

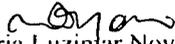


Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 10680.100282/2005-17
Recurso nº : 135.031

Recorrente : BM COMERCIAL LTDA.
Recorrida : DRJ em Belo Horizonte - MG

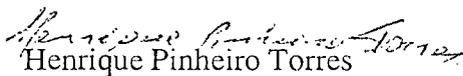
MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, <u>06/10/2006</u>
 Maria Luzimar Novais Mat. Siapc 91641

RESOLUÇÃO Nº 204-00.314

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por BM COMERCIAL LTDA.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, converter o julgamento do recurso em diligência, nos termos do voto do Relator.**

Sala das Sessões, em 08 de novembro de 2006.


Henrique Pinheiro Torres
Presidente e Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Jorge Freire, Flávio de Sá Munhoz, Nayra Bastos Manatta, Rodrigo Bernardes de Carvalho, Júlio César Alves Ramos, Leonardo Siade Manzan e Mauro Wasilewski (Suplente).



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, <u>06</u> / <u>02</u> / <u>04</u>
Maria Luzimjar Novais Mat. SIAPE 91641

2º CC-MF Fl. _____

Processo nº : 10680.100282/2005-17
Recurso nº : 135.031

Recorrente : BM COMERCIAL LTDA.

Por bem relatar os fatos, adoto e transcrevo o Relatório da Delegacia da Receita Federal de Julgamento:

Contra a interessada foi lavrado o auto de infração de fls. 5/13 com exigência de crédito tributário no valor de R\$4.182.850,88 a título de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), juro de mora e multa proporcional de 150% por insuficiência de recolhimento para os períodos relacionados nas fls. 8 e 9.

A Fiscalização relata que foram feitas diversas intimações, inclusive tendo sido autorizada prorrogação de prazo. Contudo nem todos documentos solicitados foram apresentados, tendo encerrado parcialmente a ação fiscal com base nos elementos à disposição dos auditores.

Seguem, para melhor entendimento do feito fiscal, excertos do Termo de Verificação Fiscal (TVF) de fls. 14 a 19:

“Às fls. 20 a 24 estão os Demonstrativos de Apuração das Bases de Cálculo das contribuições Cofins e PIS, elaborados com base na escrituração contábil da empresa, encontrando-se as cópias dos balancetes e livros Razão às fls. 60 a 91.

No Comparativo de Contribuições Devidas e Declaradas (...) pode-se observar que o contribuinte declarou nas Declarações de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, relativas aos anos calendários de 2000 e 2001, valores de contribuições Cofins e PIS inferiores aos efetivamente devidos, baseados na contabilidade apresentada.

Observa-se também, que nos quadros informativos dessas contribuições, pertencentes às Declarações de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ (fls. 95 a 161), os valores informados são compatíveis com os apurados pela fiscalização e consideravelmente superiores aos declarados nas DCTF.

O art. 7º da Instrução Normativa SRF nº 126, de 30/10/1998, preconiza que são considerados como confissão de dívida e passíveis de auditoria interna, apenas os valores declarados em Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, possuindo os valores constantes da DIPJ, apenas caráter informativo.

No presente caso, o contribuinte utilizou-se do artifício de declarar à Receita Federal, através da DCTF, valores muito inferiores aos efetivamente devidos e com plena consciência do fato, uma vez que as contribuições corretas constam de sua própria contabilidade e foram também por ele informadas na DIPJ. (...)

Registra-se também, que os sócios Márcio Vilefort Martins (...) e Márcia Vilefort Martins (...) e procuradores constituídos Antônio Vilefort Martins (...) e Marília Vilefort Martins (...) concorreram solidariamente para ocorrência das infrações destacadas, vez que exerceram conjuntamente poderes de administração da empresa nos períodos sob análise, agindo em conluio, em tese, nos termos previstos no art. 73 da Lei 4.502/64.

A atuação dos Srs. Márcio e Márcia Vilefort Martins ocorreu tanto diretamente, como administradores e sócios da BM Comercial Ltda, como através da pessoa jurídica quotista MVM Empreendimentos e Participações Ltda (...).

Esta última passou a ser sócia da autuada a partir de 23/06/2000 e teve a participação de ambos Vilefort em seu quadro societário, estando sempre, ao menos um dos dois, exercendo os poderes de administração da empresa. (...)

Destarte, restando caracterizado, em tese, o dolo dos agentes e a ocorrência de sonegação, aplica-se ao lançamento efetuado a penalidade qualificada de 150% nos



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília.	06 / 02 / 07
Maria Luzimar Novais Mat. SIAPE 91641	

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10680.100282/2005-17
Recurso nº : 135.031

termos do disposto no Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 3.000/99 (...)

