



Processo nº 11040.720162/2011-79
Recurso Especial do Procurador e do Contribuinte
Acórdão nº 9202-009.585 – CSRF / 2^a Turma
Sessão de 22 de junho de 2021
Recorrentes AGÊNCIA MARÍTIMA ORION LTDA
FAZERNDÁ NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/03/2006 a 31/12/2010

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RECURSO ESPECIAL.
AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. NÃO CONHECIMENTO.

Não se conhece de Recurso Especial de Divergência quando não resta demonstrado o alegado dissídio jurisprudencial, tendo em vista a ausência de similitude fática entre os acórdãos recorrido e paradigmas.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial do Contribuinte. Acordam ainda, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional

(documento assinado digitalmente)

Maria Helena Cotta Cardozo – Presidente em Exercício

(documento assinado digitalmente)

Pedro Paulo Pereira Barbosa - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Mario Pereira de Pinho Filho, Ana Cecilia Lustosa da Cruz, Pedro Paulo Pereira Barbosa, Joao Victor Ribeiro Aldinucci, Mauricio Nogueira Righetti, Marcelo Milton da Silva Risso, Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, Maria Helena Cotta Cardozo (Presidente em exercício).

Relatório

Cuida-se de Recursos Especiais interpostos por AGÊNCIA MARÍTIMA ORION LTDA e pela FAZENDA NACIONAL contra o Acórdão nº 2402-007.627, proferido na Sessão de 8 de outubro de 2019, que deu provimento parcial ao Recurso Voluntário, nos seguintes termos:

Acórdão os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso voluntário, cancelando-se, apenas, a multa isolada.

O Acórdão foi assim ementado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/03/2006 a 31/12/2010

GLOSA DE COMPENSAÇÃO.

A compensação, na legislação tributária e previdenciária, é procedimento facultativo pelo qual o sujeito passivo pode se ressarcir de valores recolhidos indevidamente deduzindo-os das contribuições devidas à Previdência Social, reservando-se ao sujeito ativo o direito de conferir e homologar ou glosar e lançar os valores indevidamente compensados.

MULTA ISOLADA NÃO APLICÁVEL.

A aplicação de multa qualificada demanda prova contundente quanto ao cometimento de fraude, não sendo possível aplicá-la pelo simples fato do contribuinte ter adotado interpretação diversa quanto ao termo inicial da fluência do prazo prescricional para o exercício do direito de compensar/restituir os créditos tributários indevidamente recolhidos e, em função disso, na caracterização dos créditos como prescritos ou não.

A contribuinte interpôs Embargos de Declaração os quais, todavia, foram rejeitados.

O Recurso Especial da Procuradoria visa rediscutir a seguinte matéria: CS – Penalidade/Multa Isolada – Compensação indevida: falsidade de declaração em GFIP.

Em exame preliminar de admissibilidade, o Presidente da Câmara de origem deu seguimento ao apelo.

Em suas razões recursais a Fazenda Nacional aduz, em síntese, que a legislação que prevê a multa em apreço não remete ao inciso I, do § 1º, do art. 44, da Lei nº 9.430, de 1.996, que trata da multa qualificada por fraude; que o dispositivo determina a multa do inciso I, da mencionada norma, aplicada em dobro; que isso demonstra a intenção do legislador em separar os conceitos de falsidade e fraude; que, portanto, para a aplicação da multa em questão, a demonstração do dolo é prescindível, bastando que se demonstre que o contribuinte se utilizou de crédito que sabia indevido; que, no caso, o crédito declarado estava prescrito, descartando-se qualquer erro escusável do contribuinte.

A contribuinte tomou ciência do Acórdão de Recurso Voluntário, do Recurso Especial da Procuradoria e do despacho que lhe deu seguimento em 22/05/2020 (e-fls. 444), e em 22/07/2020, apresentou as Contrarrazões de e-fls. 465 e ss, nas quais propugna, inicialmente, pelo não conhecimento do recurso, ao argumento de que não teria sido realizado o cotejo analítico e de que não haveria divergência entre os julgados, dada a ausência de semelhanças entre recorrido e paradigmas. Quanto ao mérito, pede a manutenção do Recorrido com base, em síntese, nos seus próprios fundamentos.

O Recurso Especial do contribuinte visa rediscutir a seguinte matéria: termo inicial para a fluência do prazo prescricional para o exercício do direito de compensar créditos reconhecidos por decisão judicial transitada em julgado, tendo em vista a ausência de inércia da contribuinte.

Em exame preliminar de admissibilidade, o presidente da Câmara de origem deu seguimento ao apelo.

Em suas razões recursais a contribuinte propugna pelo conhecimento e provimento do recurso com base, em síntese, nos fundamentos dos acórdãos apontados como paradigmas.

A Fazenda Nacional apresentou Contrarrazões nas quais aponta ausência de similitude fática entre recorrido e paradigmas e pede o não conhecimento do recurso, Quanto ao

mérito, pede a manutenção do recorrido quanto ao ponto com base, em síntese, nos seus próprios fundamentos.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Pedro Paulo Pereira Barbosa, Relator.

Começo pelo exame do Recurso Especial do contribuinte, uma vez que o desfecho deste pode ser prejudicial ao exame do recurso da Fazenda Nacional, o que não acontece na situação oposta.

O recurso foi apresentado tempestivamente. Diante das Contrarrazões da Procuradoria, que pede o não conhecimento do recurso, por ausência de similitude fática, examino detidamente a questão.

Faço breve resumo dos fatos.

Trata-se de glosa de compensação realizada entre março/2006 e dezembro/2010, referente a pagamento feitos até janeiro de 1995, sob o fundamento da prescrição. Os créditos a compensar, referem-se a pagamentos de contribuição referentes aos períodos de 06/1990 a 12/1994, considerados indevidos por decisão judicial transitada em julgado em 09/1997, que também garantiu ao contribuinte o direito à compensação desses créditos. O fundamento da autuação para a glosa, corroborados pela decisões da DRJ e do CARF, foi o de que, conforme a própria decisão judicial, o prazo prescricional a ser considerado seria de 5 anos da data da extinção definitiva do crédito tributário (regra dos 5 + 5). Sobre esse ponto, vejamos o que diz o Relatório Fiscal:

PREScriÇÃO

12. O prazo para que o contribuinte possa pleitear a repetição do indébito, inclusive na hipótese de o pagamento ter sido efetuado com base em lei posteriormente declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal em ação declaratória ou em recurso extraordinário, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados da data da extinção do crédito tributário – arts. 165, I e 168, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional).

13. A extinção do crédito de tributos sujeitos à homologação, espécie em que se enquadram as contribuições previdenciárias, ocorre a partir da data da homologação, expressa ou tácita.

14. No presente caso, não havendo homologação expressa, considera-se ter havido homologação tácita após cinco anos da data do pagamento indevido.

15. Os pagamentos indevidos mais recentes, incluídos entre as contribuições compensadas, foram efetuados em 02/10/1995, referente a competência 12/2004.

16. Conclui-se, portanto, que o direito à repetição do indébito encontra-se prescrito desde 02/01/2005, uma vez decorridos 10 (dez) anos dos últimos pagamentos indevidos.

17. Este entendimento foi expresso no julgamento da Apelação Cível nº 94.05.42835-7/R\$, em observância à jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça.

18. Naquela oportunidade o INSS inconformado arguiu, entre outros, a prescrição das parcelas anteriores a cinco anos do ajuizamento da Ação Ordinária 95.0012252-9, tendo o Tribunal Regional Federal da 4ª Região julgado improcedente tal argumento conforme

Acórdão de 10/09/2006¹ (*sic*), com base na prescrição de cinco anos mais cinco anos contados da ocorrência do fato gerador (cópia anexo).

O contribuinte se insurge contra a decisão, sob o argumento de que não incorreu em inércia, posto que começou a proceder à compensação já desde 03/1997.

O Acórdão Recorrido concluiu pela improcedência da alegação do contribuinte, e pela ocorrência da prescrição, por duas razões: a primeira, de que a própria decisão judicial transitada em julgado fixou o prazo prescricional em 5 anos da data da homologação tácita do lançamento (5 + 5); a outra de que, independentemente de decisão judicial, o contribuinte poderia exercer o direito à compensação de créditos que entendia indevidos, e que, tanto é assim, que começou a proceder à compensação antes do transito em julgado da ação ordinária; que, portanto, não se cogitaria, no caso, do prazo prescricional de cinco anos após o trânsito em julgado da decisão judicial. Veja-se trechos do julgado:

Sobre a primeira tese:

Ao recurso em questão foi dado parcial provimento para limitar a compensação dos créditos previdenciários ao percentual de 25% do valor a ser recolhido em cada competência, nos termos do art. 89, § 3º da Lei nº 9032/95 (outro dos pontos objeto de impugnação pela autarquia) e, no que diz respeito à prescrição, assim se manifestou o tribunal:

Quanto a inconformidade da Autarquia pertinentemente à observância do prazo prescricional de cinco anos, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica ao determinar que não tendo ocorrido a homologação expressa, o direito de pleitear a restituição só correrá após o decurso do prazo de cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador, acrescido de mais cinco anos, contados daquela data em que se deu a homologação tácita (REsp 44332 PR, Rel. o Min. Pádua Ribeiro, 2ª Turma julg. 04-05-94, RSTJ 59/405, DJ 23-05-94, P. 12595).

Foi essa decisão que transitou em julgado setembro/1997 e a que fazem referência tanto a recorrente quanto o parecer por ela anexado aos autos como tendo sido "ignorada" pela fiscalização e pela decisão recorrida.

O trecho acima reproduzido (cuja inteleção, com todo o respeito, não demanda nenhuma interpretação sofisticada) deixa claro que a decisão transitada em julgado adotou, com relação ao termo inicial do prazo de prescrição, a conhecida tese dos "5+5" consagrada pelo Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual no caso dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, não havendo homologação expressa do pagamento efetivado pelo contribuinte por parte do Fisco, como no presente caso, tem ele o prazo de 10 (dez) anos a contar do fato gerador para repetir o que pagou indevidamente.

E esse foi o fundamento do prazo prescricional adotado pela fiscalização, corroborado pela decisão recorrida, conforme se constata do trecho do relatório fiscal, abaixo reproduzido:

Sobre a segunda tese, após reproduzir o art. 66, da Lei nº 8.383, de 1.991:

Como se percebe, na sistemática de compensação instituída por esse dispositivo legal, a compensação dispensa prévia autorização administrativa e extingue o crédito tributário sob condição resolutiva de ulterior não homologação do procedimento realizado pelo contribuinte.

É dizer, a lei confere ao contribuinte a faculdade de, unilateralmente, ou seja, independentemente de manifestação da Administração Pública ou de prévio pronunciamento judicial, reconhecer a existência de pagamento indevido e submeter esse

¹ A data na verdade é 10/09/1996, vide e-fls. 96 a 99.

valor ao encontro de contas com crédito tributário relativo a período subsequente. Em outros termos, o ajuizamento de ação judicial visando ao reconhecimento do crédito tributário decorrente do pagamento indevido e do correspondente direito à compensação ou restituição, nesse regime jurídico, vigente à época, era despiciendo, pelo que, logicamente, igualmente despiciendo para o exercício do direito à compensação/restituição de tributos indevidamente recolhidos era o trânsito em julgado de decisão proferida em ação judicial eventual (e desnecessariamente) ajuizada para aquele fim.

Tanto é assim que o trânsito em julgado da decisão final proferida na aludida AO nº 9500122529, que a recorrente alega amparar as compensações ora em debate, ocorreu em setembro/97, mas as compensações tiveram início já em março daquele mesmo ano, antes, portanto, do trânsito em julgado.

Desse modo, não pode a recorrente pretender condicionar o termo inicial da fluência do prazo prescricional para exercício de seu direito de compensar os valores indevidamente recolhidos ao trânsito em julgado de decisão proferida na AO nº 9500122529.

Assim, seja por uma ou outra razão, não há como afastar a prescrição do direito de compensar os créditos tributários apontados pela fiscalização e pela decisão recorrida e a glosa dos valores compensados.

O acórdão paradigma, por sua vez, analisa o termo final para a realização da compensação autorizada pelo Poder Judiciário, diante da ausência de créditos a compensar, questão que, nem de longe, foi aventada no Recorrido. Confira-se:

Contudo, a questão reside em afirmar, diante da omissão da norma jurídica, qual seria o prazo para terminar o procedimento compensatório.

Esta indagação, no entanto, é dividida em três hipóteses:

A primeira delas é a do contribuinte que não conclui as compensações sem qualquer motivo. A segunda é a do contribuinte que tem créditos mas não exerce o direito durante o prazo de cinco anos. A terceira é do contribuinte que não exerce o direito compensatório por não ter tributos a compensar.

Inicialmente, como o direito não pode determinar condutas impossíveis e os enunciados jurídicos devem ser interpretados de forma a gerar normas válidas, não é possível que a norma decadencial ou prescricional seja interpretada de forma a exigir que o particular faça algo impossível, ou seja, utilizar um crédito sem que exista um débito.

Analizando a questão à luz das normas gerais de direito, a prescrição e a decadência são formas de evitar que alguém aguarde injustificadamente que outra exerça o seu direito, estabelecendo prazo para tanto, ao fim do qual entenda-se por pacificada a relação social, fim maior do direito.

Contudo, o próprio Código Civil no seu artigo 198 estabelece hipóteses nas quais, pela impossibilidade do exercício do direito, não ocorre a prescrição, como é o caso dos incapazes, dos ausentes do Brasil em missão no exterior e dos militares em operações de guerra. A Lei 7015/73, por exemplo, que rege os registros públicos estabelece, em seu artigo 56 que o prazo para a pessoa exercer o direito de alterar o seu nome é de um ano, contudo tem início com a maioridade.

É verdade que o direito não socorre a quem dorme "dormientibus non succurrit jus", mas no caso da inexistência de débitos o contribuinte não estava dormindo, pelo contrário, estava acordado, e apenas não utilizou o seu crédito por não ter débito com o qual compensar, não devendo ser punido pelo fato de não possuir débitos.

Por estes motivos, admite-se que, iniciado o procedimento compensatório pela entrega da declaração de compensação no prazo prescricional, mas inexistindo débito a compensar, ao contribuinte não pode ser estipulado prazo para utilizar o seu crédito, sob pena de exigir-lhe conduta impossível.

Por este motivo, constatada a inocorrência da prescrição ou decadência do direito de compensar os créditos, o processo deve retornar à Receita Federal do Brasil para prosseguir na análise do direito creditório.

Como se vê, no caso do recorrido o Colegiado limitou-se a aplicar o critério de definição do prazo prescricional definido na própria decisão judicial; no caso do paradigma, além de a decisão judicial que reconheceu o direito creditório não ter definido prazo prescricional (pelo menos isso não foi referido no acórdão paradigma), o acórdão se baseia na circunstância de que o contribuinte não podia ter exercido o direito à compensação no prazo prescricional, situação não referida no recorrido.

Não vislumbro, portanto, similitude fática entre os julgados recorrido e paradigma.

Passo à análise do Recurso Especial da Procuradoria.

O recurso foi apresentado tempestivamente. Diante das Contrarrazões do contribuinte, que questiona a admissibilidade do recurso, analiso a questão.

A contribuinte argumenta que a Fazenda Nacional não fez o cotejo analítico entre recorrido e paradigma. De plano, verifico que não assiste razão ao contribuinte. A Fazenda Nacional não só indiciou acórdão como paradigma como apontou, segundo seu critério, a alegada divergência.

O contribuinte também aduz que não haveria similitude fática entre os julgados recorrido e paradigma. Quanto a esse ponto, vejo que assiste razão ao contribuinte, e, consequentemente, não teria sido demonstrada a divergência de interpretação.

De fato, no caso do recorrido, embora o acórdão refira-se à necessidade de que a aplicação da multa em questão deva se restringir aos casos em que a ação do contribuinte revele a intenção de cometer uma fraude, o acórdão recorrido entendeu que, ratando-se de indeferimento da compensação em razão da prescrição, o fato de o contribuinte ter apresentado a declaração de compensação não constitui declaração falsa, pois o crédito, de fato, existia. Isto é, o contribuinte tinha o crédito, apenas exerceu o direito à compensação fora do prazo. Veja-se trecho do recorrido:

Com relação a essa alegação, entendemos que a recorrente não declarou créditos inexistentes ou apresentou informação falsa como, equivocadamente, sustenta a d. autoridade fiscal. Com efeito, os créditos existiam, entretanto, foram atingidos pela prescrição.

O entendimento adequado do disposto no §10 do art. 89 da Lei nº 8.212/91 deve ser restrito a casos de inserção de informação efetivamente falsa, em contexto no qual exista, de fato, a intenção clara do contribuinte em cometer fraude, circunstâncias que impõem-se sejam demonstradas de modo cabal, detalhado e contundente pela fiscalização, não sendo possível, apenas, presumir que essa situação tenha ocorrido.

Entendemos que o presente caso revela muito mais uma divergência de entendimento quanto ao termo inicial da fluência do prazo prescricional para o exercício do direito de compensar/restituir os créditos tributários indevidamente recolhidos e, em função disso, na caracterização dos créditos como prescritos ou não, de modo que essa situação, que é o que de fato está em cheque nos presentes autos, não se subsume ao núcleo do tipo que descreve a infração apenada com a multa isolada. Os créditos prescritos não são créditos inexistentes ou falsos, mas apenas créditos que não podem ser exigidos.

Já no caso do paradigma, cuida-se de decisão envolvendo créditos de terceiros, os quais não podiam ser compensados, tendo concluído o julgado que não se tratava de crédito líquido e certo. Vejamos:

Correta a glosa dos valores compensados indevidamente, bem como a imputação de multa isolada de 150%, quando o contribuinte insere informação falsa na GFIP, declarando créditos de terceiros sem qualquer amparo legal, o que demonstra não possuir direito líquido e certo à compensação.

Somente as compensações procedidas pela contribuinte com estrita observância da legislação previdenciária, especialmente o artigo 89 da Lei nº 8.212/91, bem como pagamentos e/ou recolhimentos de contribuições efetivamente comprovados, deverão ser considerados pelo fisco quando da lavratura de Notificação Fiscal de Lançamento de Débitos-NFLD/Auto de Infração.

Ou seja, independentemente de se entender ou não que a aplicação da multa prevista no art. 89, § 10, da Lei nº 8.212, de 1.991 exige a comprovação do dolo ou fraude, no caso do paradigma entendeu-se que a declaração era falsa, pois teria sido compensado crédito do qual o contribuinte não era sequer titular, e no caso do recorrido, entendeu-se que a declaração não era falsa, pois o contribuinte, de fato, detinha o crédito, apenas a entrega da própria declaração foi feita quando já ultrapassado o prazo prescricional.

Ante o exposto, não conheço dos Recursos Especiais interpostos pela contribuinte e pela Fazenda Nacional.

(documento assinado digitalmente)

Pedro Paulo Pereira Barbosa