



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10580.723145/2012-02
Recurso Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9202-009.486 – CSRF / 2ª Turma
Sessão de 27 de abril de 2021
Recorrente PROMEDICA PATRIMONIAL S A PROPAT
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2010

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RECURSO ESPECIAL. DESATENDIMENTO DE PRESSUPOSTOS. NÃO CONHECIMENTO.

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial.

(assinado digitalmente)

Maria Helena Cotta Cardozo - Presidente em Exercício

(assinado digitalmente)

Mário Pereira de Pinho Filho – Relator

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

Relatório

Trata-se de Autos de Infração, Debcad nº 51.003.036-0 e nº 51.003.035, relativos a glosa de compensações indevidas de créditos previdenciários em Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social – GFIP e a multa isolada, em virtude da inserção de informações falsas na declaração, prevista no § 10 do art. 89 da Lei nº 8.212/1991.

Conforme descrito pela autoridade autuante, o Contribuinte efetuou compensações de créditos inexistentes, uma vez que considerou o pagamento de diversas parcelas sujeitas à incidência de contribuições previdenciárias (salário-maternidade, férias gozadas e 1/3 das férias gozadas) como recolhimento indevido, sem o respectivo suporte legal ou jurídico. Nos termos do Relatório Fiscal (fls. 18/26):

1.3 O contribuinte efetuou compensação de créditos inexistentes uma vez que considerou o pagamento de diversas parcelas incidentes de contribuição previdenciária como recolhimento indevido. A planilha de compensação apresentada pelo contribuinte demonstra que este se compenhou de valores pagos sobre salário-maternidade, férias gozadas e 1/3 das férias gozadas, sem o respectivo suporte legal ou jurídico.

1.4 Questionado sobre as compensações o contribuinte apresentou esclarecimento assinado pelo escritório de advocacia que o assessora afirmando que tais compensações foram efetuadas por entenderem que sobre diversas parcelas recolhidas não haveria incidência de contribuição previdenciária, sendo, assim, cabível a compensação.

1.5 Foi apresentado à fiscalização copias de dois processos judiciais ajuizados pelo contribuinte discutindo a incidência de contribuição sobre o salário-maternidade, 1/3 de férias, insalubridade, periculosidade e outras parcelas. Tais processos tiveram sentenças desfavoráveis ao contribuinte em relação às parcelas que foram previamente compensadas.

1.6 Saliento que estes processos ainda não transitaram em julgado e que até o momento, repito, a sentença foi desfavorável ao pleito do contribuinte, considerando as parcelas indevidamente compensadas como incidentes de contribuição previdenciária.

1.7. Ressalto que mesmo que as sentenças tivessem sido favoráveis ao contribuinte, o que não aconteceu, os valores somente poderiam ser compensados após o trânsito em julgado da sentença, conforme disposto no artigo 170-A, do Código Tributário Nacional, conforme transcrito:

Em sessão plenária de 03/07/2018, foi julgado o Recurso Voluntário, prolatando-se o Acórdão n.º 2202-004.547 (fls. 419/429), assim ementado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2010

CONCOMITÂNCIA. AÇÃO JUDICIAL. SÚMULA CARF Nº 1.

Estabelece a Súmula CARF nº 1 que 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.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. COMPENSAÇÃO INDEVIDA. COMPENSAÇÃO REALIZADA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA RESPECTIVA DECISÃO JUDICIAL. 170-A DO CTN.

Nos termos do art. 170-A do Código Tributário Nacional, 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.

MULTA. CARÁTER CONFISCATÓRIO. ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA CARF Nº 2.

Nos termos da Súmula CARF nº 2, o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

COMPENSAÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES COM CRÉDITOS INEXISTENTES. INSERÇÃO DE DECLARAÇÃO FALSA NA GFIP. APLICAÇÃO DE MULTA ISOLADA. PROCEDÊNCIA.

Para a aplicação de multa de 150% prevista no art. 89, §10º da Lei nº 8.212/91, necessário que a autoridade fiscal demonstre a efetiva falsidade de declaração, ou seja, a inexistência de direito “líquido e certo” à compensação, sem a necessidade de imputação de dolo, fraude ou mesmo simulação na conduta do contribuinte.

TAXA SELIC. LEGALIDADE. SÚMULA CARF Nº 4.

Conforme disposto na Súmula CARF nº 4, a partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC para títulos federais.

A decisão foi registrada nos seguintes termos:

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, em negar provimento ao recurso, vencidos os conselheiros Martin da Silva Gesto (relator), Júnia Roberta Gouveia Sampaio e Dilson Jatahy Fonseca Neto, que lhe deram provimento parcial, para afastar a multa isolada, aplicada em percentual de 150%. Designada a conselheira Rosy Adriane da Silva Dias para redigir voto vencedor.

O Contribuinte teve ciência da decisão em 11/12/2018 (fl. 433) e, em 19/12/2018 (fl. 435), interpôs o Recurso Especial de fls. 436/460, no intuito de rediscutir as matérias **a) aplicação do art. 170-A do CTN aos casos em que a o pedido de compensação é feito antes do trânsito em julgado, mas os créditos compensados têm amparo em decisão judicial com efeito vinculante;** e **b) necessidade de comprovação de dolo ou fraude para imposição da multa isolada de 150% incidente sobre as quantias indevidamente compensadas.**

Pelos despachos de fls. 462/468 e 491/497, deu-se seguimento parcial ao Recurso Especial do Contribuinte, somente em relação matéria descrita no item “a”, admitindo-se como paradigma somente o Acórdão nº 3402-005.025, cuja ementa transcreve-se a seguir:

PIS. BASE DE CÁLCULO. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º, DA LEI Nº 9.718/98, QUE AMPLIAVA O CONCEITO DE FATURAMENTO. NÃO INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO SOBRE RECEITAS NÃO COMPREENDIDAS NO CONCEITO DE FATURAMENTO ESTABELECIDO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL PREVIAMENTE À PUBLICAÇÃO DA EC Nº 20/98.

A base de cálculo do PIS e da COFINS é o faturamento, assim compreendido a receita bruta das vendas de mercadorias, de serviços e de mercadorias e serviços de qualquer natureza.

Inadmissível o conceito ampliado de faturamento contido no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, uma vez que referido dispositivo foi declarado inconstitucional pelo plenário do Supremo Tribunal Federal (STF).

Diante disso, não poderão integrar a base de cálculo da contribuição as receitas não compreendidas no conceito de faturamento previsto no art. 195, I, “b”, na redação originária da Constituição Federal de 1988, previamente à publicação da Emenda Constitucional nº 20, de 1998.

COMPENSAÇÃO. PEDIDO REALIZADO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO EM FAVOR DO CONTRIBUINTE. QUESTÃO DE CONTEÚDO QUE DEVE SE SOBREPOR À FORMA.

PREVALÊNCIA DA *RATIO DECIDENDI* DE PRECEDENTE PRETORIANO DE CARÁTER VINCULANTE COM A ADEQUAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 170-A DO CTN.

Embora o pedido de compensação perpetrado pelo contribuinte tenha se contraposto à literalidade do art. 170-A do CTN, ao final do processamento judicial a lide por ele proposta foi julgada procedente, com base em convocar em seu favor o disposto nos artigos 489, § 1.º, inciso VI, 926 e s.s., todos do CPC/2015, bem como o disposto no art.

62, § 1º, inciso II, alínea “b” do RICARF e, ainda, ao prescrito no art. 2º, inciso V da Portaria PGFN n. 502/2016.

Recurso voluntário provido para sujeitar a Administração Pública ao precedente vinculante do STF (RE n. 357.950).

Pedido de compensação a ser analisado pela instância competente apenas para fins de apuração quanto a adequação do montante compensado.

Em relação à parte do apelo recursal, admitida a rediscussão a Contribuinte apresenta as seguintes alegações:

- Em termos gerais, o artigo 170-A, CTN traz norma que veda a compensação tributária baseada em uma decisão judicial precária, ou seja, proferida a partir de um juízo de cognição sumária e que está exposta a considerável risco de alteração quando realizada a cognição exauriente da questão pelo órgão julgador competente.
- Veda-se que determinado Contribuinte compense créditos que, no futuro, sejam declarados pelo Poder Judiciário como inexistentes.
- Percebe-se que o artigo 170-A, CTN e a sua vedação à compensação antes do trânsito em julgado pretendem conferir segurança jurídica ao ordenamento jurídico tributário e em especial ao mecanismo de extinção de débitos tributários por meio de compensação.
- Tal dispositivo protege também a Livre Concorrência e a Isonomia. Isto porque impede que determinado Contribuinte, tendo como suporte decisão precária proferida em ação judicial individual distribuída ao seu favor, se valha de vantagem tributária posta apenas à sua disposição ou à disposição de outros poucos Contribuintes do mesmo ramo econômico.
- Tem-se, assim, que deve ser aplicado o artigo 170-A, CTN apenas quando se verifique situação de fato em que: i) O Contribuinte tenha efetuado compensações fundadas exclusivamente em decisão judicial precária e cujo entendimento esteja exposto a grave risco de modificação pelo Poder Judiciário; ii) Se verifique que a ‘vantagem’ tributária do qual se valeu o Contribuinte para a constituição dos créditos compensados esteja à disposição apenas dele ou de poucos outros Contribuintes.
- Entretanto, conforme restará demonstrado a seguir, a ‘*ratio iuris*’ do artigo 170-A, CTN, ou seja, a proteção à Segurança Jurídica, à Livre Concorrência e à Isonomia não restará garantida, neste caso, com a aplicação deste dispositivo e com a glosa das compensações. Os valores protegidos pela norma trazida pelo supracitado artigo apenas restarão respeitados e garantidos com a mitigação da aplicação deste dispositivo ao presente caso e com a declaração de existência dos créditos compensados.
- Os pedidos de compensação de contribuição previdenciária veiculados via GFIP tiveram como suporte não só as decisões de mérito proferidas no bojo dos Mandados de Segurança propostos por este Contribuinte, mas também o posterior Recurso Especial representativo de controvérsia n.º 1.230.957/RS.

- Importante salientar que o Recurso Especial 1.230.957/RS foi julgado pelo Eg. Superior Tribunal de Justiça sob a sistemática dos recursos repetitivos, ou seja, com aptidão para a produção de efeitos em caráter '*erga omnes*'.
- Os créditos utilizados por este Contribuinte nos seus pedidos de compensação não se fundaram em decisão judicial de caráter precário, provisório e exposta a grave risco de posterior alteração pelo Poder Judiciário. Em verdade, os créditos utilizados por este Contribuinte, atualmente encontram fundamento também em decisão proferida pelo STJ em caráter definitivo no bojo do REsp 1.230.957/RS.
- Tampouco os créditos utilizados por este Contribuinte se fundaram em '*vantagem*' tributária conferida apenas a si ou a um grupo restrito de Contribuintes. Por conta do caráter '*erga omnes*' da decisão proferida pelo STJ no bojo do REsp representativo de controvérsia 1.230.957/RS, todos os Contribuintes brasileiros puderam e podem se valer de tal entendimento.
- Não há violação à Segurança Jurídica (em virtude da definitividade da decisão proferida no REsp 1.230.957/RS) e não há violação à Livre Concorrência (já que, em virtude do caráter '*erga omnes*' da decisão do Eg. STJ, o seu entendimento pode e deve ser utilizado por todos os Contribuintes brasileiros).
- O artigo 170-A, CTN, fruto de alterações promovidas no Código Tributário pela Lei Complementar 104/2001, foi editado antes que o ordenamento jurídico brasileiro houvesse incorporado a sistemática do julgamento de recursos especiais repetitivos ou de recurso extraordinários com repercussão geral, posto que esse sistema de transubjetivação de uma decisão para além das partes do processo no qual foi proferida teve origem a partir das modificações promovidas pela Emenda Constitucional 45/04.
- A norma trazida pelo artigo 170-A, CTN não foi editada pelo legislador ordinário à luz da realidade jurídica do regime da Repercussão Geral e do Recurso Especial Representativo de Controvérsia. Deve ser feita, assim, não só uma interpretação literal do artigo do CTN, mas uma interpretação sistemática, axiológica e finalística à luz da nova sistemática dos recursos repetitivos.
- Uma vez decidida determinada questão em sede de Recurso Especial repetitivo, tem-se por preservadas a Segurança Jurídica e a Livre Iniciativa, desde que se garanta a execução de tal decisão por todos os seus beneficiados. Em matéria tributária, a Segurança Jurídica e a Livre Iniciativa restarão violadas quando não se garanta a todo Contribuinte a aplicação do entendimento firmado pelo Tribunal Superior no bojo do recurso repetitivo.
- Assim, tem-se que, uma vez fundada determinada operação de compensação em créditos tributários constituídos com base em decisão judicial proferida pelo STJ em sede de Recurso Especial repetitivo ou pelo STF no bojo de Recurso Extraordinário com Repercussão Geral, deve ser mitigada a vedação contida no artigo 170-A, CTN.
- Caso se admita a glosa da compensação fundada em recurso repetitivo sob o argumento de que eventual decisão judicial de mérito em ação individual proposta pelo Contribuinte não transitou em julgado, estarse- á negando vigência

ao precedente judicial vinculante e, assim, estar-se-á negando vigência à Segurança Jurídica, à Livre Iniciativa e à Isonomia.

- Com base nesta '*ratio iuris*' este CARF vem julgando improcedentes glosas de compensações cujos créditos que as suportaram foram constituídos com base em decisão proferida pelo STJ em sede de Recurso Especial representativo de controvérsia.
- E como, visto, decisão neste sentido não contraria o artigo 170-A, CTN, mas apenas o conforma à atual realidade jurídica inaugurada pós EC 45/04 e preserva os valores protegidos por este dispositivo, quais sejam, a Segurança Jurídica, a Livre Iniciativa e a Isonomia.
- O Acórdão n.º 3402-005.025 reconhece que o próprio Poder Judiciário já vem autorizando compensações tributárias fundadas em tutela antecipada de evidência (decisão precária) quando a tese jurídica debatida tenha sido previamente decidida em sede de recurso repetitivo julgado pelo STJ ou pelo STF.
- Especificamente quanto ao mérito do REsp 1.230.957/RS, decidiu-se nesta oportunidade que é indevido o recolhimento da contribuição previdenciária patronal i) sobre valores pagos nos 15 primeiros dias de afastamento do empregado por motivos de acidente ou doença; ii) Terço constitucional de férias; iii) Aviso Prévio Indenizado.
- Assim, tal entendimento deve ser reconhecido e imediatamente aplicado por esta instância administrativa, na forma do artigo 62, § 2º, RICARF.
- Acrescente-se ainda que o Acórdão paradigma citado trata de situação em que o julgamento vinculante proferido por Tribunal Superior e que subsidiou o direito ao crédito utilizado pelo Contribuinte ocorreu em momento posterior às compensações glosadas. Ou seja, o fato do REsp 1.230.957/RS ter tido o seu julgamento definitivo em momento posterior às compensações em discussão neste feito não impede seja reconhecida a existência do direito creditório deste Contribuinte.
- Desta forma, sendo certo que, em nome da Segurança Jurídica, da Livre Iniciativa e da Isonomia, deve ser mitigada a aplicação do artigo 170-A, CTN para se fazer valer o REsp 1.230.957/RS, bem como que tal Recurso Especial declarou a não incidência da contribuição sobre as verbas sobre as quais este Contribuinte calculou os créditos compensados; requer seja julgado procedente este Recurso Especial para, reformando o Acórdão recorrido, julgar improcedente a autuação.

Os autos foram encaminhados à Fazenda Nacional em 22/02/2021 (fl. 535), em 08/03/2021 (542), retornaram com as contrarrazões de fls. 536/541, em que se requer seja negado provimento ao apelo recursal, com base nos seguintes fundamentos:

- Cumpre observar que a legislação não remete à hipótese do § 1º, do art. 44, da Lei 9.430/96 que trata de multa qualificada em caso de fraude, sonegação ou conluio, conforme definido na Lei 4.502/64.
- O dispositivo determina a aplicação da penalidade prevista no inciso I, da mencionada norma, aplicada em dobro. Apenas faz referência ao percentual.

- Tal constatação é relevante e demonstra o intuito do legislador em separar os conceitos ora analisados. Portanto, não há esteio para considerar a falsidade, ora apreciada, análoga aos conceitos de fraude, sonegação ou conluio da legislação acima indicada.
- Nesse contexto, o dolo mostra-se prescindível para a caracterização da falsidade imputada à compensação indevida, mostrando-se apenas necessária a demonstração de que o contribuinte se utilizou de créditos que sabia não serem líquidos e certos.
- O fator “agravado” na infração em análise é a conduta de falsear o conteúdo da declaração de maneira que o Fisco reste iludido quanto à efetiva existência do crédito passível de compensação.
- E sequer se mostra relevante quais motivos ensejaram tal conclusão, bastando que se comprove que o suposto crédito não existia à data do pedido de compensação.
- Apenas eventual erro escusável, devidamente comprovado pelo contribuinte, poderia em tese ensejar a não aplicação da penalidade isolada determinada pela § 10º, do art. 89, da Lei 8.212/91.
- Ocorre que as compensações promovidas pela contribuinte apresentam elementos suficientes para caracterizar a imposição da penalidade isolada, uma vez que crédito declarado sabidamente não estava apto à compensação, consoante dispõe expressamente o art. 170-A do CTN.
- Descaracterizado qualquer erro escusável da contribuinte, considerando a literalidade da legislação, mostrando-se fraudulenta a compensação, devendo ser apenada nos termos do § 10º, do art. 89, da Lei 8.212/91.

Voto

Conselheiro Mário Pereira de Pinho Filho – Relator

O Recurso Especial interposto pela Contribuinte é tempestivo restando perquirir se atende aos demais pressupostos necessários à sua admissibilidade.

A matéria admitida a rediscussão cinge-se a **“a) aplicação do art. 170-A do CTN - impossibilidade de compensação antes do trânsito em julgado da sentença concessiva”**.

Convém ressaltar que, de conformidade com o art. 67 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo Fiscal – RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015, o Recurso Especial é cabível nos casos em que, perante situações fáticas similares, são adotadas soluções diversas, em face do mesmo arcabouço jurídico-normativo.

Analisando-se o despacho de agravo, verifica-se que o entendimento ali exarado reconhece que o acórdão recorrido diverge de um dos julgados trazidos a cotejo (Acórdão nº 3402-005.025), especificamente no que se refere à rubrica “terço constitucional de férias”, na medida em que, nesse paradigma, o requisito do art. 170-A do CTN (impossibilidade de compensação antes do trânsito em julgado da decisão judicial) teria sido mitigado, pois o crédito que amparava o pedido de compensação era tratado em decisão judicial com efeito vinculante, que decidira a lide tributária a favor dos contribuintes (RE 357.950), sem que houvesse registro

de que tal questão específica teria sido provocada pelo recorrente. Na decisão recorrida, de modo diverso, ter-se-ia negado provimento ao recurso com fulcro no art. 170-A do CTN, sem aferir se havia ou não decisão judicial com efeito vinculante que reconhecesse a não incidência sobre as verbas que fundamentaram o crédito objeto do pedido de compensação (RESP 1.230.957/RS). Vejamos:

No que toca ao segundo paradigma (3402-005.025), no despacho agravado considerou-se que nele fora retratado o entendimento de que é possível a compensação antes do trânsito em julgado, se ao final do processo judicial, o contribuinte tiver sua pretensão satisfeita.

Do texto acima, infere-se que no paradigma vazou-se o entendimento de que, mesmo a compensação tendo se dado antes do trânsito em julgado da correspondente ação judicial, o que iria de encontro ao art. 170-A do CTN, deve-se considerar o procedimento regular se, ao final do processo judicial, o contribuinte tiver sua pretensão satisfeita. (grifei)

Assentado na premissa acima, no despacho agravado, entendeu-se inexistir similitude fática, porque no recorrido não havia "o reconhecimento de que o Judiciário já tivesse, no momento daquele julgamento administrativo, acatado com definitividade a pretensão da recorrente."

No despacho agravado apontou-se a seguinte passagem do recorrido:

Assim, o direito da contribuinte escudado pelas ações judiciais ainda não foi definitivamente julgado pela Justiça, sendo, portanto, indevida a compensação declarada em GFIP nas competências referidas.

Salienta-se que a passagem acima transcrita faz alusão à ausência de trânsito em julgado das ações propostas pelo contribuinte (0020064.16.2007.401.3300 (2007.33.00.0200736) e 0009908.27.2011.401.3300), não se refere a uma decisão judicial com efeito vinculante.

Não obstante, o recurso especial reportava-se à possibilidade de mitigar o requisito do trânsito em julgado, previsto no art. 170-A do CTN, porque fora proferida decisão de efeito vinculante, a saber o RESP 1.230.957/RS, o que foi registrado no despacho agravado da forma abaixo:

Afirmou a recorrente que neste paradigma a divergência reside no fato de que o aresto hostilizado ignora o fato de que a matéria que deu ensejo às compensações foi posteriormente julgada, adotando a tese que favorece ao contribuinte, a exemplo do REsp 1.230.957/RS.

Sustenta que essa situação representaria exceção à norma trazida pelo artigo 170-A, CTN, possibilitando o julgamento pela procedência das compensações.

Volta-se a atenção aos trechos do segundo paradigma colacionados pelo sujeito passivo, no recurso especial:

Paradigma - Acórdão 3402-005.025

PIS. BASE DE CÁLCULO. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º, DA LEI Nº 9.718/98, QUE AMPLIAVA O CONCEITO DE FATURAMENTO. NÃO INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO SOBRE RECEITAS NÃO COMPREENDIDAS NO CONCEITO DE FATURAMENTO ESTABELECIDO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL PREVIAMENTE À PUBLICAÇÃO DA EC Nº 20/98.

A base de cálculo do PIS e da COFINS é o faturamento, assim compreendido a receita bruta das vendas de mercadorias, de serviços e de mercadorias e serviços de qualquer natureza.

Inadmissível o conceito ampliado de faturamento contido no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, uma vez que referido dispositivo foi declarado inconstitucional pelo plenário do Supremo Tribunal Federal (STF).

Diante disso, não poderão integrar a base de cálculo da contribuição as receitas não compreendidas no conceito de faturamento previsto no art. 195, I, "b", na redação originária da Constituição Federal de 1988, previamente à publicação da Emenda Constitucional nº 20, de 1998.

COMPENSAÇÃO. PEDIDO REALIZADO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO EM FAVOR DO CONTRIBUINTE. QUESTÃO DE CONTEÚDO QUE DEVE SE SOBREPOR À FORMA. PREVALÊNCIA DA RATIO DECIDENDI DE PRECEDENTE PRETORIANO DE CARÁTER VINCULANTE COM A ADEQUAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 170-A DO CTN.

Embora o pedido de compensação perpetrado pelo contribuinte tenha se contraposto à literalidade do art. 170-A do CTN, ao final do processamento judicial a lide por ele proposta foi julgada procedente, com base em convocar em seu favor o disposto nos artigos 489, § 1º, inciso VI, 926 e s.s., todos do CPC/2015, bem como o disposto no art. 62, § 1º, inciso II, alínea "b" do RICARF e, ainda, ao prescrito no art. 2º, inciso V da Portaria PGFN n. 502/2016.

Recurso voluntário provido para sujeitar a Administração Pública ao precedente vinculante do STF (RE n. 357.950).

Pedido de compensação a ser analisado pela instância competente apenas para fins de apuração quanto a adequação do montante compensado. (Destaques do sujeito passivo)

Os textos grifados pelo contribuinte estão alinhados com a matéria suscitada no recurso especial, que se relaciona à existência de decisão com efeito vinculante - no paradigma o RE 357.950, no recorrido o RESP 1.230.957/RS.

Não houve controvérsia sobre inexistir decisão judicial definitiva favorável ao contribuinte nas ações por ele propostas. Não foi essa a questão suscitada em recurso especial, mas sim a questão da existência de uma decisão favorável aos contribuintes, em julgamento no rito de recursos repetitivos (RESP 1.230.957/RS), sobre não incidência das contribuições sobre verbas que embasam o crédito usado na compensação.

Sob essa ótica o sujeito passivo tem razão, em parte, pois o RESP 1.230.957/RS julgado no rito do art. 543-C do CPC, de 1973, afastou a incidência de contribuição previdenciária sobre o terço constitucional relativo às férias gozadas, uma das verbas que embasou o pedido de compensação. Veja-se:

Acórdão recorrido

*O contribuinte efetuou compensação de créditos inexistentes uma vez que considerou o pagamento de diversas parcelas incidentes de contribuição previdenciária como recolhimento indevido. A planilha de compensação apresentada pelo contribuinte demonstra que este se compensou de valores pagos sobre **salário-maternidade, férias gozadas e 1/3 das férias gozadas**, sem o respectivo suporte legal ou jurídico. (grifei)*

Assim, até onde o estreito âmbito de cognição do exame de admissibilidade permite aferir, no que toca ao 1/3 das férias gozadas, o recorrido e o segundo paradigma tratam de situações similares, caracterizadas por pedido de compensação antes de haver o trânsito em julgado na ação ajuizada pelos respectivos contribuintes, mas com decisão judicial de espécie relacionada no art. 62, § 1º, inciso II, alínea "b"

do RICARF e V da Portaria PGFN n. 502/2016, em sentido favorável aos contribuintes.

Não obstante a similaridade das situações fáticas, os dois julgados caminharam em sentidos diferentes.

No paradigma mitigou-se o requisito do art. 170-A, porque o crédito que amparava o pedido de compensação (valores indevidamente pagos a título de COFINS em razão do alargamento da base de cálculo veiculado pela lei n. 9.718/98), era tratado em decisão judicial com efeito vinculante, que decidira a lide tributária a favor dos contribuintes (RE 357.950), sem que haja registro de que tal questão específica fora provocada pelo recorrente.

No recorrido, negou-se provimento ao recurso com fulcro no art. 170-A do CTN, sem aferir se havia ou não decisão judicial com efeito vinculante que reconhecesse a não incidência sobre as verbas que fundamentaram o crédito objeto do pedido de compensação.

Nessa senda, o exercício argumentativo de transportar o entendimento do paradigma para o caso do aresto recorrido aponta que a conclusão adotada seria averiguar a existência ou não de decisão judicial com efeito vinculante sobre a não incidência de contribuição previdenciária sobre as verbas que embasam o crédito alegado, entre as quais, segundo constou no relatório, está o "**1/3 das férias gozadas**", objeto do RESP 1.230.957/RS julgado no rito do art. 543-C do CPC, de 1973 (DJe 18/03/2014). (destaques do original)

Ocorre que o colegiado paradigmático, para afastar a aplicação literal da disposição contida no art. 170-A do CTN, ancorou-se não somente na circunstância de haver precedente vinculante do STF em favor da tese defendida pelo contribuinte, mas também no fato de a lide proposta pelo próprio sujeito passivo haver sido julgada procedente, em decisão transitada em julgado. Embora essa questão tenha sido evidenciada na ementa do paradigma, alguns trechos de seu voto condutor, reproduzidos a seguir, são ainda mais esclarecedores a seu respeito:

9. Acontece que nem sempre as respostas ofertadas pelo Direito são laceis, em especial quando o Direito é convocado para ser ponderado em concreto, i.e., diante da complexidade de um caso decidendo. Por outro giro verbal, o Direito não é uma ciência exata, o que, por conseguinte, afasta o advento de respostas cartesianas para que se possa prestigiar soluções aparentemente paradoxais. Tenho para mim que é exatamente este o caso dos autos. Antes, todavia, de externar a resolução que entendo cabível para o caso, convém neste instante fixar **algumas premissas** indispensáveis para sustentar a conclusão que será ulteriormente alcançada.

10. A **primeira de tais premissas** diz respeito ao mérito do crédito aqui vindicado, o qual não demanda maior reflexão. Trata-se da sedimentada discussão acerca da inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo da COFINS promovida pela lei n. 9.718/98, **inconstitucionalidade essa reconhecida pelo STF quando do julgamento do RE n. 357.950**, afetado por repercussão geral, e que restou assim ementado:

[...]

11. O recorrente, em particular, promoveu ação judicial para declarar inexistente a relação jurídica calcada com base na lei n. 9.718/98, bem como para repetir/compensar os valores indevidamente recolhidos até então. Depois de mais de 16 (dezesseis) anos de tramitação, **sua demanda finalmente transitou em julgado** com o advento de decisão reconhecendo a inconstitucionalidade de tal exigência tributária, bem como o direito a repetição/compensação dos valores indevidamente pagos. Este é o teor do julgado do TRF da 3ª Região proferido em favor do contribuinte: (Grifou-se)

Diferentemente do que se observa no paradigma, o julgado desafiado é expresso no sentido de que, no caso dos presentes autos, as demandas propostas pelo Sujeito Passivo perante o Poder Judiciário ainda careciam de decisões de caráter definitivo, sendo esse o principal óbice ao acolhimento das razões suscitadas no recurso voluntário. Senão vejamos:

Trata o Auto de Infração DEBCAD 37.355.1924 da glosa de compensação de contribuição previdenciária declarada em GFIP e escudadas em ações judiciais 0020064.16.2007.401.3300 (2007.33.00.0200736) e 0009908.27.2011.401.3300 e que, atualmente, estão em fase de recurso, em trâmite no TRF da 1ª Região.

Ocorre que o contribuinte procedeu à compensação antes do trânsito em julgado das decisões judiciais, prática vedada pelo art. 170-A do Código Tributário Nacional.

Assim, o direito da contribuinte escudado pelas ações judiciais ainda não foi definitivamente julgado pela Justiça, sendo, portanto, indevida a compensação declarada em GFIP nas competências referidas.

A compensação de valores discutidos judicialmente deve obedecer o que determina o CTN, no artigo 170-A:

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.

Observa-se que na época da realização das compensações o referido processo ainda não havia sido definitivamente julgado.

Dessa feita, em que pese o fato de haver discussão judicial acerca da incidência de contribuições previdenciárias sobre algumas verbas pagas a empregados, tem-se que não há nos autos nenhuma decisão judicial que, contrariando a legislação tributária de regência, autorizasse o contribuinte a compensar valores decorrentes de discussão judicial ainda não transitada em julgado com contribuições apuradas, conforme realizou.

Portanto, em conformidade com o dispositivo citado, e em respeito à decisão judicial referida pela recorrente, as compensações, objeto de glosa por meio da autuação tratada no presente processo, foram efetuadas sem que, na oportunidade de sua realização, existissem créditos que lhes amparassem, devendo tais glosas serem mantidas. (Grifou-se)

Essa uma diferença fática, a meu ver, mostra-se suficiente para obstar o conhecimento do apelo recursal da Contribuinte.

Além disso, a circunstância retratada no paradigma, de haver precedente vinculante do STF em favor da tese defendida pelo contribuinte (RE 357.950), não encontra reflexo no julgado fustigado. É que, à época em que se emitiu a decisão recorrida, mesmo já existindo a sentença proferida nos autos do RE 1.230.957/RS, sob a sistemática do art. 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, essa sentença não tinha caráter definitivo, a atrair a aplicação do § 2º do art. 62 do Regimento Interno do CARF, porquanto o próprio STJ decidiu por sobrestar o *decisum* até a publicação da decisão de mérito a ser proferida pelo STF a respeito do Tema 985/STF (Recurso Extraordinário 1.072.485/PR):

RE nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.230.957 - RS (2011/0009683-6)

[...]

EMENTA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PATRONAL. INCIDÊNCIA SOBRE O TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. RECONHECIMENTO DA REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 985/STF. SOBRESTAMENTO.

DECISÃO

[...]

Ante o exposto, com fundamento no artigo 1.030, inciso III, do Código de Processo Civil, determino a manutenção do sobrestamento deste recurso extraordinário até a publicação da decisão de mérito a ser proferida pelo Supremo Tribunal Federal a respeito do Tema 985/STF (Recurso Extraordinário 1.072.485/PR) da sistemática da repercussão geral. (Grifou-se)

Além do que, tanto a decisão no REsp n.º 1.230.957/RS não tinha caráter definitivo que, em recente julgado sobre Tema 985/STF (Recurso Extraordinário 1.072.485/PR), a Suprema Corte reformou o entendimento do STJ, concluindo pela incidência da contribuição sobre o terço constitucional de férias, nos seguintes termos:

FÉRIAS – ACRÉSCIMO – CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – INCIDÊNCIA. É legítima a incidência de contribuição social, a cargo do empregador, sobre os valores pagos ao empregado a título de terço constitucional de férias gozadas.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em, apreciando o tema 985 da repercussão geral, prover parcialmente o recurso extraordinário interposto pela União, assentando a incidência de contribuição previdenciária sobre valores pagos pelo empregador a título de terço constitucional de férias gozadas e fixar a seguinte tese: “É legítima a incidência de contribuição social sobre o valor satisfeito a título de terço constitucional de férias”, nos termos do voto do relator e por maioria, em sessão virtual, realizada de 21 a 28 de agosto de 2020, presidida pelo Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Verifica-se, também com base nisso, inexistir a similitude fática necessária à instauração do dissenso interpretativo, visto que as decisões a que chegaram os julgados confrontados decorreram não de divergência de interpretação nas normas tributárias, mas de questões específicas inerentes a cada processo.

Descabe, assim, o reconhecimento de dissídio jurisprudencial, a ser dirimido pela via do Recurso Especial.

Conclusão

Diante do exposto, não conheço do Recurso Especial interposto pela Contribuinte.

(assinado digitalmente)

Mário Pereira de Pinho Filho