



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº : 11030.000752/98-90
Recurso nº : 126.365
Sessão de : 13 de setembro de 2005
Recorrente : MASTER SONDA HIPERMERCADOS LTDA.
Recorrida : DRJ/SANTA MARIA/RS

R E S O L U Ç Ã O Nº 302-1.225

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

RESOLVEM os Membros da Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, acolher a preliminar de conversão do julgamento em diligência à Repartição de Origem, nos termos do voto da conselheira relatora, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Luis Antonio Flora, Daniele Strohmeier Gomes e Paulo Roberto Cucco Antunes que a rejeitavam.



PAULO ROBERTO CUCCO ANTUNES
Presidente em Exercício



MÉRCIA HELENA TRAJANO D'AMORIM
Relatora

Formalizado em: 12 DEZ 2005

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Elizabeth Emílio de Moraes Chierigatto, Corinho Oliveira Machado, Davi Machado Evangelista (Suplente) e Maria Regina Godinho de Carvalho (Suplente). Ausente o Conselheiro Paulo Affonseca de Barros Faria Júnior. Esteve presente a Procuradora da Fazenda Nacional Ana Lúcia Gatto de Oliveira.

Processo nº : 11030.000752/98-90
Resolução nº : 302-1.225

RELATÓRIO

A empresa acima identificada recorre a este Conselho de Contribuintes, de decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Santa Maria/RS.

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida, que transcrevo, a seguir:

“Contra a contribuinte foi lavrado o Auto de Infração de fls. 01/04, com os anexos de fls. 71/74, formalizando a exigência da contribuição para o Fundo de Investimento Social-FINSOCIAL, com intimação para recolhimento do valor de R\$ 25.158,62, relativamente a períodos de apuração entre 08/1991 e 03/1992, acrescido da multa de ofício de 75% e juros de mora regulamentares, em consequência de falta de recolhimento, sendo as bases de cálculo extraídas de livro fiscal da empresa Sonda Supermercados Exp. e Imp. Ltda., tendo como suporte legal o art. 1º, § 1º, do Decreto-lei nº 1.940, de 25/05/1982; arts. 16, 80 e 83, do Regulamento do FINSOCIAL, aprovado pelo Decreto nº 92.698, de 21/05/1986; art. 28 da Lei nº 7.738, de 09/03/1989; arts. 145 e 149 do Código Tributário Nacional – Lei nº 5.172, de 25/10/1966; art. 10 do Decreto nº 70.235, de 06/03/1972; e art. 169, parágrafo único, alínea “b”, do Decreto nº 1.041, de 11/01/1994 (RIR/1994).

Houve ciência em 21/05/1998.

Em síntese, informam os autuantes às fls. 02/03 e 62 que a empresa “Sonda Supermercados Exp. e Imp. Ltda.” havia entrado com Ação Cautelar nº 91.0691363-6 na Vara da Justiça Federal em São Paulo-SP, visando o não pagamento do FINSOCIAL. A decisão teve trânsito em julgado em 30/11/1994, com provimento parcial à apelação, declarando a obrigação de recolhimento da contribuição com alíquota de 0,5%.

Não se constatou depósitos judiciais ou recolhimentos de FINSOCIAL.

Foi, então, iniciada uma auditoria fiscal na empresa “Sonda Supermercados Exp. e Imp. Ltda.”, CGC 89.609.036/0005-04, lavrado-se auto de infração, sendo este recusado pelo proprietário, sob a alegação de não ser mais sócio ou dirigente da autuada.

Houve lavratura de Termo de Recusa de ciência em 19/11/1997.

Em 21/11/1997 a Agência da Receita Federal jurisdicionante recebeu correspondência, que foi analisada, constatando-se a cisão parcial da

Processo nº : 11030.000752/98-90
Resolução nº : 302-1.225

empresa "Sonda Supermercados Exp. e Imp. Ltda.", CGC 89.609.036/0001-80, em 30/05/1997, conforme instrumento registrado na JUCESP em 26/06/1997 sob o nº 95.072/97-4.

Decorrente desta cisão, parte do patrimônio foi vertido para Master Sonda Hipermercados Ltda., CGC 01.874.166/0001-08, com sede em Erechim-RS, criando-se, no local onde funcionava a filial da empresa cindida, a filial nº 1 da nova empresa – CGC 01.874.166/0002-80.

Com fundamento nos arts. 145 e 149 do CTN e no art. 10 do Decreto nº 70.235/1972, foi o auto de infração lavrado contra a empresa "Sonda Supermercados Exp. e Imp. Ltda.", CGC 89.609.036/0005-04, cancelado, lavrando-se o auto de infração que se encontra às fls. 01/04, apurando falta de recolhimento de FINSOCIAL para o período 08/1991 a 03/1992, aplicando-se os consectários legais.

Em 22/06/1998 a contribuinte apresenta a impugnação de fls. 78/90, com os documentos de fls. 91/162, repisando, inicialmente, elementos do auto de infração, para, a seguir, alegar, sinteticamente:

I. em preliminar, pela ilegitimidade passiva ad causam, em consequência da nulidade do auto de infração, referindo não ser parte legítima, visto que:

- foi regularmente constituída em 22/04/1997, sendo que em 05/06/1997 foi inscrita no CGC;

- consoante o disposto no art. 229 e seguintes, da Lei nº 6.404, de 15/12/1976, em 30/05/1997, através de instrumento particular de alteração de contrato social, houve a cisão parcial da empresa "Sonda Supermercados Exportação e Importação Ltda.", com sede e foro em São Paulo-SP, da qual absorveu parcela do patrimônio, sendo que aquela não se extinguiu;

- tal fato foi comunicado ao órgão do registro do comércio competente, sendo tal operação também comunicada à SRF em 10/08/1997;

- o ato de cisão parcial não extinguiu a empresa originária, ao contrário, seus sócios, por unanimidade, deliberaram alterar sua denominação social; alterar o endereço da sede; e encerrar as atividades de diversas filiais, entre as quais aquela localizada em Erechim-RS, contribuinte originário do tributo exigido no auto de infração em referência – fl. 82;

- o supramencionado ato de cisão parcial foi celebrado em consonância com o disposto na única norma legal que regula a matéria – Lei nº 6.404/1976, sendo firmado entre as partes sem solidariedade entre si ou com a sociedade cindida, com base no parágrafo único do art. 233 daquela norma. Neste item a contribuinte afirma que o contribuinte originário do tributo exigido no auto de

Processo nº : 11030.000752/98-90
Resolução nº : 302-1.225

infração é a empresa Sonda Supermercados Exportação e Importação Ltda., sob nova denominação social Comércio de Alimentos Sul Brasil Ltda.;

- a formalização da exigência não preenche um dos requisitos obrigatórios fixados no Decreto nº 70.235/1972, com as alterações da Lei nº 8.748/1993, visto não haver, de forma clara e precisa, o enquadramento que autoriza a fiscalização a exigir da autuada débito ocorrido antes da cisão parcial, de responsabilidade de outra empresa, esta parcialmente cindida, subsistindo no universo das pessoas jurídicas. Repete que a empresa "Comércio de Alimentos Sul Brasil Ltda." é a única responsável pela contribuição ao FINSOCIAL, na qualidade de contribuinte originária;

- a fiscalização já tinha conhecimento do ato de cisão parcial da sociedade por ocasião da lavratura do Termo de Início de Fiscalização em 13/10/1997, isto é, antes do lançamento anterior, que foi cancelado de ofício com base nos arts. 145 e 149 do CTN. Cita as razões para o seu entendimento;

- a fiscalização, sem base legal, cancelou de ofício o auto de infração anterior lavrado contra a contribuinte originária, não se constatando a ocorrência de nenhuma das hipóteses previstas no art. 149 do CTN, bem como não houve infringência a nenhum dispositivo legal que autorizasse aquele cancelamento e a lavratura de novo auto de infração. Aponta o art. 121 do CTN e excerto da jurisprudência;

- em harmonia com o CTN e sem prejuízo de outras garantias constitucionais, entende estar eivado de nulidade o auto de infração atacado, visto não ser parte legítima passiva do processo administrativo fiscal.

II. No mérito diz que a matéria que se discute no presente feito resume-se apenas ao fato de que a contribuinte originária, após manifestação do Poder Judiciário, tornou-se credora da União, pelos valores que recolheu a maior entre 1988 e 07/1991, situação da qual a SRF já havia sido informada.

Ao finalizar requer:

1. que seja declarada a total improcedência do auto de infração, única forma possível de restauração da Justiça, já que não é parte legítima do processo, sendo, também, patente a ocorrência da prescrição, forma extintiva de exigibilidade do tributo;

2. que, se ultrapassada a preliminar, deve ser declarado improcedente o auto de infração por ter sido pago o tributo através da compensação autorizada pela IN nº 21/1997, requerida em 28/04/1997, junto à DRF/São Paulo-Oeste.

Requer, ainda, a realização de diligências junto à contribuinte originária; a perícia técnica em livros fiscais da matriz e de suas filiais, face o

Processo nº : 11030.000752/98-90
Resolução nº : 302-1.225

juízo prolatado pelo Poder Judiciário; o depoimento pessoal das autoridades da Divisão de Arrecadação da DRF/São Paulo-Oeste; e o depoimento pessoal dos sócios-gerentes da contribuinte originária.

No caso de eventual condenação, pede a compensação de valores pagos a maior pela contribuinte originária."

O pleito foi indeferido, no julgamento de primeira instância, nos termos da decisão monocrática DRJ/STM nº 739, de 17/11/2000, proferida pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Santa Maria/RS, cuja ementa dispõe, *verbis*:

"Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/08/1991 a 31/03/1992

Ementa: PRELIMINAR. NULIDADE.

Inexistente no presente procedimento hipótese de nulidade de que trata o art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972.

Assunto: Outros Tributos ou Contribuições

Período de apuração: 01/08/1991 a 31/03/1992

Ementa: LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

Sujeitam-se a lançamento de ofício os valores apurados em decorrência de auditoria fiscal, cabendo à autoridade administrativa constituir o crédito tributário nos termos do art. 142 do CTN.

CISÃO PARCIAL. SUJEITO PASSIVO.

Na cisão parcial, respondem pelos tributos das pessoas jurídicas cindidas a pessoa jurídica constituída em decorrência de cisão de sociedade ou a que incorporar parcela do patrimônio de sociedade cindida.

REVISÃO DE OFÍCIO. ERRO DE FATO.

A comprovação do erro de fato enseja o cancelamento do lançamento anteriormente efetuado, enquadrado no que dispõe a legislação pertinente ao Processo Administrativo Fiscal.

FINSOCIAL. COMPENSAÇÃO.

Não há, no presente processo, qualquer indicativo de que a contribuinte tenha solicitado compensação anteriormente à lavratura do auto de infração.

FINSOCIAL. COMPENSAÇÃO.

A análise de pedidos de compensação de tributos e contribuições administrados pela SRF é de competência dos Delegados da Receita Federal.

Mpe

Processo nº : 11030.000752/98-90
Resolução nº : 302-1.225

PRESCRIÇÃO.

O prazo de prescrição da pretensão do fisco não flui enquanto o lançamento for objeto de litígio na esfera administrativa.

Lançamento Procedente.”

É o relatório.

MMP

Processo nº : 11030.000752/98-90
Resolução nº : 302-1.225

VOTO

Conselheira Mércia Helena Trajano D'Amorim - Relatora

A empresa Master Sonda Hipermercados LTDA se insurge sobre preliminar de nulidade no tocante a ilegitimidade passiva solicitando a anulação do Auto de Infração por não ser parte legítima.

Em exame aos autos, verifiquei o seguinte:

- que em 13/03/97, à fl. 136, houve consolidação da empresa Sonda Supermercados Exportação e Importação LTDA (doc.9, às fls. 131/136);
- em 30/05/97, houve mudança de nome (doc. 06 à fl.126) para Comércio de Alimentos Sul Brasil LTDA;
- em 26/06/97 (fl.130-verso), verifiquei cisão parcial de Sonda Supermercados Exportação e Importação LTDA para Vilamir Comércio e Serviços LTDA e Master Sonda Hipermercados LTDA.

A empresa Master Sonda Hipermercados LTDA afirma que houve cisão parcial da empresa Sonda Supermercados Exportação e com esta cisão parcial, não extinguiu a empresa original (Sonda) e que o contribuinte originário, pela falta de recolhimento do FINSOCIAL, é a Sonda, que teve nova denominação social-Comércio de Alimentos Sul Brasil LTDA. Tendo em vista esses fatos, concluo em baixar em diligência, nos termos abaixo.

Diante do exposto, VOTO PELA CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA À REPARTIÇÃO DE ORIGEM, para que a autoridade lançadora providencie junto a Junta Comercial as certidões simplificadas das três empresas envolvidas, no caso: Sonda Supermercados Exportação e Importação LTDA, Master Sonda Hipermercados LTDA e Vilamir Comércio e Serviços LTDA.

Após a diligência, abram-se vistas à interessada para manifestação sobre o resultado, se for de seu interesse.

Sala das Sessões, em 13 de setembro de 2005


MÉRCIA HELENA TRAJANO D'AMORIM - Relatora