



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 11176.000319/2007-24
Recurso nº 254.474 Voluntário
Acórdão nº 2803-00.113 – 3ª Turma Especial
Sessão de 09 de junho de 2010
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS EM GERAL
Recorrente SPERAFICO AGROINDUSTRIAL LTDA - SPERAFICO MOINHOS LTDA.
Recorrida DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE JULGAMENTO EM CURITIBA-PR.

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Data do fato gerador: 29/08/2006

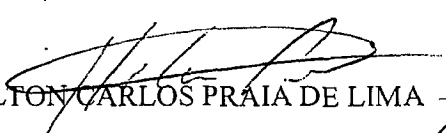
DECADÊNCIA PARCIAL. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. MULTA PUNITIVA. IMPOSIÇÃO À EMPRESA SUCESSORA. IMPOSSIBILIDADE. INFRAÇÃO. PRÁTICA ANTERIOR AO ATO DE INCORPORAÇÃO. LANÇAMENTO POSTERIOR À INCORPORAÇÃO. DIVERSIDADE DE PESSOAS JURÍDICAS.

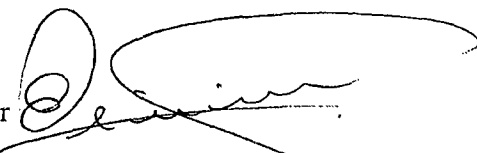
Recurso Voluntário Provido em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Turma Especial da Segunda Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do(a) relator(a). O Conselheiro Gustavo Vettorato declarou-se impedido de votar.


HELTON CARLOS PRAIA DE LIMA – Presidente


EDUARDO DE OLIVEIRA - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Eduardo de Oliveira, Oseas Coimbra Júnior, Carolina Siqueira Monteiro de Andrade, Vera Kempers de Moraes Abreu (suplente), Gustavo Vettorato e Helton Carlos Praia de Lima (presidente).

Relatório

Trata-se no presente processo de Auto de Infração – AI, com período de apuração de 05/1999 a 05/2006, conforme Mandado de Procedimento Fiscal – MPF, de fls. 85 e 86 – em face de Speráfico Moinhos Ltda e do MPF, de fls. 90, período de apuração de 05/1999 a 06/2006, em nome de Speráfico Agroindustrial Ltda.

O crédito fiscal foi constituído, em 29/08/2006, data em que o contribuinte tomou conhecimento do lançamento, conforme, assinatura aposta, as fls. 01, folha de rosto do AI.

O sujeito passivo impugnou o crédito, em 12/09/2006, conforme consta, as fls. 235, peça preambular de defesa.

A defesa foi juntada, as fls. 235 a 244, e foi acompanhada dos documentos, de fls. 245 a 257, sendo esta considerada tempestiva, fls 260 e 261.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Curitiba - PR proferiu o Acórdão nº 06-15.051 - 7ª Turma, em 16/08/2007, fls. 262 a 270, no qual manteve o crédito fiscal em sua integralidade.

A impugnante foi cientificada do acórdão, em 05/09/2007, AR, de fls. 275.

A empresa apresentou o Recurso Voluntário, as fls. 280 a 292, estando as razões recursais assim resumidas.

- Que o presente auto é decorrente da lavratura do crédito fiscal NFLD 35.917.196-6; PAF 35201.000399/2007-21, no qual foi desconsiderada a personalidade jurídica da empresa Plasma Industrial Ltda e imputada tal responsabilidade a empresa Speráfico Moinhos e depois a Speráfico Agroindustrial Ltda por sucessão tributária;
- Que os trabalhadores eram terceirizados e funcionários da Plasma e que a autoridade fiscal caracterizou a personalidade e não-eventualidade, apenas em razão da presença física dos trabalhadores em seu estabelecimento, mas que a presença física não justifica tal enquadramento, pois há um contrato de prestação de serviços entre as empresas;
- Que a autoridade fiscal não tem competência para promover desconsideração da personalidade jurídica que tal mister é atribuição específica do poder judiciário, conforme artigo 50 da Lei 10.406/2002;
- Que a desconsideração nos moldes realizados não observa o princípio da legalidade, do devido processo legal e do contraditório;
- Que o artigo 142 do CTN dá a autoridade fiscal poder de identificar o sujeito passivo da relação jurídico tributária, cabendo tal identificação ao contribuinte ou responsável;
- Que o auto é nulo, pois é ato administrativo maculado pela incorreta identificação do sujeito passivo, assim como é nula a decisão

a quo, pois apenas remeteu-se ao decidido nos autos do DEBCAD 35.917.196-6, não enfrentando os fundamentos que motivaram a aplicação da multa;