Em decorrência de todo o exposto, conclui-se que os Srs. Márcio e Márcia Vilefort Martins, sócios da pessoa jurídica, com poderes de administração, de acordo com os fatos apurados, são solidária e pessoalmente responsáveis pelos créditos tributários resultantes dos atos praticados com infração à legislação tributária federal, nos termos dos arts. 124, inc. I e 135, inc. III do CTN, apurados neste auto de infração.

Idêntica responsabilidade, solidária e pessoal, é imputada aos Srs. Antônio e Marília Vilefort Martins, por terem agido como procuradores com poderes de administração, gerenciando e representando a empresa, demonstrando interesse comum no negócio e tendo concorrido para a prática das infrações apontadas, conforme revelado, nos termos dos arts. 124, inc. I e 135, inc. II do CTN.

Ainda, a pessoa jurídica MVM Empreendimentos e Participações Ltda, como sócia majoritária da BM, por ter interesse nas situações que constituíram os fatos geradores das obrigações tributárias autuadas, torna-se solidariamente obrigada, nos termos do art. 124, inc. I do CTN.

A ciência deste auto de infração será dada ao representante legal da pessoa jurídica autuada, bem como aos Srs. Márcio, Márcia e Marília Vilefort Martins e à MVM Empreendimentos e Participações Ltda, para que tenham conhecimento do crédito tributário apurado e responsabilidade a eles atribuída.

O pagamento ou parcelamento poderá ser efetuado por qualquer um destes, sem benefício de ordem, com as reduções de multa de ofício previstas na legislação, no prazo de trinta dias corridos, contados a partir da data de ciência do auto."

Os dispositivos legais infringidos constam na Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal do referido auto de infração.

Irresignada, tendo sido cientificada em 22/12/2005, a empresa apresentou, em 20/01/2006, o arrazoado de fls. 279/296, acompanhado dos documentos de fls. 297/344. Conforme despacho de fl. 384, os responsáveis pelo crédito tributário apresentaram tempestivamente impugnação às fls. 345/358, acompanhado dos documentos de fls. 359/382. As respectivas razões de defesa estão a seguir reunidas sucintamente.

Das alegações específicas

Da defesa da contribuinte BM Comercial Ltda (fls. 279/296)

Alega que os supostos débitos constantes do levantamento fiscal não são de responsabilidade da impugnante.

"A empresa MVM Empreendimentos e Participações Ltda. controla a Impugnante e tinha como sócia a empresa VAL Empreendimentos e Participações Ltda., que, por sua vez, controla a empresa Comercial Valmig Ltda.

Foi procedida uma cisão parcial na MVM mediante versão de investimentos permanentes (da cindida) para a VAL (cindenda), tendo, como contrapartida, o cancelamento de quotas com redução de capital social e versão de resultados acumulados (item V.1 do Protocolo e Justificativa de Cisão da MVM), sendo que a versão de investimentos permanentes da cindida (MVM) para a VAL (cindenda) implicou em versão de parcelas de patrimônio líquido da controlada da cindida, BM Comercial Ltda. (ora Impugnante), tendo, como contrapartida, a versão de bens, direitos e obrigações, de valores equivalentes, para a controlada pela cindenda (Comercial Valmig Ltda.), conforme item V.2 do Protocolo e Justificativa de Cisão da MVM. (...)

Dessa forma, parcela do acervo composto dos bens, direitos e obrigações da BM Comercial (ora Impugnante), conforme Protocolo e Justificativa de Cisão, foi transferida



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília. <u>06 102 107</u>
<i>Maria Luzimar Novais</i> Maria Luzimar Novais Mat. S/A nº 91611

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10680.100282/2005-17
Recurso nº : 135.031

para a Comercial Valmig, em decorrência do processo de cisão envolvendo suas respectivas empresas controladoras (item V.2 do Protocolo e Justificativa de Cisão da MVM), sendo de se destacar, portanto, que os débitos (obrigações) da BM passaram a ser de responsabilidade da Valmig, razão pela qual a ora Impugnante não poderia ter sido eleita sujeito passivo da suposta obrigação tributária lançada.

A lógica de tal raciocínio encontra-se na dicção das normas legais que disciplinam a matéria, notadamente a Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/76), mais precisamente nos seus artigos 229, § 1º e 233, § único, (...)

Conforme se depreende da interpretação sistemática dos dispositivos acima transcritos, o ato de cisão pode determinar os direitos e obrigações que ficarão destinados às partes envolvidas. (...)

A conclusão a que se chega, como dito, decorre, também da ausência de disposição legal sobre o assunto por parte do Código Tributário Nacional - CTN, eis que a cisão não consta da relação prevista no art. 132 do referido diploma legal, por tratar-se de instituto nascido posteriormente ao referido regramento jurídico, sendo aplicável à espécie as disposições da Lei das S/A's. (...)

Assim, a sociedade responsável pelos débitos levantados no Auto de Infração impugnado é a Comercial Valmig Ltda., na medida em que, por ocasião do ato de cisão da MVM (controladora da BM Comercial), restou definido que parcela do acervo composto dos bens, direitos e obrigações da BM seriam transferidos para a Valmig, estipulação essa que encontra-se amparada pela Lei nº 6.404/76."

Historia acerca da contribuição em tela e do seu relacionamento frente ao conceito do que vem a ser faturamento (oriundo do Direito Comercial). Afirma que até o advento da Lei nº 9.718, de 1998, as diversas normas exaradas pelo legislador federal respeitaram o conceito de faturamento. Entende a contribuinte que o art. 3º da referida lei é inconstitucional. Ademais, "em recente decisão datada de 9 de novembro de 2005, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o parágrafo 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, que precedeu ao alargamento da base de cálculo do PIS e da Cofins".

"(...) O relator do RE 357950, ministro Marco Aurélio, entendeu que a lei não poderia criar uma nova fonte de custeio da seguridade em desrespeito ao estabelecido pela Constituição Federal antes da Emenda Constitucional nº 20/98. Assim, os recursos foram providos, parcialmente, para assentar como receita bruta ou faturamento o que decorra quer de venda de mercadorias, quer de venda de serviços, ou de mercadorias e serviços, não se considerando receitas de naturezas diversas.

(...)

Por fim, resta fartamente demonstrada a ilegalidade e inconstitucionalidade da pretensão fiscal combatida, ante à impossibilidade de se exigir o recolhimento da contribuição para a Cofins sobre a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, pelo que requer a ora Impugnante o cancelamento do Auto de Infração em epígrafe."

Assim, não sendo devido o principal, nada será devido a título de multa, vez que o acessório segue a sorte do principal.

Sobre a qualificação da multa de ofício, assevera a defendente que não restou comprovada a atuação dolosa da empresa nos fatos descritos na autuação fiscal. Não houve sonegação, conforme assevera, haja vista o recente posicionamento do STF acerca do conceito de faturamento. Afirma ainda que não houve dolo, pois escriturou as receitas no Livro Razão, informando-as nas DIPJs.

Assegura, igualmente, que não criou qualquer óbice ao procedimento fiscalizatório, colocando à disposição da Fiscalização todos os seus livros contábeis e fiscais, pelo que



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, <u>06/10/2005</u>
<i>Maria Luzimar Novais</i> Cid. São Paulo 91641

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10680.100282/2005-17
Recurso nº : 135.031

afirma se contradizer a Fiscalização ao qualificar a multa a 150%. Por derradeiro, a contribuinte garante "que não houve aqui a utilização de notas falsas, notas calçadas, escrita paralela, adulteração de documentos, ou qualquer outra prática ilícita que comporte a imposição de multa qualificada".

Da defesa dos responsáveis (fls. 345/358)

Márcio Vilefort Martins, Márcia Vilefort Martins e MVM Empreendimentos e Participações Ltda.

O art. 135, inc. III, permite o direcionamento da autuação fiscal contra diretores, gerentes ou representantes legais da pessoa jurídica, desde que comprovada a prática de atos com excesso de poderes, infração da lei, contrato social ou estatutos. Alegam as impugnantes que a Fiscalização não comprovou "a culpa subjetiva (violação de lei, violação de estatuto ou contrato social ou excesso de mandato)".

Asseveram que o mero não pagamento de tributos não acarreta infração à lei para os fins colimados no art. 135 do CTN, haja vista que, sendo o seu conteúdo normativo de índole eminentemente excepcional, "a obrigação de pagar o tributo ou de recolher aos cofres públicos uma determinada quantia é da sociedade (quem efetivamente praticou o fato hipoteticamente descrito na norma de incidência) e não do sócio-gerente".

Afirmam também que "A cobrança de terceiros prevista no CTN somente terá lugar se for infrutífera a exigência primeira em relação ao devedor originário, estabelecendo verdadeira ordem de preferência entre o contribuinte e eventuais responsáveis, descaracterizando solidariedade entre eles.", devendo-se, pois, "ser afastada a responsabilidade que se pretende imputar aos Impugnantes Márcio, Márcia Vilefort Martins e MVM Empreendimentos e Participações Ltda.".

Antônio Vilefort Martins e Marília Vilefort Martins

Os ora impugnantes foram incluídos no pólo passivo da autuação em razão de procurações que lhes foram outorgadas pela sociedade. Entendem, entretanto, que "meros instrumentos de procuração não geram responsabilidade tributária, sob pena de qualquer cidadão sujeitar-se a ações desta natureza, o que desafia a segurança jurídica".

"Os Impugnantes Antônio e Marília Vilefort Martins, que nunca pertenceram ao quadro societário da empresa, jamais exerceram atos de gestão de cunho fiscal, o que lhes retira totalmente do campo de abrangência do auto de infração em tela. Os instrumentos de mandato, não há como se furta, constituem fraca presunção alegada pelo Fisco. (...)

Como se sabe, pela imprescindibilidade da real ocorrência do motivo legal para a prática dos atos administrativos (conseqüentemente, do lançamento tributário), cabe à administração provar a real existência dos motivos invocados para a sua prática, sob pena de invalidação destes atos. (...)

Note-se que a Fiscalização não aponta qualquer evidência - mesmo porque não poderia ser diferente - de que os Impugnantes concorreram para a alegada omissão no recolhimento dos tributos lançados. (...)

Por tais razões, a preliminar de ilegitimidade também deve ser acolhida em relação aos Impugnantes Antônio e Marília Vilefort Martins, para o fim de excluí-los do pólo passivo da relação processual."

Das alegações em comum

Sendo a contribuição enquadrada na classificação dos chamados tributos por homologação, a contribuinte afirma que se sujeita ao preceito do § 4º do art. 150 do CTN, e não, ao que dispõe o art. 173, tampouco ao prazo decadencial de dez anos previsto no inc. I do art. 45 da Lei nº 8.212, de 1991.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, <u>06/02/01</u> <i>Maria Luzimar Novais</i> Mat. Siapc 91641
--

2º CC-MF Fl. _____

Processo nº : 10680.100282/2005-17
Recurso nº : 135.031

Assim, entendem as defendentes que houve a homologação tácita do crédito tributário, razão pela qual deve ser acolhida esta preliminar de decadência, para o fim de extinguir a exigência fiscal de 2000.

Para corroborar todo o entendimento anteriormente esposado, as impugnantes citam e transcrevem por toda peça impugnatória legislação, doutrina e jurisprudência (administrativa e judicial) a respeito.

Requerem, pois, a insubsistência do lançamento.

É o relatório.

Acordaram os membros da Delegacia da Receita Federal em manter o lançamento fiscal. A deliberação adotada recebeu a seguinte ementa:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/06/2000 a 31/12/2001

Ementa: Na cisão parcial, respondem solidariamente pelo crédito tributário da pessoa jurídica cindida a sociedade cindida e a sociedade que absorver parcela do seu patrimônio. A exigência do crédito tributário pode ser formalizada contra qualquer uma das responsáveis, o que não impede que as demais responsáveis solidárias auxiliem a atuada em sua defesa.

O prazo decadencial das contribuições que compõem a Seguridade Social – entre elas a Cofins – encontra-se fixado em lei.

A multa de ofício de 150% é aplicável sempre que presentes os elementos que caracterizam, em tese, os crimes tipificados nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964.

A apreciação da constitucionalidade e da legalidade das normas vigentes é da competência privativa do Poder Judiciário. Ao julgador administrativo cabe, em face do Poder Regrado, somente aplicar as leis e normas vigentes.

Lançamento Procedente

Não conformada com a decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento, a contribuinte recorreu a este Conselho, para tanto, apresentou os mesmos argumentos expedidos na peça apresentada ao órgão julgador de primeira instância.

É o relatório. *M*



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes Brasília.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
06/102/107
Maria Luzimar Novais
Mat. SIAPE 91641

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10680.100282/2005-17
Recurso nº : 135.031

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
HENRIQUE PINHEIRO TORRES

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade. Dele conheço.

A teor do relatado, versam os autos sobre auto de infração lavrado para constituir crédito tributário pertinente à contribuição para o financiamento da seguridade social - Cofins que a recorrente teria recolhido a menor, no período fiscalizado. Segundo os autuantes, a fiscalizada teria declarado nas Declarações de Débitos e Créditos Tributários Federais – DCTF, relativas aos anos calendários de 2.000 e 2.001, valores de contribuições inferiores aos efetivamente devidos, de acordo com a contabilidade da empresa. As DCTFs, portanto, constituem-se elementos essencial de prova do suposto ilícito tributário imputado à reclamante. O confronto dos valores constante da contabilidade da empresa com os declarados ao Fisco é relevante para o julgamento do lançamento fiscal. Todavia, tais declarações não foram juntadas aos autos.

Diante do exposto, voto no sentido de baixar os autos ao órgão de origem para que a autoridade preparadora junte tais declarações aos autos e, em seguida, os devolva a este Colegiado para que se prossiga no julgamento.

Sala das Sessões, em 08 de novembro de 2006.

Henrique Pinheiro Torres
HENRIQUE PINHEIRO TORRES