



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

Processo nº 13523.000296/2004-43
Recurso nº 255.683 Embargos
Acórdão nº **3402-001.157 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 1º de junho de 2011
Matéria EMBARGOS DECLARATÓRIOS - OMISSÃO - DECADÊNCIA - EFEITO INFRINGENTE
Embargante BRAGA DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA.
Interessado DRJ SALVADOR - BA

EMBARGOS DECLARATÓRIOS – OMISSÃO NA FUNDAMENTAÇÃO – DECADÊNCIA – ACOLHIMENTO PARCIAL DOS EMBARGOS COM EFEITOS INFRINGENTES.

Embora incorrendo omissão no acórdão sobre questão suscitada em primeira instância mas não reeditada no recurso, sendo a decadência matéria de ordem pública, que pode ser reconhecida de ofício e a qualquer tempo pelas instâncias ordinárias de primeiro e segundo graus, tal como unisonamente reconhecem a Doutrina e a Jurisprudência, os Embargos Declaratórios devem ser conhecidos, porém rejeitados por ausência de prova de antecipação do recolhimento (art. 62-A do RICARF), com ressalva da posição pessoal do relator.

EMBARGOS DECLARATÓRIOS - LIMITES –

Não pode ser conhecido o pedido do sujeito passivo na parte que, a pretexto de retificar o acórdão, pretende substituir a decisão recorrida por outra, com revisão do mérito do julgado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, conheceu-se e rejeitou-se os embargos, nos termos do Relator.

NAYRA BASTOS MANATTA

Presidente

FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Júlio César Alves Ramos, João Carlos Cassuli Junior, Sílvia de Brito Oliveira e Angela Sartori presentes à sessão.

Relatório

Trata-se de Embargos Declaratórios (fls. 927/929) interpostos pela contribuinte, com fundamento no art. 64, inc. I do RICC por **suposta omissão** no v. Acórdão nº 3402-00.486 exarado por esta 2ª Turma da 4ª Câmara da 3ª Seção do CARF (fls. 916/918) de minha relatoria em sede de Recurso Voluntário (fls. 833/839) que, em sessão de 17/03/10, por unanimidade de votos, negou provimento ao recurso nos termos do voto do relator, aos fundamentos sintetizados na ementa e súmula, nos seguintes termos:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 03/10/1199 a 30/06/2004

PAF RECURSO DE OFÍCIO SUCUMBÊNCIA INFERIOR À ALÇADA REGIMENTAL.. COISA JULGADA ADMINISTRATIVA

Embora tenha havido sucumbência parcial da Fazenda Pública, relativamente ao cancelamento das exigências de PIS e COFINS, multa e acréscimos proporcionais, sendo o valor da sucumbência inferior ao limite de alçada, e portanto incabível o Recurso de Ofício, opera-se a coisa julgada administrativa em relação às referidas matérias

SUCCESSÃO. RESPONSABILIDADE.

O contrato de alienação de fundo de comércio ou estabelecimento comercial só produz efeitos quanto a terceiros, entre estes o Fisco, depois de averbado no Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais, nos expressos termos artigo 1.144 do novo Código Civil.

Recurso Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Nayra Bastos Manatta - Presidenta

Fernando Luiz da Gama Lobo D'E'rça – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Júlio César Alves Ramos, Ali Zraik limior, Sílvia de Brito Oliveira, Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça, Leonardo Siade Manzan e Nar a Bastos Manatta.”

A contribuinte requer sejam acolhidos os presentes “embargos declaratórios, atribuindo-lhes efeitos modificativos, para: a) Suprir a omissão apontada com o

pronunciamento sobre a decadência, excluindo-se, por consequência, da base de cálculo, os fatos geradores, correspondentes aos meses de Janeiro a Outubro de 1999; b) Explicitar o entendimento sobre a vigência dos artigos 133, I, e 118, I, do CTN, bem como sobre a subordinação da norma de direito público, à norma de direito civil, obscuras na decisão, o que deve levar à decretação da nulidade do lançamento, por erro na identificação do sujeito”.

É o relatório.

Voto

Conselheiro FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA, Relator

Os Embargos Declaratórios são tempestivos e merecem ser conhecidos e, no mérito não merecem parcial provimentos, com efeitos infringentes, apenas para reconhecer a decadência no período anterior a 12/11/99.

Relativamente à decadência verifica-se que embora não tenha ocorrido a alegada omissão - vez que a questão embora ventilada em primeira instância não foi reeditada em sede de recurso voluntário - sendo matéria de ordem publica, pode ser reconhecida de ofício e a qualquer tempo pelas instâncias ordinárias de primeiro e segundo graus, tal como unisonamente reconhecem a Doutrina (cf. Luciano Amaro in Direito Tributário Brasileiro, 12ª. Ed. Saraiva, 2006, pág. 401) e a Jurisprudência (cf. AC. da 1ª Turma do STJ no AgRg no REsp nº 1130314-SP, Reg. nº 2009/0146123-5, em sessão de 21/09/10, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, publ. in DJU de 28/09/10; cf. AC. da 2ª Turma do STJ no REsp nº 1082600-PR, Reg. nº 2008/0185333-7, em sessão de 03/03/09, Rel. Min. CASTRO MEIRA, publ. in DJU de 17/03/09).

Entretanto, a Jurisprudência recente do E. STJ, cuja aplicação se impõe nesta Corte Administrativa (cf. art. 62-A do RICARF), já assentou a aplicação do §4º do art. 150 do CTN somente se justifica na hipótese de comprovação do pagamento antecipado do tributo, como se pode ver da seguinte e elucidativa ementa:

“TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. SÓCIO COM NOME INSCRITO EM CDA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES EM RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA.

1. Está assentado na jurisprudência desta Corte que, nos casos em que não tiver havido o pagamento antecipado de tributo sujeito a lançamento por homologação, é de se aplicar o art. 173, inc. I, do Código Tributário Nacional (CTN). Isso porque a disciplina do art. 150, § 4º, do CTN estabelece a necessidade de antecipação do pagamento para fins de contagem do prazo decadencial. Precedente em recurso representativo de

controvérsia (REsp 973733/SC, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 18.9.2009).

(...)

3. Recurso especial parcialmente provido.” (cf. AC da 2ª Turma do STJ no REsp 1015907-RS, Reg. nº 2007/0299446-9, em sessão de 10/08/2010, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 10/09/10)

Portanto, no que toca à decadência, embora incorrendo omissão no acórdão sobre questão suscitada em primeira instância mas não reeditada no recurso voluntário, sendo a decadência matéria de ordem pública, que pode ser reconhecida de ofício e a qualquer tempo pelas instâncias ordinárias de primeiro e segundo grau, com a ressalva de meu entendimento pessoal contrário à Jurisprudência do STJ, não vindo acompanhada da prova do pagamento antecipado do tributo sujeito ao lançamento por homologação, a alegação de decadência não pode ser acolhida com fulcro no art. 150, § 4º do CTN.

No que toca às demais questões (sobre a vigência dos artigos 133, I, e 118, I, do CTN) os Embargos Declaratórios não merecem provimento, ante a inoccorrência de qualquer contradição ou omissão na sua fundamentação.

De fato, depois de consignar expressamente que remanesciam em discussão apenas a questão da nulidade do lançamento por erro na identificação do sujeito passivo e ilegitimidade passiva do Recorrente, deduzida com base nos arts 118, 123, 126, inc. III, 127, 133, inc. I e 142 do CTN, e que constituía a única questão levantada no Recurso, o voto condutor conclui que:

“Nessa matéria entendo que deva ser mantida a r. decisão recorrida que rebate com vantagem as objeções levantadas no Recurso, e que, por amor à brevidade transcrevo e adoto como razões de decidir, nos seguintes termos:

“Preliminarmente, a impugnante alega ter havido erro na identificação do sujeito passivo, ensejando a nulidade absoluta do auto de infração.

Ela descreve que foi sucedida pela empresa FRATELLI VITA BEBIDAS LTDA. (CNPJ 73.626.293/0001-96), que teria adquirido seu fundo de comércio e passado a explorar, no mesmo local, a venda e distribuição de bebidas. Essa alienação de fundo de comércio teria ocorrido em 25/08/2004, portanto em data anterior à lavratura do auto de infração, e que por isso ela, BRAGA DISTRIBUIDORA LTDA., não poderia ter sido elencada no pólo passivo da ação.

Informa ainda a impugnante que após essa alienação do fundo de comércio encerrou suas atividades, passando a existir apenas formalmente.

Para embasar sua alegação, apresenta cópias dos seguintes documentos: Comprovante de inscrição e de situação cadastral da Fratelli Vita Bebidas Ltda. (fl. 352), Distrato de contrato de revenda e distribuição de bebidas (fls. 354/359) e Nota fiscal da Fratelli Vita de venda de bebidas (fl. 373).

Inicialmente se faz necessário salientar que a documentação apresentada não está completa ou, pelo menos, não é clara na elucidação dos fatos que teriam ocorrido à época.

Veja-se o "Distrato de contrato de revenda e distribuição de bebidas": a Braga Distribuidora se compromete a entregar a área de atendimento, os ativos físicos (refrigeradores, móveis e cascos/garrafas) e o cadastro de clientes à COMPANHIA BRASILEIRA DE BEBIDAS —FILIAL BRASÍLIA (CNPJ 60.522.000/0030-18), em troca de determinada quantia.

Portanto, ainda que se assuma esse distrato como uma alienação de fundo de comércio, ele não faz o vínculo da Braga Distribuidora, ora impugnante, com a empresa Fratelli Vita, declinada na peça impugnatória como a sucessora que teria adquirido o fundo de comércio.

Mas passe-se adiante na análise do caso. Ainda que se tome a empresa Fratelli Vita como sucessora, o que se admite aqui apenas para argumentar, a nulidade do lançamento não estaria demonstrada nos autos do processo.

Citado na defesa, veja-se o que dita o artigo 133 do Código Tributário Nacional:

Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração,, sob a mesma ou outra razão social ou. sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:

I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

II - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão. (grifo do relator)

Ou seja, a empresa que adquirir um estabelecimento comercial e continuar a exploração do negócio responde integralmente pelos tributos devidos até a data do ato, caso o alienante se retire da atividade.

O fundamental nesta análise é saber o que considerar como sendo "a data do ato": a data do contrato de alienação ou a data em que este se torna público?

Relembre-se aqui algumas datas importantes do procedimento fiscal: a fiscalização teve início em 06/01/2004 (fls. 52 e 427) e se encerrou com o lançamento de ofício em 12/11/2004. A alienação do estabelecimento teria ocorrido em 25/08/2004. Não consta, todavia, entre a data da alienação e a data do lançamento nenhuma alteração cadastral da impugnante junto à

Receita Federal (a primeira alteração vem a ocorrer apenas em 2005)

Veja-se ainda o que traz o artigo 1.144 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, conhecida como o novo Código Civil:

Art. 1.144. O contrato que tenha por objeto a alienação, o usufruto ou arrendamento do estabelecimento, só produzirá efeitos quanto a terceiros depois de averbado à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis, e de publicado na imprensa oficial. (grifo do relator)

Da inteligência do artigo acima se extrai a única conclusão lógica possível: a alienação do estabelecimento só pode produzir efeitos contra terceiros (aqui incluído o Fisco) após tornar-se público através das formalidades previstas em lei.

Com isso buscou o legislador proteger os terceiros que transacionassem ou interagissem com as partes. Para compreender melhor a importância dessa previsão legal, analise-se o seguinte exemplo: a empresa "A" é sucedida pela empresa "B", que compra seu estabelecimento comercial. O negócio é fechado em uma data, mas não se torna público com as formalidades previstas em lei. Logo depois, o Fisco (terceiro) apura irregularidades no estabelecimento e pretende a cobrança de tributos. A empresa "A" julgará que não mais pode figurar no pólo passivo da ação, pois fechou negócio de sucessão antes da cobrança do Fisco. A empresa "B", por sua vez, julgará que um auto de infração só poderá ser lavrado contra ela após a sucessão se concluir através das formalidades previstas na lei. Caso ambas as teses fossem consideradas válidas, qualquer lançamento, seja contra a empresa "A", seja contra a empresa "B", seria julgado nulo.

Teria-se então, neste exemplo, a absurda situação de um intervalo de tempo, entre a celebração do negócio e a publicidade do negócio, em que ninguém seria responsável pelos créditos tributários. Tal entendimento não pode prosperar à luz do Direito, ficando claro que apenas a hipótese de validade prevista em lei pode ser admitida.

Retorne-se ao caso concreto deste processo. O tal "Distrato de contrato de revenda e distribuição de bebidas" apresentado pela impugnante se trata apenas de um acordo entre partes. Não há no processo nenhum elemento que comprove que tal ato tenha se tornado público e oponível ao Fisco antes do lançamento de ofício, de forma que não resta demonstrado que o auto de infração seja nulo.”,

*Isto posto, voto no sentido de **NEGAR** ao **Recurso Voluntário**, para manter a r. decisão recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.”*

É suficiente confrontar os fundamentos do v. Acórdão ora embargado com os argumentos supostamente omitidos, para constatar que, ao contrário do que aduz a ora embargante, na realidade referidos argumentos acham-se examinados e devidamente repelidos.

Inexistindo omissão, obscuridade ou contradição a sanar, verifica-se que os Declaratórios apresentam caráter nitidamente infringente, razão pela qual nesta matéria devem ser rejeitados, tal como proclamado pela Jurisprudência Administrativa e se pode ver das seguintes e elucidativas ementas:

“PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - PRESSUPOSTOS - Devem ser rejeitados os Embargos de Declaração interpostos pelo sujeito passivo, quando não demonstrados os pressupostos do art. 27 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, ante a inexistência de dúvida, contradição ou necessidade de suprir omissão constante do julgado recorrido.

EMBARGOS DECLARATÓRIOS - LIMITES - Não pode ser conhecido o pedido do sujeito passivo na parte que, a pretexto de retificar o acórdão, pretende substituir a decisão recorrida por outra, com revisão do mérito do julgado. Embargos de declaração rejeitados.” (cf. Acórdão 108-05339, Rec. nº 114572, Proc. nº 10935.000705/96-28, em sessão de 22/09/1998, Rel. Cons. Maria do Carmo Soares Rodrigues de Carvalho)

Isto posto, voto no sentido de conhecer dos Embargos Declaratórios, e no mérito rejeitá-los por ausência dos pressupostos legais ao seu acolhimento.

É como voto

Sala das Sessões, em 1º de junho de 2011.

FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA