



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

Processo nº 14485.002196/2007-61
Recurso nº 999.999 Voluntário
Acórdão nº 2403-001.792 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 22 de janeiro de 2013
Matéria CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA
Recorrente ARAPUA COMERCIAL S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/03/2001 a 31/01/2002

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA - NÃO APRECIACÃO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO.

A legislação ordinária de custeio previdenciário não pode ser afastada em âmbito administrativo por alegações de inconstitucionalidade, já que tais questões são reservadas à competência, constitucional e legal, do Poder Judiciário.

Neste sentido, o art. 26-A, caput do Decreto 70.235/1972 e a Súmula nº 2 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente veda ao CARF se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de lei tributária.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - IRREGULARIDADE NO LANÇAMENTO- INOCORRÊNCIA.

Tendo o fiscal autuante demonstrado de forma clara e precisa os fatos que suportaram a autuação, oportunizando ao contribuinte o direito de defesa e do contraditório, bem como em observância aos pressupostos formais e materiais do ato administrativo, nos termos da legislação de regência, especialmente artigo 142 do CTN, não há que se falar em nulidade da autuação.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - COMPENSAÇÃO - GLOSA - CESSÃO DE CRÉDITOS.

Serão glosados pelo Fisco os valores compensados indevidamente pelo sujeito passivo. A cessão de crédito, nos termos do Código Civil, não descaracteriza o crédito como sendo de terceiros para fins de compensação. Nos termos do art. 89, § 1º, Lei nº 8.212/1991, a comprovação da não transferência ao custo de bem ou serviço oferecido à sociedade, como

atributo da compensação/restituição é obstáculo intransponível para o aproveitamento de créditos de terceiros.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO - ACRÉSCIMOS LEGAIS - JUROS E MULTA DE MORA - ALTERAÇÕES DADAS PELA LEI 11.941/2009 - RECÁLCULO DA MULTA MAIS BENÉFICA - ART. 106, II, C, CTN

Até a edição da Lei 11.941/2009, os acréscimos legais previdenciários eram distintos dos demais tributos federais, conforme constavam dos arts. 34 e 35 da Lei 8.212/1991. A Lei 11.941/2009 revogou o art. 34 da Lei 8.212/1991 (que tratava de juros moratórios), alterou a redação do art. 35 (que versava sobre a multa de mora) e inseriu o art. 35-A, para disciplinar a multa de ofício.

Visto que o artigo 106, II, c do CTN determina a aplicação retroativa da lei quando, tratando-se de ato não definitivamente julgado, lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, princípio da retroatividade benigna, impõe-se o cálculo da multa com base no artigo 61 da Lei 9.430/96 para compará-la com a multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei 8.212/91 (presente no crédito lançado neste processo) para determinação e prevalência da multa de mora mais benéfica.

Ressalva-se a posição do Relator, vencida nesta Colenda Turma, na qual se deve determinar o recálculo dos acréscimos legais na forma de juros de mora (com base no art. 35, Lei 8.212/1991 c/c art. 61, § 3º Lei 9.430/1996 c/c art. 5º, § 3º Lei 9.430/1996) e da multa de ofício (com base no art. 35-A, Lei 8.212/1991 c/c art. 44 Lei 9.430/1996), com a prevalência dos acréscimos legais mais benéficos ao contribuinte.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso para determinar o recálculo da multa de mora, com base na redação dada pela Lei 11.941/2009 ao artigo 35 da Lei 8.212/91, prevalecendo o valor mais benéfico ao contribuinte.

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Marcelo Magalhães Peixoto, Maria Anselma Coscrato dos Santos e Carolina Wanderley Landim.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário, às fls. 1515 a 1521, apresentado contra Decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento São Paulo I - SP, Acórdão nº 16-19.809 - 2ª Turma, fls. 1490 a 1503, que julgou procedente a autuação por descumprimento de obrigação principal, NFLD – Notificação Fiscal de Lançamento de Débito nº. 35.132.858-0, com ciência da Recorrente em 17.05.2004, às fls. 01, com valor consolidado de R\$ 7.211.850,99.

Conforme o Relatório Fiscal, às fls. 752 a 761, o crédito tributário é relativo às contribuições devidas à Seguridade Social compensadas indevidamente pela empresa, no período de 03/2001 a 01/2002.

A partir do relatório da decisão de primeira instância, às fls. 1490 a 1503:

A atividade principal da empresa notificada é a exploração de comércio, por atacado e varejo, de aparelhos de uso doméstico e pessoal.

Relativamente A estrutura societária e do Plano de Reestruturação da empresa foi feita análise dos seguintes documentos apresentados: Atas de Assembléia Geral, Relatórios da Administração, Estatutos Sociais e Balanços Patrimoniais publicados com as respectivas notas explicativas. Desta verificação resultou a confecção do quadro societário (demonstrativo na segunda folha do relatório), concluindo-se que a empresa Arapuã Comercial S/A, foi constituída por Lojas Arapuã S/A em 30.12.1998 com o intuito de continuar as atividades mercantis do grupo, tendo em vista que esta se encontra em processo de concordata preventiva desde junho de 1998.

A criação da empresa Arapuã Comercial S/A decorre da elaboração do plano de reestruturação apresentado aos credores. A adesão ao citado plano não foi unânime e as parcelas da concordata vencidas em 22/06/1999 e 2000 não foram pagas. Assim, a continuidade operacional da controladora (Arapuã S/A), e da empresa fiscalizada depende do resultado do processo de concordata, ressaltando-se que o citado plano de reestruturação ainda não foi aprovado judicialmente.

