portanto o valor pago pode ser maior em virtude dos montantes compensados, sendo que comprovadamente referente aos honorários sobre os valores compensados temos um total de R\$ 4.520.000,00. Argumenta que, portanto, os cofres públicos foram lesados em valores originários em mais de quatro milhões de reais, apenas em honorários sobre as compensações. Os valores foram pagos utilizando o percentual de 20% sobre os valores compensados. Portanto os pagamentos de somas vultosas foram realizados sem qualquer garantia de efetivo êxito dos serviços prestados e com absoluto desprezo à natureza de contratações (contratos de resultado).

Os honorários foram pagos apenas com as declarações em GFIP, não houve por parte da Prefeitura conferência de cálculos, confirmação do direito de créditos administrativamente e/ou judicialmente, o Escritório teve total autonomia para declarar, passar os valores a serem compensados, receber os honorários correspondentes, não repassar documentação comprobatória alguma à Prefeitura, funcionando como se fosse a própria administração municipal. Não houve por parte da Prefeitura qualquer ato fiscalizatório quanto ao cumprimento do contrato e quanto a regularidade das compensações efetuadas. E ainda houve compensações sem comprovação alguma de créditos passíveis de compensação como antes relatado.

Afirma que, dessa maneira, tem-se irregularidade na execução do contrato processo nº 24.881/2010, os pagamentos efetuados ao contrato não poderiam ter sido pagos. A simples declaração em GFIP não garante o sucesso da compensação, pois não gera de imediato a liquidez dos valores, dessa maneira a remuneração do trabalho deve se subordinar ao sucesso final do procedimento, não podendo ser remunerado antes disso, sob pena de onerar os cofres públicos, o que acabou acontecendo com Americana que pagou pelos serviços com base no sucesso

da compensação que não ocorreu (compensação glosada). Como antes relatado não houve garantia da compensação por decisão judicial transitada em julgado, tampouco decisão administrativa homologatória, os honorários foram pagos com base nos valores compensados em GFIP, sendo suficiente apenas a declaração, flagrantemente atentando contra o interesse público.

h) Inexigibilidade de licitação.

i) Violação à regra da notória especialização.

j) Desnecessidade de contratação externa em razão da existência de pessoal que execute o trabalho no Município.

k) o Escritório Antonio Sérgio Baptista Advogados Associados responde a uma Ação Civil Pública desde 2012 em contrato similar com o Município de Araraquara, processo nº 0908595-32.2012.8.26.0037, que anulou contrato e condenou o escritório e o Prefeito daquele município a ressarcir os danos ao erário municipal. No processo há decisão que caracteriza as irregularidades e ilegalidades na forma de contratação e nos pagamentos dos honorários. Verifica-se que a contratação foi semelhante a Americana e a seguir transcreve parte do processo.

PREFEITO - SR. DIEGO DE NADAI: *O Prefeito é o gestor principal do município, atribuições definidas na Lei Orgânica Municipal no artigo 62, e como relatado anteriormente todos os procedimentos de compensação, com a contratação do Escritório, nomeação dos secretários, assinaturas de contratos e aditamentos, assinatura de parcelamento administrativo na Receita Federal, desistência das ações judiciais para parcelamento administrativo, desistência da impugnação administrativa sobre o Auto de Infração de glosa das compensações, fiscalização anterior com autuação sobre as compensações realizadas, para tudo isso houve ciência, autorização e/ou determinação, portanto participação decisiva do Sr. Diego De Nadai para que as compensações fraudulentas, manifestamente ilegais com créditos inexistentes, fossem efetuadas como antes relatado, sendo considerado como responsável tributário solidário, com o enquadramento legal descrito adiante. Não haveria possibilidade de sonegar as contribuições devidas, declarando as compensações, se não houvesse dolo e vontade própria pessoal do Prefeito.*

SECRETÁRIO DE NEGÓCIOS JURÍDICOS - SR. CRISTIANO MARTINS DE CARVALHO: *Este Secretário é um dos principais gestores do município representando o Município administrativamente e judicialmente. Como relatado anteriormente todos os procedimentos de compensação, com a contratação do Escritório, assinaturas de contratos e aditamentos, assinatura de parcelamento administrativo na Receita Federal, desistência das ações judiciais para parcelamento administrativo, desistência da impugnação administrativa sobre o Auto de Infração de glosa das compensações, fiscalização anterior com autuação sobre as compensações realizadas, para tudo isso houve ciência e/ou*

autorização e/ou determinação do Secretário de Negócios Jurídicos, portanto a participação do Sr. Cristiano Martins de Carvalho foi decisiva para que as compensações fraudulentas, manifestamente ilegais com créditos inexistentes, fossem efetuadas como antes relatado, sendo considerado como responsável tributário solidário, com o enquadramento legal descrito adiante. Não haveria possibilidade de sonegar as contribuições devidas, declarando as compensações, se não houvesse dolo e vontade própria pessoal do Secretário, que poderia ter evitado ou se negado a participar. O Secretário de Negócios Jurídicos tinha a atribuição legal para evitar as compensações, para fiscalizá-las, ou pelo menos orientar ou se rebelar quanto às irregularidades, entretanto além de não evitar, participou ativamente para efetivá-las, pois: participou pessoalmente nas diversas contratações do Escritório, com assinaturas, pareceres, determinação de aditamentos; determinou complementações orçamentárias para pagamento ao Escritório; determinou o fornecimento de documentação ao Escritório; determinou que fossem declaradas as compensações; atestou o fornecimento dos serviços assinando recibos de pagamento; e outras constatações em diligências fiscais que descreve.

SECRETÁRIO DE FAZENDA - SR. JOSÉ ANTONIO

PATROCÍNIO: Este Secretário é um dos principais gestores do município, administrando toda a arrecadação municipal, o orçamento e os pagamentos. Como relatado anteriormente todos os procedimentos de compensação, com a contratação do Escritório, o parcelamento administrativo na Receita Federal, a desistência das ações judiciais para parcelamento administrativo, a desistência da impugnação administrativa sobre o Auto de Infração de glosa das compensações, a fiscalização anterior com autuação sobre as compensações realizadas, para tudo isso houve ciência e/ou autorização e/ou determinação do Secretário de Fazenda, portanto a participação do Sr. José Antonio Patrocínio foi decisiva para que as compensações fraudulentas, manifestamente ilegais com créditos inexistentes, fossem efetuadas como antes relatado, sendo considerado como responsável tributário solidário, com o enquadramento legal descrito adiante. Não haveria possibilidade de sonegar as contribuições devidas, declarando as compensações, se não houvesse dolo e vontade própria pessoal do Secretário, que poderia ter evitado ou se negado a participar. O Secretário de Fazenda tinha a atribuição legal para evitar as compensações, para fiscalizá-las, ou pelo menos orientar ou se rebelar quanto às irregularidades, entretanto além de não evitar, participou ativamente para efetivá-las, pois: participou nas diversas contratações do Escritório, pois os pagamentos sempre passaram pelo crivo de sua Secretaria; determinou que fossem declaradas as compensações; e outras constatações nas diligências fiscais, que descreve.

SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO - SR. CLAUDEMIR APARECIDO MARQUES FRANCISCO:

Este Secretário é um dos principais gestores do município, administrando e gerenciando os Recursos Humanos do Município, incluindo parte trabalhista, previdenciária entre outros, sendo o setor responsável em declarar as compensações realizadas. Como relatado anteriormente todos os procedimentos de compensação (entre eles a declaração em GFIP), com a contratação do Escritório, assinaturas de contratos e aditamentos, assinatura de parcelamento administrativo na Receita Federal, desistência das ações judiciais para parcelamento administrativo, desistência da impugnação administrativa sobre o Auto de Infração de glosa das compensações, fiscalização anterior com autuação sobre as compensações realizadas, para tudo isso houve ciência e/ou autorização e/ou determinação do Secretário de Administração, portanto a participação do Sr. Claudemir Aparecido Marques Francisco foi decisiva para que as compensações fraudulentas, manifestamente ilegais com créditos inexistentes, fossem efetuadas como antes relatado, sendo considerado como responsável tributário solidário, com o enquadramento legal descrito adiante. Não haveria possibilidade de sonegar as contribuições devidas, declarando as compensações, se não houvesse dolo e vontade própria pessoal do Secretário, que poderia ter evitado ou se negado a participar. O Secretário de Administração tinha a atribuição legal para evitar as compensações, para fiscalizá-las, ou pelo menos orientar ou se rebelar quanto as irregularidades, entretanto além de não evitar, participou ativamente para efetivá-las, pois: tinha plena ciência dos contratos com o Escritório; não foi diligente para contestar e verificar cálculos; teve ciência da inexistência dos créditos e ainda assim determinou ou autorizou as compensações; determinou o fornecimento de documentação ao Escritório; determinou que fossem declaradas as compensações; e outras constatações nas diligências fiscais que transcreve.

A fiscalização afirma que:

90.1 Os gestores mencionados, desdenhando de qualquer nível de garantia ao erário assumindo pessoalmente e conscientemente todos os riscos, penalizaram o Município com a glosa da compensação, as multas isoladas, os acréscimos legais e os honorários indevidos. Eles afrontaram contra o interesse público e devem responder solidariamente pelo crédito tributário.

90.2 Já o Escritório fez toda a fundamentação e montou o esquema para legitimar as compensações com o objetivo

de receber os honorários, comprovados como indevidos. Diante disso como já relatado se beneficiou diretamente com o recebimento de MILHÕES DE REAIS em honorários, mesmo como conhecedor jurídico, determinou, fundamentou e calculou créditos manifestamente ilegais que originaram as compensações fraudulentas. Sobre o manto do exercício profissional do direito não pode o Escritório ASB se salvaguardar de atos manifestamente ilegais, pois concorreu dolosamente para essa prática que causou flagrante dano ao Município de Americana, levando vantagem econômica nos serviços prestados e, portanto, deve responder solidariamente pelo crédito tributário.

90.3 A solidariedade entre o contribuinte e responsável, por sua vez, ocorre quando a obrigação nasce em face do contribuinte, mas, em decorrência de fato posterior, passa um terceiro a responder solidariamente com aquele, sem benefício de ordem. Nesse caso, respondem os dois igualmente, sendo a pretensão fiscal dirigida diretamente contra os dois. Eis a responsabilidade tributária solidária em sentido estrito.

Em relação a todos os responsáveis solidários, a fiscalização os enquadra no artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional – CTN. Invoca precedentes judiciais que entendem pela aplicação analógica do dispositivo ao Prefeito Municipal, dada a fórmula de equiparação do ente/órgão público à empresa (artigo 15, inciso I da Lei nº 8.212/91).

Complementa que:

91.1 No presente caso verificamos que os administradores identificados agiram em excesso ao seu mandato e em transgressão à lei, não somente a tributária e ainda como demonstrado de maneira dolosa. O administrador público tem o dever de agir com probidade, não sendo lícito atuar de maneira contrária aos interesses do Município, tampouco aos da Fazenda Nacional. Por isso resta comprovada nos autos a responsabilidade pessoal dos mesmos e assim deverão responder solidariamente por todos os créditos lançados no processo, na forma do art. 135 III do CTN.

91.2 Reforçamos ainda que as normas tributárias relativas às Contribuições Previdenciárias obrigam os sujeitos passivos em geral, e por consequência os agentes públicos responsáveis pela Administração Pública Municipal, ao cumprimento das obrigações principais e acessórias delas decorrentes. Assim neste caso, o dever de cumprir as obrigações presentes na legislação previdenciária é do ente federado desde o momento do fato gerador. Ocorrendo fato futuro, no caso, o descumprimento dos

deveres de dirigentes do órgão, pode acontecer a responsabilização destes.

Invoca preceitos da Lei de Responsabilidade Fiscal (artigo 1º, § 1º, artigo 9º, § 2º da Lei Complementar nº 101, de 04/05/2000), afirmando que o atraso ou omissão no pagamento de tributos pelo município ocasionará o surgimento de obrigações extras, não previstas no orçamento, configurando, em tese, transgressão à Lei de Responsabilidade Fiscal. Situação que se reflete no pagamento dos honorários indevidos, beneficiando abusivamente terceiro (nesse caso o Escritório ASB). Outrossim, invoca as disposições da Lei de Improbidade Administrativa (artigos 1º, 4º, 7º, 9º, I, 10, VIII a X, XII, 11, I, II e VI da Lei nº 8.429/92), asseverando que estas obrigações tributárias adicionais importam necessariamente em prejuízo aos cofres públicos, vez que não eram devidas inicialmente. Tal situação pode se configurar como um ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário ou que atente contra os princípios da Administração Pública.

Especificamente com relação ao Prefeito, invoca aplicação às disposições do Decreto-Lei nº 201/1967 (art. 1º, I a VII).

No que toca ao escritório ASB, afirma que este teria agido de maneira intencional em conluio com os administradores municipais obtendo vantagem, se beneficiando com o recebimento de honorários milionários indevidos em detrimento aos interesses do Município de Americana que acabou penalizado com o lançamento fiscal do presente processo. Não pode o Escritório se beneficiar de um esquema fraudulento, pois como relatado as compensações foram ilegais e como sabedor do direito ele deveria resguardar os direitos do seu cliente e cumprir o contrato, evitando esse prejuízo aos munícipes, dessa maneira aplicou-se a solidariedade ao escritório em relação aos créditos tributários lançados, fundamentada pelo artigo 124, I, do CTN.

Por fim, no tópico “XV – CONSIDERAÇÕES FINAIS”, a fiscalização informa ter lavrado a competente Representação Fiscal Para Fins Penais – RFFP, pela ocorrência, em tese, da prática de Crime Contra a Ordem Tributária, previsto no art. 1º, incisos I, II e IV, da Lei nº 8.137/90.

Devidamente intimado sobre o lançamento, comparece o contribuinte principal e responsáveis solidários aos autos ofertando os respectivos instrumentos de impugnação conforme segue a seguir, aduzindo, em síntese, que:

- Município de Americana – Prefeitura Municipal, instrumento de impugnação acostado às fls. 10.893/10.903 dos autos:

1) *Faz uma síntese dos fatos.*

Da responsabilidade dos gestores municipais e do escritório de advocacia pela compensação indevida e pela multa indevida

2) *Conforme bem apurado no auto de infração, a conduta dos agentes públicos e do escritório de advocacia ASB, de forma livre e consciente, constituídos nas operações financeiras as quais foram realizadas sem observância das normas legais e regulamentares, e em afronta aos princípios que regem a Administração Pública insculpidos no art. 37 da CF/88, notadamente os da legalidade, moralidade, honestidade, lealdade e eficiência, pelo que não de ser responsabilizados pessoalmente.*

3) *O Município não teve qualquer relação com essas informações, não podendo ser responsabilizado pelo acerto das declarações, posto que a Prefeitura contratou empresa especializada na área justamente para efetuar tal operação não tendo ele qualquer relação ou ingerência sobre os fatos imputados, sendo a responsabilidade dos agentes públicos que autorizaram a contratação da empresa especializada. Quem deve figurar exclusivamente no pólo passivo é o escritório de advocacia contratado e o seu presidente, uma vez que foi aquele quem operou de forma efetiva junto ao INSS e à Receita Federal. Dessa forma, não havendo indícios mínimos de conduta dolosa de má-fé do Município, uma vez que a existência de declaração em GFIP não respaldada em base fático-jurídica legítima a fim de efetivar compensação tributária de contribuição previdenciária perante o INSS/RFB, por si só, não caracteriza ato de improbidade administrativa, já que ausente conduta reprovável que desdobre da simples violação ao princípio da legalidade e à respectiva obrigação tributária acessória, já devidamente apenada nas searas próprias.*

4) *Dessa forma, a despeito de não haver necessidade de comprovação de prejuízo ao erário ou enriquecimento ilícito, as condutas descritas no artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa dependem, principalmente, da presença do elemento subjetivo na modalidade.*

Do efeito confiscatório da multa de ofício

5) *Aduz o efeito confiscatório da multa isolada. Cita doutrina e traz um comparativo entre o valor da multa isolada e a receita orçamentária do ente político. Ademais, traz outros argumentos concernentes à demonstração de que a multa aplicada viola preceitos da Constituição Federal de 1988.*

6) *É de se afastar a hipótese de fraude em relação ao ente político - Município de Americana - o qual em nenhum momento pretendeu "enganar" o fisco, já que sempre declarou a GFIP, logo, não se omitiu nenhum dos elementos do fato gerador, fracionou ou retardou o pagamento do tributo. Não há que se confundir os*

elementos do crime, quais tais: 1) Ação ou omissão qualificada pelo elemento subjetivo - dolo ou culpa; 2) nexo causal; 3) resultado e 4) previsão legal, com os elementos subjetivos do injusto (dolo e culpa) em sua análise interior.

7) É de se saber que o dolo subdivide-se em direto e eventual. O dolo direto é a vontade de produzir determinado resultado, e pode ser de primeiro grau - dolo do resultado querido, ou de segundo grau - dolo das conseqüências necessárias. O dolo eventual, por sua vez, traduz-se na assunção, com indiferença, ao risco de produzir determinado resultado. Através do entendimento exarado no relatório de atividade fiscal, que indica a existência da consciência da conduta e do resultado como elementar do dolo em relação ao escritório de advocacia e o advogado Antonio Sergio Batista e os gestores Municipais Diego de Nadai (prefeito), Cristiano Martins de Carvalho (Secretário de Negócios Jurídicos) José Antonio do Patrocínio (Secretário de Fazenda) Claudemir Aparecido Marques Francisco (Secretário de Administração).

8) Os elementos do dolo são: a) representação/idealização do resultado e dos meios para consegui-lo ou b) vontade ou assunção indiferente do risco do resultado, e nada têm a ver com consciência da conduta e do resultado simplesmente, uma vez que a conduta pode ser típica, mas não ser ilícita ou culpável, as quais foram levadas a efeito pelos gestores municipais e pelo advogado. O Município foi vítima de toda malfadada engenhosidade tributaria.

9) Tão pouco há que se confundir com a consciência da relação causal entre conduta e resultado, pelos mesmos motivos acima alinhavados. Conduta, resultado e nexos de causa são elementos do crime, onde também se encontram o dolo e a culpa, como elementos subjetivos do injusto. O dolo é elemento que somente informa a conduta, qualificando-a. Quanto aos outros elementos do crime, estes devem ser analisados detidamente, sob pena de equívoco.

10) A Municipalidade foi vítima dos gestores municipais e do escritório de advocacia contratado, que em realizaram conduta contrária aos deveres de honestidade e legalidade, e aos princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade em detrimento ao interesse público e, devem ser exclusivamente responsabilizados pela multa isolada imposta. Transcreve o artigo 72 da Lei nº 4.502/64.

11) *Em que pese os artificios engendrados pelas pessoas físicas (agentes públicos e advogado contratado), visando a consumação do contrato administrativo firmado com o escritório de advocacia que inclusive causou dano ao erário no importe de pelo menos R\$ 4.500.000,00, não defendendo o ato administrativo -compensação indevida - por eles levado a efeito, tem-se que somente estaríamos diante de fraude se a Municipalidade contribuinte tivesse impedido ou retardado a ocorrência do fato gerador, ou então, excluísse ou modificasse as características essenciais deste fato gerador. Cita doutrina. Portanto, totalmente descabida a procedência do lançamento, de 150% de multa isolada, já que em momento algum a Municipalidade contribuinte impediu ou retardou a ocorrência do fato gerador, muito pelo contrário, declarou, nas declarações nas GFIP's seus débitos fiscais sem excluir, reduzir ou modificar as características deste fato gerador.*

Do respeito à capacidade contributiva

12) *Afirma que a multa aplicada no percentual de 150% implica violação ao princípio do respeito à capacidade contributiva. Cita doutrina e traz abordagem do princípio sob o foco constitucional.*

Do pedido

13) *Requer a procedência da impugnação para determinar o cancelamento da penalidade imposta, consistente na aplicação de multa isolada no patamar de 150% da exigência fiscal. Caso não seja este o entendimento, a multa deve ser aplicada exclusivamente em face dos agentes públicos e escritório de advocacia e sócio majoritário.*

- *Diego de Nadai, instrumento de impugnação acostado às fls. 10.915/10.938 dos autos:*

1) *Faz uma síntese dos fatos.*

II - Do Direito

a) Da impossibilidade de responsabilização solidária ante o fato de ter sido Prefeito

2) *Consta da descrição narrada pela fiscalização, que atribuiu responsabilidade solidária ao Recorrente pelo fato de que era ele o "maior gestor" do Município de Americana e, portanto, deveria ele responder solidariamente e também pelo fato de dizer que o Recorrente agiu em conluio com o escritório de advogados e com Secretários. Consigna ser "óbvio que um Prefeito é o maior gestor de um Município, porém, não é porque é o 'maior gestor' que deve responder por qualquer fato, pelo simples fato de ser Prefeito. Isso a lei não permite, aliás, veda por expressa disposição contida no artigo 137 do CTN". Cita doutrina.*

3) Descabida a pretensão fiscal de responsabilizar pessoalmente o prefeito municipal, imputando-lhe responsabilidade solidária em decorrência da ausência de recolhimento de tributo. No caso concreto, por se tratar de pessoa jurídica de direito público a sua representação caberia ao Prefeito. Nessa situação, o agente político atua no exercício regular de um mandato, de forma que a responsabilidade por infração à legislação tributária, porventura cometida, deve recair sobre a própria pessoa jurídica. A responsabilidade só pode ser imputada pessoalmente ao agente se comprovado o excesso de mandato ou o cometimento de infração com dolo ou culpa, pois, a regra ser interpretada em harmonia com o disposto nos artigos 135 e 137, do CTN.

4) Não consta individualização da conduta do Recorrente que pudesse ensejar a aplicação da regra que prevê a solidariedade, restando, portanto, impossibilitada a exigência do tributo com fundamento na solidariedade passiva, quando esta inexistente. O CTN com "status" de lei como complementar, nos termos do seu art. 137, dispõe que responsabilidade do agente não é pessoal quando no exercício do mandato. Assim, a responsabilidade do prefeito pelo não-recolhimento das contribuições previdenciárias necessita da demonstração da culpabilidade.

5) Com efeito, o art. 41 da Lei nº 8.212/91, na qualidade de lei ordinária, rende-se ao que preceitua o art. 137 do CTN, que possui, como dito, natureza material de lei complementar. De mais a mais, a Lei nº 9.476/97 alterou o disposto no art. 41 da Lei nº 8.212/91 anistiando os agentes políticos infratores da disposição original deste último preceito. Cita julgados do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais.

b) Da inadmissibilidade do lançamento fundado em presunções

6) O lançamento realizado contra o Recorrente, fundou-se exclusivamente, em presunção, sendo inadmissível portanto, o ato praticado pela autoridade fiscal. Tal se infere da narrativa da fiscalização, pois, a todo momento diz que houve conluio, que houve comprovada vontade de omitir da Administração Tributária as contribuições devidas. Entretanto, não diz como, de que forma, o Recorrente agiu em conluio, em que momento o fez, de que forma o fez, onde é que está a vontade de omitir da Administração Tributária as contribuições devidas.

7) A afirmação da fiscalização é leviana, pois, o sujeito passivo da obrigação tributária, para que possa realizar a compensação de qualquer tributo, necessária e obrigatoriamente precisa entregar à administração tributária a informação o Fisco, que analisando o

documento diz se concorda ou não com o proceder do contribuinte. Ou seja, quem omite é porque não informa, e se foi informado é porque não foi omitido, e portanto, como é que o agente fiscal pode afirmar que houve vontade de omitir da administração tributária as contribuições devidas? No caso, todas as compensações foram efetuadas com base em planilhas técnicas com a indicação dos créditos do Município, cujos créditos foram tomados com fundamento em orientação jurisprudencial pacificada pelo Poder Judiciário. Cita doutrina e julgado administrativo.

8) Diz a fiscalização que houve um "esquema" para tentar comprovar créditos, dizendo que agiu o Recorrente de forma consciente e intencional, portanto, dolosa, com a vontade de produzir o resultado caracterizado pela lavratura de auto de infração contra o Município, denotando sua responsabilidade. Contudo, não apresenta prova alguma da imputação dolosamente afirmada, com a intenção de prejudicar o Recorrente. O ônus da prova da alegação é do Fisco, e nesse ponto, não há prova alguma do quanto alegado, sendo de rigor a improcedência da autuação em face do Recorrente. Cita julgado judicial.

9) Esclarece que a conduta do Município foi pautada em orientação jurisprudencial, inexistindo qualquer conduta dolosa, como mencionado pela fiscalização. Diz ainda a fiscalização que o processo judicial nº 0011567-29.2011.4.03.6109 em trâmite perante a 2ª Vara da Justiça Federal de Piracicaba, teria sido objeto de desistência, entretanto, a informação contida no auto de infração é falsa, pois, a ação encontra-se em marcha, tendo sido inclusive o julgamento convertido em diligência, conforme se extrai do extrato de andamento do processo juntado à impugnação.

10) No que se refere a alegação da fiscalização de que o parcelamento dos débitos obstará o creditamento no exercício seguinte à confissão do débito para adesão ao REFIS, equivocou-se o agente público, pois, é certo e incontestado e admite a jurisprudência de forma pacífica, a possibilidade de confessar um débito e na sequência discuti-lo. Cita julgado judicial.

11) O que se afere, de forma incontestado, é que não há nos autos uma só prova do quanto por ele alegado, mas, ao contrário, há prova de que o proceder do contribuinte encontra amparo legal, o que obsta a responsabilização solidária pretendida. À semelhança do processo penal, a peça inaugural deve conter a mínima relação de causa e efeito entre as imputações e condição daquele contra quem é imputada suposta conduta ímproba. Cita doutrina. Aqui não há uma responsabilidade objetiva (que é vedada pelo nosso ordenamento). Admitir-se a denúncia na qual

alguém é acusado pelo simples fato de ter sido prefeito, contraria os mais basilares princípios de Direito de todo o mundo civilizado. A imputação deve ser prévia e não serve, para sustentar a acusação, a mera referência ao dispositivo legal tido por violado.

12) Não se pode presumir, “in casu”, na observância diante dos elementos probatórios amealhados, que o Recorrente tenha praticado qualquer ato que pudesse ensejar sua responsabilidade solidária. A presunção é um elemento importantíssimo na dialética jurídica, pois torna verdadeiros fatos apenas possíveis, dando maior segurança às relações entre as pessoas (intersubjetivas). Fruto do raciocínio, pouco importa se obtida por dedução ou indução. Ao presumir a irregularidade fiscal a autoridade administrativa faz conjecturas, isto é, intui que ocorreu um ilícito, que lhe cabe, por dever de ofício, apurar e fazer sancionar. Em seu espírito tudo se passa livremente, escapando por óbvio, de qualquer controle, inclusive judicial.

13) A partir do momento, porém, em que as conjecturas da autoridade administrativa começam a materializar-se em atos concretos contra o contribuinte, é mister venham observados alguns pressupostos e requisitos, de modo a não lhe violentar direitos subjetivos. Não nos esqueçamos de que em nosso Estado de Direito vigora a presunção de inocência até prova em contrário. Uma pessoa só pode ser havida por violadora da ordem jurídica com base em fatos e dados consistentes e incontroversos. A presunção de inocência que a Constituição estabelece em seu art. 5o. LVII, longe de estar confinada à matéria penal stricto sensu, espraia-se sobre todos os episódios em que há um acusado. Melhor explicitando, sempre que há o risco de uma sanção ou de ser atingido um bem jurídico prestigiado pela ordem constitucional (liberdade, honra, propriedade, etc), todos se presumem inocentes, até a demonstração cabal em contrario, cujo ônus pertence ao acusador.

14) Vem ao encontro destas idéias o axioma “in dubio” contra “fiscum”. De fato, não pode haver uma flexibilização em favor da Fazenda Pública, parte indubitavelmente mais forte do que o contribuinte. O Estado deve comprovar a culpabilidade do contribuinte, que é constitucionalmente presumido inocente. Esta é uma presunção juris tantum, que só pode ceder passo com um mínimo de provas produzidas por meio de um devido processo legal e com a garantia da ampla defesa.

15) Nenhuma prova tem sido tão combatida e abalada, ao longo dos séculos, como o indício (prova indiciária ou circunstancial). A noção de indício vem indissoluvelmente associada à operação mental de inferência. Com base nele chega-se, pela via do raciocínio, a uma conclusão. Só que sob o prisma da certeza ou convencimento, o indício nunca leva a uma conclusão absolutamente segura. De fato, a mais alta probabilidade de certeza não exclui possa haver o erro. A necessidade de proteger a Fazenda Pública da eventual má-fé do contribuinte não basta

para permitir a utilização acriteriosa de indícios contra ele, até porque isto fatalmente atropelaria os princípios constitucionais tributários que o protegem, como se pretende fazer no caso em comento.

16) De tudo que foi dito colige-se que a segurança jurídica só permite que o agente fiscal efetue o lançamento se tiver efetivo conhecimento do fato imponível. Também só lhe é dado lavrar o auto de infração tendo real ciência de determinados fatos que, em tese, tipificam ilícitos tributários. E, ao lançar ou lavrar o auto de infração, deve observar-se os procedimentos formais, previstos em lei, para provar que tais fatos ocorreram. O agente fiscal não pode, pois, valer-se de presunções, ficções ou indícios para suprir lacunas da realidade que se lhe apresenta. Não devemos nos esquecer de que os agentes fiscais, como, de resto, todos os funcionários públicos, têm o dever de resolver motivadamente os casos que lhes são afetos, observados os direitos e garantias individuais. Cita julgados judiciais e doutrina.