- Que a multa é descabida e que não pode ser exigida da ora recorrente, pois o crédito tributário não existia, quando a suposta infratora foi incorporada pela recorrente;
- Que pelo artigo 132 do CTN a incorporadora só é responsável por tributos da incorporada e não por débitos decorrentes de sanção, transcrevendo doutrina e jurisprudência, neste sentido, inclusive, do 1º e 2º CC;
- Finalizando pede: a) nulidade do auto; b) inaplicabilidade da multa em razão da recorrente.

É o relatório.

Voto

Conselheiro EDUARDO DE OLIVEIRA, Relator

O presente recurso foi interposto tempestivamente, haja vista que o contribuinte foi cientificado do Acórdão de primeiro grau, em 05/09/2007, AR, fls. 275, e protocolizou o Recurso Voluntário, em 04/10/2007, fls. 280. Não houve o depósito recursal, conforme consta nos despachos, de fls. 310 e 312, bem como não há nos autos notícia de que a empresa encontra-se amparada por decisão judicial que determine o recebimento e prosseguimento do recurso sem o depósito. No entanto, entendo que estão presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso.

A tempestividade já foi claramente demonstrada em razão das datas de cientificação e interposição do recurso. Quanto ao depósito recursal, ainda, que necessário a época da impetração, hoje este não mais vige, uma vez que revogado pela MP 413/2008, convertida na Lei 11.727/2008. Ainda, que se alegue que tal condição deva ser averiguada tendo como marco a data da interposição do recurso, tenho para mim que tal exigência estava com os dias contados, basta ver a ADIN 1976-7, que exclui do Decreto 70.235/72, tal exigência, acrescentada pela Lei 10.522/2002. Neste diapasão temos, também, a Súmula Vinculante nº 21 do STF, ou seja, se não tivesse sido revogado tal depósito na seara previdenciária, fatalmente este acabaria declarado inconstitucional, sendo inexigível desde a origem. Não fosse esses argumentos suficientes o Regimento Interno do CARF Portaria MF 256/2009, em seu artigo 62, parágrafo único, inciso I, do Anexo II, estabelece que:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:



I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Assim, temos no caso a possibilidade do afastamento desta exigência, uma vez que em RE, conforme abaixo transcrito o STF já havia reconhecido a inconstitucionalidade do artigo 126, §§ 1º e 2º, da Lei 8.213/91, senão vejamos:

RECURSO ADMINISTRATIVO - DEPÓSITO - §§ 1º E 2º DO ARTIGO 126 DA LEI Nº 8.213/1991 - INCONSTITUCIONALIDADE. A garantia constitucional da ampla defesa afasta a exigência do depósito como pressuposto de admissibilidade de recurso administrativo.

(RE 389383, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 28/03/2007, DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ 29-06-2007 PP-00031 EMENT VOL-02282-08 PP-01625 RDDT n. 144, 2007, p. 235-236.

(grifos do subscritor).

Tal decisão transitou em julgado em 14/09/2007, conforme resumo de andamento do processo, consultado no site do STF. Desta forma, e tendo em vista os princípios da isonomia e da segurança jurídica admito o presente recurso.

Inicialmente, a de se reconhecer a decadência de parte das faltas que dão fundamento ao crédito representado pelo auto de infração, uma vez que este foi lançado, em 29/08/2006, fls. 01, estando ele composto pelas infrações, abaixo listadas, conforme fls. 04:

SEGURADO	COMP. INICIAL	COMP. FINAL	EMPRESA	SITUAÇÃO FINAL
Zélia Salete Nesello Johann	05/1999	12/2003	Speráfico Moinhos Ltda	EXCLUIR – COMO FUNDAMENTO
Zélia Salete Nesello Johann	01/2004	06/2006	Speráfico Agroindustrial Ltda	MANter – COMO INFRAÇÃO
Adenir Nesello	09/2000	12/2003	Speráfico Moinhos Ltda	EXCLUIR – COMO FUNDAMENTO
Adenir Nesello	01/2004	06/2006	Speráfico Agroindustrial Ltda	MANter – COMO INFRAÇÃO
Denise Cristina Barp	08/2000	11/2000	Speráfico Moinhos Ltda	EXCLUIR – COMO INFRAÇÃO
Dulce Spindola Nesello	08/2000	11/2000	Speráfico Moinhos Ltda	EXCLUIR – COMO INFRAÇÃO



Erondino Vellozo da Silva	11/2000	12/2000	Speráfico Moinhos Ltda	EXCLUIR – COMO INFRAÇÃO
---------------------------	---------	---------	------------------------	-------------------------------

Assim sendo, as competências anteriores a 11/2000, inclusive, estão decadentes. Pois 12/2000 só vence em 03/01/2001 e desta forma o primeiro dia do exercício seguinte para esta competência seria 01/01/2002 e está só decairia em 31/12/2006. Desta forma, as competências de 12/2000 em diante estão hígidas e fundamentam a aplicação da multa. Tudo de acordo com a incidência da Súmula Vinculante nº 08 do STF, do artigo 103-A, da CF/88 e do artigo 173, I, da Lei 5.172/66 – CTN.

Passo ao mérito recursal propriamente dito.

No que tange a alegação de nulidade da autuação em razão da desconsideração da personalidade jurídica da empresa Plasma, que tal atitude é exclusividade do poder judiciário, que foi incorretamente fixado o sujeito passivo e de que a presença física dos trabalhadores de uma empresa em outra não os tornam funcionários desta, pois justificado por contrato de prestação de serviços entre as empresas, bem como de que a decisão de primeiro grau é nula por falta de fundamentação ao valer-se do que foi decidido em outro processo sem enfrentar o mérito da impugnação. Tenho todos por improcedentes, conforme observa-se dos textos transcritos abaixo:

Pode-se afirmar, diante do que foi considerado, que o art. 50 do novo Código Civil não é necessário, mas é útil à autoridade fiscal no momento de constituir, em certas circunstâncias, o crédito tributário. Não é necessário porque a autoridade pode apurar o crédito tributário contra o contribuinte em sentido estrito (com fundamento nos arts. 121, parágrafo único, inciso I, 142 e 149, inciso VII do CTN) ou contra o responsável (com fundamento nos arts. 121, parágrafo único, inciso II, 135 e 142 do CTN). É útil porque confirma, para a ordem jurídica brasileira como um todo e para o direito tributário em particular, a possibilidade da desconsideração ou afastamento da personalidade jurídica.

CASTRO, Aldemario Araujo. Aplicação no Direito Tributário da desconsideração da personalidade jurídica prevista no novo Código Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1497, 7 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10234>>. Acesso em: 18 maio 2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ

AgRg no Ag 40784 / SP
AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
1993/0019796-7

Ementa

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL.



1. O APROVEITAMENTO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO EXAMINADA, DE ANTECIPADO CONVENCIMENTO PELOS LITIGANTES, TOMADOS POR "EMPRÉSTIMO" E SERVINDO DE FONTE PARA O CONHECIMENTO, NÃO DIFICULTA O CONTRADITÓRIO NEM O EXERCÍCIO DA AMPLA DEFESA, FICANDO INTANGIDOS OS PRINCÍPIOS DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS (ARTS. 5., LV, E 93, IX, C.F.).

2. NÃO INFIRMADA A DECISÃO REPTADA, HIRTA A SUA FUNDAMENTAÇÃO, A IRRESIGNAÇÃO NÃO MERECE PROSPERAR.

3. AGRAVO DESPROVIDO.

HC 34440 / SC - HABEAS CORPUS
2004/0039599-7

4. Não padece de ilegalidade a decisão que, ao decretar a quebra do sigilo bancário e fiscal e o seqüestro de bens, limita-se a ratificar os fundamentos constantes da decisão anterior.

5. O fato de a ação da qual se originou a decisão de quebra do sigilo e de seqüestro ter sido extinta não impede o aproveitamento das suas razões em decisão posterior relativa aos mesmos fatos e em face dos mesmos réus, sobretudo quando integralmente mantidas as respectivas determinações pela decisão que extinguiu o processo.

6. Ordem denegada.

Quanto a caracterização do vínculo empregatício a decisão a quo enfrentou o tema largamente, estando esta em consonância com a Súmula 331 do TST e com o nosso pensamento, não havendo razão para a reforma da decisão neste ponto.

Entretanto não posso dizer o mesmo quanto a alegação de descabimento da aplicação da multa à recorrente. O auto de infração, as fls. 04, conforme acima tabulado, é elucidativo no sentido de que este é constituído das competências 05/1999 a 12/2003, 01/2004 a 06/2006, independentemente do reconhecimento da decadência em parte do crédito.

Não se pode olvidar que o presente auto de infração objetiva a cobrança de multa punitiva por descumprimento de obrigação acessória e que nos termos do artigo 3º do CTN, sanção por ato ilícito não se constitui em tributo. Necessário se faz, ainda, lembrar o que diz o artigo 5º, inciso XLV, da CF/88, "nenhuma pena passará da pessoa do condenado,". O STJ vem interpretando tal regra com temperamentos ao admitir a aplicação da penalidade na situação do aresto transcrito:

REsp 1085071 / SP
RECURSO ESPECIAL
2008/0187767-4

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL EM EMBARGOS À
EXECUÇÃO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO
SUCESSOR EMPRESARIAL POR INFRAÇÕES DO

SUCEDIDO. ARTIGO 133 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. PRECEDENTES.

1. Em interpretação ao disposto no art. 133 do CTN, o STJ tem entendido que a responsabilidade tributária dos sucessores estende-se às multas impostas ao sucedido, sejam de natureza moratória ou punitiva, pois integram o patrimônio jurídico-material da sociedade empresarial sucedida.

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. É devida, pois, a multa, sem se fazer distinção se é de caráter moratório ou punitivo; é ela imposição decorrente do não-pagamento do tributo na época do vencimento" (REsp n. 592.007/RS, Rel. Min. José Delgado, DJ de 22/3/2004).

2. Recurso especial provido.(grifo nosso)

Aliás, a doutrina, também, pensa, assim, vejamos a citações contidas no texto de autoria de CASSES, Rafael Fiuza. Responsabilidade tributária: doutrina e jurisprudência acerca do tema. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 758, 1 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7085>>. Acesso em: 16 maio 2010. Citações estas das quais nos valeremos e que abaixo transcrevemos:

As palavras de Sacha Calmon auxiliam a compreensão do tema em análise, verbis:

"Torna-se imprescindível, todavia, fixar um ponto: a multa transferível é só aquela que integra o passivo da pessoa jurídica no momento da sucessão empresarial ou está em discussão (suspensa). Insistimos em que as nossas razões são axiológicas. É dizer, fundam-se em valores que julgamos superiores aos do Fisco em tema de penalidades. Nada têm a ver com as teorias objetivistas ou subjetivistas do ilícito fiscal.

Não faz sentido apurar-se infração ocorrida no pretérito e imputá-la a uma nova pessoa jurídica formal e institucionalmente diversa da que praticou a infração, sob a direção de outras pessoa naturais. (2001, p. 609)"

Nesse sentido, válidas são as lições de Pedro Martins Fernandes que se passa a transcrever:

"Se é certo que a obrigação tributária relativamente ao tributo (impostos, taxas e contribuição de melhoria) nasce no momento da ocorrência do respectivo fato gerador, e, portanto, se transmite ao sucessor quer o lançamento correspondente tenha sido efetuado antes ou após a sucessão, o mesmo não se pode dizer em relação à obrigação referente à penalidade aplicada.



Isto porque, a obrigação acessória, que deu origem à penalidade aplicada, no caso manter escrituração de acordo com as leis comerciais e fiscais, não tem fato gerador, como deixa claro o trecho a seguir transcrito, do Relatório apresentado pelo Prof. Rubens Gomes de Souza, aprovado pela Comissão Especial que elaborou o Projeto do Código Tributário Nacional (Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional, Ministério da Fazenda, p. 192): "89. O art. 82 (art. 114 do CTN), define o fato gerador da obrigação principal unicamente, posto que a figura não existe na obrigação acessória." (FERNANDES, 1988, p. 265)

Segundo o autor supracitado – Rafael Fiuza Casses - o próprio Conselho de Contribuintes já se pronunciou a respeito:

"RESPONSABILIDADE DO SUCESSOR. MULTA FISCAL. Créditos tributários a que se refere o art. 129 do CTN não compreendem, necessariamente, imposto e multa. Tampouco a expressão "tributos devidos" abrange a 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." (1º Conselho de Contribuintes, Ac 102-17285).

O contribuinte nas razões de seu recurso voluntário, também, transcreveu as ementas que constam a seguir:

"SUCESSÃO POR INCORPORAÇÃO ANTERIOR À LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO - RESPONSABILIDADE DO SUCESSOR - MULTA FISCAL PUNITIVA - INADMISSIBILIDADE --

Restando provado nos autos que o lançamento fiscal se consumou posteriormente à data da incorporação abarcando fatos tributáveis preexistentes ao ato sucessório - não há como acoimar a adquirente em oposição ao artigo 129 e seguintes do C.T.N".

1º Conselho — PAF 10830.003861/99-61. Acórdão 103-20172 — Rel. Neicyr de Almeida — Sessão de 8.12.1999.

"PIS-FATURAMENTO - LANÇAMENTO DE OFICIO.

Empresa sucessora. 1) Esta responde pela contribuição social devida pela empresa sucedida sobre receitas omitidas de seus registros fiscais, apuradas em exame fiscal, quando já operada a sucessão. 2) Incabível, entretanto, a multa de lançamento de ofício, vez que a responsabilidade da empresa incorporadora (a



Recorrente) cinge-se apenas ao tributo, nos termos do art. nº 132 do CTN, inadmissível na hipótese a interpretação extensiva da norma punitiva, em face do disposto no art. nº 121, parágrafo único do apontado CTN Recurso provido em parte".

2º Conselho — PAF 10768.027803188-90. Acórdão 201-68703 — Rel. Lino de Azevedo Mesquita — Sessão de 12.1.1993.

Os pensamentos acima expostos parecem concluir que só é possível imputar a responsabilidade a sucessora, quando a infração já tenha sido apurada e lançada pelo fisco antes do ato de sucessão, pois aí teremos que o efetivo (real) infrator foi apenado, passando o crédito fiscal a constituir dívida de valor e a integrar o passivo da sucedida, sendo que este passivo é ou deveria ser de conhecimento da sucessora por ocasião da realização do negócio jurídico, incorporação, assim sendo, transmitindo-se tal obrigação (débito) a nova pessoa jurídica.

Penso que os argumentos acima justificam a exclusão dos fundamentos que dão suporte ao Auto de Infração no período de 12/2000 a 12/2003, relativamente aos trabalhadores Zélia Salete Nesello Johann e Ademir Nesello, bem como para o trabalhador Erondino Velozo da Silva, relativamente a competência 12/2000, justifica a exclusão da infração, pois nestes períodos a falta fora praticada pela empresa Speráfico Moinhos Ltda – sucedida – e não poderia ser suportada pela sucessora Speráfico Agroindustrial Ltda.

Entretanto isso não ocorre para o período de 01/2004 a 06/2006, relativamente aos trabalhadores Zélia Salete Nesello Johann e Ademir Nesello, pois neste período estes já eram trabalhadores da Speráfico Agroindustrial Ltda, conforme, fls. 04, e, assim sendo, a falta foi praticada por esta empresa e por ela deve ser suportada.

Destarte, com esses argumentos e teses expostas acima voto por **CONHECER DO RECURSO** para no mérito **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL**, a fim de reconhecer de **ofício** a decadência dos fundamentos da infração anteriores a 11/2000, inclusive, bem como para determinar a exclusão deste Auto de Infração dos fundamentos justificadores da multa até a competência 12/2003, pois referente a prática de infração pela sucedida, mas para no restante do período 01/2004 a 06/2006 manter o crédito lançado e representado nos discutidos autos, devendo contudo a autoridade preparadora recalcular o valor do crédito, tendo em vista que o número de segurados não inscritos de cinco caiu para dois, conforme tabela acima – (situação final).

Sala das Sessões, 09 de junho de 2010.

EDUARDO DE OLIVEIRA - Relator