Apresentação As fls. 754 de tabela com informações das empresas do grupo, em ordem cronológica, abrangendo o período de 12/94 a 05/99, iniciando-se com a constituição da empresa Commerce Importação e finalizando com a alteração de contrato relativa ao aumento de Capital Social da Arapuã Comercial S/

Relaciona os processos judiciais movidos por empresas do grupo contra o INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, sendo que alguns ainda sem decisão definitiva, a saber:

a) Processo nº 94.0028849-2, 20 Vara da Justiça Federal - São Paulo, autora:

Commerce Desenvolvimento Mercantil Ltda; empresa ativa, sócia de Lojas Arapuã S/A;

b) Processo nº 94.0028605-8, 9º Vara da Justiça Federal - São Paulo, autora: Simeira Com. E Ind. Ltda.; empresa ativa, controladora das Lojas Arapuã S/A;

c) Processo nº 94.605103-6, da 2º Vara Federal de Curitiba, autora: Comp.Industrial Mercantil Paoletti; empresa incorporada pela Commerce Desenv. Mercantil Ltda.,

d) Processo nº 94.11975-5, da 2a Vara Federal de Curitiba, autora: Arapuã Imp. e Com. S/A; empresa incorporada pelas Lojas Arapuã S/A;

e) Processo nº 1999.61.47868-1, da 13ª Vara da Justiça Federal - São Paulo, autora: Commerce Desenvolvimento Mercantil Ltda.; empresa ativa, sócia das Lojas Arapuã S/A.

O processo nº 94.28849-2 é uma ação ordinária, tendo como autora a empresa Commerce Desenvolvimento Mercantil Ltda., com a finalidade de obter a declaração de inexigibilidade da contribuição previdenciária, prevista na Lei nº 7.787/89 e 8.212/91. Tal contribuição era exigida sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados avulsos, autônomos e administradores, durante o mês. Pleiteia ainda, o reconhecimento do direito de proceder à compensação dos valores recolhidos com contribuição sobre a folha de pagamento. Junta cópia de certidão de objeto e pé, confirmando o julgamento procedente, com decisão transitada em julgado em 10.07.01.

O processo nº 94.0028605-8, referente a ação movida por Simeira Com. e Ind. Ltda., visando a compensação de valores pagos indevidamente sobre remunerações pagas aos segurados autônomos e administradores. De acordo com a certidão de objeto e pé anexada, ficou determinado pelo acórdão que a compensação que fora autorizada em primeira instância fosse realizada em execução da sentença em não e sede administrativa. O INSS interpose recurso não conhecido pelo Superior Tribunal de Justiça, tendo havido o trânsito em julgado em 10.12.98.

O processo nº 94605103-6, ação ordinária movida por Cia. Industrial e Mercantil Paoletti, visou a declaração da inexigibilidade da contribuição previdenciária, prevista na Lei nº 7.787/89 e 8.212/91, relativa a remunerações pagas ou creditadas, durante o mês, a qualquer título, a segurados avulsos, autônomos e administradores e ainda, o direito de realizar a compensação sobre os valores pagos com a contribuição previdenciária incidente sobre a folha de salários.

Os autos encontram-se conclusos para despachos, não tendo transitado em julgado.

0 processo nº 94.0019755-2 refere-se a ação movida por Arapuã Importação e Comércio S/A requerendo a declaração do direito de compensar valores pagos indevidamente sobre remunerações pagas a segurados autônomos e administradores. Foi interposto recurso pelo INSS, tendo a empresa apresentado suas contra razões. Os autos encontram-se pendentes de julgamento-

0 processo nº 99.61.47868-1, ação ordinária onde a empresa Commerce Desenvolvimento Mercantil Ltda. pleiteou a compensação de créditos e acréscimos que a empresa entendeu ter recolhido indevidamente a título de contribuição social (folha de salários). Teve a tutela antecipada indeferida. Em primeira instância obteve a declaração de procedência do pedido e autorização para a compensação requerida. 0 INSS interpôs recurso de apelação e a autora o recurso adesivo. Remetidos os autos ao Tribunal foi dado provimento ao recurso do INSS e prejudicado o adesivo em 17/12/02, nos termos da certidão de objeto e pé anexada.

Entendeu a notificada que adquiriu da companhia controladora o direito de compensar créditos de contribuições previdenciárias com tributos a recolher da mesma natureza, conforme registrado nas Notas Explicativas às Demonstrações Contábeis de 31.12.2002 e, assim, procedeu a compensação que deu origem a esta notificação. Observe-se porém, que nas Notas Explicativas às Demonstrações Contábeis publicadas também em 31/12/2002, se encontra consignada a informação de que os passivos fiscal, previdenciário e trabalhista devidamente equacionados continuam com a controladora. Junta cópias. Ressalta a informação de que as compensações foram realizadas com respaldo dos assessores jurídicos da empresa, desconsiderando-se os mandamentos legais.

As certidões de objeto e pé apresentadas à fiscalização informam que somente as pessoas jurídicas ali mencionadas encontram-se autorizadas a efetuar a compensação.

Apesar de não ter sido acionada a justiça para solicitar autorização de compensação pela Arapuã Comercial S/A, foi nesta empresa que a compensação foi efetuada

A compensação encontra-se prevista no artigo 170 do CTN - Código Tributário Nacional. Para a Previdência Social, somente com a edição da Lei 8.383/91 se tornou possível que as empresas possam se compensar de valores pagos indevidamente. As leis 9.032/95 e 9.129/95 trouxeram as regras do procedimento da compensação, com as alterações então introduzidas no artigo 89 da Lei 8.212/91.

Relativamente à transferência do direito à compensação tem-se o disposto no artigo 132 do CTN, que cuida da responsabilidade dos sucessores, dispondo que a pessoa jurídica de direito privado resultante de fusão, transformação ou incorporação é

responsável pelos tributos devidos até a data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado que foram fusionadas, transformadas ou incorporadas. Determina o parágrafo primeiro que o contido no artigo 132 aplica-se em casos de extinção de pessoas jurídicas de direito privado, quando ocorrer continuação da mesma atividade por sócio remanescente ou seu espólio.

