



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

Processo n° 11176.000320/2007-59
Recurso n° 254.643 Voluntário
Acórdão n° 2803-00.352 – 3ª Turma Especial
Sessão de 19 de outubro 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: 25/08/2006

Lançamento contribuinte individual.

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

Crédito Tributário Exonerado.

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 ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado, 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 11/2003, pois referente a prática de infração realizada pela sucedida e que não pode ser imputada a sucessora, pois o crédito foi lançado após a incorporação. Sendo assim, o lançamento é considerado improcedente. Conselheiro Gustavo Vettorato se declarou impedido.


 HELTON CARLOS PRAIA DE LIMA - Presidente.


EDUARDO DE OLIVEIRA - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Eduardo de Oliveira, Oseas Coimbra Júnior, Carolina Siqueira Monteiro de Andrade, Amílcar Barca Teixeira Júnior, e Helton Carlos Praia de Lima (presidente).

Relatório

Trata-se no presente processo de Auto de Infração – AI, CFL.30, deixar de preparar folha de pagamento dentro dos padrões exigidos, com período de apuração de 05/1999 a 05/2006, conforme Mandado de Procedimento Fiscal – MPF, de fls. 187– em face de Speráfico Moinhos Ltda e do MPF, de fls. 192, 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. 334, peça preambular de defesa.

A defesa foi juntada, as fls. 334 a 343, e foi acompanhada dos documentos, de fls. 344 a 356, sendo esta considerada tempestiva, fls 358 a 360.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Curitiba - PR proferiu o Acórdão nº 06-15.052- 7ª Turma, em 16/08/2007, fls. 361 a 369, no qual manteve o crédito fiscal em sua integralidade.

A impugnante foi cientificada do acórdão, em 05/09/2007, AR, de fls. 374.

A empresa apresentou o Recurso Voluntário, as fls. 380, petição de interposição, acompanhada, das fls. 381 a 392, onde estão as razões recursais, que são 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 a Plasma Industrial foi constituída em 2000 e prestou serviços em 2001 a 2003 a Speráfico Moinhos e em 2004 e 2005 a Speráfico Agroindustrial – ora recorrente, sendo que em 2003 a Speráfico Moinhos foi incorporada pela Speráfico Agroindustrial;
- Que a ora recorrente figura no pólo passivo apenas por ter incorporado a Speráfico Moinhos;
- Que a recorrente não é devedora dos valores, sendo que a autoridade fiscal extrapolou sua competência;



- Que a autoridade fiscal não podia promover a desconsideração da personalidade jurídica de empresa regular e em funcionamento, bem como nos termos do artigo 132 do CTN a incorporadora só responde por tributos e não por multa punitiva.
- Que deixou de apreciar os argumentos da recorrente ao dizer que esses já foram amplamente debatidos em outros autos;
- Que os trabalhadores eram terceirizados e funcionários da Plasma e que a autoridade fiscal caracterizou a pessoalidade 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 o crédito está sendo exigido com base no artigo 129 do CTN, porém tal crédito não existia quando da ocorrência da incorporação, pois a penalidade só pode ser aplicada a incorporadora, se no momento da incorporação está já existisse, trazendo doutrina e jurisprudência a respeito, inclusive do antigo Conselho de Contribuintes;
- Finalizando pede: a) provimento do recurso; b) declarada a nulidade do auto; c) reconhecimento da inaplicabilidade da multa em razão da recorrente; d) extinção do crédito tributário.

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. 374, e protocolizou o Recurso Voluntário, em 04/10/2007, fls. 380.

Não houve o depósito recursal, conforme consta nos despachos, de fls. 409, 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 apresenta-se, 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, tem-se 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 listadas, as fls. 04 a 19.

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, no que toca a decadência. 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. Tal alegação é improcedente, conforme se observa do texto transcrito 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.

Entretanto não posso dizer o mesmo quanto a alegação de descabimento da aplicação da multa à recorrente. O auto de infração, as fls. 04 a 19, é elucidativo no sentido de que este é constituído das competências 05/1999 a 11/2003 e do décimo-terceiro salário dos anos de 1999 a 2001, para o estabelecimento 80.824.862/0001-22 e das competências 10/2000 a 03/2001 e 10/2002 para o estabelecimento 80.824.862/0004-75. Aliás, o Relatório Fiscal da Infração, de fls. 04, também confirma este elemento, 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 ESPECIAL2008/0187767-4

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, veja-se as 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 me valho e que abaixo transcrevo:

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 tributaria, 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 OFÍCIO.

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. n.º 132 do CTN, inadmissível na hipótese a interpretação extensiva da norma punitiva, em face do disposto no art. n.º 121, parágrafo único do apontado CTN Recurso provido em parte". 2.º Conselho — PAF 10768.027803188-90. Acórdão 201-68703 — Rel. Lino de Azevedo Mesquita — Sessão de 12.1.1993.

Os pensamentos acima expostos concluem 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 se terá 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.

Expostos os argumentos acima justifica-se a exclusão dos fundamentos que dão suporte ao Auto de Infração no período sobejante de 12/2000 a 11/2003, sendo que a protocolo de intenção da incorporação se deu em 12/2003.

Destarte, com esses argumentos e teses colacionados acima voto por CONHECER DO RECURSO para no mérito **DAR-LHE PROVIMENTO TOTAL**, 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 11/2003, pois referente a prática de infração realizada pela sucedida e que não pode ser imputada a sucessora, pois o crédito foi lançado após a incorporação. Sendo assim, o lançamento é considerado improcedente.

Sala das Sessões, em 19 de outubro de 2010


EDUARDO DE OLIVEIRA - Relator