



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	10384.721514/2012-31
ACÓRDÃO	2402-012.970 – 2ª SEÇÃO/4ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	07 de abril de 2025
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	LUIS VELOSO CIA LTDA
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/01/2009 a 30/04/2011

ALEGAÇÕES APRESENTADAS SOMENTE NO RECURSO VOLUNTÁRIO. NÃO CONHECIMENTO.

Os motivos de fato e de direito em que se fundamenta a irresignação do contribuinte devem ser apresentados na impugnação, não se conhecendo do recurso voluntário interposto somente com argumentos suscitados nesta fase processual e que não se destinam a contrapor fatos novos ou questões trazidas na decisão recorrida.

AÇÃO JUDICIAL. RENÚNCIA À INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA.

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial. Súmula Carf nº 1.

COMPENSAÇÃO. CRÉDITO RECONHECIDO EM DECISÃO JUDICIAL NÃO TRANSITADA EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE.

É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.

INTIMAÇÃO ENDEREÇADA AO ADVOGADO. SÚMULA CARF 110.

No processo administrativo fiscal, é incabível a intimação dirigida ao endereço de advogado do sujeito passivo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do recurso voluntário interposto, apreciando-se apenas à alegação de distinção entre a compensação prevista no artigo 66 da Lei nº 8.383/91 c/c art. 165 do CTN e a disposta nos artigos 170 e 170-A do CTN para, nesta parte conhecida, negar-lhe provimento.

Assinado Digitalmente

Gregório Rechmann Junior – Relator

Assinado Digitalmente

Rodrigo Duarte Firmino – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Francisco Ibiapino Luz (substituto integral), Gregório Rechmann Junior, João Ricardo Fahrion Nüske, Luciana Vilardi Vieira de Souza Mifano, Rodrigo Duarte Firmino e Sonia de Queiroz Accioly (substituta integral). Ausente o conselheiro Marcos Roberto da Silva, substituído pelo conselheiro Francisco Ibiapino Luz, e o conselheiro Marcus Gaudenzi de Faria, substituído pela conselheira Sonia de Queiroz Accioly.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário interposto em face da decisão da 5ª Turma da DRJ/FNS, consubstanciada no Acórdão 07-37.686 (p. 512), que julgou improcedente a impugnação apresentada pelo sujeito passivo.

Nos termos do relatório da r. decisão, tem-se que:

Trata-se de dois autos de infração lavrados contra a sociedade empresária Luis Veloso & Cia Ltda (DEBCAD's nº 51.013.937-0 e nº 51.013.938-8).

No auto de infração de DEBCAD nº 51.013.937-0 foram lançadas contribuições sociais previdenciárias que, segundo a autoridade fiscal, foram indevidamente compensadas nas GFIP's da Autuada referentes às competências 01/2009 a 04/2011.

A autoridade lançadora, ao explicar os motivos pelos quais entendeu que as compensações efetuadas nestas GFIP's (competências 01/2009 a 04/2011) são indevidas, aduziu o seguinte no relatório fiscal de fls. 242 a 250:

O contribuinte foi intimado (através do Termo de Início de Procedimento Fiscal TIPF de 27/03/2012, anexo do Procedimento Fiscal) a prestar os esclarecimentos necessários, acerca dos valores compensados através da GFIP, e a apresentar a documentação comprobatória que deu origem à prática adotada.

Como resultado da análise dos esclarecimentos prestados (Arquivo 3 do Procedimento Fiscal) e da documentação comprobatória, apresentados pelo sujeito passivo, a fiscalização apurou que a compensação de contribuições previdenciárias através da GFIP, fora feita de forma indevida, pela empresa, conforme elementos de convicção abaixo:

- Nas justificativas apresentadas à fiscalização (Arquivo 3 do Procedimento Fiscal), o sujeito passivo alega, essencialmente:

Existência de Mandado de Segurança com Sentença Favorável

“Diante do recolhimento indevido de contribuições sociais, a petionante ajuizou Mandado de Segurança distribuído para a 2ª Vara Federal em Teresina/PI, sob o nº 0006230-77.2007.4.01.4000 (nº antigo: 2007.40.00.006236-5), pleiteando a declaração da inexigibilidade das verbas discutidas, bem como que o Fisco federal se abstivesse de promover retaliações ao exercício do direito à compensação.

“Nesse sentido, a Petionante obteve sentença favorável, concedendo em parte a segurança, a qual foi confirmada pelo TRF-1ª Região, conforme decisões em anexo”.

Ora, a literalidade da informação prestada pela empresa, deixa claramente transparecer o pleno êxito obtido do pedido feito pela mesma, através de Mandado de Segurança; o que na realidade, não corresponde com a verdade dos fatos, senão vejamos:

- No julgamento do Mandado de Segurança ajuizado pela petionante, o Juiz Federal da 1ª Vara em Teresina exarou Sentença em 04/08/2008, sujeita a reexame necessário, (Anexo do Processo, Arquivo 3), com a seguinte decisão:

“Com essas considerações, concedo, em parte, a segurança para o fim de declarar a ilegalidade da contribuição previdenciária incidente sobre a parcela paga ao segurado-empregado da empresa/impetrante durante os 15 (quinze) primeiros dias de seu afastamento, por motivo de doença e denegar a segurança pela não incidência da contribuição previdenciária sobre o auxílio-acidente, salário maternidade, o pagamento de férias e adicional de férias de 1/3 (um terço). Declaro, também, que o direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos nos últimos 10 (dez) anos que antecedem o ajuizamento desta ação, ou seja, a partir de 28.09.1997, somente será possível após o trânsito em julgado desta sentença...”

Já a sentença favorável, concedendo a segurança, confirmada pelo TRF-1ª (Arquivo 3 do Processo), alegada pelo sujeito, foi exarada em 09/11/2009, com os seguintes ditames:

“3 – Indevida a incidência de contribuição previdenciária sobre o abono constitucional de terço de férias por não se incorporar aos proventos de aposentadoria e sobre a retribuição paga a empregado doente, nos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento do trabalho, pela sua natureza previdenciária.

4 – Devida a incidência de contribuição sobre os valores pagos a título de salário-maternidade e férias porque, tendo natureza salarial, integram sua base de cálculo.