III - Do pedido

17) Requer o reconhecimento da inexistência de responsabilidade solidária do Recorrente, para o fim de que seja cancelado o auto de infração em relação a si, ante as razões exaustivamente expostas.

- Claudemir Aparecido Marques Francisco, instrumento de impugnação acostado às fls. 10.941/10.945 dos autos:

1) Em que pese a imputação de responsabilidade solidária realizada pelo Agente Fiscal, a mesma não pode prosperar, tendo em vista que o Recorrente agiu no regular exercício de seu cargo público e estava amparado por parecer jurídico que autorizava a compensação.

2) O Recorrente, enquanto Secretário de Administração do Município de Americana, agiu no regular exercício de sua função ao executar a determinação recebida para realização das compensações previdenciárias oriunda de créditos indevidamente recolhidos ao fisco federal por tratar-se de verbas de natureza indenizatória. Esta compensação foi precedida de elaborado estudo jurídico realizado por escritório de renome e que contou com a confirmação do Secretário de Negócios Jurídicos e do Secretário de Fazenda. Desta forma, o Recorrente apenas instrumentalizou o que já havia sido decidido pelas instâncias técnicas competentes, com a elaboração de pareceres e cálculos minuciosos, não podendo ser responsabilizado por tal ato.

3) Ademais, a compensação de créditos recolhidos sobre verbas de natureza indenizatória está pacificada pelos Tribunais brasileiros, o que demonstra a boa fé na execução a compensação. Se, por algum motivo, houve divergência de cálculo nas verbas compensadas, tratou-se de mero erro material que jamais poderá ser imputado ao Recorrente.

4) Da mesma forma, se o Agente Fiscal não concorda com a tese da compensação tributária em questão, apesar de estar no direito de sua função, o mesmo jamais poderia dizer que houve fraude, conluio, ou qualquer outra espécie de má fé por parte do Recorrente. Outrossim, o Recorrente somente poderia ser responsabilizado em caso de cometimento de infração com dolo ou culpa, nos termos do artigo 135 do Código Tributário Nacional.

5) Não existe nenhuma conduta atribuída ao Recorrente que possa ensejar a solidariedade pretendida, vez que toda a fundamentação do Agente Fiscal baseou-se em ilações infundadas, além de levianas e desprovidas de bom senso. Mais uma vez salienta que as compensações realizadas foram feitas com base em pareceres jurídico e planilhas de cálculo detalhadas, e ainda em obediência as mais recentes interpretações judiciais, não podendo, desta forma, ser atribuída ao Recorrente conduta dolosa ou fraudulenta.

6) Destarte, não existe nenhuma prova da alegada conduta do Recorrente e sendo certo que o ônus da prova cabe a quem acusa, sendo neste caso, o Fisco Federal, sendo necessária a improcedência da autuação. Não existe nos autos, portanto, uma única prova dos fatos alegados pelo Agente Fiscal, ao contrário, existe prova de que o Recorrente agiu dentro dos parâmetros jurisprudencialmente aceitos por nossos Tribunais, o que obsta a responsabilização solidária pretendida.

7) Salienta que os elementos que levam à responsabilidade solidária não podem ser presumidos sob pena de serem violados direitos elementares do Recorrente, dentre eles o da presunção e inocência prevista no art. 5º, LVII, da Constituição Federal. Portanto, o direito constitucional à presunção de inocência impõe ao Fisco o dever de provar cabalmente a prática da infração, não havendo certeza quanto aos fatos a sanção fiscal não pode ser aplicada.

8) Assim, somente é possível a lavratura de auto de infração tendo prova cabal de determinados fatos que possam tipificar ilícitos tributários, sempre se observando os procedimentos formais para provar que tais fatos ocorreram. O agente fiscal não pode utilizar-se de presunções, para a lavratura do auto de infração pois o mesmo tem o dever de resolver motivadamente os casos que lhes são apresentados, observados os direitos e garantias individuais.

9) *Como se verifica, não pode o Recorrente sujeitar-se ao lançamento de uma responsabilidade fundada em meras presunções, indícios e ficções criadas pelo fisco. Portanto, o cancelamento do auto de infração imputado ao Recorrente por responsabilidade solidária é imperioso, posto que inexistem os requisitos ensejadores da solidariedade no presente caso.*

Dos pedidos

10) *Requer o reconhecimento da inexistência de responsabilidade solidária do Recorrente, para o fim de que seja cancelado o auto de infração em relação ao mesmo, tendo em vista que agiu com relevante fundamento jurídico, amparado em pareceres técnicos e complexos cálculos apresentados pelos advogados contratados e chancelados pelas Secretarias de Negócios Jurídicos e pela Secretaria de Fazenda.*

- José Antonio Patrocínio, instrumento de impugnação acostado às fls. 10.949/10.972 dos autos:

Dos fatos

1) *No rigor da sua restrita descrição, vê-se que as causas apontadas pela Fiscalização como suficientes à responsabilização do Impugnante não passam de suposições e conjecturas, típicas de quem foi totalmente contaminado pelo ambiente político que se instaurou em Americana, após a cassação do diploma e conseqüente mandato do então Prefeito Diego De Nadai.*

2) *Essa contaminação fica evidente nos termos desabonadores empregados pela Autoridade Fiscal ao longo de seu extenso relatório, que mais se aproxima de minuta de ação civil pública do que da necessária descrição e enquadramento jurídico do ato de lançamento e imposição de penalidade.*

3) *O impugnante tem sido vítima de perseguição política por parte do atual grupo político que administra a Cidade, sempre com acusações infundadas e com o claro objetivo de denegrir a sua imagem perante a opinião pública.*

4) *Inobstante à isto e principalmente ao fato do relato fiscal estar impregnado de suas impressões pessoais, algo absolutamente dispensável para os casos desta espécie, não nos furtaremos da análise de todas as suas imputações, em especial as estapafúrdias alegações de conluio, bem como de esquema doloso e fraudulento.*

5) *No aspecto legal e formal, melhor sorte não assiste à ilustre autoridade fiscal. O artigo 135, III, do CTN, apontado como fundamento legal da atribuição de responsabilidade é manifestamente inaplicável ao caso concreto, pois: i) não é norma apta a sustentar termo de sujeição passiva solidária, uma vez que trata de responsabilidade pessoal do administrador, e; ii) não se aplica a administradores públicos, eis que sua tipicidade está condicionada aos representantes, gerentes e*

diretores de pessoas jurídicas de direito privado. É norma inaplicável, pois, a diretores, representantes e gerentes de pessoas jurídicas de direito público, cuja eventual responsabilização deve ser formalizada em expediente judicial específico, no qual a demonstração do dolo é seu inafastável pressuposto.

6) Em que pese o esforço da Autoridade Fiscal para justificar a pretendida responsabilização, os termos por ela empregados no relatório fiscal revelam a nítida retaliação - travestida de responsabilização pessoal - pelos alegados óbices causados pelo Município de Americana ao seu trabalho de auditoria. Nessa senda, quer o Impugnante dizer que o instrumento jurídico próprio para essa "retaliação" seria a elaboração do denominado Termo de Embaraço à Fiscalização, com a aplicação da multa correspondente. Na penalização do sujeito passivo por eventual desídia em seu dever geral de colaboração, não é dado ao Auditor Fiscal se valer de outro expediente que não o específico, sob pena de afronta ao princípio da vinculação da atividade administrativa.

7) Sumariados os pontos principais dos fatos contidos no processo administrativo em referência, o Impugnante assim sintetiza as suas objeções a responsabilidade solidária que lhe foi indevidamente atribuída pela Fiscalização:

a) É totalmente absurda e desprovida de qualquer fundamento a alegação de conluio, formação de esquema fraudulento e doloso em relação ao cumprimento das obrigações previdenciárias do Município de Americana.

b) O impugnante agiu no estrito cumprimento de seu dever funcional e principalmente na defesa dos interesses da administração pública. Nunca praticou atos com excesso de poder ou contrários à lei.

c) O impugnante nunca agiu com dolo ou culpa, quiçá má-fé, sobretudo em relação às compensações previdenciárias e contratos administrativos firmados pela Prefeitura de Americana.

d) O artigo 135 não pode sustentar a sujeição passiva solidária, pois inserido no ordenamento para regulamentar a responsabilidade pessoal de terceiros e inaplicável aos administradores públicos, eis que seu inciso III, expressamente, faz referência à pessoa jurídicas de direito privado.

Do direito - A maior parte das imputações lançadas no termo de sujeição passiva solidária justificam/fundamentam a glosa do crédito/indeferimento das compensações e são inaplicáveis à pretendida imputação de sujeição passiva solidária.

8) As circunstâncias aludidas nos itens "i" a "xiii" dos fatos seriam hábeis, num juízo prévio de admissibilidade, tão somente para embasar a glosa dos créditos e o conseqüente indeferimento das compensações. Questões vinculadas à

legalidade dos créditos, seu reconhecimento definitivo pelo Poder Judiciário, ausência de liquidez e certeza, erro na quantificação, evidentemente, se prestam a sustentar o Juízo Fiscal restritivo à homologação das compensações, mas nunca, em hipótese alguma, se prestariam a justificar a pretendida atribuição de responsabilidade aos gestores públicos.

9) Os fundamentos para o indeferimento das compensações não podem se confundir com os fundamentos para a responsabilização de terceiros, sob pena de se tornar regra a atribuição genérica de responsabilidades a pessoas que não possuam vínculo algum com o fato gerador da obrigação previdenciária reputada como inadimplida.

10) Outrossim, a circunstância sintetizada no item “xiii” dos fatos, vinculada ao descumprimento do dever geral de colaboração para com o Fisco, se prestaria, no máximo, a fundamentar eventual Termo de Embaraço à Fiscalização, que a Autoridade Fiscal optou por não lavrar, certamente para não fragilizar sua equivocada pretensão de imputar responsabilidade ao ora Impugnante, à época dos fatos Secretário Municipal de Fazenda.

Da impossibilidade de responsabilização solidária ante o fato de ter sido secretário.

11) No questionado Termo de Sujeição Passiva Solidária, que incluiu o ora Impugnante, na condição de sujeito passivo solidário, no pólo passivo da relação juridico-tributária formalizada pelos autos de infração lavrados contra a pessoa jurídica, qualificada como sujeito passivo, a autoridade fiscal conclui que o impugnante participou ativamente e com poder decisório dos procedimentos para que fossem efetivadas as compensações, com a contratação do Escritório, assinaturas de contratos e aditamentos, assinatura de parcelamento administrativo na Receita Federal, desistência das ações judiciais para parcelamento administrativo, etc. Todas estas absurdas conclusões, que lastreiam a atribuição da responsabilidade solidária, estão totalmente dissociadas da realidade dos fatos.

12) Por primeiro é preciso esclarecer que o impugnante, enquanto agente político e no exercício das funções de Secretário de Fazenda, sempre pautou a sua conduta pela ética, lisura, probidade e honestidade. Repudia-se então, todas as irresponsáveis acusações da autoridade fiscal, sobretudo aquelas que colocam sob suspeita a sua ilibada carreira na administração pública municipal. Foram mais de 32 anos de efetivo exercício de funções públicas no Município de Americana.

13) O impugnante galgou o cargo de Secretário da Fazenda não por razões políticas, mas pelo fato de ser funcionário público de carreira, servidor municipal por toda uma vida de trabalho! Pois bem, o fato é que referido cargo possui limitações em relação às suas atribuições legais. Conforme apontado pelo Auditor Fiscal,

em seu Relatório, a Secretária de Fazenda tem por prerrogativa o lançamento, fiscalização e arrecadação de tributos municipais, preços públicos e outros créditos e também pela execução da política orçamentária e contábil de utilização dos recursos financeiros do Município.

14) Em discurso direto: a Secretaria da Fazenda, pasta outrora capitaneada pelo Impugnante, possui competência vinculada à capacidade tributária ativa do município. A capacidade passiva, evidentemente, está sob a competência de outras pastas, notadamente a Secretaria de Administração.

15) Dentre as atribuições do cargo, não encontraremos aquela apontada pela autoridade fiscal, qual seja, poder decisório nas compensações previdenciárias. Conforme informado nos autos, o autor do procedimento de geração da folha de pagamento, bem como das informações constantes da GFIP é a Secretaria de Administração. Dentro da estrutura administrativa da Prefeitura, compete à Secretaria de Fazenda apenas e tão somente a obtenção dos recursos necessários para o pagamento das despesas do orçamento municipal. Então, não procede e não tem fundamento a alegação de que o impugnante participou e tinha poder decisório na efetivação das compensações.

16) Do mesmo modo e pelas mesmas razões, o impugnante também não possuía atribuição para contratar e/ou assinar contratos ou aditamentos. Não há nos autos nenhuma assinatura do impugnante ou ainda alguma determinação sua para contratação ou aditamento de contrato relacionado com os fatos imputados pela Autoridade Fiscal. Não há prova disto justamente porque isto nunca aconteceu.

17) Repita-se: O impugnante não participou do processo de contratação do Escritório mencionado pela autoridade fiscal e tampouco assinou algum documento relacionado com esta contratação. Ao contrário disso, conforme constatado pela Autoridade Fiscal, a única manifestação do Impugnante, na condição de Secretário da Fazenda, foi no sentido de não renovar o contrato com o citado Escritório de Advocacia, também apontado como responsável tributário nos autos.

18) A contratação e contato direto com o referido escritório eram atribuições específicas e exclusivas de outras Secretarias municipais. Nessa senda, há que se afastar a afirmação fiscal de que a Secretaria da Fazenda participou ativamente dos contratos com o Escritório de Advocacia porque teria implementado o respectivo pagamento. Ora, a Secretaria da fazenda pagava todas as obrigações da Prefeitura e isso não autoriza presumir que ela participava de todos os contratos. A contrário disso, se o fato de pagar os contratos fizessem da Secretaria da Fazenda uma participante ativa da negociação, seria lícito concluir que todas as prefeituras poderiam reduzir todas suas Secretarias unicamente à da Fazenda.

19) Quanto à desistência das ações judiciais e parcelamentos administrativos são duas as considerações a serem efetuadas. A

primeira delas diz respeito ao fato de que, também nestes casos, não era atribuição do impugnante assinar termos de desistência e muito menos tomar estas decisões. As eventuais desistências não foram assinadas pelo impugnante e sim pelo então Prefeito Municipal. Se tal conduta é suficiente para responsabilização do administrador público, o que se cogita apenas para debater, seus efeitos devem ficar restritos a quem praticou o ato!. Por outro lado, também é preciso registrar que as desistências das ações judiciais são impostas pelo fisco federal, como condição “sine qua non” para a adesão aos parcelamentos especiais. Na prática, quem não desiste das ações judiciais fica impedido de aderir ao parcelamento.

