



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

Processo nº 13746.000244/2003-71
Recurso nº 935.580 Voluntário
Acórdão nº 3201-001.096 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de setembro de 2012
Matéria COMPENSAÇÃO COM CRÉDITOS DE TERCEIRO
Recorrente ORNATOS S.A. INDUSTRIAL DE PISOS E AZULEJOS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI

Período de apuração: 07/03/2003 a 31/03/2003

COMPENSAÇÃO. CRÉDITOS DE TERCEIRO RECONHECIDOS JUDICIALMENTE. DECURSO DO PRAZO QUINQUENAL. HOMOLOGAÇÃO TÁCITA.

Havendo decisão judicial transitada em julgado que reconheça o direito de compensar débitos próprios com créditos de terceiros, o pedido de compensação regularmente formalizado deve ser apreciado em cinco anos a contar da data do seu protocolo, não podendo ser considerada como compensação não declarada. Decorrido o prazo quinquenal, é de se reconhecer a homologação tácita por força do art. 74, § 5º, da Lei nº 9.430 de 1996.

COMPENSAÇÃO. CRÉDITOS DE TERCEIRO RECONHECIDOS JUDICIALMENTE. REGIME APLICÁVEL.

Em regra, o regime jurídico aplicável aos pedidos de compensação é aquele vigente à época em que os mesmos são formalizados. Excepcionalmente, quando há decisão transitada em julgado em sentido diverso, deve-se prestigiar o instituto da coisa julgada, afastando-se o regime jurídico em vigor. Embora o instituto da coisa julgada não seja absoluto, a sua relativização deve ser parcimoniosa sob pena de fomentar insegurança jurídica.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 07/03/2003 a 31/03/2003

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA.

Não é vedado ao contribuinte invocar princípios constitucionais na esfera administrativa, desde que não o faça com o intuito de afastar norma tributária sob alegação de inconstitucionalidade. Da mesma forma, a doutrina e a

jurisprudência são mecanismos lícitos que o contribuinte pode empregar para justificar a sua pretensão.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em anular o processo até a decisão da instância *a quo*, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Paulo Sergio Celani e Daniel Mariz Gudiño. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Luciano Lopes de Almeida Moraes. O advogado da parte, Dr. Ricardo Alexandre Hidalgo Pace, OAB-SP 182632, proferiu sustentação oral.

MARCOS AURÉLIO PEREIRA VALADÃO - Presidente.

DANIEL MARIZ GUDIÑO - Relator.

LUCIANO LOPES DE ALMEIDA MORAES - Redator designado.

EDITADO EM: 14/10/2012

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcos Aurélio Pereira Valadão (presidente da turma), Luciano Lopes de Almeida Moraes (vice-presidente), Mércia Helena Trajano D'Amorim, Marcelo Ribeiro Nogueira, Paulo Sergio Celani e Daniel Mariz Gudiño.

Relatório

Por bem descrever os fatos ocorridos até a data da prolação do acórdão recorrido, transcrevo abaixo o relatório do órgão julgador de 1ª instância, incluindo, em seguida, as razões do recurso voluntário apresentado pela empresa Ornato S.A. Industrial de Pisos e Azulejos:

A empresa Nitriflex S A Indústria e Comércio apresentou o requerimento de fls. 01, onde declara haver transmitido créditos para a contribuinte Ornato SA Industrial de Pisos e Azulejos, créditos esses que a Nitriflex S A estaria autorizada judicialmente a transferir a terceiros em virtude de decisão favorável obtida no Mandado de Segurança nº 2001.02.01.035232-6 (processo originário nº 2001.51.1.0001025-0), onde foi pedido o afastamento dos efeitos da IN SRF nº 41, de 2000, que vedava a utilização de créditos de terceiros na compensação.

Utilizando-se destes créditos a Ornato SA Industrial de Pisos e Azulejos acima qualificada apresentou através de seu procurador (fls.07), o formulário de fls. 02, com o objetivo de compensar os débitos neles apontado, com créditos de terceiros, pertencentes a Nitriflex S A e constantes do processo administrativo nº 10735.000202/99-70.

