

A. I. Nº - 298958.0022/11-0
AUTUADO - AVIPAL NORDESTE S/A.
AUTUANTE - JOSMAN FERREIRA CASAES
ORIGEM - IFEP NORTE
INTERNET 10.02.2012

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0028-05/12

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO DE REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. **a)** MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Multas de 10% e de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infrações subsistentes. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 20/10/2011, com lançamento de multa no valor total de R\$56.974,55, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS:

1. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, sendo lançada multa de 1% sobre o valor das aquisições, resultando em R\$4.022,19.
2. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação, sem o devido registro na escrita fiscal, sendo lançada multa de 10% sobre o valor das aquisições resultando em R\$52.952,36.

O autuado apresenta impugnação às fls. 72/82, arguindo inicialmente, preliminar de decadência, com o argumento de que nos impostos sujeitos a “lançamento por homologação”, a regra que vigora para apuração da decadência é aquela do § 4º, do art.150, do CTN que prevê 5 (cinco) anos, *a contar da ocorrência do fato gerador e que expirado este prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.*

Aduz que, a doutrina e a jurisprudência são firmes quanto a esta questão, de plano, situando-se na seguinte premissa basilar: em caso de lançamento por homologação, a aplicação do § 4º do artigo 150, CTN, faz-se de forma isolada. Cita decisão do STJ em relatoria do Ministro Luiz Fux, acerca do tema. Cita também posições doutrinárias que mantém a mesma posição da decisão do STJ; entende que neste caso, vê-se que os fatos geradores reportam-se às entradas havidas entre 31.03.2006 a 31.03.2010, sendo que a autuação foi efetivada apenas em 27.10.2011, ou seja, são inexigíveis de plano em razão da decadência os créditos relativos às entradas havidas até 27.10.2006 que, *in casu*, somadas, correspondem R\$827,29 (oitocentos e vinte e sete reais e vinte e nove centavos); quanto aos lançamentos posteriores à data de 27/10/2006, que estariam fora do prazo decadencial, a impugnante alega em seu favor, que, conforme Ata de Assembléia Geral Ordinária e Extraordinária, anexa à fl. 96, realizada em 31.03.2010, a autuada “Avipal Nordeste S/A” foi incorporada pela ora impugnante, BRF – BRASIL FOODS S/A, motivo pelo qual não pode, agora, ser a impugnante responsabilizada por fatos havidos anteriormente à incorporação, fato que torna ilegal a exigência de multa, tendo em vista o disposto nos artigos 132 e 133 do CTN, in verbis:

"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."

"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. (...)"

Que neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça, recentemente se pronunciou sobre o tema no julgamento do Recurso Especial nº 923.012/MG, considerado como recurso representativo de controvérsia (art. 543-C do CPC), conforme excerto do voto vencedor, lavrado pelo Ministro Luiz Fux, no qual se explicita a adequada interpretação dos artigos 132 e 133 do CTN, a partir da lição de Sacha Calmon Navarro Coelho, evidenciando os limites de responsabilidade das multas pelas empresas sucessoras na sucessão empresarial:

*"Assim, se o crédito correspondente à multa fiscal já está constituído, formalizado, à data da sucessão, o "sucessor" - um sub-rogado nos débitos e créditos (ativo e passivo) das sociedades adquiridas, divididas, incorporadas, fusionadas ou transformadas - naturalmente absorve o passivo fiscal existente, inclusive as multas. (...). 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).** (...) Não faz sentido apurar-se uma 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 pessoas naturais. Essa regra só não deve prevalecer nas hipóteses de sucessão por alteração do tipo societário (aqui muda apenas a 'roupa' societária). Afinal, para ocorrer a sucessão empresarial, os Fiscos são consultados, e são exigidas dezenas de certidões negativas." (in Curso de Direito Tributário Brasileiro, Ed. Forense, 9ª ed., p. 701). (...)" (REsp 923012/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX. PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/06/2010, DJe 24/06/2010).*

Aduz ainda que, no mesmo sentido, tem entendido a jurisprudência do Conselho de Contribuintes no âmbito federal, atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, citando o Acórdão nº 103-20.882, julgado em 21/03/2002, publicado em 09/08/2002, do 1º Conselho de Contribuintes, Conselheira Relatora Mary Elbe Gomes Queiroz, 3ª Câmara. Ao final, a impugnante, após a exposição dos seus argumentos, pede que sejam acolhidas as suas razões e determinado o cancelamento do auto de infração pelas seguintes razões, em resumo:

Estão extintos pela decadência os créditos tributários decorrente das entradas ocorridas até 27.10.2006, e também a multa fiscal constituída em desfavor da empresa sucedida Avipal Nordeste SA, lançada após a incorporação e referente a fatos geradores anteriores à incorporação, não é exigível da empresa sucessora.

