



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
De 20 / 06 / 2005
Cláudio
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10735.004681/2002-14
Recurso nº : 124.074
Acórdão nº : 203-09.645

Recorrente : ABC SUPERMERCADOS S/A
Recorrida : DRJ-II no Rio de Janeiro - RJ

PIS. PRELIMINARES DE IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO E DE RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. INCORPORAÇÃO. RESPONSABILIDADE FISCAL. MULTA. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. JUROS. Preliminar de identificação rejeitada ao fundamento de que a Ação Fiscal transcorreu durante o período de transposição societária relativa a incorporação. Preliminar de responsabilidade acatada em razão do que preleciona o artigo 133 do CTN. A esfera administrativa não tem competência para apreciar constitucionalidade ou legalidade de normas. Juros aplicados conforme legislação de regência.

MULTA. RESPONSABILIDADE POR SUCESSÃO. Responde o sucessor pela multa de natureza fiscal. O direito dos contribuintes às mudanças societárias não pode servir de instrumento à liberação de quaisquer ônus fiscais (inclusive penalidades), ainda mais quando a incorporadora conhecia perfeitamente o passivo da incorporada.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **ABC SUPERMERCADOS S/A.**

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes **I) por maioria de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade.** Vencidos os Conselheiros Maria Teresa Martínez López e Cesar Piantavigna; **II) no mérito, em negar provimento ao recurso: a) por maioria de votos, quanto à multa de ofício.** Vencidos os Conselheiros Francisco Mauricio R. de Albuquerque Silva (Relator), Maria Teresa Martínez López e Cesar Piantavigna. Designada a Conselheira Luciana Pato Peçanha Martins para elaborar o voto vencedor; e **b) por unanimidade de votos, quanto às demais matérias.** Fez sustentação oral, o advogado da recorrente, Dr. João Marcos Colussi.

Sala das Sessões, em 16 de junho de 2004.

Leonardo de Andrade Couto
Leonardo de Andrade Couto
Presidente

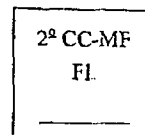
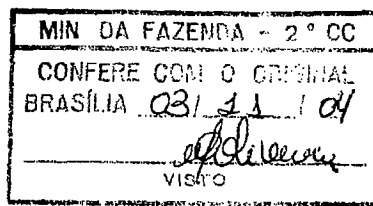
Francisco Mauricio R. de Albuquerque Silva
Francisco Mauricio R. de Albuquerque Silva
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, Emanuel Carlos Dantas de Assis e Valdemar Ludvig
Eaal/mdc

MIN. DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 03 / 11 / 04
albuquerque
VISTO



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 10735.004681/2002-14
Recurso nº : 124.074
Acórdão nº : 203-09.645

Recorrente : ABC SUPERMERCADOS S/A

RELATÓRIO

Na fl. 205 Acórdão DRJ/RJO-II Nº 2.409 tendo como precedente o lançamento pela falta de recolhimento da Contribuição para o PIS no período de 31/01/99 a 30/11/2001.

Dita Decisão rechaçou também a arguição de inconstitucionalidade e o insurgimento contra os juros de mora.

Irresignada, nas fls. 219/246, por intermédio de advogado legalmente constituído (fl. 215), interpõe Recurso Voluntário, onde inicia arguindo preliminar de mérito em face de erro na identificação do sujeito passivo, vez que, a ABC SUPERMERCADOS S/A foi sucedida por incorporação pela COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO em data anterior (29/11/2002 – fl. 257) à lavratura do Auto de Infração (20/12/2002 – fl. 110), não sendo possível legalmente a aplicação de multa punitiva vez que somente é responsável pelos tributos devidos até a data de dita incorporação.

Transcreve decisões do Conselho de Contribuintes (fls. 223/226) julgando pela nulidade do lançamento o erro na identificação e pela inexigibilidade de multa por infrações cometidas pela incorporada.

Migra indicando a aplicação de lei que afronta a Constituição Federal, na confecção do lançamento ora cuidado.

Constrói o texto argumentando que a CNI ajuizou ADIN (1.417-0) na qual, entre outros argumentos, alegou que a identidade de fatos geradores e bases de cálculo do PIS e da COFINS, caracterizaria a inconstitucionalidade do PIS, tendo transitado em julgado, com resultado unânime pela procedência em parte do pleito contido na dita ação, onde ficou, segundo a Recorrente, pacificado que a “regra matriz do PIS constitui uma exceção aos demais tributos e encontra todos os aspectos da sua hipótese de incidência tributária no corpo do texto constitucional, mais especificamente no artigo 239 da CF/88”, tendo transcrito também, excerto de Decisão do Segundo Conselho no Acórdão nº 201-75.622, que decide pela recepção da CF/88 do PIS.