20) Não é, portanto, ato discricionário do agente público, mas imposição legal! E a autoridade fiscal sabe disso! Não procede a informação do ilustre Auditor Fiscal de que o Município de Americana desistiu, intencionalmente, das ações judiciais propostas para apuração de reconhecimento dos créditos em relação às contribuições previdenciárias. Como visto, eventual desistência não é intencional. Mas o mais importante é que o Município não desistiu de todas as ações judiciais, afastando, portanto, a equivocada premissa oficial.

21) O Processo Judicial nº 0011567-29.2011.4.03.6109 tramita pela 2ª Vara da Justiça federal de Piracicaba é busca o reconhecimento dos créditos do Município de Americana em relação às contribuições previdenciárias. As planilhas e cálculos oferecidos para exame da autoridade judicial apontam de forma clara e objetiva, todos os créditos tributários à que o Município de Americana faz jus. Na fase atual, o referido processo encontra-se com o despacho que transcreve. Portanto, restou devidamente comprovado que todas as alegações da autoridade fiscal, utilizadas como subterfúgio para a combatida responsabilização do impugnante, inexistem, são infundadas e principalmente desprovidas de qualquer fundamento de validade.

O artigo 135 do CTN não é base legal para atribuição de sujeição passiva solidária.

22) Conforme expressamente averbado nos Autos de Infração e no relatório de fiscalização a eles anexo, a inclusão do ora Impugnante no rol dos sujeitos passivos solidários está lastreada no artigo 135, III, do CTN. O Impugnante sustenta que tal dispositivo não se presta a sustentar a atribuição de sujeição passiva solidária pretendida pela fiscalização, pois inserido no ordenamento jurídico para regulamentar hipóteses de responsabilização de terceiros, que tem um conceito que em nada se aproxima da sujeição passiva solidária.

23) *Com efeito, a sistematização do Código Tributário Nacional, assim compreendida como a alocação das matérias em seus capítulos correspondentes evidencia o equívoco cometido pela Ilustre Fiscalização que, ao imputar a sujeição passiva solidária, invocou dispositivo que sustenta a responsabilidade tributária de terceiro. Perpetrou-se uma indevida equiparação entre as figuras do sujeito passivo solidário e do responsável tributário, que são entidades radicalmente distintas.*

24) *No Código Tributário Nacional, a sujeição passiva solidária recebe tratamento específico na Seção II (solidariedade), do Capítulo IV (sujeito passivo), do Título II (obrigação tributária). A solidariedade, portanto, é tratada no âmbito da sujeição passiva e presente quando comprovadas as hipóteses elencadas no art. 124 do CTN, que transcreve.*

25) *A responsabilidade tributária, por sua vez, possui um capítulo específico (V) para regulamentá-la. Nesse capítulo, mais especificamente na seção que trata da "responsabilidade de terceiros" é que figura o artigo 135 invocado pela Fiscalização no respectivo Termo de Sujeição Passiva Solidária.*

26) *Como é sabido, o responsável tributário não integra a relação jurídico-tributária, pois esta é formada em face da conduta do contribuinte ou do substituto, diferentemente do responsável que está fora do círculo dos sujeitos passivos de índole tributária. Sua relação com o crédito tributário dá-se posteriormente à ocorrência do fato gerador, por força de um fato superveniente correlacionado a esse fato gerador, que deveria alcançar unicamente o contribuinte.*

27) *Portanto, não há qualquer sentido em se pretender atribuir sujeição passiva solidária com base em dispositivo vinculado à responsabilidade tributária. Vale dizer, a sujeição passiva solidária, nos termos da Lei de regência, somente pode ser imputada com base no artigo 124 do CTN, nunca com base no artigo 135, que trata da responsabilização pessoal, a qual tem como pressuposto a vitimização, também da empresa, pelo ato ilícito de seu administrador.*

28) *Ressalta, por fim, que não se trata de mero argumento, de ordem formal, consistente em equívoco na capitulação legal apresentada pela fiscalização. Trata-se, à evidência, de um vício de estrutura do ato administrativo, que confundiu entidades radicalmente distintas, na medida em que pretendeu imputar sujeição passiva com base em dispositivo utilizado para responsabilizar tributariamente terceiros não vinculados necessariamente ao fato gerador da obrigação tributária. Improcede, pois, o Termo de Responsabilidade que imputa ao*

Impugnante a condição de responsável solidário, eis que desprovido de fundamento jurídico.

Inaplicabilidade da regra do artigo 135, III, a pessoas jurídicas de direito público. Atipicidade da norma de responsabilização

29) Ainda que se cogite o acerto do enquadramento legal do Termo de Sujeição Passiva com base no artigo 135, III, o que se admite apenas como exercício de retórica, há que se questionar sua aplicabilidade para administradores públicos. Transcreve o artigo 135, III, do CTN. Como se trata de uma norma de responsabilização de natureza tributária, sua aplicação e interpretação estão sujeitas ao princípio da tipicidade fechada, ou seja, ausente uma das elementares da regra de incidência da norma, sua aplicação não pode ser cogitada.

30) Nessa esteira, deve-se destacar que o inciso III acima transcrito estabelece a regra de responsabilização pessoal do diretor, representante ou gerente de pessoa jurídica de direito privado. Não cabe, pois, estender o alcance dessa norma para colher, na condição de responsável tributário, os representantes, diretores ou gerentes de pessoa jurídica de direito público, que é a figura que se identifica com o caso ora tratado.

31) E essa impossibilidade está centrada no fato de que agentes públicos, em caso de desvios no trato da coisa pública, estão sujeitos a procedimentos e instrumentos específicos, descabendo falar em responsabilidade tributária quando, desde que comprovado o dolo, culpa ou má-fé, eventual responsabilidade tem natureza cível e penal, a despeito do que está averbado na Lei de Improbidade Administrativa.

Responsabilidade pessoal - vedação

32) O CTN com status de lei como complementar, nos termos do seu art. 137, dispõe que responsabilidade do agente não é pessoal quando no exercício do cargo. Assim, a responsabilização do Secretário pelo não recolhimento das contribuições previdenciárias deve ser precedida de comprovada culpabilidade. Algo que, como vimos, inexistente no presente caso. Com efeito, o art. 41 da Lei nº 8.212/91, na qualidade de lei ordinária, rende-se ao que preceitua o art. 137 do CTN, que possui, como dito, natureza material de lei complementar.

33) De mais a mais, a Lei nº 9.476/97 alterou o disposto no art. 41 da Lei nº 8.212/91 anistiando os agentes políticos infratores da disposição original deste último preceito. Cita julgados do Superior Tribunal de Justiça – STJ e dos Tribunais Regionais Federais. Nota-se, portanto, que se afigura inadmissível a pretensa responsabilização impugnante, apenas e tão somente por ter exercido cargo de Secretário de Fazenda, sendo, portanto, descabida a pretensão e de rigor a improcedência do auto de infração.

34) Destarte, de tudo o quanto exposto, atribuído o real alcance das declarações açodadamente prestadas à Fiscalização, o certo

é que inexistem elementos concretos a sustentar a responsabilização atribuída ao Impugnante no presente processo, esteja ela calcada na responsabilidade de terceiro prevista no artigo 135 do CTN, como originariamente averbado pela Autoridade Fiscal, esteja ela centrada, em caso de ilegal alteração de critério jurídico, na solidariedade encampada pelo artigo 124, I, do mesmo diploma legal.

Descabimento da multa isolada

35) A autoridade fiscal aplicou a multa isolada através do AI debcad nº 51.053.473-2, na forma do § 10º do art. 89 da Lei nº 8.212/91, porque, segundo ela, se verifica a falsidade de declaração nas GFIP apresentadas à RFB pelo sujeito passivo. Realmente, por força de expressa disposição legal, a chamada multa qualificada só pode e deve ser aplicada em caso de falsidade da declaração. Por força de Lei, não basta que o Auditor Fiscal, em sua concepção, esteja convencido de que a compensação é indevida. É preciso ainda provar e comprovar a falsidade da declaração! Então, não se pode aplicar a combatida multa isolada quando não restar comprovado, nos autos, a falsidade, como evidente intuito de fraude, por parte do sujeito passivo.

36) Falsidade é uma característica daquilo que é falso, que é contrário à verdade ou à realidade. O significado de falsidade está relacionado a tudo o que diz respeito à mentira, à calúnia, à enganação, à deslealdade. Nada disto ocorreu no presente caso. Em nenhum momento o sujeito passivo impediu e ou retardou a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal e muito menos excluiu ou modificou "características essenciais" do fato gerador do tributo, que foi devidamente reconhecido e informado à autoridade administrativa.

37) A conduta de, por ocasião do pagamento do tributo e não da ocorrência do fato gerador nem da caracterização desse, promover a compensação entre valores que tinha a pagar e aqueles que entende ter direito de receber, não se enquadra jamais no conceito legal de falsidade. Restou demonstrado e inclusive reconhecido pelo Ilustre Auditor Fiscal que o Município de Americana está buscando o reconhecimento de créditos tributários pela via judicial. O fato destes créditos ainda estarem sub judice não dá a eles o caráter de inexistentes ou ainda falsos, como alegado pela Autoridade Fiscal.

38) Não existiu falsidade na declaração do sujeito passivo. A compensação possui lastro em processo judicial existente e em tramite perante a Justiça Federal. A declaração é autêntica e só possui nela informações verídicas e absolutamente verdadeiras.

Assim, inexistindo o pré-requisito legal, qual seja a falsidade da declaração, absolutamente absurda a imposição da multa qualificada.

Do pedido

39) *Requer que seja proferida decisão administrativa afastando a responsabilidade solidária que lhe foi indevidamente atribuída no presente processo.*

- *Cristiano Martins de Carvalho, instrumento de impugnação acostado às fls. 10.976/10.995 dos autos:*

Do mérito

1) *Na ânsia de justificar a imputação da responsabilidade solidária ao Impugnante, adentra em matéria que não é de sua competência, como a modalidade de contratação do escritório Antonio Sérgio Baptista Advogados Associados, os pagamentos realizados a este ou mesmo a prestação de serviços do mesmo.*

2) *Informa que a contratação do referido escritório obedeceu a legislação de regência, os pagamentos a ele realizados obedeceram ao contrato firmado com o mesmo e a prestação do serviço foi realizada da exata forma como contratada, sendo fantasiosas e inverídicas as afirmações tecidas pelo Agente Fiscal.*

Da inviolabilidade profissional

3) *A atuação do Impugnante na realização das compensações realizadas foi oriunda de sua atividade profissional enquanto Secretário de Negócios Jurídicos do Município de Americana, que, no exercício regular de sua profissão corroborou com as análises realizadas pelos advogados do escritório Antonio Sérgio Baptista Advogados Associados. Portanto, a atuação do Impugnante limitou-se a acatar tecnicamente os estudos jurídicos apresentados pelo escritório de advocacia mencionado, corroborando com a tese jurídica neles aposta, e indicando à Secretaria de Fazenda e de Administração que, tecnicamente, a tese deveria ser aplicada pelo Município.*

4) *Estes atos estão intrinsecamente ligados a atividade profissional de advogado, pois são exclusivos de tais profissionais a emissão de pareceres jurídicos, estando protegidos, portanto, pelo artigo 133 da Constituição Federal. Desta forma, estando o trabalho apresentado pelo escritório de advocacia amparado na mais vasta jurisprudência, o Impugnante, no livre exercício de sua profissão, emitiu parecer corroborando com o referido trabalho, transmitindo para as secretarias interessadas para que as mesmas dessem continuidade aos procedimentos necessários para as compensações dos créditos apontados pela assessoria contratada.*

5) *Não obstante, incabível argumentar-se contra esta tese no sentido de que o Impugnante exercia cargo e função pública, pois o cargo por ele exercido, o de Secretário de Negócios Jurídicos, exige formação jurídica e inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, nos termos do artigo 11 da Lei Municipal 3.818/2003, que transcreve:*

Artigo 11 – A Secretaria de Negócios Jurídicos é o órgão responsável pela representação judicial do Município, bem como pelo assessoramento jurídico ao Prefeito Municipal e demais órgãos da Administração Municipal. Parágrafo Único – A Secretaria de Negócios Jurídicos será dirigida por um Secretário, habilitado para o exercício da advocacia, de livre escolha do Prefeito Municipal.

6) Destarte, incabível ainda a argumentação de que os atos praticados teriam sido praticados no exercício de gestão pública, pois não o foram, vez que o Impugnante não era o gestor responsável pelo pagamento das GFIP, e nem mesmo por sua emissão, não tendo qualquer ato de gestão vinculado a sua secretaria, no que tange à fiscalização realizada.

7) Assim, tratando-se de ato praticado no pleno exercício da advocacia, imperioso o cancelamento do auto de infração guereado, por infringir o artigo 133 da Constituição Federal.

Do exercício regular da função

8) Para atribuir a responsabilidade solidária ao Impugnante, o Agente Fiscal faz um forçoso exercício para colocá-lo no centro do poder decisório sobre a matéria, e neste intuito adentra em questões que não são de sua competência como a os motivos e a modalidade de contratação do escritório Antonio Sérgio Baptista Advogados Associados pelo Poder Executivo Municipal, o fornecimento de documentos ao escritório, o pagamento de honorários ao escritório, e outras questões que passam ao largo do poder fiscalizatório deste órgão. Não obstante, todos estes atos foram realizados no regular exercício da função pública desempenhada pelo Impugnante, qual seja a de Secretário de Negócios Jurídicos, e sendo assim, o mesmo não poder ser responsabilizado, a menos que tenha agido com má-fé, nos termos do artigo 137 do Código Tributário Nacional.

9) Neste sentido, não existe individualização da conduta do Impugnante que pudesse ensejar a aplicação da regra que prevê a solidariedade, restando, portanto, impossibilitada a exigência do tributo com fundamento na solidariedade passiva, quando esta inexistente. A Lei nº 8.212/91, na qualidade de lei ordinária, deve render-se ao que preceitua o Código Tributário Nacional, que possui status de Lei Complementar e que dispõe que responsabilidade do agente não é pessoal quando no exercício de função pública.

10) Destarte, com a alteração do disposto no art. 41 da Lei nº 8.212/91, pela Lei nº 11.941/2009, houve a expressa exclusão dos agentes políticos infratores da disposição original deste último preceito. Cita julgado judicial.

