



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	10510.003119/2005-51
ACÓRDÃO	9303-016.322 – CSRF/3ª TURMA
SESSÃO DE	10 de dezembro de 2024
RECURSO	ESPECIAL DO PROCURADOR E DO CONTRIBUINTE
RECORRENTES	FAZENDA NACIONAL
	ENERGISA SERGIPE - DISTRIBUIDORA DE ENERGIA S/A

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/01/2000 a 31/12/2000, 01/12/2001 a 31/12/2001, 01/02/2003 a 28/02/2003, 01/04/2003 a 30/04/2003, 01/06/2003 a 31/12/2003

RECURSO ESPECIAL DE DIVERGÊNCIA. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA.

O dissídio jurisprudencial apto a ensejar a abertura da via recursal extrema consiste na interpretação divergente da mesma norma aplicada a fatos iguais ou semelhantes, o que implica a adoção de posicionamento distinto para a mesma matéria versada em hipóteses análogas na configuração dos fatos embaçadores da questão jurídica. A dessemelhança nas circunstâncias fáticas sobre as quais se debruçam os acórdãos paragonados impede o estabelecimento de base de comparação para fins de dedução da divergência arguida.

Não se conhece de Recurso Especial de Divergência, quando não restam demonstrados os alegados dissídios jurisprudenciais, tendo em vista a ausência de similitude fática entre os acórdãos recorrido e paradigmas.

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/01/2000 a 31/12/2000, 01/12/2001 a 31/12/2001, 01/02/2003 a 28/02/2003, 01/04/2003 a 30/04/2003, 01/06/2003 a 31/12/2003

DECADÊNCIA. TRIBUTOS SUJEITOS AO LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. CONTAGEM DO PRAZO DECADENCIAL DE CINCO ANOS A PARTIR DO 1º DIA DO ANO SEGUINTE AO FATO GERADOR. PRECEDENTES DO STJ EM RECURSO REPETITIVO. APLICAÇÃO DO ART. 62-A, DO RI-CARF.

Tratando-se de tributo sujeito ao lançamento por homologação e inexistindo pagamento antecipado, ainda que parcial, o Poder Público dispõe do prazo de 05 (cinco) anos para constituir o crédito tributário pelo lançamento, contados do 1º dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fator gerador, nos termos do art. 173, I, do CTN, sendo certo que o “primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado” corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible”, segundo entendimento exarado pelo STJ, no Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 973.733 (Rel. Min. Luiz Fux, Dt. Jul. 12/08/2009), nos termos do art. 62-A, do RI-CARF.

A compensação de parte do débito tributário lançado e exigido, embora constitua uma das formas de extinção do crédito tributário, não se equipara a pagamento deste, para efeito de contagem do prazo decadencial previsto no artigo 150, §4º do CTN.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional, para, no mérito, por unanimidade de votos, dar-lhe provimento. Acordam ainda os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial oposto pelo Contribuinte.

Sala de Sessões, em 10 de dezembro de 2024.

Assinado Digitalmente

Denise Madalena Green – Relator

Assinado Digitalmente

Regis Xavier Holanda – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os julgadores: Rosaldo Trevisan, Semiramis de Oliveira Duro, Vinicius Guimaraes, Tatiana Josefovitz Belisario, Dioniso Carvallhedo Barbosa, Alexandre Freitas Costa, Denise Madalena Green, Regis Xavier Holanda (Presidente).

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Especial de divergência interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional e pela contribuinte, contra a decisão consubstanciada no **Acórdão nº 3201-006.115, de 24/10/2019** (fls. 1683/1691), proferida pela 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara desta Terceira Seção de Julgamento do CARF, nos termos da ementa abaixo transcrita:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/2000 a 31/12/2000, 01/12/2001 a 31/12/2001, 01/02/2003 a 28/02/2003, 01/04/2003 a 30/04/2003, 01/06/2003 a 31/12/2003

DECADÊNCIA

Não havendo acusação ou qualquer evidência de fraude, assim como não existindo nenhuma controvérsia nos autos sobre a existência de pagamentos parciais do Pis e da Cofins, assim como a existência de débitos e créditos, em lançamento realizado com base na premissa "insuficiência de recolhimento", em tributo sujeito ao lançamento por homologação, o prazo de decadência será de 5 (cinco) anos, a contar do fato gerador, com base no julgamento do REsp 973.733 RS do STJ em sede de recurso repetitivo e Art. 150, §4.º, do CTN.

NÃO INCIDÊNCIA DO PIS SOBRE RECEITAS NÃO OPERACIONAIS E VARIAÇÃO CAMBIAL ATIVA. REGIME CUMULATIVO DO PIS. CONCEITO DE FATURAMENTO PARA INCIDÊNCIA NA BASE DE CÁLCULO. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Por força do Art. 62-A, Anexo II, do regimento interno deste Conselho, é obrigatória a aplicação do entendimento do STF sobre o conceito de faturamento ("faturamento corresponde à receita das vendas de mercadorias, de serviços ou de mercadoria e serviços" - vejam julgamentos dos Recursos Extraordinários 346.084, DJ 01/09/2006 - Rel p/ acórdão Min. Marco Aurélio, 357.950, 358.273 e 390.840 todos DJ 15.08.06 - Rel. Min. Marco Aurélio). Sendo "receitas" não operacionais e variações cambiais ativas, e, portanto, não se tratando de "faturamento" vinculado às receitas oriundas das prestações de bens e serviços, não há como incidir o PIS.

RECURSO. PROVAS.

O recurso deve mencionar os motivos de fato e de direito em que se fundamenta e os pontos de discordância, e apresentar as razões e provas que possuir

Consta do dispositivo:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao Recurso Voluntário, na forma seguinte: a) reconhecer a decadência em relação aos meses de janeiro a novembro de 2000; b) excluir da base de cálculo do PIS/Cofins as receitas financeiras e não operacionais auferidas pela Recorrente; c) manter os valores propostos no Relatório Fiscal de fl. 1554.

Houve interposição de Embargos de Declaração por parte da Fazenda Nacional (fls.1663/1695), suscitando obscuridade no julgado. No entanto, foram rejeitados em Despacho de Admissibilidade de Embargos (1707/1708).

A contribuinte, também apresentou Embargos de Declaração, suscitando omissão no julgado (fls.1740/1741), o qual foi rejeitado (fls.1777/1780).

Breve síntese do processo

Trata o processo de Auto de Infração (fls. 05/16 E 738/744) lavrado contra a contribuinte, para a exigência de PIS/COFINS, dos períodos de 2000, 2001 e 2003, devido a divergências entre os valores declarados ao Fisco e os valores escriturados na contabilidade, ocasionando insuficiência de recolhimento das contribuições nos períodos verificados. As divergências de valores apuradas na fiscalização são apresentadas pelo autuante nos demonstrativos que integram os Autos de Infração, além dos Demonstrativos às fls. 19/21 e 747.

Cientificada da exigência fiscal, a contribuinte apresenta Impugnação (fls. 318/329 e 881/888), sendo essas as suas razões de defesa, em síntese:

- (i) Nulidade: não foi dada ciência à fiscalizada de qualquer prorrogação do mandado de procedimento fiscal (MPF), nos termos da Portaria SRF no acima relacionados; 3.007, de 2001; Portanto, os autos de infração são nulos, pois no momento da autuação o MPF já se encontrava expirado;
- (ii) Enquadramento legal: houve erro do autuante na capitulação legal da norma infringida relativa A Cofins, ao citar como enquadramento legal o Decreto nº 4.524, de 26 de dezembro de 2002, que aprova a Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados (TIPI);
- (iii) Decadência: os créditos tributários a título de PIS relativos aos meses de janeiro a dezembro de 2000 já se encontravam extintos em face da decadência, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN (cinco anos da ocorrência do fato gerador);
- (iv) Ação judicial — Lei nº 9.718/98: a empresa está amparada, desde fevereiro de 2000, por provimento jurisdicional que lhe assegura o direito de excluir da base de cálculo do PIS e da Cofins os valores relativos a receitas financeiras, restando afastada a aplicação do dispositivo contido no art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998;
- (v) Recolhimentos e compensações não considerados: não foi levado em conta um recolhimento efetuado pela impugnante a título de Cofins relativa ao mês de abril de 2003 no valor de R\$ 1.845.900,94;
- (vi) Não foram consideradas as compensações efetivadas através do processo administrativo nº 10510.001206/98-56, relativamente aos meses de janeiro, fevereiro e março de 2000, no valor de R\$ 375.572,82, informação esta constante da DCTF retificadora protocolada em 9 de julho de 2001;
- (vii) Nessa mesma linha, foram desconsideradas compensações efetuadas com valores retidos na fonte por órgãos públicos;

- (viii) Não foi considerado o Parcelamento Especial (PAES) do montante de R\$ 296.672,68, relativo ao PIS de dezembro de 2001, originário do parcelamento ordinário nº 10510.002679/2002-45;
- (ix) Recomposição Tarifária Extraordinária: a autuação fiscal ignorou as realizações de receita relativas A Recomposição Tarifária Extraordinária (RTE) e as provisões das contribuições a recolher, apuradas em conformidade com o Parecer Cosit nº 26, de 26 de setembro de 2002; Assim, não foi considerado pela fiscalização o crédito tributário constituído em favor da Impugnante decorrente da Solução de Consulta SRRF/5aRF/DISIT nº 18, favorável ao diferimento dos valores da RTE;
- (x) Diligência: protesta pela realização de diligências e a juntada de novos documentos.

A lide foi decidida pela 4ª Turma da DRJ no Salvador/BA, nos termos do Acórdão nº 15-20.586 (fls.1148/1164), de 09/09/2009 que, por unanimidade de votos, decidiram afastar as preliminares de nulidade e decadência, e considerar procedente em parte os lançamentos, da seguinte forma:

1. afastar a incidência da multa de ofício de 75% sobre as parcelas de PIS e Cofins discutidas judicialmente e para as quais a contribuinte possuía provimento jurisdicional válido;
2. afastar a incidência da multa de ofício de 75% sobre o lançamento da Cofins referente a abril de 2003;
3. exonerar o valor lançado do PIS referente a dezembro de 2001, até o limite do valor do débito inscrito no PAES para esta contribuição e período;
4. exonerar o valor lançado do PIS referente a dezembro de 2001, até o limite do valor do débito referente à RTE;
5. exonerar valores de PIS e Cofins retidos na fonte por órgãos públicos;
6. manter o crédito tributário exigido relativo aos demais períodos.

Inconformada, a contribuinte recorre a este Conselho, através de Recurso Voluntário apresentado (fls.1172/1200), no qual reforçou os argumentos anteriores e contra-argumentou a decisão de primeira instância em todos os pontos, inclusive nos que tiveram provimento.

No julgamento do Recurso Voluntário, o Colegiado resolveu converter o julgado em diligência por meio da Resolução nº 3201-001.319, de 22/05/2018 (fls.1282/1287), e após os tramites legais, sobreveio o relatório de diligência (fls. 1554/1567) e manifestação da contribuinte (fls.1572/1580), o processo retornou para julgamento, onde restou decidido da forma seguinte: a) reconhecer a decadência em relação aos meses de janeiro a novembro de 2000; b) excluir da base de cálculo do PIS/Cofins as receitas financeiras e não operacionais auferidas pela Recorrente; c) manter os valores propostos no Relatório Fiscal de fl. 1554.

Recurso Especial da Fazenda Nacional

Cientificada da decisão, insurgiu-se a Fazenda Nacional contra o resultado do julgamento, apresentando Recurso Especial de divergência (fls.1710/1720), apontando o dissenso jurisprudencial que visa a rediscutir o entendimento firmado, quanto ao **prazo decadencial** para a constituição de créditos tributários sujeitos a lançamento por homologação, quando não houver recolhimento antecipado do tributo (**art. 150, § 4º, e art. 173, I, CTN**). Para tanto, indica como paradigma o **Acórdão nº 9303-002.384, 14/08/2013**.

A Fazenda Nacional sustenta que embora não haja recolhimento do tributo na espécie, o acórdão recorrido aplicou o art. 150, § 4º do CTN, por entender que a compensação informada, assim como o pagamento atrairia a incidência do dispositivo legal retro mencionado. O entendimento estaria em descompasso com a tese esposada no acórdão paradigma (Acórdão nº 9303-002.384), no qual se conclui que somente o pagamento antecipado, por se caracterizar hipótese de atividade exercida por homologação, tem o condão de deslocar o marco inicial do prazo decadencial para o fato gerador, na forma do art. 150 § 4º do CTN. Assim sendo, ausente qualquer recolhimento, aplicar-se-ia o art. 173, I do CTN.

Cotejados os fatos, o Presidente da 2ª Câmara da 3ª Seção de julgamento do CARF, deu seguimento ao Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional (fls.1724/1729).

Devidamente cientificada, a contribuinte apresentou suas contrarrazões (fls.1734/1737), a qual requer seja negado seguimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional, em razão da ausência de interesse recursal. No mérito, pugna pelo improvimento do recurso, haja vista a equiparação da compensação ao pagamento para fins de aplicação do prazo decadencial previsto no art. 150, § 4º, do CTN.

Recurso Especial do Contribuinte

A contribuinte também se insurgiu contra o resultado do julgamento, apresentando Recurso Especial (fls.1788/1796), apontando o dissenso jurisprudencial quanto ao **“ônus da prova”**, indicando como acórdão divergente o **Acórdão nº 2202-004.651**.

Afirma que: *“Ao decidir pela insuficiência documental e por ser ônus exclusivo do Recorrente a apresentação dos referidos documentos, sem determinar a realização de nova diligência, a Turma julgadora conferiu ao **art. 2º do Decreto n. 9.094/2017** interpretação divergente daquela dada ao mesmo dispositivo pela 2ª Turma da 2ª Câmara da 2ª Seção por meio do Acórdão n. 2202- 004.651, sendo necessária a reforma do acórdão recorrido, pelas razões a seguir expostas.*

Ao final quer:

Ante as razões expostas, a Recorrente requer seja o presente recurso especial conhecido e, no mérito, provido, para o fim de reformar o v. acórdão recorrido, devendo os presentes autos serem remetidos para nova diligência na qual o Fisco deverá juntar os comprovantes de recolhimento que comprovam o pagamento do tributo cobrado.

Cotejados os fatos, o Presidente da 2ª Câmara da 3ª Seção de julgamento do CARF, deu seguimento ao Recurso Especial interposto pela contribuinte (fls.1845/1850).

A Fazenda Nacional apresentou Contrarrazões (fls.1852/1859), postulando, em sede de preliminar, pelo não conhecimento do recurso, seja em virtude de se tratar de questão puramente probatória, seja em virtude pela diversidade dos contextos fáticos expostos entre os acórdãos paragonados. No mérito, pugna pela manutenção do acórdão recorrido por seus próprios e jurídicos fundamentos.

O processo, então, foi sorteado para esta Conselheira para dar prosseguimento à análise dos Recursos Especiais interpostos.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro **Denise Madalena Green**, Relator

I – Do conhecimento do Recurso Especial da Fazenda Nacional:

O Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional é tempestivo, conforme consta do Despacho de Admissibilidade do Recurso Especial. Contudo, em face dos argumentos apresentados pela contribuinte em sede de contrarrazões, pelo não conhecimento do recurso por falta de interesse recursal, entendo ser necessária uma análise mais detida dos demais requisitos de admissibilidade estabelecidos no art. 118 do RICARF/2023.

Em contrarrazões defende a recorrida que os créditos de PIS dos meses de janeiro, fevereiro e março de 2000, foram integralmente extintos por meio de compensação. Afirma, ainda, *“em relação ao restante do período cuja decadência foi reconhecida (abril a novembro de 2000), o acórdão recorrido reconheceu que a Recorrida possui sentença judicial transitada em julgado, que afastou a incidência de PIS e COFINS sobre receitas não operacionais em razão da inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo dessas exações promovido pelo art. 3º, § 1º da Lei n. 9.718/98”*. Ao final, conclui, *“reconhecida ou não a decadência, os créditos tributários lançados que foram objeto do recurso especial da Fazenda Nacional permanecerão cancelados. Portanto, impõe-se o reconhecimento da falta de interesse recursal, diante da ausência de utilidade do recurso especial, ao qual deverá ser negado seguimento”*.

No caso dos autos, em relação aos valores lançados no ano de 2000, para confirmar a existência de compensações, o Colegiado decidiu converter o julgamento em diligência, para que a Unidade de Origem se manifeste sobre os seguintes pontos:

- se manifeste a respeito do pagamento realizado no período de **janeiro, fevereiro e março de 2000**, no valor aproximado de 375 mil reais e verifique se esses valores a que se refere o contribuinte, foram ou não compensados no PA 10510.001206/98-56;

- a unidade de origem se manifeste sobre a alegação de decadência de janeiro a novembro de 2000, e confirme se houve compensação homologada.

Em resposta, sobreveio o Relatório Fiscal apresentado às fls. 1554/1566, que confirmou que a contribuinte efetuou compensações ao longo de 2000 e concluiu o seguinte:

CONCLUSÃO

Diante do exposto, com base na análise dos documentos apresentados pelo contribuinte, do Despacho Decisório DRF/AJU nº 1090, de 25 de novembro de 2009, em anexo, cuja numeração digitalizada é nas fls. 473 a 480 do PAF nº 10510.001206/98-56 e do Parecer PGFN/CAT nº 1.617/2008, resumidamente, concluímos que:

- O período de janeiro, fevereiro e março de 2000, no valor aproximadamente de 375 mil reais, foi verificado que esses valores a que se refere o contribuinte, foram compensados no PAF nº 10510.001206/98-56;
- Não existiu a decadência de janeiro a novembro de 2000, mas houve compensação homologada;
- O ajuste, em razão da majoração das alíquotas nos moldes da Lei 10.833/03 e 10.637/02, nos documentos e memoriais juntados pelo contribuinte em sede de Recurso Voluntário e após este, foram comprovados com o ajuste da provisão do COFINS e PIS, apenas para o mês de dezembro de 2003, em relação aos valores lançados originalmente a título de Prov. Dif. Aliquota do PIS e da COFINS, respectivamente de R\$179.178,41 e R\$576.001,78.

Mas em relação aos valores lançados contabilmente como "Dedução Repasse Ener Livr" do PIS e da COFINS, mesmo após a mudança de denominação para Prov. RTE – Provisão sobre Realização Ativo Regulatório – Energia Livre, dos meses de julho a dezembro de 2003, não ficaram comprovados. Conforme a seguir demonstrado:

No entanto, a Autoridade Fiscal encarregada da diligência, não confirmou que a compensação abrangeu todos os créditos lançados ao longo do ano de 2000. Fato este, inclusive reconhecido pela recorrida em manifestação de diligência, ao reforçar o pedido de reconhecimento da decadência *"dos débitos de PIS (diferença entre o que foi compensado e o lançado de ofício) de janeiro a novembro de 2000"* (fl.1574).

Quanto as receitas operacionais, o Colegiado decidiu *"excluir da base de cálculo do PIS/Cofins as receitas financeiras e não operacionais auferidas pela Recorrente"*, abarcando o período de 01/01/2000 a 31/12/2003. Contudo, como dito acima, não restou confirmado que tais exclusões abarcaram a totalidade dos créditos lançados no período.

Por outro lado, entendo que restou comprovada a divergência jurisprudencial suscitada pela Fazenda Nacional. Explico.

Como relatado, no Acórdão recorrido, o Colegiado decidiu que a compensação equivale à pagamento, atraindo a aplicação do Art. 150, § 4º, do CTN, para fins de contagem do prazo decadencial, divergindo do acórdão paradigma (**Acórdão nº 9303-002.384**), o qual se conclui que somente o pagamento antecipado, por se caracterizar hipótese de atividade exercida por homologação, tem o condão de deslocar o marco inicial do prazo decadencial para o fato gerador, na forma do art. 150 § 4º do CTN.

Em ambos a matéria foi assim tratada:

Acórdão recorrido:

- Decadência.

Não havendo acusação ou qualquer evidência de fraude, assim como não existe nenhuma controvérsia nos autos sobre a existência de pagamentos parciais do Pis e da Cofins, assim como a existência de compensações, débitos e créditos, visto que o próprio lançamento foi realizado com base na premissa "insuficiência de recolhimento" e no caso de tributo com lançamento por homologação, o prazo de decadência será de 5 (cinco) anos, a contar do fato gerador, com base no julgamento do REsp 973.733 RS do STJ em sede de recurso repetitivo e Art. 150, §4.º, do CTN.

A própria decisão de primeira instância e o resultado da diligência apontam que o contribuinte realizou compensações e deduções no período de janeiro a dezembro do ano de 2000, conforme transcrito a seguir:

"No presente caso, não houve pagamento do PIS no período reclamado de janeiro a dezembro de 2000. Conforme se verifica no extrato de DCTF as folhas 77 e 78, no período a contribuinte não realizou pagamentos para quitação dos débitos de PIS, mas tão somente outras compensações e deduções. Desta forma, não tendo havido pagamento, a regra a ser aqui aplicada é a do art. 173, inc. I, do CTN, seguindo a orientação do Parecer PGFN/CAT nº 1.617, de 2008.

Considerando-se que a ciência do auto de infração ocorreu em 26.12.05, o fato gerador ocorrido no ano de 2000 não foi alcançado pela decadência."

Nos termos da legislação (Art. 156, §2.º do CTN) e da majoritária jurisprudência pátria, compensações extinguem o crédito tributário e, portanto, equivalem-se à pagamentos e, portanto, o requisito "pagamentos parciais", com base no julgamento do REsp 973.733 RS do STJ em sede de recurso repetitivo, foi cumprido e, portanto, possível a aplicação do Art. 150, §4.º, do CTN.

O lançamento fiscal constituiu crédito tributário referente a fatos geradores das contribuições aos seguintes períodos de apuração:

- Pis: - 01/01/2000 a 31/12/2000, 01/12/2001 a 31/12/2001. 01/02/2003 a 28/02/2003, 01/04/2003 a 30/04/2003, 01/06/2003 a 31/12/2003;

- Cofins: 01/03/2003 a 31/12/2003;

O contribuinte recebeu o auto de infração no dia 26/12/05, há mais de cinco anos dos fatos geradores anteriores à Dezembro de 2000, o que implica na decadência dos meses de janeiro a novembro de 2000.

Portanto, o presente lançamento encontra-se parcialmente decaído e deve ser parcialmente cancelado. (g.n.)

Acórdão paradigma nº 9303-002.384:

Ouso discordar do ilustre Conselheiro relator, pois **entendo que compensação e pagamento não se confundem, embora ambas sejam formas de extinção do crédito tributário**, assim como a prescrição e a decadência, todas modalidades de extinção previstas respectivamente nos §§ 2º, 1º, e 5º. do art. 156 do CTN.

No caso em exame, assiste razão à PGFN, cujas contrarrazões se encontram às fls. 223 a 227.

Abaixo transcrevo excerto da referida peça para maior clareza:

De fato, no presente caso, não se operou lançamento por homologação quanto às contribuições previdenciárias autuadas, afinal, de acordo com a prova dos autos, a contribuinte não antecipou qualquer pagamento no período indicado no auto de infração. É por conta disso que o lançamento de ofício da exação deve ser regido pelo art. 173, I, do CTN, o qual assevera que:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; [grifei].

Em seguida, em suas conclusões, o ilustre procurador reitera que:

Cumprе frisar, ainda, que, com a edição da Portaria MF n. 586/2010, que acrescentou o art. 62A no RICARF, tornou-se obrigatória a adoção por eg. Conselho dos posicionamentos do STJ aplicados em sede de recurso repetitivo, como é o caso daquele que prevaleceu no REsp n. 973.733/SC, no sentido de que deve ser aplicado o art. 173, I, do CTN, quando não há pagamento parcial do tributo.

Portanto, considerando que não houve pagamento antecipado para os períodos de apuração da COFINS de maio, junho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro de 1998, o lançamento, ocorrido em 18/07/2003, alcançou, de forma tempestiva, todos os fatos geradores em cobrança.

Assim, não tendo havido pagamento antecipado, aplica-se o art. 173, §1º, do CTN, conforme jurisprudência pacífica deste Tribunal Administrativo e em respeito ao art. 62-A do RICARF. (grifou-se)

Dessa forma, conheço do Recurso Especial proposto pela Fazenda Nacional.

II – Do mérito:

Ventiladas tais considerações, passo a analisar o cerne da lide – qual seja, o termo inicial para a contagem do prazo decadencial para a constituição de crédito tributário referente ao PIS, no que tange à compensação se equiparar ou não ao pagamento para fins de contagem do

prazo decadencial (art. 173, I ou art. 150, § 4º do CTN). No caso, o acórdão recorrido considerou, em relação ao lançamento, que os fatos geradores consumados em anteriores a dezembro de 2000, foram atingidos pela decadência, considerando que as compensações equivalem a pagamento, atraindo a aplicação do artigo 150, § 4º do CTN.

A decadência do direito de se constituir créditos tributários está regulada no Código Tributário Nacional (CTN), que assim dispõe:

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

§ 1º O **pagamento** antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.

§ 2º **Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação**, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.

§ 3º Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.

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

(...)

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento. (grifou-se)

Dispensável se estender na definição de qual seria o marco inicial da fluência do prazo de 05 (cinco) anos para a Fazenda Nacional exigir diferenças acaso devidas pelo sujeito passivo a título de tributos submetidos ao lançamento por homologação, pois há muito se consolidou o entendimento administrativo e judicial no mesmo sentido defendido na peça

recursal, qual seja, o de que tendo havido antecipação de pagamento, o termo inicial é o fato gerador do tributo (art. 150, §4º, do CTN) e, não tendo havido, é o primeiro dia do exercício seguinte ao que lançamento poderia ter sido efetuado (art. 173, I, do CTN).

Após o julgamento de reiterados recursos sobre a questão, inclusive na sistemática do recurso repetitivo (REsp nº. 973.733/SC), levou o Superior tribunal de Justiça a editar a Súmula nº 555, com o intuito de pacificar o entendimento, com o seguinte enunciado:

Quando não houver declaração do débito, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário conta-se exclusivamente na forma do art. 173, I, do CTN, **nos casos em que a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa.** (Súmula n. 555, Primeira Seção, julgado em 9/12/2015, DJe de 15/12/2015.). (grifou-se)

Ressalta-se, nesse ponto, que a compensação, em que pese extinguir o crédito dentro das condições impostas pelas normas que tratam desse procedimento, não se confunde com o pagamento, pois são formas distintas de extinção do crédito tributário, conforme estabelece o Código Tributário Nacional (art. 156, I e II), recepcionado como lei complementar, a única capaz de estabelecer normas gerais sobre crédito tributário. Nesse contexto, o pagamento, enquanto modalidade de extinção de crédito tributário, configura-se imprescindível para a antecipação da contagem do prazo decadencial do lançamento, nos moldes previstos no art. 150, §4º do CTN.

A posição deste Conselho, contida em diversos Acórdãos, é firme e consolidada no sentido de que **a compensação não pode ser equiparada ao pagamento, para fins de contagem do prazo decadencial,** a exemplo trago a colação decisões proferidas desta 3ª Turma da CSRF:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PROVISÓRIA SOBRE MOVIMENTAÇÃO OU TRANSMISSÃO DE VALORES E DE CRÉDITOS E DIREITOS DE NATUREZA FINANCEIRA (CPMF)

Período de apuração: 13/02/1998 a 31/12/1998

DECADÊNCIA. TRIBUTOS SUJEITOS AO LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. CONTAGEM DO PRAZO DECADENCIAL DE CINCO ANOS A PARTIR DO 1º DIA DO ANO SEGUINTE AO FATO GERADOR. PRECEDENTES DO STJ EM RECURSO REPETITIVO. APLICAÇÃO DO ART. 62-A, DO RICARF.

Tratando-se de tributo sujeito ao lançamento por homologação e inexistindo pagamento antecipado, ainda que parcial, o Poder Público dispõe do prazo de 05 (cinco) anos para constituir o crédito tributário pelo lançamento, contados do 1º dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fator gerador, nos termos do art. 173, I, do CTN, sendo certo que o “primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado” corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato impositivo”, segundo

entendimento exarado pelo STJ, no Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 973.733 (Rel. Min. Luiz Fux, Dt. Jul. 12/08/2009), nos termos do art. 62-A, do RI-CARF.

Tendo o sujeito passivo procedido com base em ordem judicial para não efetuar recolhimento, aplica-se a regra contida no art. 150, § 4º do CTN. (Acórdão nº 9303-015.703 – CSRF / 3ª Turma, Processo nº 10882.004021/2003-21, Rel. Conselheiro Gilson Macedo Rosenburg Filho, Sessão de 10 de setembro de 2024)

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 31/01/2007 a 31/03/2008

DÉBITO TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. EQUIPARAÇÃO A PAGAMENTO. PRAZO DECADENCIAL. IMPOSSIBILIDADE.

A compensação de parte do débito tributário lançado e exigido, embora constitua uma das formas de extinção do crédito tributário, não se equipara a pagamento deste, para efeito de contagem do prazo decadencial previsto no artigo 150, §4º do CTN.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CONSTITUIÇÃO. DECADÊNCIA. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

Por força do disposto no art. 62-A do RICARF. c/c a decisão do STJ, no REsp 973.733/SC, sob o regime do art. 543-C do CPC, a contagem do prazo quinquenal decadencial de que a Fazenda Nacional dispõe para constituição de créditos tributário deve ser efetuada, nos termos do § 4º do art. 150 do CTN, para os casos em que houve antecipação de pagamento por conta das parcelas lançadas e exigidas; e, nos termos do inciso I do art. 173, desse mesmo Código, para os casos em que não houve antecipação. (Acórdão nº 9303-008.297 – 3ª Turma, Sessão de 20 de março de 2019, Processo nº 19515.720484/201287, Rel. Conselheiro Rodrigo da Costa Pôssas). (grifou-se)

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/04/1998 a 30/06/1998

DECADÊNCIA. PAGAMENTO POR COMPENSAÇÃO. CONTAGEM DO PRAZO.

A compensação, ainda que homologada, não pode ser equiparada ao pagamento, para fins de contagem do prazo decadencial. No caso, os débitos não foram sequer compensados de acordo com a legislação, não sendo considerados pagos e, portanto, o fisco tem o direito de efetuar o lançamento de ofício a eles relativos, com a contagem do prazo decadencial nos moldes do art. 173, inciso I, do CTN. (Acórdão nº 9303008.529 – 3ª Turma, Processo nº 13858.000380/200302, Redator designado Conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Sessão de 18 de abril de 2019). (grifou-se)

No presente caso, o trecho reproduzido no acórdão recorrido, referente a transcrição de parte da decisão da DRJ, deixa claro não houve pagamento do PIS no período reclamado de janeiro a dezembro de 2000, *in verbis*:

No presente caso, não houve pagamento do PIS no período reclamado de janeiro a dezembro de 2000. Conforme se verifica no extrato de DCTF as folhas 77 e 78, no período a contribuinte não realizou pagamentos para quitação dos débitos de PIS, mas tão somente outras compensações e deduções. Desta forma, não tendo havido pagamento, a regra a ser aqui aplicada é a do art. 173, inc. I, do CTN, seguindo a orientação do Parecer PGFN/CAT nº 1.617, de 2008.

Considerando-se que a ciência do auto de infração ocorreu em 26.12.05, o fato gerador ocorrido no ano de 2000 não foi alcançado pela decadência.

Com base nesses fundamentos, deve-se reconhecer que o prazo decadencial que detinha a Fazenda Pública para constituir o crédito tributário controvertido, iniciou-se no primeiro dia do exercício seguinte àquele em a exigência já poderia ter sido formulada, nos termos em que dispõe o art. 173 do Código Tributário Nacional, de modo que o fato gerador ocorrido no ano de 2000 não foi alcançado pela decadência.

III – Do conhecimento do Recurso Especial da Contribuinte:

O Recurso Especial de divergência interposto pela contribuinte é tempestivo, conforme atestado pelo Despacho de Admissibilidade de Recurso Especial. Contudo, deve não dever ser conhecido, pelas razões expostas abaixo.

Em contrarrazões, defende a Fazenda Nacional o não conhecimento do recurso, uma vez que a recorrente não se desincumbiu do ônus de demonstrar a existência do dissídio e da similitude fática. Afirma, que além de tratar de contexto fático e jurídico totalmente diversos, o que por si só seria suficiente para afastar a divergência de entendimentos, a recorrente pretende ver reapreciadas provas, o que encontra óbice na aplicação analógica da Súmula 07/STJ.

A contribuinte suscita divergência quanto à instrução processual “**ônus probatório**”, contra a decisão recorrida de atribuir-lhe o dever de apresentar as provas necessários à comprovação do seu alegado crédito. Segundo a recorrente, caberia a Administração Fazendária, por meio de seus sistemas eletrônicos, promover as buscas necessárias para comprovar a retenção e recolhimento do PIS e da Cofins sobre o repasse da RTE – Energia Livre, na forma do **art. 2º do Decreto n. 9.094, de 17 de julho de 2017** (legislação apontada como divergente), e dessa forma, afirma que o julgamento deveria ser novamente convertido em diligência para que a RFB fosse intimada a apresentar os citados documentos.

Conforme relatado, trata o presente processo de Auto e Infração, para exigência de PIS/COFINS, devido existência de divergências entre os valores registrados na escrituração do contribuinte (fls.100/310) e os valores contidos em Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF) (fls.77/82). Em sua impugnação relatou entre outras matérias, a improcedência do lançamento, sobre os valores relativos à Recomposição Tarifária Extraordinária (RTE) – parcela

Energia Livre, na medida em que referidos valores já haviam sido regularmente tributados pelas contribuições em discussão.

O Colegiado converteu o julgamento em diligência, para que a Unidade de Origem confirmasse *“a alegação de ajuste, em razão da majoração das alíquotas nos moldes da Lei 10.833/03 e 10.637/02, nos documentos e memoriais juntados pelo contribuinte em sede de Recurso Voluntário e após este, que podem comprovar o ajuste da provisão do Cofins e Pis de julho e dezembro de 2003”*.

Por meio do TIF, a contribuinte foi intimada a apresentar documentação e a prestar esclarecimentos, conforme abaixo: *“3 – As provas documentais da efetiva retenção do PIS e da Cofins, e de seu, posterior, recolhimento;”*. Em resposta, a contribuinte esclarece: *“Quanto ao item 3 do TIF, e em razão dos mais de quinze anos que se passaram desde os fatos em discussão nestes autos, a Requerente esclarece que ainda não conseguiu localizar os comprovantes de retenção e recolhimento do PIS/Cofins”* (fl. 1503).

Após todos os documentos e esclarecimentos prestados pela contribuinte, conforme se observa do Relatório de Diligência (fls.1554/1567), a Administração Pública não mediu esforços para buscar a comprovação da retenção através dos lançamentos contábeis, tanto assim, que foram consideradas na auditoria *“o ajuste em razão da majoração das alíquotas nos moldes da Lei 10.833/03 e 10.657/02, nos documentos e memorias juntados pelo contribuinte em sede de Recurso Voluntário e após este, foram comprovados com o ajuste da provisão do COFINS e PIS, apenas para o mês de dezembro de 2003, em relação aos valores lançados originalmente a título de Prov. Fif. Alíquota do PIS e da COFINS, respectivamente de R\$ 179.178,41 e R\$ 576.001,78”*.

Contudo, em relação aos demais períodos, restou constatado que dos valores lançados a título de “Dedução Repasse Ener Livr” do PIS e da COFIN a Recolher foram abatidos do PIS e da COFINS, mas esses mesmos valores quando feita a apuração da base de cálculo mensal de 2003, foram retirados indevidamente, contrariando o próprio contribuinte quando afirma que “1.6. Posteriormente, os tributos retidos sobre os valores repassados a título de RTE – Energia Liver eram recolhidos aos cofres públicos”.

Diante dos fatos, o Colegiado *a quo*, deu provimento ao recurso apenas quanto a parcela confirmada pela Autoridade Fiscal, pelo fato de que *“o próprio contribuinte em sua manifestação de fls. 1572 confirma que não juntou aos autos os demonstrativos de retenção e recolhimento das contribuições”* e *“os demonstrativos de retenção e recolhimento são documentos sem os quais não é possível calcular o ajuste realizado e verificar qual foi o procedimento adotado”*.

Para comprovar a divergência jurisprudencial quanto ao ônus da prova pelas retenções de PIS e COFINS por órgãos públicos, a recorrente indicou como **paradigma o Acórdão nº 2202-004.651**, que tratou de Auto de Infração para constituição de crédito tributário referente a Contribuições Sociais Previdenciárias em função do enquadramento de segurados com

empregados, uma vez que a fiscalização constatou que a autuada remunerava seus membros da alta gestão por meio de notas fiscais de pessoas jurídicas por eles constituídas para esta finalidade, com o fim de camuflar a relação de emprego. Oportuna a transcrição da ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2000 a 31/12/2006

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SEGURADO EMPREGADO. ENQUADRAMENTO.

A autoridade lançadora tem competência para efetuar o reenquadramento do vínculo jurídico como segurado empregado, quando constate a presença dos requisitos caracterizadores dessa condição.

DECADÊNCIA. SIMULAÇÃO.

Constatando-se a ocorrência de simulação, não é possível aplicar o art. 150, § 4º, do CTN, em função da previsão estabelecida na sua parte final. Correta, portanto, a decisão recorrida que aplicou o art. 173, I, do mesmo diploma legal.

Naquela oportunidade, a Turma *a quo*, diante da alegação de nulidade do lançamento, por parte da contribuinte, sob o fundamento de que a Autoridade Fiscal não levou em consideração os valores recolhidos aos cofres da Previdência pelos segurados, além disso “o lançamento considerou a alíquota mínima de 8%, mas que os segurados já se encontravam na alíquota máxima de 11%”, e que “deveria ter respeitado o limite máximo de salário-de-contribuição previsto nos arts. 20 e 28, § 5º, da Lei nº 8.212/1991 e art. 198 do Decreto nº 3.048/1999”.

Diante dessa provocação, o Colegiado do acórdão paradigma em sede de preliminar enfrentou a pretensa matéria “ônus da prova” admitida como divergente, tão somente para, - apesar de afastar preliminar de nulidade, *obter dictum* -, reconhecer o direito à dedução dos valores já recolhidos pelos segurados empregados, diretamente ao Fisco, limitando ao teto do salário-de-contribuição, conforme previsão da norma ao caso concreto.

Para melhor compreensão dos fatos narrados acima, transcrevo na íntegra o trecho do acórdão:

PRELIMINARES

Nulidade do lançamento - deixar de considerar os valores já recolhidos pelos próprios segurados

A Contribuinte pleiteia o reconhecimento da nulidade do lançamento ao argumento de que a autoridade lançadora não teria levado em consideração os recolhimentos já feitos pelos segurados. Também, porque utilizou sempre a alíquota mínima de 8%, sem esclarecer a fundamentação legal. Enfim, porque não levou em consideração o teto do salário-de-contribuição constante nos arts. 20 e 28 da Lei nº 8.212/1991 e art. 198 do Decreto nº 3.048/1999.

Efetivamente, **o presente auto de infração serve para constituir crédito referente a Contribuições Previdenciárias patronais bem como do segurado**. É sabido que empregador, ao efetuar o pagamento do salário, deve descontar a parcela do segurado empregado, entre 8 e 11% do salário-de-contribuição, **recolhendo a diretamente ao Fisco**. Esse desconto, entretanto, não pode ser feito de forma irrestrita; está limitado ao teto do salário-de-contribuição, nos termos das normas citadas acima.

No relatório do lançamento, a autoridade lançadora apenas afirmou que também era constituído débito referente à parte do segurado. No Discriminativo Analítico de Débito - DAD (fls. 6/85), é possível perceber que a autoridade lançadora destrinchou as rubricas, indicando os valores apurados em relação à parte do segurado, da empresa, o SAT/RAT e de Terceiros. Especificamente em relação à parte dos segurados, constata-se que os valores apurados são sempre os máximos que poderiam ser descontados nas respectivas competências em relação a um segurado empregados. O mesmo se observa do Relatório de Lançamentos - RL (fls. 100/148).

Efetivamente, constata-se que a autoridade lançadora realmente apurou o valor a ser descontado por segurado empregado pelo teto do salário-de-contribuição. Em nenhuma oportunidade deduziu valores porventura já recolhidos pelas respectivas pessoas físicas nessas competências.

Trata-se de uma falha na apuração do valor final do lançamento. Uma vez que a Lei é clara no sentido de que o segurado só deve contribuir até determinado limite, então os valores pagos e especialmente os cobrados além desse montante, são indevidos. Configurar-se-á enriquecimento sem causa o eventual pagamento de valores de contribuição por parte do segurado além do limite, ainda que à Previdência, o que não pode ser protegido pelo direito.

Registra-se, outrossim, que o presente lançamento é feito de ofício pelo reenquadramento do de vínculos jurídicos. Ou seja, não foi a Contribuinte, mas sim a autoridade lançadora quem declarou que essas pessoas físicas mantinham vínculo empregatício com a Recorrente.

Portanto, cabe a ela, autoridade lançadora, verificar no sistema interno da Administração Pública o montante já recolhido pelos segurados para corretamente apurar o montante devido a título de parte do segurado.

Ainda que assim não fosse, a verdade é que a Lei nº 9.784/1999 estabeleceu expressamente que

Art. 37. Quando o interessado declarar que fatos e dados estão registrados em documentos existentes na própria Administração responsável pelo processo ou em outro órgão administrativo, o órgão competente para a instrução proverá, de ofício, à obtenção dos documentos ou das respectivas cópias.

A questão foi reiterada recentemente do Decreto nº 9.094/2017, que esclarece:

Art. 2º Salvo disposição legal em contrário, os órgãos e as entidades do Poder Executivo federal que necessitem de documentos comprobatórios da regularidade da situação de usuários dos serviços públicos, de atestados, de certidões ou de outros documentos comprobatórios que constem em base de dados oficial da administração pública federal deverão obtê-los diretamente do órgão ou da entidade responsável pela base de dados, nos termos do Decreto nº 8.789, de 29 de junho de 2016, e não poderão exigí-los dos usuários dos serviços públicos.

Ou seja: se espera que a Contribuinte, enquanto interessada, produza as provas que lhe beneficiem. Contudo, não pode a Administração Pública exigir que a ora Recorrente o faça, abstendo-se de levantar os dados que já estão disponíveis na própria Administração Pública, para então julgar em seu desfavor por ausência de provas. Tampouco pode se escusar de fazê-lo ao argumento de que é trabalhoso ou que não dispõe de força humana para tanto, uma vez que é a Lei, e não esse Conselho, quem impõe esse ônus à Administração Pública.

Subsidiariamente, ainda que não houvesse a norma legal supra plasmada, seria hipótese de aplicação do art. 373 do NCPC, segundo o qual é possível a inversão do ônus da prova diante de peculiaridades da causa relacionadas à excessiva dificuldade de uma parte (a Contribuinte) ou a facilidade da outra parte (o Fisco). *In casu*, constata-se a facilidade em relação ao Fisco: basta apurar nos seus registros a ocorrência ou não de pagamentos de Contribuições Previdenciárias do segurado em relação a essas pessoas nessas competências.

Não há, entretanto, a nulidade suscitada pela Contribuinte. Percebe-se do DAD e do RL que a autoridade lançadora utilizou como base de cálculo para apurar o valor das Contribuições do segurado o teto do salário-de-contribuição de cada competência, assim como utilizou corretamente a tabela progressiva de alíquotas. Tanto assim que o valor apurado, por competência, é exatamente o limite máximo que o segurado deveria recolher - e, portanto, que poderia ter sido descontado.

Por tudo isso, é necessário dar provimento parcial ao recurso nesse ponto, para rejeitar a preliminar de nulidade, mas para reconhecer o direito à dedução dos valores já recolhidos pelos segurados empregados. (grifou-se)

O Despacho de Admissibilidade de Recurso Especial entendeu pelo conhecimento do recurso, na sua visão “a divergência deve ser reconhecida, pois o recorrido, diante de alegação de consulta aos sistemas da Receita Federal para instrução do processo, decidiu que o ônus seria da contribuinte”, divergindo do paradigma que admite nova oportunidade para a instrução do processo de provas de que dispunha nos sistemas eletrônicos.

Vejamos então como foi a decisão do **acórdão paradigma nº 2202-004.651**:

O paradigma admite nova oportunidade para a instrução do processo, tendo em vista que o procedimento adotado pelo Fisco, naquele caso, foi apenas efetuar o lançamento em aferir a prova de que dispunha nos sistemas eletrônicos. O

paradigma baseia-se no art. 37 da Lei 9.784/1999, dentre outros dispositivos legais.

Portanto, a divergência deve ser reconhecida, pois o recorrido, diante de alegação de consulta aos sistemas da Receita Federal para instrução do processo, decidiu que o ônus seria da contribuinte. Trata-se, aqui quanto no paradigma, de lançamento de ofício, semelhança importante no que tange à matéria.

Claro que não caberá à Instância Especial o deslinde material da controvérsia no que respeita aos referidos ajustes, mas decidir se caberia ou não ao colegiado recorrido determinar a renovada instrução processual por meio dos recursos eletrônicos da Receita Federal, conforme solicitado pela contribuinte, semelhante ao que fez o paradigma, e, em caso positivo, determinar, o retorno dos autos à turma a quo.

Primeiramente, cabe ressaltar, que o próprio registro do que seria a divergência na admissibilidade “ônus da prova”, já denota que não se está a tratar dissidência hermenêutica de norma especificamente determinada. Admissibilidades dessa natureza até seriam compreensíveis no caso de dois processos efetivamente semelhantes (muitas vezes de um mesmo sujeito passivo, ou ancorados em uma mesma operação), em que colegiados distintos, avaliando os mesmos elementos fáticos, chegassem a conclusões antagônicas.

Contudo, não é o que se vê no presente caso, em que o paradigma decide reconhecer o direito à dedução dos valores recolhidos pelos segurados empregados, diretamente ao Fisco, constantes no relatório do lançamento, discriminativo Analítico de Débito - DAD, limitando ao teto do salário-de-contribuição, conforme previsão da norma ao caso concreto, uma vez que não foram considerados pelas análises precedentes.

Já no caso dos autos, o acórdão recorrido aduziu que o contribuinte não comprovou a sua alegação “*de ajuste, em razão da majoração das alíquotas nos moldes das leis de regência que tratam do PIS/COFINS*”. Deixa evidente que “*o próprio contribuinte em sua manifestação de fls. 1572 confirma que não juntou aos autos os demonstrativos de retenção e recolhimento das contribuições e solicita que seus outros documentos sejam considerados*”, sem os quais não foi possível calcular o ajuste realizado e verificar qual foi o procedimento adotado pelo contribuinte.

Como se sabe: “*O dissídio jurisprudencial apto a ensejar a abertura da via recursal extrema consiste na interpretação divergente da mesma norma aplicada a fatos iguais ou semelhantes, o que implica a adoção de posicionamento distinto para a mesma matéria versada em hipóteses análogas na configuração dos fatos embaixadores da questão jurídica. A dessemelhança nas circunstâncias fáticas sobre as quais se debruçam os acórdãos paragonados impede o estabelecimento de base de comparação para fins de dedução da divergência arguida*” (Acórdão nº 9303-015.236).

Importa salientar, ainda, que a diligência requerida pela contribuinte é determinada quando o colegiado entende que o processo não está em condições de ser julgado, necessitando

de novos elementos ou providências. Não se trata, portanto, de interpretação da legislação tributária, mas sim de avaliação do conjunto probatório.

Portanto, não deve ser conhecido o Recurso Especial interposto pela contribuinte, uma vez que não restaram demonstrados os alegados dissídios jurisprudenciais, tendo em vista a ausência de similitude fática entre os acórdãos recorrido e paradigma.

IV – Do dispositivo:

Diante do exposto, voto por conhecer do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional, para no mérito, dar provimento para restabelecer o lançamento das competências anteriores a dezembro de 2000; e, não conhecer do Recurso Especial oposto pelo contribuinte.

Assinado Digitalmente

Denise Madalena Green