

Proposta 2 - Assegurar o direito de compensação exercido depois da decisão final da ação judicial

Síntese:

A propositura de ação judicial impede o exercício do direito de compensação (art. 170-A do CTN), razão pela qual é preciso assegurar ao contribuinte que, sobrevindo a decisão final, possa exercer o direito à compensação tal como poderia ter exercido na data da propositura da ação, alcançando o direito de crédito dos cinco anos anteriores à propositura, o que se aplica inclusive e especialmente em relação ao mandado de segurança, em relação ao qual se reconhece historicamente a possibilidade de pleitear o direito à compensação (Súmula 213/STJ).

Assim, o mandado de segurança destinado a assegurar o direito à compensação tributária segundo determinados critérios jurídicos, sem pretender a aferição ou certificação de valores, tem o efeito de permitir que, com o trânsito em julgado da decisão judicial que fixa tais critérios, o contribuinte possa apresentar o pedido administrativo de compensação tendo como objeto os créditos tributários dos cinco anos anteriores ao da impetração, tal como teria exercido tal direito caso não tivesse sido necessária a discussão judicial, em harmonia com a Súmula 213/STJ e com o art. 170-A do CTN, sem prejuízo do respeito aos aspectos instrumentais da legislação vigente na data do efetivo exercício da compensação administrativa (Tema Repetitivo 265).

Proposta:

Introdução do art. 170-B ao CTN

Art. 170-B. Ocorrendo o trânsito em julgado da decisão que reconhece o direito à compensação tributária, é assegurado o exercício da compensação em relação ao direito de crédito correspondente aos pagamentos realizados nos cinco anos anteriores à propositura da ação.

Justificativa:

Se por um lado a jurisprudência cristalizada do STJ é de que “*O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária*” (Súmula 213), de outro lado **o acesso ao Judiciário constitui impedimento categórico ao exercício do direito de compensar**, por disposição expressa do art. 170-A do CTN, segundo o qual “*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*”.

O contribuinte ou discute ou compensa. Se discutir, não pode ainda compensar.

A propositura do mandado de segurança impede o exercício do direito à compensação administrativa, até que ocorra o trânsito em julgado da decisão judicial.

A Súmula 213 trata das impetrações destinadas a fixar critérios jurídicos a serem observados na apuração do tributo, sem pretender determinar valores concretos.

Assim, a concretização, em números, do critério jurídico definido pela decisão judicial acontecerá quando o contribuinte apresentar o pedido administrativo com a subsequente análise pelo Fisco.

Para estes casos é preciso reconhecer e assegurar que, encerrada a discussão judicial, a compensação contenha o crédito a que o contribuinte teria direito na data da impetração

- correspondendo aos indébito dos 5 anos anteriores à impetração - tal como seria exercido não fosse a necessidade de discussão judicial.

Com efeito, a quase totalidade dos mandados de segurança são impetrados pelos contribuintes para a definição de critérios jurídicos a serem considerados na apuração do tributo, sem pretender nenhuma certificação de valores concretos, cuja valoração será objeto de aferição pela própria Administração quando então o contribuinte apresentar o pedido administrativo.

Decorre do art. 170-A do CTN a necessidade de que seja preservado ao contribuinte o exercício do direito de compensação em relação aos 5 anos anteriores à propositura da ação, o qual fica apenas postergado para o momento em que se encerrar a açãp.

Isto implica assegurar que, com o trânsito em julgado, o pedido administrativo de compensação seja apresentado pelo contribuinte contendo os créditos tributário a que teria direito na data da impetração - correspondendo aos créditos referentes aos 5 anos anteriores à impetração -, tal como poderia ter exercido não fosse a necessidade de discussão judicial.

O **conteúdo** da compensação, portanto, é necessariamente o crédito que ela veicularia caso tivesse sido exercida no momento próprio, **sem prejuízo**, contudo, de que os **requisitos** instrumentais para o pedido sejam aqueles previstos na legislação vigente quando da data de sua efetiva apresentação, tal como definido no Tema Repetitivo 265 (RESP 1137738).

Pesquisadores:

Ivan Allegretti - Doutorando e Mestre pela USP. Ex-Conselheiro do CARF. Professor da Pós-Graduação e da Graduação do IDP. Advogado em Brasília. Pesquisador do Observatório de Macrolitigância Fiscal e Aditus Iure (IDP).