11) Outrossim, a interpretação legal deve ser realizada dentro do contexto que determinados artigos estão inseridos, não podendo pinçar um artigo de lei, isolando-o da própria lei em que está inserido, para dar-lhe a interpretação mais conveniente.

Não existe na Legislação Pátria, qualquer previsão legal para a responsabilização solidária dos agentes políticos em casos de débitos previdenciários, vez que tal previsão foi expressamente excluída pelo legislador da legislação de regência.

12) O artigo 135 do Código Tributário Nacional prevê expressamente que a responsabilidade solidária somente pode ser atribuída à dirigentes de pessoas jurídicas de direito privado. Por outro lado, o artigo 42 da Lei nº 8.212/91, prevê a responsabilidade pessoal apenas aos administradores de autarquias, fundações públicas, empresas públicas e de economia mista, não fazendo qualquer menção aos agentes políticos. Portanto, utilizar-se da equiparação prevista no artigo 15, I da Lei nº 8.212/91 é totalmente indevido ao caso em comento, vez que tal equiparação somente é válida para fins inerentes ao contribuinte principal, e jamais para imputar solidariedade não expressamente prevista em lei.

13) Destarte, quando analisamos a recente alteração do artigo 40 da Lei nº 8.212/91, tal incongruência se evidencia, tendo em vista que a referida alteração legislativa se deu justamente para excluir a responsabilização dos agentes políticos, que é exatamente o que, por vis transversa, pretende o agente fiscal no caso em tela. Ademais, o artigo 124 do Código Tributário Nacional somente admite a responsabilização solidária quando ocorra o interesse comum dos contribuintes, o que não se vislumbra no caso em apreço. Nota-se, portanto, que se afigura inadmissível a pretensa responsabilização do Impugnante, sendo de rigor a improcedência do auto de infração.

Das suposições constantes dos autos

14) O lançamento realizado em face do Impugnante, fundou-se exclusivamente, em suposições do Agente Fiscal responsável, sendo inadmissível, portanto, o ato praticado pela autoridade fiscal. O “Agente Fiscal de Rendas” (sic) não trouxe nenhuma evidencia dos fatos por ele narrados, não existe qualquer prova do alegado conluio entre os envolvidos, não passando meras suposições infundadas de sua parte. O ônus da prova da alegação é do Fisco, e nesse ponto, não há prova alguma do quanto alegado, sendo de rigor a improcedência da autuação em face do Impugnante.

15) Embora a Receita Federal do Brasil não aceite a tese trazida pelo escritório contratado e corroborada tecnicamente pelo Impugnante, nossos Tribunais firmaram entendimento em sentido diverso, acatando a tese de que são devidos os recolhimentos realizados sobre verbas de natureza indenizatória. Cita julgados.

16) Portanto, o Impugnante não embarcou em uma aventura jurídica com o objetivo de lesar o fisco, mas apenas aplicou uma tese aceita em nosso Tribunais no correto exercício de seu dever como advogado do Município de Americana, buscando trazer a entidade que representava os benefícios decorrentes da correta aplicação da legislação em vigor.

17) Ademais, todas as compensações foram efetuadas com base em planilhas técnicas com a indicação dos créditos do Município, cujos créditos foram tomados com fundamento em orientação jurisprudencial pacificada pelo Poder Judiciário. Assim, ao contribuinte que seguiu a lei dando-lhe a interpretação já feita pelo próprio órgão julgador não pode ser atribuída a conduta do dolo, fraude ou sonegação. Cita julgado administrativo.

18) Não obstante, ao contrário do que se alega no auto em questão, não houve a desistência da tese defendida, vez que o processo judicial no 0011567- 29.2011.4.03.6109 em trâmite perante a Segunda Vara da Justiça Federal de Piracicaba, não foi objeto de desistência, estando aguardando julgamento, conforme faz prova o documento anexo.

19) No que tange ao suposto óbice de creditamento posterior, devido à confissão do débito para adesão ao REFIS, pacífica nossa jurisprudência em sentido contrário. Cita julgado. Definitivamente, o que se verifica nos autos é que não existe uma prova sequer dos fatos alegados pelo agente fiscal, ao contrário, há prova de que o Impugnante agiu com evidente amparo legal, o que obsta a responsabilização solidária pretendida.

20) Não se pode presumir a irregularidade fiscal apontada nos autos a autoridade administrativa faz ilações, e, em que estas ilações começam a materializar-se em atos concretos contra o Impugnante, começam a ser violados uma série de direitos subjetivos, a iniciar pela presunção constitucional de inocência.

21) Prevista no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, a presunção de inocência aplica-se a todos os casos, pois quem alega deve provar o alegado. Sempre que há o risco de uma sanção ou de ser atingido um bem jurídico prestigiado pela ordem constitucional, todos se presumem inocentes, até a demonstração cabal em contrário, cujo ônus pertence ao acusador. Assim, não cabe ao Impugnante provar-se inocente, mas sim ao Estado acusador cabe a prova de sua culpa, não se podendo exigir a prova de atos negativos, vez que se trata de prova impossível. Portanto, não pode o Fisco, com base em fato hipotético, obrigar o Impugnante a sujeitar-se ao lançamento de um imposto, fundado em meras presunções, indícios e ilações criadas pelo agente fiscal. Cita julgados.

22) Tem-se, portanto, como de rigor, o cancelamento do auto de infração imputado ao Impugnante por responsabilidade solidária, posto que inexistente a figura no caso em comento.

Dos pedidos

23) Requer o reconhecimento da inexistência da responsabilidade solidária do Impugnante, para o fim de que seja cancelado o auto de infração em relação ao mesmo, seja pela imunidade profissional, seja pela inexistência de previsão legal para a solidariedade pretendida, seja pela total ausência de provas dos fatos constantes do auto de infração impugnado.

24) *Requer que as futuras intimações sejam realizadas em nome do Dr. Cesar Augusto Elias Marcon, OAB/SP 152.391, sob pena de nulidade.*

- *Antonio Sergio Baptista Advogados Associados, instrumento de impugnação acostado às fls. 11.003/11.019 dos autos:*

Dos fatos

1) *As alegações da fiscalização são completamente inverídicas e caluniosas, posto que os créditos apurados e compensados são legítimos, notadamente em razão do atual entendimento do Colendo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 593.068, o qual se encontra sob o crivo da Repercussão Geral, cujo julgamento já iniciado conta com 3 votos a favor dos contribuintes e 2 contra.*

2) *Apesar da fiscalização não concordar com as aludidas compensações, certo é que o impugnante não pode ser responsabilizado por "crimes" jamais cometidos. Com efeito, a autuação desafia o entendimento da mais alta Corte do País, posto que atualmente os créditos apurados e compensados pelo Município de Americana possuem respaldo judicial para tanto, sendo manifestamente ilegal qualquer imputação ao Impugnante na forma do artigo 124, do CTN.*

3) *Não existe qualquer comprovação do "suposto conluio doloso" praticado entre o Impugnante e o Município de Americana, tal como faz entender a fiscalização. Além disso, a autoridade fazendária não comprovou os pressupostos necessários para atribuir responsabilidade solidária de terceiro não contribuinte (no caso o impugnante), em atenção ao disposto no artigo 124, do CTN.*

Da Não Caracterização de Responsabilidade Solidária por Sujeição Passiva - Artigo 124 do Código Tributário Nacional.

4) *O Auditor Fiscal atribuiu responsabilidade solidária (sujeição passiva) ao impugnante por entender que este participou de "esquema fraudulento" junto à Prefeitura de Americana.*

5) *Como é sabido, no Direito Tributário existe disposição legal expressa no sentido de que a solidariedade não pode ser presumida nem pode decorrer da vontade das partes, mas sempre advém da norma legal, razão pela qual deve ser interpretada com cautela, para que seus limites não sejam violados, sob pena de indevida ampliação de seu alcance. O artigo 124 do CTN, em seu inciso I, trata da solidariedade que abarca pessoas que possuem interesse comum no fato gerador da obrigação tributária principal. Ou seja, haverá obrigação solidária entre aqueles que possuem este interesse comum mesmo que a lei específica do tributo seja omissa, pois se trata de uma norma geral.*

Da Sujeição Passiva o Interesse Comum

6) *O artigo 124, inciso I, do Código Tributário Nacional determina que haverá solidariedade passiva tributária sempre que mais de uma pessoa possua interesse no fato gerador da obrigação principal tributária. É preciso também que o interesse existente seja comum aos devedores, ou seja, eles devem possuir um interesse de mesma natureza. Cita doutrinas.*

7) *O conceito de “interesse comum” não foi definido pela lei, sendo expressão vaga, imprecisa, questionável e abstrata, não sendo adequada para expor com exatidão a condição em que se colocam aqueles que participam da realização do fator gerador. Para que haja solidariedade com supedâneo no art. 124, I, do CTN, é preciso que todos os devedores tenham um interesse focado exatamente na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária. Ainda que mais de uma pessoa tenha interesse comum em algum ato, para que haja solidariedade tributária é necessário que o objeto deste interesse recaia sobre a realização do fato que tem a capacidade de gerar a tributação.*

8) *O interesse comum é o interesse que une mais de uma pessoa em um grupo cujos integrantes façam parte de um mesmo pólo de uma relação jurídica. É o que ocorre quando dois compradores adquirem o terreno de dois vendedores, diferentemente do presente caso. Portanto, a solidariedade tributária fundada no art. 124, I, do CTN somente pode existir entre sujeitos que figurem no mesmo pólo de relação obrigacional, pois só assim o interesse poderá ser considerado como comum. Cita doutrina.*

9) *Logo, a responsabilidade solidária somente poderá ser cogitada entre aqueles que possuem interesse comum na qualidade de contribuintes, mesmo que a lei específica do tributo seja omissa, pois se trata de uma norma geral.*

Da Diferença entre Interesse Jurídico e Econômico

10) *Para que a solidariedade tributária seja consumada com escopo no artigo 124, I, do CTN, é preciso que o interesse comum que exista entre os obrigados solidários seja um interesse jurídico, não sendo relevantes para gerar a solidariedade tributária os interesses de ordem econômica, moral ou social. Nessa vereda, tem-se que o interesse jurídico pressupõe sempre a existência de algum outro tipo de interesse. Essa dificuldade já foi registrada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que procurava distinguir o interesse apenas econômico do interesse qualificado como jurídico. Cita julgado do Pretório Excelso e doutrina.*

11) A responsabilidade solidária decorrente do artigo 124, I do CTN só poderá subsistir quando todos os sujeitos passivos houverem realizado conjuntamente o fato gerador, porque esta é a única hipótese em que todas as pessoas possuem interesse jurídico comum neste fato que originou a tributação. Serão eles contribuintes em relação à cota parte que lhes diz respeito proporcionalmente em relação ao tributo a ser pago e serão responsáveis solidários em relação à cota parte dos demais participantes do fato gerador. O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu que o interesse econômico de uma pessoa no fato gerador não é suficiente para caracterizar a solidariedade com base no art. 124, I, do CTN, fazendo-se necessária a existência de um interesse jurídico, que pressupõe que a pessoa realmente participe da situação que constitui o fato gerador tributário. Cita o julgado.

12) O Impugnante não pode ser responsabilizado solidariamente em relação à autuação fiscal na qualidade de terceiro que não possui interesse comum em relação ao município contribuinte.

Conclusão e Pedido

13) Requer a anulação do crédito tributário materializado nos autos de Infração DEBCAD n.º 51.053.472-4 e 51.053.473-2.

1. Município de Americana.

Às fls. 11.207 *usque* 11.224, tem-se o Recurso do Município de Americana, em que, preliminarmente, aponta que haveria nulidade no crédito perseguido, posto que buscaria receber da municipalidade crédito que sequer teria sido objeto de apuração pela Auditoria Fiscal.

Afia, que assim como se sabe que o DARF é documento para uso dos contribuintes para pagamento de tributos, a DCT e GIA seriam modos de extinção do crédito tributário.

No mérito, aponta que a responsabilidade pelas indevidas compensações de Contribuições Previdenciárias Patronais em GFIP's, que levaram à lavratura dos autos de infração seria dos dirigentes do Executivo, quais sejam, o Prefeito, o Secretário de Fazenda, Secretário de Administração, o Secretário Jurídico e um escritório de advocacia, uma vez que suas ações teriam causado prejuízo ao erário de R\$ 131.470.644,54 (cento e trinta e um milhões, quatrocentos e setenta mil, seiscentos e quarenta e quatro reais e cinquenta e quatro centavos).

Indigita que restaria demonstrado que, em nenhum momento, o Município teria "conluio" com os agentes públicos, tendo sido a lavratura dos AI's resultado de atos praticados "exclusivamente, pelos agentes políticos e gestores" da Prefeitura.

Ressalta que não discute a necessidade da fiscalização e do fiel cumprimento das obrigações previdenciárias, no entanto, aponta que não haveria como a responsabilidade pelos atos de descumprimento das obrigações ser atribuídas à prefeitura e não aos seus "verdadeiros autores e executores das ilegalidades perpetradas" (fl. 11.212).

E continua:

Isto porque não há nos autos administrativos em exame indícios de que o Município recorrente tenha agido com dolo ou má-fé, ou na inobservância dos preceitos legais, de maneira a emitir declaração falsa em GFIP à compensação tributária, evitando o recolhimento de Contribuições Previdenciárias Patronais apuradas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Aponta que o Código Tributário Nacional, em seu artigo 128, disporia sobre a possibilidade de responsabilização dos agentes públicos e gestores do Município perante a Receita Federal acerca dos créditos ora discutidos.

No caso específico, aponta o art. 137, incisos II e III do mesmo Diploma, complementando que estaria evidente que a compensação indevida de contribuições previdenciárias com falsidade nas compensações e a conduta dolosa praticada seriam, repressa, de total responsabilidade dos gestores.

Em seguida, aduz que o índice da multa aplicada não mereceria subsistir em desfavor do Município, uma vez que seriam elemento que garante o cumprimento das normas que compõem o ordenamento e têm, como finalidade, a ideia de "castigo ou penalidade".

Quanto à multa isolada, aponta que a multa aplicada quanto às competências 01/2013, 03/2013 a 12/2013 e 01/2014, no percentual do in. I, do caput do artigo 44 da Lei nº 9.430/1996, no valor de 150% do valor total do débito indevidamente compensado seria incoerente, uma vez que, em nenhum momento, teria sido comprovada participação, seja dolosa ou culposa, da municipalidade nas ações ilegais.

Assim, por não ter contribuído para o descumprimento da norma tributária, a multa aplicada não mereceria ser mantida.

Colaciona jurisprudência em defesa de sua tese e conclui:

Portanto, ausentes nos autos a intenção do Município de Americana na prática dolosa omissiva e comissiva em compensar indevidamente as Contribuições Previdenciárias e, inexistindo indícios de fraude ou o evidente intuito dela, em querer de forma dolosa infringir as leis tributárias, a descaracterização da multa de ofício qualificadora contida no Auto de Infração sob nº 51.053.473-2, para àquela proporcional de 75%, nos moldes do artigo 44º, inciso I, da Lei 9.430/1966, é medida que direito, o que se requer deste Conselho Administrativo.

Assinala que houve, inclusive, excesso na multa aplicada, uma vez que o valor que atingira (R\$ 73.636.944,12) seria, segundo a Lei Municipal nº 7.712/14, correspondente a 10% do seu orçamento para o exercício financeiro de 2015, configurando nítido caráter confiscatório, perdendo por completo sua finalidade educativa e escapando da razoabilidade, ferindo o que esculpido no art. 150, inc. IV da Constituição Federal.

Quanto à exclusão de responsabilidade tributária do Sr. Claudemir Aparecido Marques Francisco, Secretário de Administração, anota que teria havido equívoco da DRJ, uma vez que os atos ilegais teriam ocorrido também sob sua responsabilidade. Desse modo, requer

que ele retorne ao polo passivo da demanda, uma vez que, através dos documentos colhidos pela Fiscalização, restaria comprovada sua participação nas infrações tributárias em exame.

Por derradeiro, requer a responsabilização dos Agentes Políticos e sua condenação ao pagamento dos valores consignados nos AI's nº 51.053.472-4 e 51.053.473-2 (multa isolada), eximindo o município de qualquer responsabilidade. De forma alternativa, e sendo mantida sua responsabilidade, requer a retroatividade benigna de maneira a promover a redução da multa para 75%, nos termos do inciso I, do art. 44 da Lei nº 9.430/96. Por último, pela reinclusão do Sr. Claudemir Aparecido M. Francisco no pólo passivo da demanda.

2. Cristiano Martins de Carvalho - Secretário Jurídico.

Às fls. 11.181 *usque* 11.203, encontra-se o apelo de **Cristiano Martins de Carvalho**, que reprisa os mesmíssimos argumentos lançados em sua peça Impugnatória (fls. 10.976/10.995), requerendo, ao final, a reforma da r. decisão objurgada, com reconhecimento da inexistência de responsabilidade solidária, para que seja cancelado o auto de infração, se não pela sua imunidade profissional, pela inexistência de previsão legal para a solidariedade perseguida.

3. Diego de Nadai - Prefeito

Às fls. 11.229 *usque* 11.259, encontra-se o Recurso Voluntário do Sr. Diego Nadai, em que, preliminarmente, propugna pela nulidade do julgado ante a ausência de juntada de voto vencido, requerendo que a mesma seja cassada e sejam juntadas as razões que motivaram o julgador vencido a acolher a impugnação do Recorrente, dando-lhe, em seguida, ciência do ocorrido.

No mérito, aponta que o lançamento se manteve única e exclusivamente baseado em presunções. Assim, relata que, mesmo sendo Prefeito, não implicaria dizer que teria conhecimento técnico para saber como foram executadas as complexas operações de compensação de créditos e débitos.

E argumenta, à fl. 11.233:

O Recorrente, ex-Prefeito do Município de Americana não tem nenhum desses conhecimentos, não tem noções de contabilidade, nunca foi contador, não possui experiência como tal, jamais elaborou qualquer tipo de compensação de qualquer natureza, desconhecendo a forma de apuração dos tributos, como se executa e leva à cabo a compensação de qualquer tributo, o que elide a presunção lançada e contida na decisão que a torna im procedente.

Assim, afiança, que, mesmo sendo "expoente máximo do ente público", teria assinado os contratos apenas por ser Prefeito, sendo nulos aqueles que não contem sua assinatura e isso seria apenas questão formal com objetivo de validade do ato, não implicando que o Recorrente tenha participado de qualquer ação ilegal realizada.

Desse modo, a atribuição de responsabilidade solidária, sem a devida individualização da conduta do Recorrente, demonstrando sua participação, obstará a pretensão fiscal, sendo devida a improcedência do auto de infração contra si lavrado, uma vez

que não haveriam provas de que o Recorrente tenha realizado qualquer compensação ou analisado os tributos e rubricas que seriam compensados.

Alveja que não haveria nos autos qualquer indicação de dolo por parte do Prefeito, apenas se especificaria que o dolo decorreria da assinatura dos contratos, não tendo validade como argumento jurídico, uma vez que a contratação de serviços presumir-se-ia boa, sendo que eventual problema não poderia ser imputado ao contratante, não podendo um representante legal de um ente público ser responsabilizado pelo fato de ter contratado determinado prestador de serviços.

Assim, propugna pela reforma de decisão recorrida, posto que inexistira individualização de sua conduta, onde haja apontamento com precisão de que tenha agido dolosamente.

Junta doutrina e jurisprudência em sua defesa.

Em seguida, aponta ser descabida a pretensão de responsabilizar pessoalmente o prefeito municipal, imputando-lhe responsabilidade solidária em decorrência da ausência de recolhimento de tributo, uma vez que tal responsabilidade somente poderia lhe ser imputada pessoalmente caso comprovado o excesso por parte do representante ou o cometimento de ação com dolo ou culpa, em harmonia com o disposto no art. 135 3 137 do CTN.

Marca que a Lei nº 9.476/97 alterou o disposto no art. 41 da Lei nº 8.212/91, anistiando os agentes políticos infratores da disposição original do que preceituado no inc. III, do art. 137 do *Codex* Tributário Nacional.

Cita a inadmissibilidade do lançamento fundado em presunções, uma vez que não haveria, nem na narrativa do Agente Fiscal nem na decisão recorrida, provas de que o Recorrente tenha gerido o contrato de prestação de serviços, não dizendo "como, de que forma" teria agido em conluio com os demais sujeitos da demanda.

E completa, à fl. 11.249:

No caso, todas as compensações foram efetuadas com base em planilhas técnicas com a indicação dos créditos do Município, cujos créditos foram tomados com fundamento em orientação jurisprudencial pacificada pelo Poder Judiciário, tendo sido a realização do trabalho realizado pelo sujeito competente, que executou a tarefa de lançar no sistema própria da administração fazendária todos os dados necessários para que o pedido fosse analisado.

Em seguida, assoma que não teria havido, diferentemente do que afirmado pela Auditoria Fiscal, "esquema" para tentar comprovar créditos, uma vez não "apresenta prova alguma da imputação dolosamente afirmada, com a intenção de prejudicar o Recorrente e o que é pior, foi validada pela 1ª instância administrativa, o que não se pode admitir".

Teria ocorrido "no caso presunção absoluta de um fato, em razão exclusivamente de se tratar o Recorrente de "expoente máximo do ente público". O fato de ser prefeito, por si só, ensejou a imputação de fatos graves, de condutas ditas como fraudulentas, porém, nenhuma prova existe nos autos dessa conduta".

Além disso, alude à presunção de inocência posta na Constituição da República, havendo a necessidade de comprovação dos atos ditos por ilegais, tendo ainda que se ter em mente o axioma *in dubio contra fiscum*, devendo o Estado comprovar a culpabilidade do contribuinte, que é constitucionalmente presumido inocente.

Após colacionar doutrina e jurisprudência, requer a reforma **da decisão** para que seja reconhecida a inexistência de responsabilidade solidária do Recorrente, para o fim de que seja cancelado o auto de infração em relação a si, uma vez que não haveria comprovação de sua atuação no caso.

4. José Antônio Patrocínio - Secretário de Fazenda.

Às fls. 11.271 *usque* 11.275, encontra-se o Recurso Voluntário de José Antônio Patrocínio.

Quanto ao tópico referente às imputações lançadas no termo de sujeição passiva e impossibilidade de responsabilização solidária ante o fato de ter sido secretário, reprisa o recorrente os argumentos lançados em sua Peça de Defesa (fls. 10.949/10.972), por entender que não teriam sido devidamente analisados, acrescentando, no entanto, que, para que não parem dúvidas acerca da responsabilização dos agentes em cada ato, montou o seguinte esquema:

Documento	Localização de fe no Processo Administrativo da Receita Federal 13.888.721.567/2015-11	Envolvidos no Assunto (Responsabilidade)
abertura de Processo Licitatório para contratação de empresa com expertise em <u>Recuperação e Compensação de Créditos Previdenciários.</u>	Fis. 7323	Assinado pelo Secretário de Negócios Jurídicos
Proposta Comercial de prestação de serviços de recuperação e compensação de créditos previdenciários.	Fis. 7324 a 7326	Assinada pelo Advogado Antonio Sergio Baptista e direcionada ao Prefeito Municipal.
Ata da Comissão de Habilitação de Licitações – Autorização para contratação por dispensa de licitação.	Fis. 7397 e 7398	Elaborada e assinada por 3 (três) Procuradores Municipais da Secretaria de Negócios Jurídicos.
Cópia da ATA publicada na Imprensa local.	Fis. 7399	Secretaria de Administração

Documento	Localização dele no Processo Administrativo da Receita Federal 13.888.721.567/2015-11	Envolvidos no Assunto (Responsabilidade)
Reserva Orçamentária	Fls. 7400	Secretaria de Administração
Contrato de Prestação de Serviços de Recuperação e Compensação de Créditos Previdenciários.	Fls. 7401 a 7411	Assinada pelo Advogado Antonio Sergio Baptista, pelo Prefeito Municipal e pelo Secretário de Negócios Jurídicos.

A partir das provas documentais citadas, restaria comprovado que o recorrente não teria nenhuma participação na contratação do Escritório de Advocacia, que teria notória especialidade no assunto, e que o extrapolaria a especialidade dos procuradores Municipais (fls. 7.397 a 7.398, citadas à fl. 11.282).

Dessa forma, diferentemente do que constante no Relatório Fiscal, no recorrente não sequer conhecimento da contratação do Escritório, cabendo-lhe apenas acatar as suas determinações.

E prossegue:

A efetiva DECISÃO pela apuração, recuperação e COMPENSAÇÃO de créditos previdenciários ocorreu justamente neste momento, quando o Município, por intermédio de seu Prefeito e Secretário de Negócios Jurídicos, contratou um especialista para os procedimentos, administrativos e judiciais. Depois disso, coube ao recorrente tão somente acatar o que já havia sido decidido por quem tinha competência legal para tanto!

Expõe que, uma vez tendo todas as Secretarias o mesmo nível hierárquico, o Secretário de Fazenda, a partir de suas limitações, não teria, como informado no Relatório Fiscal, poder decisório nas compensações previdenciárias, não podendo lhe ser imputada responsabilidade para tanto.

Destaca, quanto à responsabilidade dos agentes:

Documento	Localização dele no Processo Administrativo da Receita Federal 13.888.721.567/2015-11	Envolvidos no Assunto (Responsabilidade)
Memória de Cálculos - Créditos do Município de Americana - Valores a Compensar	Fls. 7863 a 8112	Documento e cálculos elaborados pelo Escritório de Advocacia contratado - Antonio Sérgio Baptista.

Documento	Localização dele no Processo Administrativo da Receita Federal 13.888.721.567/2015-11	Envolvidos no Assunto (Responsabilidade)
E-mail solicitando informações para atualização e cálculo dos valores a serem compensados.	Fls. 8242 e 8253	Secretaria de Administração e Secretaria de Negócios Jurídicos.
Ofício do Escritório de Advocacia solicitando informações e documentos para atualização do valor dos créditos a serem utilizados na compensação.	Fls. 8247 e 8249	Ofício assinado pelo Advogado Antonio Sergio Baptista. Documento endereçado ao Prefeito Municipal e ao Secretário de Negócios Jurídicos
Ofício determinando a compensação previdenciária.	Fls. 8296	Expedido pela Secretaria de Negócios Jurídicos para Secretaria de Administração.
Ofício determinando a compensação previdenciária.	Fls. 8297 e 8298 Fls. 8328 e 8329	Escritório de Advocacia contratado
E-mail determinando a compensação previdenciária.	Fls. 8299	Escritório de Advocacia contratado.
Cartas, Ofícios e e-mails solicitando informações e documentos para atualização do valor dos créditos a serem utilizados na compensação.	Fls. 8308, 8311, 8314, 8317, 8320, 8339, 8343 e 8354.	Documentos expedidos pelo Escritório contratado e enviados para a Secretaria de Negócios Jurídicos e para a Secretaria de Administração.

Com isso, afiança, uma vez mais, que, como Secretário de Fazenda, o recorrente não teria ingerência sobre tais assuntos, cabendo-lhe, exclusivamente a missão de obter recursos para a quitação dos compromissos assumidos pela administração municipal.

Afina que a única prova contra si seriam as declarações dadas pelo então Secretário de Administração, que, para defender-se da fraude que lhe foi imputada, culpou aos demais.

Afirma que a autorização para que fossem feitas as compensações teria vindo com a contratação do Escritório de Advocacia especializado no assunto e, portanto, não partiria do Recorrente a chancela para tanto, mesmo porque, alega, não teria competência para tanto.

Aponta que a cláusula 7.1.1 do Contrato firmado entre o Município e o Escritório apontaria a verdadeira responsabilidade das ações ocorridas quanto as compensações.

E diz que "*conforme apontado pela Autoridade Fiscal, a única manifestação do Recorrente, na condição de Secretário da Fazenda, foi no sentido de não renovar o contrato com o citado Escritório de Advocacia, também apontado como responsável tributário nos autos. Esse fato passou ao largo da decisão recorrida, que insiste, inovando o fundamento do ato de atribuição de sujeição passiva, que o ora recorrente foi conivente com a fraude imputada!*" (palavra por palavra, fls. 11.290).

Quanto à desistência das ações judiciais e parcelamentos administrativos, assinala que não seria também sua atribuição (de assinar termos de desistência e muito menos de tomar estas decisões) - (sic) - devendo a eventual responsabilidade recair sobre aquele que assinou tais termos, ou seja, sobre o Prefeito Municipal. De mesmo modo, assume que haveria a necessidade de desistência das ações judiciais para o parcelamento como imposição legal, não podendo ser mantida a afirmação do i. Auditor no sentido de que o Município teria desistido intencionalmente das decisões propostas para apuração de reconhecimento dos créditos em relação às contribuições previdenciárias.

No mais, quanto a inaplicabilidade do art. 135, inc. III do CTN e responsabilização pessoal do agente, reagita os mesmos argumentos de sua Impugnação.

O mesmo ocorre quanto a aplicação da multa isolada.

Por último, consigna que o Município teria aderido a diversos programas de parcelamento de débitos tributários, decorrentes das contribuições previdenciárias.

Junta o seguinte quadro:

Parcelamentos	Legislação	Período incluído no Parcelamento	Protocolo
Data da adesão: 12/2012	Lei nº 12.810/2013	Até a competência 01/2012	Processo Físico Agência de Americana 08.1.2502-3

Parcelamentos	Legislação	Período incluído no Parcelamento	Protocolo
Data da adesão: 11/2014	Lei nº 12.996/2014	Até a competência 11/2013	13886.721383/2014-91 13886.721397/2014-12
Data da adesão: 06/2015	Parcelamento Ordinário	03/2011 a 09/2014	Processo Físico Agência de Americana 08.1.2502-3
Data da adesão: 06/2015	Processo Judicial	Não consta	0001755.43.2015.403.6134

Destaca que todos os parcelamentos foram efetuados antes do término dos trabalhos do Auditor Fiscal e, portanto, os débitos constituídos por meio do AI nº 51.053.472-4 e 51.053.473-2, relativos às competências incluídas no parcelamento, devem ser imediatamente incorporadas a ele.

Requer que o recurso seja provido para afastar a responsabilidade solidária a ele atribuída e a incorporação dos débitos discutidos ao parcelamento em curso, mediante aumento do número de parcelas, mantendo-se inalterado o valor das prestações.

5. Antônio Sérgio Baptista Advogados Associados.

Às fls. 11.310 a 11.331, tem-se o apelo o escritório Antônio Sérgio Baptista Advogados Associados, em que aponta, primeiramente, que o Supremo Tribunal Federal teria fixado, de forma definitiva e com repercussão geral reconhecida, através dos RE's nº 345.458 e 593.068, que não haveria incidência de Contribuições Sociais Previdenciárias sobre adicional de férias, horas extras e demais adicionais eventuais por tratarem-se de verbas indenizatórias não incorporáveis ao salário do servidor e, por entender que citadas verbas não estariam sujeitas a Contribuição, o Município teria apurado créditos provenientes de pagamentos a maior e indevidos sobre as verbas de natureza jurídica indenizatória, sendo compensados com débitos vincendos previdenciários.

Em preliminar, e com base nas decisões pacificadas pelo "STF - Supremo Tribunal Federal", no sentido de que somente incide a contribuição previdenciária sobre os proventos que irão repercutir na aposentadoria do servidor, a flor do "art. 40, caput da cf/88 e art. 201, § 11 da cf/88" e legislação previdenciária: art. 89 da lei 8.212/91; artigos 247 a 251 do decreto 3048/99 e artigo 56 a 59 da instrução normativa RFB nº 1300/12, o município de americana apurou créditos compensados com débitos vincendos previdenciários das seguintes verbas:

• 1/3 FÉRIAS • 1/3 FÉRIAS MÉDIA • HORA EXTRA • ABONO NOTURNO • ABONO INSALUBRIDADE • ABONO PUNÇÃO GRATIFICAÇÃO • ABONO GRATIFICAÇÃO • ABONO GRATIFICAÇÃO 50% • ABONO GRATIFICAÇÃO 25% • ABONO GRATIFICAÇÃO 30 % • ABONO GRATIFICAÇÃO A MB • ABONO QÜINQUÊNIO • ABONO SEXTA PARTE • ABONO PERICULOSIDADE.

No mérito, aponta que as provas que corroboram o direito alegado pelo Recorrente estariam contidas nos documentos apresentados em sua Impugnação (fls. 11.003 a 11.019), devendo ser mantidos neste apelo para os efeitos legais.

Para defesa de sua tese de não aplicação da multa isolada de 150%, junta diversos julgados emanados desta Corte Administrativa.

Quanto a solidariedade passiva, afiança não ser o caso de aplicação daquilo que contido no art. 124, inciso I, do CTN, uma vez que não haveria, no caso, o chamado "interesse comum" colhido da norma legal.

Mira no sentido de que "*para que haja solidariedade com supedâneo no art. 124, I do CTN, é preciso que todos os devedores tenham um interesse focado exatamente na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária. Ainda que mais de uma pessoa tenha interesse comum em algum fato, para que haja solidariedade tributária é necessário que o objeto deste interesse recaia sobre a realização do fato que tem a capacidade de gerar a tributação*" (fl. 11.322).

Portanto, afirma que a solidariedade firmada em tal artigo legal somente poderia existir entre sujeitos que figurassem no mesmo pólo de relação obrigacional, pois só assim poderia ser considerado interesse comum, o que não seria o caso dos autos.

Para além disso, giza que, para os fins de existência da solidariedade tributária que ora lhe é imputada, que o interesse comum citado na Lei seria aquele que se desdobrasse em interesse jurídico.

E expõe, à fl. 11.325:

Em resumo, o interesse jurídico se caracteriza pela existência de direitos e deveres iguais entre pessoas que ocupam o mesmo lado da relação jurídica que consista no fato gerador do tributo. Apenas o partícipe de uma relação jurídica que tem um direito seu ameaçado terá interesse jurídico nesta situação. A pessoa estranha à relação jurídica que está em conflito não possui interesse jurídico, porque não possui direito ou dever em controvérsia.

Calcando-se em conhecida doutrina e jurisprudência emanada do c. Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal Administrativo, fixa que não haveria responsabilidade solidária do escritório, uma vez que não houve qualquer interesse econômico por parte do Escritório nas compensações e, por isso, não seria possível desencadear-se sua responsabilidade com base no art. 124, inciso I, do CTN, descabendo qualquer menção, por parte de órgãos da Receita Federal, manifestar-se por eventuais prejuízos tomados pela parte quanto a profissionais estranhos à relação jurídica tributária, devendo ser buscados na esfera do Poder Judiciário.

Conclui requerendo seja acolhido o recurso para cancelar o débito fiscal, anulando-se integralmente os AIs e excluindo a recorrente da responsabilidade solidária.

Sem mais recursos, foi lavrada Certidão pela Agência da Receita Federal de Americana em 5 de setembro de 2016 acerca da tempestividade dos recursos.

À fl. 11.342, junta a Municipalidade petição informando a desistência parcial do recurso, apenas no tocante ao DEBCAD 51.053.472-4, prosseguindo o feito com relação à multa isolada do DEBCAD 51.053.473-2.

Despacho acerca da inclusão do parcelamento à fl. 11.343

À fl. 11.344, Despacho do ilmo. Presidente do CARF determinando o retorno dos autos à unidade da administração para prosseguimento da exigência do crédito objeto da desistência.

À fl. 11.351, informação de que o DEBCAD nº 51.053.472-4 foi transferido para o processo nº 13886.721077/2017-05 para fins de parcelamento, bem como reencaminhando o processo ao CARF.

À fl. 11.356/11.357, requerimento, por parte de **Claudemir Aparecido Marques Francisco**, para que se oficie ao Cartório Zanatta - Ofício de Registro de Imóveis Anexos da Comarca de Santa Bárbara d'Oeste/SP, para retirar o gravame R-10/2.619 e av-11/2.619, constate à ficha 02 - verso, do imóvel registrado sob Matrícula nº 2619, tendo em vista a exoneração do requerente quanto a responsabilidade passiva dos créditos tributários ora discutidos.

Com isso, os autos vieram para julgamento.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Denny Medeiros da Silveira - Redator Designado *ad hoc* para formalizar o voto vencido.

Pelo fato de o Conselheiro-Relator Jamed Abdul Nasser Feitoza, que já não se encontra mais no quadro de Conselheiros do CARF, não ter formalizado o voto vencido, fui designado para proceder à sua formalização, nos termos do Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 343, de 9/6/15, Anexo II, art. 17, inciso III.

Destaco, contudo, que apenas formalizei o voto vencido, transcrevendo a íntegra do relatório e do voto apresentados pelo Conselheiro Jamed Abdul Nasser Feitoza, durante a sessão de julgamento, e que foram deixados em pasta compartilhada.

1. ADMISSIBILIDADE.

Ante a pluralidade de recursos, os mesmos deverão ser examinados de forma separada, tanto em sua admissibilidade quanto em seu mérito.

1.1. MUNICÍPIO DE AMERICANA.

O Município interpôs seu Recurso em 25/08/2016, desistindo de parcela dos argumentos nele lançados em 13/07/2017. Portanto, prosseguindo o auto apenas quanto à multa isolada, o recurso interposto pela municipalidade deve ser parcialmente conhecido.

1.2. CRISTIANO MARTINS DE CARVALHO.

O Sr. Secretário Jurídico Cristiano de Carvalho, tomou ciência do Acórdão *a quo* na data de 01/08/2016 (AR às fls. 11.178), interpondo seu recurso em 24/08/2016, portanto, dentro do trintídio legal, sendo tempestivo.

De sua análise, tem-se que preenche os demais requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade recursal, merecendo ser totalmente conhecido.

1.3. DIEGO DE NADAI.

O Sr. Diego de Nadai, ex-prefeito do Município, tomou ciência da decisão objurgada aos 29/07/2016 (AR fls. 11.176), tendo interposto seu Recurso em 25/08/2016, sendo também tempestivo. Preenche, ainda, os demais requisitos de admissibilidade recursal, merecendo ser conhecido.

1.4. JOSÉ ANTÔNIO PATROCÍNIO.

O sr. José Antônio Patrocínio tomou ciência em 29/07/2018 (AR às fls. 11.177), protocolando seu recurso em 29/08/2016, sendo tempestivo. Ademais, o recurso também preenche os demais requisitos de admissibilidade, devendo ser conhecido.

1.5. ANTÔNIO SÉRGIO BAPTISTA ADVOGADOS ASSOCIADOS.

O escritório de advocacia foi informado do Acórdão em 29/07/2016, através do AR de fls. 11.179, interpondo seu recurso por via postal em 31/08/2015 (fls. 11.309), sendo, portanto, intempestivo, não merecendo ser conhecido.

Daí, tem-se que sua análise não passará ao crivo meritório.

2. MÉRITO.

2.1. MUNICÍPIO DE AMERICANA.

2.1.1. MULTA ISOLADA.

Tendo em vista a desistência parcial informada pelo Município de Americana, informando que aderiu ao parcelamento de débitos quanto ao DEBCAD 51.053.472-4, será analisado o apelo apenas quanto à multa isolada (DEBCAD nº 51.053.473-2).

Quanto à multa, em resumo, diz a Municipalidade que o patamar em que foi fixada (150%) seria descabido, uma vez que não teria sido caracterizada a conduta fraudulenta por parte do Município nas compensações de contribuições previdenciárias em exame.

Dessa forma, apontando que inexistiria indícios de fraude ou evidente intuito dela, requereu a descaracterização da multa qualificada contida no auto de infração, para aquela contida no inciso I, do art. 44 da Lei nº 9.430/96, no patamar de 75%.

De mesmo modo, aponta que a multa em tal montante seria excessiva, uma vez que, só por si, representaria o mesmo que 10% de seu orçamento para o exercício de 2015, por exemplo.

Contudo, não assiste razão ao recorrente.

A multa aplicada está prevista no art. 89, § 10, da Lei 8.212/91, que assim dispõe em sua redação vigente ao tempo dos fatos:

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).

Como se vê, trata-se de multa decorrente de responsabilidade objetiva pela infração, sendo aplicada quando a compensação é realizada mediante declaração falsa.

Pois bem, no caso em tela, segundo bem demonstrado no relatório fiscal, fls. 10.704 a 10.838, o recorrente tinha plena consciência da impossibilidade de efetuar as compensações, porém, mesmo assim, as realizou. Confira-se:

63. Portanto a situação tem esse gravame, a Prefeitura e reincidente, mesmo com compensações glosadas, com autuação anterior, penalizando o Município com multas de mora e isolada e juros, com seu reconhecimento parcelando os valores compensados e autuados, desistindo das ações impetradas e da não renovação do contrato (encerrado em 05/2013) com o Escritório ASB que assessorava e era responsável pelos cálculos e orientação quanto as compensações, ainda assim continuou a compensar inclusive durante a presente fiscalização que auditava as compensações do período posterior (08/2011 a 12/2013), fazendo as mesmas alegações anteriores. No anexo Demonstrativo de Compensação (item 50.1 e fls. 10.700) estão identificadas as GFIP enviadas durante a fiscalização com valores de compensação.

64. No Demonstrativo de GFIP (fls. 10.696 a 10.699) verifica-se que a Prefeitura após a fiscalização anterior (encerrada em 10/2011) que glosou as compensações e a atual (iniciada em 04/2013), em algumas competências reconhece a incorreção das compensações excluindo-as das GFIP, entretanto não o faz para todo o período e declara compensações mesmo durante a

presente fiscalização. Evidenciando que não havia preocupação se existia o crédito e sim **uma declaração de um crédito inexistente para deixar de recolher as contribuições previdenciárias devidas.** E indefensável compensar sem autorização judicial e pior ainda, já sabendo da interpretação do órgão fiscalizador que antes o autuou.

65. Os fatos antes narrados **comprovam a má-fé dos administradores quanto a declaração em GFIP de valores de compensação em que o Município não só sabe como ilegais como concorda com isso.**

66. Portanto e certo que o sujeito passivo sabia não ter direito aos créditos informados no campo “Compensação” da s GFIP relativa s a s competências 02/2012 a 13/2013, vez que só créditos líquidos e certos podem ser compensados e que se até mesmo valores questionados judicialmente só podem ser compensados depois de transitada em julgado a respectiva decisão, que dizer dos valores cuja cobrança o sujeito passivo simplesmente entende ser inconstitucional ou ilegal, ao arrepio da legislação vigente e sem qualquer provimento que impeça a incidência da norma? E daqueles sequer recolhidos?

67. Ao informar em GFIP créditos que sabia ser inexistentes, o sujeito passivo reduziu, deliberada e indevidamente, as contribuições previdenciárias a seu cargo, incidentes sobre a remuneração paga, devida ou creditada aos segurados empregados e contribuintes individuais a seu serviço, declaradas e confessadas no mesmo documento, o que configura conduta manifestamente ilegal.

(Grifos no original)

Portanto, diante desse quadro, restou evidenciada a não observância ao disposto no nos artigos 170 e 170-A do CTN, que assim dispõem:

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. (Vide Decreto nº 7.212, de 2010)

[...]

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

(Grifos no original)

Desse modo, tem-se clara a subsunção da compensação realizada à regra punitiva do art. 89, § 10, da Lei 8.212/91, devendo, pois, ser mantida a multa na forma como aplicada pela fiscalização.

2.1.2. DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO SR. CLAUDEMIR APARECIDO MARQUES FRANCISCO.

À fl. 11.221, insurge-se o Município contra a exclusão da responsabilidade do Sr. Claudemir A. M. Francisco, uma vez que os atos ilegais teriam ocorrido com o conhecimento do Sr. Secretário Municipal de Administração e, ainda com sua participação e autorização formal.

Afia que os documentos fornecidos pela Sra Edineia Nossa de Andrade e Helena Macias Duarte corroboraria com sua tese, devendo o ex Secretário ser parte legítima para figurar no pólo passivo dos lançamentos tributários.

O Relatório Fiscal, quanto a responsabilidade do Sr. Claudemir, aponta:

85. SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO – SR. CLAUDEMIR APARECIDO MARQUES FRANCISCO: Este Secretário é um dos principais gestores do município administrando e gerenciando os Recursos Humanos do Município, incluindo parte trabalhista, previdenciária entre outros, sendo o setor responsável em declarar as compensações realizadas. Como relatado anteriormente todos os procedimentos de compensação (entre eles a declaração em GFIP), com a contratação do Escritório, assinaturas de contratos e aditamentos, assinatura de parcelamento administrativo na Receita Federal, desistência das ações judiciais para parcelamento administrativo, desistência da impugnação administrativa sobre o Auto de Infração de glosa das compensações, fiscalização anterior com autuação sobre as compensações realizadas, para tudo isso houve ciência e/ou autorização e/ou determinação do Secretário de Administração, portanto a participação do Sr. CLAUDEMIR APARECIDO MARQUES FRANCISCO foi decisiva para que as compensações fraudulentas, manifestamente ilegais com créditos inexistentes, fossem efetuadas como antes relatado e assim o incluímos como responsável tributário solidário, com o enquadramento legal descrito adiante. Não haveria possibilidade de sonegar as contribuições devidas, declarando as compensações, se não houvesse dolo e vontade própria pessoal do Secretário, que poderia ter evitado ou se negado a participar.

A r. decisão de piso, resumidamente, declarou-o exonerado por não haver provas cabais acerca da participação do Secretário em qualquer dos atos ilegais formulados e, portanto, deveria ser excluído do pólo passivo.

Como acima exposto, o Município informou que aderiu ao parcelamento da Lei nº 11.941/2009, tomando para si, portanto, a responsabilidade quanto ao Auto de Infração da Obrigação Principal ora debatida, restando aos demais apenas o debate quanto a multa isolada.

Assim, decaiu a necessidade de retorno do Sr. Claudemir ao pólo passivo da demanda quanto ao DEBCAD nº 51.053.472-4.

Quanto ao DEBCAD 51.053.473-2 (multa isolada), o tema será visto a seguir, em tópico próprio, uma vez que necessita de análise em apartado.

2.2. DEMAIS RECURSOS. DEBCAD 51.053.473-2.

Os demais recursos em questão reagem, de modo geral, não haver a solidariedade passiva perseguida nos Autos de Infração e, por tal motivo, requerem sua exclusão da demanda.

Havendo pedido de parcelamento por parte do Município quanto a ao DEBCAD 51.053472-4, que trata do lançamento da glosa de compensação indevida, atraindo para si tal responsabilidade, merece ser excluída, por evidente, quanto aos demais, sua solidariedade passiva quanto o referido AI.

No tocante ao DEBCAD 51.053.473-2, que trata a multa isolada por compensação indevida, temos que a responsabilidade dos agentes foi relacionada com base no art. 135, III do CTN, conforme Relatório Fiscal, à fl. 10.830.

Confira-se:

A responsabilidade pessoal dos administradores públicos pelos créditos tributários lançados foi aplicada porque como representantes de pessoa jurídica de direito público ficou comprovado, com antes relatado, o cometimento de infração/crime com dolo. Assim a fundamentação para a responsabilidade solidária deve ser interpretada com a regra do artigo 135 III do Código Tributário Nacional.

Entende o i. Auditor, à fl. 10.831, que:

*91.1 No presente caso verificamos que os administradores identificados agiram em excesso ao seu mandato e em transgressão à lei, não somente a tributária e ainda como demonstrado de maneira dolosa. O administrador público tem o dever de agir com probidade, não sendo lícito atuar de maneira contrária aos interesses do Município, tampouco aos da Fazenda Nacional. Por isso resta comprovada nos autos a responsabilidade pessoal dos mesmos e assim deverão responder solidariamente **por todos os créditos lançados no processo, na forma do art. 135 III do CTN.** (g.o.)*

*91.2. Reforçamos ainda que as normas tributárias relativas às Contribuições Previdenciárias obrigam os sujeitos passivos em geral, e por consequência **os agentes públicos s responsáveis pela Administração Pública Municipal, ao cumprimento das obrigações principais e acessórias delas decorrentes.** Assim neste caso, o dever de cumprir as obrigações presentes na legislação previdenciária é do ente federado desde o momento do fato gerador. Ocorrendo fato futuro, no caso, o descumprimento dos deveres de dirigentes do órgão, pode acontecer a responsabilização destes.*

Para além, afia haver necessidade de representação penal frente aos dirigentes, uma vez que haveria suposta prática de improbidade administrativa.

No entanto, e diferentemente do que cravado no Relatório Fiscal, a manutenção da cobrança da obrigação acessória ora perseguida, qual seja, a multa isolada, em desfavor dos dirigentes, não merece prosperar.

Isso porque, com a Medida Provisória nº 449 de 3 de dezembro de 2008, convertida na Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, não mais se aplica, contra dirigente de órgão público, a penalidade por descumprimento de obrigação acessória, como é o caso dos presentes autos.

Sobre tal matéria, manifestou-se esta Corte Administrativa, confeccionando a Súmula CARF nº 65, que reza:

Súmula CARF nº 65 Inaplicável a responsabilidade pessoal do dirigente de órgão público pelo descumprimento de obrigações acessórias, no âmbito previdenciário, constatadas na pessoa jurídica de direito público que dirige.

Em função disso, aplica-se ao caso, uma vez mais, a retroatividade benigna de que trata a alínea "c", do inc. II, do art. 106, da Lei nº 5.172 de 1966, devendo ser cancelado o lançamento referente à multa de obrigação acessória para os demais recorrentes.

3. DOS GRAVAMES.

Tendo em vista o inarredável afastamento da responsabilidade dos agentes políticos componentes do pólo passivo da presente demanda quanto a obrigação acessória, e a confissão quanto a obrigação principal informada pelo Município ante o parcelamento, que leva à conclusão lógica do cancelamento parcial do presente auto de infração, bem como o que requerido pelo Sr. Claudemir Aparecido Marques Francisco, às fls. 11.356/11.357, deve ser oficiado o Cartório Zanatta - Ofício de Registro de Imóveis e Anexos da Comarca de Santa Bárbara d'Oeste/SP, **para retirar**, caso subsista, o gravame R-10/2.619 e AV-11/2.619, constate à ficha 02 - verso, do imóvel registrado sob Matrícula nº 2619.

De ofício, faz-se necessário a determinação no sentido de que, caso hajam outros ônus impostos em bens pessoais dos agentes públicos no pólo passivo da presente demanda, que sejam oficiados os locais de seu registro para sua anulação.

Conclusão

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso do Município para, na parte conhecida, negar-lhe provimento, e, quanto aos demais recursos conhecidos, dar-lhes provimento para a excluir do pólo passivo da presente demanda, quanto ao DEBCAD nº 51.053.472-4, os agentes políticos do órgão municipal.

ASSIM VOTOU O CONSELHEIRO NA SESSÃO DE JULGAMENTO.

(assinado digitalmente)

Denny Medeiros da Silveira - Redator Designado *ad hoc*

Voto Vencedor

Conselheiro Mauricio Nogueira Righetti - Redator Designado.

Em que pese as consistentes razões de decidir do relator, ouso delas dissentir naquilo que diz respeito à exclusão da responsabilidade dos Srs **Cristiano Martins de Carvalho, Diego de Nadal e José Antonio Patrocínio** pelo débito então constituído.

Entendeu o relator que o fato de o Município ter parcelado o crédito atrairia, para si, a responsabilidade tributária, excluindo, por conseguinte, a dos agentes retro citados.

Além do quê, prosseguiu entendendo que com a Medida Provisória nº 449 de 3 de dezembro de 2008, convertida na Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, não mais se aplicaria, contra dirigente de órgão público, a penalidade por descumprimento de obrigação acessória, como seria o caso dos presentes autos.

Sobre tal matéria, manifestou-se esta Corte Administrativa, confeccionando a Súmula CARF nº 65, que reza:

Súmula CARF nº 65 Inaplicável a responsabilidade pessoal do dirigente de órgão público pelo descumprimento de obrigações acessórias, no âmbito previdenciário, constatadas na pessoa jurídica de direito público que dirige.

Não penso desta forma.

As condutas dos agentes, decisivas e importantes na infração apontada pelo Fisco, minunciosamente descritas pelo autuante e pela decisão de piso, não deixam qualquer dúvida acerca de sua responsabilidade solidária a teor do artigo 135, III do CTN.

Diferentemente do aduzido pelo relator, o fato de a Municipalidade parcelar o débito, confessando-o, não tem o condão, por si só, de afastar a responsabilidade de terceiros pelo crédito.

Nos termos do § único do artigo 124 do CTN, a solidariedade é uma garantia do credor à satisfação do crédito tributário, facultando-o a cobrança, dentre os devedores, daquele que possui capacidade financeira para saldar a dívida.

Nesse rumo, uma vez assentada a solidariedade, cabe ao credor escolher, segundo seus próprios critérios, quem será cobrado pela dívida.

Quanto à imputação à luz do revogado artigo 41 da Lei 8.212/91¹, cumpre destacar que se tratava de responsabilização **pessoal** de natureza objetiva, quando então o dirigente do órgão ou entidade da administração direta respondia por qualquer multa aplicada pelo mero descumprimento de dispositivos daquele diploma, mesmo nas hipóteses em que a

¹ Art. 41. O dirigente de órgão ou entidade da administração federal, estadual, do Distrito Federal ou municipal, responde pessoalmente pela multa aplicada por infração de dispositivos desta Lei e do seu regulamento, sendo obrigatório o respectivo desconto em folha de pagamento, mediante requisição dos órgãos competentes e a partir do primeiro pagamento que se seguir à requisição.

prática do ato sancionada competisse a outro agente/servidor, segundo o regulamento do órgão ou da entidade.

No caso dos autos, a **responsabilização solidária**, pelo crédito tributário, deu-se com fulcro no artigo 135, III do CTN, c/c artigo 15, I, da Lei 8.212/91, que equiparou a empresa, dentre outros, os órgãos e entidades da administração pública direta.

Confira-se:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

[...]

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Art. 15. Considera-se:

I - empresa - a firma individual ou sociedade que assume o risco de atividade econômica urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem como os órgãos e entidades da administração pública direta, indireta e fundacional;

Sobre o tema, em especial no que toca à aplicação do inciso III encimado, mormente em função de sua parte final, trago à colação excerto da decisão vergastada, com a qual concordo e ora adoto como razões de decidir:

Vejamos:

Outrossim, descabe falar-se em analogia feita pela fiscalização. Isto porque, com a devida vênia, a integração analógica na espécie é promovida pela própria Lei de Custeio (Lei nº 8.212/91), ao equiparar à empresa, os órgãos e entidades da administração pública direta. Ora, se o faz, efetivamente admite, por princípio dogmático, que os seus dirigentes administrativos, embora titulares de mandato eletivo e de cargo em comissão (nomeação e exoneração "ad nutum"), se enquadrem na figura do inciso III do artigo 135 do CTN.

O antigo artigo 41 da Lei nº 8.212/91, revogado pela Lei nº 11.941/2009, assim previa:

Art. 41. O dirigente de órgão ou entidade da administração federal, estadual, do Distrito Federal ou municipal, responde pessoalmente pela multa aplicada por infração de dispositivos desta Lei e do seu regulamento, sendo obrigatório o respectivo desconto em folha de pagamento, mediante requisição dos órgãos competentes e a partir do primeiro pagamento que se seguir à requisição.

Veja-se que o vetusto dispositivo não fazia distinção entre a Administração Direta e a Indireta, mas sim no tocante às responsabilidades pelas denominadas obrigações acessórias.

E, neste ponto, o legislador ordinário foi mais específico, prevendo situação relativa aos entes da Administração Pública Indireta, prevendo, aos seus administradores, a responsabilidade solidária:

Art. 42. Os administradores de autarquias e fundações públicas, criadas e mantidas pelo Poder Público, de empresas públicas e de sociedades de economia mista sujeitas ao controle da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, que se encontrarem em mora, por mais de 30 (trinta) dias, no recolhimento das contribuições previstas nesta Lei, tornam-se solidariamente responsáveis pelo respectivo pagamento, ficando ainda sujeitos às proibições do art. 1º e às sanções dos arts. 4º e 7º do Decreto-lei nº 368, de 19 de dezembro de 1968.

O artigo 42, obviamente, não tratou da Administração Direta, pois, em relação a esta, já havia a equiparação feita pelo artigo 15, inciso I, da Lei nº 8.212/91, de modo que, no procedimento de integração analógica, ou interpretação extensiva, a responsabilidade dos dirigentes públicos já se enquadrava no artigo 135, do CTN.

Ressalto que esse entendimento não encontra obstáculo no comando previsto do artigo 108, § 1º, do CTN. Com efeito, este dispositivo veda o emprego da analogia para a cobrança de tributo não previsto em lei. Não há violação, em primeiro lugar, pois a atribuição de responsabilidade não diz respeito à criação do tributo, mas sim à vinculação de um terceiro quanto ao crédito tributário, matéria esta não sujeita exclusivamente ao CTN, a teor do artigo 128:

Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

Em segundo lugar, porque o artigo 15, inciso I, da Lei nº 8.212/91, cumprindo a previsão do artigo 128 do CTN, não faz uma analogia propriamente dita, enquanto expediente de integração da lacuna legal, mas traz uma forma de interpretação legal extensiva, que, claramente, não pode ser negada à lei no processo exegético legal. A interpretação extensiva objetiva identificar e aclarar o sentido e o alcance da norma para então definir-lhe, com certeza, a sua extensão. No caso, então, a norma existe, apenas sendo necessário que uma linha de pensamento se forme para delinear-lhe os contornos. No caso em apreço, nota-

se que a interpretação extensiva decorre do próprio legislador, que, antecipando-se ao fato, fixa premissa de aplicação da lei.

Ora, se as expressões “diretores”, “gerentes” e “representantes” se afiguram como inerentes à pessoa jurídica de direito privado, enquanto sujeito de direito exercente de uma atividade empresária, a equiparação que se faz do ente da Administração Pública à empresa mostra-se de igual peso e teor, de forma a atribuir-se, portanto, aos representantes e dirigentes públicos, a responsabilidade pelos atos praticados no exercício de sua função.

Assim sendo, VOTO, quanto a este ponto, por NEGAR provimento ao Recurso Voluntário, ressaltando a impossibilidade da determinação de ofício contida no voto condutor no que tange ao arrolamento de bens, em função do que dispõe a Súmula CARF 109².

(assinado digitalmente)

Mauricio Nogueira Righetti

² Súmula CARF nº 109: O órgão julgador administrativo não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a arrolamento de bens.