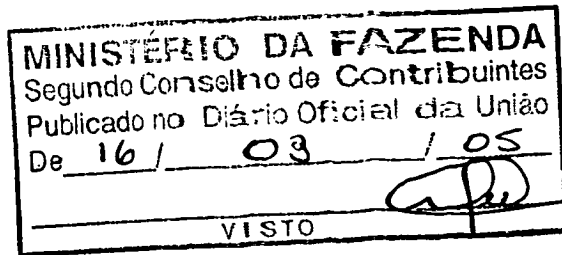




Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10840.000292/2001-31
Recurso nº : 119.936
Acórdão nº : 201-77.737

Recorrente : CETERP – CENTRAIS TELEFÔNICAS DE RIBEIRÃO PRETO S/A
Recorrida : DRJ em Ribeirão Preto - SP

NORMAS PROCESSUAIS. DECADÊNCIA.

O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário mediante lançamento de ofício decai em dez anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. **Preliminar rejeitada.**

COFINS. TELECOMUNICAÇÕES. INCIDÊNCIA.

O Supremo Tribunal Federal, em sua composição plena, decidiu pela legitimidade da incidência da Cofins sobre o faturamento das empresas de telecomunicações (RE nº 233.807).

MULTA DE OFÍCIO. RESPONSABILIDADE DA SUCESSORA OU INCORPORADORA.

A exegese do art. 132 do CTN deve ser alcançada pela combinação com o art. 129 do CTN, de forma que se aplica igual tratamento aos créditos tributários constituídos antes ou posterior ao evento sucessório. A multa do art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96, tem natureza objetiva, aplicando-se inclusive nas hipóteses de sucessão tributária, cobrando-se da sucessora, sobre a falta ou insuficiência de recolhimento de tributos ou contribuições relativos a fatos geradores ocorridos antes da sucessão.

Recurso negado.

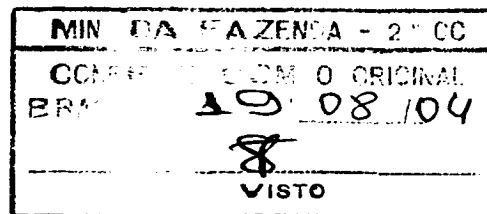
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por CETERP – CENTRAIS TELEFÔNICAS DE RIBEIRÃO PRETO S/A.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, pelo voto de qualidade: I) em rejeitar a preliminar de decadência; e II) no mérito, em negar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Rogério Gustavo Dreyer (Relator), Antonio Mario de Abreu Pinto, Sérgio Gomes Velloso e Gustavo Vieira de Melo Monteiro, que afastavam a multa de ofício. Designada a Conselheira Adriana Gomes Rêgo Galvão para redigir o voto vencedor. Esteve presente ao julgamento a advogada da recorrente, Dra. Gabriela Watson.

Sala das Sessões, em 07 de julho de 2004.

Josefa Maria Coelho Marques
Josefa Maria Coelho Marques
Presidente

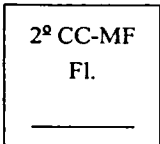
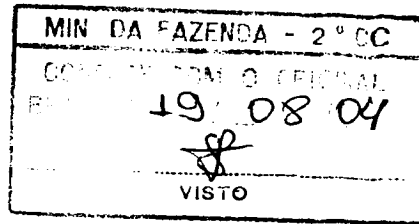
Adriana Gomes Rêgo Galvão
Adriana Gomes Rêgo Galvão
Relatora-Designada



Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Atulim e José Antonio Francisco.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 10840.000292/2001-31
Recurso nº : 119.936
Acórdão nº : 201-77.737

Recorrente : CETERP – CENTRAIS TELEFÔNICAS DE RIBEIRÃO PRETO S/A

RELATÓRIO

Contra a contribuinte em epígrafe foi lançada a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, relativa aos períodos de apuração de junho a outubro de 1995, com os acréscimos de multa de ofício e juros de mora.

Impugna a exigência a Telecomunicações de São Paulo - Telesp, na condição de sucessora por incorporação da atuada, alegando a decadência do direito de lançar. Quanto ao mérito, alude a inconstitucionalidade da exigência com base na imunidade deferida às operações com telecomunicações (art. 155, § 3º). Prossegue para repelir a multa por inaplicável, nos termos do artigo 132 do CTN, visto a sua condição de responsável pelos tributos devidos pela sucedida.

