



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

Processo n° 10240.001688/2007-51
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1402-001.394 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de junho de 2013
Matéria IRPJ e OUTROS
Recorrente SG SUPERMERCADOS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Exercício: 2004, 2005, 2006, 2007, 2008

RECURSO DO CONTRIBUINTE

RECURSO VOLUNTÁRIO. INTEMPESTIVIDADE.

Não se conhece de apelo à segunda instância, contra decisão de autoridade julgadora de primeira instância, quando formalizado depois de decorrido o prazo regulamentar de trinta dias da ciência da decisão.

RECURSO DO RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO

SOLIDARIEDADE. CISÃO PARCIAL.

A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até a data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.

RESPONSABILIDADE. CISÃO PARCIAL.

A pessoa jurídica constituída pela fusão de outros, ou em decorrência de cisão de sociedade respondem pelo imposto devido pelas pessoas jurídicas transformadas, extintas ou cindidas.

RESPONSABILIDADE POR CISÃO. INÍCIO E FIM DOS EFEITOS.

É responsável pelos tributos devidos até a data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, cindidas, transformadas ou incorporada.

Recurso do contribuinte não conhecido.

Recurso do responsável solidário negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, negar provimento ao recurso apresentado pelo coobrigado e não conhecer do recurso apresentado pelo sujeito passivo, por perempção. Ausente o Conselheiro Carlos Pelá.

(Assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto - Presidente

(Assinado digitalmente)

Paulo Roberto Cortez - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Leonardo de Andrade Couto (Presidente), Frederico Augusto Gomes de Alencar, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Sandra Dias Nunes e Paulo Roberto Cortez.

Relatório

SG – SUPERMERCADOS LTDA., contribuinte inscrito no CNPJ/MF sob nº 34.748.558/0001-71, com domicílio fiscal na cidade de Porto Velho, Estado de Rondônia, na Rua. Almirante Barroso, nº 2.240 - Bairro Centro, jurisdicionado a Delegacia da Receita Federal do Brasil em Porto Velho - RO, inconformado com a decisão de Primeira Instância de fls. 542/550, prolatada pela 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belém – PA, recorre, a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, pleiteando a sua reforma, nos termos da petição de fls. 566/570.

Contra o contribuinte, acima identificado, foi lavrado pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Porto Velho - RO, em 08/10/2007, Auto de Infração de Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS); de Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS); de Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) (fls. 240/272 e 294/306), com ciência pessoal, em 09/10/2007 (fls. 240/306), exigindo-se o recolhimento do crédito tributário no valor total de R\$ 1.844.242,60), a título de tributo e contribuições, acrescido de multa lançamento de ofício normal 75% e dos juros de mora de, no mínimo, de 1% ao mês, calculados sobre o valor do imposto e contribuição referente aos exercícios de 2004 a 2008, correspondente aos anos-calendário de 2003 a 2007, respectivamente.

A exigência fiscal em exame teve origem em procedimentos de fiscalização externa referente aos exercícios de 2004 a 2008, onde a autoridade fiscal lançadora entendeu haver as seguintes irregularidades:

1 – Através da metodologia de comparação entre as informações constantes da escrituração; DCTF; IRPJ; PIS e COFINS, verificou-se a redução indevida da base de cálculo do PIS/COFINS, referentes aos anos de 2003 a 2007; e insuficiência de declaração de IRPJ e CSLL no ano calendário de 2005. Infração capitulada nos arts. 247 e 841 do RIR/99.

2 – Apurou-se, também, Responsabilidade Solidária, por sucessão, uma vez que houve cisão parcial da empresa SG SUPERMERCADOS, CNPJ 34.748.558/0001-71, resultando na empresa SUPERMERCADO GONÇALVES, CNPJ 06.225.625/0001-38, tornando esta última “sujeito passivo” das obrigações tributárias da primeira.

Os Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil responsáveis pela constituição do crédito tributário lançado esclarecem, ainda, através do Termo de Verificação de Infração (fls. 309/312), entre outros, os seguintes aspectos:

- que, no que diz respeito à Redução Indevida na Base de Cálculo do PIS e COFINS e conseqüente insuficiência de declaração, é de se dizer, que tendo em vista a não localização na escrituração de conta contábil relativa às deduções da base cálculo do PIS e COFINS dos lançamentos a título de vendas de mercadorias tributadas por substituição tributária, em 25/09/2007 intimamos o contribuinte a justificar tais valores;

- que, em resposta, o contribuinte alegou não ter uma conta específica tanto para escriturar vendas como as compras de mercadorias sujeitas à substituição tributária. No

entanto, verbalmente informou que teria controles extra contábeis para o cálculo da exclusão destes valores da base de cálculo da COFINS e do PIS, conforme informado no Dacon. Porém, limitou-se a apresentar tais controles somente em relação às compras de mercadorias tributadas por substituição tributária;

- que verificamos que em vários meses o total de mercadorias compradas superou em muito as vendas informadas na redução da base de cálculo da COFINS e do PIS, nos dezoito meses em que houve dedução da base de cálculo do montante de vendas de mercadorias tributadas por substituição;

- que tal fato determinou que adotássemos um critério no sentido de considerar tais mercadorias como vendidas até o valor informado no Dacon, pois a comprovação de que tais mercadorias adquiridas não foram vendidas dependeria de uma auditoria específica em estoques, impossível ao escopo verificações obrigatórias;

- que a guisa de conclusão, foi recalculada a base de cálculo para a incidência de PIS e COFINS, considerando a dedução de “vendas de mercadorias sujeitas à substituição tributária” no montante das compras, limitadas ao total deduzido no Dacon;

- que, no que diz respeito aos créditos informados no Dacon, utilizando a própria escrituração do contribuinte para chegar à base de cálculo e respectivos créditos, verificamos que houve majoração deste e conseqüente redução indevida da COFINS e PIS apurados e declarados, é de se dizer, que as referidas planilhas, anexas a este Termo, mostram que, ao comparar as informações da escrituração com aquelas consignadas no Dacon, houve erro na informação de compras e devoluções de mercadorias para revenda, energia elétrica, despesas financeiras e depreciação. Tais fatos resultaram que os créditos calculados foram inferior àqueles apurados e informados no Dacon, fato que resultou em uma base de cálculo maior do que àquela informada pelo contribuinte nos anos-calendários de 2003, 2004, 2005, 2006 e 2007;

- que, no que diz respeito à insuficiência de Declaração de IRPJ e CSLL, é de se dizer, que, em 21/05/2007, intimamos o contribuinte a manifestar-se a respeito das divergências entre a as obrigações tributárias provisionadas na escrituração, frente a valores menores declarados em DCTF;

- que no que se refere ao IRPJ e CSLL, somente houve diferenças entre o valor escriturado e o valor declarado em 2005, conforme explicitado na tabela anexa a este Termo, sendo que tais diferenças não foram justificadas na resposta apresentada em 22/05/2007;

- que, no diz respeito à RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA, é de se dizer, que a empresa SG SUPERMERCADOS LTDA., CNPJ 34.748.558/0001-71, promoveu uma cisão parcial, em 25/03/2004, constituindo a empresa SUPERMERCADO GONÇALVES LTDA., CNPJ 06.225.625/0001-38. Sendo, que tal situação caracteriza a responsabilidade dos sucessores nos termos do art. 121 da Lei nº 5.172, de 1966.

SUPERMERCADO GONÇALVES LTDA., como responsável solidário, apresenta a sua peça impugnatória de fls. 328/334, tempestivamente, em 08/11/2007, instruído pelos documentos de fls. 335/386, onde o mesmo se indispõe contra a exigência fiscal, solicitando a sua exclusão do pólo passivo da obrigação tributária, com base, em síntese, nos seguintes argumentos:

- que foi lavrado um auto de infração contra a empresa SG SUPERMERCADOS LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrito no CNPJ 34.748.558/0001-71, sendo colocado a impugnante, como responsável solidário do débito apurado, o que não pode ser aceito;

- que a impugnante foi incluída com responsável solidários dos débitos nesse feito em razão de ter surgido através do processo de cisão parcial da empresa autuada em março de 2004, o que não pode ser aceito;

- que cisão é a operação jurídica pela qual uma empresa transfere parcelas do seu patrimônio (ativo e passivo) para uma ou mais sociedades, constituídas para fim ou já existentes, podendo ser total ou parcial;

- que, assim, após o processo de cisão passaram a existir duas empresas distintas, a impugnante (cisionada), que surgiu nesse processo, e a empresa cindida (SG Supermercados), cada uma com sua personalidade e responsável apenas pelos seus atos;

- que, pelo fato da cisão ter sido parcial é que é ilegal a responsabilização da impugnante, ainda mais em períodos posteriores à cisão;

- que, como no caso se trata de cisão parcial, onde a empresa cindida continuou normalmente suas atividades, a responsabilidade da impugnante pelos débitos tributários da empresa que lhe transferiu parte do seu patrimônio, apenas e tão somente os devidos até a data da cisão, é apenas subsidiária;

- que com referência aos débitos de períodos posteriores à cisão, ou seja, cujo fato gerador ocorreu em data posterior a março de 2004, é mais do que claro a ilegalidade da responsabilização da impugnante. Em relação a estes fatos nenhum vínculo existe entre as duas empresas, vez que pessoas jurídicas diferentes;

- que, sendo subsidiária a responsabilidade da impugnação pelos débitos da cindida anteriores à cisão, o fisco deve exigir o pagamento diretamente da empresa SG SUPERMERCADOS, reservando o seu direito de cobrar da impugnante esses débitos anteriores à separação somente se aquela for insolvente, desaparecer ou tornar impraticável a cobrança, o que não é definitivamente o caso, e aliás, não foi provado;

- que somente se provada a insolvência da empresa cindida é que a Fazenda Nacional poderia exigir algo da impugnante. Como nada foi provado, descabe a responsabilização da impugnante ate mesmo com relação aos débitos anteriores à cisão.

SG SUPERMERCADOS LTDA. em sua peça impugnatória de fls. 349/380, apresentada, tempestivamente, em 08/11/2007, o autuado se indis põe contra a exigência fiscal, solicitando que seja acolhida à impugnação para declarar a insubsistência do Auto de Infração, com base, em síntese, nos seguintes argumentos:

- que, no que diz respeito ao lançamento de PIS e da COFINS, é de se dizer, que é totalmente improcedente o lançamento do PIS e da COFINS, não existindo as divergências apontadas pela fiscalização;

- que primeiro erro da agente fiscal refere-se ao valor das compras das mercadorias consideradas em seu levantamento. A referida apuração foi feita através dos valores informados no balancete da empresa;

- que ocorre que a empresa lança nos balancetes o valor líquido das compras, já excluído o ICMS incidente sobre a operação, não sendo correto, assim, a utilização de tais valores na apuração do crédito;

- que o crédito do PIS e da COFINS deve ser calculado sobre os valores brutos das compras, incluindo o ICMS. Tais valores estão devidamente informados no livro de apuração de ICMS, o qual deveria ter sido utilizado para a referida apuração;

- que, a título de amostragem, exemplificamos o mês de outubro de 2003, onde a fiscalização utilizou em sua apuração de crédito o valor líquido das compras lançadas no balancete, no importe de R\$ 4.108.721,89. O valor bruto dessas compras, que deveria ter sido utilizado e consta no livro de apuração anexado, é de R\$ 4.227.929,08. Tal equívoco resultou na apuração de um valor de crédito inferior ao que o impugnante tem direito. Assim, deve ser retificado tal valor na apuração de crédito realizado pela fiscalização;

- que esse erro ocorreu em todo o período apurado, o que pode ser verificado por simples análise dos livros de apuração anexados, devendo ser retificados tais valores na apuração do crédito do PIS e da COFINS;

- que outro equívoco na apuração dos créditos da COFINS e do PIS foi causado por erros de somas da referida planilha. A agente fiscal deve ter cometido algum erro na fórmula criada para fazer os cálculos, o que também deve ser corrigido;

- que para chegar à base de cálculo dos créditos do PIS e da COFINS, a agente fiscal fez a seguinte operação aritmética em seu demonstrativo: compras à vista + compras a prazo – devolução de compras + energia elétrica = despesas financeiras = depreciação = devolução das vendas sujeitas alíquota 1,65%;

- que, por algum erro, ao fazer esse cálculo, foi subtraído duas vezes o valor referente à devolução de compras, reduzindo indevidamente a base de cálculo para apurar o crédito;

- que, no que diz respeito as vendas com substituição tributária, é de se dizer, que o agente fiscal, na apuração do PIS e da COFINS do período de março de 2003 a junho de 2004, considerou como dedução da base de cálculo dos tributos as vendas de mercadorias por substituição tributária, fazendo o levantamento com base nas entradas de mercadorias tributadas por substituição tributária;

- que acontece que o mesmo deve ocorrer também nos períodos seguintes, ou seja, de julho de 2004 a julho de 2007, vez que a impugnante continuou comprando e vendendo produtos tributados por substituição tributária;

- que, no que diz respeito a compensação, é de se dizer, que foi constatado pela própria autoridade fiscal, que a recorrente possui créditos decorrentes de pagamentos a maior da COFINS e do PIS em alguns meses no período fiscalizado, o que devem ser usados para saldar os débitos supostamente remanescentes deste auto de infração;

- que uma grande ilegalidade e inconstitucionalidade constante em todo lançamento impugnado, e que deve ser retificado na remota hipótese de não ser cancelado totalmente o presente lançamento, o que colocamos como suposição, é a utilização da Taxa

Referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia SELIC a título de juros moratórios.

Após resumir os fatos constantes da autuação e as principais razões apresentadas pela impugnante, os membros da Primeira Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belém – PA, concluíram pela improcedência da impugnação e pela manutenção do crédito tributário lançado com base, em síntese, nas seguintes considerações:

- que, inicialmente se faz necessário verificar se esta correta a apresentação da empresa Gonçalves Companhia, CNPJ 06.225.625/000-38, como responsável solidário dos créditos tributáveis devidos pela empresa SG Supermercados, CNPJ 34.748.558/0001-71;

- que a impugnante contrasta a tese da fiscalização arguindo que a situação se adéqua ao disposto no art. 133 do CTN;

- que a tese da impugnante não merece prosperar: 1) o art. 133 se aplica aos casos em que há “aquisição do fundo de comércio”, ao passo que o disposto no art. 207, § único, II do Decreto 3.000, de 1999 se aplica ao caso de cisão, que é o que houve de fato e de direito;

- que, assim, está correta a apresentação da empresa GONÇALVES COMPANHIA, CNPJ 06.225.625/0001-38, como responsável solidária dos créditos tributários devidos pela empresa SG SUPERMERCADOS, CNPJ 34.748.558/0001-71;

- que o ato da cisão ocorreu, em 07/06/2004, através da vigésima sexta alteração contratual da empresa SG SUPERMERCADOS, CNPJ 34.748.558/0001-71; logo esta é a data limite para considerarmos “solidárias” as empresas acima citadas;

- que a partir desta data, após 07/06/2004, para caracterizar-se a solidariedade dever-se-ia provar o “interesse comum” entre ambas, e para isto não basta o fato de os sócios serem as mesmas pessoas nas duas empresas! Os sócios até poderiam figurar na condição de sujeitos passivos solidários, mas não a empresa resultante da cisão, em virtude de ser oriunda de cisão parcial;

- que o ato da cisão ocorreu em 07/06/2004, para caracterizar-se a solidariedade dever-se-ia provar “interesse comum” entre ambas, e para isto não basta o fato de os sócios serem as mesmas pessoas nas duas empresas! Os sócios até poderiam figurar na condição de sujeitos passivos solidários, mas não a empresa resultante da cisão, em virtude de ser oriunda de cisão parcial;

- que a impugnante descreve como entende correta a apuração dos tributos PIS e COFINS, diz, ainda, que apresenta notas fiscais e contabilidade, em anexo. Mas ocorre, entretanto, que estes elementos não contrapõem às conclusões da fiscalização, que apresentou os valores que apurou como corretos, fez comparação com os valores declarados pela fiscalizada, e apurou o que ainda era devido;

- que a impugnante deveria ter contraposto só cálculos realizados pela fiscalização, apontando, um a um, item a item, onde estavam certos, onde estavam errados; mas não o fez; apenas, a título de amostragem, afirmou estarem errados os cálculos da fiscalização. Assim, considero não provadas as alegações da impugnante;

- que, no que diz respeito a situação tributaria dos tributos IRPJ e CSLL, é de se dizer, que há da impugnante no cálculo dos tributos, e a fiscalização está correta, em relação à competência março/2005;

- que para a competência setembro/2005, há erro no preenchimento da declaração, mas a impugnante alega que o tributo devido fora pago, conforme DARF em anexo; ocorre que até o momento esta alegação não fora comprovada;

- que a discussão acerca da utilização da taxa de juros da SELIC, ou seja, o questionamento acerca da utilização da taxa de juros SELIC encontra-se, no âmbito administrativo fiscal, exaurido através das Súmulas nº 04 e 05 do CARF. Sendo assim, a utilização dos juros da SELIC na correção do saldo devedor é correto.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2003, 2004

SOLIDARIEDADE. CISÃO PARCIAL. A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até à data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.

RESPONSABILIDADE. CISÃO PARCIAL. A pessoa jurídica constituída pela fusão de outros, ou em decorrência de cisão de sociedade respondem pelo imposto devido pelas pessoas jurídicas transformadas, extintas ou cindidas.

RESPONSABILIDADE POR CISÃO. INÍCIO E FIM DOS EFEITOS. É responsável pelos tributos devidos até a data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporada.

IMPUGNAÇÃO. REQUISITOS. A impugnação deve mencionar os motivos de fato e de direito em que se fundamenta.

PROVA. ÔNUS. O ônus da prova incumbe ao autor, quando ao fato constitutivo do seu direito; no caso a fiscalização, ou ao réu, no caso, impugnante, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Acordam os membros da 1ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, julgar improcedente a impugnação, mantendo o crédito tributário exigido.

Acordam os membros da 1ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, afastar da sujeição passiva a empresa GONÇALVES COMPANHIA, CNPJ 06.225.625/0001-38, como responsável solidário dos créditos tributários devidos pela empresa SG SUPERMERCADOS, CNPJ 34.748.558/0001-71, para os fatos geradores ocorridos após o dia 07/06/2004.

Cientificado da decisão de Primeira Instância, em 01/06/2011, conforme Termo constante às fls. 562/563, e, com ela não se conformando, **o responsável solidário**

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 22/10/2013 por PAULO ROBERTO CORTEZ, Assinado digitalmente em 01/11/2013

por LEONARDO DE ANDRADE COUTO, Assinado digitalmente em 22/10/2013 por PAULO ROBERTO CORTEZ

Impresso em 01/11/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

SUPERMERCADO GONÇALVES LTDA. interpôs, em tempo hábil (30/06/2011), o recurso voluntário de fls. 566/570, no qual demonstra irresignação contra a decisão supra, baseado, em síntese, nas mesmas razões expandidas na fase impugnatória, reforçado pelas seguintes considerações:

- que a recorrente foi mantida como responsável solidária dos débitos até 07/06/2004, em razão de ter surgido através do processo de cisão parcial da empresa autuada nessa data, o que não pode ser aceito;

- que como fundamento do direito da recorrente ter seu nome retirado do presente processo citamos o artigo 133 do Código tributário Nacional, que regulamenta a responsabilidade tributária nos casos de sucessão por transferência de bens;

- que - que, sendo subsidiária a responsabilidade da impugnação pelos débitos da cindida anteriores à cisão, o fisco deve exigir o pagamento diretamente da empresa SG SUPERMERCADOS, reservando o seu direito de cobrar da impugnante esses débitos anteriores à separação somente se aquela for insolvente, desaparecer ou tornar impraticável a cobrança, o que não é definitivamente o caso, e aliás, não foi provado.

Cientificado da decisão de Primeira Instância, em 20/05/2011, conforme Termo constante às fls. 556/560, e, com ela não se conformando, **o contribuinte autuado SG SUPERMERCADOS LTDA.** interpôs, intempestivamente (30/06/2011), o recurso voluntário de fls. 572/581, instruído pelos documentos de fls. 581/611, no qual demonstra irresignação contra a decisão supra, baseado, em síntese, nas mesmas razões expandidas na fase impugnatória, reforçado pelas seguintes considerações:

- que, a tempestividade do recurso, pode-se, observar, que o Decreto nº 70.235, de 1972 estabelece que os prazos serão contínuos, excluindo-se da contagem o dia de início, incluindo-se o do vencimento. Os prazos iniciam e vencem em dia de expediente normal no órgão em que corra o processo ou deva ser praticado o ato. O recorrente foi intimado da decisão recorrida no dia 01/06/2011. Assim, a contagem do prazo inicia-se dia 02/06/2011, com término no dia 01/07/2011;

- que, do lançamento de IRPJ e CSLL dos meses de março e setembro do ano de 2005, sob alegação de que foram constatadas divergências entre os valores declarados e os valores escriturados;

- que, não pode prevalecer o lançamento em razão apenas da falta de obrigação acessória de declaração, vez que os tributos, obrigação principal, foram devidamente recolhidos em seu tempo correto. Assim, deve ser cancelada essa parte do lançamento, vez que a importância exigida se encontra paga;

- que, e totalmente improcedente o lançamento do PIS e da COFINS, não existindo as divergências apontadas pela fiscalização;

- que, da apuração dos créditos, pode-se, observar, através de planilha de “demonstrativo dos créditos sobre compras”, a fiscalização apurou os créditos de PIS e COFINS que a empresa teria para descontar dos valores devidos dessas contribuições;

- que, existem equívocos nessas apurações, reduzindo os reais créditos da empresa, o que deve ser corrigido, levando, por consequência, ao cancelamento de quase todo auto de infração;

- que, o primeiro erro da agente fiscal refere-se ao valor das compras das mercadorias consideradas em seu levantamento. Referida apuração foi feita através dos valores informados no balancete da empresa;

- que, ocorre que a empresa lança nos balancetes o valor líquido das compras, já excluindo o ICMS incidente sobre a operação, não sendo correto, assim, a utilização de tais valores na apuração do crédito;

- que, o crédito do PIS e da COFINS deve ser calculado sobre os valores brutos das compras, incluído o ICMS. Tais valores estão devidamente informados no livro de apuração de ICMS, o qual deveria ter sido utilizado para a referida apuração;

- que, de ser feito o demonstrativo dos créditos sobre as empresas, colocando no campo compras de mercadoria o valor bruto, incluindo o ICMS, o qual consta no livro fiscal de apuração;

- que, cabe dizer que para apurar a COFINS e o PIS devidos foi utilizado o valor bruto de vendas, com a inclusão do ICMS, gerando um tratamento desigual que não pode ser aceito;

- que, esse erro ocorreu em todo o período de apuração, o que pode ser verificado por simples análise dos livros de apuração anexados, devendo ser retificados tais valores na apuração do crédito do PIS e da COFINS;

- que, esse equívoco acontece em todos os meses que ocorreu devolução de compras, quais sejam: abril, maio, agosto, outubro e novembro de 2003; janeiro, fevereiro, abril, maio, junho, agosto, outubro e novembro de 2004; janeiro, fevereiro, abril, maio, junho, agosto, outubro e novembro de 2005; janeiro, fevereiro, abril, maio, julho, agosto, outubro e novembro de 2006; e janeiro, fevereiro, abril, maio, julho de 2007;