5 – A compensação sujeitar-se-á ao trânsito em julgado do acórdão, nos termos do art. 170-A, do Código Tributário Nacional, ressalvando à autoridade fazendária a aferição da regularidade do procedimento.”

Desta forma, conclui-se pela insubsistência da afirmação contida nos esclarecimentos prestados pelo sujeito passivo, de que “a Peticionante obteve sentença favorável, concedendo a segurança, conforme decisões em anexo”.

Configura-se evidente que a glosa realizada pela fiscalização, relativa aos valores compensados pela empresa através da GFIP, fora feita dentro da legalidade, uma vez que em todas as decisões judiciais em curso, relativas ao mandado de segurança (Arquivo 08 do Procedimento Fiscal), sempre foi “determinado” que o direito à compensação somente poderia ser exercido pela Peticionante após o trânsito em julgado da sentença, e somente sobre os valores das rubricas salariais “auxílio-doença/acidente” e “terço constitucional de férias”; muito embora, assim mesmo, o sujeito passivo tenha realizado a compensação, a partir de 08/2008, à revelia das decisões judiciais. Mas grave ainda, foi ter incluído a rubrica salarial “férias”, no rol dos valores compensados, porquanto as decisões judiciais em curso reconheceram legal a incidência de contribuição previdenciária sobre essa rubrica salarial. É totalmente contraditório, portanto, o sujeito passivo se achar protegido por decisão judicial, para a prática de seus atos; ainda mais, quando esses atos foram executados sem anuência dessa decisão judicial. Se “sub judice” a questão relativa ao direito de compensar, por que, então, a empresa se achou no direito de efetuar a compensação, no curso do processo, com decisão judicial desfavorável (relativamente ao direito à compensação da rubrica salarial “férias”; e também, pelo fato de não ter cumprido o momento de ser exercido o direito à compensação - somente após o trânsito em julgado da sentença, nos termos da legislação vigente - Código Tributário Nacional - Lei nº 5.172/1966, Art. 170-A “É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial”)?

Diante do exposto, conclui-se que é perfeitamente legal a glosa realizada pela fiscalização, relativamente aos valores compensados indevidamente pelo

sujeito passivo através da Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social - GFIP.

Juntamente com as contribuições sociais previdenciárias lançadas no auto de infração de DEBCAD nº 51.031.937-0 estão sendo exigidos os acréscimos moratórios de que trata o artigo 35 da Lei nº 8.212/1991.

O valor total lançado no auto de infração de DEBCAD nº 51.031.937-0 correspondia, na data da consolidação do débito (14/05/2012), ao montante de R\$ 114.558,47 (cento e quatorze mil e quinhentos e cinquenta e oito reais e quarenta e sete centavos).

Já o auto de infração de DEBCAD nº 51.013.938-8, segundo a autoridade fiscal, foi lavrado em razão da sociedade empresária Luis Veloso & Cia Ltda ter infringido a obrigação acessória prevista no inciso IV do artigo 32 da Lei nº 8.212/1991, ao apresentar as GFIP's das competências 08/2008, 09/2008 e 10/2008, com dados incorretos.

Foi aplicada multa no valor de R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais) com fundamento, de acordo com a autoridade fiscal, no previsto no artigo 32-A, "caput", inciso I e parágrafos 2º e 3º, da Lei nº 8.212/1991, c/c o disposto no artigo 106, inciso II, alínea "c", do Código Tributário Nacional.

Irresignada com os lançamentos dos autos de infração de DEBCAD's nº 51.013.937-0 e nº 51.013.938-8, a Autuada apresentou a impugnação de fls. 373 a 395, instruída com os documentos de fls. 396 a 508.

Assevera que a autoridade lançadora agiu de forma equivocada visto que o relator do Agravo de Instrumento nº 0001476-30.2008.4.01.0000 (número antigo 2008.01.00.001747-7) atribuiu, parcialmente, efeito suspensivo ao recurso, "para suspender a exigibilidade da contribuição previdenciária incidente sobre os valores pagos a título de auxílio-doença/acidente e adicional de férias".

Diz que a referida decisão liminar foi confirmada pela 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região no julgamento da Apelação/Reexame Necessário nº 0006230-77.2007.4.01.4000 (nº antigo 2007.40.00.006236-5) nos seguintes termos:

(...) Pelo exposto, nego provimento ao recurso de Apelação da União Federal (Fazenda Nacional) e à Remessa Oficial, e dou-o, em parte, ao interposto pela Impetrante para, reformando, parcialmente, a sentença discutida, reconhecer indevida a incidência de contribuição previdenciária sobre o abono constitucional de terço de férias e sobre valores pagos para remunerar auxílio-acidente e afastar a limitação imposta pela Lei nº 9.129/95 (...)

Afirma que os autos de infração hostilizados contrariam decisão judicial e que as compensações declaradas em suas GFIP têm base legal e judicial.

Ressalta que recolheu contribuições sociais previdenciárias sobre férias e seu adicional constitucional de um terço indevidamente, e que faz jus a compensação

desses valores com débitos próprios, “vencidos ou vincendos, relativos a quaisquer tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, nos termos do artigo 66 da Lei n.º 8.383/91, combinado com o artigo 74 da Lei n.º 9.430/96, como bem já declarados pelo Poder Judiciário”.

Assevera que a suspensão da exigibilidade dos “tributos em questão” está prevista no artigo 151 do Código Tributário Nacional.

Diz que o legislador ordinário, exercendo a competência que lhe foi atribuída no artigo 195, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal, elegeu como hipótese de incidência ou hipótese tributária da contribuição social previdenciária patronal, no inciso I do artigo 22 da Lei nº 8.212/1991, “o pagamento de remunerações destinadas a retribuir o trabalho, seja pelos serviços prestados, seja pelo tempo em que o empregado ou trabalhador avulso permanece à disposição do empregador ou tomador de serviços”.

Aduz que a própria Receita Federal do Brasil, conforme demonstram os artigos 51, inciso III, alínea “a”, 52, inciso III, alínea “a”, 57, inciso I, e 72, inciso I, da Instrução Normativa RFB nº 971/2009, restringiu o campo de incidência das contribuições sociais previdenciárias ao “pagamento de remunerações destinadas a retribuir o trabalho, seja pelos serviços prestados, seja pelo tempo em que o empregado ou trabalhador avulso permanece à disposição do empregador ou tomador de serviços”.

Diz que a “delimitação da incidência da contribuição patronal sobre os valores pagos destinados a retribuir o trabalho efetivo ou potencial também foi consagrada pelo Supremo Tribunal Federal”.

Assevera que o Fisco Federal, em inegável ofensa ao princípio da legalidade estrita (CF, 150, inciso I), bem como ao histórico legislativo e jurisprudencial, exige o “recolhimento da contribuição social previdenciária pretensamente incidente sobre valores pagos em situações em que não há remuneração por serviços prestados, ou seja, hipóteses que desbordam do fato gerador in abstracto”, como os valores pagos nos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento do empregado doente ou acidentado, e os valores pagos a título salário-maternidade, férias gozadas e adicional constitucional de férias de um terço.

Alega que no que tange ao “adicional constitucional de 1/3 (terço) de férias, o fisco federal também faz indevida equiparação entre a contribuição patronal e a contribuição dos empregados”.

Afirma que, conforme disposto no artigo 20 da Lei nº 8.212/1991, o salário-de-contribuição é “a base de cálculo da contribuição devida pelos segurados, não a base de cálculo da contribuição patronal”.

Aduz que os artigos 52, inciso III, alínea “i”, e 57, §8º, da Instrução Normativa RFB nº 971/2009, são ilegais e inconstitucionais, já que extrapolam a hipótese tributária.

Assevera que não há que se falar em incidência de contribuições sociais previdenciárias sobre férias gozadas, já que não se trata de valor pago para retribuir um trabalho feito ou potencial.

Cita precedentes do STJ no sentido de que não incide contribuição social previdenciária sobre o terço constitucional de férias (AgRg na Pet 7.207/PE, Pet 7.522/SE, AgRg no Resp 1237009/PB e AgRg no Resp 1204899/CE).

Cita ementa de julgado do Tribunal Regional Federal da 5ª Região onde restou asseverado que “os valores pagos a título de auxílio-doença, auxílio-acidente e férias gozadas não ostentam natureza salarial, eis que são pagos em períodos nos quais não há prestação de serviços por parte do trabalhador, devendo, pois, serem excluídos da base de cálculo da contribuição previdenciária” (AC nº 8.627/CE, 3ª Turma, Des. Geraldo Apoliano, DJ 19.01.2010).

Alega que as férias, assim como o adicional incidente sobre 1/3 de férias, não são valores pagos para retribuir um trabalho feito ou potencial.

Cita ementa de julgado do STJ (1ª Turma, AgRg no Ag 1.420.247/DF - 2011/0123585-6 – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ de 10.02.2012) onde restou asseverado o seguinte:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SALÁRIOMATERNIDADE E FÉRIAS GOZADAS. AUSÊNCIA DE EFETIVA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PELO EMPREGADO. NATUREZA INDENIZATÓRIA QUE NÃO PODE SER ALTERADA. NÃO INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. RELEVÂNCIA DA MATÉRIA A EXIGIR REABERTURA DA DISCUSSÃO PERANTE A 1ª SEÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO PARA DETERMINAR A SUBIDA DOS AUTOS DO RECURSO ESPECIAL QUE, NOS TERMOS DO ART. 14, II DO RISTJ, FICA, DESDE JÁ, SUBMETIDO A JULGAMENTO PELA 1ª SEÇÃO.

1. O preceito normativo não pode transmudar a natureza jurídica de uma verba. Tanto no salário-maternidade quanto nas férias gozadas, independentemente do título que lhes é conferido legalmente, não há efetiva prestação de serviço pelo empregado, razão pela qual, não é possível caracterizá-los como contraprestação de um serviço a ser remunerado, mas sim, como compensação ou indenização legalmente previstas com o fim de proteger e auxiliar o Trabalhador.

2. Da mesma forma que só se obtém o direito a um benefício previdenciário mediante a prévia contribuição, a contribuição também só se justifica ante a perspectiva da sua retribuição em forma de benefício (ADI-MC 2.010, Rei. Min. CELSO DE MELLO); destarte, não há de incidir a contribuição previdenciária sobre tais verbas.

3. Apesar de esta Corte possuir o entendimento pacífico em sentido oposto (REsp. 1.232.238/PR, Rei. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 16.03.2011; AgRg no Ag 1.330.045/SP, Rei. Min. LUIZ FUX, DJe 25.11.2010; REsp. 1.149.071/SC, Rei.

Min. ELIANA CALMON, DJe 22.09.2010), a relevância da matéria exige a reabertura da discussão perante a 1ª Seção.

4. Agravo Regimental provido para determinar a subida dos autos do Recurso Especial que, nos termos do art. 14, II do RISTJ, fica, desde já, submetido a julgamento pela 1ª Seção.

Diz que “embora tenham a Lei nº 8.212/1991 e a Consolidação das Leis do Trabalho conferido ‘natureza salarial’ às verbas pagas a título de salário-maternidade e férias gozadas, tal alcunha não lhes subsume à hipótese tributária da contribuição previdenciária patronal”.

Assevera que “o fundamento constitucional de incidência (artigo 195, inciso I, alínea “a”) e o suporte legal conferido pela Lei nº 8.212/1991 não deixam dúvidas quanto à necessidade de que os valores sejam pagos aos empregados e avulsos como consequência da estrita contraprestação em serviços laboriais”.

Frisa que “o critério material do fato gerador da contribuição previdenciária patronal é o pagamento a empregados e avulsos de importâncias devidas em razão da contraprestação em serviços laborais”.

Afirma que a jurisprudência sobre a exigibilidade da contribuição previdenciária patronal sobre as férias gozadas não é mais pacífica em favor da União Federal e que entre o presente momento até o posicionamento final do Superior Tribunal de Justiça sobre a questão, “resta suspensa a exigibilidade da contribuição previdenciária patronal sobre férias gozadas”.

Requer que seja assegurado o seu direito líquido e certo “de não ser compelida ao indevido recolhimento da contribuição previdenciária patronal incidente sobre os valores indevidamente pagos a título de férias até o posicionamento final do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto ou o trânsito em julgado do Mandado de Segurança nº 0006230-77.2007.4.01.4000 (nº antigo: 2007.40.00.006236-5)”.

Afirma que tem o direito de efetuar a compensação dos valores indevidamente pagos independentemente de autorização ou processo administrativo.

Alega que “o direito de efetuar a compensação pelo auto-lançamento – de acordo com o artigo 66 da Lei n.º 8.383/91 – já foi pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial n.º 78.301-BA”.

Afirma que “após essa decisão, ficou assentado que os tributos sujeitos ao regime de lançamento por homologação - como é o caso das contribuições em tela - podem ser compensados pelo sujeito passivo independentemente de autorização administrativa ou de decisão judicial, pela simples aplicação do artigo 66 da Lei n.º 8.383/91, afastadas as regras infralegais editadas em sentido contrário”.

Alega que “fez-se necessário socorro ao Judiciário apenas para que a Impugnante não sofresse indevidas retaliações por parte do Fisco Federal, o que é, em síntese, o objetivo primordial da presente Impugnação Administrativa, sendo, portanto,

equivocada eventual argumentação no sentido de que não teria a Impugnante embasamento legal para efetuar tais compensações.

Assevera que “não se buscou autorização judicial ou administrativa para que a compensação tributária fosse efetuada antes do trânsito em julgado da decisão, pois tal permissivo já está contido no bojo do artigo 66 da Lei nº 8.383/91 que prevê a modalidade de compensação denominada ‘sponte propria’, de iniciativa, portanto, exclusiva do contribuinte”.

Aduz que “o que se pleiteia, por outro lado, é que seja assegurada a devida proteção judicial contra a aplicabilidade do art. 170-A do Código Tributário Nacional”.

Cita o seguinte parágrafo, que diz ter sido extraído de obra de Hugo de Brito Machado:

Estando o contribuinte na situação de credor, e de devedor, de um mesmo ente público, é imoral, contrário aos princípios gerais de direito, ao direito de propriedade e ao princípio da isonomia, não efetuar o encontro de contas, pois isso habilita a Fazenda a, na prática, protrair ao máximo o pagamento de sua dívida, coagindo, paralelamente, o contribuinte a solver a dele.

Diz que “não se aplica ao presente caso o regime dos artigos 170 e 170-A do CTN, pois o que foi postulado na ação judicial - repita-se - foi a compensação no regime do lançamento por homologação (auto-lançamento), previsto no art. 66 da Lei n.º 8.383/91”.

Afirma que a Lei nº 8.383/1991, em seu artigo 66, “trata de uma modalidade de compensação passível de ser realizada pelo contribuinte no âmbito do lançamento por homologação, sujeita a posterior fiscalização”, enquanto que os artigos 170 e 170-A do Código Tributário Nacional “cuidam de outra modalidade de compensação, realizada diretamente pelos agentes fiscais a pedido do contribuinte, e que extingue o crédito tributário (já constituído, portanto), nos termos do artigo 156, II, do CTN”.

Cita o seguinte trecho de obra de Hugo de Brito Machado:

Na Lei n. 8.383/91, a compensação autorizada é apenas de créditos do contribuinte, ou responsável tributário, contra a Fazenda Pública, decorrentes de pagamento indevido de tributos ou contribuições federais, com tributo da mesma espécie, relativo a períodos subseqüentes. Objetos da compensação, neste caso, são, de um lado, um futuro crédito tributário, e não um crédito tributário já constituído, posto que relativo a período futuro; e do outro, um crédito que o sujeito passivo da relação tributária tem perante a Fazenda Pública, em decorrência de pagamento indevido de tributo. Não exige a lei que se trate de crédito líquido e certo, posto que, limitando o direito à compensação aos valores concernentes a tributo pago indevidamente, tem como suficiente o reconhecimento de que realmente era indevido o tributo.

A compensação a que alude o art. 170, do Código Tributário Nacional, pressupõe a existência de crédito tributário. Pressupõe, em outras palavras, lançamento já consumado. Já a compensação a que alude o art. 66, da Lei 8.383/91, diversamente, pressupõe tributo futuro, cujo lançamento ainda não foi feito, e cujo fato gerador pode até nem ter ainda ocorrido. (Mandado de Segurança em Matéria Tributária: RT, 1994, página 81)

Cita ementa de julgado do STJ (RESP 612.324/AL, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio Noronha, DJ de 13/09/2004) onde restou asseverado o seguinte:

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. RESTITUIÇÃO. PRESCRIÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. ART. 170-A DO CTN. NÃO-INCIDÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. TAXA SELIC. APLICAÇÃO DO ART. 39, § 4º, DA LEI N. 9.250/95. SÚMULA N. 83/STJ. CORREÇÃO MONETÁRIA. ÍNDICES.

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 435.835-SC (relator para o acórdão Ministro José Delgado), firmou o entendimento de que, na hipótese de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo para a propositura da ação de repetição de indébito é de 10 (dez) anos a contar do fato gerador, se a homologação for tácita (tese dos "cinco mais cinco"), e, de 5 (cinco) anos a contar da homologação, se esta for expressa.

O art. 170-A do CTN não deve ser aplicado ao presente caso, uma vez que se trata de compensação de tributo sujeito a lançamento por homologação, em que a Fazenda Pública terá o prazo de 5 (cinco) anos para fiscalizar a compensação efetuada pelo contribuinte e, se for o caso, poderá proceder ao lançamento de ofício das diferenças indevidamente compensadas. [...]

Cita ementa de julgado do TRF da 1ª Região (Apelação nº 2008.33.00.010682-0/BA, 08ª Turma, Relator Desembargador Leomar Amorim, DJ de 12.02.2010) onde restou asseverado o seguinte:

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. REMUNERAÇÃO PAGA PELO EMPREGADOR NOS PRIMEIROS QUINZE DIAS DE AFASTAMENTO DO EMPREGADO POR MOTIVO DE DOENÇA. UM TERÇO DE FÉRIAS. VERBAS DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA. EXAÇÃO INDEVIDA. COMPENSAÇÃO. SALÁRIOMATERNIDADE E FÉRIAS. NATUREZA SALARIAL. INCIDÊNCIA DEVIDA. COMPENSAÇÃO.

(...)

5. A restrição à compensação, prevista no art. 170-A do CTN, não se aplica aos autos, por ter o mandado de segurança, como garantia constitucional, caráter mandamental, que impõe à Administração uma prestação específica, material e in natura, a ser satisfeita de plano, aliado à circunstância de o direito vindicado, no plano infraconstitucional, estar reconhecido por jurisprudência dominante do STJ. Portanto, a rigor, não se pode afirmar que há tributo

contestado se o tribunal superior competente já reconheceu a tese do contribuinte.

Apelação da impetrante parcialmente provida.

Apelação da Fazenda Nacional e remessa oficial improvidas.

Relata que ajuizou mandado de segurança (nº 0006230-77.2007.4.01.4000 - 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Piauí) que tramita atualmente no Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Diz que ocorreu equívoco no lançamento do auto de infração hostilizado, visto que foi proferida decisão judicial nos autos do Agravo de Instrumento nº 0001476-30.2008.4.01.0000 (nº antigo 2008.01.00.001747-7), nos seguintes termos:

(...) Pelo exposto, presentes os pressupostos que o autorizam, atribuo, parcialmente, efeito suspensivo a este Agravo de Instrumento, tão-somente, para suspender a exigibilidade da contribuição previdenciária incidente sobre os valores pagos a título de auxílio-doença/acidente e adicional de férias. (Código de Processo Civil, arts. 527, III e 558)

Afirma que a decisão judicial referida no parágrafo anterior foi confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, nos autos do Processo nº 0006230-77.2007.4.01.4000 (nº antigo: 2007.40.00.006236-5), nos seguintes termos:

(...) Pelo exposto, nego provimento ao recurso de Apelação da União Federal (Fazenda Nacional) e à Remessa Oficial, e dou-o, em parte, ao interposto pela Impetrante para, reformando, parcialmente, a sentença discutida, reconhecer indevida a incidência de contribuição previdenciária sobre o abono constitucional de terço de férias e sobre valores pagos para remunerar auxílio-acidente e afastar a limitação imposta pela Lei nº 9.129/95 (...)

Alega que as compensações glosadas têm amparo em decisões judiciais e no próprio Código Tributário Nacional.

Afirma que o auto de infração de DEBCAD nº 51.013.938-8 é nulo de pleno direito, por vício formal, já que a autoridade lançadora não esclareceu *“qual ou quais informações teriam sido apresentadas de forma incorreta, imprecisa ou omissa”*.

Diz que essa falta de esclarecimento, por si só, impossibilitou a sua defesa.

Assevera que a autoridade lançadora sequer registrou em quais competências o contribuinte cometeu infração.

Alega que mesmo que em cada competência fiscalizada tivesse incorrido em infração, a multa correta, por força do disposto no inciso I do artigo 32-A da Lei nº 8.212/1991 seria R\$ 60,00, já que restariam caracterizados 3 grupos de 10 (dez) informações incorretas ou omitidas.

Transcreve o disposto no inciso II e no §1º do artigo 50 da Lei nº 9.784/1999.

Diz que “*entende-se por: a) motivação explícita a informação que é correta e pormenorizadamente explicada, onde não há omissões nem mesmo entrelinhas; b) motivação clara a informação que é transparente e evidente, de fácil entendimento, simples e posta com clareza; c) motivação congruente a informação que tem harmonia com clara referência de início e fim, da coisa a que se destina*”.

Alega que a autoridade lançadora não indicou a base legal que fundamenta a aplicação da multa exigida no auto de infração de DEBCAD nº 51.013.938-8 e o seu percentual.

Protesta pela juntada posterior de documentos e pela realização de “perícia técnica”.

Requer, por fim, a declaração de improcedência do lançamento dos autos de infração de DEBCAD’s nº 51.013.937-0 e nº 51.013.938-8.

A DRJ julgou improcedente a impugnação apresentada, nos termos do susodito Acórdão nº 07-37.686 (p. 512), conforme ementa abaixo reproduzida:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2009 a 30/04/2011

COMPENSAÇÃO INDEVIDA. GLOSA.

Os valores referentes a contribuições sociais previdenciárias compensadas indevidamente serão exigidos pelo Fisco Federal com os acréscimos moratórios de que trata o artigo 35 da Lei nº 8.212/1991.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2009 a 30/04/2011

COMPENSAÇÃO. CRÉDITO RECONHECIDO EM DECISÃO JUDICIAL NÃO TRANSITADA EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE.

É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2009 a 30/04/2011

AÇÃO JUDICIAL. MATÉRIA IDÊNTICA. RENÚNCIA AO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

PEDIDO DE PERÍCIA CONSIDERADO NÃO FORMULADO.

Deverá ser considerado não formulado o pedido de perícia apresentado sem a exposição dos motivos pelos quais o requerente entende que deva ser produzida tal prova e sem a indicação de quesitos e do nome, endereço e qualificação profissional de perito.

JUNTADA DE PROVAS APÓS A IMPUGNAÇÃO. REQUISITOS.

A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que: a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna por motivo de força maior; b) refira-se a fato ou direito superveniente; c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Cientificada da decisão de primeira instância, a Contribuinte apresentou o seu competente recurso voluntário (p. 536), esgrimindo suas razões de defesa nos seguintes pontos, em síntese:

** os procedimentos realizados e devidamente declarados pela Contribuinte foram lastreados em decisões dos Tribunais Superiores, inclusive os referidos processos encontram-se em grau recursal nestas Cortes, cuja permissão legal à compensação dos valores recolhidos indevidamente, continuam em vigor, não havendo razão para a não homologação das declarações feitas pela Contribuinte;*

* distinção entre a compensação prevista no artigo 66 da Lei nº 8.383/91 c/c art. 165 do CTN e a disposta nos artigos 170 e 170-A do CTN;

* compete ao Fisco a constituição do crédito tributário, nos termos do art. 142 do CTN;

* origem dos créditos compensados: pagamento a maior de contribuição previdenciária, incidente sobre verbas não sujeitas à incidência do referido tributo, a saber: (i) 15 primeiros dias de afastamento por doença / acidente, (ii) salário-maternidade e (iii) férias e terço constitucional de férias;

* a contribuição previdenciária patronal incide sobre os valores pagos destinados a retribuir o trabalho, não sendo esta a hipótese dos autos;

* em relação aos 15 primeiros dias de afastamento por doença ou acidente de trabalho e sobre o terço constitucional de férias, o STJ decidiu, em sede de recurso repetitivo, que não incide contribuição previdenciária patronal sob a rubrica em epígrafe; outrossim, em ação mandamental própria, a Recorrente possui decisão judicial favorável, determinando a não incidência do tributo ora exigido sobre a rubrica em destaque;

* necessária aplicação da Lei nº 10.522/2002, observando-se, por conseguinte, o quanto decidido pelo STJ em sede de recurso repetitivo em relação aos 15 primeiros dias de afastamento e 1/3 (terço) de férias.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro Gregório Rechmann Junior, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo. Entretanto, não deve ser integralmente conhecido pelas razões a seguir expostas.

Das Matérias Não Conhecidas em Razão da Consumação da Preclusão

Conforme exposto no relatório supra, trata-se o presente caso de lançamento fiscal com vistas a cobrar crédito tributário referente à contribuição previdenciária, parte da empresa, em razão da glosa de compensações realizadas, em GFIP's, pela Contribuinte, atinentes às competências de 01/2009 a 04/2011 (DEBCAD 51.013.937-0), bem como multa por descumprimento de obrigação acessória, consistente em apresentar GFIP com incorreções ou omissões, conforme disposto no caput do art. 32-A da Lei n.º 8.212/91, acrescentado pela MP n.º 449/2008 - CFL 78 (DEBCAD 51.013.938-8).

Destaque-se, desde já, que a Contribuinte, em seu apelo recursal, não se insurgiu contra o DEBCAD nº 51.013.938-8, tratando-se, pois, de matéria incontroversa no presente contencioso administrativo.

De acordo com o Relatório Fiscal (p. 242), tem-se que *o sujeito passivo realizou a compensação de valores relativos a contribuições previdenciárias recolhidas ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS (...). O contribuinte foi intimado a prestar os esclarecimentos necessários acerca dos valores compensados através da GFIP e a apresentar a documentação comprobatória que deu origem à prática adotada (...) Como resultado da análise dos esclarecimentos prestados e da documentação comprobatória, apresentados pelo sujeito passivo (...), verifica-se que em todas as decisões judiciais em curso, relativas ao mandado de segurança, sempre foi “determinado” que o direito à compensação somente poderia ser exercido pela Peticionante após o trânsito em julgado da sentença, e somente sobre os valores das rubricas salariais “auxílio doença – acidente” e “terço constitucional de férias”.*

Outrossim, a Fiscalização esclareceu ainda que, *por ter informado GFIP com dados incorretos, o contribuinte infringiu o disposto no art. 32, inciso IV, da Lei nº 8.212/91, nova redação dada pela Medida Provisória nº 449/2008.*

Como se vê – e em resumo – tem-se que o presente lançamento fiscal é decorrente da glosa de compensações realizadas pela Contribuinte em razão de as mesmas (compensações) terem sido realizadas antes do trânsito em julgado da respectiva ação judicial, além de terem sido utilizados como créditos nestas compensações valores de rubricas salariais não reconhecidos como indébitos na ação mandamental.

A Contribuinte, em sede de impugnação (p. 373), esgrime suas razões de defesa nos seguintes pontos:

DEBCAD Nº 51.013.937-0

- discorre, inicialmente, sobre os fatos que deram origem ao presente PAF, destacando a existência de decisão judicial própria, reconhecendo a não incidência de contribuição previdenciária sobre as verbas “terço constitucional de férias” e “auxílio-acidente”;
- não incidência da contribuição previdenciária sobre o adicional de 1/3 de férias;
- suspensão da exigibilidade da contribuição previdenciária patronal sobre os valores a título de férias gozadas;
- distinção entre a compensação prevista no art. 66 da Lei nº 8.383/91 e a disposta nos arts. 170 e 170-A do Código Tributário Nacional; e
- do Mandado de Segurança nº 0006230-77.2007.4.01.4000 e do Agravo de Instrumento nº 0001476-30.2008.4.01.0000.

DEBCAD Nº 51.013.938-8

- nulidade do auto de infração, por cerceamento do direito de defesa;
 - legalidade da compensação; e
 - aplicação indevida da multa.

Por sua vez, em seu apelo recursal (p. 536), a Contribuinte expõe suas teses de defesa nos seguintes pontos:

- discorre, inicialmente, sobre os fatos que deram origem ao presente PAF, destacando a existência de decisão judicial própria, reconhecendo a não incidência de contribuição previdenciária sobre as verbas “terço constitucional de férias” e “auxílio-acidente”;
- do Mandado de Segurança nº 0006230-77.2007.4.01.4000 e do Agravo de Instrumento nº 0001476-30.2008.4.01.0000;
- distinção entre a compensação prevista no art. 66 da Lei nº 8.383/91 e a disposta nos arts. 170 e 170-A do Código Tributário Nacional;

- constituição do crédito tributário: competência privativa da autoridade administrativa fiscal;
- origem dos créditos compensados: valores pagos a maior a título de “15 (quinze) primeiros dias de afastamento do funcionário doente ou acidentado (antes da eventual obtenção do auxílio-doença ou do auxílio-acidente)”, “salário-maternidade”, “férias” e “1/3 (um terço) constitucional de férias”;
- da contribuição previdenciária patronal: incide sobre o pagamento de remunerações destinadas a retribuir o trabalho;
- dos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento dos funcionários;
- do terço constitucional; e
- obrigatória aplicação da Lei nº 10.522/02.

Como se vê, analisando-se as razões de defesa deduzidas em sede de recurso voluntário em cotejo com aquelas apresentadas na impugnação, verifica-se que houve inovação por parte da Contribuinte em relação às seguintes matérias: (i) constituição do crédito tributário: competência privativa da autoridade administrativa fiscal e (ii) da contribuição previdenciária patronal: incide sobre o pagamento de remunerações destinadas a retribuir o trabalho.

De fato, é flagrante, pois, a inovação operada em sede de recurso, tratando-se de matérias preclusas em razão de sua não exposição na primeira instância administrativa, não tendo sido examinadas pela autoridade julgadora de primeira instância, o que contraria o princípio do duplo grau de jurisdição, bem como o do contraditório e o da ampla defesa.

A preclusão processual é um elemento que limita a atuação das partes durante a tramitação do processo, imputando-lhe celeridade, numa sequência lógica e ordenada dos fatos, em prol da pretendida pacificação social.

Humberto Theodoro Júnior ensina que preclusão é “a perda da faculdade ou direito processual, que se extinguiu por não exercício em tempo útil”. Ainda segundo o mestre, com a preclusão, “evita-se o desenvolvimento arbitrário do processo, que só geraria a balbúrdia, o caos e a perplexidade para as partes e o juiz”.

Tal princípio busca garantir o avanço da relação processual e impedir o retrocesso às fases anteriores do processo, encontrando-se fixado o limite da controvérsia, no Processo Administrativo Fiscal (PAF), no momento da impugnação/manifestação de inconformidade.

O inciso III do art. 16 do Decreto nº 70.235/1972, norma que regula o Processo Administrativo Fiscal – PAF em âmbito federal, é expresso no sentido de que, a menos que se destinem a contrapor razões trazidas na decisão recorrida, os motivos de fato e de direito em que se fundamentam os pontos de discordância e as razões e provas que possuir o contribuinte devem ser apresentados na impugnação.

Decreto n. 70.235/72

Art. 16. A impugnação mencionará:

[...]

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões a provas que possuir

No caso em análise, não há qualquer registro na peça impugnatória das matérias em destaque suscitadas no recurso voluntário, razão pela qual não se conhece de tais argumentos.

Não é lícito inovar no recurso para inserir questão diversa daquela originalmente deduzida na impugnação/manifestação de inconformidade, devendo as inovações serem afastadas por se referirem as matérias não impugnadas no momento processual devido.

Das Matérias Não Conhecidas por Renúncia à Instância Administrativa

Conforme exposto linhas acima, em sua peça recursal a Contribuinte defende, dentre outros, os seguintes pontos:

- existência de decisão judicial própria, reconhecendo a não incidência de contribuição previdenciária sobre as verbas “terço constitucional de férias” e “auxílio-acidente”;
- do Mandado de Segurança nº 0006230-77.2007.4.01.4000 e do Agravo de Instrumento nº 0001476-30.2008.4.01.0000;
- origem dos créditos compensados: valores pagos a maior a título de “15 (quinze) primeiros dias de afastamento do funcionário doente ou acidentado (antes da eventual obtenção do auxílio-doença ou do auxílio-acidente)”, “salário-maternidade”, “férias” e “1/3 (um terço) constitucional de férias”;
- dos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento dos funcionários; e
- do terço constitucional.

Ocorre que as matérias em destaque, que se resumem – ao fim e ao cabo – à alegação de não incidência / isenção da contribuição previdenciária sobre determinadas verbas salariais, foram levadas ao crivo do poder judiciário pela própria Contribuinte.

Tem-se, assim, que a lide objeto do presente processo administrativo em relação aos tópicos do apelo recursal da Contribuinte aqui destacados corresponde exatamente àquela referente à ação judicial interposta pela Recorrente, razão pela qual a decisão proferida na esfera judicial necessariamente esparramará seus efeitos para este processo administrativo fiscal.

Não pode a Administração Tributária, por seu contencioso administrativo, imiscuir-se em matéria decidida (ou ser decidida) pelo Poder Judiciário, pois cabe a este tutelar a Administração, e não o inverso.

É essa, pois, a inteligência da Súmula CARF nº 1, *in verbis*:

Súmula CARF nº 1

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Neste espedeque, em face da renúncia ao contencioso administrativo nos termos acima exposto, impõe-se o não conhecimento do recurso voluntário neste particular, cabendo à Unidade de Origem, por certo, a necessária observância dos comandos judiciais advindos da mencionada ação judicial destacada pela Recorrente e/ou dos precedentes vinculantes emanados do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em sede de repercussão geral e de recurso repetitivo, respectivamente.

Da Alegação de Distinção entre a Compensação Prevista no artigo 66 da Lei nº 8.383/91 c/c art. 165 do CTN e a Disposta nos artigos 170 e 170-A do CTN

Neste ponto, a Recorrente defende que *os tributos sujeitos ao regime de lançamento por homologação — como é o caso da contribuição previdenciária patronal — podem e devem ser compensados pelo contribuinte independentemente de autorização administrativa ou de decisão judicial, pela simples aplicação do art. 66, da Lei n. 8.383/91, afastadas as regras infralegais editadas em sentido contrário.*

Prossegue aduzindo que, *como se não bastasse, a Lei nº8.383/91, em seu art. 66, trata de uma modalidade de compensação passível de ser realizada pelo contribuinte no âmbito do lançamento por homologação, sujeita a posterior fiscalização.*

Na sequência, defende que *o art. 170 do Código Tributário — e seu apêndice, o artigo 170-A - cuida de outra modalidade de compensação, realizada diretamente pelos agentes fiscais a pedido do contribuinte, e que extingue o crédito tributário (já constituído, portanto), nos termos do art. 156, II, do CTN.*

Conclui, assim, que *não se aplica ao presente caso o regime dos artigos 170 e 170-A do CTN, pois o que está sendo postulado na presente demanda — repita-se — é a compensação no regime do lançamento por homologação (auto-lançamento), previsto no art. 66 da Lei n. 8.383/91.*

Sobre o tema o órgão julgador de primeira instância destacou e concluiu que:

Em relação às alegações no sentido de que o artigo 170-A do CTN não seria aplicável ao presente caso, por tratar de mandado de segurança que se refere a verbas que segundo a Impugnante já foram declaradas pelos tribunais superiores como não integrantes do campo de incidência das contribuições sociais previdenciárias e por ser dispositivo inconstitucional, cumpre apenas ressaltar que a análise das mesmas é totalmente incabível na esfera administrativa, visto que a aplicação de tal dispositivo, no caso vertente, já foi determinada pela Justiça Federal, conforme exposto na sentença judicial reproduzida às fls. 264 a 277 e no

acórdão proferido pela 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região reproduzido às fls. 278 a 297:

Sentença judicial reproduzida às fls. 264 a 277 (Mandado de Segurança nº 2007.40.00.006236-5 – 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Piauí)

(...)

Quanto à compensação, portanto, a pretensão não merece prosperar. A redação do art. 170-A do CTN, acrescentado pela LC nº 104/2001, veda explicitamente a compensação antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.

(...)

Com essas considerações, (...) Declaro, também, que o direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos nos últimos 10 (dez) anos que antecedem o ajuizamento desta ação, ou seja, a partir de 28.09.1997, somente será possível após o trânsito em julgado desta sentença, e deverá dar-se na forma prescrita pela Lei nº 10.637/2002, (...)

(...)

Acórdão proferido pela 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região reproduzido às fls. 278 a 297 (julgamento da remessa oficial e das apelações interpostas contra a sentença proferida pelo juízo da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Piauí no julgamento do Mandado de Segurança nº 2007.40.00.006236-5)

EMENTA

(...)

5 – A compensação sujeitar-se-á ao trânsito em julgado do acórdão, nos termos do art. 170-A, do Código Tributário Nacional, ressalvando-se à autoridade fazendária a aferição da regularidade do procedimento.

(...)

Cabe ressaltar, porém, a título informativo, que as alegações de que a regra contida no artigo 170-A do Código Tributário Nacional não se aplica nos casos de ajuizamento de mandado de segurança ou de tributo sujeito a lançamento por homologação são totalmente improcedentes, visto que tal artigo não faz nenhuma distinção entre os tipos de ação judicial e entre as espécies de tributos.

Da mesma forma, a alegação de que a regra contida no artigo 170-A do Código Tributário Nacional não se aplica a tributo com inconstitucionalidade ou inexigibilidade já reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal e/ou pelo Superior Tribunal de Justiça é totalmente improcedente, porquanto tal artigo não faz nenhuma restrição neste sentido.

Nesse diapasão, cabe citar o seguinte precedente, que se refere a acórdão proferido no julgamento de recurso especial submetido ao rito previsto no artigo 543-C do Código de Processo Civil (recursos repetitivos):

EMENTA

TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. ART. 170-A DO CTN. REQUISITO DO TRÂNSITO EM JULGADO. APLICABILIDADE A HIPÓTESES DE INCONSTITUCIONALIDADE DO TRIBUTO RECOLHIDO.

1. Nos termos do art. 170-A do CTN, "é vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial", vedação que se aplica inclusive às hipóteses de reconhecida inconstitucionalidade do tributo indevidamente recolhido.

2. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI (Relator):

(...)

Ora, essa norma não traz qualquer alusão, nem faz qualquer restrição relacionada com a origem ou com a causa do indébito tributário cujo valor é submetido ao regime de compensação. Nem de seu texto expresso, nem de seu sentido implícito é possível extrair a conclusão a que chegou o acórdão recorrido, de que estaria fora de seu comando normativo a compensação de tributos considerados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Não há, no STJ, qualquer precedente que possa abonar a tese do referido acórdão. Pelo contrário, em precedentes desta Corte que fizeram incidir o art. 170-A do CTN, a compensação dizia respeito justamente a tributos declarados inconstitucionais, inclusive em situações semelhantes à aqui discutida (indébito tributário relativo a PIS/COFINS, recolhido nos termos dos DLs 2445/88 e 2449/88). Veja-se, a título exemplificativo: AgRg no REsp 1.059.826/SC, 1ª Turma, Min. Benedito Gonçalves, DJe de 03/09/2009; REsp 1.014.994/MS, 2ª Turma, Min. Eliana Calmon, DJe de 19/09/2008; REsp 923.736/SP, 2ª Turma, Min. João Otávio de Noronha, DJ de 08/06/2007. Embora seja certo que a questão aqui colocada não foi objeto de expressa deliberação nos referidos precedentes, também é certo que neles foi adotado entendimento com o qual não se compatibiliza o acórdão recorrido.

Afirma-se, em suma, que, em se tratando de pretensão à compensação de crédito contra a Fazenda objeto de controvérsia judicial, o requisito trazido pelo art. 170-A do CTN (trânsito em julgado da sentença que afirma a existência do crédito em favor do contribuinte) aplica-se também a indébitos tributários decorrentes de vício de inconstitucionalidade.

(...)

(STJ, REsp 1167039/DF, Primeira Seção, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJe 02/09/2010)

Por fim, deve-se esclarecer, ainda, a título informativo, que quando se diz que a compensação no âmbito do lançamento por homologação, autorizada pelo art. 66 da Lei nº 8.383/91, independe de autorização administrativa ou judicial, está-se referindo à possibilidade de praticar os atos de compensação, registrando na contabilidade da empresa e comunicando ao Fisco no campo próprio das DCTFs ou GFIPs, o que pressupõe a certeza, ou seja, que não haja dúvida quanto à inexigibilidade do que foi pago.

Quer dizer, a desnecessidade de provimento administrativo ou judicial autorizador da compensação não significa que seja desnecessário o reconhecimento judicial, por meio de decisão transitada em julgado, de que o tributo é indevido quando isto decorra de inconstitucionalidade ou ilegalidade de dispositivo da legislação tributária.

Não há qualquer reparo a ser feito na decisão de primeira instância neste particular.

De fato, conforme concluiu aquele *decisium*, “a desnecessidade de provimento administrativo ou judicial autorizador da compensação não significa que seja desnecessário o reconhecimento judicial, por meio de decisão transitada em julgado, de que o tributo é indevido quando isto decorra de inconstitucionalidade ou ilegalidade de dispositivo da legislação tributária.”

Assim, impõe-se a manutenção do r. acórdão neste particular pelos seus próprios fundamentos.

Do Pedido de Intimação em Nome do Patrono

Por fim, no que tange ao pedido de intimação no endereço do advogado regularmente constituído nos autos, impõe-se o indeferimento do referido pedido, nos termos da Súmula CARF nº 110, *in verbis*:

No processo administrativo fiscal, é incabível a intimação dirigida ao endereço de advogado do sujeito passivo. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 129 de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).

Conclusão

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer parcialmente do recurso voluntário interposto, apreciando-se apenas à alegação de distinção entre a compensação prevista no artigo 66 da Lei nº 8.383/91 c/c art. 165 do CTN e a disposta nos artigos 170 e 170-A do CTN para, nesta parte conhecida, negar-lhe provimento.

Assinado Digitalmente

Gregório Rechmann Junior

ACÓRDÃO 2402-012.970 – 2ª SEÇÃO/4ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA

PROCESSO 10384.721514/2012-31

DOCUMENTO VALIDADO