



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13921.000188/2001-35
Recurso nº : 126.274
Acórdão nº : 201-78.224

MIN DA FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 20 / 04 / 05
k
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Recorrente : **USINA DE BENEFICIAMENTO DE LEITE LATCO LTDA.**
Recorrida : **DRJ em Curitiba - PR**

NORMAS PROCESSUAIS. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

À luz do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, é defeso a este Colegiado afastar lei vigente ao argumento de sua inconstitucionalidade.

COFINS. BASE DE CÁLCULO.

O ICMS integra o valor da mercadoria e, por conseguinte, o faturamento da empresa, razão porque deve ser incluído na base de cálculo da Cofins, cujas exclusões devem estar expressamente previstas em lei.

MULTA DE OFÍCIO. SUCESSÃO DE SÓCIOS.

Não se caracteriza uma sucessão de sujeito passivo a simples substituição de sócios da empresa se a pessoa jurídica permanece a mesma, de forma que é legítima a cobrança da multa de ofício.

ÔNUS DA PROVA.

Para comprovar que determinados valores não deveriam integrar a base de cálculo da contribuição em comento, deveria a recorrente fazer prova, mediante sua escrita contábil e fiscal, de que tais valores foram erroneamente considerados na aludida base de cálculo.

Recurso negado.



Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por **USINA DE BENEFICIAMENTO DE LEITE LATCO LTDA.**

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.**

Sala das Sessões, em 23 de fevereiro de 2005.

Josefa Maria Coelho Marques
Josefa Maria Coelho Marques
Presidente

Adriana Gomes Rego Galvão
Adriana Gomes Rego Galvão
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antonio Mario de Abreu Pinto, Antonio Carlos Atulim, Sérgio Gomes Velloso, José Antonio Francisco e Gustavo Vieira de Melo Monteiro.

Ausente o Conselheiro Rogério Gustavo Dreyer.



Processo nº : 13921.000188/2001-35
Recurso nº : 126.274
Acórdão nº : 201-78.224

Recorrente : USINA DE BENEFICIAMENTO DE LEITE LATCO LTDA.

RELATÓRIO

Usina de Beneficiamento de Leite Latco Ltda., devidamente qualificada nos autos, recorre a este Colegiado, através do Recurso de fls. 378/407, contra o Acórdão nº 5.274, de 7/1/2004, prolatado pela 3ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba - PR, fls. 357/372, que julgou procedente o lançamento consubstanciado no auto de infração de Cofins, fls. 145/151, relativo a fatos geradores ocorridos entre 31/5/98 e 31/12/99.

Do Termo de Verificação Fiscal, fls. 153/155, consta que o lançamento decorreu do confronto entre os livros Razão e Demonstrativos de Resultados apresentados pela recorrente com os valores pagos e declarados, observando o disposto na Lei Complementar nº 70/91, bem assim na Lei nº 9.718/98.

Tempestivamente a contribuinte insurge-se contra a exigência fiscal, conforme impugnação às fls. 158/203, sintetizada pela decisão recorrida nos seguintes termos:

"5.1 há inconstitucionalidade na cobrança de juros de mora à taxa SELIC, tendo em vista que não pode ser ultrapassado o limite de 1% ao mês estatuído, para a referida cobrança, no art. 161 do Código Tributário Nacional (CTN) e também porque a SELIC não constitui juros de mora, mas sim, fator de remuneração de capital.

5.2 há também incompatibilidade de aplicação dos artigos 2º, 3º e 8º, da Lei n.º 9.718/1998 com relação às disposições contidas na Lei Complementar n.º 70/1991, haja vista que a lei ordinária não pode modificar o valor da alíquota previsto pela lei complementar e o próprio conceito de faturamento definido no direito privado, a ponto de malferir as regras contidas no art. 110 do CTN.

