



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

Processo n° 10580.009609/2001-11
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3403-002.853 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de março de 2014
Matéria RESTITUIÇÃO-FINSOCIAL
Recorrente INDEBA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Período de apuração: 01/09/1989 a 31/10/1991

COMPENSAÇÃO. PENDÊNCIA DE PROCESSO JUDICIAL. VEDAÇÃO.

É vedada a compensação administrativa mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial, conforme art. 170-A do CTN.

COMPENSAÇÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA DESISTÊNCIA DA EXECUÇÃO JUDICIAL. VEDAÇÃO.

É vedada a compensação administrativa diante da ausência de comprovação, pelo postulante, da desistência de execução do título judicial, com assunção de todas as custas do processo, inclusive os honorários advocatícios.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário. O Conselheiro Marcos Tranchesi Ortiz votou pelas conclusões.

Antonio Carlos Atulim - Presidente.

Rosaldo Trevisan - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antonio Carlos Atulim (presidente da turma), Rosaldo Trevisan (relator), Alexandre Kern, Marcos Tranchesi Ortiz, Ivan Allegretti e Domingos de Sá Filho.

Relatório

Versa o presente sobre pedido de restituição registrado em 14/12/2001 (fl. 02)¹, no valor de R\$ 106.632,85, decorrente de pagamento a maior de FINSOCIAL reconhecido por decisão judicial (nº 96.10750-5), cumulado com o pedido de compensação de fl. 04, apresentado na mesma data (outros pedidos de compensação constam às fls. 140, 149 e 151). São anexadas cópias das peças judiciais às fls. 27 a 62.

Judicialmente, o julgamento de primeira instância da ação ordinária nº 96.10750-5 (em 10/02/1999 - fls. 27 a 34) é no sentido da inconstitucionalidade da majoração de alíquota de FINSOCIAL, autorizando a compensação de quantias indevidamente pagas com outra devidas a título do próprio FINSOCIAL (estando os números sujeitos a aferição da autoridade fiscal), e com os mesmos critérios de correção monetária utilizados pelo fisco para atualização de seus créditos, denegando-se a aplicação dos chamados “expurgos inflacionários”. Em segunda instância (em 10/12/1999 - fls. 36 a 43), é novamente reconhecida a inconstitucionalidade (mantendo-se a alíquota de FINSOCIAL de 0,5% até a vigência da Lei Complementar nº 70/91, salvo quantos aos fatos geradores de 1988, quando a alíquota é de 0,6%), e permitida a compensação com qualquer outro tributo administrado pela RFB, estabelecendo-se critério diversos de correção monetária (INPC, UFIR e SELIC, considerando-se os “expurgos inflacionários”, na forma da Súmula nº 41, do TRF1.

Administrativamente, no despacho decisório de fls. 179 a 184 (datado de 28/10/2010), a autoridade local indefere a compensação, informando que foi constatado que o trânsito em julgado da ação ocorreu em 17/12/2008, após o pedido de restituição, e que foi concedido prazo de quarenta dias (transcorrido *in albis*) ao contribuinte para que este providenciasse a desistência da execução judicial já ajuizada sob o nº 1999.33.00.016782-1 (à época já com embargos da Fazenda).

Ciente do despacho decisório, a empresa apresenta manifestação de inconformidade em 20/12/2010 (fls. 185 a 198), alegando, em síntese, que: (a) os créditos estão com exigibilidade suspensa, cf. art. 151, III do CTN; (b) como o despacho decisório só foi proferido em 28/10/2010, ocorreu homologação tácita de todas as compensações, cf. art. 74, § 5º da Lei nº 9.430/1996; (c) a execução judicial em andamento não se refere aos créditos, mas aos honorários sucumbenciais, e a dispensa dos honorários sucumbenciais não tem qualquer embasamento legal (e não pode ser carreada por Instrução Normativa); e (d) houve ofensa ao art. 14, V do Código de Processo Civil, criando-se embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Em 19/04/2011 ocorre o julgamento de primeira instância (fls. 208 a 214), acordando unanimemente o tribunal de piso pela improcedência da manifestação de inconformidade, sob os fundamentos de que “os pedidos de compensação de créditos decorrentes de decisão judicial não transitada em julgado não foram convertidos em declaração de compensação, não estando sujeitos a homologação tácita”, que “a manifestação de inconformidade apresentada não suspende a exigibilidade do crédito tributário”, e que “no caso de título judicial em fase de execução, a utilização de crédito decorrente de sentença judicial transitada em julgado para compensação somente poderá ser efetuada se o contribuinte comprovar a desistência do processo de execução e assumir todas as custas deste processo,

¹ Todos os números de folhas indicados nesta decisão são baseados na numeração eletrônica da versão digital do processo (e-processos) conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

inclusive os honorários advocatícios”, sendo que “a inexistência expressa da desistência impossibilita a restituição administrativa”.