Com relação à compensação nos casos de empresas com atividade encerrada, dispõe o artigo 229 em seu parágrafo único, da IN/DC/INSS nº 100, ora vigente que a empresa sucessora ou a incorporadora poderá efetuar compensação de créditos, no caso de sucessão ou incorporação. Traz os conceitos de fusão, transformação, incorporação e cisão.

A empresa Lojas Arapuã S/A é sucessora de Arapuã Importação e Comércio S/A, do mesmo modo que a empresa Commerce Desenvolvimento Mercantil Ltda. é sucessora da Cia Ind. e Mercantil Paoletti. As empresas sucedidas encontram-se extintas.

A empresa Arapuã Comercial S/A foi criada face a reorganização das Lojas Arapuã S/A, sendo que esta encontra-se ativa, possuindo recolhimentos previdenciários, sendo optante pelo Programa de Recuperação Fiscal - REFIS. Junta telas do sistema GIRAFa e PLENUS.

Entende que a relação de Arapuã Comercial e Lojas Arapuã S/A é de controle, uma vez que a própria empresa refere-se a grupo econômico, controlada e controladora em sua documentação. Aplica-se, neste caso, o conceito de cisão parcial, uma vez que não houve incorporação, fusão ou transformação e, que apenas parte do patrimônio das Lojas Arapuã foi transferido para a Arapuã Comercial S/A.

Em face das empresas Lojas Arapuã S/A e Commerce Desenvolvimento Mercantil Ltda. encontrarem-se ativas, afasta-se a legitimidade para efetuar a compensação pela Arapuã Comercial S/A, uma vez que a lei limita o direito à compensação as empresas que resultarem de fusão, transformação ou incorporação. Logo, restou prejudicado o procedimento de compensação efetuado. lid que se ressaltar que a autorização para efetuar a compensação originou-se dos assessores jurídicos da companhia, sem respaldo na lei e/ou sentenças judiciais.

Por outro lado, alguns processos judiciais encontram-se ainda tramitando, pendentes de julgamento nos Tribunais, sendo que o artigo 170-A do Código Tributário Nacional estabelece que enquanto não houver decisão transitada em julgado, não é permitido que se realize compensação. Observe-se, ainda, que em nenhum dos processos foi deferida a tutela antecipada.

A empresa Lojas Arapuã S/A é optante pelo REFIS - Programa de Recuperação Fiscal, efetuando o recolhimento médio de R\$ 19.440,59, compatível com o seu faturamento anual, sendo que o faturamento do grupo é bem mais significativo. Continuam assim, os seus débitos fiscais, a fazer parte de seu passivo, percebendo-se uma clara separação entre o que é débito de uma empresa e de outra, ao passo que relativamente aos créditos

houve um repasse controlada (Arapuã Comercial) que efetuou indevidamente as compensações ora discutidas.

O DAD — Discriminativo Analítico do Débito, fls. 04/484, apresenta os valores apurados por competência e o DSD — Discriminativo Sintético do Débito, fls. 485/695, apresenta, para cada competência, os valores devidos originários, o valor da multa e juros aplicados, e o valor final devido, o DSE - Discriminativo Sintético por Estabelecimento, fl. 696/738 apresenta por competência e por estabelecimento, os valores devidos originários e atualizados, os juros e multa aplicados e o valor total devido.

Complementam o Relatório Fiscal de fls. 752/761 os anexos FLD - Fundamentos Legais do Débito, fl. 439/741, que indica os dispositivos legais que autorizam o lançamento e a cobrança das contribuições exigidas, de acordo com a legislação vigente época do respectivo fato gerador; CORESP - Relação de Co-Responsáveis, fl. 741; ViNCULOS - Relação de Vínculos, fl. 742.

Foram anexadas ao relatório pela fiscalização, cópia dos seguintes documentos:

Mandado de Procedimento Fiscal e Mandado de Procedimento Fiscal Complementar fls. 744/746; Termo de Início da Auditoria Fiscal - TIAF, fl. 747, Termos de Intimação para Apresentação de Documentos — TIAD, fls. 748/750 e Termo de Encerramento da Ação Fiscal —TEAF, fls. 751; Consulta referente à emissão do Termo de Arrolamento de Bens, fls. 762/763; Contrato Social de Commerce Importação e Comércio Ltda., fl. 764/773; Instrumento Particular de Cessão e Transferência de Quotas, fl. 774/776; Instrumento Particular de Alteração de Contrato Social de Commerce Importação e Comércio Ltda., fl. 777/788; Laudo de Avaliação de Commerce Desenvolvimento Mercantil Ltda., fl. 789/797; Ata da Assembléia Geral de Transformação de Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada em Sociedade por Ações de 23.05.95, de Commerce Importação e Comércio S/A, fl. 798/805; Ata da Assembléia Geral Extraordinária de 31.08.95, fl. 806/813; Ata de Reunião do Conselho de Administração de 16.10.95, fl. 814/815; Lla Alteração Contratual de Commerce Desenvolvimento Mercantil Ltda., fl. 816/847; Deliberação dos Sócios Quotistas, 848/851; Laudo de Avaliação Contábil, fl. 852/856; Ata das Assembléias Gerais Ordinária e Extraordinária de Lojas Arapuã S/A de 29.04.96, fl. 857/859; Ata da 73ª Assembléia Geral Extraordinária de 27.08.96, fl. 860/863; Ata da Assembléia Geral Extraordinária de 28.08.96, II. 864/870; Ata das Assembléias Gerais Ordinária e Extraordinária de Lojas Arapuã S/A de 16.04.97, fl. 871/883; Voto nº 13745 - Agravo de Instrumento 257217/4/5, fl. 884/886; Ata de Assembléia de Constituição da Arapuã Comercial S.A., fl.889/891; Ata da Assembléia Geral Extraordinária de 30.04.99, fl. 892/900; Boletim de Subscrição do Capital Social em 30.04.99, fl. 901; Laudo de Avaliação - Lojas Arapuã S.A. em 30.04.99, fl. 902907; Ata de Reunião do Conselho de Administração de 27.04.01, fl.