Tal posicionamento está direcionado para argumentar que a base de cálculo do PIS é o faturamento, não podendo subsistir a sua exigência sobre a totalidade das receitas.

Continua asseverando que o Decreto Presidencial nº 2.346/97 determina que as decisões da Suprema Corte que fixem de forma inequívoca e definitiva a interpretação da Carta Magna, devem ser obrigatoriamente observadas pelas autoridades administrativas.

Transcreve (fl. 233) os arts. 2º e 3º e o parágrafo 1º da Lei nº 9.718/98, argumentando que padece de vício formal no nascedouro porque, essa norma alterou substancialmente o conteúdo da MP nº 1.724/98 por intermédio da aprovação pelo Congresso



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
FI

Processo nº : 10735.004681/2002-14
Recurso nº : 124.074
Acórdão nº : 203-09.645

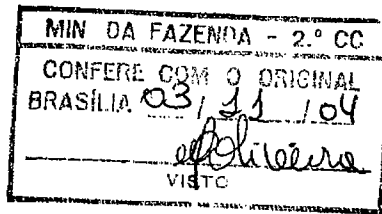
Nacional das Emendas Modificativas nºs 3 e 4, que permitiram a compensação de um terço da COFINS com a CSSL e não com o IR devido no período como na redação original.

Desenvolve argumentos sobre a insuficiência no processo legislativo, vez que, não está a Lei nº 9.718/98 com texto adequado para conversão originada de MP e sim, para exame bicameral, estando impossibilitada de integrar o ordenamento jurídico do País.

Desenvolve argumentos sobre a inobservância pela Lei nº 9.718/98, de princípios constitucionais.

Finalmente se insurge contra a utilização da taxa Selic como juros de mora.

É o relatório.





Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
FI

Processo nº : 10735.004681/2002-14
Recurso nº : 124.074
Acórdão nº : 203-09.645

VOTO VENCIDO DO CONSELHEIRO-RELATOR
FRANCISCO MAURÍCIO RABELO DE ALBUQUERQUE SILVA

O Recurso preenche as condições de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

Enfrento inicialmente a preliminar de nulidade do lançamento argüida, em face da identificação do sujeito passivo que no presente caso não merece prosperar. Inclino-me nessa direção porque o início da Ação Fiscal se deu quando o sujeito passivo não havia sido incorporado, e a data final desse ato culminado com o Auto de Infração é quase concomitante com a incorporação.

Tal conclusão, principalmente em face da inocorrência de cerceamentos do direito de defesa, me faz rejeitar esta preliminar.

Com relação à impossibilidade de assunção de multa, desta feita pela incorporadora, visto que como sucessora tributária deverá enfrentar o resultado da Ação Fiscal, entendo serem pertinentes os argumentos da Recorrente posto que, o art. 133 do CTN não deixa dúvidas, uma vez que o lançamento do qual se cuida neste processo, foi materializado após a incorporação.

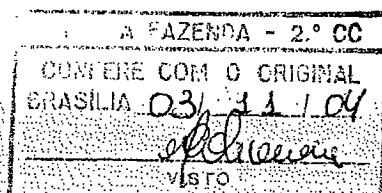
Assim sendo, segundo preleciona dito artigo do CTN “a pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até a data do ato.” (Grifei)

Conseqüentemente, não há que se falar em multa posto que, penalidade é intransmissível

Quanto a mencionada afronta à Constituição Federal transcrevo, para facilitar o entendimento dos meus pares, o texto que a Recorrente invoca para justificar a aplicação de princípios constitucionais por ocasião dos julgamentos, *verbis*:

“Ressalte-se que NÃO SE PRETENDE COM O PRESENTE RECURSO QUE SE DECLARE A INCONSTITUCIONALIDADE OU ILEGALIDADE DA NORMA, já que somente o Poder Judiciário é que tem competência para tanto, mas sim, a aplicação desta subsumida aos princípios constitucionais, já que a observância destes princípios é obrigatória a todos os agentes públicos, sejam eles membros do Poder Executivo, Poder Legislativo, ou Poder Judiciário.”

Com isto, conclama a Recorrente do alto de suas razões, para que este Colegiado se insurja contra a aplicação da Lei nº 9.718/98, que alargou desmesuradamente a base de cálculo da Contribuição para o PIS, abominando o faturamento e elegendo todas as receitas porventura existentes, ao argumento de que a Constituição da República elegeu-a como o único tributo por ela regulado, mesmo que mediante remissão parcial à lei anterior. (Ministro Sepúlveda Pertence – transcrito fl. 230)





Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10735.004681/2002-14
Recurso nº : 124.074
Acórdão nº : 203-09.645

Nossa competência como órgão administrativo é dotada de limites claros e precisos, e mais, sempre buscando seguir o entendimento vigorante no Poder Judiciário, tudo isto, relativamente à interpretação de normas legais, nunca para entendê-las em desacordo com a legalidade ou com a Constituição.

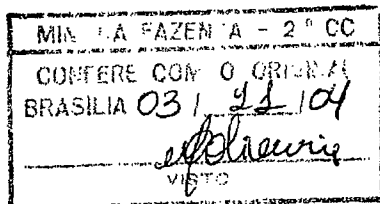
Sobre o tema, recentemente a Ministra Eliana Calmon no Resp. 501.628 – SC, mudou de ponto de vista adotado em maio de 2003, para entender que o conceito de faturamento foi modificado pela Lei nº 9.718/98, infringindo o art. 110 do CTN.

Embora entusiasmado com a cidadania de julgadora demonstrada pela Ilustre Ministra, não posso trilhar a senda requerida por absoluta falta de competência.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao Recurso para afastar do lançamento a multa imposta.

Sala das Sessões, em 16 de junho de 2004

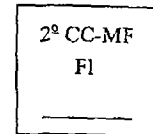
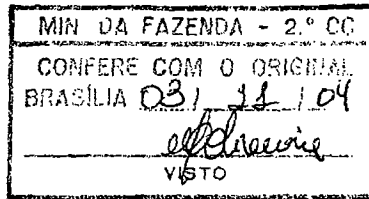
FRANCISCO MAURÍCIO RABELO DE ALBUQUERQUE SILVA





Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10735.004681/2002-14
Recurso nº : 124.074
Acórdão nº : 203-09.645



VOTO VENCEDOR DA CONSELHEIRA
LUCIANA PATO PEÇANHA MARTINS

Ouso divergir do nobre relator no que diz respeito à responsabilidade do sucessor relativa às multas por infração tributária, adotando o entendimento do Conselheiro Marcus Vinicius Neder de Lima esposado no Acórdão nº 202-11.845, que a seguir transcrevo:

O tema responsabilidade tributária é tratado no Capítulo V do Código Tributário Nacional e a responsabilidade por sucessão, mais especificamente, na Seção II desse mesmo capítulo. A Seção traz, inicialmente, a regra geral, em seu artigo 129, que direciona a responsabilidade tributária aos créditos tributários definitivamente constituídos ou em curso de constituição à data dos atos nela referidos e aos constituídos posteriormente aos mesmos atos. Ressalte-se, nesse passo, que o legislador, ao se referir à locução créditos tributários, cuja acepção técnica é bem definida em nosso ordenamento jurídico, não se reporta apenas ao tributo, alcança também a multa aplicada ao infrator da norma tributária.

Corroborar tal entendimento o fato de o artigo 134, que regula as diversas hipóteses de responsabilidade de terceiros, ressaltar, em seu parágrafo único, que as pessoas ali indicadas só respondem pelas multas de caráter moratório. Por argumento a contrário senso, pode-se inferir que o legislador, ao restringir a aplicação de multa moratória apenas para os casos ali elencados, manteve a regra geral prevista no artigo 129 para as demais hipóteses de responsabilidade por infração. No dizer de Carlos Maximiliano:

'(.) quando a norma se refere à hipótese determinada, sob a forma de proposição normativa; e, em geral, quando estatui de matreira restritiva, limita claramente só a certo casos sua disposição, ou se inclui no campo do direito excepcional. Então se presume que, se uma hipótese é regulada de certa maneira, solução oposta caberá à hipótese contrária.'

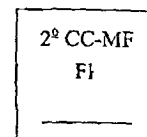
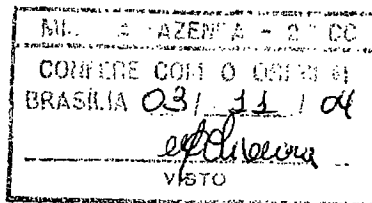
Assim, em que pese a responsabilidade por incorporação de empresa, prevista no artigo 132, fazer referência tão-somente a tributos, sem mencionar penalidade, a interpretação desse dispositivo, a meu ver, deve ser feita sem se abstrair do contexto em que ele está inserido no Código. Estamos diante de ilícito de natureza fiscal, não se confundindo com o ilícito penal, este sim de índole personalíssima e, por consequência, não passa da pessoa do infrator.

Para Zelmo Denari, 'o ilícito penal é inconfundível com o fiscal. Em sua formação, o que mais conta é o elemento subjetivo que enucleia a noção de culpabilidade. Por isso a maior preocupação daquele que interpreta ou julga o fato delituoso é justamente conhecer a personalidade do infrator, aferindo a intensidade da sua culpa. Tão representativo é o componente intencional na formação do ilícito penal que jamais se discutiu sobre o caráter personalíssimo da sanção que lhe corresponde.'



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10735.004681/2002-14
Recurso nº : 124.074
Acórdão nº : 203-09.645



Ora, nada disso importaria na configuração do ilícito fiscal. A começar que, para fixação da responsabilidade são desprezados todos os critérios subjetivos da conduta. Essa objetivação da responsabilidade foi acolhida pelo artigo 136 do Código Tributário Nacional, ao dispor que 'a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato'.

Ademais, quem pratica o ilícito fiscal, na generalidade dos casos, é pessoa jurídica de direito privado e não pessoa física. Esta circunstância afasta, de pronto, todo o propósito de dosar a gravidade do ilícito fiscal em função da personalidade do agente.

De resto, o ilícito fiscal costuma traduzir simples descumprimento de um dever administrativo relacionado com as atividades empresariais do contribuinte. Nada tem a ver com o ilícito penal. Do mesmo modo, nada tem a ver entre si as respectivas sanções: 'a multa fiscal é somente uma punição de índole patrimonial que impõe um sofrimento econômico, jamais libertário, ao contribuinte.'

Além disso, a possibilidade de elisão da penalidade por mera alteração na estrutura societária da empresa é elemento indutor da prática de fraudes fiscais. José Eduardo Soares de Melo sustenta, nesse sentido, que:

'O direito dos contribuintes às mudanças societárias tão pode servir de instrumento a liberação de quaisquer ônus, fiscais (inclusive penalidade), pois seria muito simples efetuar negócios, com o objetivo de acarretar o desaparecimento dos devedores originários, de quem nada se pode exigir.'

Nesse diapasão, a ilustre Ministra Eliana Calmon, do Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão no Recurso Especial nº 32967 - RS, DJ de 20 de março de 2000, assim se pronunciou sobre essa matéria, in verbis:

'(...) Contudo, mesmo doutrinariamente, na atualidade, sinaliza-se para prevalência da tese de que a responsabilidade dos sucessores estende-se às multas, sejam elas moratórias ou punitivas, pelo fato de integrarem elas o passivo da empresa sucedida, conforme entendimento do Dr. Luiz Alberto Gurgel de Faria, em 'Código Tributário Nacional Comentado', Editora Revista dos Tribunais:

'A não ser assim, muitas fraudes poderiam existir simplesmente para alterar a estrutura jurídica das empresas, fundindo-as, transformando-as ou realizando incorporações para afastar aplicação de penalidades (...) a posição mais moderna se inclina para a continuidade das multas (já aplicadas) por ocasião da sucessão da empresa. (Obra citada, pág. 527).

Após essas considerações e passando ao exame do caso concreto, constata-se, ainda, que, no presente caso, no momento da incorporação, a incorporada se encontrava sob fiscalização a exatos um ano. Tal mudança societária não pode, desta forma, acarretar a liberação da penalidade a que está sujeita a infratora, eis que os sucessores conheciam perfeitamente o



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes.

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10735.004681/2002-14
Recurso nº : 124.074
Acórdão nº : 203-09.645

passivo da empresa que estavam transformando. A responsabilidade, *in casu*, compreende todos e quaisquer acréscimos (juros, multas, atualizações), a fim de não se burlarem manifestos interesses fazendários (de superior interesse público), sob a falsa assertiva de que a pena não deveria passar da pessoa do infrator.

Com essas razões, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 16 de junho de 2004

LUCIANA PATO PEÇANHA MARTINS