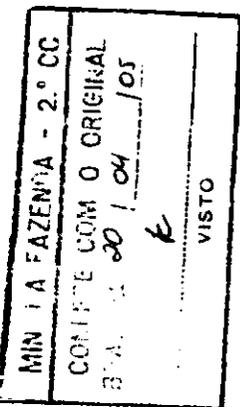
5.3 não obstante referidas ilegalidades formais, a citada lei ordinária fere notadamente o princípio constitucional da igualdade, de vez que a teor do art. 8º, §§ 1º e 2º, inciso I, foi conferido às pessoas jurídicas o direito de compensação da COFINS com a CSLL e, portanto, dessume-se que as empresas com prejuízos fiscais apurados, evidentemente, terão que suportar maiores encargos pelo pagamento da COFINS, diferentemente daqueles que obtiveram lucros e poderão utilizar-se do permissivo da compensação em comento.

5.4 no mesmo, plano, é igualmente inconstitucional a aplicação dos artigos 2º, 3º, e 8º, da Lei n.º 9.718/1998, pois a instituição da receita bruta de forma genérica como base de incidência da COFINS afronta disposição contida no inciso I do art. 195 da Carta da República, segundo a qual a contribuição deve ser apurada sobre o faturamento.

5.5 à luz do que prescreve o art. 133 do CTN, o contribuinte, no caso em tela, é responsável apenas pelo pagamento de tributos, não lhe cabendo responder pelo pagamento de multas relativas ao período que vai de maio de 1998 até setembro de 1999, visto que, apenas em 30 de setembro de 1999, o sujeito passivo sucedeu aos antigos sócios da pessoa jurídica autuada.

5.6 em face do disposto no art. 2º da Lei Complementar n.º 70/1991, segundo o qual o IPI, quando destacado em separado no documento fiscal, não integra a base de cálculo

deu





Processo nº : 13921.000188/2001-35
Recurso nº : 126.274
Acórdão nº : 201-78.224

da COFINS, não há como o fisco exigir que o ICMS integre a base de cálculo da referida contribuição.

5.7 ademais disso, no que concerne à base tributável apurada pelo fisco, a autoridade autuante procedeu ao lançamento, nos meses de outubro e de novembro de 1999, apurando os valores de R\$253.382,06 e R\$274.769,59, quando, na realidade, a base de incidência corresponde, respectivamente, a R\$240.636,00 e R\$55.491,40, conforme demonstram as cópias do Livro de Registro de Saídas (sic), acostadas juntamente com a peça impugnatória.

5.8 outrossim, não foram excluídos da base de cálculo da exação os valores concernentes a vendas do ativo imobilizado, vendas com descontos a qualquer título, devoluções e transferências de mercadorias, cujas notas fiscais foram colacionadas pela defesa ao presente processo.

5.9 requer, finalmente, que sejam acolhidas suas contra-razões preliminares e que, no mérito, o auto de infração seja cancelado, em face das inconsistências apontadas."

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba - PR manteve o lançamento, conforme o Acórdão citado, cuja ementa apresenta o seguinte teor:

"Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/05/1998 a 31/10/1999, 01/12/1999 a 31/12/1999

Ementa: INCONSTITUCIONALIDADE. ARGÜIÇÃO. ESFERA ADMINISTRATIVA. INCABIMENTO.

O exame da legalidade e da constitucionalidade de normas legitimamente inseridas no ordenamento jurídico nacional compete ao poder judiciário, restando inócua e incabível qualquer discussão, nesse sentido, na esfera administrativa.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

Os tributos impagos à data do vencimento devem ter o seu valor acrescido de juros de mora à taxa referencial SELIC, conforme expressa previsão legal.

BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO. ICMS. INCABIMENTO.

O ICMS integra a receita bruta da pessoa jurídica e, portanto, descabe a sua exclusão da base de cálculo da COFINS sem amparo de dispositivo legal que assim o determine.

BASE DE CÁLCULO. APURAÇÃO CENTRALIZADA.

É incabível a argüição relativa ao montante das receitas que integram a base de cálculo da COFINS, apurada de forma centralizada, se a documentação trazida pelo impugnante não espelha o total das receitas auferidas pelo estabelecimento matriz e suas filiais.

BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÕES. PERTINÊNCIA. ÔNUS DA PROVA.

A solicitação de exclusão da base de cálculo da COFINS de valores pretensamente relacionados a vendas de ativo imobilizado, descontos concedidos e devoluções deve estar arrimada na comprovação de que tais valores foram escriturados pelo contribuinte de forma a influenciar na apuração da base de incidência levantada pela fiscalização.