Conclui, pedindo que todas as intimações, notificações, decisões e tudo mais que a este Auto de Lançamento se referir, sejam encaminhadas ao patrono da Requerente, Dr. Celso Botelho de Moraes, com endereço na Al. Santos, 1940 8º andar – Cerqueira Cesar São Paulo – SP, CEP – 01418-200. Protesta, provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, inclusive pela juntada de novos documentos.

O autuante apresenta informação fiscal às fls. 103, onde apresenta as seguintes ponderações:

Que a infração foi fundamentada em notas fiscais oriundas de outras unidades da Federação, por meio do sistema de Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito – CFAMT, e que as notas fiscais estão anexadas ao PAF; que a autuada não deu nenhuma explicação para a ausência de registro das notas fiscais em sua escrita fiscal; que a legislação do ICMS na Bahia acolheu o Art. 150 do CTN que reza “o lançamento por homologação” deve ocorrer quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem o prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente homologa; que as alegações da defesa carecem do poder de ilidir sem deixar qualquer dúvida, a presunção do débito apurado, pedindo ao Egrégio conselho que julgue procedente o auto de infração.

VOTO

Inicialmente constato que o auto de infração foi lavrado com todas as formalidades legais, não havendo, portanto, nulidade no lançamento tributário por questão de vício insanável.

Quanto ao pedido de que as intimações, notificações e decisões sejam feitas diretamente ao patrono da impugnante, o RPAF, de acordo com o art. 109, abaixo transcrito, considera a intimação feita quando dada ciência tanto ao sujeito passivo ou ao representante, não havendo benefício de ordem.

Art. 109. Considera-se efetivada a intimação:

I - quando pessoal, na data da aposição da ciência do sujeito passivo ou do interessado, seu representante ou preposto, no instrumento ou expediente.

Discorro, a priori, quanto à preliminar de decadência arguida pela impugnante. Da análise dos lançamentos feitos no Auto de Infração, constata-se que todos os fatos geradores ocorreram entre 31/03/2006 e 31/03/2010. O prazo decadencial tem sido exaustivamente analisado em inúmeros acórdãos, e até o presente momento está plenamente pacificado neste CONSEF. O art. 107-B da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia), que incorporou o art. 150 do CTN, no seu parágrafo 5º, dispõe:

Art. 107-B

§ 5º - Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Por tal razão, a decadência do fato gerador mais longínquo (março/2006), terá o prazo decadencial contado a partir de 01/01/2007, tendo-se encerrado em 01/01/2012. Como o Auto de Infração foi lavrado em 20/10/2011, e se reporta a fatos geradores ocorridos desde o exercício de 2006, tinha a Fazenda Pública prazo até 01/01/2012 para efetuar o referido lançamento. Portanto, dentro da legislação vigente no Estado da Bahia, não vislumbro ter operado o instituto da decadência. Quanto aos julgamentos em tribunais superiores, com posição em contrário, e as citações doutrinárias que vão de encontro ao estabelecido ao disposto na legislação estadual, o Art. 167, I, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, não permite aos órgãos julgadores administrativos a apreciação e julgamento de inconstitucionalidades, não tendo tais decisões judiciais efeitos jurisprudenciais sobre os julgamentos do Conselho de Fazenda Estadual.

A segunda questão, relativa ao possível descumprimento de dispositivo legal do CTN, acerca da impossibilidade do fisco fazer lançamento de ofício, sobre fatos geradores em período anterior ao da fusão ou incorporação da Avipal Nordeste à BRF- BRASIL FOODS S/A, requer exame minucioso da legislação e das decisões e posições doutrinárias trazidas ao processo, em especial, a partir da análise dos artigos que tratam de responsabilidade e sucessão no CTN, e com especial atenção ao Recurso Especial 923012/MG, cuja ementa, com excerto do Professor Sacha Calmon foi apresentada como fundamento de decisão do STJ, que corrobora o entendimento professado pela impugnante acerca desta lide, ao lado também, da decisão do Conselho de Contribuintes da Receita Federal, cuja relatoria foi feita pela Dra. Mary Elbe Queiroz. Assim, considerando que a jurisprudência de tribunais superiores é seguramente um forte balizamento para as decisões em todas as instâncias judiciais, assim como em tribunais administrativos, trago ao voto, todo o texto original do Resp 923012/MG, por considerá-lo fundamental aos fundamentos deste julgamento, excluindo apenas, por uma questão de economia de tempo e espaço, o primeiro questionamento feito no Recurso, a respeito da pretensão de não se incluir na base de cálculo do ICMS, os valores dados em bonificação, cuja discussão não integra este PAF, mas mantendo *ipsis literis*, todo o conteúdo acerca do segundo questionamento, que é o mesmo desta lide – a pretensão do fisco, de impor responsabilidade tributária à empresa incorporadora, em momento posterior à incorporação, decorrente de atos praticados pela empresa incorporada em momento pretérito ao evento empresarial supracitado e que resultaram em infração à legislação do ICMS do Estado da Bahia. Abaixo, o REsp 923.012-MG, na íntegra:

