



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo n° 10875.000473/98-12
Recurso n° 222.533 Especial do Procurador
Acórdão n° 9303-01.839 – 3ª Turma
Sessão de 02 de fevereiro de 2012
Matéria Cofins
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado ITAQUÁ REPRESENTAÇÕES COMERCIAIS LTDA.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/07/1992 a 31/08/1993

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL.RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE AFASTADA. PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE. O recurso especial de divergência previsto no Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes/CARF, tem como requisito a demonstração da divergência entre casos com identidade de situações fáticas, comprovada mediante confronto de acórdãos. Se não preenchido o pressuposto, o recurso, nesse aspecto não há de ser admitido.

Recurso Especial do Procurador Não Conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso especial, por falta de divergência.

Otacílio Dantas Cartaxo - Presidente

Maria Teresa Martínez López - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Henrique Pinheiro Torres, Nanci Gama, Júlio César Alves Ramos, Rodrigo Cardozo Miranda, Rodrigo da Costa Pôssas, Francisco Maurício Rabelo de Albuquerque Silva, Marcos Aurélio Pereira Valadão, Maria Teresa Martínez López, Susy Gomes Hoffmann e Otacílio Dantas Cartaxo.

Relatório

Trata-se de Auto de Infração (fls. 45153) lavrado contra empresa extinta em 05/07/1994, intimando como responsável o Sr. Sérgio Manfredi Paese, que tomou ciência em 07/04/1998, relativo à falta de recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, no período de julho/92 a agosto/93.

A decisão guerreada (Ac. 203-10.582), na parte objeto de recurso, possui a seguinte redação:

(...)

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. SUCESSÃO. MULTA DE OFÍCIO. DESCABIMENTO. Não cabe a incidência de multa de ofício nas autuações dirigidas à sucessora para cobrança de tributos da empresa extinta, quando o Auto de Infração é formalizado após a extinção. (...)

A Fazenda Nacional interpõe recurso especial de divergência. Arguiu que o presente julgado era divergente aos Acórdãos n^os 202-14.565 e 202-03.634, cujas ementas adiante transcrevo:

I) "PIS - MULTA. RESPONSABILIDADE POR SUCESSÃO. Responde o sucessor pela multa de natureza fiscal. O direito dos contribuintes às mudanças societárias não pode servir de instrumento à liberação de quaisquer ônus fiscais (inclusive penalidades), ainda mais quando a incorporadora conhecia perfeitamente o passivo da incorporadora."

E;

II) "FINSOCIAL — RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA POR INFRAÇÃO, DO SUCESSOR. A aquisição de estabelecimento comercial ou fundo de comércio implica sucessão, assumindo o sucessor a responsabilidade pelas obrigações tributárias do sucedido, no caso contribuição e multa, nos termos dos artigos 133, inciso I, e 136 do CTN. Ausência de dispositivo legal que exclua a responsabilidade do sucessor por penalidade à infração praticada pelo sucedido. Recurso negado. "

Por meio do Despacho de fls. 310/313, e sob o entendimento de estarem presentes os requisitos de admissibilidade deu-se seguimento ao recurso interposto.

É o relatório.

Voto

Conselheira Maria Teresa Martínez López, Relatora

Por entender caber ao relator do processo, antes de efetuar qualquer apreciação de mérito, efetuar o controle dos requisitos formais de admissibilidade do recurso, entre eles, a verificação se os pressupostos processuais foram devidamente cumpridos, passo à apreciação.

ADMISSIBILIDADE

Este exame preliminar sobre o cabimento do recurso denomina-se juízo de admissibilidade, transposto o qual, em sentido favorável ao recorrente, passará o órgão recursal ao juízo de mérito do recurso.

Dispõem os Regimentos Internos dos então Conselhos de Contribuintes e do CARF, ser cabível recurso especial à CSRF de decisão que tenha dado à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha de outra Câmara de Conselho de Contribuintes ou desta CSRF (Portarias MF nº 55/89, MF nº 147/2007, MF 256/2009).

Entenda-se por divergência a interpretação de maneira diversa a mesma norma a atos iguais.

i) Dos argumentos e fatos apresentados pela PGFN

A Fazenda Nacional interpõe recurso especial de divergência. Traz primeiramente a seguinte ementa :

"FINSOCIAL - RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA E POR INFRAÇÃO, DO SUCESSOR. A aquisição de estabelecimento comercial ou fundo de comércio implica sucessão, assumindo o sucessor a responsabilidade pelas obrigações tributárias do sucedido, no caso contribuição e multa, nos termos dos artigos 133, inciso I, e 136 do CTN. Ausência de dispositivo legal que exclua a responsabilidade do sucessor por penalidade à responsabilidade do sucessor por penalidade à infração praticada pelo sucedido. Recurso negado" (Recurso voluntário n. 079.871, Relator Conselheiro Elio Rothe, sessão de 18/09/90).

Na sequência a PGFN alega:

Esse entendimento foi ratificado no julgamento do acórdão n. 122.172, Relatora a eminente Conselheira Nayra Bastos Manatta, julgado em 25/02/2003. Naquela oportunidade, a Segunda Câmara ora mencionada, por unanimidade de votos quanto a essa questão, decidiu, no que interessa, que "O direito dos contribuintes às mudanças societárias não pode servir de instrumento à liberação de quaisquer ônus fiscais (inclusive penalidades) (...)".

Nesse, mesmo sentido: Recurso n. 121.459, Segundo Conselho de Contribuintes, Segunda Câmara, Relatora Conselheira Luciana Pato Peçanha Martins, sessão de 18/03/03.

Como se vê, prevalece o entendimento jurisprudencial no sentido de que, mesmo em caso de multa aplicada depois da incorporação, a pessoa jurídica sucessora responde não só pelos tributos e juros de mora, como também pela multa de ofício.

(...)

Esse é o único entendimento que se coaduna ao disposto na Lei 6.404/76 sobre a responsabilidade do sucessor, litteris:

"Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

§ 1. A assembléia-geral da companhia incorporadora, se aprovar o protocolo da operação, deverá autorizar o aumento de capital a ser subscrito e realizado pela incorporada mediante versão do seu patrimônio líquido, e nomear os peritos que o avaliarão.

§ 2 A sociedade que houver de ser incorporada, se aprovar o protocolo da operação, autorizará seus administradores a praticarem os atos necessários à incorporação, inclusive a subscrição do aumento de capital da incorporadora.

§ 3 Aprovados pela assembléia-geral da incorporadora o laudo de avaliação e a incorporação, extingue-se a incorporada, competindo à primeira promover o arquivamento e a publicação dos atos da incorporação".

Depreende-se do arcabouço normativo supra que a incorporadora sucede a incorporada em todos os direitos e obrigações, sem exceção.

Junta ao final o AC. 202-03.634 – referente a ementa acima reproduzida, cujos excertos transcrevo a seguir:

(...)

Com efeito, não se verifica a incorreta identificação do sujeito passivo, eis que como identificado no processo de exigência de imposto de renda de pessoa jurídica, devidamente explicitado no anexo Acórdão no 101-78761, da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, pelo voto de seu relator, a autuada adquiriu o estabelecimento comercial e fundo de comércio conforme escritura de compra e venda e emissão de nota fiscal, passando a condição de sucessora da alienante (D. Martins Indústria e Comércio Ltda), que sem deixar de existir de direito, todavia, deixou de explorar a atividade, cessando qualquer exploração comercial ou industrial, apenas não tendo formalizado baixa de seus registros oficiais.

(...)

No caso em exame, à vista dos fatos, a autuada, na qualidade de sucessora, assumiu ativo e passivo da sucedida, Em cujo passivo se incluem as obrigações tributárias, obrigações essas que nos termos do artigo 113 do CTN compreendem tributos e penalidades pecuniárias.

Traz, então, como paradigma o Ac. 202-14.565 cuja ementa está assim redigida, na parte que com este processo pode ter referência:

(...)

PIS - MULTA. RESPONSABILIDADE POR SUCESSÃO.

Responde o sucessor pela multa de natureza fiscal. O direito dos contribuintes às mudanças societárias não pode servir de instrumento à liberação de quaisquer ônus fiscais (inclusive penalidades), ainda mais quando a incorporadora conhecia perfeitamente o passivo da incorporada.