- que, das vendas com substituição tributária, o agente fiscal, na apuração do PIS do período de março de 2003 a junho de 2004, considerou como dedução da base de cálculo dos tributos as vendas de mercadorias por substituição tributária, fazendo o levantamento com base nas entradas de mercadorias tributadas por substituição tributária;

- que, acontece que o mesmo deve ocorrer também nos períodos seguintes, ou seja, de julho de 2004 a julho de 2007, vez que a Recorrente continuou comprando e vendendo produtos tributados por substituição tributária;

- que, tais valores devem deduzir a base de cálculo do PIS e da COFINS, sob pena de exigir pagamento em duplicidade;

- que, o valor que deve ser utilizado como dedução da base de cálculo na apuração do PIS e COFINS, no período mencionado, é o valor constante na soma final de cada mês (total 01 + total 03);

- que, dos equívocos na apuração de saída, além dos equívocos já comprovados, que devem ser retificados, o agente fiscal também cometeu outro equívoco ao apurar o PIS e COFINS do ano 2006 e 2007, ao incluir na base de cálculo saída de mercadorias que possui alíquota zero ou são isentas de PIS e COFINS, o que é indevido. Incluiu também

saídas cuja tributação é monofásica, as quais também não poderiam constar dessa base de cálculo;

- que, pelos relatórios anexados, verificamos que foi incluída pela fiscalização, na base de cálculo do PIS e COFINS do ano de 2006, saídas no importe de R\$ 4.216.473,80 que não são tributadas dessas contribuições, devendo ser retirado da apuração do fisco;

- que, no ano de 2007, foi incluída pela fiscalização na base de cálculo do PIS e COFINS, saídas no importe de 2.772.284,34 que também não são tributadas dessas contribuições, devendo ser retirado da apuração do fisco;

- que, da compensação, após as correções das folhas da apuração citadas no itens 4.1, 4.2 e 4.3, ainda existir débito de PIS e COFINS a pagar, o que não acreditamos e colocamos como suposição, deve ser ele compensado com os créditos da Recorrente apurados pela própria agente fiscal;

- que, tal medida deve ser tomada até mesmo em atendimento ao princípio da verdade material e da eficiência, que regem o processo administrativo e a atividade do administrador público;

- que, da diligência fiscal, para que seja feita a justiça fiscal, que é o objeto desse Conselho de Recursos Fiscais, caso ache necessário, Requer que baixe o processo em diligência, para que outro auditor fiscal verificando nos livros fiscais da empresa, Confirme as falhas da fiscalização levantadas nesse recuso, tais como não exclusão das vendas de alíquota zero na apuração do PIS e COFINS de 2006 e 2007, assim como cálculo equivocado de crédito, vez que foi utilizado valor líquido e não o bruto como determina a Lei.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Roberto Cortez, Relator

QUANTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO DO CONTRIBUINTE:

Do exame dos autos verifica-se que existe uma questão prejudicial à análise do mérito da presente autuação, relacionada com a preclusão do prazo para interposição de recurso voluntário ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Impõe-se, assim, necessário verificar se, em verdade, houve ou não apresentação tempestiva do recurso voluntário, bem como se existe alguma justificativa razoável para se processar o recurso voluntário em outra data, senão aquela original prevista na legislação de regência.

Ao tratar da intimação o Processo Administrativo Fiscal (Decreto nº 70.235, de 1972 e suas alterações posteriores) se manifesta da seguinte forma:

Art. 23. Far-se-á a intimação:

I - pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

III - por meio eletrônico, com prova de recebimento, mediante: (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

a) envio ao domicílio tributário do sujeito passivo; ou (Incluída pela Lei nº 11.196, de 2005)

b) registro em meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo. (Incluída pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 1º Quando resultar improficuo um dos meios previstos no caput deste artigo, a intimação poderá ser feita por edital publicado: (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

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:

I - na data da ciência do intimado ou da declaração de quem fizer a intimação, se pessoal;

II - no caso do inciso II do caput deste artigo, na data do recebimento ou, se omitida, quinze dias após a data da expedição da intimação; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

III - se por meio eletrônico, 15 (quinze) dias contados da data registrada: (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

a) no comprovante de entrega no domicílio tributário do sujeito passivo; ou (Incluída pela Lei nº 11.196, de 2005)

b) no meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo; (Incluída pela Lei nº 11.196, de 2005)

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

§ 3º Os meios de intimação previstos nos incisos do caput deste artigo não estão sujeitos a ordem de preferência. (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 4º Para fins de intimação, considera-se domicílio tributário do sujeito passivo: (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

I - o endereço postal por ele fornecido, para fins cadastrais, à administração tributária; e (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

II - o endereço eletrônico a ele atribuído pela administração tributária, desde que autorizado pelo sujeito passivo. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 5º O endereço eletrônico de que trata este artigo somente será implementado com expresse consentimento do sujeito passivo, e a administração tributária informar-lhe-á as normas e condições de sua utilização e manutenção. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 6º As alterações efetuadas por este artigo serão disciplinadas em ato da administração tributária. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

Pela análise preliminar das peças processuais é possível se inferir, a primeira vista, que os fatos ocorreram da forma abaixo discriminada, e por via de consequência com o resultado previsível ali exposto. Senão, vejamos.

A decisão proferida pela Primeira Instância foi encaminhada via correio, com emissão de AR, com ciência, em 20/05/2011, uma sexta-feira, conforme consta às 556/560.

O marco inicial para a contagem do prazo se deu em 23/05/2011, uma segunda-feira. Portanto, o prazo final para apresentação da defesa encerrar-se-ia no dia 21/06/2011, uma terça-feira, dia expediente normal na repartição de origem.

A peça recursal, foi protocolizada, somente, em 30/06/2011, uma quinta-feira, conforme consta às fls. 572, portanto, fora do prazo fatal.

Ora, não há mais nada para se discutir, o recorrente foi cientificado em 20/05/2011 da decisão. É indiscutível que o prazo para apresentar a peça recursal é de trinta dias, contados na forma do disposto no artigo 5º, parágrafo único, do Decreto n.º 70.235, de 1972, combinado com o art. 33 do mesmo Decreto.

Por tal imposição legal o termo final seria 21/06/2011, sendo que o suplicante apresentou a sua peça recursal em 30/06/2011, fora do prazo regulamentar. Desta forma, não se instaurou a fase litigiosa do processo na Segunda Instância, como dispõe o artigo 33 do Decreto n.º 70.235, de 1972, e, após isto, qualquer ato de defesa ou decisória é ineficaz. Ou seja, se o sujeito passivo, no prazo de trinta dias da intimação da ciência da decisão de Primeira Instância, não se apresentar no processo para se manifestar pelo pagamento ou para interpor recurso voluntário para o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), automaticamente, independente de qualquer ato, no trigésimo primeiro (31º) dia da data da intimação, ocorre a preempção. Daí sua intempestividade.

Nestes termos, posiciono-me no sentido de negar conhecimento ao recurso voluntário, por extemporânea a peça recursal.

QUANTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO DO RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO

O presente recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal e deve, portanto, ser conhecido por esta Turma de Julgamento.

Não arguição de qualquer preliminar.

Trata o presente de Recurso Voluntário (fls. 566/570), interposto por SUPERMERCADO GONÇALVES, CNPJ nº 34.748.558/0001-71, contra o acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belém - PA.

O presente trata da responsabilidade solidária, em razão da cisão parcial da empresa SG SUPERMERCADOS, CNPJ nº 34.748.558/0001-71, resultado na empresa SUPERMERCADO GONÇALVES, CNPJ nº 06.225.625/0001-38.

A decisão recorrida decidiu, por unanimidade de votos, afastar da sujeição passiva a empresa GONÇALVES COMPANHIA, CNPJ nº 06.225.625/0001-38, como responsável solidário dos créditos tributários devidos pela empresa SG SUPERMERCADOS, CNPJ nº 34.748.558/0001-71, para os fatos geradores ocorridos após o dia 07/06/2004.

Inconformado com a decisão o responsável solidário apresenta o seu recurso voluntário onde sustenta, basicamente, que sendo subsidiária a responsabilidade da impugnação pelos débitos da cindida anteriores à cisão, o fisco deve exigir o pagamento diretamente da empresa SG SUPERMERCADOS, reservando o seu direito de cobrar da impugnante esses débitos anteriores à separação somente se aquela for insolvente, desaparecer ou tornar impraticável a cobrança, o que não é definitivamente o caso, e aliás, não foi provado.

De início, entendo que a validade (ou não) da indicação de uma terceira pessoa como responsável solidário, em lançamento de ofício, em situações como a deste

processo, comporta discussão no âmbito do Processo Administrativo. É que a identificação do sujeito passivo, e é disso que se trata neste caso, é parte do procedimento administrativo do lançamento, contra o qual é garantido aos apontados sujeitos passivo o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Não há dúvidas de que a autoridade administrativa quanto a esse aspecto da matéria tributária é passível de contestação, da mesma forma que os demais aspectos do lançamento, sendo legítimos para se opor às conclusões da autoridade lançadora os indigitados responsáveis solidários.

Quanto ao mérito da questão, cumpre assinalar, de início, que a sujeição passiva tributária, sendo elemento essencial do lançamento, se subordina ao princípio da legalidade estrita. É dizer, as possibilidades de sujeição passiva se submetem aos limites e às condições definidas em lei.

Pois bem, o Código Tributário Nacional – CTN, assim delimita as possibilidades, em geral, da sujeição passiva tributária principal. Diz, verbis:

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. 132. A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até à data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos casos de extinção de pessoas jurídicas de direito privado, quando a exploração da respectiva atividade seja continuada por qualquer sócio remanescente, ou seu espólio, sob a mesma ou outra razão social, ou sob firma individual.

O Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 1999, se manifesta da seguinte forma:

RESPONSABILIDADE DOS SUCESSORES

Art. 207. respondem pelo imposto devido pelas pessoas jurídicas transformadas, extintas ou cindidas (Lei nº 5.172, de 1966, art. 132, e Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 5º:

I – a pessoa jurídica resultante da transformação de outra;

II – a pessoa jurídica constituída pela fusão de outras, ou em decorrência de cisão de sociedade;

III – a pessoa jurídica que incorporar outra ou parcela do patrimônio de sociedade cindida;

IV – a pessoa física da pessoa jurídica extinta mediante liquidação, ou seu espólio, que continuar a exploração da atividade social, sob a mesma ou outra razão social, ou sob firma individual;

V – os sócios, com poderes de administração, da pessoa jurídica que deixar de funcionar sem proceder à liquidação, ou sem apresentar a declaração de rendimentos no encerramento da liquidação;

Parágrafo único. Respondem solidariamente pelo imposto devido pela pessoa jurídica (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 5º, § 1º):

I – as sociedades que receberem parcelas do patrimônio da pessoa jurídica extinta por cisão;

II – a sociedade cindida e a sociedade que absorver parcela do seu patrimônio, no caso de cisão parcial;

III – os sócios com poderes de administração da pessoa jurídica extinta, no caso do inciso V.

A doutrina caminha unida no entendimento que essa relação pessoal e direta com a situação que constitua o fato gerador corresponde à própria realização do fato gerador. Isso é particularmente claro quanto aos fatos geradores definidos em função de estado da pessoa, isto é, ser proprietário de imóvel, importar mercadoria, obter a disponibilidade de renda, etc. Assim, o sujeito passivo emerge da própria definição do fato gerador. Na peculiar expressão de Paulo de Barros Carvalho, “é no critério pessoal do conseqüente da regra matriz de incidência que colhemos elementos informadores para a determinação do sujeito passivo.”

A mim me parece claro, portanto, que o artigo 121 do Código Tributário Nacional só deixa margem a duas possibilidades de sujeição passiva tributária, isto é, à possibilidade de se imputar a uma pessoa a obrigação de pagar tributo ou penalidade: ter relação pessoal e direta com o fato gerador, nos termos acima referidos, ou ser expressamente apontadas pela lei.

Dito isso, passo ao exame do caso concreto, em que a autuação aponta como fundamentos para a imputação de responsabilidade solidária, o art. 124 do Código Tributário Nacional, conforme se constata às fls. 316/317. Passo ao exame desse dispositivo. Reza o art. 124, verbis:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I – as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II – as pessoas expressamente designadas por lei.

Cuida-se no caso, da hipótese referida no inciso II, e este deve ser interpretado em conformidade com os limites estabelecidos no art. 121. Isto é, se o art. 121 limita as possibilidades de sujeição passiva às pessoas expressamente apontadas pela lei e

àquelas que têm relação pessoal e direta com o fato gerador, ao versar sobre a responsabilidade solidária.

Assim, a tese do recorrente não merece prosperar, já que o art. 133 do Código Tributário Nacional, se aplica aos casos em que há “aquisição do fundo de comércio”, ao passo que o disposto no art. 207, § único, II do Decreto 3.000, de 1999 se aplica ao caso de cisão, que é o que houve de fato e de direito nos presentes autos. Desta forma, está correta a apresentação da empresa SUPERMERCADO GONÇALVES LTDA., CNPJ nº 06.225.625/0001-38, como responsável solidária dos créditos tributários devidos pela empresa SG SUPERMERCADOS, CNPJ nº 34.748.558/0001-71, até o ato da cisão que ocorreu, em 07/06/2004, através da vigésima sexta alteração contratual da empresa SG SUPERMERCADOS. Logo esta é a data limite para se considerar como “solidárias” as empresas acima citadas.

Diante do conteúdo dos autos e pela associação de entendimento sobre todas as considerações expostas no exame da matéria, voto no sentido de negar provimento ao recurso apresentado pelo coobrigado e não conhecer do recurso apresentado pelo sujeito passivo, por perempção.

(Assinado digitalmente)

Paulo Roberto Cortez