Igualmente repudia a aplicação da taxa Selic, por ilegal.

A decisão mantém a integralidade do lançamento, sob os argumentos que são manifestados na ementa do Acórdão (fl. 228) que leio em sessão.

Interposto o presente recurso voluntário, nele a contribuinte apenas aduz argumentação relativa à prerrogativa de a matéria relativa à inconstitucionalidade de norma legal ser apreciável em sede de processo administrativo, persistindo, no mais, na argumentação já expandida na impugnação.

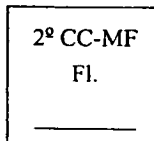
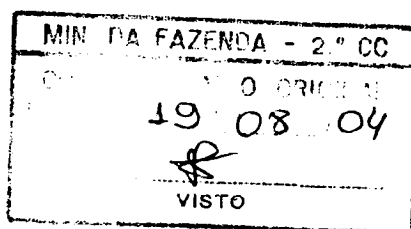
Os autos subiram amparados por arrolamento de bens.

É o relatório.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10840.000292/2001-31
Recurso nº : 119.936
Acórdão nº : 201-77.737



VOTO VENCIDO DO CONSELHEIRO-RELATOR
ROGÉRIO GUSTAVO DREYER

Quanto à preliminar de decadência, minha posição é conhecida quanto à aplicação do artigo 150, § 4º, do CTN, independentemente da existência anterior de recolhimento dos tributos que vinculo à referida, em face de sua natureza. No presente caso, no entanto, ainda que aplicado o artigo 173 do CTN, o último fato gerador reclamado refere-se ao período de apuração de outubro de 1995. Assim sendo, o prazo decadencial encerrou-se em 31 de dezembro de 2000. Como a ciência do lançamento ocorreu em fevereiro de 2001, decaído o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário reclamado.

Pelo exposto, em preliminar ao mérito, dou provimento ao recurso interposto pela decadência constatada.

Uma vez transposta a questão da decadência, com a sua rejeição, passo ao exame do mérito.

Este, por primeiro, tratando da questão da inconstitucionalidade da exigência, por conta da inobservância dos termos do artigo 155, § 3º, da Carta Magna, considerando a sua redação na época.

Ainda que discorde do contribuinte quanto à prerrogativa de as Cortes administrativas julgarem a inconstitucionalidade de normas legais e sua aplicabilidade, não custa adentrar ao assunto para referir que a matéria já se encontra decidida no STF, no RE nº 233.807, assim ementado:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. COFINS. DISTRIBUIDORAS DE DERIVADOS DE PETRÓLEO, MINERADORAS, DISTRIBUIDORAS DE ENERGIA ELÉTRICA E EXECUTORAS DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. C.F., ART. 155, § 3º. LEI COMPLEMENTAR Nº 70, de 1991.

I - Legítima a incidência da COFINS sobre o faturamento da empresa. Inteligência do disposto no § 3º do art. 155, C.F., em harmonia com a disposição do art. 195, "caput", da mesma Carta. Precedente do STF: RE 144.971-DF, Veloso, 2ª T., RTJ 162/1075.

II - R.E. conhecido e provido.”

Assim sendo, sob tal rubrica, ferida irremediavelmente a argumentação da ora recorrente, devendo ser mantido o crédito como lançado.

Com relação à multa reclamada, a contribuinte refuta a sua incidência sob os auspícios do *caput* do artigo 132 do CTN, cuja redação reproduzo, como segue:

“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 a data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.”

A jurisprudência tem pendido para o entendimento de que a multa não é devida, visto que de tributo não se trata, vez que tal conceito vincula-se aos termos constitucionais que,



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10840.000292/2001-31
Recurso nº : 119.936
Acórdão nº : 201-77.737

MIN. DA FAZENDA - 2ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL
19 / 08 / 04
§
VISTO

2º CC-MF
Fl.

numerus clausus, estabelece como tributos instituíveis os **impostos, as taxas e as contribuições de melhoria**, nos termos de seu artigo 145.

Bem assim, o CTN, em seu artigo 3º, deixa **bem claro que tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito.**

Ora, a multa não somente refoge do **conceito de tributo**, bem como constitui-se em sanção pela prática de ato ilícito. Por tal não pode ter **a responsabilidade** sobre ela estendida.

No entanto, a jurisprudência tem se **inclinado para tal entendimento** quando o crédito tributário não estiver devidamente constituído no **momento do ato sucessório**.

Este é o entendimento que igualmente **defendo. Enquanto não constituído o crédito tributário mediante o lançamento, ou seja, enquanto devido o tributo pela simples ocorrência do fato gerador, fenômeno que faz nascer a obrigação tributária** (artigo 113, § 1º, do CTN), não pode o sucessor ser responsabilizado por nada **além do tributo devido**.

No entanto, se no momento da sucessão o **tributo tiver sido** objeto de lançamento (art. 142 do CTN) e nele estiver proposta a penalidade, **não se estará falando simplesmente em tributo devido, mas em crédito tributário regularmente constituído**.

No meu entendimento, diversas as situações. **O crédito regularmente constituído é dívida constatada pelo credor, ainda que potencialmente com exigibilidade suspensa, e faz parte das avenças entre o sucessor e o sucedido de caráter compulsório que, como tal, não podem prejudicar os interesses da Fazenda Pública.**

No presente caso, evidente que a **constituição do crédito tributário deu-se em momento posterior ao do ato sucessório e isto a própria decisão recorrida reconhece**. Ainda que pairassem dúvidas quanto à data exata do ato, o **documento acostado ao processo de maior risco ao argumento, é de 30/01/2001, data do protocolo de alteração do CNPJ em razão de incorporação**.

Como o auto não somente foi lavrado após **esta data, bem como dele intimado foi a contribuinte em data ainda posterior, não há que se falar em crédito constituído com penalidade pecuniária**. Por tal, dentro do raciocínio que manifestei, **deve ser afastada a multa imposta, por não lhe caber sobre esta a responsabilidade, limitada expressamente ao tributo reclamado**.

Quanto à taxa Selic, nada a acrescentar **ao decidido, tendo em vista a sua legalidade, por afeiçoada aos termos do artigo 161 e seu § 1º, do CTN**.

Frente ao exposto, voto pelo provimento **parcial do recurso**, somente para afastar a multa imposta.

É como voto.

Sala das Sessões, em 07 de julho de 2004.

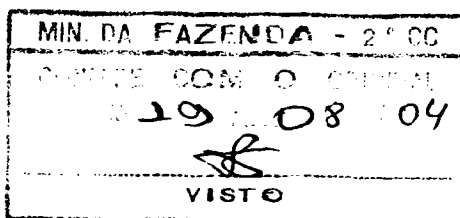

ROGÉRIO GUSTAVO DREYER





Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10840.000292/2001-31
Recurso nº : 119.936
Acórdão nº : 201-77.737



2º CC-MF
Fl. _____

VOTO DA CONSELHEIRA-DESIGNADA
ADRIANA GOMES RÊGO GALVÃO

Ouso discordar do eminente Relator por **entender** que não se operou, no presente caso, a decadência do direito de o Fisco constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores objeto da autuação e no que diz respeito à multa de ofício aplicada à sucessora com relação aos débitos da sucedida.

No tocante à decadência, de fato o CTN **fixa** em 5 (cinco) anos o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário, como se **infere** da leitura de seus arts. 150, § 4º, e 173, e, ainda, a Constituição Federal determina, em seu art. 146, III, "b", que compete à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de **legislação** tributária, especialmente sobre prescrição e decadência.

Ocorre que a Lei Complementar fixou **normas** gerais sobre o assunto, porém, permitiu expressamente que lei ordinária regulamentasse, **de** forma específica, o prazo decadencial, como se pode deprender da leitura do § 4º do art. 150, *verbis*:

"§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação." (grifei)

Assim, no que diz respeito às contribuições sociais, o legislador ordinário estabeleceu, e saliente-se, após a Constituição Federal de 1988, por meio do art. 45 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, o seguinte prazo:

"Art. 45. O direito de a Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados:

- I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído;"

Aliás, recentemente, por meio do Recurso Especial nº 475.559 - SC, julgado em 16/10/2003, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça reconheceu a aplicabilidade da referida lei às contribuições para a seguridade, nos seguintes termos:

"TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PRESCRIÇÃO. PRAZO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CF/88 E LEI Nº 8.212/91.

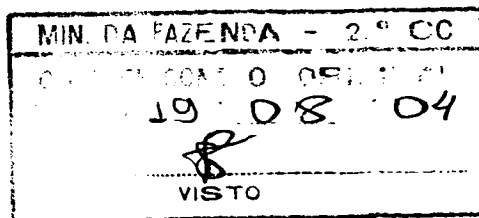
1. A Constituição Federal de 1988 tornou indiscutível a natureza tributária das contribuições para a seguridade. A prescrição e decadência passaram a ser regidas pelo CTN em cinco anos e, após o advento da Lei nº 8.212/91, esse prazo passou a ser decenal. (...)"

Ademais, reafirmando a especificidade do **prazo** decadencial para as contribuições sociais, recentemente, no âmbito dos atos infralegais, **temos** o Decreto nº 4.524, de 18 de dezembro de 2002, que, em seu art. 95, dispõe, *verbis*:



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10840.000292/2001-31
Recurso nº : 119.936
Acórdão nº : 201-77.737



2ª CC-MF
Fl.

“Art. 95. O prazo para a constituição de créditos do PIS/Pasep e da Cofins extingue-se após 10 (dez) anos, contados (Lei nº 8.212, de 1991, art. 45):

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído; ou (...).”

Assim, diante destes atos normativos e para dar primazia à Segurança Jurídica, com o devido respeito àqueles dos quais divirjo, entendo que se deve aplicar o método hermenêutico da Interpretação Conforme a Constituição, que, ressaltado, não se trata de princípio de interpretação da Constituição, mas sim de interpretação da lei ordinária de acordo com a Constituição.

A respeito deste método, destaco as lições de PAULO BONAVIDES¹:

“Presumem-se, pois, da parte do legislador, como uma constante ou regra, a vontade de respeitar a Constituição, a disposição de não infringi-la. A declaração de nulidade da lei é o último recurso de que lança mão o juiz quando, persuadido da absoluta inconstitucionalidade da norma, já não encontra saída senão reconhecê-la incompatível com a ordem jurídica. Mas antes de chegar a tanto, faz-se mister tenham sido empregados todos os métodos usuais e clássicos de interpretação e que os mais importantes dentre eles levem à conclusão irrecusável e evidente da inconstitucionalidade da norma.”

Por oportuno, saliento, ainda, que não compete a este Colegiado julgar a constitucionalidade das leis e atos normativos, mas tão-somente aplicá-los de forma harmônica.

Desta forma, e por tudo até aqui exposto, entendo que, enquanto o Poder Judiciário, competente para a apreciação da inconstitucionalidade dos atos normativos, não retirar do mundo jurídico a Lei nº 8.212/91, à mesma deve-se dar uma interpretação conforme a Constituição, no sentido de concebê-la como regra válida a determinar o prazo decadencial das contribuições sociais, sendo este, por conseguinte, de 10 (dez) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser sido efetuado.

Quanto à multa aplicada na sucessora, entendo que a exegese do art. 132 do CTN deve ser alcançada por meio de uma interpretação sistemática com o estabelecido no art. 129 do mesmo diploma legal, que assim dispõe:

“SEÇÃO II

Responsabilidade dos Sucessores

Art. 129. O disposto nesta Seção aplica-se por igual aos créditos tributários definitivamente constituídos ou em curso de constituição à data dos atos nela referidos, e aos constituídos posteriormente aos mesmos atos, desde que relativos a obrigações tributárias surgidas até a referida data.” (negritei)

Neste sentido, deve-se observar que o art. 132 está inserido na Seção II – Responsabilidade dos Sucessores, cujo artigo introdutório, artigo 129, dispõe que o tratamento a ser conferido ali diz respeito aos “créditos tributários” e não apenas aos tributos e contribuições, e, ainda, que deve ser adotado o mesmo procedimento, ou seja, “aplica-se por igual”, no que diz

¹ Paulo BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 7ª ed., p. 475.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10840.000292/2001-31
Recurso nº : 119.936
Acórdão nº : 201-77.737

MIN. DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASIL 19 08 / 04
VISTO

2º CC-MF
Fl.

respeito aos créditos constituídos antes ou após os atos ou eventos que ensejaram a sucessão, desde que se refiram a obrigações tributárias surgidas até a data deste.

Logo, é de se concluir que, mesmo que o crédito tributário ainda não esteja constituído ao tempo do evento que acarretou a sucessão tributária, deverá seu sucessor responder por sua totalidade, ou seja, por todo o crédito tributário, incluindo-se as multas de ofício ou moratória.

Por oportuno, transcrevo jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

a) incluindo as multas no contexto do art. 132 do CTN (RE nº 32.967/RS, Rel. Min. Eliana Calmon):

“(...)

Após a observação, temos que o artigo 132 do CTN fala em responsabilidade pelos tributos, sem mencionar os consectários, o que deu margem a, na doutrina, surgir a tese de que haveria, dentro de uma literal interpretação, a elisão das penalidades, conforme entendem Ives Gandra da Silva Martins e Pedro Martins Fernandes.

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 pela continuidade das multas (já aplicadas) por ocasião da sucessão de empresas. (Obra citada, pág. 527)'

A excepcionalidade, como tese, entretanto, restringe-se à multa punitiva, porque, em relação à multa moratória, seria uma demasia a tese da exclusão de responsabilidade.”;
e

b) reconhecendo que a multa punitiva e moratória aplicada antes da sucessão integram o patrimônio do sucessor (REsp nº 432049/SC, DJ 23/09/2002, p. 279, Rel. Min. José Delgado):

“TRIBUTÁRIO. EMPRESA INCORPORADORA. SUCESSÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO SUCESSOR. MULTA FISCAL (MORATÓRIA). APLICAÇÃO. ARTS. 132 E 133, DO CTN. PRECEDENTES.

1. Recurso Especial interposto contra v. Acórdão segundo o qual não se aplicam os arts. 132 e 133, do CTN, tendo em vista que multa não é tributo, e, mesmo que se admita que multa moratória seja ressalvada desta inteligência, o que vem sendo admitido pelo STJ, in casu trata-se de multa exclusivamente punitiva, uma vez que constitui sanção pela não apresentação do livro diário geral.

2. Os arts. 132 e 133, do CTN, impõem ao sucessor a responsabilidade integral tanto pelos eventuais tributos devidos quanto pela multa decorrente, seja ela de caráter moratório ou punitivo. A multa aplicada antes da sucessão se incorpora ao patrimônio do contribuinte, podendo ser exigida do sucessor, sendo que, em qualquer hipótese, o sucedido permanece como responsável. Portanto, é devida a multa, sem se fazer



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n^o : 10840.000292/2001-31
Recurso n^o : 119.936
Acórdão n^o : 201-77.737

MIN. DA FAZENDA - 2 ^o CC
CONFERE COM O ORIGINAL
RECEBIDA EM 19 08 04
VISTO

2^o CC-MF
Fl.

distinção se é de caráter moratório ou punitivo, visto ser ela imposição decorrente do não pagamento do tributo na época do vencimento.

3. Na expressão 'créditos tributários' estão incluídas as multas moratórias.

4. A empresa, quando chamada na qualidade de sucessora tributária, é responsável pelo tributo declarado pela sucedida e não pago no vencimento, incluindo-se o valor da multa moratória.

5. Precedentes das 1^a e 2^a Turmas desta Corte Superior e do colendo STF.

6. Recurso provido." (negritei)

É bem verdade que a jurisprudência acima transcrita diz respeito a multas já aplicadas ao tempo do evento sucessório, porém, pensar diferente nos casos de multa aplicada após a sucessão, mas relativa a fatos geradores ocorridos antes, é permitir que alguém possa ser penalizado com uma multa de acordo com sua manifestação de vontade, pois, se condicionarmos a responsabilidade pela multa de ofício aos lançamentos constituídos anteriores aos eventos sucessórios, estaríamos admitindo que, após o início do procedimento fiscal, porém, antes da constituição do crédito tributário, o sujeito passivo, vislumbrando as conseqüências da ação fiscal, pudesse promover qualquer evento sucessório de forma a evadir-se do pagamento da multa que certamente seria lançada de ofício sobre o tributo ou contribuição exigidos. Seria, ainda, conceber uma natureza subjetiva às multas a que se refere o art. 44 da Lei n^o 9.430, de 1996, o que, ao meu sentir, consiste em um grande equívoco, vez que o aspecto subjetivo, qual seja, a intenção dolosa, é causa tão-somente de qualificação da multa, nos termos do inciso II do art. 44 retromencionado.

Neste sentido, nego provimento ao recurso voluntário.

É como voto.

Sala das Sessões, em 07 de julho de 2004.

ADRIANA GOMES REGO GALVÃO