Cientificada do julgamento da DRJ em 27/07/2011 (cf. AR de fl. 217), a empresa apresenta Recurso Voluntário em 19/08/2011 (fls. 218 a 220), no qual concentra sua argumentação no fato de nunca ter proposto execução judicial do crédito tributário, mas tão-somente dos honorários de sucumbência. E, como nunca foi proposta execução da sentença, “não poderia ser exigida a desistência de algo que não existe”. Em relação à exigência, constante de Instrução Normativa, de desistência da execução, inclusive em relação a honorários, é descabida, pois os honorários da sucumbência são direito do advogado que patrocina a causa, não podendo a recorrente desistir de um direito que não lhe pertence.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rosaldo Trevisan, relator

O recurso preenche os requisitos formais de admissibilidade e, portanto, dele se toma conhecimento.

Após o julgamento de primeira instância, restou um único tópico controverso: a necessidade de desistência da execução judicial, inclusive de honorários, como condição à compensação administrativa.

O cerne da controvérsia é o art. 17 da Instrução Normativa nº 21/1997, à época vigente:

“Art. 17. Para efeito de restituição, ressarcimento ou compensação de crédito decorrente de sentença judicial transitada em julgado, o contribuinte deverá anexar ao pedido de restituição ou de ressarcimento uma cópia do inteiro teor do processo judicial a que se referir o crédito e da respectiva sentença, determinando a restituição, o ressarcimento ou a compensação. (Redação dada pela IN SRF nº 73/97, de 15/09/1997)

*§ 1º **No caso de título judicial em fase de execução, a restituição, o ressarcimento ou a compensação somente poderão ser efetuados se o contribuinte comprovar junto à unidade da SRF a desistência, perante o Poder Judiciário, da execução do título judicial e assumir todas as custas do processo, inclusive os honorários advocatícios.** (Redação dada pela IN SRF nº 73/97, de 15/09/1997)”*

§ 2º Não poderão ser objeto de pedido de restituição, ressarcimento ou compensação os créditos decorrentes de títulos judiciais já executados perante o Poder Judiciário, com ou sem emissão de precatório. (Incluído pela IN SRF nº 73/97, de 15/09/1997)”

A disposição é mantida em todas as Instruções Normativas posteriores que disciplinaram a matéria (IN SRF nº 210/2002, art. 34; IN SRF nº 460/2004, art. 50; IN SRF nº 600/2005, art. 50; IN RFB nº 900/2008, art. 70; e IN RFB nº 1.300/2012, art. 81).

Contudo, quando a empresa ingressou com pedido de restituição cumulada com compensação, em 14/12/2001, ainda não havia trânsito em julgado no processo judicial. Em consulta ao sítio do TRF1 (no qual o processo está registrado com o nº 1999.01.00.090173-4), percebe-se que o processo foi remetido ao STJ em 09/03/2001, só retornando ao TRF, para baixa, em 17/10/2008.

Em pesquisa efetuada no sítio do STJ, percebe-se que o REsp nº 346.629 foi julgado em 14/02/2006, acordando o tribunal unanimemente que:

“TRIBUTÁRIO. FINSOCIAL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRESCRIÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. DISSÍDIO PRETORIANO. SÚMULA N. 83/STJ. TAXA SELIC. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. INCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS DE ESPÉCIES DISTINTAS. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 74 DA LEI N. 9.430/96 E 460 DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N.S 282 E 356 DO STF.

1. 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.

2. "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida" (Súmula 83/STJ).

3. A taxa Selic incide na repetição de indébito desde o recolhimento indevido, independentemente de tratar-se de tributo sujeito a lançamento por homologação.

4. Consoante reiterada orientação jurisprudencial desta Corte, os índices de correção monetária aplicáveis na restituição de indébito tributário são: a) desde o recolhimento indevido, o IPC, de outubro a dezembro/89 e de março/90 a janeiro/91; o INPC, de fevereiro a dezembro/91; a Ufir, a partir de janeiro/92 a dezembro/95; e b) a taxa Selic, exclusivamente, a partir de janeiro/96. Os índices de janeiro/89 e de março/90 são, respectivamente, de 42,72% e 84,32%.

5. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, interpretando o art. 66 da Lei n. 8.383/91 – com as alterações advindas das Leis n.9.069/95 e 9.250/95 –, firmou entendimento de que só pode haver compensação entre tributos da mesma espécie que possuam a mesma destinação constitucional.

6. O prequestionamento dos dispositivos legais tidos como violados constitui requisito indispensável à admissibilidade do

recurso especial. Incidência das Súmulas n. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido. (REsp 346629/BA, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/02/2006, DJ 22/03/2006, p. 152)”

Rejeitados os embargos de declaração da empresa, que postulavam a compensação com tributos distintos em 27/07/2006, e os Embargos de Divergência, que tinham idêntico objetivo, em 13/08/2008, a ação transita em julgado em 10/10/2008, restringindo a compensação a FINSOCIAL e a COFINS.

E foi isso que motivou a unidade local da Receita Federal a intimar a interessada em 19/07/2010 - fls. 166/167 (ciência em 27/07/2010 - fl. 169) a fornecer cópia de inteiro teor do processo judicial, acompanhado da certidão de trânsito em julgado, e de comprovante de homologação da desistência da execução.

A empresa, em 03/08/2010, requereu dilação do prazo para resposta, informando que o processo se encontrava em Brasília, o que tornava inviável a obtenção dos documentos solicitados (fl. 169). Contudo, mesmo com o deferimento da prorrogação do prazo (na própria fl. 169), a empresa não atendeu a solicitação do fisco (e, até o presente momento, ainda não consta que tenha atendido).

Daí o despacho decisório (emitido em 28/10/2010) ter afirmado que:

“Transcorrido ‘in albis’ o prazo concedido – seja o originário, seja o prazo prorrogado – sem que tenha ele, o Interessado, manifestado qualquer interesse com o deslinde de da pretensão compensativa. Tanto que, manteve-se de forma silente mesmo após vencer o prazo da prorrogação, demonstrando, a toda evidência, desinteresse com o seu resultado.”

No próprio despacho decisório, o fisco constata que houve ação de execução, à época em trâmite na 3ª Vara da Justiça Federal - Seção Judiciária da Bahia, sob o nº 1999.33.00.016782-1.

Assim, indefere-se o pleito porque “o contribuinte em foco não logrou bom êxito em demonstrar nos lindes administrativos que era detentor de direito líquido e certo a autorizar o encontro de contas”.

Irretocável o teor de tal decisão, diante da carência de comprovação do direito da empresa.

É na manifestação de inconformidade que a empresa presta pela primeira vez (ainda sem a colação integral das peças judiciais) as informações sobre o processo de execução, afirmando que se restringe aos honorários advocatícios.

A DRJ, de posse de informações inexistentes quando da prolação do despacho decisório, tem melhores condições de decidir o contencioso. Contudo, detecta obstáculos intransponíveis: o primeiro, a inexistência de trânsito em julgado no momento do pedido administrativo; o segundo, a inexistência de desistência da execução judicial, inclusive no que se refere aos honorários advocatícios.

E em sede de recurso voluntário, só um de tais obstáculos é confrontado: o referente à desistência da execução judicial, restando aparentemente incontroverso o impedimento decorrente da ausência de trânsito em julgado no momento do pedido, que, por si só, é suficiente para o indeferimento das preensões compensatórias.

Mesmo no que se refere à desistência, continua a empresa recorrente a não fazer prova de que efetivamente desistiu da ação de execução, com a devida homologação judicial. E a consequência tanto da ausência de desistência quanto da inexistência de decisão judicial definitiva quanto do pedido administrativo é a mesma: impossibilidade de compensação na via administrativa.

Ao obter êxito na ação judicial, a empresa tem a sua frente duas possibilidades, a execução judicial, com a consequente emissão de precatório, seguindo rito específico, ou a opção pela via administrativa, sujeitando-se, contudo, nessa hipótese, às regras estabelecidas pela Administração.

Sobre a matéria, convém destacar o teor da Súmula STJ nº 461:

“Súmula STJ nº 461 - O contribuinte pode optar por receber, por meio de precatório ou por compensação, o indébito tributário certificado por sentença declaratória transitada em julgado”. (grifo nosso)

Veja-se que a Súmula nº 461 do STJ garante a possibilidade de recebimento via precatório (com execução judicial da sentença) ou compensação. Um dos julgamentos paradigmáticos em relação à Súmula nº 461 é o REsp nº 1.114.404/MG, com acórdão proferido na sistemática dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC, constituindo julgado de observância obrigatória por este CARF, por força do art. 62-A do Anexo II do Regimento Interno do colegiado), e que apresenta a seguinte ementa:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. SENTENÇA DECLARATÓRIA DO DIREITO À COMPENSAÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. POSSIBILIDADE DE REPETIÇÃO POR VIA DE PRECATÓRIO OU REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR. FACULDADE DO CREDOR. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC.

1. “A sentença declaratória que, para fins de compensação tributária, certifica o direito de crédito do contribuinte que recolheu indevidamente o tributo, contém juízo de certeza e de definição exaustiva a respeito de todos os elementos da relação jurídica questionada e, como tal, é título executivo para a ação visando à satisfação, em dinheiro, do valor devido” (REsp n. 614.577/SC, Ministro Teori Albino Zavascki).

2. A opção entre a compensação e o recebimento do crédito por precatório ou requisição de pequeno valor cabe ao contribuinte credor pelo indébito tributário, haja vista que constituem, todas as modalidades, formas de execução do julgado colocadas à disposição da parte quando procedente a ação que teve a eficácia de declarar o indébito. Precedentes da Primeira Seção: REsp.796.064 - RJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 22.10.2008; EREsp. Nº 502.618 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 8.6.2005; EREsp. N.

609.266 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 23.8.2006.

3. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.” (REsp 1114404/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, unânime, julgado em 10/02/2010, DJe 01/03/2010)” (grifo nosso)

Assim, é livre a escolha pela via administrativa, sujeitando-se às regras por ela estabelecidas, ou pela via judicial, sendo tão somente vedada a utilização de ambas, o que possibilitaria eventual duplicidade na restituição/compensação. Daí o comando das Instruções Normativas, que impõem condições para a compensação administrativa, entre as quais a desistência da ação judicial, inclusive no que se refere a honorários advocatícios.

É decisão unilateral da empresa a opção por uma ou outra via. Contudo, é dever dela adaptar-se à regra exigida para a via escolhida.

Em outras palavras, não concordando a empresa com a regra estabelecida para a compensação administrativa, poderia simplesmente prosseguir com a execução judicial. Mas não foi esse o roteiro que seguiu o presente processo: a empresa opta pela via administrativa, antes mesmo do trânsito em julgado da sentença, e continua a não apresentar documento homologado em juízo que efetivamente comprove que desistiu da ação de execução.

Acrescente-se que não se vê o comando da Instrução Normativa como abusivo ou contrário à lei. O comando é editado com base, entre outros, no art. 170 do CTN, que dispõe que:

“Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública”. (grifo nosso)

E o crédito não é líquido e certo, ou seja, nenhuma lei (nem a Lei nº 9.430/1996, em seu art. 74) pode autorizar a compensação, se houver vestígio de postulação dúplice (na via administrativa e na via judicial). O comando da Instrução Normativa, então, não assume indevida estatura de lei nem com ela conflita. Serve tão somente para evitar postulação dúplice.

Por derradeiro, é preciso recordar que restou carente de contestação em recurso voluntário a iliquidez do crédito ao momento de sua postulação em decorrência de inexistência de trânsito em julgado da respectiva ação, restando a matéria incontroversa.

Ao tempo da apresentação das declarações de compensação, a ação judicial inequivocamente ainda estava em trâmite.

Não se tem dúvida de qual “trânsito em julgado” está a tratar o comando do art. 170-A do Código Tributário Nacional, incluído pela Lei Complementar nº 104, de 10/01/2001, já vigente ao tempo do protocolo da compensação:

“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” (grifo nosso)

Tal comando, por certo, visa a impedir que a administração reconheça em definitivo (compensando-o com débitos da empresa) crédito que ainda está em discussão judicial., e não pode ser afastado pelo julgador administrativo, em virtude da Súmula nº 1 deste CARF.

É relevante, contudo, esclarecer que não se está aqui negando o direito ao crédito. A negativa é somente em relação ao direito de efetuar a compensação pleiteada, que encontra óbice tanto na ausência de trânsito em julgado (art. 170-A do CTN) quanto na ausência de comprovação da desistência da execução judicial (art. 17 da IN SRF nº 21/1997).

De fato, a compensação, no contexto em que foi pleiteada, foi corretamente não homologada.

Tendo em conta o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário apresentado.

Rosaldo Trevisan