908; Ata de Reunião do Conselho de Administração de 20.09.01, fl. 909; Diário Oficial do Estado de São Paulo de 22.09.00, fl. 910/913; Seção Judiciária de São Paulo - 20a Vara Federal - certidão processo 94.0028849-2, fl. 914; Tribunal Regional Federal da 3ª Região - certidão - processo nº 96.03.087412-4, fl. 915/916; Planilhas ref. processo 94.0028849-2 - 20a Vara da Justiça Federal, fl. 917/919; Justiça Federal - 9ª Vara da Justiça Federal - certidão processo 94.28605-8, fl. 920; planilha ref. Processo n. 94.0021840-0, fl. 921/923; Relatório referente Mudanças no Padrão Monetário no Brasil, fl. 924/926; Petição Inicial - Ação Declaratória proposta por Simeira Com. e Ind., fl. 927/950; Forum Federal de Campinas - certidão processo 94.0605103-6, fl. 951; planilha ref. Processo 94.0605203-6, fl. 952/959; Tribunal Regional Federal da 3ª Região - certidão processo 94.00119755, fl. 960; planilha processo 94.0011975-5, fl. 961/984; Petição Inicial - Ação Declaratória movida por Arapuã Importação e Comércio S/A, fl. 985/1009; Tribunal Regional Federal 3ª Região - certidão processo 1999.61.00.047868-1, fl. 1010; planilhas Commerce Desenvolvimento Mercantil Ltda., fl. 1011/1025 e Demonstrativos Consolidados relativos ao REFIS, fl. 1026/1037.

O Mandado de Procedimento Fiscal – MPF nº 09086821, fls. 744 a 746, foi informado por meio do TIAF – Termo de Início da Ação Fiscal, com ciência da Recorrente.

O período objeto da NFLD, conforme o Relatório Discriminativo Sintético do Débito - DSD, às fls. 485, é de 03/2001 a 01/2002.

A Recorrente teve ciência da NFLD no dia 17.05.2004, conforme fls. 01.

Contra a autuação, a **Recorrente apresentou impugnação** tempestiva, de fls. 1043 a 1046, conforme o relatório da decisão de primeira instância:

*Objetiva a impugnação recorrer das penalidades aplicadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social face a notificação lavrada indevidamente e imposta em desacordo com a lei e a jurisprudência majoritária. **Trata a impugnação da diferença de interpretação feita pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS relativamente a compensação de créditos tributários com origem em uma empresa controlada, por meio de cessão de crédito feita a controladora.***

*A Notificação Fiscal de Débito foi lavrada tendo em vista os auditores fiscais terem discordado da **compensação efetuada pela impugnante, relativa a valores pagos indevidamente face remuneração aos autônomos e administradores, nos termos do inciso I do artigo 3º da lei 7787/89 e 8212/91, art. 22, inciso I. Tais valores foram compensados com base em decisões judiciais e de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nos termos do R.E. nº 148.308-3 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.102-** A empresa Simeira Com. e Ind. Ltda, empresa coligada à impugnante, cedeu seus créditos relativos ao processo 94.0028605-8 da 9ª Vara da Justiça Federal de São Paulo - Capital. Assim também a **empresa Arapuã Importação e Comércio S.A. transferiu seu***

crédito relativo ao processo nº 94.0011975-5 da 2ª Vara Federal de Curitiba; Commerce Desenvolvimento Mercantil Ltda relativamente ao processo 94.0028849-2 a 20ª Vara Federal de São Paulo - Capital e a Companhia Industrial e Mercantil Paoletti com relação ao processo 94.0605103-6 da 2ª Vara Federal de Campinas. Junta os documentos comprobatórios das transferências de crédito.

Relaciona ainda o processo n. 94.0016407-6 da 1ª Vara Federal de Porto Alegre (doc. 6) e o processo 1999.61.00.047868-1 da 13ª Vara Federal de São Paulo ambos com decisão favorável, sendo o último movido por Commerce Importação e Comércio Ltda., que foi incorporada pela impugnante e assim adquiriu seus créditos previdenciários. (doc.7)

Logo a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito não pode prosperar, uma vez que as empresas pertencem ao mesmo grupo empresarial, podendo os créditos serem compensados junto ao INSS. A impugnante é sucessora das várias empresas conforme documentação juntada, sendo seus sócios os mesmos das anteriores. Decorre daí a possibilidade de compensação conforme dispõe o artigo 170 do Código Tributário Nacional e a Instrução Normativa do INSS nº67 de 10.05.2002 em seu artigo 31.

Declara que "a documentação é farta e tal autuação vai de encontro as decisões judiciais e mais do que isto, com o julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal que julgou inconstitucionais o inciso I do artigo 3º da Lei 7.787/89 e no inciso I do artigo 22 da Lei 8.212/91". Para corroborar seu entendimento cita o Parecer C-15 de 13/12/60 da Consultoria da República que trata da questão das autarquias se oporem à jurisprudência já firmada em suas decisões e, ainda, a Resolução 14/95 que retirou das leis citadas a aplicabilidade das expressões "administradores e autônomos". Pede a anulação e o cancelamento da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito nº 35.132.858-0 uma vez que as compensações foram realizadas com base na lei e jurisprudência consolidada.

