



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

Processo n° 13609.001603/2009-78
Recurso n° De Ofício e Voluntário
Resolução n° **3202-000.303 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 12 de novembro de 2014
Assunto SOLICITAÇÃO DE DILIGÊNCIA
Recorrente EMBRASIL EMPRESA BRASILEIRA DISTRIB. LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência. Acompanhou o julgamento, pela Recorrente, o advogado Dr. Gustavo Froner Minatel, OAB/SP 210.198.

Luis Eduardo Garrossino Barbieri – Presidente Substituto

Gilberto de Castro Moreira Junior - Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Luis Eduardo Garrossino Barbieri, Gilberto de Castro Moreira Junior, Charles Mayer de Castro Souza, Thiago Moura de Albuquerque Alves, Paulo Roberto Stocco Portes e Tatiana Midori Migiyama.

Relatório

Para descrever os fatos, e também por economia processual, transcrevo o relatório constante do acórdão da DRJ de Belo Horizonte, *verbis*:

Lavrou-se, contra a contribuinte acima qualificada, o auto de infração de

fls. 315/320, para exigência de multa isolada no valor de R\$ 21.412.613,33, decorrente de compensação indevida, relativa ao período de 31/01/2004 a 31/12/2005.

Segundo a "Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal" (fls. 317/318), constatou-se, no curso do procedimento fiscal, a compensação indevida de valores em declaração prestada pelo sujeito passivo. O fundamento legal do lançamento está indicado à fl. 318.

No Relatório de Auditoria Fiscal de folhas 307/314, a autoridade fiscal relata os procedimentos realizados e os fatos apurados, que podem ser assim sintetizados:

. a fiscalização foi motivada por demanda interna e baseou-se por Representação fiscal oriunda da SAFIS/DRFNarginha noticiando sobre a utilização, por parte da empresa Embrasil — Empresa Brasileira Distribuidora Ltda., de créditos de terceiros na compensação de débitos próprios;

. intimada a se manifestar a respeito dos PER/DCOMPs que apresentam créditos vinculados ao processo administrativo nº 10660.000339/2002-66, referente à empresa COMERCIAL BENEFICIADORA DE CAFÉ LTDA, informou a contribuinte que os créditos

foram adquiridos através de procedimento de cisão e incorporação e que a decisão proferida pela DRF/Varginha no citado processo, indeferindo os créditos, havia sido reformada pelo Conselho de Contribuintes;

. intimada, ainda, a se manifestar sobre PER/DCOMP com crédito vinculado ao processo administrativo nº 10070.000778/2005-61, considerada não declarada por utilizar crédito de terceiro, informou a contribuinte que os créditos foram adquiridos da empresa PARADIESEL por cessão e assunção de pólo ativo na liquidação de sentença levada a efeito pela cedente nos autos do processo nº 96.0000004-2 da 5ª Vara da Justiça Federal de Belém do Pará;

. da análise da representação fiscal elaborada pela Auditora Fiscal da DRF/Varginha, verifica-se que o trabalho desenvolvido por ela na empresa **Comercial Beneficiadora de Café** demonstra que, na verdade, a cisão parcial foi uma manobra para encobrir a real operação: a cessão de créditos;

. a representação fiscal enumera os vários indícios de fraude em relação à **cisão parcial de 12 de dezembro de 2003**: não foi encontrada, na escrituração contábil da empresa Comercial Beneficiadora de Café, a correta contabilização que corrobore o procedimento de cisão parcial; os livros Diários da empresa foram sendo autenticados à medida que a empresa era intimada a apresentá-los; no protocolo de cisão há a redação expressa de que esses créditos foram transferidos para a Embrasil; praticamente a totalidade do patrimônio, que consiste no suposto direito a esses créditos, foi vertido sem receber "nada em troca", ainda mais quando se constata, na verdade, a existência de várias transferências on une de valores expressivos, documentalmente comprovadas; **renúncia expressa**, de forma irrevogável e irretratável, dos sócios da cindida ao direito de participação societária na Embrasil;

• e em relação à **cisão parcial de 10 de maio de 2005**: não foi encontrada a correta contabilização do procedimento de cisão parcial; o livro Diário foi autenticado no órgão competente após a intimação para apresentação;

diferença relevante de valores nas operações de admissão e retirada dos sócios da cindida na Embrasil, realizadas **no mesmo dia e no mesmo ato**; constatação de várias transferências on une de valores expressivos, documentalmente comprovadas, enviadas pela Embrasil para a **conta corrente conjunta dos sócios da Comercial Beneficiadora de Café Ltda.**;

. segundo o PROTOCOLO DE CISÃO, de 12 de dezembro de 2003, as empresas expressamente declaram: **"a cindida possui um crédito registrado em seu ativo referente a recolhimentos no período de dezembro de 1986 a abril de 1990 de tributo (.) e não tendo como a aproveitá-lo por intermédio próprio decidiu transferi-lo para a EMBRASIL e EMBRAEX..."**;

. na alteração contratual nº 44 de 10 de maio de 2005 os sócios da COMERCIAL BENEFICIADORA DE CAFÉ LTDA, ADRIANO FERREIRA SODRÉ e ALYSON CARVALHO ROCHA são admitidos como sócios da EMBRASIL e no mesmo ato, retiram-se da sociedade transferindo aos sócios remanescentes a totalidade de suas cotas;

. no PROTOCOLO/JUSTIFICATIVA DE CISÃO COMPLEMENTAR, de 10 de maio de 2005, consta a seguinte expressão "Os sócios da cindida renunciam expressamente ao direito de sua participação societária decorrente do procedimento de cisão anterior...";

. diferentemente da Cisão prescrita no art. 229 da Lei nº 6.404/1976, o que houve no caso presente demonstra um evidente intuito de através de um procedimento de cisão parcial encobrir uma real cessão de créditos, com evidente intuito de fraude;

. em documentação complementar enviada pela DRF/VAR, verifica-se que o Instrumento Particular de Cessão de Créditos Tributários e Outras Avencas, de 11 de dezembro de 2003, entre a EMBRASIL e a Comercial Beneficiadora de Café Ltda. não deixam dúvidas de que a operação é uma cessão de créditos, **que os signatários sabiam que a Instrução Normativa nº 41/2000 impediu a cessão de créditos tributários de um contribuinte para outro** e que houve um deságio de 40%, usual no caso de cessão de créditos;

. do mesmo modo se verifica no Instrumento Particular de Cessão de Créditos Tributários e Outras Avencas, de 20 de abril de 2005, entre a EMBRASIL e a Exportadora Varginha Ltda, pertencente aos mesmos sócios da Comercial Beneficiadora de Café, que o deságio foi de 50%;

. nos mesmos termos no Instrumento Particular de Cessão de Créditos Tributários e Outras Avencas, de 20 de abril de 2005, entre a EMBRASIL e a Comercial Beneficiadora de Café Ltda.;

. presentes, portanto, o evidente intuito de sonegação, fraude e conluio prescritos nos art. 71 a 73 da Lei nº 4.502/1964;

. ademais, já existe manifestação da Receita Federal de que na cisão parcial é vedado ao contribuinte ceder créditos tributários: Solução de Consulta SRRF/CRF/DISIT nº 85, de 15 de maio de 2001;

. portanto, sujeita-se a contribuinte à aplicação da multa isolada prevista no art. 90 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 c/c o art. 18 da Lei nº 10.833/2003 e seu § 2º, com a redação anterior à Lei nº 11.051/2004, para os fatos anteriores a 30/12/2004;

. para os fatos a partir de 30/12/2004, art. 18 da Lei nº 10.833/2003 e seus §§ 2º e 4º, com a redação da Lei nº 11.051/2004 c/c artigo 44, II, da Lei nº 9.430/96, tendo em vista evidente intuito de fraude;

foi formalizado o processo administrativo nº 13609.001605/2009-67 que

trata de Representação Fiscal para Fins Penais e o processo administrativo nº 13609.001604/2009-12 que trata do arrolamento de bens e direitos.

Cientificada do lançamento em 10/12/2009 (fl. 316), a contribuinte apresentou, tempestivamente (fl. 1.250), suas razões de defesa, alegando, em síntese e fundamentalmente, que (fls. 324/380):

. o autuante cometeu equívocos na apuração do montante da multa ao incluir na sua base de cálculo valores de multa moratória e juros;

. a multa incide apenas sobre o valor original do imposto ou contribuição apurados e declarados em DCTFs;

. a negativa da autoridade administrativa em revisar o lançamento constituir-se-á em evidente cerceamento de defesa;

. as compensações de débitos da impugnante, efetivadas através das DCOMPs citadas no termo de início da ação fiscal de fls. 95/97 dos presentes autos, utilizaram o direito creditório oriundo do PTA nº 10660.000339/2002-66 e foram baixadas para tratamento manual nos autos do PTA nº 13609.720020/2006-05;

. tais DCOMPs foram consideradas não-homologadas em decisão proferida em 13/11/2006, contra a qual a contribuinte apresentou manifestação de inconformidade;

. em 23/02/2007, a decisão foi revista pela autoridade administrativa para considerar não declaradas as compensações, com alteração, portanto, dos critérios jurídicos do

lançamento e da tipificação da compensação não-homologada para não-declarada;

. é importante destacar que no caso em tela a autoridade administrativa recorrida, desde o primeiro lançamento efetuado, tinha o conhecimento da ocorrência da titularidade do crédito utilizado na compensação, não enfrentando este fato a tempo e modo, mesmo diante do fato de todas as informações referentes à compensação terem sido devidamente informadas legalmente à Secretaria da Receita Federal, contrariando com isso, o disposto no art. 145 e 149 do CTN;

. inconformada com tais atos, a ora impugnante impetrou mandado de segurança -- autos do processo nº 2007.38.12.002168-5, perante a Justiça Federal, objetivando suspender a exigibilidade dos débitos exigidos no PTA de cobrança nº 13609.720020/2006-05, bem como o deferimento da oportunidade de apresentar manifestação de inconformidade, noticiando-se o julgamento do recurso voluntário interposto nos autos do PTA nº 10660.000339/2002-66, que recebeu provimento do CARF para afastar a prejudicial de decadência e determinar o retomo dos autos à DRF/Varginha;

. na sentença exarada no mandado de segurança decidiu o juízo o seguinte:

"JULGO PROCEDENTE EM PARTE O PEDIDO deduzido na inicial e CONCEDO A SEGURANÇA, apenas para suspender a exigibilidade da cobrança dos créditos relacionados no PTA no. 13609.720020/2006-05 até ulterior manifestação acerca do pedido de compensação aviado nos autos de PTA no. 10660.000339/2002-66";

. entretanto, a autoridade administrativa desrespeita a ordem judicial, continuando na cobrança dos débitos extintos por compensação com a mesma alegação anterior de que os créditos seriam de "terceiros", o que fulmina por completo o auto de infração e decreta sua nulidade ab initio;

• o art. 145 do CTN consagra o princípio da inalterabilidade do lançamento

regularmente notificado ao sujeito passivo;

. segundo a doutrina e a jurisprudência, não está o Fisco autorizado a rever o lançamento por erro de direito, o que equivale à mudança de critério jurídico vedada pelo CTN;

. outro não foi o entendimento recente proferido em acórdão do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais;

- de tudo, conclui-se serem fortes e irrefutáveis as razões de nulidade do presente lançamento, afinal três situações se verificaram: 1. primeiro, a autoridade administrativa considerou não homologadas as compensações por ter sido indeferido o direito ao crédito em outro processo administrativo; 2. na sequência, promoveu a primeira revisão daquele lançamento, tomando por base os mesmos fatos e fundamentos, para considerar não declaradas as compensações e negar seguimento à manifestação de inconformidade; 3. após, tomando novamente os mesmos fatos e fundamentos, promove uma terceira revisão daquele mesmo lançamento, para aplicar a exorbitante multa de 150% dos créditos tributários legalmente compensados pela impugnante, concluindo agora ter havido na verdade cessão de créditos e evidente intuito de fraude no comportamento da impugnante;*

. ao se promover a terceira revisão do lançamento, houve mudança de critério jurídico adotado pelo Fisco, isso porque, antes a Autoridade Administrativa entendeu não haver ilegalidade alguma no ato de cisão seguido de incorporação, tanto é que não homologou as compensações e depois considerou-as não-declaradas;

. a referida Autoridade conhecia, desde o primeiro lançamento, em toda a sua inteireza o ato de cisão seguida de incorporação promovida pela Impugnante e a empresa Comercial Beneficiadora de Café Ltda., não podendo agora com base em outros critérios jurídicos entender que tal operação se deu com intuito de fraude ao Fisco Federal;

. noutra vertente, é ilícito e ilegal o ato praticado pela autoridade administrativa que afronte a ordem judicial suspensiva como ocorre no caso em discussão, afinal o lançamento posterior agravando a exigência inicial de débitos, cuja exigibilidade encontra-se suspensa por decisão judicial proferida nos autos do mandado de segurança nº 2007.38.12.002168-5, carrega a marca do desrespeito à ordem judicial;

. chega-se à conclusão óbvia de que não poderia nem mesmo ter existido algum procedimento fiscal em face da Impugnante e destas compensações, cujos valores estão com sua exigibilidade suspensa por força da referida decisão judicial, e, assim, ao lavrar o auto de infração as autoridades administrativas violam literal dispositivo de lei, desobedecem a uma determinação judicial, além de violação funcional;

. endossar tal decisão é atrair para si as mesmas responsabilidades civis, criminais e funcionais eventualmente praticadas pelo auditor fiscal subscritor do ilegal e abusivo auto de infração, devendo este ser cancelado para não se evidenciar cumplicidade e coautoria na prática dos atos ilegais;

. o artigo 62 do Decreto nº 70.235/72 é norma cogente de observação obrigatória pela autoridade administrativa;

. a medida judicial acima suspendeu a cobrança dos débitos objeto das compensações exigidas nos autos do PTA nº 13609.720020/2006-05 que ora são revistas, de ofício, no presente auto de infração;

. tais fatos, por si só, demonstram a total impropriedade da presente autuação, isto sem falar na sua nulidade ah initio;

. outra ilegalidade a macular o presente auto de infração vem a ser a multiplicidade de revisões do lançamento, sem que tenha havido qualquer modificação ou ocorrência de fato gerador posterior ao primeiro lançamento, sendo óbice para essas revisões o estatuído no artigo 146 do CTN;

. a Impugnante considera a atitude do autuante como desobediência a ordem judicial, violação ao art. 62 do Decreto nº 70.235/72 e inobservância de deveres funcionais contidos na Lei nº 8.112/90, como também contrária aos artigos 136, § 1º, 319 e 330 do Código Penal brasileiro;

. neste sentido, jurisprudência do STJ, que assegura ao contribuinte que o Fisco se abstenha de promover qualquer ato que afronte a decisão judicial que suspendeu a exigibilidade dos débitos compensados, sob pena de responsabilidade criminal;

. o autuante impôs severa multa sobre o valor das compensações sob o singelo e descabido argumento de que a Impugnante efetuou compensação indevida;

. há que se ressaltar logo de início, e conforme se verá adiante, que não houve a utilização de crédito de terceiros nas compensações dos créditos tributários que deram origem à multa ora aplicada, isso porque os créditos eram e são de titularidade da Impugnante, já que foram a ela cedidos mediante o legítimo e regular processo de cisão parcial seguido de incorporação, devidamente formalizada na forma do art. 229 da Lei nº 6.404/76, que incorporou ao seu patrimônio o direito creditório contido nos autos do PTA nº 10660.000339/2002-66;

. diante da ausência de disposição legal específica estabelecendo penalidade tributária nas situações de compensações "não homologadas", a Secretaria da Receita Federal passou a estabelecer imposições de penalidades mediante presunção de fraude com fundamento tão somente no Ato Declaratório Interpretativo SRF nº 17, de 03/10/2002;

. o suprimento da disposição legal somente adveio com a edição da Lei nº 11.051, de 2004, vigente a partir de 02/2005, que deu nova redação ao art. 18 da Lei nº 10.833/03, citada no enquadramento legal;

. da mesma forma, a proibição de algumas modalidades de compensação tributária somente fora introduzida pela mesma Lei, ao estabelecer alterações, com a inclusão do parágrafo 12 ao artigo 74, da Lei nº 9.430/6;

. portanto, somente com o advento da Lei nº 11.051/2004 passou a existir uma redação expressa a respeito das vedações à compensação nos casos de crédito de terceiros, refira-se ao crédito-prêmio, refira-se a título público e não se refira a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal;

. vale dizer, a respeito dos fatos que ocorreram até 31 de dezembro de 2004, não havia qualquer amparo legal para restrições à compensação e, tampouco, para imposições de penalidades;

. e somente através da Lei nº 11.196, de 2005, com vigência iniciada em 01/01/2006, é que restou introduzido no ordenamento jurídico a possibilidade da aplicação da multa isolada no percentual de 150% sobre o valor compensado, caso a compensação declarada estivesse tipificada no rol de restrições nela consagradas;

- . no caso, verifica-se que as compensações referem-se ao período de 19/01/2004 a 13/09/2005, ou seja, são anteriores também às disposições implementadas pela Lei nº 11.196/2005;
- . a realização de compensação antes da vigência dessas normas não caracteriza fraude fiscal;
- . os atos praticados pela Impugnante quando operou os atos de transferência do crédito na forma da Lei Comercial e Civil e o aproveitamento do mesmo na extinção de seus créditos através da compensação não encontravam impedimento na lei tributária anterior;
- . na essência, o que a autoridade pretende é a imposição de penalidades calcadas em presunção absoluta;
- . a lei nova não pode e não deve retroceder, sob pena de macular preceitos constitucionais como o princípio da irretroatividade e da segurança jurídica;
- . não é aceitável que o contribuinte venha a ser penalizado, de forma exorbitante, pela prática de um fato sobre o qual, à época de sua realização, não havia qualquer norma que estabelecesse de forma clara mínima obrigação ou proibição;
- a fraude deverá ser provada e caberá prova em contrário;
 - mesmo que se admita a possibilidade de enquadramento das compensações relativas aos fatos mencionados no art. 74, § 12, da Lei nº 9.430/96, em hipótese alguma ela poderia atingir fatos praticados antes da vigência da Lei, vale dizer, fatos ocorridos até 31/12/2004;
- . a imposição de multa isolada no patamar de 150% não poderia jamais atingir os fatos ocorridos até o dia 31/12/2005, porque o veículo jurídico desta modalidade de penalidade, referente às compensações não declaradas, supostamente somente foi estabelecido pela Lei nº 11.196, de 2005;
- . infere-se que as multas foram impostas pela suposta ocorrência de pelo menos um dos seguintes motivos: a) hipótese prevista no § 4º do art. 18 da Lei nº 10.833/03, que se refere às compensações **não-declaradas**; hipótese do capuz' do art. 18 da Lei nº 10.833/03, na redação dada pela Lei nº 11.051/04, que se relaciona à fraude;
- . todavia, nos termos do despacho decisório (anexo à presente) atinente ao processo nº 13609.720020/2006-05, verifica-se que as **compensações da Impugnante não foram consideradas não-declaradas, mas sim não-homologadas**;
- . não obstante a tudo isso, conquanto subsista a cominação das multas ora aplicada com arrimo no § 4º do art. 18 da Lei nº 10.833/03, impende destacar a superveniência da lei nº 11.488/2007, que estabeleceu percentual menor a ser aplicado, o qual passou a ser o de 75%, ex vi do art. 27 da Medida Provisória nº 472, de 2009;
- . também não há como subsistir a imposição das multas com base na aplicação do capuz' do art. 18 da Lei nº 10.833/03, na redação dada pela Lei nº 11.051/04, pois não configuradas nos autos a práticas das infrações previstas nos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502/64;
- . os §§ 12 e 13 da Lei nº 9.430/96 não devem prevalecer no mundo jurídico, sob pena de ofensa aos incisos XXXIV, LIV e LV do artigo 50 e inciso IV do § 4º do artigo 60 da Constituição Federal;
- . não foi efetivada nenhuma declaração ou notificação considerando ilícito

o procedimento de cisão seguido de incorporação das empresas ali citadas, que pudesse dar ensejo a esta autuação, o que também a torna nula, por implicar evidente cerceamento de defesa;

. a referida operação permanece revestida do ato jurídico perfeito, o que por si só veda completamente a desconsideração por mera subjetividade do autuante;

. a cisão e a incorporação são situações legais, o que por si só já demonstra ser o procedimento levado a efeito entre cedente e cessionária absolutamente legal;

. não há uma só legislação de natureza civil, comercial ou tributária impeditiva de tal procedimento, razão pela qual não seria a mera subjetividade de uma auditora fiscal que haveria de desconsiderá-la, e nem mesmo a lei tributária nos termos do artigo 110 do CTN;

• a impugnante, ao contrário do que aduz a autoridade recorrida, é legítima titular do crédito legalmente compensado, razão pela qual não há que se falar em compensação indevida, muito menos em manobra para encobrir uma real cessão de créditos;

. a operação de reorganização societária, cisão seguid& de incorporação, forma legal de reorganização societária, tratada expressamente pela legislação comercial brasileira: artigos 227 e 229 da Lei nº 6.404/76, e a legítima transferência do direito creditório decorre do direito à propriedade, além dos princípios da livre iniciativa e legalidade, são todos - amparados em sede constitucional;

. o direito de propriedade é absoluto e abrange qualquer direito de conteúdo patrimonial, econômico e tudo que possa ser convertido em dinheiro, alcançando créditos e direitos pessoais, que podem ser legitimamente alienados ou cedidos ao patrimônio de outra pessoa física ou jurídica;

. com a reorganização societária, o direito ao crédito, antes pertencente à empresa Comercial Beneficiadora de Café Ltda., foi legitimamente inserido no patrimônio da impugnante e, como consequência, passou a assumir a condição de créditos próprios;

. o programa eletrônico PER/DCOMP contempla a possibilidade de compensação com créditos da empresa sucedida, cujas situações ali estão previstas nos itens "cisão", "fusão", "incorporação" e "outra";

. os atos praticados pelas empresas (cindida e seus sócios) foram feitos "às claras" e sob o amparo de lei e não têm ou tiveram intenção de lesar o fisco;

*. para a aplicação da multa ora aplicada é absolutamente necessário restar demonstrada a materialidade dessa conduta, ou que reste configurado o dolo específico do agente, evidenciando não somente a intenção, mas também o seu objetivo, isso porque a fraude não pode ser presumida, mas sim comprovada através de elementos contundentes, e **a prova neste aspecto deve ser material, evidente, como diz a lei;***

. o evidente intuito de fraude se configura nas situações em que fica demonstrado o emprego de meios arditos, que floresce nos casos típicos de adulteração de comprovantes, adulteração de notas fiscais, conta bancária em nome fictício, falsidade ideológica, notas calçadas, notas frias, notas paralelas, contabilização de despesas e escrituração de créditos de impostos inexistentes, etc.;

- a fraude se caracteriza por uma ação ou omissão, de uma simulação ou ocultação, e pressupõe, sempre, a intenção de causar dano à fazenda pública;
- a leitura do parágrafo 6º do artigo 17 da Lei 10.833/03 autoriza a dizer que se demonstra inviável a caracterização da conduta típica prevista nos artigos 71, 72 e 73 da Lei 4.502/64 para o caso de não homologação de compensação, eis que o contribuinte confessa a dívida quando realiza a declaração de compensação, e se há confissão da dívida não se pode cogitar na presença do intuito de evitar ou protelar o pagamento;
- nos protocolos de cisão, em nenhum momento deixou-se de afirmar, ou tentou-se esconder, que a motivação negocial consistente na cisão seguida da incorporação foi a transferência do direito creditório oriundo de recolhimento indevido;
- a redação do § 12 do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, introduzida pela Lei nº 11.051/04, não pode não deve ser aplicado na hipótese vertente, pois ali se considera como "não declarada" a compensação nas hipóteses em que o crédito utilizado pelo contribuinte seja "de terceiros", o que não é caso destes autos;
- . o instituto da cessão de direitos creditórios não depende de autorização judicial, já que nem mesmo o devedor do crédito cedido a ela pode se opor, tratando-se de autonomia de vontade do credor, de livremente dispor de seus bens;
- . a legislação tributária não proíbe o uso da cessão de créditos e também não o contempla expressamente, porém, havendo sua previsão em outro ramo do direito, é plenamente viável a sua aplicação subsidiária à espécie;
- . neste sentido a doutrina e a jurisprudência do STJ;
- . **o art. 74 da Lei nº 9.430/96 não carrega a vedação sobre determinado crédito cuidando tão somente do instituto da compensação de débitos relativos a tributos e contribuições;**
- . segundo a doutrina, o art. 109 do CTN munuiu o legislador de meios para enfrentar o abuso de formas de Direito Privado não significando, conclusivamente, permissão para a interpretação econômica dos fatos geradores pelos intérpretes;
- . nem se alegue que, assim agindo, estaria o contribuinte pretendendo modificar a definição legal do sujeito passivo da obrigação tributária, em afronta ao art. 123 do CTN;
- . o sujeito passivo continuará sendo o cessionário;
- . devidamente autorizada pela previsão legal dos artigos 42, § 3º c/c art. 567, II, do CPC, e atendendo às exigências do art. 288 e 290 do CC, a cessionária pode adquirir parte, ou a totalidade, dos direitos creditórios reconhecidos judicialmente passando a ser partena relação processual, tornando-se legítima titular desse direito, podendo promover a execução do julgado (administrativa ou judicialmente) em nome próprio, com todas as prerrogativas do credor originário;
- . deve-se reconhecer a distinção da relação processual em face da relação material;
- . as normas existentes no âmbito tributário tratam apenas de regular o pagamento de tributos, relações típicas de Direito Tributário, porém, não se aplicam à repetição de indébito, muito menos à alienação de crédito oriundo do mesmo, matérias totalmente avessas à tipologia fiscal;

o STJ, em casos similares, decidiu que os créditos do contribuinte, por não estar sob a égide do direito tributário, pode ser cedido a terceiros, se inexistir óbices na lei que instituir a exação;

. a especialidade do instituto da cessão de crédito como forma de transmissão de obrigações, está tanto na sua origem, que pode decorrer de lei, decisão judicial ou administrativa, ou convenção entre as partes, quanto pela transferência da posição de sujeito ativo na relação obrigacional;

. não pode a administração pública interpretar de forma diversa normas de direito privado, chamando de "crédito de terceiro" o que, na realidade, é de legítima titularidade do cessionário, ou seja, crédito próprio;

. como consequência, não restou configurado intuito de fraude ou conluio entre as empresas.

Ao final, pleiteia o cancelamento do Auto de Infração, a extinção e o arquivamento deste processo e dos decorrentes representação fiscal para fins penais e arrolamento de bens.

O Acórdão da DRJ foi assim ementado:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 31/01/2004 a 31/12/2005

Ementa:

Quando a pretensão judicial tem objeto distinto do processo administrativo não ocorre renúncia à instância administrativa.

São nulos os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

O sujeito passivo que apurar crédito 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.

A cobrança em auto de infração da multa isolada decorre da aplicação da lei tributária, que, em decorrência dos princípios da legalidade e da indisponibilidade, é de aplicação compulsória pelos agentes públicos.

A multa isolada exigida em razão do artigo 18 da Lei nº 10.833, de 2003, não se caracteriza como acréscimo ao principal não recolhido, tendo por base de cálculo o valor indevidamente compensado.

Com a Instrução Normativa nº 534, de 2005, foi expurgada a presunção de fraude presente no ADI SRF nº 17, de 2002, e na IN SRF nº 226, de 2002, que determinavam a aplicação de multa de 150%, prevista no artigo 44, II, da Lei nº 9.430, de 1996, na hipótese de utilização de crédito não passível de compensação por expressa disposição de lei.

Cabe a duplicação do percentual de 75% desde que evidenciadas as condutas previstas nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte.

Inconformada com tal decisão, a Recorrente apresentou recurso voluntário, onde repisa os argumentos anteriormente apresentados.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Gilberto de Castro Moreira Junior, Relator

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os pressupostos de admissibilidade, razão pela qual dele tomo conhecimento.

Para o deslinde questão da multa isolada é importante saber quais foram as decisões finais dos processos administrativos citados na decisão recorrida: 10070.000778/2005-61 (habilitação de crédito), 13609.720020/2006-05 (compensação) e 10660.000339/2002-66 (restituição movida por COMERCIAL BENEFICIADORA DE CAFE LTDA, ainda em andamento segundo pesquisa no COMPROT).

Diante disso, voto no sentido de converter o julgamento em diligência para que a Unidade de origem aguarde a decisão definitiva na esfera administrativa, assim entendida aquela contra a qual não caiba mais nenhum tipo de recurso, do PAF 10660.000339/2002-66 10070.000778/2005-61, de modo que, somente após a juntada da referida decisão e das decisões definitivas dos PAFs 10070.000778/2005-61 e 13609.720020/2006-05 nestes autos, ele retorne a julgamento neste Colegiado.

Após a realização da(s) diligência(s), remetam-se os autos a este Conselho para que seja proferido acórdão tratando dos temas objeto de recurso voluntário.

É como voto.

Gilberto de Castro Moreira Junior