O Parecer Seort nº 383, de 2008 e respectivo Despacho Decisório (fls. 13/19), ambos proferidos pela Delegacia da Receita Federal em Nova Iguaçu/RJ, concluíram em síntese que:

A sociedade empresária Nitriflex S A Indústria e Comércio ajuizou ... a Ação Mandamental (Mandado de Segurança) nº 98.0016658-0 no sentido de reconhecer o seu direito ao crédito presumido de IPI ... referente às aquisições de matérias primas, produtos intermediários e material de embalagens isentos, não tributados ou que foram tributados à alíquota zero ..., bem como seu direito de compensá-lo com o imposto (IPI) a recolher no final do processo industrial, obtendo decisão favorável, transitada em julgado em 18.04.2001 após acórdão exarado pelo TriBunal Regional Federal da Segunda Região.

Como a decisão transitada em julgado no Mandado de Segurança nº 98.0016658-0 somente lhe permitia utilizar o seu crédito ... com débitos relativos a este mesmo imposto, sociedade empresária Nitriflex S A Indústria e Comércio impetrou junto à 5ª Vara Federal de São João de Meriti – RJ um outro Mandado de Segurança (MS), o de nº 2001.5110001025-0, esse visando afastar a incidência dos efeitos da Instrução Normativa SRF nº 41/2000, obtendo sentença favorável que, em 12.09.2003, também transitou em julgado no sentido de reconhecer e de declarar o seu direito de ceder parte do seu crédito a terceiros para que estes utilizem em compensação tributária.

... a sociedade empresária Nitriflex S A ... realizou diversas compensações tributárias de débitos próprios e, além disso cedeu grande parte do saldo remanescente a terceiros...

... a Procuradoria ajuizou ... a Ação Rescisória nº 2198 visando desconstituir a sentença proferida no Mandado de Segurança nº 98.0016658-0 transitada em julgado, obtendo vitória parcial, uma vez que houve mudança no tocante ao período sobre o qual recaiu o direito ao crédito, que passou de 10 (dez) para 5 (cinco) anos, o que também reduziu em muito o valor primitivo do crédito.

Após ter sido proferida a sentença da ação rescisória e já na vigência da IN SRF 517, de 2005, a Nitriflex S A Indústria e Comércio pretendeu habilitar créditos junto à Secretaria da Receita Federal para prosseguir realizando compensações tributárias com débitos de terceiros. O pedido de habilitação foi indeferido administrativamente, sendo que, mais uma vez a Nitriflex S A buscou na via judicial o reconhecimento do direito à habilitação do crédito, não obtendo êxito na 1ª instância de julgamento, sendo que a referida ação não transitou em julgado até a presente data.

O Seort da DRF/Nova Iguaçu/RJ indeferiu o pedido de habilitação contido no processo nº 13746.000191/2005-51.

O Parecer Seort nº 383, de 2008, continua seu relato aduzindo que:

... o ponto nevrálgico ...repousa em saber se o contribuinte pode ou não compensar seus débitos tributários mediante a utilização de crédito que lhe foi cedido pela ... Nitriflex S A ..., pois numa época em que não havia lei mas apenas norma infralegal

(IN/SRF nº 41/2000) vedando a utilização de crédito de um contribuinte para compensar débito de outro, a pessoa jurídica cedente do crédito obteve sentença transitada em julgado ... reconhecendo o seu direito de cedê-lo a terceiro...

...sobre o assunto, a Procuradoria Seccional da Fazenda Nacional em Nova Iguaçu – RJ se pronunciou no sentido de que a nova regra contida no artigo 74 da Lei nº 9.430/96 após a alteração que lhe foi dada pelo artigo 49 da MP 66, de 29.08.2002 convertido no artigo 49 da Lei nº 10.637/02 tem o condão de restringir a utilização do crédito em questão, sem contudo ofender à autoridade da coisa julgada e sem que represente aplicação retroativa da lei.

... quando o Mandado de Segurança nº 2001.51.10.001025-0 ... foi ajuizado inexistia lei expressa que dispusesse sobre a compensação tributária de débito de um contribuinte mediante a utilização de crédito de terceiros, embora a Instrução Normativa SRF nº 41/2000 já vedasse esta espécie de compensação tributária.

Assim, ... somente os pedidos de compensação tributária formalizados antes do dia 29.08.2002, data da publicação da Medida Provisória nº 66/02 ... é que estão amparados pelo MS nº 2000.5110001025-0 e, desta forma, somente naqueles pedidos é que pode ser utilizado crédito cedido pela sociedade empresária Nitriflex S A .

A DRF/Nova IguaçuRJ, continua em sua decisão, transcrevendo partes do parecer expedido pela PSFN/Nova Iguaçu/RJ, dentre as quais cumpre evidenciar:

... quando ajuizado o MS 2001.51.10001025-0, vigorava a IN SRF nº 41/00, cujo artigo 1º vedava a compensação de débitos do sujeito passivo com créditos de terceiros, administrados pela SRF, sendo que a Lei nº 9.430/96 em seus arts. 73 e 74, dispositivos estes expressamente mencionados no voto do relator, eram omissos a respeito, daí a razão pela qual ter o tribunal ad quem afastado a limitação imposta pela IN SRF 41/00.

Entretanto, os referidos arts. 73 e 74 sofreram total reformulação através do art. 49 da MP nº 66/02, convertida na Lei nº 10.637/2002 ...

... se de uma decisão judicial decorre a coisa julgada, é certo que este efeito não prevalecerá se ocorrerem mudanças nas normas jurídicas que tratam da questão transitada em julgado.

... hoje a situação fática-jurídica é diversa. A Lei nº 9.430/96 que era omissa sobre o tema, a partir de 30 de agosto de 2002 passou a ser clara ao prever como única possibilidade de compensação de tributos administrados pela SRF, inclusive os judiciais transitados em julgado, a efetividade entre créditos e débitos do próprio sujeito passivo.

...Assim, a coisa julgada não pode ser invocada quando direito superveniente repercute na relação jurídica sobre o qual a coisa julgada se operou.

Ressalvam-se, pois, os efeitos jurídicos dos pedidos de compensação efetivamente realizados por conta da decisão judicial considerados fatos consumados, até a edição da MP 66, de 29.08.2002, convertida na Lei nº 10.637/2002.

Registre-se: a lei nova não esta a alcançar fatos passados, compensações efetivadas perante a ordem jurídica anterior e com esquite em decisão judicial transitada em julgado. A nova lei alcança, isto sim, os fatos novos ocorridos sob a sua égide e sobre a qual a coisa julgada não pode surtir efeitos, já que estamos diante de novos regramentos jurídicos. Logo, após as alterações da MP 66/02, convertida na Lei nº 10.637/02, as pretendidas compensações com débitos de terceiros não podem ser admitidas eis que não permitidas pela Lei, não sendo a mesma objeto de qualquer discussão judicial. Não há que se falar de violação à coisa julgada e o suposto direito adquirido, como evidente, relaciona-se às compensações requeridas – fatos consumados sob efeitos da coisa julgada, jamais aos pedidos de compensação formulados depois das alterações legislativas supervenientes à coisa julgada.

Ao final o parecerista houve por bem adotar o entendimento da PSFN para propor a não homologação da compensação pleiteada.

O Despacho Decisório de fls. 19, aprovou integralmente o parecer e determinou fosse dada ciência ao contribuinte e tomadas as demais providências cabíveis.

A empresa foi cientificada da não homologação da compensação em 28/05/2009 (fls. 24).

Pelo requerimento de fls. 25/26 a empresa requereu o efeito suspensivo para que o crédito tributário tivesse sua exigibilidade suspensa e, pelo arrazoadado de fls. 27/57, a interessada manifestou sua inconformidade contrariamente à não homologação da compensação, alegando em síntese que:

A recorrente teve ciência do r. Despacho decisório recorrido em 28/05/2009, ou seja, após ultrapassarem 5(cinco) anos da entrega das declarações de compensação.

Com o decurso de mais de 5 (cinco) anos entre a entrega das declarações de compensação e a manifestação formal da Fazenda Pública, com a ciência do contribuinte, ocorre a homologação tácita dos créditos tributários compensados, nos termos dos §§4º e 5º do art. 74, da Lei nº 9.430/96 ...

...

Desta forma, deve ser considerada homologada parte das compensações tratadas no presente feito, com a conseqüente extinção dos débitos compensados.

O principal argumento utilizado pela autoridade julgadora para não homologar as compensações é que a coisa julgada do MS

2001.51.10.001025-0, por ter – segundo o Fisco – atacado a IN/SRF 41/00, só teria produzido efeitos até 28/08/2002, isto em função da publicação em 29/08/2002 da MP 66/02, que alterou a redação do art. 74 da Lei 9.430/96 para permitir a compensação de crédito somente com débitos do próprio contribuinte.

O MS 98.0016658-0 (Nitriflex) teve por objeto o reconhecimento do direito ao crédito de IPI, no período de 08/1988 até 07/1998, decorrente da aquisição de insumos isentos, não tributados ou sujeitos à alíquota zero...

... a Nitriflex lançou mão de medida judicial para afastar a aplicação da IN/SRF 41/00 (que passou a proibir a cessão de crédito para terceiros não optantes do REFIS). Foi impetrado o MS 2001.51.10.001025-0 para se alcançar tal desiderato...

Em 12/09/2003 transitou em julgado o v. acórdão proferido pelo E. TRF da 2ª Região que, convalidando a medida liminar deferida initio litis e concedendo a ordem, decidiu pela irretroatividade da legislação então limitadora do direito à plena disponibilidade do crédito (IN/SRF 41/00) para alcançar fatos consumados sob a égide de normas que o garantiam expressamente, a saber, art. 170 do CTN e arts. 73 e 74 da Lei n.º 9.430/96, regulamentados pela IN/SRF 21/97

Por fim, foi ajuizada pelo Fisco, em 15/04/2003, a ação rescisória 2003.02.01.005675-8 visando a desconstituição da coisa julgada produzida no MS 98.0016658-0. Embora o pedido tenha sido julgado parcialmente procedente pelo E. TRF da 2ª Região, foram interpostos pela Nitriflex recursos pendentes de análise, e não foi concedida tutela de urgência para suspender a execução da coisa julgada, que, por isto, continua produzindo efeitos.

A coisa julgada ... reconheceu o direito ao crédito de IPI ... Ou seja, a coisa julgada reconheceu o direito à propriedade do crédito.

Definindo o conteúdo e alcance do direito à propriedade, ... o art. 1.228 do Código Civil ...

Não podendo a legislação tributária alterar o conteúdo e alcance dos institutos e conceitos de direito privado utilizados para fixar competências tributárias dos entes políticos (art. 110 do CTN)

E mais, entende o interessado que a coisa julgada material impede a aplicação da Lei no 10.637, de 2002, que limita a disponibilidade do crédito do IPI, porque, no caso, esse crédito foi reconhecido por decisão judicial transitada em julgado. Alega que a limitação legal apontada no despacho decisório só é aplicável aos créditos nascidos posteriormente à sua entrada em vigor, acrescentando que, admitir o contrário, resultaria no descumprimento de uma ordem judicial, no desrespeito à coisa julgada material e aos princípios da não-cumulatividade do IPI e da irretroatividade das leis.

Ressalta, a requerente, que também foi proposto o Mandado de Segurança no 2001.51.10.001025-0, para impedir que a IN SRF

no 41, de 2000, obstasse a livre disposição do crédito do IPI, conquistado, em juízo, pela Nitriflex S/A Indústria e Comércio. Diz ainda que, em 12 de setembro de 2003, transitou em julgado acórdão proferido pelo TRF da 2ª Região, confirmando o direito de livre disposição do crédito decorrente da decisão judicial relativa ao processo nº 98.0016658-0.

A reclamante se utilizou do princípio constitucional que trata da irretroatividade da lei como base de argumentação a respaldar a não utilização, no caso concreto, da nova redação do art. 74 da Lei nº 9.430, de 1996, trazida pela Lei nº 10.637, de 2002, salientando trecho da ADI-MC 172, DJ 19/02/1993, p. 2.032, do Relator Min. Celso de Melo.

Prossegue em seu documento asseverando que :

Restou demonstrado ... que, por força do princípio constitucional da irretroatividade das leis, a nova redação do art. 74 da Lei 9.430/96 (que passou a proibir a cessão de crédito para terceiros) só produz efeitos com relação a fatos geradores de créditos ocorridos posteriormente à sua entrada em vigor (na pior das hipóteses em 29/08/2002, quando entrou em vigor a MP 66/02), pelo que não pode afetar o crédito de IPI compensado pela recorrente, eis que decorrente de fatos ocorridos entre 08/88 e 07/98.

A reclamante transcreve ementa do EREsp 488.992/MG, DJ 07/06/2004, p. 156, cuja relatoria pertenceu ao Min. Teori Albino Zavascki :

É inviável, na hipótese, apreciar o pedido à luz do direito superveniente, porque os novos preceitos normativos, ao mesmo tempo em que ampliaram o rol das espécies tributárias compensáveis, condicionaram a realização da compensação a outros requisitos, cuja existência não constou da causa de pedir e nem foi objeto de exame nas instâncias ordinárias.

E segue :

Noutro dizer, a E. Corte Superior, legítima interprete da legislação infraconstitucional, fixou o entendimento que o regime jurídico da compensação, em razão das sucessivas mudanças implementadas, fixa-se pela data do ajuizamento da ação.

O MS 98.0016658-0 foi impetrado em 21/07/98 (doc. anexo), pelo que sujeita-se o crédito de IPI lá pleiteado ao regime jurídico de compensação vigente à época da impetração (seguindo o entendimento do E. STJ), qual seja aquele previsto no art. 170 do CTN e arts. 73 e 74 da Lei nº 9.430/96, regulamentados pela IN/SRF 21/97, que permitia a cessão do crédito para terceiro.

Improsperável ainda a argumentação da recorrida de que, com a sentença proferida na ação rescisória 2003.0.01.005675-8, teria

sido constituído 'novo crédito', o que daria azo à aplicação da IN/SRF 517.

Portanto, a inexistência de habilitação do crédito de IPI não é óbice para sua utilização, mostrando-se equivocada a r. decisão atacada.

No que tange à ação rescisória a empresa, em sua peça de defesa, argumentou transcrevendo o artigo 489 do CPC e concluindo que "somente o deferimento de tutela de urgência" ou "o trânsito em julgado da decisão rescindente tem o condão de impedir o cumprimento da decisão rescindida".

Pede a reforma da decisão com a conseqüente homologação das compensações e a extinção dos créditos tributários compensados.

Foi dada ciência do mesmo Parecer Seort nº 383, de 2008 à Nitriflex S A em 20/11/2009 (fls. 66), sendo que a referida empresa apresentou em 21/12/2009 o arrazoado de fls. 67/106 se contrapondo à não homologação da compensação pleiteada às fls. 02.

Na decisão de primeira instância, proferida na Sessão de Julgamento de 28/01/2010, a 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Juiz de Fora (MG) julgou improcedente a manifestação de inconformidade da empresa Ornato S.A. Industrial de Pisos e Azulejos, acolhendo a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pela empresa Nitriflex S.A. Indústria e Comércio, conforme Acórdão nº 09-25.964:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI

Período de apuração: 07/03/2003 a 31/03/2003

COMPENSAÇÃO. CRÉDITO DE TERCEIROS. HOMOLOGAÇÃO TÁCITA. INOCORRÊNCIA. TÍTULO JUDICIAL. INAPLICABILIDADE.

*1.Não ocorre a homologação tácita em compensações baseadas em créditos de terceiros na vigência da Lei nº 10.637, de 2002.
2.As compensações declaradas a partir de 1o de outubro de 2002, de débitos do sujeito passivo com crédito de terceiros, esbarram em inequívoca disposição legal - MP nº 66, de 2002, convertida na Lei nº 10.637, de 2002 - impeditiva de compensações da espécie. É descabida a pretensão de legitimar compensações de débitos do requerente, com crédito de terceiros, declaradas após 1o de outubro de 2002, pretensão essa fundada em decisão judicial proferida anteriormente àquela data, que afastou a vedação, outrora existente, em instrução normativa.*

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 07/03/2003 a 31/03/2003

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA.

1. Não cabe apreciar questões relativas a ofensa a princípios constitucionais, tais como da legalidade, da não-cumulatividade ou da irretroatividade de lei competindo, no âmbito administrativo, tão somente aplicar o direito tributário positivado. 2. A doutrina trazida ao processo, não é texto normativo, não ensejando, pois, subordinação administrativa. 3. A jurisprudência administrativa e judicial colacionadas não possuem legalmente eficácia normativa, não se constituindo em normas gerais de direito tributário.

Manifestação de Inconformidade Improcedente.

Crédito Tributário Mantido.

A empresa Ornato S.A. Industrial de Pisos e Azulejos, doravante referida como Recorrente, foi cientificada do teor do acórdão de 1ª instância ao solicitar cópia. As tentativas de intimação via postal e por edital foram frustradas. O protocolo do recurso ocorreu tão somente em 08/08/2011.

Na forma regimental, o processo digitalizado foi distribuído e, posteriormente, encaminhado a este Conselheiro Relator em 14/03/2012.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Daniel Mariz Gudiño

CONHECIMENTO DO RECURSO VOLUNTÁRIO

De início, a questão que se põe em debate é a tempestividade do recurso voluntário, eis que o mesmo foi protocolizado muito depois do prazo previsto no art. 23, § 2º, do Decreto nº 70.235 de 1972. Com efeito, o referido dispositivo estabelece o seguinte:

Art. 23. Far-se-á a intimação:

(...)

§ 1º Quando resultar improficuo um dos meios previstos no caput deste artigo ou quando o sujeito passivo tiver sua inscrição declarada inapta perante o cadastro fiscal, a intimação poderá ser feita por edital publicado: (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

I - no endereço da administração tributária na internet; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

II - em dependência, franqueada ao público, do órgão encarregado da intimação; ou (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

III - uma única vez, em órgão da imprensa oficial local. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 2º *Considera-se feita a intimação:*

(...)

IV - 15 (quinze) dias após a publicação do edital, se este for o meio utilizado. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

A Recorrente alega que o endereço que consta da intimação postal é exatamente aquele em que ela sempre esteve domiciliada, não havendo razão para a frustração da referida modalidade de intimação a justificar a aplicação do art. 23, § 1º, do Decreto nº 70.235 de 1972. Ainda que houvesse alguma justificativa plausível para tanto, chama a atenção para o fato de que a intimação postal foi datada de 23/02/2010 e já em 26/02/2010 o Edital nº 17/2010 foi afixado na Agência da Receita Federal de Serra/ES.

Ainda segundo a Recorrente, a ciência da decisão recorrida somente ocorreu quando a Recorrente solicitou cópia do processo para fins de acompanhamento dos trâmites, ou seja, em 21/07/2011.

Há verossimilhança nas alegações da Recorrente, sobretudo porque consta no Comprovante de Inscrição e Situação Cadastral da empresa no CNPJ o mesmo endereço constante na intimação postal devolvida por motivo de mudança de endereço.

Por essa razão, em caráter excepcional, é de se conhecer o recurso voluntário em questão.

CERNE DA DISPUTA

O cerne da disputa consiste em saber se: (i) houve homologação tácita em razão do decurso do prazo de cinco anos entre a data da formalização das declarações de compensação e a data da ciência do despacho decisório que não homologou os referidos pedidos; e (ii) o regime de compensação aplicável ao pedido de compensação era aquele que estava em vigor quando da homologação do direito creditório da Nitriflex S.A. Indústria e Comércio, suportado por decisão judicial transitada em julgado, ou aquele que foi introduzido com a edição da Medida Provisória nº 66 de 2002.

PRELIMINAR DE DECADÊNCIA

O pedido de compensação que originou o presente litígio foi formalizado em 12/03/2003, ao passo que a ciência do despacho decisório ocorreu somente em 28/05/2009. Sendo certo que a homologação expressa do pedido de compensação deve ocorrer no prazo máximo de cinco anos a contar da entrega do pedido de compensação, nos termos do art. 74, § 5º, da Lei nº 9.430 de 1996, tem-se a homologação tácita.

Por outro lado, a decisão recorrida consigna que o prazo decadencial não se inicia quando o pedido de compensação tem por objeto uma das hipóteses legais de compensação não declarada, como é o caso da compensação com créditos de terceiro.

Essa consideração da instância *a quo* é pertinente e torna essencial a análise do segundo desdobramento da discussão, qual seja, o regime de compensação aplicável quando da formalização do pedido de compensação pela Recorrente. Isso porque, dependendo do caso, a discussão da homologação tácita será relevante ou não.

REGIME DE COMPENSAÇÃO APLICÁVEL

Segundo a Recorrente, o regime de compensação aplicável ao pedido por ela formulado é aquele previsto no art. 170 do Código Tributário Nacional, nos arts. 73 e 74 da Lei nº 9.430 de 1996, em sua redação original, e na Instrução Normativa nº 21 de 1997, que não vedavam a compensação com créditos de terceiro. Isso porque esse era o direito vigente quando a Nitriflex S.A. Indústria e Comércio obteve a homologação do seu direito creditório e esse foi o regime garantido pela decisão transitada em julgado em favor dela.

Assim, qualquer interpretação divergente desta que ora se apresenta importaria na violação da coisa julgada material, do direito adquirido, do princípio da irretroatividade da lei tributária, entre outras garantias fundamentais previstas nos arts. 5º e 150 da Constituição Federal. Para robustecer o seu entendimento, a Recorrente apresentou o parecer da lavra do jurista Paulo de Barros Carvalho e diversos julgados favoráveis à Nitriflex S.A. Indústria e Comércio em razão da compensação de crédito presumido de IPI com débitos de terceiros.

De outro lado, o colegiado da instância *a quo*, em apertada votação, entendeu que somente são beneficiados com a decisão transitada em julgado os pedidos de compensação formulados até a data em que teve início a vigência da Medida Provisória nº 66 de 2002, ou seja, até 29/08/2002. Isso porque, em matéria de compensação, aplica-se a legislação vigente ao tempo em que o pedido/declaração é formalizado.

Logo, como o pedido de compensação da Recorrente foi formalizado posteriormente à vigência da Medida Provisória nº 66 de 2002, posteriormente convertida na Lei nº 10.637 de 2002, a decisão judicial da Nitriflex S.A. Indústria e Comércio não seria aplicável por estar calcada em uma realidade jurídica já inexistente.

Embora o assunto seja assaz polêmico e a motivação da decisão recorrida esteja muito bem desenvolvida, é atentatória à lógica jurídica a conclusão de que a coisa julgada somente se aplicaria às compensações formalizadas até 29/08/2002. Isso porque, uma vez reconhecido judicialmente o direito de transferir a terceiros o crédito de IPI apurado, essa decisão deve ser observada pelas autoridades fiscais até que haja o decurso do prazo para o pleito de restituição/compensação do crédito.

Qualquer entendimento diverso do que se expõe aqui implicaria na limitação injustificada do direito protegido pela coisa julgada e impingiria à Recorrente a absurda obrigação de obter uma coisa julgada para cada norma nova que versasse sobre a compensação, independentemente de o direito creditório da Nitriflex S.A. Indústria e Comércio ter sido homologado administrativamente e reconhecido judicialmente.

Com efeito, se é verdade que a norma aplicável aos casos de compensação é aquela vigente à época em que foram os pedidos formalizados, não é menos verdade que as circunstâncias do caso concreto criam uma exceção a essa regra, sob pena de fragilizar o instituto da coisa julgada. Embora a coisa julgada não seja uma garantia constitucional absoluta, a sua flexibilização deve ser parcimoniosa.

RETOMANDO A PRELIMINAR DE DECADÊNCIA

Considerando que a motivação adotada no presente julgado alinha-se com a posição defendida pela Recorrente, qual seja, a de que a Medida Provisória nº 66 de 2002, e normas subsequentes, não poderiam alterar o direito garantido por decisão judicial transitada em julgado, afasta-se, de plano, a premissa básica que sustenta o despacho decisório e o

acórdão recorrido, vale dizer, a impossibilidade de se contar prazo para pleitear a restituição/compensação de um crédito vedado pela legislação.

Nesse sentido, é inexorável a conclusão de que o pedido de compensação foi homologado tacitamente por força do art. 74, § 5º, da Lei nº 9.430 de 1996.

CRÉDITOS PASSÍVEIS DE COMPENSAÇÃO

No caso concreto, o direito ao crédito em questão surgiu a partir do trânsito em julgado da decisão que acolheu a pretensão da Nitriflex S.A. Indústria e Comércio no sentido de apurar créditos sobre as aquisições de matérias primas, produtos intermediários e material de embalagens isentos, não tributados ou sujeitos à alíquota zero, fato que ocorreu em 18/04/2001.

Considerando, pois, que o prazo para o pleito de restituição/compensação vigente à época era de dez anos a contar da data do fato gerador do tributo recolhido indevidamente, nos termos da repercussão geral reconhecida e julgada pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 566.621, e que a Nitriflex S.A. Indústria e Comércio discutiu em juízo o direito de crédito referente a recolhimentos realizados entre 08/88 e 07/98, os créditos poderiam ser validamente pleiteados entre 08/98 e 07/2008, respectivamente, observado o prazo decenal já mencionado.

Como o pedido de compensação foi formalizado somente em 12/03/2003, a Recorrente não poderia se aproveitar dos créditos apurados pela Nitriflex S.A. Indústria e Comércio entre 08/88 e 03/93, mas apenas daqueles apurados entre 04/93 em diante.

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS, DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA

Em sua decisão, a instância *a quo* fez consignar que os princípios constitucionais invocados pela Recorrente, bem como a doutrina e os precedentes jurisprudenciais citados na sua manifestação de inconformidade não seriam aplicáveis, a uma porque ao julgador de 1ª instância administrativa não compete tratar da inconstitucionalidade da legislação tributária, a duas porque tanto a doutrina quanto a jurisprudência não têm eficácia normativa.

Não obstante a decisão recorrida tenha uma medida de razão, é imperioso registrar que a invocação dos princípios constitucionais, por parte da Recorrente, não teve por objetivo afastar norma positivada, até porque não se pleiteou *in casu* a declaração de inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais. Desse modo, não merece reprimenda a argumentação da Recorrente

Trata-se da mera exposição de um raciocínio que tem por finalidade auxiliar o julgador na formação da sua convicção. Nesse caso em particular, a intenção da Recorrente foi demonstrar que normas vigentes podem ser afastadas pontualmente em razão de circunstâncias especiais, como é o caso da coisa julgada, do direito adquirido e do ato jurídico perfeito.

Da mesma forma, a doutrina e a jurisprudência colacionadas nos autos do processo são mecanismos lícitos que a Recorrente pode lançar mão para dar conforto ao julgador quanto à pretensão recursal. É evidente que o julgador não está vinculado a esses subsídios pelo fato de não serem dotados de eficácia normativa.

CONCLUSÃO

Processo nº 13746.000244/2003-71
Acórdão n.º **3201-001.096**

S3-C2T1
Fl. 1.023

Diante de todo o exposto, e em razão de circunstâncias que – frise-se – são muito especiais, deve-se dar provimento ao recurso voluntário, exonerando-se o crédito tributário até a medida em que os créditos apurados pela empresa Nitriflex S.A. Indústria e Comércio, entre 04/93 e 07/98, forem suficientes para compensar os débitos da Recorrente.

Baixe-se à delegacia de origem para processar a compensação segundo os critérios acima definidos.

Daniel Mariz Gudiño - Relator