RECURSO ESPECIAL Nº 923.012 - MG (2007/0031498-0)

RELATOR : MINISTRO LUIZ FUX
RECORRENTE : COMPANHIA MULLER DE BEBIDAS
ADVOGADO : FERNANDO LOESER E OUTRO (S)
RECORRIDO : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : MAURÍCIO BHERING ANDRADE E OUTRO (S)

EMENTA: **TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. RESPONSABILIDADE POR INFRAÇÃO. SUCESSÃO DE EMPRESAS. ICMS. 1.** A responsabilidade tributária do sucessor abrange, além dos tributos devidos pelo sucedido, as multas moratórias ou punitivas, que, por representarem dívida de valor, acompanham o passivo do patrimônio adquirido pelo sucessor, desde que seu fato gerador tenha ocorrido até a data da sucessão. (Precedentes : REsp 1085071/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/05/2009, DJe 08/06/2009; REsp 959.389/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/05/2009, DJe 21/05/2009; AgRg no REsp 1056302/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/04/2009, DJe 13/05/2009; REsp 3.097/RS, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/10/1990, DJ 19/11/1990). **2.** "(...) A hipótese de sucessão empresarial (fusão, cisão, incorporação), assim como nos casos de aquisição de fundo de comércio ou estabelecimento comercial e, principalmente, nas configurações de sucessão por transformação do tipo societário (sociedade anônima transformando-se em sociedade por cotas de responsabilidade limitada, v.g.), em verdade, não encarta sucessão real, mas apenas legal. O sujeito passivo é a pessoa jurídica que continua total ou parcialmente a existir juridicamente sob outra "roupagem institucional". Portanto, a multa fiscal não se transfere, simplesmente continua a integrar o passivo da empresa que é: a) fusionada; b) incorporada; c) dividida pela cisão; d) adquirida; e) transformada. (Sacha Calmon Navarro Coelho, in Curso de Direito Tributário Brasileiro, Ed. Forense, 9ªed., p.701).

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator): Trata-se de recurso especial interposto por COMPANHIA MULLER DE BEBIDAS, sucessora por incorporação de Indústrias Muller de Bebidas Ltda., com fulcro nas alíneas a, b e c, do permissivo constitucional, contra acórdão prolatado pelo TJ/MG.

Apelação. Ação ordinária..... Por fim, quanto à suposta impropriedade da multa, sustentou que a interpretação dada ao art. 132, do CTN, pela Autora, fere a sistemática do Código, que, em seu art. 129, prevê que os sucessores são responsáveis, também, pelos créditos tributários oriundos de obrigações surgidas em data anterior aos atos da incorporação.

O Juízo monocrático julgou improcedente o pedido formulado na inicial.....No que tange à impossibilidade de cobrança da multa sucessora, entendeu que a interpretação dada pela Autora não estaria correta, sendo que a melhor doutrina tem entendido que a sucessora tem responsabilidade por todas as obrigações referentes ao período anterior à sucessão por incorporação.

O Tribunal Estadual, negou provimento às apelações.

Foram opostos embargos declaratórios, que restaram rejeitados.

Alternativamente, postulou pela exclusão das multas punitivas aplicadas à empresa incorporada, porquanto a empresa sucessora apenas deve responder pelos tributos da sucedida, consoante precedentes jurisprudenciais trazidos à colação para fundamentar o dissídio alegado.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator): O presente recurso versa dois pontos basilares, quais sejam: a).....; b) a questão da sucessão da empresa extinta e a transmissão de obrigações e haveres tributários à empresa que a incorporou.

No tocante ao segundo ponto suscitado, qual seja, a responsabilidade da sucessora- empresa incorporadora - pela multa aplicada à empresa incorporada, impõe-se o conhecimento do recurso, ante o preenchimento dos requisitos de admissibilidade recursal.

Deveras, a questão não é nova nesta Corte Superior, consoante desume-se dos seguintes precedentes:

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. (REsp 1085071/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/05/2009, DJe 08/06/2009)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ARTIGO 159 DO CC DE 1916. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. MULTA TRIBUTÁRIA. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. SUCESSÃO EMPRESARIAL. OBRIGAÇÃO ANTERIOR E LANÇAMENTO POSTERIOR. RESPONSABILIDADE DA SOCIEDADE SUCESSORA. 2. A responsabilidade tributária não está limitada aos tributos devidos pelos sucedidos, mas abrange as multas, moratórias ou de outra espécie, que, por representarem penalidade pecuniária, acompanham o passivo do patrimônio adquirido pelo sucessor. 3. Segundo dispõe o artigo 113, 3º, do CTN, o descumprimento de obrigação acessória faz surgir, imediatamente, nova obrigação consistente no pagamento da multa tributária. A responsabilidade do sucessor abrange, nos termos do artigo 129 do CTN, os créditos definitivamente constituídos, em curso de constituição ou "constituídos posteriormente aos mesmos atos, desde que relativos a obrigações tributárias surgidas até a referida data", que é o caso dos autos. 4. Recurso especial conhecido em parte e não provido. (REsp 959.389/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/05/2009, DJe 21/05/2009).

TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. SUCESSÃO. AQUISIÇÃO DE FUNDO DE COMÉRCIO OU DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL. ART. 133 CTN. TRANSFERÊNCIA DE MULTA. 1. A responsabilidade tributária dos sucessores de pessoa natural ou jurídica (CTN, art. 133) estende-se às multas devidas pelo sucedido, sejam elas de caráter moratório ou punitivo. Precedentes. 2. Recurso especial provido. (REsp 544.265/CE, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/11/2004, DJ 21/02/2005 p. 110).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU FALTA DE MOTIVAÇÃO NO ACÓRDÃO A QUO. EXECUÇÃO FISCAL. EMPRESA INCORPORADORA. SUCESSÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO SUCESSOR. MULTA. ARTS. 132 E 133 DO CTN. PRECEDENTES. (...) 3. 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. 4. Na expressão "créditos tributários" estão incluídas as multas moratórias. 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 especial provido. (REsp 745.007/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/05/2005, DJ 27/06/2005 p. 299)

EXECUÇÃO FISCAL - MULTA MORATORIA - RESPONSABILIDADE DO SUCESSOR. O SUCESSOR TRIBUTÁRIO E RESPONSÁVEL PELA MULTA MORATORIA, APLICADA ANTES DA SUCESSÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (REsp 3.097/RS, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/10/1990, DJ 19/11/1990 p. 13245.)

Com efeito, não é outra a conclusão que desponta de uma interpretação conjunta dos dispositivos legais pertinentes, sitos na Seção II, do Código Tributário Nacional, que versa a Responsabilidade dos Sucessores, in verbis:

"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."

"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."

"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."

Deveras, conquanto os arts. 132 e 133 do CTN refiram-se tão-somente aos tributos devidos pelos sucedidos, se interpretados tais dispositivos conjuntamente com o art. 129, chega-se à conclusão de que a regra naqueles insculpida, aplica-se também aos créditos tributários definitivamente constituídos ou em curso de constituição.

Nesse segmento, tem-se que os "créditos tributários" mencionados no aludido art. 129, na ótica do legislador, compreendem não apenas aqueles decorrentes de tributos, mas também os oriundos de penalidades pecuniárias, consoante desume-se do art. 113, 1º, do Codex Tributário, litteris:

"Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

2º A obrigação acessória decorrente da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária. Nesse sentido, Sacha Calmon Navarro leciona que, in verbis:

*"(...) Na hipótese de sucessão empresarial (fusão, cisão, incorporação), assim como nos casos de aquisição de fundo de comércio ou estabelecimento comercial e, principalmente, nas configurações de sucessão por transformação do tipo societário (sociedade anônima transformando-se em sociedade por cotas de responsabilidade limitada, v.g.), entendemos que não há cogitar do assunto. Nas hipóteses ora versadas, em verdade, inexistente sucessão real, mas apenas legal. O sujeito passivo é a pessoa jurídica que continua total ou parcialmente a existir juridicamente sob outra "roupagem institucional". Portanto, a multa fiscal não se transfere, simplesmente continua a integrar o passivo da empresa que é: a) fusionada; b) incorporada; c) dividida pela cisão; d) adquirida; e) transformada. Assim, se o crédito correspondente à multa fiscal já está constituído, formalizado, à data da sucessão, o "sucessor" - um sub-rogado nos débitos e créditos (ativo e passivo) das sociedades adquiridas, divididas, incorporadas, fusionadas ou transformadas - naturalmente absorve o passivo fiscal existente, inclusive as multas. Aqui comparece ainda uma razão de política fiscal. Se as multas não fossem transferíveis em casos que tais, seria muito fácil apagar multas pelo simples subterfúgio da alteração do tipo societário. Num passe de mágica, pela utilização das "formas" de Direito societário, seriam elididas as sanções fiscais garantidoras do cumprimento dos deveres tributários, o principal e os instrumentais. Ora, o Direito Tributário, na espécie, encontra escora no axioma *societas distat a singulis*, preferindo-o ao "formalismo jurídico". Importa-lhe mais conferir o ativo e o passivo da pessoa sucedida para verificar se entre as contas de débito existem multas fiscais passíveis de serem assumidas pelos "sucessores". 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 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 uma 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 pessoas naturais. Essa regra só não deve prevalecer nas hipóteses de sucessão por alteração do tipo societário (aqui muda apenas a "roupa" societal). Afinal, para ocorrer a sucessão empresarial, os Fiscos são consultados, e são exigidas dezenas de certidões negativas." (in Curso de Direito Tributário Brasileiro, Ed. Forense, 9ª ed., p. 701).

RESOLUÇÃO

Ex positis, NEGO PROVIMENTO ao recurso especial.

Porquanto tratar-se de recurso representativo da controvérsia, sujeito ao procedimento do art. 543-C do Código de Processo Civil, determino, após a publicação do acórdão, a comunicação à Presidência do STJ, aos Ministros dessa Colenda Primeira Seção, aos Tribunais Regionais Federais, bem como aos Tribunais de Justiça dos Estados, com fins de cumprimento do disposto no parágrafo 7.º do artigo 543-C do Código de Processo Civil (arts. 5º, II, e 6º, da Resolução 08/2008).

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

PRIMEIRA SEÇÃO

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Seção, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Hamilton Carvalhido e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 09 de junho de 2010

Carolina Vêras

Secretária .

Pela leitura, acima se constata que o Ministro Luis Fux negou provimento ao Recurso Especial, cujo recorrente é a COMPANHIA MULLER DE BEBIDAS, mantendo a decisão de primeira instância e também a do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em favor do reconhecimento de que a legislação do Código Tributário Nacional autoriza o lançamento de tributos e multas pecuniárias por infração à legislação de ICMS, ainda que o lançamento tenha ocorrido em momento posterior à incorporação de uma empresa por outra.

Assim, concluo que o teor da decisão que o próprio impugnante trouxe à lide faz prova contra a sua linha de argumentação, ficando fartamente demonstrado no próprio recurso analisado, que o mesmo se pautou em diversos recursos precedentes e todos com o mesmo resultado, sustentando posição favorável à pretensão do fisco. A citação do excerto de autoria do Professor Sacha Calmon, em favor da tese do impugnante, em nada alterou o entendimento do Ministro Luis Fux, fartamente avalizado por decisões precedentes no sentido de negar provimento àquele Recurso. Quanto à decisão do Conselho de Contribuintes da Receita Federal, no Acórdão nº 103-20.882, que acatou a posição defendida por parte da doutrina, devo esclarecer, com a devida vênia, que a Conselheira, Dra. Mary Elbe Gomes Queiroz, é uma notável advogada e doutrinadora tributarista, presidente do Instituto Pernambucano de Estudos Tributários – IPET, e que à época, sendo membro do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, fez valer a sua posição doutrinária, que assim como a do também renomado jurista Sacha Calmon, não tem encontrado acolhida entre os magistrados de todas as instâncias judiciais, como foi o caso do Recurso Especial em apreço, que manteve o Acórdão do TJ de Minas Gerais, que por sua vez também manteve a sentença de primeiro grau.

Há de se considerar também, que no cadastro da Secretaria da Fazenda, à época do lançamento tributário, a inscrição estadual do autuado ainda se reportava à empresa incorporada (Avipal), por não haver comunicação e alteração da incorporação no cadastro da SEFAZ, tanto é assim, que o Auto de Infração está lavrado em sistema informatizado em nome da Avipal e não em nome da BRF – BRASIL FOODS. Assim, foi lançada a multa contra a empresa incorporada e não contra a incorporadora.

Por todo o exposto, considero que o autuante agiu estritamente em cumprimento à legislação vigente no Estado da Bahia, assim como, também lastreado nos dispositivos em voga no Código Tributário Nacional, que estão já interpretados por reiteradas decisões do STJ, razão pela qual, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298958.0022/11-0**, lavrado contra **AVIPAL NORDESTE S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$56.974,55**, prevista no art. 42, incisos XI e IX, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios previsto pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de janeiro de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSE LANDIN – RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA