



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

Processo nº 10980.006615/2003-68
Recurso nº 138.186 Voluntário
Acórdão nº **3802-00.271 – 2ª Turma Especial**
Sessão de 29 de setembro de 2010
Matéria PIS
Recorrente Material para Cobertura IRKA Ltda.
Recorrida DRJ de Curitiba/PR

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/2003 a 31/03/2003

PRELIMINAR. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NEGATIVA DE PROVA PERICIAL. AUSÊNCIA DE REQUISITOS LEGAIS. PRESCINDIBILIDADE.

Considera-se não formulado o pedido de perícia que não atenda aos requisitos legais. Ademais, o indeferimento de prova pericial prescindível guarda consonância com o ordenamento jurídico, inexistindo assim cerceamento do direito de defesa.

TESES E PEDIDOS. PROCESSO DIVERSO. NÃO CONHECIMENTO.

Não se toma conhecimento de teses suscitadas e pedidos formulados relativos a outro processo administrativo em curso.

COMPENSAÇÃO INDEVIDA. TRIBUTO NÃO CONFESSADO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

Verificada a compensação indevida de tributo ou contribuição não lançado de ofício nem confessado, deve ser promovido, consoante legislação vigente à época, o lançamento de ofício do crédito tributário, não se aplicando, no presente caso, a suspensão da exigibilidade introduzida posteriormente pela Lei nº 10.833/03 que deu nova redação ao artigo 74 da Lei nº 9.430/96.

MULTA DE OFÍCIO. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE BENIGNA.

Afasta-se a multa de ofício, aplicada no patamar de 75%, por força do princípio da retroatividade benigna.

RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 2ª Turma Especial da Terceira Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, conhecer parcialmente do recurso para dar-lhe provimento apenas para excluir a multa de lançamento de ofício de 75%. Vencido o Conselheiro Adélcio Salvalágio unicamente no ponto em que, de ofício, reconhecia a suspensão da exigibilidade do crédito tributário em razão do respectivo processo de compensação ainda em curso.

(assinado digitalmente)

Regis Xavier Holanda - Presidente

(assinado digitalmente)

Francisco José Barroso Rios - Redator *ad hoc* (art. 17, inciso III, do Anexo II do RICARF)

EDITADO EM: 14/11/2011

Participaram, ainda, da presente sessão de julgamento, os Conselheiros Adélcio Salvalágio (Relator), Alex Oliveira Rodrigues de Lima, Mara Cristina Sifuentes e Tatiana Midori Migiyama.

Relatório

O Relatório abaixo foi apresentado pelo Conselheiro Adélcio Salvalágio na sessão em que houve o julgamento do feito:

Trata-se de processo administrativo instaurado, na data de 26/01/2007 (fl. 01), por **Material para Cobertura Irka Ltda.**, buscando a anulação do auto de infração de fls. 23-25.

Por descrever satisfatoriamente os acontecimentos até aquela fase do feito, adoto parte do relatório da decisão da DRJ, ora recorrida:

“Trata o presente processo de auto de infração, às fls. 21/26, pelo qual se exige o recolhimento de R\$ 2.433,20 de contribuição para o Programa de Integração Social - PIS e R\$ 1.824,88 de multa de lançamento de ofício de 75%, essa segundo a previsão do art. 86, § 1º, da Lei nº 7.450, de 23 de dezembro de 1985, e art. 2º da Lei nº 7.683, de 02 de dezembro de 1988, e art. 44, I, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, além dos acréscimos legais.

A autuação, lavrada 16/07/2003 e cientificada em 25/07/2003 (fl. 23), ocorreu devido à falta de recolhimento da contribuição para o PIS dos períodos de apuração de 01/01/2003 a 31/03/2003, conforme demonstrativo de apuração de fl. 21 e de multa e juros de mora de fls. 22, tendo como fundamento legal: art. 1º e 3º da Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970; art. 2º, I, 3º, 8º, I, e 9º da Lei nº 9.715, de 25 de novembro de 1998; art. 2º e 3º da Lei nº 9.718/98.

À fl. 24, na Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal, é descrito que os valores devidos e não recolhidos foram objetos de Declaração de

Compensação através do Processo nº 10980.004499/2003-42, relativo a pagamento a maior ou indevido do PIS no período de janeiro a março de 1993 (fls. 58/59), sendo que, conforme Despacho Decisório de fls. 60/62, e ciência da contribuinte em 03/07/2003 (fl. 63), a referida Declaração de Compensação NÃO FOI HOMOLOGADA, tendo em vista o instituto da PRESCRIÇÃO previsto nos artigos 165, I, II e III e 168, I e II, do Código Tributário Nacional e Ato Declaratório SRF nº 96/1999. Diante disso, foram consideradas indevidas as vinculações declaradas em DCTF (fls. 16/18), bem como devidos os correspondentes débitos.” (fl. 65).

Como se vê, a recorrente solicitou, por meio do processo nº 10980.004499/2003-42, restituição seguida de compensação, cujos **CRÉDITOS** pleiteados, relativos ao PIS, pretendia compensar com **DÉBITOS** também do PIS dos períodos de apuração nos meses de janeiro à março/2003. Porém, a restituição foi indeferida nos termos do despacho decisório, sem número, constante nas fls. 7-9 destes autos, não se reconhecendo o direito creditório postulado, por conta da prescrição.

Nesse contexto, o Fisco, de ofício (fl. 24¹), promoveu o lançamento, representado pelo auto de infração, para cobrança do PIS dos períodos de apuração nos meses de janeiro à março/2003, acrescido de multa e juros de mora.

Insatisfeita, a empresa protocolou a impugnação de fls. 27-56, postulando, em síntese, a anulação do lançamento, redução da multa e, eventualmente, a realização de perícia.

Apreciando-a, a 3ª Turma da DRJ de Curitiba/PR, através do acórdão de fls. 64-71, negou provimento, mantendo-se o auto de infração.

O Acórdão recorrido estriba-se no entendimento de que “*uma vez não homologadas as compensações, pela autoridade administrativa competente, no instrumento próprio, tem-se o pressuposto, em âmbito administrativo, de que é indevida a pretensão de compensação. Mesmo que contra a não-homologação, no processo correspondente, haja a possibilidade de apresentação de manifestação de inconformidade, não há, administrativamente, o reconhecimento do direito creditório que confira à compensação o efeito de satisfazer o crédito fiscal de PIS **tornando-se obrigatória, por dever de ofício, nos termos do art. 142 e parágrafo único do CTN, A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DE LANÇAMENTO**, instrumento adequado para a Fazenda Pública garantir o interesse coletivo consubstanciado na exigência fiscal*” (fl. 68). Noutras palavras, para a DRJ, tendo sido recusado o pleito de restituição e, por conseguinte, a compensação buscada, é cabível o lançamento de ofício para constituir o crédito tributário compensado indevidamente.

Também ponderou que “*as contrariedades dirigidas às razões do despacho decisório de não homologação de compensação, devem ser apresentadas no processo administrativo correspondente, não podendo ser providas em sede de impugnação de lançamento de ofício por falta de recolhimento*” (fl. 64). Quanto a multa, anotou que “*presentes os pressupostos de exigência, cobra-se multa de ofício pelo percentual legalmente*” (fl. 64). E, finalmente, no tocante ao pedido de perícia, considerou-o como “*não formulado*”, vez que “*não atende aos requisitos legais*” (fl. 64).

¹ Fl. 24: “*Assim, procedemos o lançamento de ofício, conforme auto de infração lavrado nesta data com os devidos acréscimos legais*”.

A recorrente foi intimada a pagar o débito ou recorrer (fls. 72-4).

Apresentou, então, o recurso voluntário de fls. 75-93.

Sustenta, repisando em linhas gerais o que defendeu na impugnação, que:

(i) **PRELIMINARMENTE**, informa que postulou, na “*peça exordial perícia técnica, sob a forma de exame em sua documentação fiscal, a qual foi colocada à disposição do Julgador, com o fito de demonstrar os cálculos efetuados, bem como os índices utilizados para fins de correção monetária dos valores adjudicados. Entretanto, tal requerimento não recebeu acolhimento*” (fl. 76). Diante disso, advogou nulidade do julgamento de 1ª instância, por cerceamento do direito de defesa, diante do indeferimento do pedido de perícia;

NO MÉRITO,

(ii) inexistência de prescrição dos créditos declarados na compensação, porquanto o prazo para a recuperação de indébitos relativos a tributos lançados por homologação (PIS) seria de 10 anos (tese dos 5 + 5);

(iii) os créditos tributários, objeto da compensação, são devidos, pois decorrem do período de janeiro a março de 1993, quando recolheu a contribuição ao PIS “*tomando como base de cálculo a receita bruta operacional, nos termos dos Decretos-lei nº 2.445 e 2.449, de 1988, declarados inconstitucionais pelo Colendo Supremo Tribunal Federal com a confirmação do Senado Federal (Resolução n. 49) ao invés de tê-la recolhido sobre o faturamento do 6º mês anterior, de acordo com a Lei Complementar n. 07, de 1970.*” (fl. 86);

(iv) possui direito à compensação, tendo seguindo fielmente os procedimentos ditados na legislação ao formalizar o processo nº 10980.004499/2003-42 (processo da compensação). E que, “*em razão do recolhimento indevido de PIS, cobrado sob a imposição dos já citados Decretos-Lei inconstitucionais, procedeu a Recorrente à compensação deste valor pago a maior de PIS com débito do próprio PIS, nos termos da nova legislação que rege a matéria*” (fl. 89-90);

(v) impertinência da multa aplicada, no percentual de 75%, tratando-se de um confisco;

FINALIZA, pedindo o acolhimento do recurso, para anular a decisão recorrida, determinando o retorno dos autos à 1ª instância para a realização da perícia e posterior continuidade do feito; OU caso, afastada a preliminar, que seja, então, dado provimento ao recurso para cancelar o auto de infração; OU, que seja reformada a decisão para afastar a multa de 75% ou, quando menos, reduzi-la para uma patamar aceitável (fl. 93).

É O SUCINTO RELATO.

Voto Vencido

Conselheiro Francisco José Barroso Rios, redator *ad hoc* designado para formalizar a decisão, uma vez que o Conselheiro Relator, Adélcio Salvalágio, não mais compõe este colegiado, retratando hipótese de que trata o artigo 17, inciso III, do Anexo II, do Regimento Interno deste Conselho, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009:

Abaixo reproduzo integralmente voto apresentado pelo Conselheiro Relator na sessão do dia 29 de setembro de 2010, entendimento que não foi acompanhado pelos demais conselheiros somente quanto à suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do acórdão correspondente e do voto vencedor do Conselheiro Regis Holanda, colacionado na sequência:

“Conselheiro ADÉLCIO SALVALÁGIO, Relator

Cuida-se de recurso voluntário aparelhado contra acórdão da 3ª Turma da DRJ de Curitiba/PR, que, por unanimidade de votos, manteve o lançamento representado pelo auto de infração de fls. 23-5.

O recurso é tempestivo, consoante registra certidão de fl. 97, e satisfaz os requisitos formais de admissibilidade. Portanto, dele conheço em parte.

Colhe-se dos autos que a recorrente, através de outro processo, que tramita pelo nº 10980.004499/2003-43, postulou o reconhecimento de crédito tributário, decorrente de contribuições ao PIS, indevidamente recolhidas ou pagas a maior (fl. 24), no período de apuração de janeiro a março de 1993. Afirmou que este crédito, ainda que parcialmente, se destinaria a compensar o débito também da Contribuição ao PIS dos períodos de apuração dos meses de janeiro a março/2003.

Todavia, a DRF de Curitiba/PR, pelas razões contidas no despacho decisório, sem número, de fls. 7-9, indeferiu a compensação, ao entendimento de que teria se operado a prescrição. *Verbis*:

“Considerando-se as normas acima e tendo em vista que a presente Declaração de Compensação foi protocolada em 08/05/2003, e levando-se em conta o instituto da prescritibilidade, há que se observar se os créditos passíveis de compensação conexos com a declaração em análise, não estavam prescritos à época da protocolização da Declaração sob pena de sua não homologação.

(...)

A análise dos DARF'S anexados ao processo conexos com a alegação do interessado revela que os documentos de arrecadação DARF'S - código 6120 - FINSOCIAL já estavam PRESCRITOS à data de protocolização da Declaração de Compensação.” (fl. 8).

Indeferido o pedido de compensação, a autoridade fiscal, de ofício (fl. 24), lavrou o auto de infração ora atacado (fls. 23-5), promovendo o lançamento para cobrança da contribuição ao PIS, relativa aos períodos de apuração nos meses de janeiro a março/2003, acrescida da multa ofício de 75% e juros de mora.

No recurso voluntário de fls. 75-93, suscitam-se preliminar e teses de mérito. Analisemos separadamente cada uma.

I - DA PRELIMINAR

Informa a recorrente que postulou, na “peça exordial perícia técnica, sob a forma de exame em sua documentação fiscal, a qual foi colocada à disposição do Julgador, com o fito de demonstrar os cálculos efetuados, bem como os índices utilizados para fins de

correção monetária dos valores adjudicados. Entretanto, tal requerimento não recebeu acolhimento” (fl. 76). Diante disso, advogou nulidade do julgamento de 1ª instância, por cerceamento do direito de defesa, diante do indeferimento do pedido de perícia.

Tenho que não lhe assiste razão.

A propósito, essa questão restou analisada com propriedade na decisão recorrida e, por espelhar também meu entendimento, adoto-a, nesse trecho, como razões de decidir:

“No que tange à solicitação de prova pericial, o inciso IV, do art. 16, do Decreto nº 70.235, de 1972, com a redação dada pelo art. 1º da Lei n.º 8.748, de 9 de dezembro de 1993, determina seus requisitos essenciais, ao passo que o § 1º do mesmo art. 16 estabelece que se considera não-formulado o pedido que não atender a tais requisitos:

‘Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

IV- as diligência, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que a justifiquem, com a formulação de quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional de seu perito;

(...)

§ 1º. Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16. (...)’ (Grifou-se)

No caso, não identificado, como determina a norma, o perito da parte interessada, deve-se, em rigor, considerar não-formulado o pedido de perícia.

Outrossim, observa-se que o pedido da interessada é dirigido à confirmação da materialidade da compensação que alega, portanto, conforme já foi esclarecido, consiste em matéria a ser discutida no Processo Administrativo Fiscal nº 10980.004499/2003-42.

Ressalte-se, ainda, que dentre os quesitos a serem respondidos em procedimento de perícia, a autuada pretende seja indicado o momento a partir do qual a fiscalização começou a aplicar índices de atualização monetária no cálculo do montante do crédito tributário apurado no presente auto de infração, e, ainda, se está havendo cumulação de juros no montante sob exame.

Tais quesitos, todavia, são facilmente respondidos pelos demonstrativos integrantes do auto de infração em apreço (fls.21/22), que evidenciam a inexistência de atualização monetária dos débitos em litígio, bem como, por previsão legal, a cobrança de juros de mora com base na taxa SELIC, não cabendo, portanto, em âmbito administrativo, ponderar sobre o critério de cálculo utilizado na forma aplicada por determinação legal” (fls. 70-1).

De fato, o Decreto nº 70.235/72 (PAF), no art. 16, IV, expõe os requisitos do pedido de perícia. Este dispositivo anota que a impugnação mencionará as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito.

Contudo, no caso em testilha, não se avista pedido de perícia, que respeite os contornos da norma, formulado em 1º instância, juntamente com a impugnação. Nessa esteira, preconiza o § 1º, do referido dispositivo, que se considerara “*não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do artigo 16*”.

Como já se decidiu, “*é de se indeferir a solicitação de diligência que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16 do Decreto nº 70.235/72*”².

Nesse contexto, ao contrário do entendimento da recorrente, não se avista cerceamento ao seu direito de defesa. Vale dizer, o indeferimento da perícia em nada prejudicou sua defesa. Até porque, considerando que a análise técnica se destinava, basicamente, a examinar “sua documentação fiscal”, nada impedia que, por conta própria, tivesse trazido-a aos autos.

Assim, afasta-se a preliminar.

II - NO MÉRITO

TESES NÃO CONHECIDAS

De início, consigno que não se pode tomar conhecimento, no caso em julgamento, das teses suscitadas pela recorrente no tocante a: (i) não ocorrência da prescrição dos créditos declarados na compensação (tese dos 5 + 5); (ii) regularidade da origem dos créditos tributários; (iii) possuir direito à compensação, tendo seguindo fielmente os procedimentos ditados na legislação ao formalizar o processo nº 10980.004499/2003-42.

Essa discussão, por óbvio, é objeto do processo nº 10980.004499/2003-42. Logo, apreciá-la também aqui importa, claramente, em conhecer e analisar o mesmo pedido, em demandas distintas e concomitantemente em curso. A norma processual civil, que a meu sentir se aplica supletivamente aos processos administrativos, reconhece nesses casos a figura da litispendência. Vale dizer, no direito pátrio não se admite a multiplicidade de ações com a mesma natureza. Identificada a ocorrência, a ação posterior não é conhecida (CPC, arts. 267, V e 301).

Portanto, tenho que nesse particular andou com acerto a decisão recorrida, ao registrar que não conheceria esta matéria. *Verbis*: “*As contrariedades dirigidas às razões do despacho decisório de não homologação de compensação, devem ser apresentadas no processo administrativo correspondente, não podendo ser providas em sede de impugnação de lançamento de ofício por falta de recolhimento*” (fl. 64).

DA MULTA APLICADA

Insurge-se a recorrente contra a multa de ofício imposta no patamar de 75%, entendendo que é ilegal já que caracteriza confisco.

A multa deve ser afastada, ainda que por razões diversas.

A decisão da DRJ, nesse ponto, consigna que:

“Em relação à multa de ofício, o fundamento legal de regência, art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, expressa e objetivamente, prevê:

‘Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos artigos 71, 72 e 73 da Lei n. 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.’

Assim, a multa aplicada - calculada sobre o valor de contribuição cuja falta de recolhimento se apurou, hipótese tipificada, necessária e suficiente - está em consonância com a legislação que rege a matéria, sendo o percentual de 75% o legalmente previsto, independentemente da caracterização de dolo ou culpa.

Da mesma forma que em relação ao lançamento da contribuição, a aplicação da multa de ofício é devida, porquanto, em que pese a pretensão de compensação, por meio dela não se extinguiu o crédito tributário, em face do não-reconhecimento do crédito submetido à autoridade administrativa competente, restando presente a falta de recolhimento, pressuposto legal da penalidade.

E por conta do caráter vinculado da atividade fiscal, quaisquer pedidos ou alegações que ultrapassem a análise de conformidade do ato administrativo de lançamento com as normas legais vigentes - como as suposições relativas a confisco - somente podem ser reconhecidos pela via competente, o Poder Judiciário.

Sintetizando, em procedimento administrativo fiscal, basta, ao convencimento da autoridade julgadora, a norma jurídica vigente e apta a incidir (eficácia potencial); se válida ou não, já é questionamento a ser apreciado pelo judiciário e, mesmo assim, para que a tutela beneficie a contribuinte deve ser ela parte interessada na contenda judicial ou, se não, deve referida tutela emanar, em última análise, do Supremo Tribunal Federal, segundo os termos do Decreto nº 2.346, de 1997” (fls. 69-70).

Contudo, em face do princípio da retroatividade benigna, previsto no art. 106, II, alínea “c”, do CTN, é cabível a exoneração da multa de ofício.

Sirvo-me dos fundamentos constantes do Acórdão nº 14-14.742 da 4ª Turma, da DRJ de Ribeirão Preto/SP, em julgamento de 26/01/2007, proferido nos autos do processo nº 13888.001401/2003-41, da empresa *Silveira Distribuidora de Calçados Ltda*:

“No tocante à multa lançada, a legislação tributária vigente à época do lançamento determinava o lançamento de ofício das diferenças de tributos declarados como extintos ou suspensos, cuja extinção/suspensão não houvesse sido comprovada, conforme disposto no art. 90 da Medida Provisória (MP) nº 2.158-35, de 2001, que assim estabelece:

Art. 90. Serão objeto de lançamento de ofício as diferenças apuradas, em declaração prestada pelo sujeito passivo decorrentes de pagamento, parcelamento, compensação ou suspensão de exigibilidade, indevidos ou não comprovados, relativamente aos tributos e às contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal.

Por conseguinte, constatadas as irregularidades de recolhimento/declaração de tributos e contribuições administrados pela SRF, caberia à fiscalização efetuar o lançamento da importância não recolhida, aplicando a multa de ofício prevista no inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, a seguir reproduzido:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributos ou contribuição.

1 - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento após o vencimento do premo, sem o acréscimo de multa moratória de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

Cumpra observar, todavia, o entendimento da Secretaria da Receita Federal, de que no julgamento dos processos pendentes, cujo crédito tributário tenha sido constituído com base no art. 90 da MP nº 2.158-35, as multas de ofício exigidas juntamente com as diferenças lançadas devem ser exoneradas pela aplicação retroativa do caput do art. 18 da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, desde que essas penalidades não tenham sido fundamentadas nas hipóteses versadas no caput desse artigo:

Art. 18. O lançamento de ofício de que trata o art. 90 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, limitar-se-á à imposição de multa isolada sobre as diferenças apuradas decorrentes de compensação indevida e aplicar-se-á unicamente nas hipóteses de o crédito ou o débito não ser passível de compensação por expressa disposição legal, de o crédito ser de natureza não tributária, ou em que ficar caracterizada a prática das infrações previstas nos art. 71 a 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964.

A presente irregularidade não caracteriza compensação indevida, conforme as hipóteses previstas no art. 18 da Lei nº 10.833, de 2003, pelo que deixa de ser aplicável a imposição de multa de ofício sobre as diferenças devidas.

Assim, em face do princípio da retroatividade benigna, consagrado no art. 106, II, c, da Lei nº 5.172, de 25/10/1966 – CTN – há que se proceder à exoneração da multa de ofício aplicada sobre hipótese de incidência que a legislação vigente não mais enquadra como passível de imposição de penalidade”.

O caso acima teve a seguinte ementa, na parte que aqui interessa:

“MULTA DE OFÍCIO. RETROATIVIDADE BENIGNA. EXONERAÇÃO. Exonera-se a multa de ofício imposta sobre diferença apurada em débito declarado na DCTF, tendo em vista a retroatividade benigna do caput do art. 18 da Lei nº10.833, de 2003” (4ª Turma da DRJ de Ribeirão Preto, Acórdão nº 14-14.742, julgamento de 26/01/2007, processo nº 13888.001401/2003-41, Rel. Luis Sérgio Borges Fantacini).

A propósito, no mesmo sentido também já decidiu a 2ª Turma da DRJ de Campinas/SP, no processo nº 13884.004220/2003-15:

“LANÇAMENTO DE OFÍCIO. MULTA DE OFÍCIO. RETROATIVIDADE BENIGNA.

Tratando de lançamento de ofício para a formalização de crédito tributário já informando em declaração capaz de configurar a confissão da dívida, deve ser excluída a multa de ofício, face ao instituto da retroatividade benigna, sempre que não tenha sido verificada a prática das infrações previstas nos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964” (Acórdão DRJ/CPS nº 12.426, de 10 de março de 1006).

Importante destacar, para bem evidenciar a aplicação análoga do princípio da retroatividade benigna aos processos aqui destacados, as datas de cada um dos autos de infração:

Processo nº	Data do auto de infração	Órgão julgador
10980.006615/2003-68	16/07/2003	Caso em julgamento
13888.001401/2003-41	17/06/2003	4ª Turma, DRJ/Ribeirão Preto/SP
13884.004220/2003-15	15/10/2003	2ª Turma, DRJ de Campinas/SP

Cita-se, ainda, decisão do Poder Judiciário:

“TRIBUTÁRIO. MULTA ISOLADA. REVOGAÇÃO. ARTIGO 44 DA LEI Nº 9.430/96. 1. Da leitura do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, na antiga redação e na atual, infere-se que houve revogação da penalidade de 75%, relativamente à multa incidente no caso de recolhimento do tributo em atraso, sem o acréscimo de multa (art. 44, § 1º, II). 2. Por força da retroatividade benigna prevista no artigo 106, II, do CTN, uma vez que o recolhimento de tributo em atraso sem a multa de mora deixou de configurar infração passível de aplicação da multa de ofício, deve ser excluída da execução fiscal tal penalidade” (TRF da 4ª R., 2ª T., APELREEX nº 200570000317196, Relator(a) Luciane Amaral Corrêa Münch, D.E. 20/01/2010).

Assim, fica excluída do lançamento a multa de 75%.

DO LANÇAMENTO PARA PREVENIR DECADÊNCIA – suspensão da exigibilidade

Por outra bamba, tenho que a conduta do fisco de efetuar de ofício o lançamento, no caso concreto, mostrou-se razoável à época, ainda que unicamente para prevenir a decadência. O proceder constituiu-se meramente numa cautela para evitar eventual perda do seu direito de constituir o crédito tributário, já que pelo tempo de trâmite do processo

nº 10980-004499/2003-42, onde se discutiu a existência do tal crédito a compensar, poderia, ao seu final, ter passado mais de 5 anos da ocorrência do fato gerador, inviabilizando o recolhimento do tributo. Nesse contexto, há que se apreender que o lançamento teve por propósito unicamente prevenir a decadência, prosseguindo-se na exigência do tributo apenas e tão-somente se não reconhecido o direito à compensação ou, ainda que reconhecido, o crédito declarado for insuficiente para a quitação do débito representado pelo PIS do período indicado.

Para ilustrar:

*“AÇÃO JUDICIAL. **LANÇAMENTO DE OFÍCIO** - O artigo 63 da Lei nº 9.430, de 1996, com a redação conferida pela MP nº 2.158-35, de 2001, é cristalino ao estabelecer que o Fisco pode, e deve, promover o lançamento de ofício para evitar a caducidade de seu direito potestativo, ainda que o sujeito passivo esteja sob o amparo de medida liminar ou de tutela antecipada, desde que não haja proibição judicial ao ato administrativo em referência” (1º Conselho, 3ª Câmara, RV nº 156.216, Processo nº 13808.001590/00-81, Data da Sessão: 29/03/2007, Relator: Flávio Franco Corrêa, Acórdão nº 103-22945).*

Não se tem notícia, nestes autos, acerca do desfecho do processo de compensação nº 10980.004499/2003-42, bem como do processo nº 10980.004497-53 (referido na fl. 8). Também não se conseguiu levar, no site do CARF, qualquer informação a respeito. Segundo a Chefe de Serviço da 3ª Seção/CARF (Sra. Cleuza Takafuji), respondendo a uma consulta que fiz³, “o último andamento dos dois processos foi dado em 4/8/2003, da Seção de Orientação e Análise Tributária da DRFB em Curitiba/PR para a Equipe de Liq. Rest./Comp. Ressarcimento daquela DRFB. Ambos foram protocolados na Gerência Regional de Administração do Ministério da Fazenda naquele estado: o primeiro, em 8/4/2003, e o segundo, em 8/5/2003. Após o protocolo, foram remetidos à DRFB em Curitiba, sem movimentação para nenhum outro órgão”.

Inobstante, como bem pontuou o julgador da 5ª Turma, da DRJ/Ribeirão Preto, *Alessandro Vaine*, em despacho lançado nos autos do processo nº 13830.001117/2003-

³. Resposta da Sra. Cleuza:

Dr. Adélcio,

Boa noite!

O último andamento dos dois processos foi dado em 4/8/2003, da Seção de Orientação e Análise Tributária da DRFB em Curitiba/Pr para a Equipe de Liq. Rest./Comp. Ressarcimento daquela DRFB.

Ambos foram protocolados na Gerência Regional de Administração do Ministério da Fazenda naquele estado: o primeiro, em 8/4/2003, e o segundo, em 8/5/2003.

Após o protocolo, foram remetidos à DRFB em Curitiba, sem movimentação para nenhum outro órgão.

Cleuza

Adelcio Salvalagio escreveu:

Prezada Cleuza,

Boa noite.!

Preciso de um apoio seu.

Estou relatando o processo nº 10980.006615/2003-68, da empresa “Material para Cobertura Irka Ltda.”,

Contudo, este feito é vinculado a outros processos desta mesma empresa, a saber:

- 10980.004499/2003-42;
- 10980.004497/2003-53.

Para finalizar meus estudos, necessito saber o desfecho destes dois casos. Tentei pelo site do CARF. Não tive êxito. Você pode me auxiliar, respondendo, basicamente, o que ocorreu com estes outros dois processos?

Agradeço.

Adélcio: Autenticado digitalmente em 14/11/2011 por FRANCISCO JOSE BARROSO RIOS, Assinado digitalmente em 14/

31 (recorrente: *Distribuidora de Veículos Pompeiana Ltda.*), este processo de compensação representa uma “**questão prejudicial** que, embora não esteja em julgamento, nem faça parte do mérito dos presentes autos, **se coloca como antecedente lógico da decisão a ser proferida**. Por decorrer a autuação de compensação indevida, resultado do indeferimento de pedido de restituição/compensação, com trâmite processual em separado, **a decisão acerca da exação ora impugnada depende diretamente da decisão definitiva proferida no processo de compensação (...)**”.

E, complementando o raciocínio, anotou *Alessandro Vaine* que, uma vez proferida decisão em 2ª instância favorável ao contribuinte, no tal **processo de compensação**, caberá identificar “**a existência de eventual saldo remanescente dos valores que integram o crédito tributário objeto do lançamento recorrido, procedendo-se à retificação do auto de infração**, se for o caso. Tal averiguação independe da intempestividade da impugnação apresentada, já que seu escopo é assegurar perfeita correspondência entre a decisão definitiva sobre o procedimento de compensação referido, e o auto de infração dele decorrente, **evitando-se situação absurda de se reconhecer a validade da compensação em um processo e, em outro, exigir o tributo correspondente ao crédito tributário extinto**, ausentes os pressupostos de certeza e liquidez.”

Caso não se tenha reconhecido o direito à compensação, em decisão definitivamente julgada, nos autos do processo de compensação nº 10980.004499/2003-42, o auto de infração tratado no processo ora em julgamento permanecerá hígido e apto a cobrança do crédito nele estampado.

De outro lado, não se desconhece que ao tempo do lançamento, como bem acentuou a decisão recorrida, inexistia norma autorizadora da suspensão da exigibilidade do débito compensado, enquanto pendente discussão acerca do direito do crédito tributário alegado pelo contribuinte. Contudo, essa não é a realidade nos dias de hoje. Com a edição da Medida Provisória nº 135, de 31 de outubro de 2003 (convertida na Lei nº 10.833, publicada em 30/12/2003), e a alteração promovida por seu art. 17 no art. 74 da Lei nº 9.430/96, esse cenário se alterou.

Nesse sentido, informa o art. 74, da Lei nº 9.430, que o “*O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão*”.

E o § único, do mesmo artigo 74, incluído pela Lei nº 10.833, de 2003, dispõe que “*a manifestação de inconformidade e o recurso de que tratam os §§ 9º e 10 obedecerão ao rito processual do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, e enquadram-se no disposto no inciso III do art. 151 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, relativamente ao débito objeto da compensação*”.

De seu turno, informa o art. 151, III, do CTN, que “**SUSPENDEM a exigibilidade do crédito tributário** as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo.”

Portanto, atualmente, a manifestação de inconformidade às DRJ's e o recurso voluntário ao CARF, ofertados contra a não-homologação de compensação, suspendem a exigibilidade do débito compensado. Essa situação, repito, não existia à época do lançamento

tratado neste processo. O lançamento é de 16/07/2003 (fl. 23 – data em que foi emitido o auto de infração), enquanto que a novel legislação somente passou a vigorar a partir de 31/10/2003, que é a data da MP nº 135. Assim, poder-se-ia cogitar na existência de duas situações: **UMA**, para débitos compensados antes de 31/10/2003 (como é o caso destes autos), sendo, em princípio, inaplicável a suspensão da exigibilidade; **OUTRA**, para débitos compensados APÓS 31/10/2003, quando possível a suspensão da exigibilidade.

A meu sentir, não se pode conferir tratamento diverso para situações absolutamente idênticas. Entendem alguns, para fazer a diferenciação, que a suspensão da exigibilidade do débito somente é possível após 31/10/2003, porquanto apenas a partir desta data, motivada pela edição da MP nº 135, é que a declaração de compensação, feita pelo contribuinte, passou a ter caráter de confissão de dívida. Ouso, *data maxima venia*, discordar. Não me parece inteiramente acertado esse raciocínio. Ora, para efetivar a compensação, em qualquer tempo, mesmo antes da edição da referida MP, parece-me inegável que o contribuinte, ao informar o débito a compensar, parte, necessariamente, da premissa de que o valor, de fato, é devido. Ou seja, partilho da opinião que o pedido de compensação acarreta, intrinsecamente, um reconhecimento de débito, mesmo que desprovido do caráter de confissão, que de fato não possui.

Assim, ainda que somente com a MP nº 135 se tenha, efetivamente, conferido caráter de confissão de dívida à “declaração de compensação formulada pelo contribuinte”, não vejo óbice, sob este prisma, a reconhecer, também para pedidos de compensação formulados anteriormente a edição da referida norma, vale dizer, antes de 31/10/2003 (como é o caso dos autos), a possibilidade de suspensão da exigibilidade do crédito lançado.

Valho-me de mais um fundamento para corroborar este entendimento.

Sabe-se que uma nova norma adjetiva, isto é, de natureza processual, tão logo publicada e existente no mundo jurídico, aplica-se aos processos em curso. Significa dizer, então, que apanha os feitos pendentes no estado em que eles se acham, submetendo-os à nova regulamentação. “*As normas de direito processual, dada sua natureza de ordem pública, têm aplicação imediata, atingindo, inclusive, os processos pendentes de julgamento (...)*”⁴.

A meu sentir, pelo menos esta parte da MP nº 135, depois convertida na Lei nº 10.833/2003, e a alteração promovida por seu art. 17 no art. 74 da Lei nº 9.430/96, tem natureza de norma processual. Portanto, também sob esse ângulo de análise, parece razoável aplicar-se a suspensão da exigibilidade para créditos lançados antes de 31/10/2003, desde que esteja pendente discussão acerca da existência (ou não) do alegado crédito declarado pelo contribuinte. Noutras palavras, o processo esteja em curso. Ou, com maior razão ainda, que já se tenha reconhecido, em decisão definitiva, a existência do tal crédito, como é o caso destes autos.

Consequentemente, há que se reconhecer, **de ofício**, que a exigibilidade do crédito representado pelo auto de infração tratado nestes autos DEVE SER SUSPENSA até que se encerre o debate acerca do pedido de compensação, travado nos autos do processo nº 10980.004499/2003-42. Caso reconhecido o direito ao crédito postulado pela recorrente (ganho de causa, no referido feito), então haverá de se analisar o mérito do pedido de compensação na

⁴ STJ, 6ª T., REsp nº 674.319, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ data: 03/10/2005, p. 351;

DRF de origem e, na hipótese de se declarar extinta a cobrança do PIS do período lançado (janeiro a março/2003), então, o crédito tributário representado pelo auto de infração NÃO poderá ser cobrado. Do contrário, afastada a compensação, ainda que parcialmente, ou inexistindo o direito ao crédito, o saldo do crédito tributário representado pelo auto de infração de fls. 23-5, com seus acréscimos, poderá ser exigido, fazendo-se, então, as devidas retificações no lançamento.

CONCLUSÃO

COM ESSES FUNDAMENTOS, conheço em parte do recurso, presente os requisitos de admissibilidade, e dou provimento apenas para excluir a multa de ofício, no patamar de 75%; no restante, embora mantido o lançamento, **há que se reconhecer de ofício**, que a exigibilidade do crédito tributário acha-se suspensa, devendo se aguardar o desfecho do processo de compensação, nos termos da fundamentação acima.

Sala das Sessões, em 29 de setembro de 2010

Adécio Salvalágio”

Este, portanto, foi o entendimento defendido pelo Conselheiro Relator na ocasião em que o feito foi julgado, entendimento o qual fica aqui por mim consignado, por força do disposto no artigo 17, inciso III, do Anexo II, do Regimento Interno deste Conselho, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009.

Contudo, o voto em tela, como dito, não foi acompanhado pelos demais Conselheiros – dentre os quais me incluo – unicamente no que concerne à defendida suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Nesse âmbito, seguimos o pensamento do Conselheiro Regis Xavier Holanda, no sentido de dar provimento em parte ao recurso apenas para excluir a multa de ofício de 75%, nos termos de seu voto vencedor, abaixo assentado.

(assinado digitalmente)

Francisco José Barroso Rios - Redator *ad hoc*

Voto Vencedor

Conselheiro Regis Xavier Holanda, Redator.

Com a devida vênia do i. relator, a divergência inaugurada cinge-se ao não reconhecimento, no presente caso, da suspensão da exigibilidade introduzida posteriormente pela Lei nº 10.833/03 que deu nova redação ao artigo 74 da Lei nº 9.430/96.

Verificada a compensação indevida de tributo ou contribuição não lançado de ofício nem confessado, deveria ser promovido, consoante legislação vigente à época, o lançamento de ofício do crédito tributário.

Anote-se que, ao tempo do lançamento, inexistia norma autorizadora da suspensão da exigibilidade do débito compensado, enquanto pendente discussão acerca do direito do crédito tributário alegado pelo contribuinte.

Com efeito, a suspensão da exigibilidade do débito somente tornou-se possível em 31/10/2003, porquanto apenas a partir desta data, motivada pela edição da MP nº 135 – convertida na Lei nº 10.833/03 – é que a declaração de compensação, feita pelo contribuinte, passou a ter caráter de confissão de dívida e ser instrumento hábil e suficiente para a exigência dos débitos indevidamente compensados.

Vejamos o teor do artigo 74 da Lei nº 9.430/96 com as alterações promovidas pela legislação superveniente, *in verbis*:

“Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão. (Redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002) (Vide Decreto nº 7.212, de 2010)”

.....

§ 5º O prazo para homologação da compensação declarada pelo sujeito passivo será de 5 (cinco) anos, contado da data da entrega da declaração de compensação. (Redação dada pela Lei nº 10.833, de 2003)

§ 6º A declaração de compensação constitui confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência dos débitos indevidamente compensados. (Incluído pela Lei nº 10.833, de 2003)

§ 7º Não homologada a compensação, a autoridade administrativa deverá cientificar o sujeito passivo e intimá-lo a efetuar, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da ciência do ato que não a homologou, o pagamento dos débitos indevidamente compensados. (Incluído pela Lei nº 10.833, de 2003)

§ 8º Não efetuado o pagamento no prazo previsto no § 7º, o débito será encaminhado à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para inscrição em Dívida Ativa da União, ressalvado o disposto no § 9º. (Incluído pela Lei nº 10.833, de 2003)

§ 9º É facultado ao sujeito passivo, no prazo referido no § 7º, apresentar manifestação de inconformidade contra a não-homologação da compensação. (Incluído pela Lei nº 10.833, de 2003)

§ 10. Da decisão que julgar improcedente a manifestação de inconformidade caberá recurso ao Conselho de Contribuintes. (Incluído pela Lei nº 10.833, de 2003)

§ 11. A manifestação de inconformidade e o recurso de que tratam os §§ 9º e 10 obedecerão ao rito processual do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, e enquadrar-se no disposto no inciso III do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de

outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, relativamente ao débito objeto da compensação. (Incluído pela Lei nº 10.833, de 2003)

.....”

Também a meu sentir, as disposições normativas acima tratadas têm natureza de norma processual. Todavia, a lei nova não retroage para modificar os atos processuais já praticados.

Segundo a doutrina, o tema tem o seguinte significado e alcance:

"As leis processuais brasileiras estão sujeitas às normas relativas à eficácia temporal das leis, constantes da Lei de Introdução ao Código Civil (...). A lei processual em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (LICC, art.6o.). A própria Constituição Federal assegura a estabilidade dessas situações consumadas em face da lei nova (art. 5o., inc. XXXVI)... A questão coloca-se pois apenas no tocante aos processos em curso por ocasião do início da vigência da lei nova. Diante do problema, três diferentes sistemas poderiam hipoteticamente ter aplicação: a) o da unidade processual, segundo o qual, apesar de se desdobrar em uma série de atos diversos, o processo apresenta tal unidade que somente poderia ser regulado por uma única lei, a nova ou a velha, de modo que a velha teria de se impor para não ocorrer retroação da nova, com prejuízo dos atos já praticados até a sua vigência; b) o das fases processuais, para o qual distinguir-se-iam fases processuais autônomas (postulatória, ordinatória, instrutória, decisória e recursal), cada uma suscetível, de per si, de ser disciplinada por uma lei diferente; c) a do isolamento dos atos processuais, no qual a lei nova não atinge os atos processuais já praticados, nem seus efeitos, mas se aplica aos atos processuais a praticar, sem limitações relativas às chamadas fases processuais. Este último sistema tem contado com a adesão da maioria dos autores e foi expressamente consagrado pelo art. 2º do Código de Processo Penal: " a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior". E, conforme entendimento de geral aceitação pela doutrina brasileira, o dispositivo transcrito contém um princípio geral de direito processual intertemporal que também se aplica, como preceito de superdireito, às normas de direito processual civil" (Ada Pellegrini Grinover /Cândido R. Dinamarco /Antônio Carlos A Cintra- Teoria Geral do Processo-21a. Ed., 2005, Malheiros: São Paulo, p.100-102).

Por conseguinte, vigente a nova lei processual, aplica-se imediatamente a todos os processos em andamento, bem como aos que se iniciem, atendendo-se ao princípio *tempus regit actum*, tendo como referência a prática do ato processual.

Segundo lição de Teresa Arruda Alvim Wambier em sua obra "Os agravos no CPC Brasileiro, 4ª Ed. ampliada de acordo com a Lei 11.187/05, 2006, RT: São Paulo, p. 617-625, o princípio da não retroação da nova lei processual nos atos do processo já praticados ou consumados tem a seguinte disciplina:

"As normas jurídicas, em princípio, regem as situações fáticas que ocorrem enquanto elas (normas) estão em vigor. Portanto, as normas jurídicas disciplinam situações que ocorrem no mundo empírico, no espaço que vai desde o momento em que entram em vigor até aquele em que foram tácita ou expressamente revogadas. Assim, e em princípio, as leis passam a reger os atos imediatamente, ou seja, a

partir do momento em que passam a ser leis vigentes. Não são disciplinados pela lei nova fatos que ocorreram no passado, nem fatos que no futuro terão lugar, depois da sua (da lei) revogação. A lei, de regra, se aplica ao presente. Daí nossa receptividade à noção de direito adquirido processual, tão utilizada por Galeno Lacerda, em seu primoroso trabalho sobre direito intertemporal. (...) Dessas observações, feitas por um dos nossos autores clássicos no que diz respeito ao direito intertemporal, pode-se, com a devida vênia dos que em contrário pensam, inferir o seguinte: é insuportável a idéia de que as partes possam ser legitimamente "surpreendidas" com a lei nova, incidente em processo pendente. Essa insuportabilidade é tanto jurídica quanto política - já que incompatível com o Estado de Direito -, e, como diz sabidamente o autor referido, é também "popularmente" intolerável (referindo-se ao autor Rubens Limongi França). Assim, a lei nova, ao incidir em processo pendente, não pode causar surpresas. Essa proteção à situação das partes acaba por ligar-se inexoravelmente a uma figura, se não idêntica, análoga à do direito adquirido. Atentar aos princípios que inspiram a lei e ao sistema político em que vivemos é o único modo de o jurista não se tornar verdadeiro prisioneiro de jogos de palavras, em que vence o participante mais hábil. Veja-se, por exemplo, a expressão "incidência imediata" em confronto com "situação consumada"; alterada norma que diga respeito a recurso, esta alteração atinge recurso já interposto, ou seja, recurso interposto em situação consolidada? A nosso ver, deve-se optar pela resposta que prestigie de modo mais incisivo e veemente os valores segurança e previsibilidade, que são verdadeiras finalidades do direito, considerado atemporalmente. Na esfera dos recursos, parece que realmente essa aplicação imediata não pode significar senão que o novo regime seja aplicável aos casos em que a decisão se tenha tornado recorível já na vigência da nova lei. Assim, se a lei nova passa a vigorar, tendo sido já prolatada a decisão, ainda em curso prazo para a interposição do recurso, este deve ser interposto no antigo regime. O recurso segue o regime da lei vigente à época da prolação da decisão. Assim, entendemos que o dia em que a decisão é proferida é o que determina a lei que deve incidir (...) Há, portanto, identidade cronológica, entre o conhecimento do ato decisório (referindo-se ao primeiro grau) e sua publicidade; é a publicidade que revela o conteúdo do ato sentencial, que é escrito (...) Por isso, parece ressaltar evidente que os efeitos do julgamento (referindo-se aos tribunais) nascem e se exaurem no momento em que se realiza e termina o julgamento. O que se segue, como se disse, é mera e estrita documentação (...) Transpondo-se este raciocínio para o plano do processo e especificamente dos recursos, pode-se dizer que quem interpôs certo recurso sob determinado procedimento tem a legítima expectativa de vê-lo julgado naquele regime. Até porque o fato de se ter alterado o regime do recurso pode, por exemplo, fazer desaparecer o interesse de agir para tê-lo interposto (...) Galeno Lacerda diz expressamente que "os recursos interpostos pela lei antiga e ainda não julgados, deverão sê-lo, consoante as regras desta, embora abolidas ou modificadas" pela nova lei ("O novo direito processual civil, p.69)... Semelhantemente, a nova redação do art. 527, parágrafo único, do CPC (cf. Lei 11.187/05), que dispõe sobre a irrecurribilidade das decisões referidas nos casos dos incisos II e III do mesmo artigo, somente incide em relação às decisões proferidas na vigência da lei nova. Assim, por exemplo, a decisão que determinar a conversão do agravo de instrumento em agravo retido, antes de as alterações da Lei 11.187/05 entrarem em vigor, pode ser objeto de recurso de agravo, nos termos da revogada redação do art. 527, II".

Dessa forma, tendo o presente sujeito passivo sido intimado, em 03 de julho de 2003 (fl. 10), do despacho decisório que indeferiu o direito creditório, o regime anterior ao estabelecido pela MP nº 135/03, de 30 de outubro de 2003 (DOU de 31/10/2003) - posteriormente convertida na Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003 (DOU de 30/12/2003),

deve ser respeitado, de modo que não há que se falar, no caso presente, em efeito suspensivo por conta da aplicação do novel §11 do art. 74 da Lei nº 9.430/96.

Apenas a título argumentativo, veja-se que, a contrario sensu, caso sobreviesse hoje novel legislação não mais atribuindo efeito suspensivo à manifestação de inconformidade e ao recurso de que tratam os §§9º e 10 do artigo 74 da Lei nº 9.430/96, a possibilidade de suspensão da exigibilidade dos débitos objeto de compensação já indeferida – e cientificada ao sujeito passivo – permaneceria incólume.

Assim, verificada a compensação indevida de tributo não lançado de ofício nem confessado, cabível, consoante legislação vigente à época, o lançamento de ofício do crédito tributário, não se aplicando, no presente caso, a suspensão da exigibilidade introduzida posteriormente pela Lei nº 10.833/03 que deu nova redação ao artigo 74 da Lei nº 9.430/96.

Da conclusão

Ante o exposto, voto por **CONHECER EM PARTE** o recurso e **DAR PROVIMENTO** apenas para excluir a multa de lançamento de ofício de 75%.

Sala das Sessões, em 29 de setembro de 2010

(assinado digitalmente)

Regis Xavier Holanda