Junta cópias dos seguintes documentos: Ata de Reunião do Conselho de Administração de 20.09.01 de Arapuã Comercial S/A, fl.1052; D.O.E. de 15.06.02 referente Ata da Assembléia Geral Extraordinária de Arapuã Comercial de 07.05;02, fl. 1052; Decisão referente ação ordinária nº 94.0028605-8 - 9ª Vara Federal de São Paulo - autor: Simeira Com. e Ind. Ltda., fl. 1053/1054; Sentença ação cautelar nº 94.0011975-5 e declaratória nº 94.0014137-8 da 2ª Vara Federal de Curitiba - autor: Arapuã Importação e Comércio S/A, fl. 1055/1064; Decisão ação ordinária nº 94.002884902/ação cautelar nº 94.22156-8 da 20ª Vara Federal de São Paulo, autor: Commerce Desenvolvimento Mercantil Ltda., fl. 1065/1068; Certidão da la Vara da Justiça Federal de Porto Alegre referente ação declaratória nº 94.0016407-6/ação cautelar nº 94.0013889-0, autor: Ernesto Neugebauer S/A, fl. 1069; Decisão ação declaratória nº 94.0605616-0 da 2ª Vara Federal de

Campinas- SP, autor: Companhia Industrial e Mercantil Paoletti, fl. 1070/1071; Sentença ação declaratória nº 94.0016407-6/ação cautelar nº 94.0013889-0 da 1ª Vara Federal de Porto Alegre, autor: Ernesto Neugebauer S/A Indústrias Reunidas, fl. 1072/1078; Certidão referente ação declaratória nº 94.0016407/ação cautelar nº 94.0013889-0 da P Vara Cível de Porto Alegre, autor: Ernesto Neugebauer S/A, fl. 1079; Decisão ação ordinária nº 1999.61.00.047868-1 da 13ª Vara Federal de São Paulo, autor: Commerce Desenvolvimento Mercantil Ltda., fl. 1080/1090; Ata das Assembléias Gerais Ordinária e Extraordinária de Lojas Arapuã S/A de 16.04.97, fl. 1091/1103; 20ª Alteração do Contrato Social de Simeira Comércio e Indústria Ltda., 1104/1110; Ata da Assembléia Geral Cumulativamente Ordinária e Extraordinária de 30.04.99 - Ernesto Neugebauer S/A - Indústrias Reunidas, fl. 1111/1112; Ata da Assembléia Geral Ordinária e Extraordinária de 29.04.98 - Ernesto Neugebauer S/A Indústrias Reunidas; fl. 1113/1114; Ata da Assembléia Geral Ordinária e Extraordinária de 30.04.97, fl. 1115/1120; Ata da Assembléia Geral Extraordinária de 28.08.96 - Lojas Arapuã S.A., fl. 1121/1127; Ata da 73ª Assembléia Geral Extraordinária de 27.08.96 - Arapuã Importação e Comércio S/A, fl. 1128/1131; Protocolo - Justificação de Incorporação da Arapuã Importação e Comércio S/A e Lojas Arapuã S/A, fl. 1132/1141; Laudo de Avaliação - Arapuã Importação e Comércio S/A, fl. 1142/1150; 4ª Alteração Contratual - Commerce Desenvolvimento Mercantil Ltda., fl. 1151/1184; Protocolo-Justificação da incorporação da Companhia Industrial e Mercantil Paoletti na Commerce Desenvolvimento Mercantil Ltda., fl. 1185/1193; Ata da Reunião do Conselho de Administração de 05.12.95 - Companhia Industrial e Mercantil Paoletti, fl. 1194/1195; Planilha referente processo nº 94.002.8849-2, fl. 1196; GRPSx Folha de Pagamento de 0401 a 0102, fl. 1196/1287; Planilha processo nº 1999.61.00.047868-1, fl. 1288; GRPSxFolha de Pagamento de 03/01, fl. 1289/1297; planilha referente processo nº 98.0028423-0, fl. 1298; GRPSxFolha de Pagamento de 07/02 a 12/02, fl. 1299/1354; Instrumentos Particular de Cessão de Crédito, fl. 1355/1399.

Após Diligência Fiscal feita a pedido do Serviço de Análise da DRP São Paulo – Sul, os autos foram redistribuídos para a **Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento São Paulo I - SP, emitiu o Acórdão nº 16-19.809 - 2ª Turma, fls. 1490 a 1503, julgando procedente a autuação** e mantendo a multa aplicada, conforme a Ementa a seguir:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/03/2001 a 31/01/2002

Documento: NFLD nº 35.132.858-0, de 12.05.2004

COMPENSAÇÃO. GLOSA. DECISÃO JUDICIAL. SUCESSÃO. GRUPO ECONÔMICO.

A compensação de créditos tributários, objeto de contestação judicial, somente pode ser efetuada após o trânsito em julgado da decisão judicial.

Documento assinado digitalmente em 20/05/2013 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 20/05/2013 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 06/06/2013 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI

Impresso em 10/06/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Somente a empresa sucessora poderá efetuar compensação de créditos pertencentes Aquelas com atividade encerrada, fundidas, transformadas, incorporadas ou cindidas.

Inexiste previsão legal para compensação, através de cessão de créditos tributários, entre empresas em atividade, do mesmo grupo econômico.

Lançamento Procedente

Inconformada com a decisão, a Recorrente apresentou Recurso Voluntário, fls. 1515 a 1521, combatendo a decisão de primeira instância e reiterando os argumentos deduzidos em sede de Impugnação:

(i) Do depósito recursal.

(ii) Ante o exposto, não restando qualquer dúvida a respeito da certeza dos créditos utilizados pela Recorrente, requer seja reformada o acórdão, a fim de que se garanta a coisa julgada material formada nos processos acima referidos e o cumprimento das decisões emanadas pelo Poder Judiciário nestes feitos.

(iii) Da ausência de lei proibindo a cessão de créditos

Posteriormente, os autos foram enviados ao Conselho, para análise e decisão.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro , Relator

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 1548.

Anota-se ainda que o Supremo Tribunal Federal – STF ao editar a Súmula Vinculante nº. 21 afastou a exigência de depósito para a admissibilidade de recurso na esfera administrativa.

Súmula Vinculante 21

É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo. Fonte de Publicação: DJe nº. 210, p. 1, em 10/11/2009. DOU de 10/11/2009, p. 1.

Avaliados os pressupostos, passo para as questões Preliminares e ao Mérito.

DAS PRELIMINARES

(A) Violação a preceitos constitucionais.

Analisemos.

Não assiste razão à Recorrente pois o previsto no ordenamento legal não pode ser anulado na instância administrativa por alegações de inconstitucionalidade, já que tais questões são reservadas à competência, constitucional e legal, do Poder Judiciário.

Neste sentido, o art. 26-A, caput do Decreto 70.235/1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências:

“Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 1º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 2º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 3º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 4º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 5º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)”(gn).

Ademais, há a Súmula nº 2 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente veda ao CARF se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de lei tributária.

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

(B) Da regularidade do lançamento.

Não obstante a argumentação do Recorrente, não confiro razão ao mesmo pois, de plano, nota-se que o procedimento fiscal atendeu a todas as determinações legais, não havendo, pois, nulidade por vício insanável e tampouco cerceamento de defesa.

Trata-se de Recurso Voluntário, às fls. 1515 a 1521, apresentado contra Decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento São Paulo I - SP, Acórdão nº 16-19.809 - 2ª Turma, fls. 1490 a 1503, que julgou procedente a autuação por descumprimento de obrigação principal, NFLD – Notificação Fiscal de Lançamento de Débito nº. 35.132.858-0, com ciência da Recorrente em 17.05.2004, às fls. 01, com valor consolidado de R\$ 7.211.850,99.

Conforme o Relatório Fiscal, às fls. 752 a 761, o crédito tributário é relativo às contribuições devidas à Seguridade Social compensadas indevidamente pela empresa, no período de 03/2001 a 01/2002.

Desta forma, conforme o artigo 37 da Lei nº 8.212/91, foi lavrada NFLD nº. 35.132.858-0 que, conforme definido no inciso IV do artigo 633 da IN MPS/SRP nº 03/2005, é o documento constitutivo de crédito relativo às contribuições devidas à Previdência Social e a outras importâncias arrecadadas pela SRP, apuradas mediante procedimento fiscal:

(redação à época da lavratura da NFLD nº 35.132.858-0)

Lei nº 8.212/91

Art. 37. Constatado o atraso total ou parcial no recolhimento de contribuições tratadas nesta Lei, ou em caso de falta de pagamento de benefício reembolsado, a fiscalização lavrará notificação de débito, com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, conforme dispuser o regulamento.

Pode-se elencar as etapas necessárias à realização do procedimento:

- *A autorização por meio da emissão de TIAF – Termo de Início da Ação Fiscal, o qual contém o Mandado de Procedimento Fiscal – MPF- F, com a competente designação do Auditor-Fiscal responsável pelo cumprimento do procedimento;*
- *A intimação para a apresentação dos documentos conforme Termo de Intimação para Apresentação de Documentos – TIAD, intimando o contribuinte para que apresentasse todos os documentos capazes de comprovar o cumprimento da legislação previdenciária;*
- *A autuação dentro do prazo autorizado pelo referido Mandado, com a apresentação ao contribuinte dos fatos geradores e fundamentação legal que constituíram a lavratura do auto de infração ora contestado, com as informações necessárias para que o autuado pudesse efetuar as impugnações que considerasse pertinentes:*

a. IPC - Instruções para o Contribuinte (que tem a finalidade de comunicar ao contribuinte como regularizar seu débito, como apresentar defesa e outras informações);

b. DAD - Discriminativo Analítico do Débito (que discrimina os valores originários das contribuições devidas pelo contribuinte, abatidos os valores já recolhidos e as deduções legais);

c. DSD - Discriminativo Sintético do Débito (que apresenta os valores devidos em cada competência, referentes aos levantamentos indicados agrupados por estabelecimento);

d. DSE - Discriminativo Sintético por Estabelecimento;

e. RL - Relatório de Lançamentos (que relaciona os lançamentos efetuados nos sistemas específicos para apuração dos valores devidos pelo sujeito passivo);

Documento assinado digitalmente em 08/08/2001

Autenticado digitalmente em 20/05/2013 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 20/05/2013 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 06/06/2013 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI

Impresso em 10/06/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

f. RDA – Relatório de Documentos Apresentados - este relatório relaciona, por estabelecimento e por competência, as parcelas que foram deduzidas das contribuições apuradas, constituídas por recolhimentos, valores espontaneamente confessados pelo sujeito passivo e, quando for o caso, por valores que tenham sido objeto de notificação anteriores.

g. DAL - Diferença de Acréscimos Legais

h. FLD- Fundamentos Legais do Débito (que indica os dispositivos legais que autorizam o lançamento e a cobrança das contribuições exigidas, de acordo com a legislação vigente à época do respectivo fato gerador);

i. REPLEG- - Relatório de Representantes Legais (Este relatório lista todas as pessoas físicas e jurídicas representantes legais do sujeito passivo, indicando sua qualificação e período de atuação.);

j. VÍNCULOS - Relatório de Vínculos (que lista todas as pessoas físicas ou jurídicas em razão de seu vínculo com o sujeito passivo, indicando o tipo de vínculo existente e o período);

k. TIAF – Termo de Início da Ação Fiscal;

l. TIAD – Termo de Intimação para Apresentação de Documentos;.

m. TEAF - Termo de Encerramento da Ação Fiscal;.

n. REFISC – Relatório Fiscal.

Cumpre-nos esclarecer ainda, que o lançamento fiscal foi elaborado nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional, especialmente a verificação da efetiva ocorrência do fato gerador tributário, a matéria sujeita ao tributo, bem como o montante individualizado do tributo devido.

De plano, o art. 142, CTN, estabelece que:

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.”

Analisando-se a NFLD nº 35.132.858-0, tem-se que foi cumprido integralmente os limites legais dispostos no art. 142, CTN.

Ademais, não compete ao Auditor-Fiscal agir de forma discricionária no exercício de suas atribuições. Desta forma, em constatando a falta de recolhimento, face a

ocorrência do fato gerador, cumpra-se lavrar de imediato a notificação fiscal de lançamento de débito de forma vinculada, constituindo o crédito previdenciário. O art. 243 do Decreto 3.048/99, assim dispõe neste sentido:

Art.243. Constatada a falta de recolhimento de qualquer contribuição ou outra importância devida nos termos deste Regulamento, a fiscalização lavrará, de imediato, notificação fiscal de lançamento com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, de acordo com as normas estabelecidas pelos órgãos competentes.

DO MÉRITO.

(ii) Ante o exposto, não restando qualquer dúvida a respeito da certeza dos créditos utilizados pela Recorrente, requer seja reformada o acórdão, a fim de que se garanta a coisa julgada material formada nos processos acima referidos e o cumprimento das decisões emanadas pelo Poder Judiciário nestes feitos.

(iii) Da ausência de lei proibindo a cessão de créditos

Analisemos.

Observe-se que, por ocasião do levantamento da NFLD nº 35.132.858-0, a Fazenda Pública deve proceder ao lançamento de débito, pois, nos termos do parágrafo único do art. 142 do CTN, a atividade administrativa lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional razão pela a autoridade fiscal procedeu à lavratura da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito.

A compensação como modalidade de extinção do crédito tributário está prevista no art. 156, II, do Código Tributário Nacional. O mesmo diploma legal, artigos 170 e 170-A, prevê regras gerais sobre a matéria; as regras específicas são objeto de lei ordinária. Transcrevemos abaixo os artigos do CTN que tratam da compensação:

“Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

(...)

II - a compensação;”

“Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública.

Parágrafo único. Sendo vincendo o crédito do sujeito passivo, a lei determinará, para os efeitos deste artigo, a apuração do seu montante, não podendo, porém, cominar redução maior que a correspondente ao juro de 1% (um por cento) ao mês pelo tempo a decorrer entre a data da compensação e a do vencimento.”

“Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.” (Artigo incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

O Plano de Custeio da Seguridade Social, Lei n. 8.212/91, art. 89, que ora transcrevemos, traz comando no sentido de que somente serão compensados os valores pagos ou recolhidos indevidamente a título de contribuição para a Seguridade Social.

“Art.89. Somente poderá ser restituída ou compensada contribuição para a Seguridade Social arrecadada pelo Instituto Nacional do Seguro Social-INSS na hipótese de pagamento ou recolhimento indevido”. (Redação dada pela Lei nº 9.129, de 20.11.1995)

O direito à compensação surgirá após o pagamento indevido de contribuição destinada à Seguridade Social, de atualização monetária, de multa ou de juros de mora, observadas as seguintes condições, conforme art. 201, 229 e 780 da Instrução Normativa INSS nº 100/2003:

Art. 201. Compensação é o procedimento facultativo pelo qual o sujeito passivo se ressarce de valores pagos indevidamente, deduzindo-os das contribuições devidas à Previdência.

Art. 229. Quando a empresa estiver com atividade encerrada, terão legitimidade para pleitear a restituição os sócios que detêm o direito ao crédito ou a empresa sucessora, conforme determinado no ato de dissolução ou de sucessão, respectivamente.

Parágrafo único. Poderão também efetuar a compensação de créditos as empresas que resultarem das situações previstas no art. 780.

Art. 780. A empresa que resultar de fusão, transformação, incorporação ou cisão é responsável pelo pagamento das contribuições sociais previdenciárias e das contribuições destinadas a outras entidades e fundos, devidas pelas empresas fusionadas, transformadas, incorporadas ou cindidas, até a data do ato da fusão, da transformação, da incorporação ou da cisão.

Os valores indevidamente compensados devem ser recolhidos pelo contribuinte, sobre os quais incidirão juros e multa de mora.

Caso o contribuinte não recolha espontaneamente os valores compensados de forma indevida, cabe ao Fisco a glosa da compensação efetuada. Também cabe referida glosa na hipótese de compensação efetuada sem que houvesse recolhimento ou pagamento indevido; ou atualizada em desconformidade com os índices de correção previstos na legislação previdenciária; ou sem decisão judicial que tenha autorizado a compensação. Por fim, não houve qualquer ato perfeito e acabado, posto que uma compensação indevida não pode ser

considerada como um ato jurídico perfeito, já que se sujeita à verificação de sua regularidade pela fiscalização.

Como se vê, a compensação entre crédito e débito tributário efetiva-se por iniciativa do contribuinte, mas com risco para ele. A compensação feita, no âmbito de tributo sujeito ao lançamento por homologação, como no caso, fica a depender da homologação da autoridade fiscal, que pode e deve fiscalizar o contribuinte, examinar seus livros e documentos, verificar os cálculos e efetuar o lançamento de valor de compensação indevida, no todo ou em parte.

Outrossim, ao contrário do que pretende a Recorrente, a cessão de direito de crédito não afasta a natureza de crédito de terceiro. Em outros termos, o crédito objeto de lide nunca deixará de ser originário de cessão de terceiros, por isso que, também, não poderá ser considerado como um crédito próprio. Neste sentido, pela Recorrente ser cessionária do crédito, se por um lado admite-se seu direito de usufruir do crédito nas formas previstas no Direito Civil, por outro lado, todavia, por expressa determinação legal, vide art. 89, Lei 8.212/1991, tal crédito não pode ser aproveitado para efeitos de restituição/compensação tributária na pessoa do cessionário.

Art. 89. Somente poderá ser restituída ou compensada contribuição para a Seguridade Social arrecadada pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) na hipótese de pagamento ou recolhimento indevido. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995).

§ 1º Admitir-se-á apenas a restituição ou a compensação de contribuição a cargo da empresa, recolhida ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), que, por sua natureza, não tenha sido transferida ao custo de bem ou serviço oferecido à sociedade. (Incluído pela Lei nº 9.032, de 1995).

Neste diapasão, anota-se que a Recorrente pretendeu compensar com as contribuições devidas à Seguridade Social contribuições pagas indevidamente não por ela, mas por outro contribuinte, ao qual cabe o exercício do direito de restituição ou compensação das contribuições pagas indevidamente, segundo o art. 89, Lei 8.212/1991.

Naturalmente a hipótese exposta no presente Recurso Voluntário, ou seja, da Recorrente como cessionária do crédito tributário, não se coaduna com o previsto nos artigos 132 e 133 do CTN, que tratam de fusão, transformação e incorporação, o que poderia ensejar a utilização dos créditos tributários, em questão, para efeitos de compensação.

Ainda em sede de argumentação, tem-se que o Código Tributário Nacional, nos art. 121 a 123, dispõe que as convenções particulares não podem ser opostas à Fazenda Pública:

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

Art. 122. Sujeito passivo da obrigação acessória é a pessoa obrigada às prestações que constituam o seu objeto.

Art. 123. Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

Ademais, a decisão de primeira instância destaca que as transferências dos direitos de compensação à Recorrente, por meio de instrumentos particulares de cessão de crédito, foram realizadas por empresas ativas (não se caracterizando o instituto da sucessão) sem amparo judicial ou legal, às fls. 1490 a 1503:

“As empresas supostamente titulares de crédito a compensar transferiram seus direitos à Lojas Arapuã, através de “Instrumentos Particulares de Crédito”, conforme abaixo discriminado:

• *De: Commerce Desenvolvimento Mercantil Ltda.*

Para: Lojas Arapuã S/A Data: 28.02.2001 Valor: R\$ 764.392,92

• *De: Commerce Desenvolvimento Mercantil Ltda.*

Para: Lojas Arapuã S/A Data: 01.05.2001 Valor R\$ 2.869.901,62

• *De: Simeira Comércio e Indústria Ltda.*

Para: Lojas Arapuã S/A Data: 01.05.2001 Valor R\$ 153.328,96

Importante ressaltar que as empresas acima relacionadas encontravam-se ativas na data em que tais instrumentos de cessão de crédito foram firmados, não havendo que se falar em sucessão.

Nas mesmas datas acima citadas, as Lojas Arapuã S/A transferiu os supostos créditos para a Arapuã Comercial S/A, por meio de “Instrumentos Particulares de Cessão de Crédito e Outras Avencas”.

Dá análise de tais instrumentos, verifica-se que não houve extinção das empresas cedentes e também da cessionária Lojas Arapuã S/A, que se encontra ativa até esta data. Também não se constata a sucessão de empresas, pois a relação existente entre as Lojas Arapuã S/A e Arapuã Comercial S/A é de controle, tendo em vista comporem o mesmo grupo empresarial, sendo a impugnante sua controlada.

Deste modo, não se caracteriza o instituto da sucessão, que pode ocorrer por transformação, incorporação ou fusão de empresas, conforme disposto no Código Civil Brasileiro.

Art. 1.113. O ato de transformação independe de dissolução ou liquidação da sociedade, e obedecerá aos preceitos reguladores da constituição e inscrição próprios do tipo em que vai converter-se.

Art. 1.116. Na incorporação, uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos, os direitos e obrigações, devendo todas aprová-la, na forma estabelecida para os respectivos tipos.

Art. 1.119. A fusão determina a extinção das sociedades que se unem, para formar sociedade nova, que a elas sucederá nos direitos e obrigações.

Portanto, inexistem créditos que poderiam ser transferidos à impugnante em face da sucessão das empresas, conforme acima exposto. De outro modo, também não existe previsão legal que permita a cessão de créditos tributários entre empresas do mesmo grupo empresarial.”

Dessa forma, considerando a inobservância das condições de compensação previstas na legislação acima, a glosa realizada pela fiscalização encontra-se correta.

MULTA DE MORA

Esta Colenda Turma de Julgamento vem se posicionando reiteradamente, por maioria, em relação ao recálculo dos acréscimos legais, para que se **recalcule a multa de mora, com base na redação dada pela lei 11.941/2009 ao artigo 35 da Lei 8.212/91, com a prevalência da mais benéfica ao contribuinte:**

A multa de mora aplicada teve por base o artigo 35 da Lei 8.212/91, que determinava aplicação de multa que progredia conforme a fase e o decorrer do tempo e que poderia atingir 50% na fase administrativa e 100% na fase de execução fiscal.

Ocorre que esse artigo foi alterado pela Lei 11.941/2009, que estabeleceu que os débitos referentes a contribuições não pagas nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que estabelece multa de 0,33% ao dia, limitada a 20%.

Visto que o artigo 106, II, c do CTN determina a aplicação retroativa da lei quando, tratando-se de ato não definitivamente julgado, lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, princípio da retroatividade benigna, impõe-se o cálculo da multa com base no artigo 61 da Lei 9.430/96 para compará-la com a multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei 8.212/91 (presente no crédito lançado neste processo) para determinação e prevalência da multa mais benéfica.

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Ressalva-se a posição do Relator, posição vencida nesta Colenda Turma, na qual se deve determinar o recálculo dos acréscimos legais na forma de **juros de mora** (com base no art. 35, Lei 8.212/1991 c/c art. 61, § 3º Lei 9.430/1996 c/c art. 5º, § 3º Lei 9.430/1996) **e da multa de ofício** (com base no art. 35-A, Lei 8.212/1991 c/c art. 44 Lei 9.430/1996), com a prevalência dos acréscimos legais mais benéficos ao contribuinte.

CONCLUSÃO

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso, rejeitar as **PRELIMINARES, NO MÉRITO DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO**, para que se recalcule a multa de mora, com base na redação dada pela lei 11.941/2009 ao artigo 35 da Lei 8.212/91, com a prevalência da mais benéfica ao contribuinte.

É como voto.

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro