



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

Processo nº 10680.000581/2004-63
Recurso nº 141.317 Voluntário
Acórdão nº **1801-00.652 – 1ª Turma Especial**
Sessão de 02 de agosto de 2011
Matéria CSLL Multa Isolada
Recorrente MG MASTER LTDA SUC DA RK SPORTS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 1998

RECURSO NÃO CONHECIDO. PRECLUSÃO DA MATÉRIA.

Não havendo em tempo hábil manifestação da empresa contribuinte acerca das matérias enfrentadas pela decisão de primeira instância, tendo somente a Fazenda Nacional manejado o recurso extremo resta limitado o exame da matéria.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso voluntário nos termos do voto da Relatora. A Conselheira Ana de Barros Fernandes acompanha pelas conclusões e fez declaração de voto.

(documento assinado digitalmente)

Ana de Barros Fernandes - Presidente.

(documento assinado digitalmente)

Magda Azario Kanaan Polanczyk - Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carmen Ferreira Saraiva, Guilherme Pollastri Gomes da Silva, Maria de Lourdes Ramirez, Magda Azario Kanaan Polanczyk, Edgar Silva Vidal e Ana de Barros Fernandes

Relatório

Cuida-se de Recurso Voluntário interposto por MG MASTER LTDA, SUCESSORA DA RK SPORTS LTDA, contra decisão de primeira instância administrativa que manteve o lançamento e auto de infração e excluiu a multa de ofício por entender que houve violação do artigo 129 do Código Tributário Nacional.

Auto de Infração, fls. 05-08. O auto de lançamento em tela busca a exigência de multa isolada justamente pela falta de pagamento das estimativas da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, que decorre de omissão de receitas referentes ao ano-calendário de 1998. O valor apurado é de R\$24.561,44.

Infração. Termo de Verificação de Infração(TVI), a fls. 09-21. Apurou-se que havia hiatos entre as vendas realizadas e os valores efetivamente declarados pela empresa contribuinte que é sucessora da RK SPORTS LTDA. Configurou-se omissão de receita, em contabilidade paralela, durante o desenvolvimento da fiscalização tributária que apreendeu boletins de caixa por ordem judicial da 4ª Vara da Justiça Federal de Minas Gerais, a fls.78.

Impugnação, a fls.132-163 . A empresa contribuinte impugna o auto de infração alegando em preliminar a nulidade do ato em razão de cerceamento de defesa bem como a ocorrência de decadência do direito da fazenda lançar. No mérito aduz serem insubsistentes os termos do lançamento porque aderiu ao PAES; requer o cancelamento ou redução das sanções impostas, bem como o afastamento da qualificação da multa aplicada.

Decisão de Primeira Instância, a fls.166-187. O r. acórdão n.º 05.890, de 26 de abril de 2004, exarado pela 2ª Turma da DRFJ de Belo Horizonte-MG, rejeita as preliminares de nulidade e decadência para no mérito negar provimento à impugnação mantida a exigência contida no auto de lançamento de multa de ofício isolada qualificada, no percentual de 150%.

Recurso Voluntário, a fls. 191-214. Intimação em 10 de maio de 2004. Preliminarmente, aduz ter ocorrido o instituto da decadência impedindo, assim o lançamento. Transcreve ementas dos julgados administrativos. Aduz, ainda em preliminar, a nulidade do auto de infração porque entende que se configurou o cerceamento de defesa, na medida que foram lavrados diversos autos de infração, considerando a autoridade fazendária, cada uma das empresas incorporadas.

No mérito, insurge-se contra a multa isolada, aduzindo ter a empresa aderido ao PAES que inibe lançamentos e imposições de penalidades quanto aos débitos ali declarados. Aduz ser confiscatória a multa de 150%. Junta julgados administrativos. Afasta a possibilidade dos juros de mora nos termos do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC e pleiteia a incidência de juros moratórios nos percentuais do artigo 161, parágrafo 1º, do CTN. Requerendo, por fim, o provimento do recurso e a reforma do acórdão recorrido com o consequente cancelamento do lançamento em tela. Arrola bens, a fls. 215. Para o julgamento, apresenta memorial, a fls. 260, versando sobre o artigo 132 do CTN.

Decisão do segundo grau administrativo, fls.286-300. A eg. Primeiro CC, Oitava Câmara, deu provimento - acórdão n. 108-08.525 -, ao recurso voluntário por maioria de votos para afastar a aplicação da multa de 150% sob o argumento de que a empresa contribuinte sucessora da RK SPORTS LTDA, não pode ser a responsável tributária pelas

infrações cometidas antes da sucessão nos exatos termos do artigo 132 da lei 5.172/66, afastadas as preliminares de nulidade do auto de infração bem como a arguição de decadência. O voto vencido, no entanto, destaca que “está bastante claro que se tratam de infrações distintas, relativas ao descumprimento de obrigações distintas, uma o recolhimento da contribuição e outra o recolhimento de estimativas no decorrer do ano-calendário”, negando provimento ao recurso quanto a essa matéria. Negou, o voto vencido provimento quanto a exigência dos juros de mora afirmando que “a exigência dos juros de mora, com base na taxa SELIC decorre de expressa previsão legal (...) estando também em consonância com o CTN, que prevê que os juros serão calculados à taxa de 1% ao mês”, se a lei não dispuser o contrário (art. 161, §1º). O voto vencido também assim entendeu sobre o artigo 132 do CTN: “a recorrente alega que a sucessora é responsável apenas pelos tributos devidos pela sucedida, pleiteando, neste sentido, a exoneração da penalidade aplicada. “Ocorre que está claramente comprovado nos autos que as empresas incorporadora e incorporadas pertencem a um mesmo grupo econômico controlado pelo Sr. Sebastião Vicente Bomfim Filho, sócio comum a todas as empresas”. Entende que não pode prevalecer a aplicação do artigo 132 quando o controle efetivo da incorporada e incorporadora pertence ao mesmo grupo econômico.

O voto vencedor da lavra do Il. Cons. Margil Mourão Gil Nunes, relator designado, dá provimento ao recurso voluntário excluindo-se a aplicação da multa de ofício, porque diverge do r. voto vencido quanto à aplicação da multa isolada nos casos de incorporação e assim entende:

“Mesmo considerando as alegações dos agentes autuantes, de existirem nas diversas incorporações ocorridas, a figura do sócio administrador uma constante, não se pode abster da aplicação da norma legal, porque nela não há tal exceção.

O que desejou o fisco, mesmo sem explicitar ou capitulado nos autos, foi a aplicação pura e simples da norma contida no parágrafo único do Artigo 116 do CTN, incluído pela Lei Complementar 104/2001, “in verbis”:

“Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.”

“Na contra mão da intenção do fisco está a inaplicabilidade da LC 104/2001, que não emergiu ao mundo jurídico por falta de regulamentação por Lei ordinária, não podendo ter uma execução administrativa sem quaisquer normas que possam regular os atos do agente fiscal. Seria imprópria a desconsideração dos atos comerciais e jurídicos ocorridos, com o fim específico de tornar a incorporadora como responsável pelo crédito tributário, neste caso a multa de isolada na incorporadora”.

Recurso Especial, fls.303. A Fazenda Nacional insurge-se contra a decisão recorrida, o r. acórdão n.º 108-08.525, de 20-10-2006 exarado pela Oitava Câmara do Primeiro CC, que afastou a multa isolada da CSSL por entender que a incorporadora (sucessora) somente responde pelos tributos devidos pelo sucedido, alegando, neste sentido, violação ao art. 129 do Código Tributário Nacional. E o despacho n.º 108-241/2006, a fls.325 da lavra do Il Cons. Dorival Padovan, dá seguimento ao recurso especial de fls. 303-323, manejado pela Fazenda Nacional.

No recurso especial, a Fazenda Nacional requer o restabelecimento da multa isolada no percentual de 150%, tendo vislumbrado dos autos não a mera conduta culposa do contribuinte, mas “meios ardilosos para esconder a verdadeira receita auferida, como utilização de programas de informática que limitam a emissão de cupons fiscais e revelam a existência de escrituração comercial paralela”. Junta julgados jurisdicionais e administrativos.

Intimada a empresa contribuinte recorrida a fls.335-353, em 22 de agosto de 2007, interpõe embargos de declaração e junta documentos. A fls.382, por meio do despacho n.º108-219/2007, da lavra do Il Cons. Mario Sérgio Fernandes Barroso, Presidente da então Oitava Câmara do Primeiro CC, em 11 de dezembro de 2007, foram declaradas improcedentes as alegações suscitadas nos embargos. A fls. 354-377, apresenta tempestivamente, Contrarrazões ao recurso especial.

Decisão da CSRF, a fls.391-402, r. acórdão n.º 9101-00.052, cujo relato e voto é da lavra do em Cons. José Clóvis Alves, que dá provimento ao recurso especial determinando o restabelecimento da multa isolada e o retorno dos autos à Câmara de origem ou àquela que a sucedeu para o exame das demais questões tratadas no recurso voluntário interposto.

Voto

Conselheira Magda Azario Kanaan Polanczyk, Relatora

Passo à fundamentação.

Decidida a questão da responsabilidade pela multa isolada – CSLL -, da empresa sucessora, pela eg. CSRF, em sede de recurso especial, exsurge a definitividade da decisão administrativa quanto essa matéria, nos termos do artigo 67 do RICARF.

É a coisa julgada administrativa ou imprópria, alcançando a Administração Pública tão somente. Passível, portanto, de discussão no Judiciário nos termos do artigo 5º, inciso XXXV, da CF, que consagra o princípio da jurisdição Una.

In verbis, a Ementa da respectiva e r. decisão *ad quem*:

“Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário Exercício: 1999 Ementa: MULTA DE OFÍCIO - INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE SOB

CONTROLE COMUM – A interpretação do artigo 132 do CTN, moldada no conceito de que a pena não deve passar da pessoa de seu infrator, não pode ser feita isoladamente, de sorte a afastar a responsabilidade do sucessor pelas infrações Anteriormente cometidas pelas sociedades incorporadas, quando provado nos autos do processo que as sociedades, incorporadora e incorporadas, sempre estiveram sob controle comum de sócio pessoa física e de controladora informal.”

As demais matérias tratadas no recurso voluntário manejado pelo contribuinte possuem decisão definitiva na esfera administrativa porque já foram julgadas e não foram contempladas no recurso especial manejado pela Fazenda Nacional, por expressa vedação nos termos do artigo 68 e seu parágrafo 2º, bem como do artigo 69, et seq., todos do RICARF. Nessa linha impende ressaltar que não houve recurso especial manejado pela empresa

contribuinte e em sendo assim, a matéria proposta no recurso especial limita o exame do mérito, não cabendo a revisão das demais matérias já decididas em sede de acórdão que decide recurso voluntário.

Diante do exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

Magda Azario Kanaan Polanczyk - Relatora

Declaração de Voto

Conselheira Ana de Barros Fernandes

Acompanho as conclusões da conselheira-relatora para não conhecer do recurso voluntário neste momento processual, por fundamentação diversa.

Cumprе reprisar que a recorrente, incorporadora de várias empresas de mesmo grupo econômico, sofreu autuações diversas fragmentadas em processos administrativos fiscais em vista das incorporações efetuadas. Neste processo administrativo está em litígio apenas a exigência fiscal da multa isolada pelas estimativas não recolhidas de CSLL durante o ano-calendário de 1998, cominada na forma qualificada porquanto vigente o artigo 44, II, §1º, IV, da Lei nº 9.430/96 nos seguintes termos:

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

[...]

II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

§ 1º As multas de que trata este artigo serão exigidas:

[...]

IV - isoladamente, no caso de pessoa jurídica sujeita ao pagamento do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido, na forma do art. 2º, que deixar de fazê-lo, ainda que tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente;

Ao apresentar o recurso voluntário a empresa contestou as seguintes matérias, em apertada síntese:

I – cerceamento de defesa por infringência ao artigo 9º do Decreto nº 70.235/72 (PAF) visto que várias autuações foram formalizadas em processos distintos contra a mesma pessoa jurídica o que dificulta a defesa;

II – este processo deveria ser apreciado conjuntamente com aquele cujo objeto é a cobrança de CSLL para o mesmo ano-calendário, pois é decorrente;

III – suscita a decadência;

IV – a multa isolada não pode ser exigida de forma concomitante com a multa de ofício incidente sobre a falta de recolhimento do tributo, no caso, CSLL;

V – descabe a qualificação da multa isolada por não haver a empresa agido com fraude, mas somente haver incorrido em erros passíveis de retificações;

VI – não cabe a exigência de ofício dos valores lançados pelo fato de a empresa ter aderido ao PAES;

V – a multa se revela com natureza confiscatória e os juros cominados à taxa Selic são inexigíveis, em razão de princípios constitucionais e flagrante ilegalidade das normas.

Antes que o processo fosse ao julgamento na Oitava Câmara do então Primeiro Conselho de Contribuintes. A recorrente apresentou memoriais, devidamente admitidos, inovando na matéria recursal pleiteando a sua exclusão da responsabilidade, na qualidade de incorporadora, por tratar-se de penalidade imposta, com fulcro no artigo 132 do Código Tributário Nacional – CTN.

Do Acórdão nº 108-08.525, proferido em 01/06/06, pela referida Oitava Câmara restaram apreciadas no voto vencido de lavra do Conselheiro José Carlos Teixeira da Fonseca as seguintes matérias:

- nulidades diversas – preliminar rejeitada
- decadência – preliminar rejeitada
- impossibilidade da concomitância – não provida
- inadequação da qualificação da multa – não provida
- impossibilidade de autuação por adesão ao PAES – não provida
- multa de natureza confiscatória – não provida
- inaplicabilidade dos juros à taxa Selic – não provida
- exclusão da responsabilidade tributária – não provida

O Conselheiro Margil Mourão Gil Nunes pronunciou-se pela divergência somente quanto à exclusão da responsabilidade tributária, dando provimento ao recurso. Assim esposou:

“ V O T O V E N C E D O R

Conselheiro MARGIL MOURÃO GIL NUNES, Relator Designado

Inicialmente gostaria de enaltecer a clareza do relatório, e profundidade do voto proferido do ilustre Relator, Dr. José Carlos Teixeira da Fonseca.

Peço vênia para dele discordar **somente quanto a aplicação da multa isolada nos casos de incorporação.**

[...]”

(grifos não pertencem ao original)

Ao final o colegiado deliberou por maioria pela posição divergente no que respeita à aplicação da multa isolada aplicada na incorporadora como insubsistente.

O acórdão foi objeto de recurso especial impetrado pela Procuradoria da Fazenda Nacional visando reverter o resultado do julgamento e embargos de declaração pela recorrente, no qual pleiteou omissão quanto às razões de qualificação da multa e redução da multa de ofício para 50% em face à retroatividade benigna da norma tributária (MP nº 303/06, editada posteriormente à data do julgamento).

O recurso especial foi admitido o que levou os autos à Câmara Superior de Recursos Fiscais - CSRF.

Os embargos de declaração não foram admitidos.

A recorrente apresentou contra-razões ao Recurso Especial limitando-se a defender a tese da exclusão de responsabilidade sobre as multas tributárias, por ser incorporadora.

A recorrente não apresentou recurso especial com relação às demais matérias julgadas pela Oitava Câmara.

No Acórdão nº 9101-00.052 prolatado pela 1ª Turma da CSRF, em 10/03/09, consignou-se que a única matéria passível de apreciação naquele 3º grau restringia-se à discussão sobre a responsabilidade tributária entre incorporadora e incorporada.

Dado provimento ao recurso especial interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional, ou seja, admitida a exigência da penalidade da incorporadora (por ser do mesmo grupo econômico, diretivo das incorporadas) a CSRF determinou a remessa dos autos à Oitava Câmara (no caso sendo sucessora a Terceira Câmara do CARF) para o exame das demais matérias tratadas no recurso voluntário.

Ocorre que, em vista dos vários processos da empresa, havendo diversidade de relatores nas decisões de segunda instância, os acórdãos proferidos na CSRF guardaram

semelhanças entre si, independentemente do caso em concreto. Há acórdãos em que nem todas as matérias recorridas foram enfrentadas. Mas não é o caso deste.

Neste ponto, este colegiado concorda que uma vez que todas as matérias ventiladas no recurso voluntário foram efetivamente apreciadas no acórdão original – nº 108-08.525 – ainda que no voto vencido, trata-se de coisa julgada administrativa não passível de revisão neste momento processual.

Ressalto que o voto vencido o foi somente em parte, como ressaltado pelo próprio Conselheiro que apresentou o voto vencedor. A matéria divergente naquele colegiado restringiu-se à exclusão da responsabilidade e as demais foram acatadas pelo colegiado nos termos do voto vencido.

O trânsito em julgado para as demais matérias deu-se no prazo legal, a contar da ciência do acórdão nº 108-08.525 não recorrendo a empresa no tempo hábil que possuía para apresentar o recurso especial que lhe era facultado.

Destarte, nada resta a ser apreciado nesta oportunidade, pelo que voto de igual forma por não conhecer o recurso voluntário já objeto de acórdão válido para todos os efeitos.

(documento assinado digitalmente)

Ana de Barros Fernandes