



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

Processo nº 11040.720685/2013-87
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2402-007.628 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 8 de outubro de 2019
Matéria CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente AGENCIA MARÍTIMA ORION LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2011 a 31/03/2013

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 APLICAVEL.

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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(assinado digitalmente)

Denny Medeiros da Silveira - Presidente

(assinado digitalmente)

Renata Toratti Cassini - Relatora

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Denny Medeiros da Silveira, Luís Henrique Dias Lima, Paulo Sérgio da Silva, Francisco Ibiapino Luz, Wilderson Botto, Gregório Rechmann Junior, Rafael Mazzer de Oliveira Ramose Renata Toratti Cassini.

Relatório

Cuida-se de recurso voluntário interposto em face do Acórdão nº 1-29.046, da 5ª Turma da DRJ/BEL (fls. 306 ss), que julgou improcedente a impugnação apresentada pelo recorrente, mantendo o crédito tributário exigido, em decisão assim ementada:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2011 a 31/03/2013

*AUTOS DE INFRAÇÃO 51.036.7739 e 51.036.7747.
OBRIGAÇÃO PRINCIPAL*

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 deduzindoos das contribuições devidas à Previdência Social, reservandose ao sujeito ativo o direito de conferir e homologar ou glosar e lançar os valores indevidamente compensados.

MULTA ISOLADA. COMPENSAÇÃO INDEVIDA. FALSIDADE NA DECLARAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO.

Na hipótese de compensação indevida, e uma vez presente a falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo, impõe-se a aplicação da multa isolada no percentual de 150% (cento e cinquenta por cento), calculada com base no valor total do débito indevidamente compensado.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Relata a autoridade fiscal que o processo administrativo é composto pelos seguintes autos de infração:

- AI DEBCAD 51.036.773-9, que objetiva a constituição de crédito relativo a glosa de compensações de contribuições destinadas à Seguridade Social. Competências 01/2011 a 12/2012; e

- AI DEBCAD 51.036.774-7, que objetiva a constituição de crédito relativo à multa isolada aplicada por falsidade da declaração de compensação, conforme o disposto no § 10 do artigo 89 da Lei 8.212/91. Período de 02/2011 a 03/2013.

Conforme consta do relatório fiscal (fls. 50 ss.), os valores compensados tiveram origem nas contribuições consideradas indevidas nos autos da Ação Ordinária 95.0012252-9, cuja sentença declarou o direito da autora de compensar valores recolhidos sobre a remuneração de trabalhadores avulsos, devido a declaração de inconstitucionalidade da expressão "avulsos" contida no art. 30, inc. I da Lei 7.87/89, e no art. 22, inc. I da Lei 8.212/91, com as contribuições incidentes sobre a folha de salários.

As contribuições consideradas indevidas haviam sido recolhidas pela empresa no período de **06/1990 a 12/1994**, conforme documentos de arrecadação previdenciária juntados aos autos da referida ação ordinária.

A empresa apurou o montante que julgava ter direito a compensar e iniciou a compensação **no mês 03/1997**, procedendo de forma contínua até 21/02/2011, em todos os seus estabelecimentos, bem como nos recolhimentos realizados pelos Órgãos Gestores de Mão de Obra do Trabalho Portuário Avulso — OGMO, nos portos em que requisita esta mão de obra para suas operações.

Sobre a prescrição, relata que o prazo para que o contribuinte possa pleitear a repetição de indébito, inclusive na hipótese de o pagamento ter sido efetuado com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em ação declaratória ou em recurso extraordinário, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado da data da extinção do crédito tributário — arts. 165, I e 168, I do CTN.

Diz que a extinção do crédito de tributos sujeitos a lançamento por homologação, espécie em que se enquadram as contribuições previdenciárias, ocorre a partir da data da homologação, expressa ou tácita, e que no presente caso, não havendo homologação expressa, considera-se ter havido homologação tácita após cinco anos da data do pagamento indevido, sendo que os pagamentos indevidos mais recentes, incluídos entre as contribuições compensadas, foram efetuados aos 02/01/1995, referentes a competência 12/1994.

Conclui, portanto, que o direito à repetição do indébito se encontra prescrito desde 02/01/2005, uma vez decorridos 10 (dez) anos dos últimos pagamentos indevidos, entendimento que foi expresso no julgamento da Apelação Cível nº 96.04.42835-7/RS, em observância à jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça (esclarece o auditor que o INSS, inconformado com a sentença proferida na Ação Ordinária nº 95.0012252-9, interpôs apelação arguindo, dentre outras coisas, a prescrição das parcelas anteriores a cinco anos do ajuizamento daquela ação, tendo o Tribunal Regional Federal da 4ª Região julgado improcedente tal argumento com base na tese da prescrição em cinco mais cinco anos contados da ocorrência do fato gerador - cópia do acórdão anexa ao REFISC).

A fiscalização alega, ainda, inexistência de créditos a compensar, sob o fundamento de que

19. Na análise da contabilidade não foram identificados registros contábeis do reconhecimento do montante do crédito a que o contribuinte tinha direito em decorrência do recolhimento indevido, nem das variações deste, decorrentes das atualizações

monetárias assim como da recuperação do direito que foi realizada, sistematicamente, ao longo de 15 anos e 10 meses, através de compensações mensais da integralidade das contribuições previdenciárias a cargo da empresa.

(...)

24. Os lançamentos contábeis relacionados à compensação limitam-se tão somente ao registro dos valores compensados mensalmente cujos lançamentos foram efetuados a débito nas contas INSS A RECOLHER e a crédito na conta OUTRAS RECEITAS e depois JUROS AUFERIDOS.

25. Desta forma a autuada demonstra que não foram efetivados em sua contabilidade os registros do reconhecimento do direito, que supostamente teria por recolhimentos indevidos, bem como os relativos à recuperação do mesmo.

26. Sendo assim, resta comprovado que a compensação foi efetuada indevidamente havendo falsidade nas declarações, uma vez que o sujeito passivo efetuou a inserção de créditos inexistentes nas GFIP, que sequer foram reconhecidos contabilmente e, ainda que fossem, já estavam atingidos pelas prescrição.

Por essas razões, os valores compensados nas competências 01/2011 a 13/2012, prescritos desde 02/01/2005, foram glosados no **AI Nº 51.036.773-9** e no **AI DEBCAD Nº 51.06.774-7**, foi lançada multa isolada com fundamento nos arts. 44, I da Lei nº 9.430/96 c.c 89, § 10 da Lei nº 8212/91.

Houve representação fiscal para fins penais.

Notificada da autuação, a recorrente apresentou impugnação tempestivamente, que, como relatado, foi julgada improcedente. Em seu recurso voluntário, a recorrente reitera os argumentos apresentados em sua impugnação, alegando, em síntese:

a) diz que sendo a prescrição resultado da inércia do titular do direito em exercê-lo, não se há falar em prescrição no presente caso, uma vez que o próprio relato da fiscalização afasta uma suposta inércia por parte da recorrente ao admitir que a compensação teve início em março de 1997 e, desde então, vem sendo feita de forma contínua e sistemática em todos os estabelecimentos da contribuinte. Assim, afirma que quando se diz que o prazo prescricional a ser considerado deve ser contado a partir do trânsito em julgado da decisão proferida na AO nº 950012252-9, que deu origem aos créditos compensados, é incontroverso que o direito de compensar esses créditos vem sendo exercido pela recorrente desde então, inclusive com as limitações à época existentes em relação a essa compensação, pelo que não há falar em fluência de prazo prescricional;

b) que o crédito sujeito à compensação decorre de uma decisão judicial transitada em julgado, na qual foram identificados todos os recolhimentos a final reputados indevidos, de modo que a fiscalização parece ter desprezado o comando judicial, aventando a ocorrência de prescrição, esta contada da data de competência do último recolhimento indevido (12/1994), como se nada mais tivesse acontecido. Daí porque inaplicável ao caso em exame a jurisprudência invocada pelo r. acórdão atacado, já que não está em causa o direito de pleitear a

restituição, mas sim o exercício de um direito que já foi chancelado pelo Poder Judiciário, com expresso reconhecimento por parte da fiscalização, o que afasta a pretendida aplicação do disposto nos arts. 165, I, II e III; 168, I e II do CTN, 3º e 4º da Lei Complementar n.º 118/2005; e 253, I e II do Decreto n.º 3.048/99.

c) que o INSS, aludindo ao expressivo valor do crédito tributário, ingressou com ação rescisória visando rescindir a decisão transitada em julgado proferida na AO nº 95.0012252-9, na qual deduziu pedido de tutela antecipada com objetivo de suspender as compensações que vinham sendo efetivadas pela recorrente. Informa que esse pedido foi indeferido e que essa ação foi julgada extinta sem julgamento do mérito por decisão que transitou em julgado aos 02/10/02. Disso conclui que não havia, de fato, inércia por parte do recorrente, pelo que não se há falar em fluência de prazo prescricional. Além do mais, diz que em nenhuma hipótese se poderia cogitar de fluência de prazo prescricional segundo o prazo considerado pela fiscalização e chancelado pela decisão recorrida (ou seja, da data do último recolhimento indevido, 12/1994), desconsiderando a data em que transitou em julgado a decisão proferida no aludido processo judicial nº 95.0012252-9 (setembro de 1997), uma vez que a recorrente passou a exercer o direito de compensar quando ele foi reconhecido por essa decisão judicial, direito esse que, segundo a própria fiscalização, foi exercido mensalmente desde então, nos limites da lei e daquela decisão judicial, haja vista, na época, a limitação da compensação em determinado percentual;

d) junta parecer de renomado jurista que afirma não haver prescrição no presente caso concreto;

e) sobre a ausência de registro contábil, afirma, em síntese, que o direito ao crédito e à compensação foi reconhecido em âmbito judicial e não depende do registro contábil para ser convalidado, mesmo porque não existe lei que submeta a validade de um título judicial ao registro contábil do crédito nele reconhecido, bem como que eventual desatendimento ao "princípio contábil da oportunidade" não importa na extinção do direito;

f) sobre a multa isolada, que não houve por parte da recorrente falta de pagamento ou recolhimento, nem falta de declaração ou declaração inexata. Que nos idos de 1998, houve ampla fiscalização da empresa por parte do INSS, com acesso aos seus registros contábeis e à planilha de cálculos relativa aos créditos objeto de compensação. Que na ocasião, não houve nenhuma glosa acerca do "quantum" do crédito, que, no entanto, foi detidamente examinado, tanto que dessa diligência posteriormente resultaram glosas sobre compensações não por conta dos valores, mas questionando a legitimidade da recorrente para efetivar as compensações que ensejaram seis execuções fiscais, o que prova que o INSS sempre teve pleno conhecimento das informações que agora reputa inexistentes ou inexatas. Que a compensação de que se cuida não é indevida, tampouco falsa, dado que foi reconhecida pelo Poder Judiciário. Que não omitiu nenhuma informação do INSS, seja na fiscalização ocorrida em 1998, seja na que resultou nas autuações ora impugnadas.

Por fim, requer seja provido o recurso voluntário, julgando-se insubsistentes as autuações.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheira Renata Toratti Cassini – Relatora.

O recurso voluntário é tempestivo e estão presentes os demais requisitos de admissibilidade, pelo que dele conheço.

Da prescrição - glosas de compensação

Como relatado, a recorrente alega em seu recurso, em síntese, que a própria fiscalização admitiu que não houve inércia de sua parte quanto ao exercício do direito de compensar os créditos discutidos, reconhecendo que a compensação teve início no ano de 1997, quando do trânsito em julgado da sentença proferida na AO nº 95.0012252-9, que reconheceu o seu direito, e vem sendo feita até o presente momento, de forma contínua e sistemática, sem solução de continuidade.

Argumenta, ainda, que em nenhuma hipótese se poderia cogitar da fluência do prazo prescricional conforme considerado pela fiscalização e chancelado pela decisão recorrida, ou seja, desde a data do último recolhimento indevido, desconsiderando a data em que transitou em julgado a decisão proferida naquele processo judicial, uma vez que o recorrente passou a exercer o direito de compensar quando ele foi reconhecido por aquela decisão judicial.

Anexa aos autos parecer de renomado jurista que corrobora a tese defendida pelo recorrente e entende que:

(...)

"Assim, como a decisão do Tribunal Regional Federal da 4.ª Região transitou em julgado, a conduta do fisco, consubstanciada na lavratura do Auto de Infração nº 37.326-106-3, constitui um verdadeiro acinte ao Poder Judiciário, porque alberga desrespeito à decisão, com trânsito em julgado, que reconheceu em favor da Consulente o direito de realizar as compensações que vem desde então realizando.

(...)

"O lançamento ora efetuado contra a consuknte, contudo, não apenas ignora o que restou decidido na apontada ação, mas desconsidera até mesmo a sua existência. Isto porque conta o prazo prescricional para a feitura de cada compensação como tendo início na data dos recolhimentos indevidos.

(...)

Entendemos, com todo o respeito, que não tem razão a recorrente.

Com efeito, relativamente à prescrição ora em debate, a questão que se coloca no presente caso não diz respeito ao fato de ter havido, ou não, inércia por parte da recorrente no que se refere ao exercício do seu direito de compensar/restituir os créditos tributários indevidamente recolhidos, mas sim ao **termo inicial** do prazo prescricional para o exercício desse mesmo direito.

Como relatado, os créditos em questão dizem respeito a contribuições previdenciárias recolhidas pela recorrente no período de 06/1990 a 12/1994 sobre a remuneração de trabalhadores avulsos, consideradas indevidas em face (i) da declaração de inconstitucionalidade pelo STF da expressão "avulsos" contida no art. 30, I da Lei 7.787/89 no RE nº 166.722-9 (DOU de 20/05/94), norma esta que teve sua exigibilidade suspensa pelo Senado Federal por meio da Resolução de nº 14/95, de 19/04/95, e (ii) da suspensão da eficácia da mesma expressão contida no art. 22, I da Lei 8.212/91 por aquele mesmo tribunal superior em decisão proferida na Medida Cautelar na ADin nº 1153/DF (DJ de 27/10/95).

Nesse contexto, **aos 07/07/95**, a recorrente ajuizou a **ação declaratória cumulada com repetição de indébito de nº 950012252-9** contra o INSS visando que fosse declarada a ilegalidade do recolhimento da contribuição previdenciária sobre a remuneração paga aos avulsos, condenando-se o réu à restituição de todos os valores recolhidos a esse título, devidamente corrigidos pelos índices que especificou. Requereu, ainda, que com fundamento no art. 66 da Lei nº 8383/91, fosse declarado o devido direito de compensar o valor resultante da condenação a partir do trânsito em julgado da sentença com futuros recolhimentos de contribuições previdenciárias a cargo da empresa.

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido deduzido pela recorrente para, reconhecendo a inconstitucionalidade da expressão "avulsos" contida nos arts. 3º, I da Lei nº 7787/89 e 22, I da Lei nº 8212/91, declarar o seu direito de compensar os valores de contribuições previdenciárias demonstrados dos autos recolhidos a esse título, devidamente corrigidos pelos índices especificados, com contribuições previdenciárias sobre a folha de salários.

Dessa decisão, o INSS interpôs apelação (AC nº 960442834-7/RS), **alegando, dentre outras coisas, a prescrição das parcelas anteriores a cinco anos do ajuizamento da ação.**

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 na apelação) **e, no que diz respeito à prescrição, assim se manifestou o tribunal:**

Quanto à 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 ocorrerá após o transcurso do prazo de cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador, acrescido de mais cinco, contados daquela data em que se deu a homologação tácita (REsp. 44221-PR, Rel. o Min. Pádua Ribeiro, 2ª Turma, julg. 04-05-94, RSTJ 59/405, DJ 23-05-94, p. 12595).

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

Ora, o trecho acima reproduzido (cuja intelecção, 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 antecipado 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 fical, abaixo reproduzido:

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

13. A extinção do crédito de tributos sujeitos a 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 foram efetuados em **02/01/1995**, relativos a contribuições da competência **12/1994**.

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. O entendimento acima explanado, foi expresso no julgamento da Apelação Cível nº. 96.04.42835-7/RS, 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 10/09/2006, com base na tese da **prescrição em cinco mais cinco anos**, contados da ocorrência do fato gerador (cópia anexa).

Essa tese dos "5+5", consagrada pelo STJ, foi, também, expressamente chancelada pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da **repercussão geral no RE nº 566.621/RS**, sendo fundamento para o reconhecimento do caráter interpretativo da LC 118/05 e da consequente irretroatividade de seus dispositivos por implicarem na redução

daquele prazo de 10 anos contados do fato gerador para compensação ou repetição do indébito tributário (tese dos 5+5) para 5 anos do pagamento indevido. Confira-se ementa abaixo:

DIREITO TRIBUTÁRIO – LEI INTERPRETATIVA – APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005 – DESCABIMENTO – VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA – NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA VACATIO LEGIS – APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005.

Quando do advento da LC 118/05, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN. A LC 118/05, embora tenha se autoproclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido. Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova. Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação. A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça. Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardandose, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a vacatio legis, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal. O prazo de vacatio legis de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos. Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/08, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário.

Reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerandose válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005. Aplicação do art. 543B, § 3º, do CPC aos recursos sobrestados. Recurso extraordinário desprovido.

(STF; RE 566.621, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL MÉRITO DJe195 DIVULG 10102011 PUBLIC 11102011 EMENT VOL0260502 PP00273 RTJ VOL0022301 PP00540) (Destacamos)

Destaque-se que por força do art. 62, § 1º, "b" do RICARF, as decisões definitivas do STF proferidas em sede de julgamento de repercussão geral em recurso extraordinário, tal como a acima mencionada, são de observância obrigatória pelos integrantes dos colegiados deste tribunal administrativo.

Ressalte-se, por derradeiro, que os valores compensados foram recolhidos no período de **06/1990 a 12/1994**. Aos 30 de dezembro de 1991, entrou em vigor a Lei nº 8.383/91, ato normativo que pela primeira vez tratou do instituto da compensação, dispondo, em seu art. 66, o seguinte:

Art. 66. Nos casos de pagamento indevido ou a maior de tributos, contribuições federais, inclusive previdenciárias, e receitas patrimoniais, mesmo quando resultante de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória, o contribuinte poderá efetuar a compensação desse valor no recolhimento de importância correspondente a período subsequente. (Redação dada pela Lei nº 9.069, de 29.6.1995) (Vide Lei nº 9.250, de 1995)

§ 1º A compensação só poderá ser efetuada entre tributos, contribuições e receitas da mesma espécie. (Redação dada pela Lei nº 9.069, de 29.6.1995)

§ 2º É facultado ao contribuinte optar pelo pedido de restituição. (Redação dada pela Lei nº 9.069, de 29.6.1995)

§ 3º A compensação ou restituição será efetuada pelo valor do tributo ou contribuição ou receita corrigido monetariamente com base na variação da UFIR. (Redação dada pela Lei nº 9.069, de 29.6.1995)

§ 4º As Secretarias da Receita Federal e do Patrimônio da União e o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS expedirão as instruções necessárias ao cumprimento do disposto neste artigo. (Redação dada pela Lei nº 9.069, de 29.6.1995)

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, **independenpemente de manifestação da Administração Pública ou de prévio pronunciamento judicial**, reconhecer a existência de pagamento indevido e submeter esse 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, de modo que 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 950012252-9, cujo ajuizamento sequer era necessário para que o exercício de seu direito de compensar/restituir os valores indevidamente recolhidos fosse exercido, tampouco o respectivo trânsito em julgado.

Tanto é assim que a própria recorrente afirma em seu recurso voluntário que iniciou as compensações em **março de 1997**, embora também reconheça que o trânsito em julgado da decisão final proferida naquela ação ordinária, que teria reconhecido o seu direito à compensação, somente ocorreu **em setembro daquele mesmo ano, posteriormente, portanto, ao início das compensações**. Desse modo, não faz sentido que a prescrição somente flua a partir do trânsito em julgado, sendo que antes disso, a compensação já era possível, tanto que já vinha sendo efetivada pela recorrente.

Por todo o exposto, não há como afastar a prescrição apontada do direito de compensar os créditos tributários apontada pela fiscalização e pela decisão recorrida e a consequente glosa dos valores compensados.

Da multa isolada

Conforme consta do relatório fiscal, na análise da contabilidade da empresa, não foram identificados registros contábeis do reconhecimento do montante do crédito a que a recorrente tinha direito em decorrência do recolhimento indevido, nem das respectivas variações decorrentes das atualizações monetárias e da recuperação do direito levada a efeito mensalmente por meio das compensações. A empresa, assim, teria deixado de observar o princípio contábil da Oportunidade, previsto no art. 6º da Resolução CFC nº 750/93, segundo o qual mudanças nos ativos, passivos e na expressão contábil do Patrimônio Líquido devem ser reconhecidas, registradas e relatadas mesmo quando não houver certeza definitiva de sua ocorrência, mas somente alto grau de possibilidade.

Conclui a fiscalização que em função disso, teria restado comprovada, quanto à compensação indevida, a falsidade da declaração, uma vez que a recorrente teria inserido nas GFIP créditos inexistentes, que sequer foram reconhecidos contabilmente e, ainda que o tivessem sido, já estavam atingidos pela prescrição.

Neste ponto, entendemos que não tem razão o r. auditor fiscal e a decisão recorrida.

Inicialmente, segundo a fiscalização, dessa ausência de registros contábeis do crédito decorreria a sua própria inexistência, como se uma irregularidade na escrituração contábil de um crédito tivesse o poder de afetar o próprio crédito, o que, evidentemente, não é o caso.

A irregularidade relatada pelo r. auditor fiscal somente poderia caracterizar descumprimento de uma obrigação acessória, mas não afeta o próprio crédito tributário em sua essência.

No mais, o r. auditor fiscal entendeu, também, que teria restado comprovada a falsidade da declaração porque a recorrente teria inserido nas GFIP créditos inexistentes, porque já atingidos pela prescrição.

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 de 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 que existe no presente caso é, em verdade, 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 que acarreta, em consequência, divergência também no que diz respeito à própria caracterização dos créditos como prescritos ou não. Desse modo, 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 apenas com a multa isolada. Os créditos prescritos **não são créditos inexistentes ou falsos**, mas apenas créditos que não podem ser exigidos ou restituídos/compensados.

Nesse sentido, já pronunciou o STJ:

***Quem alega prescrição não nega o direito pleiteado pelo autor.**
Apenas alega fatos que, tendo por conteúdo um direito seu,
afasta os efeitos dos fatos constitutivos da demanda alvitados
por quem a propôs. (...)¹ (Destacamos)*

Ou seja, aquele que alega a prescrição **não nega que o direito inquinado de prescrito existe, mas apenas pretende obstar o seu exercício pelo titular suscitando a ocorrência do prazo extintivo**. Desse modo, não é possível qualificar a conduta da recorrente como uma falsidade comprovada, conforme descrito pelo r. auditor e ratificado pela decisão recorrida.

Conclusão

Por todo o exposto, voto no sentido de dar **provimento parcial** ao recurso voluntário para excluir do lançamento a multa isolada.

(assinado digitalmente)

Renata Toratti Cassini

Relatora

¹ (REsp 51101-0/SP, rel. Min. Pádua Ribeiro, 2ª T., j. 15/02/95, DJU 13/03/95, p. 5279).