Consta do paradigma citado, tratar-se de incorporação dentro do mesmo grupo. Para tanto, transcrevo excertos do acórdão paradigma:

Após essas considerações, e passando ao exame do caso concreto, constata-se que o Protocolo — Justificação sobre a Incorporação do Acervo acostado à fl. 65, que aprovou a aludida incorporação, explicita as condições em que foi realizado o negócio jurídico, verbis:

"1) As duas sociedades pertencem, direta ou indiretamente, ao mesmo grupo econômico;

2 A Quaker Alimentos Ltda tem seu capital detido, direta ou indiretamente, quase exclusivamente pelo Quaker Brasil Ltda.; (...)

ii) Dos fatos que constam do processo em análise:

Conta do relatório elaborado pela DRJ o que a seguir transcrevo:

No Termo de Verificação de Irregularidade Fiscal, à fl. 44, o autuante informa:

No exercício das funções de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional, em procedimento interno verifiquei que o contribuinte acima identificado, impetrou Medida Cautelar junto à 5ª Vara da Justiça Federal em São Paulo, processo número 92.78999-4, com o fim de questionar a cobrança da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social, em petição datada de 20108192, posteriormente a MM. Juíza Substituta despachou, em 18/03/93, pela admissibilidade do depósito judicial, devidamente atualizado monetariamente, sem prejuízo da cobrança de eventuais diferenças, sem se manifestar sobre a liminar pretendida nos autos (fl. 3).

Desconhecendo-se o andamento posterior da ação, constatei apenas que ocorreu em 23/05/96 a conversão em Renda da união de apenas quatro depósitos, o primeiro ocorrido em 16/03/93 (fls. 2 e 24), em valor nominal aproximado das contribuições dos fatos geradores ocorridos entre julho de 92 e maio de 93, restando comprovadas as insuficiências de recolhimento demonstradas (fls. 45 a 48).

O contribuinte não apresentou nenhuma das DCTFs a que estava obrigado no ano de 1993 (fls. 42 e 43), pois somente os valores devidos a título de Cofins superavam o limite de dispensa de 15.000 Ufis, nos termos da IN nº 68193.

O contribuinte teve deferido seu pedido de baixa em 05/07/94, permanecendo como seu responsável perante a Secretaria da

Receita Federal, a pessoa física acima (Sérgio Manfredi Paese), à época dos fatos diretor-presidente, consoante ata da AGE realizada em 01/07/92, quando ainda denominava-se Pró-Higiene Indústria e Comércio S.A. (fls. 20 e 21). É responsável pelo pagamento do crédito tributário nos termos do parágrafo único do art. 132 e inciso III do art. 135 da Lei nº 5.172/1966, Código Tributário Nacional.¹

Ressalte-se que a referida pessoa física continuou a exploração da atividade econômica exercida por meio desta empresa através da Pró-Higiene Indústria e Comércio de Produtos Higiênicos Ltda., inscrita no CGC sob o nº 72.234.75010001-39, em 12/05/93 (fls. 36 a 38). (grifos, não do original)

iii) Da análise dos fatos:

Importa ressaltar que os acórdãos trazidos pela PGFN, não merecem acolhida, eis que fundamentalmente se referem a situações distintas, quais sejam:

- I) incorporação de empresas ocorrida dentro do mesmo grupo e ;
- II) compra de empresa.

Nenhuma das hipóteses tratadas nos acórdãos paradigmas (incorporação ou compra de empresa) se identifica no caso em análise.

E mais. No caso em julgamento, muito embora a fiscalização se refira a de que a pessoa física tenha continuado a exploração da atividade econômica exercida por meio da empresa Pró-Higiene Ind. e Comércio de Produtos Higiênicos Ltda., é importante observar que a empresa autuada se extinguiu em 05/07/1994 (fls. 36, digital) – com sede em Itaquaquecetuba – São Paulo, quando o responsável tributário já tinha a empresa em Curitiba (Pró Higiene Ind e Com Prod. Higiênicos – constituída em 12/05/93). Não houve de fato e nem de direito a figura da continuidade do empreendimento no mesmo local, com uma nova sociedade.

CONCLUSÃO:

Em não tendo sido comprovada a divergência entre o confronto de acórdãos com a situação fática do processo em análise, não há como se conhecer do recurso especial.

Maria Teresa Martínez López

¹ - a fiscalização atribuiu a responsabilidade ao representante da empresa com base no art. 132 e no art. 135 do CTN. Contudo o art. 135 somente trata dos casos em que o responsável tenha praticado atos com excesso de poderes ou infrações à lei, que foram praticados exorbitando-se das funções societárias, o que de nenhuma forma se adapta à situação tratada no presente processo. Portanto, segundo entendimento desta Conselheira, tal dispositivo não se aplica ao caso em tela, porque nenhuma ação dolosa foi intentada

Processo nº 10875.000473/98-12
Acórdão n.º **9303-01.839**

CSRF-T3
Fl. 344

CÓPIA