

Grillo: Sobre a trava legal às compensações de créditos do Tema 69

Com o julgamento dos embargos de declaração opostos no Recurso Extraordinário nº 574.706/PR, ocorrido perante o Supremo Tribunal Federal em maio passado, imaginou-se que seria o capítulo final de uma novela que durou mais de 20 anos para terminar, resultando no Tema 69 em grau de repercussão geral ("O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do Programa de Integração Social e da Cofins").



No entanto, a Receita Federal do Brasil (RFB), por meio de

sua força-tarefa denominada "auditoria de créditos oriundos de ações judiciais, informados em declarações de compensação, referentes à exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins", vem dando início aos procedimentos de verificação e homologação dos créditos judiciais sobre a matéria, habilitados, compensados e declarados pelos contribuintes deles titulares.

Tensionando ainda mais esse contexto, circulou nos últimos dias a existência de documento interno da Coordenação-Geral de Tributação (Cosit), juntado nos autos 5000538-78.2017.4.03.6110 em processo que tramita no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, logo após o Pretório Excelso ter publicado o acórdão dos mencionados embargos de declaração, indicando a orientação da RFB segundo a qual a parcela do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) que consta nas notas de entrada, ou seja, na tomada de crédito, também não poderia ser contabilizada.

Com essa postura conflitiva, típica de quem não aceita a derrota judicial, a RFB vem dando início à abertura dos procedimentos fiscalizatórios e, com isso, travando automaticamente as futuras compensações com o saldo remanescente de referidos créditos a título de PIS e Cofins. Na prática, os contribuintes que possuem decisões transitadas em julgado e créditos habilitados para compensação perante a própria RFB estão sendo impedidos de exercer esse direito mesmo após tantos anos de embate judicial, até que a verificação oficial seja finalizada — com a homologação expressa ou lavratura de auto de infração.

Ou seja, ao que tudo indica, ainda teremos mais judicialização a respeito desse desdobramento relativo à incabível imposição da *trava* às compensações de créditos judiciais do PIS e Cofins decorrentes do Tema 69 STF.

Mencionada *trava legal* está prevista expressamente pelo artigo 74, §3º, VII, da Lei nº 9.430/1996, com a alteração promovida pelo artigo 6º, da Lei nº 13.670/2018, impondo a vedação à compensação do crédito objeto de pedido de restituição ou ressarcimento e o crédito informado em declaração de compensação cuja confirmação de liquidez e certeza esteja sob procedimento fiscal.

Ou seja, aqueles sujeitos passivos que tiverem realizado procedimento de compensação de indébito tributários federais estão, a partir da vigência dessa limitação legal, impedidos de realizar novas compensações caso estejam sob procedimento de fiscalização por parte da RFB. Assim, somente poderão ser retomadas as compensações após encerrada a fiscalização fazendária.

Ocorre que a *trava legal* em questão, imposta pelo artigo 74, §3º, VII, da Lei nº 9.430/1996, configura *regra geral* que não se aplica ao regime jurídico específico dos créditos judiciais decorrentes da Tese 69 da repercussão geral fixada pelo pretório STF no Recurso Extraordinário nº 574.706/PR. Isso em função do disposto pelos artigos 19, VI e 19-E, III, §1º, ambos da Lei nº 10.522/2002, combinados com o Parecer SEI nº 7698/2021/ME.

Seguindo o disposto nesses artigos 19, VI, e 19-E, III, §1º, da Lei nº 10.522/2002, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), por meio de sua Procuradoria-Geral Adjunta de Consultoria e Estratégia da Representação Judicial — Coordenação-Geral da Representação Judicial da Fazenda Nacional — Coordenação de Consultoria Judicial, expediu o acima referido Parecer SEI nº 7698/2021/ME.

Pelo disposto nos artigos 19, VI, e 19-E, III, §1º, da Lei nº 10.522/2002, tem-se, no regime normativo específico e excepcional à regra geral, os créditos judiciais decorrentes de ações individuais albergadas pelo Tema 69 do STF não podem se valer de entendimento divergente daquele ao qual estão vinculados objetivamente pelo *Parecer SEI nº 7698/2021/ME, inclusive para fins de revisão de ofício do lançamento* e de repetição de indébito administrativa.

Mencionado parecer SEI é direto e não comporta interpretações fiscalistas pela RFB: *"Essa orientação é relevante para que a Secretaria Especial da Receita Federal passe a observar, quanto ao tema, o teor artigo 19-A, III e §1º da Lei nº 10.522/2002, de maneira que não mais sejam constituídos créditos tributários em contrariedade à referida determinação do Supremo Tribunal Federal, bem como que sejam adotadas as orientações da Suprema Corte para fins de revisão de ofício de lançamento e repetição de indébito no âmbito administrativo"*.

O parecer em questão tem caráter vinculante e não pode ser considerado pela RFB em suas fiscalizações como meramente sugestivo. O mesmo é determinante e vinculativo a todos os auditores fiscais da RFB, tornando a imposição da famigerada *trava legal* ato abusivo e sem validade jurídica, resultando em coação administrativa explícita.

Deve-se ressaltar que não se está impedindo — ou, até mesmo, questionando — que a RFB exerça seu *poder-dever* fiscalizatório, ao contrário; consoante disposto no artigo 150, §§1º e 4º, do Código Tributário Nacional (CTN), a administração tributária dispõe de cinco anos para homologar referida compensação do PIS e Cofins, contados do efetivo encontro de contas decorrente do envio dos respectivos formulários PERD/COMP, eis que o direito compensatório está gravado por condição resolutiva até sua efetiva homologação em referido prazo legal.

Com efeito, o regime jurídico imposto nos artigos 19, VI, e 19-E, III, §1º, por meio da Lei nº 10.522/2002, enquanto regramento especial afasta a imposição da *trava legal* prevista pelo artigo 74, §3º, VII, da Lei nº 9.430/1996, que é regra geral para as demais compensações. O *Parecer SEI nº 7698/2021/ME* tem caráter vinculante para a RFB e PFN por disposição expressa dos artigos 40, §2º, e 42, ambos da Lei Complementar nº 73/93, responsável pela disciplina jurídica dos pareceres da AGU e seus órgãos, entre eles a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN)

Segundo a precedência da matéria perante o STF, por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança nº 24.631/DF [\[1\]](#), o parecer jurídico tem a seguinte repercussão: "*Quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir*".

Em suma, *fechar os olhos* para a aplicação do disposto pelos artigos 19, VI, e 19-E, III, §1º, da Lei nº 10.522/2002, bem como artigos 40, §2º, e 42, ambos da Lei Complementar nº 73/93, permitindo a imposição automática e via sistema da *trava legal* objeto do artigo 74, §3º, VII, da Lei nº 9.430/1996, implica contrariedade direta ao princípio da legalidade, na tríplice acepção constitucional (artigo 5º, II; 37, *caput*; e também 150, I, CF88).

Da mesma forma, caso mantida a *trava legal* do artigo 74, §3º, VII, da Lei nº 9.430/1996, a incoerência da RFB estará evidenciada não só em relação ao corolário da legalidade, mas, ao mesmo tempo, da razoabilidade, proporcionalidade, praticabilidade, boa-fé e confiança legítima. Além, é claro, de ignorar a escoreita jurisprudência sobre a matéria perante os tribunais superiores.

Conclui-se, portanto, pela obrigatoriedade de que, independentemente da existência de procedimento de fiscalização em curso, a administração tributária federal (RFB) receba e processe normalmente todas as declarações de compensação apresentadas pelos contribuintes que tenham por objetivo compensar os créditos judiciais de sua titularidade, amparados na coisa julgada formal e material decorrentes de suas ações individuais transitadas em julgado, de acordo com o Tema 69 STF e o *Parecer SEI nº 7698/2021/ME*, eis que os artigos 19, VI, e 19-E, III, §1º, da Lei nº 10.522/2002 fixam regime normativo específico e excepcional à regra geral da *trava legal* imposta pelo artigo 74, §3º, VII, da Lei nº 9.430/1996.

[\[1\]](#)

STF, MS 24631, Relator ministro JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 09/08/2007, DJe-018 31-01-2008, PUBLIC 01-02-2008, EMENT VOL-02305-02 PP-00276, RTJ VOL-00204-01 PP-00250). Perante o Superior Tribunal de Justiça – STJ prevalece o mesmo entendimento: STJ, REsp 1094218/DF, Relatora ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 12/04/2011.

Date Created

01/09/2021