PENALIDADE TRIBUTÁRIA. EXCLUDENTE. SUCESSÃO DE SÓCIOS. INCABIMENTO.

[Assinaturas manuscritas]

MIN A - CFEN A - 2 - CC
CONTÉM SEM O ORIGINAL
BRA 20 / 04 / 05
VISTO



Processo nº : 13921.000188/2001-35
Recurso nº : 126.274
Acórdão nº : 201-78.224

É incabível argüir-se a excludente de penalidade com fulcro em sucessão do contribuinte quando o que houve no período enfocado pelo lançamento foi apenas a sucessão de sócios da mesma pessoa jurídica, este sim o sujeito passivo da relação jurídico-tributária.

Lançamento Procedente”.

Ciente da decisão de primeira instância em 26/1/2004, fl. 376, a contribuinte interpôs recurso voluntário em 25/2/2004, onde, em síntese, repisa os argumentos da impugnação em torno:

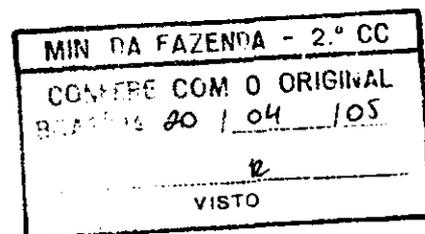
- 1) da inconstitucionalidade da aplicação da taxa Selic como juros em lançamentos de exação federal;
- 2) da inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo da Cofins e respectiva elevação da alíquota, promovida pela Lei nº 9.718/98;
- 3) da inclusão, promovida pela Fiscalização, do ICMS na base de cálculo da contribuição em comento; e
- 4) da inaplicabilidade da multa de ofício em razão do disposto no art. 133 do CTN, acrescentando que não se trata de apenas uma alteração no nome comercial, porquanto dita alteração ocorreu na época dos sócios sucedidos, mas sim de efetiva sucessão com os atuais sócios, ocorrida no dia 30 de setembro de 1999, havendo a figura da substituição total do quadro societário.

Refuta, ainda, que, ao contrário da conclusão da decisão recorrida, teve oportunidade de provar que foram incluídos na base de cálculo vendas do ativo imobilizado, descontos concedidos e devoluções e transferências de mercadorias, quando na impugnação demonstrou que nos meses de outubro e novembro de 1999 foram apurados valores de R\$ 253.382,06 e R\$ 274.769,59, respectivamente, quando o correto seria R\$ 240.636,00 e R\$ 51.491,40, como ficou demonstrado no livro Registro de Saídas.

Por fim, pede a inconsistência da ação fiscal, determinando-se o cancelamento do auto de infração.

À fl. 408 consta o arrolamento de bens como garantia da instância.

É o relatório. *Rgo Jdu*





Processo nº : 13921.000188/2001-35
Recurso nº : 126.274
Acórdão nº : 201-78.224

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
ADRIANA GOMES RÊGO GALVÃO

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade previstos em lei, razão porque dele tomo conhecimento.

Alega inicialmente a recorrente questões relativas à inconstitucionalidade da taxa Selic e da Lei nº 9.718/98.

No tocante aos juros cobrados pela taxa Selic, deve-se salientar que o art. 161, § 1º, do CTN, é claro ao ressaltar: "Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês". (grifei)

Ocorre que a lei dispôs de forma diversa, então, prevalecerá o estabelecido pela legislação ordinária: Lei nº 9.065/95, que, em seu art. 13, ao alterar, dentre outros dispositivos, o art. 84, inciso I, da Lei nº 8.981/95, estabeleceu os juros de mora como equivalentes à taxa Selic, conforme se pode depreender da leitura destes dispositivos:

"Art. 84. Os tributos e contribuições sociais arrecadados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores vierem a ocorrer a partir de 1º de janeiro de 1995, não pagos nos prazos previstos na legislação tributária serão acrescidos de:

I - juros de mora, equivalentes à taxa média mensal de captação do Tesouro Nacional relativa à Dívida Mobiliária Federal Interna;" (Art. 84 da Lei nº 8.981/95)

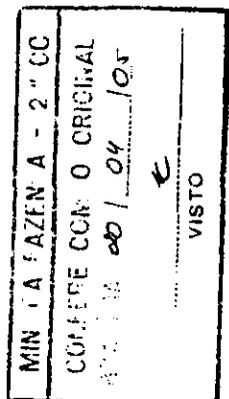
"A partir de 1º de abril de 1995, os juros de que tratam a alínea 'c' do parágrafo único do art. 14 da Lei nº 8.847, de 28 de janeiro de 1994, com a redação dada pelo art. 6º da Lei nº 8.850, de 28 de janeiro de 1994, e pelo art. 90 da Lei nº 8.981, de 1995, o art. 84, inciso I, e o art. 91, parágrafo único, alínea 'a.2', da Lei nº 8.981, de 1995, serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente." (Art. 13 da Lei nº 9.065/95)

E da mesma forma o fez a Lei nº 9.430/96, quando estabeleceu, em seu art. 61, § 3º, de modo diverso, *verbis*: "*Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento*".

Onde o art. 5º, § 3º, desta lei, dispõe: "*As quotas do imposto serão acrescidas de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao do encerramento do período de apuração até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento.*"

Entretanto, relativamente às arguições de inconstitucionalidade suscitadas pela recorrente, urge esclarecer que é defeso a este Colegiado apreciar a constitucionalidade das leis, devendo, tão-somente, aplicá-las de forma harmônica com o ordenamento jurídico vigente, enquanto não retiradas do mundo jurídico pelo órgão competente.

R. Galvão





Processo nº : 13921.000188/2001-35
Recurso nº : 126.274
Acórdão nº : 201-78.224

Neste sentido, destaco o disposto no art. 22A do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda, aprovado pela Portaria MF nº 55, de 16/03/1998, com as alterações da Portaria MF nº 103, de 23.04.2002, *verbis*:

"Art. 22A. No julgamento de recurso voluntário, de ofício ou especial, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação, em virtude de inconstitucionalidade, de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo em vigor.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta, após a publicação da decisão, ou pela via incidental, após a publicação da resolução do Senado Federal que suspender a execução do ato;

II - objeto de decisão proferida em caso concreto cuja extensão dos efeitos jurídicos tenha sido autorizada pelo Presidente da República;

III - que embasem a exigência do crédito tributário:

- a) cuja constituição tenha sido dispensada por ato do Secretário da Receita Federal; ou*
- b) objeto de determinação, pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, de desistência de ação de execução fiscal."*

Aliás, mesmo antes da Portaria MF nº 03/2002, a doutrina já não era pacífica a este respeito, segundo observa DEJALMA DE CAMPOS¹:

"Para alguns autores a matéria é da competência exclusiva do Judiciário. Não só as leis mas especialmente os decretos executivos, ainda que ao arrepio da Lei Magna, devem ser integralmente cumpridos pelos Conselhos, enquanto não revogados ou fulminados pelo Supremo Tribunal Federal.

Esta aí uma das maiores limitações dos órgãos judicantes administrativos. Integrando a pública administração, mas dela independendo de modo assaz relativo; a Justiça tributário-administrativa assegura obrigatoriamente a aplicação de textos, ainda quando espúrios.

Outros autores assim não entendem e acompanham o ponto de vista de Gastão Luiz Lobo D'Eça, pois no exercício de sua competência o Conselho de Contribuintes pode conhecer e decidir de recurso em que se argui a inconstitucionalidade da exigência fiscal mantida pela decisão recorrida."

Portanto, enquanto a Lei nº 9.718/98, bem assim a Lei nº 9.430/96, não for retirada do mundo jurídico pelo Supremo Tribunal Federal, não compete a qualquer órgão julgador do Poder Executivo negar-lhe vigência, sendo esta uma prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário.

No mérito, no tocante à inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins, mister se faz verificar o que diz a legislação vigente à época dos fatos geradores.

Assim, de acordo com a Lei Complementar nº 70/91, que regulamenta a matéria até fevereiro de 1999, tem-se:

¹ Dejalma de CAMPOS. *Direito Processual Tributário*. Atlas: 6ª ed., 2000, p. 100.

MIN A FAZENDA - 2.º CC
COMPARE COM O ORIGINAL
BRUNO DA 20 / 04 / 07
6
VISTO



Processo nº : 13921.000188/2001-35
Recurso nº : 126.274
Acórdão nº : 201-78.224

"Art. 2º A contribuição de que trata o artigo anterior será de dois por cento e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.

Parágrafo único. Não integra a receita de que trata este artigo, para efeito de determinação da base de cálculo da contribuição, o valor:

- a) do imposto sobre produtos industrializados, quando destacado em separado no documento fiscal;*
- b) das vendas canceladas, das devolvidas e dos descontos a qualquer título concedidos incondicionalmente." (negritei)*

Já a Lei nº 9.718/98 dispôs, *verbis*:

"Art 2º As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei.

Art 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

§ 1º Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.

§ 2º Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º, excluem-se da receita bruta:

I - as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos, o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI e o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário;

II - as reversões de provisões e recuperações de créditos baixados como perda, que não representem ingresso de novas receitas, o resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor do patrimônio líquido e os lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, que tenham sido computados como receita; (nova redação - ver MP nº 2.158-35, de 24/08/2001).

III - os valores que, computados como receita, tenha sido transferidos para outra pessoa jurídica, observadas normas regulamentadoras expedidas pelo Poder Executivo.

IV - a receita decorrente da venda de bens do ativo permanente."

Ora, se a base de cálculo é o faturamento e se o ICMS está incluso no valor de venda da mercadoria, não pode ser excluído da base de cálculo da Cofins.

Acrescente-se que a legislação também é clara quanto às exclusões, somente admitindo-se, no tocante ao ICMS, nos casos de substituição tributária, o que não corresponde à situação da recorrente.

Por oportuno, destaco, ainda, jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que corrobora os argumentos aqui expendidos:

MI - A ZER A - 2º CC
CC - E COM O ORIGINAL
020 1.04 105
VISTO



Processo nº : 13921.000188/2001-35
Recurso nº : 126.274
Acórdão nº : 201-78.224

"PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DA PARCELA DO ICMS. - Inclui-se na base de cálculo do PIS e da COFINS a parcela relativa ao ICMS devido pela empresa na condição de contribuinte (S. 258, TFR e S. 68, STJ), eis que tudo o que entra na empresa a título de preço pela venda de mercadorias corresponde à receita - faturamento -, independente da parcela destinada a pagamento de tributos." (1ª Turma do TRF/4ª Região, AMS nº 83.169, em 02/04/2003).

Quanto à multa que a recorrente diz não ser aplicável em razão do disposto no art. 133 do CTN, manifesto-me no sentido de concordar com a decisão recorrida de que os fatos não se subsumem à regra do citado dispositivo legal.

É que o que houve foi uma substituição dos sócios, ou seja, a pessoa jurídica não foi sucedida por outra ou por uma pessoa natural. O sujeito passivo continuou sendo o mesmo, alterando-se apenas a pessoa dos sócios.

Entretanto, ainda que de sucessão de pessoa jurídica estivéssemos tratando, mesmo assim entendo ser devida a multa, conforme já me manifestei em diversos acórdãos relativamente ao art. 132, mas cujo raciocínio aplica-se por igual ao art. 133 do CTN, razão porque ora transcrevo:

"Entendo que a exegese do art. 132 do CTN deve ser alcançada por meio de uma interpretação sistemática com o estabelecido no art. 129 do mesmo diploma legal, que assim dispõe:

'SEÇÃO II

Responsabilidade dos Sucessores

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.' (Negritei)

Neste sentido, deve-se observar que o art. 132 está inserido na Seção II - Responsabilidade dos Sucessores, cujo artigo introdutório, artigo 129, dispõe que o tratamento a ser conferido ali diz respeito aos 'créditos tributários' e não apenas aos tributos e contribuições, e ainda, que deve ser adotado o mesmo procedimento, ou seja, 'aplica-se por igual', no que diz respeito aos créditos constituídos antes ou após os atos ou eventos que ensejaram a sucessão, desde que se refiram a obrigações tributárias surgidas até a data deste.

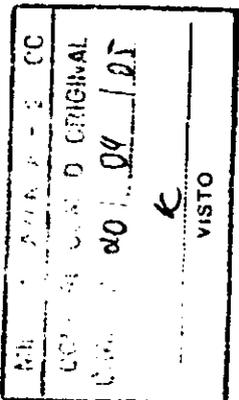
Logo é de se concluir que mesmo que o crédito tributário ainda não esteja constituído ao tempo do evento que acarretou a sucessão tributária, deverá seu sucessor responder por sua totalidade, ou seja, por todo o crédito tributário, incluindo-se as multas de ofício ou moratória.

Por oportuno transcrevo jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

a) incluindo as multas no contexto do art. 132 do CTN (RE nº 32.967/RS, Rel. Min. Eliana Calmon):

(...)

Após a observação, temos que o artigo 132 do CTN fala em responsabilidade pelos tributos, sem mencionar os consectários, o que deu margem a, na doutrina, surgir a tese



Handwritten signature



Processo nº : 13921.000188/2001-35
Recurso nº : 126.274
Acórdão nº : 201-78.224

de que haveria, dentro de uma literal interpretação, a elisão das penalidades, conforme entendem Ives Gandra da Silva Martins e Pedro Martins Fernandes.

Contudo, 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, conforme entendimento do Dr. Luiz Alberto Gurgel de Faria, em 'Código Tributário Nacional Comentado', Editora Revista dos Tribunais:

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. (Obra citada, pág. 527)

A excepcionalidade, como tese, entretanto, restringe-se à multa punitiva, porque, em relação à multa moratória, seria uma demasia a tese da exclusão de responsabilidade.'

b) reconhecendo que a multa punitiva e moratória aplicada antes da sucessão integram o patrimônio do sucessor (REsp nº 432.049/SC, DJ de 23/09/2002, p. 279, Rel. Min. José Delgado:

"TRIBUTÁRIO. EMPRESA INCORPORADORA. SUCESSÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO SUCESSOR. MULTA FISCAL (MORATÓRIA). APLICAÇÃO. ARTS. 132 E 133, DO CTN. PRECEDENTES.

1. Recurso Especial interposto contra v. Acórdão segundo o qual não se aplicam os arts. 132 e 133, do CTN, tendo em vista que multa não é tributo, e, mesmo que se admita que multa moratória seja ressalvada desta inteligência, o que vem sendo admitido pelo STJ, in casu trata-se de multa exclusivamente punitiva, uma vez que constitui sanção pela não apresentação do livro diário geral.

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. Portanto, é devida a multa, sem se fazer distinção se é de caráter moratório ou punitivo, visto ser ela imposição decorrente do não pagamento do tributo na época do vencimento.

3. Na expressão 'créditos tributários' estão incluídas as multas moratórias.

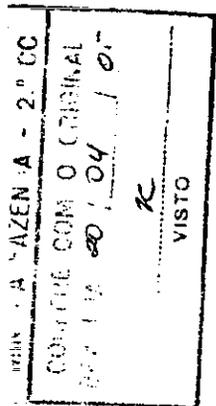
4. A empresa, quando chamada na qualidade de sucessora tributária, é responsável pelo tributo declarado pela sucedida e não pago no vencimento, incluindo-se o valor da multa moratória.

5. Precedentes das 1ª e 2ª Turmas desta Corte Superior e do colendo STF.

6. Recurso provido.' (Negritei)

É bem verdade que a jurisprudência acima transcrita diz respeito a multas já aplicadas ao tempo do evento sucessório, porém pensar diferente nos casos de multa aplicada após a sucessão, mas relativa a fatos geradores ocorridos antes, é permitir que alguém possa ser penalizado com uma multa de acordo com sua manifestação de vontade, pois, se condicionarmos a responsabilidade pela multa de ofício aos lançamentos constituídos anteriores aos eventos sucessórios, estaríamos admitindo que, após o início do

[Assinatura]





Processo nº : 13921.000188/2001-35
Recurso nº : 126.274
Acórdão nº : 201-78.224

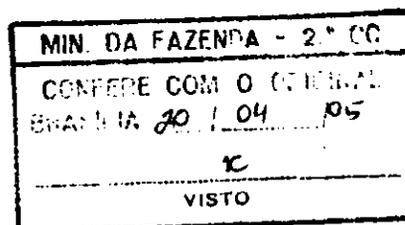
procedimento fiscal, porém antes da constituição do crédito tributário, o sujeito passivo, vislumbrando as conseqüências da ação fiscal, pudesse promover qualquer evento sucessório de forma a evadir-se do pagamento da multa que certamente seria lançada de ofício sobre o tributo ou contribuição exigidos. Seria, ainda, conceber uma natureza subjetiva às multas a que se refere o art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, o que, ao meu sentir, consiste em um grande equívoco, vez que o aspecto subjetivo, qual seja a intenção dolosa, é causa tão-somente de qualificação da multa, nos termos do inciso II do art. 44 retromencionado."

Quanto à base de cálculo dos meses de outubro e novembro de 1999, primeiramente urge constatar que, conforme se verifica no demonstrativo de composição do faturamento de fl. 122 utilizado pela Fiscalização para apuração do presente crédito tributário, a base de cálculo considerada foi, respectivamente R\$ 592.674,15 e R\$ 447.677,20, e não os valores informados pela recorrente.

Ocorre que em novembro de 1999 sequer foram apuradas diferenças pela Fiscalização e, no tocante a outubro, é de se verificar que a composição da base de cálculo teve como fonte o livro Razão Analítico, de fls. 15 a 28, onde foram consideradas as vendas a prazo, à vista e as receitas de fretes não só da matriz como de todas as filiais, ao passo que a documentação trazida pela recorrente para infirmar a base de cálculo utilizada pela Fiscalização corresponde, tão-somente, ao faturamento da filial São Lourenço, de CNPJ nº 01.460.644/0005-98, conforme se verifica no documento de fl. 255.

Quanto às vendas de ativo permanente, a contribuinte procura demonstrar o alegado com duas cópias de notas fiscais colacionadas aos autos às fls. 257 e 258. A de fl. 258 corresponde a uma venda no valor de R\$ 4.000,00 efetuada em outubro de 1999, porém, considerando que os valores utilizados como base de cálculo, extraídos do Razão Analítico, correspondem, como já dito, a vendas de mercadorias e serviços, somente poder-se-ia excluir tal valor da base de cálculo apurada para efeito de autuação se a recorrente lograsse comprovar que, erroneamente, considerou em sua contabilidade a venda de ativo imobilizada como receitas de venda de mercadorias ou serviços. A nota fiscal de fl. 257 foi emitida em novembro de 1999, razão porque não merece exaustivos comentários, mas, mesmo assim, o entendimento é o mesmo que se manifestou relativamente à nota de fl. 258.

Das demais notas fiscais apresentadas como prova de que a base de cálculo utilizada pela Fiscalização estava errada constata-se que em nenhuma delas há o desconto destacado, de forma que, se o desconto não foi incondicional e destacado na nota fiscal, não pode ser excluído da base de cálculo da Cofins; que, no tocante às devoluções e transferências, primeiramente há notas ilegíveis, outras correspondem ao mês de novembro, e, no tocante às demais, cumpre esclarecer que deveria a recorrente ter comprovado a escrituração das vendas, bem assim das devoluções, a fim de que se pudesse concluir que, da base de cálculo considerada pela Fiscalização, tais valores deveriam, de fato, serem excluídos, bem assim no caso das transferências.





Processo nº : 13921.000188/2001-35
Recurso nº : 126.274
Acórdão nº : 201-78.224

Ademais, como bem observou a decisão recorrida, as notas fiscais de devolução de fls. 266/280 sequer correspondem a devoluções de vendas efetuadas pela contribuinte, e sim por outro Laticínio.

Assim, considerando o exposto, nego provimento ao recurso voluntário.

É como voto.

Sala das Sessões, em 23 de fevereiro de 2005.

Adriana Gomes Rego Galvão
ADRIANA GOMES REGO GALVÃO

SGE

