




MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 15374.001558/00-41 ✓
Recurso nº : 138.358 ✓ EX OFFICIO
Matéria : CSLL - Ex(s): 1994 a 2000 ✓
Recorrente : 5ª TURMA/DRJ-RIO DE JANEIRO/RJ I
Interessado : SUL AMÉRICA EMPREENDIMENTOS COMERCIAIS S.A (INCORPORADA
POR SUL AMÉRCIA INVESTIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S.A.)
Sessão de : 24 de maio de 2007 ✓
Acórdão nº : 103-23.043 ✓

SUCESSÃO POR INCORPORAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA. INDICAÇÃO DA INCORPORADA COMO SUJEITO PASSIVO. VALIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO APÓS A INCORPORAÇÃO. A pessoa jurídica incorporadora é responsável, por sucessão, pelo crédito tributário devido pela incorporada, devendo aquela (incorporadora) constar do auto de infração na condição de sujeito passivo. No entanto, é válido o auto de infração lavrado após formal encerramento de atividades da incorporada, que contém sua indicação (incorporada) no pólo passivo da obrigação tributária, desde que assegurados o devido processo legal e a ampla defesa à sucessora.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto pela 5ª TURMA DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DE JULGAMENTO NO RIO DE JANEIRO/RJ I.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, DAR provimento ao recurso *ex officio* e DETERMINAR a remessa dos autos à instância *a quo* para deslinde do mérito, vencidos os Conselheiros Alexandre Barbosa Jaguaribe (Relator), Antonio Carlos Guidoni Filho e Cândido Rodrigues Neuber que negaram provimento, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Aloysio José Percínio da Silva.


CÂNDIDO RODRIGUES NEUBER
PRESIDENTE


ALOYSIO JOSÉ PERCÍNIO DA SILVA
REDATOR DESIGNADO

FORMALIZADO EM: 09 NOV 2007

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: LEONARDO DE ANDRADE COUTO, GUILHERME ADOLFO DOS SANTOS MENDES e PAULO JACINTO DO NASCIMENTO. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Márcio Machado Caldeira.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 15374.001558/00-41
Acórdão nº : 103-23.043

Recurso nº : 138.358 - *EX OFFICIO*
Recorrente : 5ª TURMA/DRJ-RIO DE JANEIRO/RJ I

RELATÓRIO

Versa o presente processo sobre exigência de crédito tributário formulada à interessada acima identificada por meio do Auto de Infração de fls. 77/81, referente à Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido – CSLL e os acréscimos legais pertinentes, em razão dos fatos descritos às fls. 70/76.

2. Intimada da exação em 07/06/2000 (fl. 79), a sucessora da interessada impugnou tempestivamente às fls. 84/137, juntando as peças de fls. 138/171.

3. Segundo informação do autuante, às fls. 70 e 75, existe ação judicial em curso na 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, conforme se denota da cópia da sentença proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 95.0018665-9 (doc. de fls. 63/65).

4. Segundo o “Despacho Inominado DRJ/RJO Nº”, de 13 de maio de 2001, em ambos os processos - ação judicial e procedimento administrativo - o tema versa acerca do mesmo objeto. Nestas condições, conclui a Decisão, “...a apreciação da peça impugnatória fica prejudicada em face do disposto no § 2º do artigo 1º do Decreto-lei nº 1.737/1979, combinado com o parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 6.830/1980 e disciplinado, no âmbito administrativo, pelo Ato Declaratório (Normativo) COSIT nº 03 de 14/02/1996. Nos tempos da legislação citada, a propositura – por qualquer que seja a modalidade processual – de ação judicial contra a Fazenda Nacional, antes ou posteriormente à autuação, importa, por parte da interessada, em renúncia tácita às instâncias administrativas e desistência de eventual recurso interposto, operando-se, por conseguinte, o efeito de constituição definitiva do crédito tributário na esfera administrativa.

Isto posto, **DEIXO DE CONHECER** da impugnação de fls. 84/137 e **DECLARO** definitivamente constituído na esfera administrativa o crédito tributário



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 15374.001558/00-41
Acórdão nº : 103-23.043

lançado. A multa de ofício e os juros moratórios deverão ser exonerados se a interessada comprovar ter efetuado, antes do início da ação fiscal, depósito do montante integral do tributo exigido, empreendendo-se, inclusive, a respectiva multa de mora e demais acréscimos legais devidos até a data do depósito, conforme previsto no inciso II do artigo 151 do Código Tributário Nacional."

Irresignada com a Decisão da Delegada da Receita Federal de Julgamento, a sucessora da autuada requereu a correção do que chamou de "lapso manifesto" da decisão acima transcrita tendo em vista que ela deixara de apreciar outros argumentos de defesa que não estariam submetidos ao exame do Poder Judiciário. Apelo este que não mereceu qualquer manifestação por parte da autoridade Administrativo-fiscal.

Veio o Recurso Voluntário, com os seguintes argumentos fáticos e jurídicos:

Que a decisão recorrida teria deixado de apreciar os itens 5 a 11 da impugnação as seguintes matérias preliminares, prejudiciais ao exame de mérito, quais sejam:

- declaração de nulidade do ato administrativo que instaurou o processo tendo em vista erro na identificação do sujeito passivo da obrigação tributária; a improcedência do lançamento, tendo em vista a desconsideração dos pagamentos efetuados pela autuada no exercício de 1996 e a impossibilidade de acrescentar os juros calculados à taxa SELIC ao crédito tributário apurado; a incorreção de ter sido o crédito tributário formalizado com a multa de ofício, quer porque, à época da lavratura do auto de infração, a exigibilidade do já referido crédito tributário estava suspensa, quer porque a responsabilidade por penalidades não pode ser transferida ao sucessor.

Preterindo, por via de conseqüência, o lídimo direito de defesa, nos moldes do artigo 59, inciso II c/c o artigo 31, ambos do Decreto 70.235/72, e o artigo 5º, XXXIV e LV, da Constituição Federal.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 15374.001558/00-41
Acórdão nº : 103-23.043

Afirma inexistir a renúncia da autuada à esfera Administrativa, por conta da impetração do Mandado de Segurança Preventivo, uma vez que este tipo de ação não está arrolada na legislação de regência (Decreto-Lei nº 1.737/79; Lei 6.830/80 e ADN COSIT 3/96) dentre os tipos de ação capazes de fazer nascer a renúncia à discussão da matéria concomitante na esfera administrativa.

E ainda, que contrariamente ao que concluiu a Delegada da Receita Federal de Julgamento, a medida judicial proposta, pela ora recorrente, não teria o mesmo objeto do lançamento ora discutido, uma vez que no WRIT, não se objetivou à anulação ou a declaração de nulidade do crédito tributário ou do ato declarativo da dívida – até porque, à época, da impetração ele não existia – ou, ainda, a restituição do pagamento indevido, porque pagamento não houve, mas somente depósito. Conclui afirmando a inexistência de qualquer identidade entre o objeto do Mandado de Segurança Preventivo e objeto do lançamento recorrido, posto que no *Mandamus* a impetrante esta a discutir a inconstitucionalidade da lei e na via administrativa vindica-se o cancelamento do lançamento em razão de nulidades por vícios intrínsecos atinentes ao lançamento.

É que a propositura de ação judicial antes da lavratura do auto de infração não caracteriza renúncia ao direito de defesa na esfera administrativa, uma vez que o direito à discussão na esfera administrativa somente nasce com a notificação regular do lançamento, sendo inteiramente ilógico e injurídico aventar de renúncia antes desse momento.

O processo veio a este Conselho e a decisão de primeiro grau foi anulada, via do Acórdão 103-22.168, assim ementado.

DECISÃO – IMPUGNAÇÃO – FALTA DE APRECIÇÃO DE ARGUMENTOS

É nula por cerceamento do direito de defesa, a decisão que deixou de apreciar todos os argumentos de defesa levantados pelo autuado na peça impugnatória.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 15374.001558/00-41
Acórdão nº : 103-23.043

Retorna, agora, o referido processo, com Recurso de Ofício, dado que a Delegacia da Receita Federal de Julgamento de I, do Rio de Janeiro, declarou nulo o lançamento.

“Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL

Ano-calendário: 1995,1996

Ementa: NULIDADE. ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. SUCESSÃO. O lançamento efetuado em face da pessoa jurídica extinta já incorporada na data da ciência do lançamento, caracteriza-se como erro na identificação do sujeito passivo da obrigação tributária, vício formal que implica a nulidade do lançamento.”

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 15374.001558/00-41
Acórdão nº : 103-23.043

VOTO VENCIDO

Conselheiro ALEXANDRE BARBOSA JAGUARIBE - Relator

O Recurso preenche os requisitos para a sua admissibilidade.

Dele, tomo conhecimento.

Trata-se de autuação, da qual a Sul América Empreendimentos Comerciais S/A, tomou ciência em 7/6/2000, cujo objeto é a compensação indevida das bases negativas da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, relativa aos anos-calendário de 1995 e 1996.

Não há reparos a fazer na decisão recorrida, que aplicou a lei ao fato concreto.

A autuada foi extinta em 31/08/1999, conforme ata da Assembléia Geral que aprovou sua incorporação pela Sul América Investimentos e Participações S/A.

De outro lado, o início da fiscalização ocorreu em, 22 de fevereiro de 2000, e, do Auto de Infração lavrado, a empresa tomou ciência em, 07 de junho de 2000, ou seja, a fiscalização teve início e findou-se quando a empresa autuada já se encontrava extinta, uma vez que havia sido incorporada por Sul América Investimentos e Participações S/A.

Correta, portanto, a decisão.

CONCLUSÃO

Diante do acima exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso de ofício.

Sala das Sessões - DF, em 24 de maio de 2007

ALEXANDRE BARBOSA JAGUARIBE





MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 15374.001558/00-41
Acórdão nº : 103-23.043

VOTO VENCEDOR

Conselheiro ALOYSIO JOSÉ PERCÍNIO DA SILVA - Redator Designado

Discute-se preliminar de erro de identificação do sujeito passivo tendo em vista a lavratura de auto de infração contra pessoa jurídica extinta por incorporação. Nesse tema, ousou divergir do respeitável entendimento expressado no voto do Conselheiro ALEXANDRE JAGUARIBE. Com o seu brilho habitual, o e. relator ratificou a decisão de primeiro grau com o seguinte argumento:

“Não há reparos a fazer na decisão recorrida, que aplicou a lei ao fato concreto.

A atuada foi extinta em 31/08/1999, conforme ata da Assembléia Geral que aprovou sua incorporação pela Sul América Investimentos e Participações S/A.

De outro lado, o início da fiscalização ocorreu em, 22 de fevereiro de 2000, e, do Auto de Infração lavrado, a empresa tomou ciência em 07 de junho de 2000, ou seja, a fiscalização teve início e findou-se quando a empresa atuada já se encontrava extinta, uma vez que havia sido incorporada por Sul América Investimentos e Participações S/A.

Correta, portanto, a decisão.”

À época da infração indicada pela fiscalização a incorporada revestia a condição de contribuinte, haja vista a “relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador”, segundo a definição contida no art. 121, I, do Código Tributário Nacional (CTN). A superveniente descoberta da infração à legislação tributária, ocorrida após o evento de incorporação, deveria resultar na indicação da sucessora como sujeito passivo no auto de infração, conforme expressa previsão contida no comando do art. 132 do referido Código:

“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.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos casos de extinção de pessoas jurídicas de direito privado, quando a exploração da respectiva atividade seja continuada por qualquer sócio remanescente, ou seu espólio, sob a mesma ou outra razão social, ou sob firma individual.”

Resta definir se é válido o auto de infração que contém a indicação da pessoa jurídica extinta no pólo passivo da obrigação tributária ou se deve ser declarado nulo. No caso concreto, sustento que a indicação do sujeito passivo, contribuinte ou responsável, a constar do instrumento de formalização do lançamento, auto de infração ou notificação de lançamento, é



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 15374.001558/00-41
Acórdão nº : 103-23.043

irrelevante para a sua validade, desde que assegurados o devido processo legal e a ampla defesa, assim como efetivamente ocorreu neste processo.

O aplicador da lei deve perscrutar o sentido que o ordenamento confere à norma específica. Dos princípios norteadores do processo administrativo tributário, incluindo-se o ato de lançamento que o precede, extraio seguro entendimento, apoiado em pacíficas doutrina e jurisprudência, acerca da priorização do exame da materialidade em detrimento do rigor formal. O objetivo precípua do processo administrativo tributário consiste no exame da aplicação da norma de incidência do tributo, da materialidade da exigência, observados os princípios e as garantias constitucionais pertinentes, naturalmente. Eventual defeito do lançamento, não resultante em prejuízo ao sujeito passivo, deve ser sanado em substituição à declaração de nulidade do ato. Assim determina o art. 60 do Decreto 70.235/72, elegendo como preferencial a obtenção do fim almejado pelo ato processual administrativo, sobrepondo-se este (o fim) à forma prescrita.

Em harmonia com essa interpretação, no exame de caso semelhante, decidiu a Câmara Superior de Recursos Fiscais:

“NORMAS PROCESSUAIS – NULIDADE FORMAL – ERRO NA QUALIFICAÇÃO DO AUTUADO. Não configura erro na identificação do sujeito passivo quando, embora o lançamento tenha sido formalizado em nome da empresa incorporada, não se evidencie qualquer prejuízo ao exercício do direito de defesa da recorrente, representada pelo mesmo funcionário em todas as fases do processo, desde a fiscalização até o julgamento de segunda instância. A irregularidade no preenchimento dos requisitos estabelecidos no art. 10 do Decreto nº 70.235/72 só deve conduzir ao reconhecimento da invalidade do lançamento quando a própria finalidade pela qual a forma foi instituída estiver comprometida. Recurso provido.” (Ac. CSRF/01-05.113/2004)

Por outro lado, a definição da responsabilidade pelo crédito tributário se reputa imprescindível no momento da execução da dívida ativa da União. No entanto, a falha na identificação do sujeito passivo pode ser acertada no momento da execução, a exemplo do admissível re-direcionamento para o sócio-gerente da execução movida originalmente contra a pessoa jurídica, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) resumida no seguinte aresto da Primeira Sessão daquele colegiado:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 15374.001558/00-41
Acórdão nº : 103-23.043

“TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ART. 135 DO CTN. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO-GERENTE. EXECUÇÃO FUNDADA EM CDA QUE INDICA O NOME DO SÓCIO. REDIRECIONAMENTO. DISTINÇÃO.

Iniciada a execução contra a pessoa jurídica e, posteriormente, redirecionada contra o sócio-gerente, que não constava da CDA, cabe ao Fisco demonstrar a presença de um dos requisitos do art. 135 do CTN. Se a Fazenda Pública, ao propor a ação, não visualizava qualquer fato capaz de estender a responsabilidade ao sócio-gerente e, posteriormente, pretende voltar-se também contra o seu patrimônio, deverá demonstrar infração à lei, ao contrato social ou aos estatutos ou, ainda, dissolução irregular da sociedade.”(REsp 702232/RS – Embargos de Divergência no REsp 2005/0088818-0 – Relator: Ministro Castro Meira)

Assim, tenho por válido o auto de infração no qual a recorrente, responsável pelo crédito tributário, teve à sua disposição o devido processo legal e efetivamente exerceu o seu direito de defesa. Esse é o entendimento que considero mais sensato e coerente com os princípios regentes do processo administrativo tributário.

Destaque-se que a recorrente não é uma terceira pessoa desprovida de qualquer vinculação com a empresa extinta. Do ponto de vista econômico, incorporada e incorporadora se confundem após o evento societário, ocorre a absorção da primeira pela segunda. Da incorporação surge um novo universo patrimonial - reunindo bens, direitos e obrigações, inclusive as de natureza tributária – resultante da união dos patrimônios de ambas as envolvidas, a partir de então pertencente à incorporadora.

Nessa mesma linha interpretativa, esta Câmara tem assim se pronunciado:

“SUCESSÃO POR INCORPORAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA. IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. A pessoa jurídica incorporadora é responsável, por sucessão, pelo crédito tributário devido pela incorporada. No entanto, é válido o auto de infração lavrado após formal encerramento de atividades da incorporada, que contém sua indicação (incorporada) no pólo passivo da obrigação tributária, desde que assegurados o devido processo legal e a ampla defesa à sucessora. (Ac. 103-22.201/2005 – Rec. 145468)

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. INFRAÇÃO DE LEI. IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. De acordo com o ordenamento jurídico-tributário brasileiro, o sócio-gerente é responsável, por substituição, pelo crédito tributário resultante da prática de ato com infração de lei na gestão dos negócios de pessoa jurídica (art. 135, III, do CTN). No entanto, é válido o auto de infração, lavrado após formal encerramento de atividades da pessoa jurídica, que contém sua indicação (pessoa jurídica) no pólo passivo da



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 15374.001558/00-41
Acórdão nº : 103-23.043

obrigação tributária, na condição de contribuinte, desde que assegurados o devido processo legal e a ampla defesa ao responsável. (Ac. 103-22.221/2005 – Rec. 140292)”

Pelo exposto, voto pela rejeição da preliminar de erro na identificação do sujeito passivo para dar provimento ao recurso *ex officio*. Em consequência, os autos deverão retornar à DRJ de origem para enfrentamento das demais questões suscitadas pela autuada.

Sala das Sessões - DF, em 24 de maio de 2007


ALOYSIO JOSÉ PERCÍNIO DA SILVA

