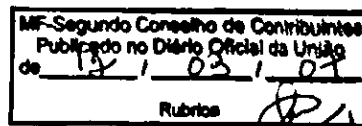




Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 11080.005812/2001-12
Recurso nº : 126.276
Acórdão nº : 203-10.833



Recorrente : OPP QUIMICA S/A
Recorrida : DRJ em Porto Alegre - RS

NORMAS PROCESSUAIS. A eleição da via judicial anterior ou posterior ao procedimento fiscal importa renúncia à esfera administrativa, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio da jurisdição una, estabelecido no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Política de 1988. Inexiste dispositivo legal que permita a discussão paralela da mesma matéria em instâncias diversas, sejam elas administrativas ou judiciais ou uma de cada natureza.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. A propositura de ação judicial não impede a formalização do lançamento pela autoridade administrativa, que pode e deve ser realizada, inclusive como meio de prevenir a decadência do direito de a Fazenda Nacional efetuar o lançamento.

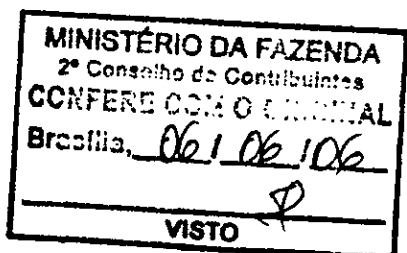
SOBRESTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. Não há previsão legal para o sobrestamento do julgamento de processo de exigência fiscal, ao processo judicial, dentro das normas reguladoras do Processo Administrativo Fiscal. A administração pública tem o dever de impulsionar o processo até sua decisão final (Princípio da Oficialidade). Apenas, a cobrança do débito deverá aguardar, ao pronunciamento judicial, se demonstrada a ocorrência de uma das causas suspensivas da exigibilidade do crédito tributário.

IPI. FALTA DE RECOLHIMENTO. JUROS DE MORA. Os juros de mora somente não são devidos quando da existência de depósito. A utilização da taxa SELIC como juros moratórios, decorre de expressa disposição legal, sendo devidos por representar remuneração do capital, que permaneceu à disposição da empresa, e não guardar natureza de sanção.

DENÚNCIA ESPONTÂNEA. Apenas se configura a denúncia espontânea quando, confessado o débito, o contribuinte efetiva, incontinenti o seu pagamento.

MULTA. SUCESSÃO POR INCORPORAÇÃO. LANÇAMENTO POSTERIOR. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. JUROS DE MORA. INCLUSÃO. MULTA DE OFÍCIO. EXCLUSÃO. No caso de lançamento posterior à incorporação, a pessoa jurídica incorporadora, na qualidade de sucessora da incorporada e responsável tributária, responde pelos tributos e juros de mora, mas não pela multa de ofício.

Recurso não conhecido em parte, face à opção pela via judicial e na parte conhecida parcialmente provido.





Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 11080.005812/2001-12
Recurso nº : 126.276
Acórdão nº : 203-10.833

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

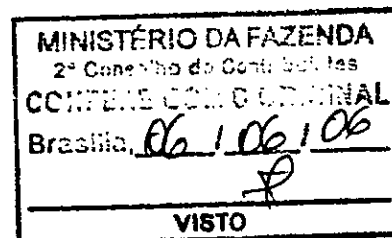
ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso, em parte, face à opção pela via judicial; na parte conhecida, em dar provimento parcial ao recurso para excluir apenas a multa de ofício.**

Sala das Sessões, em 28 de março de 2006.


Antonio Bezerra Neto
Presidente

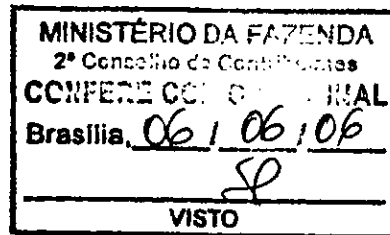

Maria Tereza Martínez López
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Leonardo de Andrade Couto, Emanuel Carlos Dantas de Assis, Raquel Brandão Motta Minatel (Suplente), José Adão Vitorino de Moraes (Suplente), Valdemar Ludvig e Francisco Maurício Rabelo de Albuquerque Silva. Ausentes, justificadamente, os Conselheiros Sílvia de Brito Oliveira e Cesar Piantavigna.
Eaal/mdc





Processo nº : 11080.005812/2001-12
Recurso nº : 126.276
Acórdão nº : 203-10.833
Recorrente : OPP QUIMICA S/A



RELATÓRIO

Contra a empresa nos autos qualificada foi lavrado auto de infração exigindo-lhe o Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, no período de apuração de 01/10/1999 a 31/10/2000.

Em prosseguimento, adoto e transcrevo, a seguir, o relatório que compõe a Decisão Recorrida:

RELATÓRIO

A Delegacia da Receita Federal em Porto Alegre empreendeu ação fiscal junto a estabelecimento acima qualificado a fim de proceder à verificação da regularidade do cumprimento das suas obrigações tributárias, quando foi detectado recolhimento a menor do Imposto sobre Produtos Industrializados nos períodos de apuração 1-10/1999 a 3-10/2000, em razão de creditamento irregular de IPI incidente nas aquisições de bens destinados ao Ativo Imobilizado e materiais para uso ou consumo, tudo conforme o Relatório de Auditoria e Termo de Encerramento de Ação Fiscal juntado aos autos, nas folhas 189 a 191.

1.1 Após a exclusão desses créditos irregulares e a reconstituição da escrituração do Livro Registro de Apuração do IPI, restaram descobertos débitos nos períodos de apuração listados no demonstrativo das folhas 9 a 11, que foram exigidos por meio de auto de infração (fl. 03 a 06), por afronta aos artigos 32, inc. II; 109, 114, caput e parágrafo único; 117; 147, inc. I, 182 e parágrafo único; 183, inciso IV, e 185, inciso III, todos do RIFI, aprovado pelo Decreto nº 2.637, de 25 de junho de 1998 (RIFI/1998).

2. O interessado impugnou tempestivamente a autuação (fls. 194 a 215, instrumento de mandato nas folhas 216 a 219 e documentos das folhas 220 a 241).

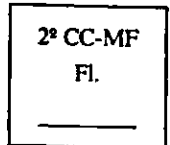
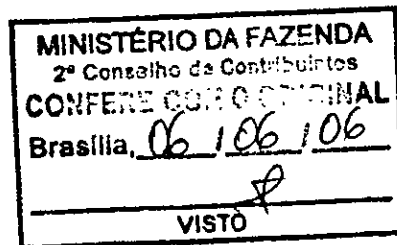
2.1 O autuado opõe ao lançamento o argumento de que tramita, atualmente, no TRF-1ª Região, a Ação Declaratória nº 1998.34.024.655-3, que tem como objeto, justamente, o direito do autuado de creditar-se do IPI cobrado nas aquisições de bens de consumo e de bens destinados ao ativo fixo, em período não alcançado pela prescrição, corrigidos monetariamente e acrescidos de juros compensatórios de 1% a.m.. Requer, nesse sentido, o sobrestamento do presente feito, para que se aguarde a manifestação judicial sobre o assunto. Anexa cópia da petição inicial da referida Ação Declaratória (folhas 220 a 238).

2.2 Brada ainda contra o lançamento dos acréscimos moratórios, em razão de o impugnante ter denunciado espontaneamente o débito, por meio do ajuizamento da ação declaratória, nos termos do artigo 138 do CTN, citando jurisprudência do STJ ao amparo de seu argumento de defesa. Rechaça, da mesma forma, a imposição de multa de lançamento de ofício, em razão do artigo 132 do CTN, alegando que não pode ser responsabilizado por infrações praticadas pela empresa que sucedeu (OPP Petroquímica SA). Cita jurisprudência do STF e do Conselho de Contribuintes.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 11080.005812/2001-12
Recurso nº : 126.276
Acórdão nº : 203-10.833



2.3 *Entende, além disso, que o seu direito ao creditamento tem fulcro no princípio constitucional da não cumulatividade, inscrito no artigo 153, § 3º, inc. II, e que não será a norma do RIFI que vai amesquinhá-lo, retirando-lhe substância. Cita inúmeros doutrinadores. Ilustra sua tese com síntese do entendimento do TRF-4ª Região sobre o direito ao creditamento do IPI incidente nas aquisições de insumos isentos. Agrega que, uma vez reconhecido tal direito, o abono de correção monetária sobre os mesmos é decorrência do mesmo princípio ora ventilado. Cita jurisprudência do STF.*

2.4 *Finalizando, pede o sobrestamento do feito, o cancelamento dos juros de mora e da multa de lançamento de ofício e, alternativamente, que se cancele o Auto de Infração por afronta ao princípio da não-cumulatividade.*

Por meio do Acórdão DRJ/POA nº 3.011, de 24 de outubro de 2003, os membros da 3ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, julgaram procedente o lançamento, para declarar a definitividade, na esfera administrativa, da exigência do principal, coincidente com o objeto de ação judicial proposta pelo autuado, e manter integralmente a exigência das demais parcelas do Auto de Infração das folhas 3 a 6. A ementa dessa decisão possui a seguinte redação:

Assunto: Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI

Período de apuração: 01/10/1999 a 31/10/2000

Ementa: NORMAS PROCESSUAIS - Concomitância com Processo Administrativo - Impossibilidade - A submissão da matéria à tutela autônoma e superior do Poder Judiciário, prévia ou posteriormente ao lançamento, inibe o pronunciamento da autoridade administrativa quanto à matéria objeto do litígio, tornando definitiva a exigência dessa parcela nesta esfera.

DENÚNCIA ESPONTÂNEA. Apenas se configura a denúncia espontânea quando, confessado o débito, o contribuinte efetiva, incontinenti, seu pagamento ou deposita o valor referente ou arbitrado pelo juiz.

MULTA FISCAL – SUCESSÃO POR INCORPORAÇÃO – Responde o sucessor pela multa de natureza fiscal.

Lançamento Procedente.

Inconformada com a decisão prolatada, a contribuinte apresenta recurso onde repisa os argumentos apresentados em sua impugnação. A recorrente alega que a propositura da ação declaratória, anteriormente a qualquer procedimento administrativo, equivale à denúncia espontânea de eventual infração, nos termos do art. 138 do CTN, o que impede o Fisco de constituir o crédito tributário denunciado, acrescido de penalidade moratória, consoante entendimento do STJ (Resp nº 121.459/MG, 1ª Turma do STJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 13/10/98). Termina fazendo o seguinte requerimento:

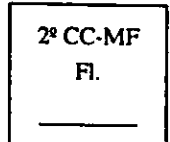
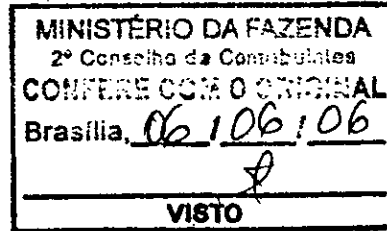
III -DO REQUERIMENTO

Pelo exposto, requer-se o provimento do presente recurso para que seja:



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 11080.005812/2001-12
Recurso nº : 126.276
Acórdão nº : 203-10.833



a) determinado o sobrestamento do processo administrativo, haja vista que a matéria ora debatida já foi submetida à apreciação do Poder Judiciário, por meio da Ação Declaratória nº 1998.34.00.024655-3 - atual Apelação Cível nº 2000.01.00.056363-1, que atualmente aguarda julgamento no E. Tribunal Regional Federal da 1ª Região (conforme extrato de andamento atualizado do processo, obtido no sítio eletrônico do Tribunal).

Sem prejuízo do requerimento supra, requer-se também:

b) o cancelamento dos acréscimos moratórios constantes do lançamento impugnado, seja em razão do recorrente ter denunciado espontaneamente o débito por meio de ajuizamento da mencionada ação declaratória, seja pelo fato de não poder ser responsabilizada pelas penalidades impostas em decorrência das supostas infrações praticadas pela sucedida (OPP PETROQUINICA SA);

c) caso não atendido o requerimento formulado no item b, que seja determinada a não incidência de juros até o final julgamento deste processo, em razão da argumentação formulada no item II.F; e por perdurar na presente causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do inciso III, do artigo 151 do Código tributário Nacional.

Caso não atendido o pedido formulado no item "a", requer-se o provimento do recurso voluntário para o fim de que este Egrégio Conselho de Contribuintes determine o total cancelamento do auto de infração uma vez que o direito ao crédito do IPI decorrente da aquisição de bens de ativo fixo e materiais de consumo, verdadeira imposição do princípio constitucional da não-cumulatividade do IPI, não pode ser restringido por norma infraconstitucional como fundamentação para o lançamento, conforme entendimento da melhor doutrina e de recentes decisões prolatadas pelo E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL e pelo TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4.a REGIÃO.

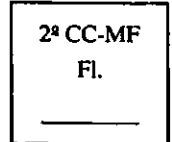
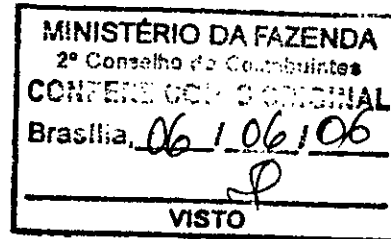
Consta dos autos Termo de Arrolamento de Bens e Direitos, para seguimento do recurso ao Conselho de Contribuintes, conforme preceitua o artigo 33, parágrafo 2º, da Lei nº 10.522, de 19/07/2002 e Instrução Normativa SRF nº 264, de 20/12/2002.

É o relatório.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 11080.005812/2001-12
Recurso n° : 126.276
Acórdão n° : 203-10.833



VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ

O Recurso Voluntário atende aos pressupostos genéricos de tempestividade e regularidade formal merecendo a sua admissibilidade.

As matérias discutidas neste recurso dizem respeito em apertada síntese e fundamentalmente: - ao sobrestamento do julgamento deste processo; ao conhecimento da matéria discutida judicialmente, assim chamada renúncia administrativa; no mais a denúncia espontânea sob dois aspectos; a um, por ter ação judicial (cita jurisprudência) e a dois, em razão da sucessão alegada.

I – Do sobrestamento do julgamento

Solicita a interessada que seja determinado o sobrestamento do processo administrativo, haja vista que a matéria ora debatida já foi submetida à apreciação do Poder Judiciário, por meio da Ação Declaratória n° 1998.34.00.024655-3 - atual Apelação Cível n° 2000.01.00.056363-1, que tem como objeto, justamente, o direito do autuado de creditar-se do IPI cobrado nas aquisições de bens de consumo e de bens destinados ao ativo fixo, em período não alcançado pela prescrição, corrigidos monetariamente e acrescidos de juros compensatórios de 1% a.m.

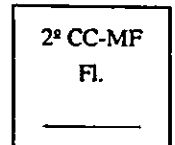
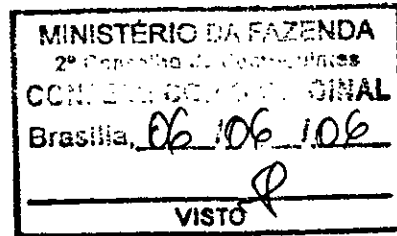
Compulsando os autos e examinando o recurso administrativo, verifica-se existir matéria diferenciada, sobre a qual permite a discussão no âmbito da esfera administrativa. Portanto, não há dúvidas que a contribuinte deveria, como o procedido, apresentar recurso a esta instância, de forma a obter um posicionamento final. Quanto aos efeitos ocasionados pela decisão judicial, em nada alteram ou modificam “o andamento” do julgamento do recurso administrativo. Apenas, a cobrança do débito deverá aguardar, ao pronunciamento judicial, se demonstrada a ocorrência de uma das causas suspensivas da exigibilidade do crédito tributário.

Não há previsão legal para o sobrestamento do julgamento de processo de exigência fiscal, ao processo judicial, dentro das normas reguladoras do Processo Administrativo Fiscal. Há, isto sim, obediência ao princípio da oficialidade. Segundo esse princípio, ¹ compete à própria Administração impulsionar o processo até o seu ato-fim. Hely Lopes Meirelles entende que “o princípio da oficialidade atribui sempre a movimentação do processo administrativo à Administração, ainda que instaurado por provocação do particular: uma vez iniciado passa a pertencer ao Poder Público, a quem compete o seu impulsionamento, até a decisão final. Se a Administração o retarda, ou dele se desinteressa, infringe o *princípio da oficialidade*, e seus agentes podem ser responsabilizados pela omissão.

¹ Processo Administrativo Fiscal Comentado – Néder, Marcos Vinicius e Maria Teresa Martínez López – Dialética, 2002, p. 66



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 11080.005812/2001-12
Recurso nº : 126.276
Acórdão nº : 203-10.833

Nesse sentido, inexistindo irregularidade no procedimento adotado pela DRJ-Recife, ao proceder à intimação e ciência da decisão *a quo* procedo, no mais, no exame das demais matérias.

Da matéria discutida no Judiciário - renúncia administrativa

Extrai-se da análise do pedido da ação judicial proposta pela contribuinte (folha 236 e 237), Ação Declaratória nº 1998.34.00.024655-3, junto à 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, como mencionado, que o seu objetivo é justamente, o direito ao creditamento do IPI incidente nas aquisições de bens destinados ao Ativo Permanente, matéria esta objeto do presente processo administrativo.

Seguindo a jurisprudência já firmada nesta Câmara, a discussão na via judicial implica em renúncia à esfera administrativa (aplicação do artigo 38, § único, da Lei nº 6.830/80 e do Ato Declaratório Normativo nº 03/96).

A opção de a recorrente submeter o mérito da questão ao Poder Judiciário, antes de buscar a solução na esfera administrativa, tornou inócua qualquer discussão posterior da mesma matéria no âmbito administrativo, por força da soberania do Poder Judiciário, que possui a prerrogativa constitucional ao controle jurisdicional dos atos administrativos. Reitero o que já foi dito anteriormente, que o não impedimento da realização do lançamento, tem sua razão de ser; para que a Fazenda Nacional não fique posteriormente impedida de lançar o imposto, pela superveniência da "decadência", decorrente da demora prolongada na solução de questão judicial.

Nenhum dispositivo legal ou princípio processual permite a discussão paralela da mesma matéria em instâncias diversas, sejam elas administrativas ou judiciais, ou uma de cada natureza. Na sistemática constitucional, o ato administrativo está sujeito ao controle do Poder Judiciário, sendo este último, em relação ao primeiro, instância superior e autônoma. Superior, porque pode rever, para cassar ou anular o ato administrativo. Autônoma, porque a parte não está obrigada a recorrer, antes, às instâncias administrativas, para ingressar em juízo. O contencioso administrativo tem como função primordial o controle da legalidade dos atos da Fazenda Pública, permitindo a revisão de seus próprios atos no âmbito do próprio Poder Executivo. Nesta situação, a Fazenda possui ao mesmo tempo, a função de acusador e julgador, possibilitando aos sujeitos da relação tributária, chegar a um consenso sobre a matéria em litígio, previamente ao exame pelo Poder Judiciário, visando, basicamente, evitar o posterior ingresso em juízo.

Nesse sentido, comprova o Parecer da Procuradoria da Fazenda Nacional publicado no DOU de 10/07/1978, pág. 16.431, e cujas conclusões são as seguintes:

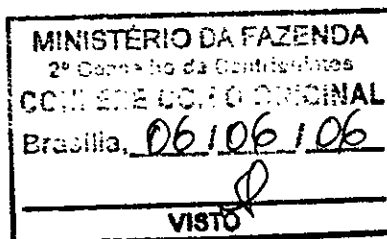
"32. Todavia, nenhum dispositivo legal ou princípio processual permite a discussão paralela da mesma matéria em instâncias diversas, sejam administrativas ou judiciais ou uma de cada natureza.

33. Outrossim, pela sistemática constitucional, o ato administrativo está sujeito ao controle do Poder Judiciário, sendo este último, em relação ao primeiro, instância superior ou autônoma. SUPERIOR, porque pode rever, para cassar ou anular, o ato administrativo; AUTÔNOMA, porque a parte não está obrigada a percorrer as instâncias administrativas, para ingressar em juízo. Pode fazê-lo diretamente.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 11080.005812/2001-12
Recurso n° : 126.276
Acórdão n° : 203-10.833



34. Assim sendo, a opção pela via judicial importa em princípio, em renúncia às instâncias administrativas ou desistência de recurso acaso formulado.

35. Somente quando a pretensão judicial tem por objeto o próprio processo administrativo (v.g. a obrigação de decidir de autoridade administrativa; a inadmissão de recurso administrativo válido, dado por intempestivo ou incabível por falta de garantia ou outra razão análoga) é que não ocorre renúncia à instância administrativa, pois aí o objeto do pedido judicial é o próprio rito do processo administrativo.

36. Inadmissível, porém, por ser ilógica e injurídica, é a existência paralela de duas iniciativas, dois procedimentos, com idêntico objeto e para o mesmo fim." (Grifos originais)

E mais, o Judiciário, através do STJ, ² em análise à discussão em tela, assim se manifestou:

"Tributário. Ação declaratória que antecede a autuação. Renúncia do poder de recorrer na via administrativa e desistência do recurso interposto. I – O ajuizamento da ação declaratória anteriormente à autuação impede o contribuinte de impugnar administrativamente a mesma autuação interpondo os recursos cabíveis naquela esfera. Ao entender de forma diversa, o acórdão recorrido negou vigência ao art. 38, parágrafo único, da Lei n° 6.830, de 22/09/80. II – Recurso especial conhecido e provido." (Ac un da 2ª T do STJ – Resp 24.040-6 – RJ – Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro – j 27.09.95 – Recte.: Estado do Rio de Janeiro; Recda.: Companhia de Seguros Sul Americana Industrial – SAI – DJU 1 16.10.95, pp 34.634/5 – ementa oficial).

Portanto, não cabendo a este Colegiado decidir de modo diverso ao decidido pelo Poder Judiciário, deixo de conhecer do recurso relativamente à matéria *sub judice*, neste caso, o direito ao creditamento do IPI incidente nas aquisições de bens destinados ao Ativo Permanente.

A controvérsia, restringe-se, portanto, à exigência dos consectários legais (juros de mora e multa de lançamento de ofício) sob a análise da assim chamada denúncia espontânea bem como, da incorporação ocorrida.

O recorrente alega que a propositura da ação declaratória, anteriormente a qualquer procedimento administrativo, equivale à denúncia espontânea de eventual infração, nos termos do art. 138 do CTN, o que impede o Fisco de constituir o crédito tributário denunciado, acrescido de penalidade moratória, consoante entendimento do STJ (Resp n° 121.459/MG, 1ª Turma do STJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 13/10/98).

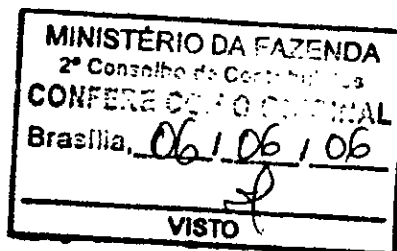
Duas questões: a primeira quanto ao lançamento e a segunda, quanto à jurisprudência invocada.

² (REsp 7.630 – RJ – 2ª Turma – 1º/04/91). Publicado no Repertório IOB de Jurisprudência – 1ª quinzena de dezembro/1995 – nº 23/95 – página 422.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 11080.005812/2001-12
Recurso n° : 126.276
Acórdão n° : 203-10.833



- Do lançamento - possibilidade

No que se refere aos argumentos de ser indevido o lançamento em razão de ter ação judicial, verifica-se estar incorreto o entendimento externado pela recorrente. A interposição de ação judicial, seja qual for a modalidade, não têm o condão de impedir o fisco de efetuar o lançamento de ofício, uma vez que essa atividade é vinculada e obrigatória, inclusive sob pena de responsabilidade funcional, tal como disposto no art. 142, parágrafo único, do CTN, fazendo-se necessária sempre que presentes os pressupostos legais, no presente processo pela falta de recolhimento de contribuição social.

Nesse sentido, consta do voto do ilustre Relator Jorge Freire (Acórdão n° 201-73.367) quando de sua manifestação sobre o assunto, da qual incorporo às minhas razões de decidir, o seguinte:

“É estreme de dúvidas que o lançamento, com a ocorrência do fato gerador e conseqüente nascimento da obrigação tributária, é o marco inicial para que se possa exigir o cumprimento desta obrigação ex lege. A relação jurídica tributária, como ensina Alfredo Augusto Becker³, nasce com a ocorrência do fato gerador, irradiando direitos e deveres. Direito de a Fazenda Pública receber o crédito tributário e dever do sujeito passivo prestá-lo. Todavia, esta relação pode ter conteúdo mínimo, médio e máximo. Na de conteúdo mínimo o sujeito ativo e o passivo estão vinculados juridicamente um ao outro, tendo aquele o direito à prestação e este o dever de prestá-la. Mas ter direito à prestação, ainda não é poder exigi-la (pretensão). É o que ocorre com o nascimento da obrigação tributária, sem ainda haver o lançamento. Com a incidência da regra jurídica tributária sobre sua hipótese de incidência nasce a obrigação tributária (o direito), mas esta sem o lançamento ainda não pode ser exigida (inexiste pretensão). Já na relação jurídica tributária de conteúdo médio há a pretensão (a partir do lançamento), mas ainda lhe falta o poder de coagir, que só nascerá com a inscrição do crédito em dívida ativa, quando a Fazenda terá um título executivo extrajudicial, dando margem ao exercício da coação, através da ação de execução fiscal.”

Assim, caso não pudesse o Fisco lançar, acarretaria a impossibilidade da pretensão e posterior exercício da coação, uma vez não adimplida a obrigação tributária. Isto esvaziaria o conteúdo jurídico da relação tributária, o que, convenhamos, não faz sentido.

Nesse sentido o entendimento do Judiciário através do STJ, conforme Aresto⁴ relatado pelo Ministro Ari Pargendler, cujo excerto a seguir transcrevo:

“... O imposto de renda está sujeito ao regime do lançamento por homologação. Nessas condições, a Impetrante pode compensar o que recolheu indevidamente a esse título sem autorização judicial, desde que se sujeite a eventual lançamento ‘ex officio’. Na verdade, através deste mandado de segurança, ela quer evitá-lo. Até aí não vai o poder cautelar do juiz. Tudo porque o lançamento fiscal é um procedimento legal obrigatório (CTN, art.

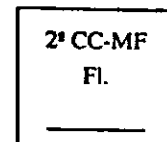
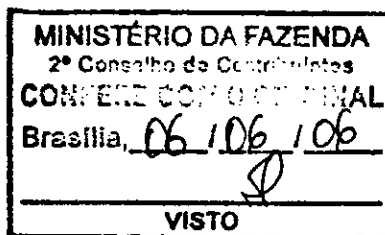
³ BECKER, Alfredo Augusto. “Teoria Geral do Direito Tributário”, 2a. ed., Ed. Saraiva, p. 311/314.

⁴ Rec. em MS 6096 - RN - 95.41601-8, julgado em 06/12/95, publicado no DJU em 26/02/96. No mesmo sentido, Recurso em MS 6.511-DF (95.65406-7), julgado em 14/03/96, DJU de 15/04/96, também relatado pelo Ministro Ari Pargendler.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 11080.005812/2001-12
Recurso n° : 126.276
Acórdão n° : 203-10.833



142). subordinado ao contraditório, que não importa dano algum ao contribuinte, o qual pode discutir a exigência nele contida em mais de uma instância administrativa, sem constrangimentos que antes existiram no nosso ordenamento jurídico ('solve et repete', depósito da quantia controvertida, etc.). O conteúdo do lançamento fiscal pode ser ilegal, mas a atividade de fiscalização é legítima e não implica qualquer exigência de pagamento até a constituição definitiva do crédito tributário (CTN, art. 174)" - sublinhamos.

Portanto, dúvida não há quanto à legalidade da atividade fiscal, restando desprovida a alegação do contribuinte de suposta ilegalidade.

- Da jurisprudência invocada – denúncia espontânea

De outra frente, a recorrente alega que a propositura da ação declaratória, anteriormente a qualquer procedimento administrativo, equivale à denúncia espontânea de eventual infração, nos termos do art. 138 do CTN, o que impede o Fisco de constituir o crédito tributário denunciado, acrescido de penalidade moratória, consoante entendimento do STJ (Resp n° 121.459/MG, 1ª Turma do STJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 13/10/98), cuja ementa possui a seguinte redação:

TRIBUTÁRIO - MULTA - DENÚNCIA ESPONTÂNEA - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA.

- O exercício, anterior a qualquer procedimento administrativo, de ação declaratória negativa de obrigação tributária traduz denúncia espontânea capaz de elidir o pagamento de multa moratória (CTN - art. 138).

Compulsando o teor do julgamento citado, no site do STJ, deparo com as seguintes informações, constantes do voto do relator:

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (RELATOR): A Recorrente, ao perceber que se encontrava em débito para com o Fisco, exerceu Ação Ordinária, depositando o valor do tributo.

Apesar disto, o Fisco negou-lhe a Certidão, porque não fora recolhida a Multa Moratória. A contribuinte finca-se no argumento de que, ao propor a ação, depositando o valor do suposto tributo efetivou a denúncia a que se refere o art. 138, do CTN.

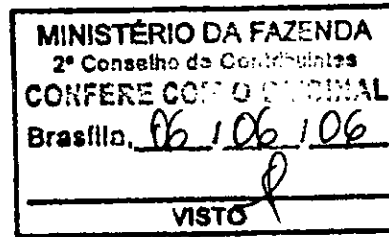
Não é o caso da contribuinte eis que nada depositou. O que está aqui em discussão é a multa de ofício, proveniente do lançamento realizado, em que inexistente suspensão da exigibilidade, nos termos do disposto no art. 151 do CTN. Penso, portanto, estar equivocado o alegado pela recorrente, eis que se trata de situação distinta, onde inexistente depósito.

Passo ao exame da exigência da multa sob outro aspecto levantado pela recorrente, qual seja, a se o sucessor responde por multa punitiva, aplicada por infração cometida pelo sucedido.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 11080.005812/2001-12
Recurso n° : 126.276
Acórdão n° : 203-10.833



2º CC-MF
Fl. _____

SUCCESSÃO – MULTA

Trata-se de glosa de crédito aproveitado pela OPP Petroquímica S/A. A OPP Química S/A atual denominação de OPP Polietilenos S/A, é sucessora por incorporação de OPP Petroquímica S/A. A OPP Petroquímica foi incorporada em 29 de dezembro de 2000 (fl. 241) pela OPP Polietilenos S/A. Em 08 de fevereiro de 2001, passou a ser OPP Química. A certidão de ata sumária de Assembléia Geral Extraordinária se deu em 16 de fevereiro de 2001⁵. Já, a ciência do auto de infração ocorreu em 29 de junho de 2001.

A recorrente, na qualidade de sucessora em virtude da incorporação, é responsável tributária pelos tributos devidos pela incorporada, na forma do art. 132 do CTN, cujo *caput* informa o seguinte:

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 à data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.

Este dispositivo, ao estabelecer a responsabilidade tributária da pessoa jurídica sucessora por dívidas tributárias da empresa sucedida, nos casos de incorporação (como é o caso presente), refere-se somente a tributos, a incluir além do valor principal somente os juros de mora. Não inclui penalidades, a não ser que o lançamento seja anterior à sucessão, a ação fiscal que nele culminou tenha se iniciado antes ou esteja presente a fraude e o conluio, com o intuito de eximir a empresa sucedida das penalidades via transferência de suas responsabilidades para a sucessora.

Se o lançamento for anterior a penalidade é imputada diretamente à sucedida, na condição de contribuinte, e a sucessora dela toma conhecimento no momento da sucessão, quando já constavam do passivo da empresa sucedida (ou deveriam constar) os valores relativos à penalidade aplicada. Assim, tais valores são incorporados pela sucessora como débito tributário da sucedida, e não como penalidade.

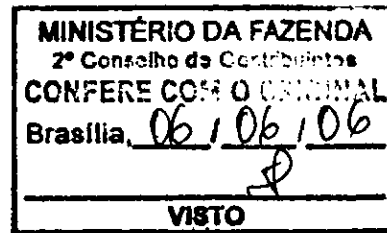
Outro caso a responsabilizar a sucessora por penalidades é a situação em que a ação fiscal que culminou com o lançamento tenha se iniciado antes da sucessão. Também aqui a sucessora detém o conhecimento da possibilidade de autuação, sendo capaz de mensurar os riscos advindos da ação fiscal.

⁵ A sucessão deve ser considerada na data da deliberação da incorporação, e não na do seu registro. A IN SRF n° 77/86, reportando-se ao art. 33 da Lei n° 7.450/85 – segundo o qual “A pessoa jurídica incorporada, fusionada ou cindida deve levantar balanço e demonstração de resultados e determinar o lucro real na data da ocorrência de qualquer um desses eventos” -, já dispunha no seu item 5.4, que se considera ocorrido o evento na data da deliberação que aprovar a incorporação, fusão ou cisão. Posteriormente o art. 235, § 1º, do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto n° 3.000/99 (RIR/99), dispôs do mesmo modo. De igual forma ver o disposto no art. 227, § 3º, da Lei das SA.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 11080.005812/2001-12
Recurso n° : 126.276
Acórdão n° : 203-10.833



2ª CC-MF
Fl. _____

Por último, temos as situações envolvendo fraude, promovida exatamente com o objetivo de livrar a empresa sucedida das penalidades. O conluio entre os administradores e/ou sócios das empresas envolvidas no processo sucessório, quando devidamente comprovado pela fiscalização, leva à responsabilidade da sucessora, a abarcar além dos tributos e juros de mora, também à multa de ofício.

No caso, objeto da presente análise, tem-se que o lançamento é posterior à sucessão e nem ao menos havia à época da incorporação qualquer ação fiscal que permitisse prever a penalidade a ser aplicada à empresa incorporada. Inexiste nos autos a informação de que tenha ocorrido fraude no processo de incorporação. Entendo outrossim que indevida é a aplicação da multa de ofício.

A Câmara Superior de Recursos Fiscais manteve esse mesmo entendimento nos acórdãos n° CSRF/01-1198, de 29.10.1991; n° CSRF/01-1282, de 06.12.1991; n° CSRF/01-1254, de 05.12.1991; e n° CSRF/01-1248, de 05.12.1991 e CSRF/01248, de 05.12.1992.

Nesse mesmo sentido já decidiu a 1ª Câmara, nos Acórdãos n°s 101-92.734, de 13.07.1999, 101-92418, de 12.11.1998, e 101-92291, de 22.09.1998; a 3ª Câmara, nos Acórdãos n°s 103-19683, de 14.10.1998, e 103-19.683, de 14.10.1998; e a 8ª Câmara, no Acórdão n° 108-05.743, de 08.06.1999.

Sobre a matéria, e com o intuito de enriquecer o presente voto, transcrevo, em parte, o voto do ilustre Conselheiro Carlos Alberto Gonçalves Nunes, no Acórdão CSRF/01-04.406, julgamento por maioria em 23/04/2003:

Ora, o termo tributo é incompatível com multa, até por definição legal, consoante se observa do art. 3º do CTN: (...)

Não posso acolher o entendimento de que o art. 129, do CTN, que entroniza a Seção II - Responsabilidade dos Sucessores - daria respaldo ao lançamento de multa fiscal à sucessora, após a incorporação. Confira-se o texto dessa norma:

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.

O exame conjunto desses dois dispositivos não autoriza a conclusão de que a responsabilidade do sucessor compreenda necessariamente imposto e multa. A multa somente se transfere ao sucessor quando já tiver sido lançada porque, aí, integrava o passivo da empresa, na data da incorporação, e, assim, já configurava a existência de um crédito tributário. O art. 129 trata a matéria de forma geral e o art. 132 é específico para os casos de fusão, transformação ou incorporação, e ao fazê-lo limita expressamente a responsabilidade aos tributos até a data desses atos.

Afastando qualquer dúvida a respeito, a lei ordinária expressamente determina que a transferência de responsabilidade restringe-se a tributos.

Com efeito, diz o art. 5º do Decreto-lei n° 1.598/77.

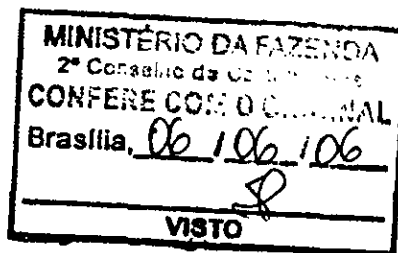
"Art. 5º - Respondem pelos tributos das pessoas jurídicas transformadas, extintas ou cindidas:

I - "omissis".....;



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 11080.005812/2001-12
Recurso n° : 126.276
Acórdão n° : 203-10.833



III - a pessoa jurídica que incorporar outra ou parcela do patrimônio de sociedade cindida" (Negritei)

Mais não fora, a lei ordinária foi muito clara quanto a esses limites, como ensina Bulhões Pedreira "in" Imposto Sobre a Renda - Pessoas Jurídicas, Justec Editora Ltda, 1979. Vol I, pág. 73. Entende esse autor que a responsabilidade na sucessão dá-se apenas em relação aos tributos. Embora o art. 129 do CTN autorizaria a conclusão de que tanto os tributos quanto as penalidades pecuniárias seriam sucedidas, os arts. 130 a 133 do CTN e o art. 5º do Decreto-lei nº 1.598/77, ao regularem as diversas hipóteses de sucessão, referem-se exclusivamente a tributos, compreensiva apenas dos juros de mora e da correção monetária.

Essa orientação do legislador de limitar a responsabilidade apenas aos tributos, contidos no referido art. 132, não ocorreu por descuido ou erro. Já estava contida no Anteprojeto que resultou no Código Tributário Nacional, explicitada dentro do próprio texto do dispositivo e não apenas por estar inserta no capítulo da sucessão tributária. No art. 244 do referido Anteprojeto, a matéria era assim tratada:

"Art. 244. Considera-se sucessora para efeito de responsabilidade pessoal por todos tributos devidos até a data do ato pela pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão. Incorporação ou transformação de outra em outra, quaisquer que sejam a espécie, forma jurídica, firma, razão social, denominação e objeto social das pessoas jurídicas respectivamente sucedida e sucessora." (negritei).

E no Projeto de Lei nº 4.934, de 1954, publicado no Diário do Congresso de 07/10/54, e transcrito na obra de Armando Souza Diniz intitulada "Código Tributários Alemão, Mexicano e Brasileiro", a matéria era tratada da seguinte forma:

"Art. 168 - A pessoa jurídica de direito privado que resultar da fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra considera-se sucessora, para efeito de responsabilidade pessoal por todos os tributos devidos até a data do ato pela pessoa jurídica de direito privado sucedida, quaisquer que sejam a espécie, forma jurídica, razão social, denominação e objeto das pessoas jurídicas respectivamente sucedida e sucessora." (negritei)

Este tratamento já vinha do Decreto-lei nº 5.844, de 23/09/43 que, no Capítulo da Liquidação, Extinção e Sucessão das Pessoas Jurídicas, estabelecia:

"Art. 54 - Ressalvado o disposto no § 1º do art. 33, o imposto continuará a ser pago como se não houvesse alteração nas firmas ou sociedades nos casos de:

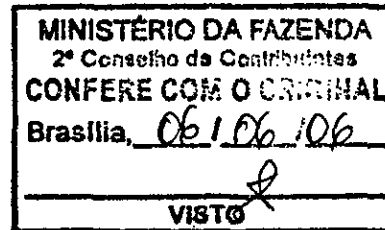
- a) sucessão, na forma da legislação em vigor;*
- b) incorporação de uma firma ou sociedade em outra de qualquer espécie;*
- c) continuação da atividade explorada pela sociedade ou firma extinta, por qualquer sócio remanescente ou pelo espólio, sob a mesma ou nova razão social, ou firma Individual." (negritei)*

Dar se infere que o legislador pátrio sempre adotou o entendimento de que o sucessor somente responde pelos tributos da sucedida.

Sacha Calmon Navarro Coelho também faz parte da corrente de que somente os tributos são transferidos na sucessão.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 11080.005812/2001-12
Recurso nº : 126.276
Acórdão nº : 203-10.833

Em Teoria e Prática das Multas Tributárias-Infrações Tributárias - Sanções Tributárias, Forense, 2ª Edição, pág. 97, após transcrever o art. 229 do CTN (refere-se o Conselheiro ao art. 129), diz o renomado jurista:

"Há quem sustente que esse dispositivo legal rege toda a matéria pertinente à responsabilidade dos sucessores. Por isso, quando se refere a créditos tributários, a multa imposta também está neles compreendida. Respeito essa posição.

Tenho para mim, como venho demonstrando, que a expressão "créditos tributários", inserta no texto do art. 129, só pode corresponder à obrigação tributária, de acordo com o próprio artigo, isto é, à obrigação de pagar tributo.

Atento a que as obrigações são distintas, assim como seus objetos. Os créditos tributários a que se refere o art. 129, necessariamente, não abrangem imposto e multa. Sobretudo os em curso de constituição e os constituídos posteriormente ao evento sucessório. Pelos seguintes motivos, além do que já foi exposto:

1- Os demais artigos que completam a Seção II, expressamente estabelecem que o sucessor responde pelos tributos.

2 - O ato ilícito, simples ou complexo, é sempre de formação instantânea.

3 - O ato ilícito, isto é, a infração cometida, não irradia um direito subjetivo à Fazenda, de tal modo que o ato administrativo seja apenas declaratório desse direito. Mas faz nascer o direito de impor a multa. Desde que imposta pela prática do ato administrativo que constitui o direito de crédito da Fazenda, surge a obrigação do infrator, transmissível ao sucessor.

Isto posto, posso afirmar, com o Ministro Moreira Alvas (RE 85.511 citado), que a expressão tributo contida no art. 132 do CTN não deve ser compreendida em sentido capaz de abarcar as multas fiscais. Tampouco não conduz nada o expediente de trocar as palavras "tributos devidos" por "créditos tributários", para aplicação dos termos dos artigos 129 e 132 do CTN.

Por essa razão, entendo que a multa imposta ao sucessor, de infração cometida pelo antecessor, vale dizer: o crédito constituído após o evento sucessório, não é devido. Sua exclusão é admissível".

Em sua obra Curso de Direito Tributário Brasileiro, Forense 1996, pág. 610/611, o citado jurista esclarece:

"Rubens Gomes de Souza, em parecer publicado na Revista de Direito Público nº 17, anotou, a respeito do assunto, que:

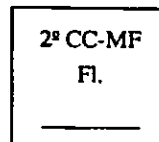
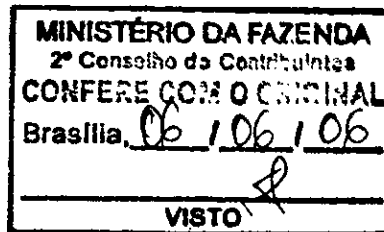
"Aqui o Código Tributário Nacional aceitou a observação de BERLIRI, de que sem essa ressalva a definição conviria igualmente ao tributo e à multa: o que se diz no texto é que, embora os atos ilícitos possam ser tributados (Código Tributário nacional, art. 118), entretanto não é tributo, mas multa a obrigação de pagar cujo fato gerador não seja um ato em si mas a ilicitude (p. 310)"

Ora, a responsabilidade não se presume, deve ser expressa. O silêncio da lei é eloqüente. Se não há previsão, responsabilidade não há.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 11080.005812/2001-12
Recurso n° : 126.276
Acórdão n° : 203-10.833



O nascimento da obrigação de pagar um tributo é consequência da realização concreta, no mundo fenomênico, de fato, estado de fato ou "espécie de fato" que a lei antes descreveu hipoteticamente.

A obrigação de pagar tributo é ex lege. nasce para ser cumprida. Todavia, existe sempre a alternativa de seu adimplemento ou de sua violação.

Desde o momento em que o obrigado não cumpre a obrigação, está configurado o fato ilícito que consta da estrutura de outra norma legal como hipótese ou fato-tipo. A consequência é a sanção; a multa no Direito Tributário.

A tese acima expendida, que adotamos, encontra respaldo no Acórdão n° 90.834 do Supremo Tribunal Federal.

"Ementa: Multa. Tributo e multa não se confundem, eis que esta tem caráter de sanção, Inexistente naquele. Na responsabilidade tributária do sucessor não se inclui a multa punitiva aplicada à empresa objeto de incorporação. Inteligência dos arts. 3° e 132 do CTN. Recurso Extraordinário conhecido e provido, para restabelecer a decisão de primeiro grau."

Ives Gandra da Silva Martins, "in" Caderno de Pesquisas Tributárias, n° 5, Ed. Resenha Tributária, São Paulo, págs. 28/29, afirma:

"... sempre que quis o legislador transferir ao responsável o dever de pagar tributo e penalidade, fez expresso uso da expressão "obrigação tributária" (art. 135) ou ao falar de obrigação tributária (art. 134) houve por bem esclarecer, em face de ser a penalidade pecuniária também obrigação principal, que apenas aquelas de caráter moratória seriam transferíveis, não obstante já ter esclarecido que tal responsabilidade se referia apenas aos tributo, no que limitado estava o campo de interpretação do "caput" do artigo.

Quando o legislador pretendeu falar de penalidades falou. Quando pretendeu falar de tributos, de obrigação tributária falou."

Também Luciano Amaro, em sua obra Direito Tributário Brasileiro, Ed. Saraiva, São Paulo 6ª edição, entende que somente os tributos se transferem ao sucessor.

No mérito, a matéria não é nova, já tendo a Câmara Superior de Recursos Fiscais enfrentado litígio semelhante, e concluído pela intransferibilidade da multa tributária.

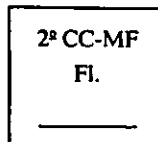
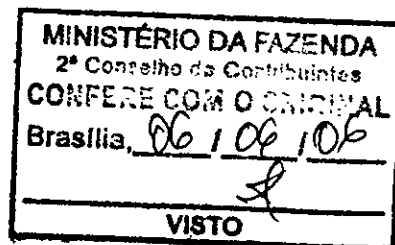
Refiro-me aos Ac/CSRF/01-01.198, de 29/10/91, unânime, Rel Conselheiro Sebastião Rodrigues Cabral, no sentido de que o sucessor não responde pela multa de natureza fiscal que deva ser aplicada em razão de infração cometida pela pessoa jurídica sucedida. Na mesma direção o Ac CSRF/01-01.991, de 08/07/96, unânime, sendo relator o Dr. Antônio de Freitas Dutra.

A Egrégia Terceira Câmara, no Acórdão n° 103-19.985, de 14/10/98, sendo relator o ilustre Conselheiro Márcia Machado Caldeira, já enfrentou situação muito semelhante à dos presentes autos. Naquela assentada o referido Colegiado decidiu, por unanimidade de votos, que o sucessor não responde pela multa de natureza fiscal que deve ser aplicada em razão de infração cometida pela pessoa jurídica sucedida, em exigência fiscal formalizada após a incorporação.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 11080.005812/2001-12
Recurso n° : 126.276
Acórdão n° : 203-10.833



Em seu voto assevera o ilustre relator: "Em que pese os argumentos da fiscalização e da autoridade recorrida, no sentido de que a sucessora tem quase a totalidade de seus componentes, pertencentes à empresa sucedida, a lei fiscal não admite interpretações extensivas, para atingir fatos semelhantes" E com toda razão, uma vez que nada impede que uma empresa possa incorporar outra da qual detenha a maioria do capital, uma vez que a incorporação pode ser feita até de subsidiária Integral.

O acórdão 102-17.285, de que foi relator o ilustre Conselheiro Francisco de Assis Praxedes, traz a seguinte ementa:

"Responsabilidade do Sucessor. Multa Fiscal. Créditos Tributários a que se refere o art. 129 do CTN não compreendem, necessariamente, imposto e multa. Assim é porque a infração é uma obrigação cujo objeto é pagar a multa fiscal. A obrigação nasce de um fato lícito ocorrido, antes descrito em lei, tem por objeto o pagamento de tributo. As obrigações e os respectivos objetos são, pois, distintos. Os créditos decorrentes são também distintos.

Na sucessão tributária, o sucessor só responde pela multa fiscal quando esta estiver constituída pelo ato administrativo, na data em que ocorrer a sucessão, uma vez que nesse caso, o crédito da Fazenda integra o passivo da sociedade extinta.

Recurso a que se dá provimento parcial para excluir a multa fiscal e para manter os juros moratórias que são devidos sobre imposto na fonte não recolhido no prazo legal."

Outras manifestações da jurisprudência administrativa estão indicadas no recurso e no aresto recorrido, como os Ac. 101-92.418, de 12/11/98, Unânime, Rel Cons. Celso Alves Feitosa e o Ac. 103-20.172, de 08/12/99, unânime, Rei. Cons. Neicyr de Almeida.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou em diversas oportunidades sobre a matéria, no sentido da intransferibilidade da sanção ao sucessor.

Além do RE n° 90.834-O-M.G., Rel. Ministro Djaci Falcão, citado na obra de Ives Gandra da Silva Martins, com transcrição da ementa do julgado, outros acórdãos da Suprema Corte perfilaram o entendimento desse aresto, como, por exemplo: n°. RE n° 82.754-SP, Min. Antônio Néder, "in" RTJ n° 98, pág. 733, figurando da sua ementa: "1. Código Tributário Nacional, art. 133. O Supremo Tribunal Federal sustenta o entendimento de que o sucessor é responsável pelos tributos pertinentes ao fundo ou estabelecimento adquirido, não, porém pela multa que, mesmo de natureza tributária, tem o caráter punitivo"; RE n° 85.435-SP, "in" DJ de 03/09/76; AgReg-Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n° 64.622-SP, "in" DJ de 13/02/76, Rel. Min. Rodrigues Alckmin; e RE 83.514-SP-Rel. Ministro Eloy da Rocha, "in" RTJ 82-02.

Nesses arestos prevalece o entendimento de que a multa fiscal punitiva não se transfere ao sucessor.

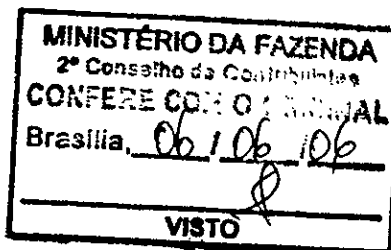
Não questiono que as multas punitivas tributárias transferem-se para o sucessor, quando lá Integrarem o passivo da empresa sucedida, antes da sucessão. Vale dizer, que foram lançadas antes do ato sucessório, porque aí, sim, já configurava um passivo da pessoa jurídica e que, nessa qualidade se transfere ao sucessor.

A pena tem que ser aplicada a quem praticou a infração que lhe deu causa, ou seja, à pessoa jurídica sucedida e não à pessoa jurídica sucessora. Daí, a jurisprudência administrativa entender que sua aplicação deve preceder ao ato sucessório para que a pessoa jurídica sucessora seja alcançada.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 11080.005812/2001-12
Recurso n° : 126.276
Acórdão n° : 203-10.833



2º CC-MF
Fl.

(...)

O saudoso jurista Aliomar Baleeiro, em seu livro Direito Tributário Brasileiro, adotou essa posição para concluir pela transferência da penalidade para a sucedida. E com base nesse argumento algumas decisões foram proferidas. No entanto, após melhor exame, na qualidade de julgador, como Ministro do Supremo Tribunal Federal, no voto proferido no RE 77.476, "in" RTJ 74/142-143, mudou o seu conceito, reconhecendo que a melhor interpretação estava com a corrente contrária à sua:

Na oportunidade disse:

"É admissível também uma interpretação larga, apesar de o art. 133 mencionar apenas "tributos", sem mencionar multas. Eu próprio já me inclinei a aceitá-la, embora hoje não me pareça a melhor."

A lição de Zelmo Danari, em seu livro Solidariedade e Sucessão Tributária, Saraiva, São Paulo, 1977, mencionada no recurso, refere-se a outros dispositivos do Capítulo V do CTN, pertinente a responsabilidade tributária, e não ao art. 132, inserto na Seção II, que trata da responsabilidade dos sócios. É certo também que os excertos dessa obra, referem-se aos arts. 136, 137 e 138, mas nunca ao art. 132, específico para a hipótese dos autos.

O Resp 32.967 - Rio Grande do Sul (1993/0006690-0) trata de multa moratória e não punitiva, tendo a relatora Ministra Eliana Calmon, aplicado o entendimento do STJ de que "O sucessor tributário é responsável pela multa moratória, aplicada antes da sucessão". (Resp n. 3097/RS; Rel. Min. Garcia Vieira, DJ 1/11190). Em seu voto, a relatora, esclarece que, 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. Demonstrando sua assertiva, transcreve excerto da obra de Luiz Alberto Gurgel de Faria, em "Código Tributário Nacional Comentado, Editora Revista dos Tribunais, nesse sentido, que diz:

"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."

O citado autor é pela continuidade das multas já aplicadas, como se observa da transcrição. E isso porque já integravam o passivo da empresa, antes da sucessão. A multa fora lançada anteriormente e já constituía crédito tributário.

Esse entendimento do autor e da Ministra Eliana Calmon é exatamente o adotado pela jurisprudência administrativa, como se verifica dos Aç. n° 102-102-17.285, 101-92.418, 103-20.172, já citados, dentre outros.

Há de se observar, a possível probabilidade de os sócios da empresa incorporadora serem os mesmos da incorporada. Digo possível porque este fato não foi levantado pela fiscalização e nada consta dos autos. Mesmo assim, apenas para argumentar, em havendo identidade de sócios não seria diferente o entendimento desta Conselheira, eis que só seria suficiente para a transferência da penalidade se fosse o caso de conluio ou fraude, cujo objetivo pode ser, exatamente, livrar a pessoa jurídica de penalidades. Não é



Processo nº : 11080.005812/2001-12
Recurso nº : 126.276
Acórdão nº : 203-10.833

caso em tela, contudo, já que a multa aplicada foi a de 75%, sem a qualificação própria das condutas dolosas.

Desse modo, em razão da sucessão ocorrida, a multa punitiva de 75% não pode ser exigida da recorrente, tendo em vista que, nos termos do art. 132 do CTN, não tem ela responsabilidade pelos atos praticados pelo antigo sujeito passivo.

No que diz respeito aos juros, inexistindo depósito, os mesmos são sempre devidos, conforme jurisprudência firme dos Conselhos de Contribuintes. Em verdade, o Fisco exige ou paga ao contribuinte aquilo que a União paga para tal captação. Nesse sentido, "os juros" são devidos por representar remuneração do capital, que permaneceu à disposição da empresa, e não guardar natureza de sanção.

Conclusão

Enfim, diante de todo o acima exposto, voto no sentido de não conhecer em parte do recurso por opção à via judicial. Na parte conhecida dar provimento parcial para apenas excluir a multa de ofício em face da sucessão ocorrida.

Sala das Sessões, em 28 de março de 2006.


MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ

