



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

Processo n° 11052.000828/2010-59
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1402-001.607 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de março de 2014
Matéria COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS - MULTA DE OFÍCIO - SUCESSÃO
Recorrente NEXANS BRASIL S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007

PROCESSO PRINCIPAL. EXIGÊNCIA MANTIDA. PROCESSOS DECORRENTES.

Mantida a exigência do processo principal, no que se refere aos pontos comuns, os processos decorrentes devem ter o mesmo destino.

LANÇAMENTO. NULIDADE. REQUISITOS LEGAIS PRESENTES.

Não é nulo o auto de infração lavrado por autoridade competente e quando se verificam presentes no lançamento os requisitos exigidos pela legislação tributária.

JUROS DE MORA - TAXA SELIC - SÚMULA Nº 4 DO CARF. Conforme súmula nº 4 do CARF, a partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

MULTA DE OFÍCIO. EXIGÊNCIA DA SUCESSORA POR INFRAÇÃO COMETIDA PELA SUCEDIDA. SOCIEDADES QUE NÃO ESTAVAM SOB CONTROLE COMUM E NÃO PERTENCIAM AO MESMO GRUPO ECONÔMICO. INAPLICABILIDADE.

A responsabilidade tributária da empresa sucessora 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 o fato gerador tenha ocorrido até a data da sucessão. Precedente do STJ no REsp Nº 923.012/MG julgado sob o rito do art. 543-C do CPC. Portanto, se a multa exigida não compunha o patrimônio adquirido pelo sucessor, ou seja, foi aplicada em face da sucedida por infração cometida pela sucessora, e ambas as empresas não pertenciam ao mesmo grupo econômico e não estavam sob controle comum, o crédito

tributário deve ser exonerado. Aplicação, a contrário senso, da Súmula CARF nº 47.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de sobrestamento do julgamento vencidos os Conselheiros Carlos Pelá e Paulo Roberto Cortez. Por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade e de decadência e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso para cancelar a exigência da multa de ofício, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

(assinado digitalmente)

LEONARDO DE ANDRADE COUTO - Presidente

(assinado digitalmente)

FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO - Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Carlos Pelá, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Leonardo de Andrade Couto e Paulo Roberto Cortez.

Relatório

Trata-se de autos de infração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL em razão de suposta compensação indevida de prejuízos fiscais e bases negativas de CSLL. Tais exigências seriam decorrência dos lançamentos consubstanciados no processo nº 18471.000656/2006-45, cujo objeto refere-se à amortização de ágio. A manutenção dessa exigência importaria, por decorrência, a higidez dos tributos exigidos nos presentes autos, uma vez que a pretensa insuficiência de prejuízos fiscais e bases negativas de CSLL advém das glosas efetuadas naquele processo.

O processo foi distribuído inicialmente a então Conselheira Albertina Silva Santos de Lima. Na sessão de 15 de março de 2012, o colegiado resolveu converter os autos em diligência (Resolução nº 1402-00.102).

Por bem refletir o litígio até aquele momento, adoto o relatório de tal resolução, complementando-o ao final com o resultado da diligência realizada:

Trata-se de recurso voluntário contra decisão de primeira instância que considerou o lançamento procedente.

O auto de infração refere-se à exigência do IRPJ, em razão de compensação indevida de prejuízos fiscais, no valor de R\$ 3.634.068,09, relativo ao fato gerador ocorrido em 31.12.2007; também foi exigida a CSLL, por compensação indevida de base de cálculo negativa de períodos anteriores.

Exigiu-se ainda, multa isolada por falta de recolhimento de estimativas de CSLL, do fato gerador de 30.06.2007, no valor de R\$ 20.157,33.

Transcrevo da decisão de primeira instância as matérias discutidas na impugnação:

Os argumentos de defesa apresentados foram em síntese os seguintes:

- é nula a autuação uma vez que não foram esclarecidas as razões que embasaram a conclusão de que teriam ocorrido compensações indevidas de IRPJ e CSLL. Não foi feita qualquer alusão à conduta irregular supostamente adotada;*
- ainda que superada a nulidade, a discussão acerca da compensação indevida, no ano de 2007, dos prejuízos fiscais e das bases negativas da CSLL apuradas em anos anteriores a 2004 é descabida, face a decadência.*
- apesar de o auto de infração fazer referência a 2007, as apurações revistas são aquelas relativas a fatos geradores já atingidos pela decadência;*

• *são corretas as compensações rejeitadas pela auditoria fiscal.;*

• *os prejuízos e bases negativas não acatados têm origem em amortizações de ágio realizadas nos anos de 2001 a 2004, originadas a partir de operação de incorporação, conforme art 386 do RIR/1999;*

• *objetivando comprovar a efetiva existência do ágio referido, bem como de seu fundamento econômico, a interessada juntou aos autos os intitulados "doc 06" e "doc 07"*

• *a matéria que é objeto da lide é conexa com a que é objeto do processo 18471000656/2006-45, que trata da amortização do ágio realizada pela interessada nos anos de 2001 a 2004. Ainda estando, aquele processo, pendente de decisão final na esfera administrativa, incabível seria a formalização e o julgamento da presente autuação;*

• *é incabível, em face do art 128 do CTN, a imposição de multa de ofício à sucessora por incorporação;*

• *conforme jurisprudência firmada, é inconstitucional a aplicação da selic para fins de atualizar créditos tributários.*

A Turma Julgadora proferiu as seguintes ementas:

DECISÃO FINAL NA ESFERA ADMINISTRATIVA.

Procedente o lançamento que decorra de outro já confirmado por decisão definitiva na esfera administrativa

NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Cai por terra a alegação de nulidade na ausência de vícios que resultem em prejuízos às garantias legais

TAXA SELIC. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

Foge ao escopo do julgamento administrativo a apreciação de inconstitucionalidade dos atos integrantes do ordenamento jurídico constituído.

MULTA DE OFÍCIO. INCORPORAÇÃO. RESPONSABILIDADE DOS SUCESSORES.

A sucessora é responsável por todo o crédito tributário da sucedida, nele incluídos tributos e penalidades pecuniárias .

A Turma Julgadora considerou não impugnado o lançamento da multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, bem como, rejeitou a preliminar de nulidade. Também rejeitou a preliminar de decadência, porque

as apurações dos prejuízos de 2001 a 2004, foram alteradas de ofício não por meio do procedimento em foco, mas por meio do processo nº 18471.000656/2006-45.

Afastou a interpretação da interessada quanto ao art. 132 do CTN, que segundo alega a interessada, a liberaria, no presente caso, da multa de ofício, já que lançada relativamente a fatos geradores praticados pela sucedida FICAP S/A, em razão do disposto na Solução de Consulta Interna COSIT 25, de 30.08.2010.

Manteve o lançamento, diante da constatação de que já havia decisão administrativa relativa ao processo administrativo 18471.000656/2006-45: acórdãos 10517.217-9 e 1302-00120, do antigo 1º CC.

A ciência da decisão de primeira instância se deu em 17.03.2011 e o recurso voluntário foi interposto em 14.04.2011.

Argumenta a recorrente que a ausência de indicação dos elementos que tornaram indevidas as compensações de IRPJ e da CSLL praticadas por ela, dá ensejo à nulidade do auto de infração, uma vez que dificultaria a sua defesa.

Alega que no processo administrativo busca-se a verdade material, e que por força dos princípios da estrita legalidade tributária e da tipicidade, compete ao fisco demonstrar o direito ao crédito que pretende exigir.

Acrescenta que existe ainda outro dever que emana do art. 5º, LIV e LV, da CF/88, e que se traduz no respeito ao contribuinte, que tem direito de saber exatamente a infração que lhe está sendo imputada, bem como, as razões que levaram as autoridades fiscais a exigir o tributo e aplicar a sanção, sob pena de ofensa aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório e ao art. 142 do CTN.

Afirma que o fisco federal não indicou os motivos que embasaram a conclusão de que as compensações seriam indevidas, tendo somente examinado a linha 55, da ficha 09, da DIPJ, que indica a compensação de prejuízos fiscais de períodos de apuração anteriores, mais especificamente de 1991 a 2007.

Salienta que a Turma Julgadora se equivocou, pois não haveria coisa julgada administrativa nos autos 18471.000656/2006-45, pois o julgamento ainda estava pendente, conforme certidão (doc. 4).

Entende, que conseqüentemente, a exigibilidade do crédito tributário relativos às compensações de prejuízos fiscais e das bases negativas da CSLL, relativas aos anos-calendários de 2001 a 2005, em discussão nos presentes autos, encontra-se suspensa, nos termos do art. 151, III, do CTN, e em virtude do auto de infração desconsiderar essa suspensão, os lançamentos seriam insubsistentes.

A seguir, discute a decadência do lançamento. Destaca que a discussão a respeito da compensação dos prejuízos fiscais e da base negativa da CSLL é incabível, porque se operou a decadência do direito de o fisco federal glosar os valores apurados anteriormente ao ano-calendário de 2004 e devidamente informados pelos meios cabíveis, uma vez que a ciência dos lançamentos se deu em 13.10.2000, tendo-se verificado a homologação tácita. Citou doutrina e jurisprudência.

Também abordou a impossibilidade de aplicação de multa à recorrente, por ser sucessora da FICAP, porque, segundo o art. 128 do CTN, a sucessora somente é responsável pelos tributos devidos até à data da incorporação, não podendo responder por multas que decorram de condutas praticadas pelas sociedades incorporadas, somente podendo lhes ser exigidos os juros de mora, na hipótese do lançamento ser mantido. Cita jurisprudência e súmula do STF nº 192: "Não se inclui no crédito habilitado em falência a multa fiscal com efeito de pena administrativa".

Discute ainda a imposição da multa de ofício de 75%. Afirma que na verdade, a penalidade aplicada neste caso reveste-se de finalidade arrecadadora, na forma de confisco, o que é vedado pela CF, art. 150, IV; salienta ainda que não cometeu qualquer irregularidade, nem deixou de recolher qualquer parcela de tributo, não havendo motivos para a imposição de multa tão elevada.

A seguir, contesta a exigência da selic, como juros de mora, apesar da posição sumulada pelo extinto 1º CC, e salienta que tendo em vista a real possibilidade de a taxa selic seja considerada inconstitucional, para efeitos tributários, pelo Poder Judiciário, requer a desconsideração da mesma no cômputo do crédito tributário principal.

Aborda ainda a exatidão das compensações dos prejuízos fiscais e das bases negativas da CSLL realizadas pela recorrente.

Afirma que os autuantes não explicaram a origem das discrepâncias, e que, tais prejuízos fiscais e bases negativas da CSLL contestados pelas autoridades fiscais têm origem na legítima amortização de ágio realizada entre os anos-calendário de 2001 a 2005, e que a comprovação da legitimidade da amortização do ágio provocará o integral cancelamento do auto de infração.

Acrescenta que para afastar qualquer dívida a respeito da existência do ágio e do seu fundamento econômico, trouxe à colação: (i) comunicado enviado à CVM do Chile informando do pagamento do ágio, (ii) memorando de informações confidenciais elaborado em julho de 1996, por Bear, Stearns & Co. Inc. que evidencia a projeção de resultados futuros, demonstrando o fundamento econômico, que seriam suficientes para comprovar a legitimidade da amortização do ágio que teve origem em operação de incorporação reversa realizada em

2001.

Após abordar vários aspectos sobre a legitimidade de amortização do ágio, conclui que tendo em vista que a projeção de resultados futuros não foi alcançada, como previsto no laudo de avaliação, não teve alternativa a não ser reconhecer o excesso de amortização na composição dos prejuízos fiscais e base negativa da CSLL, e conseqüentemente, a exigência fiscal seria totalmente desprovida de embasamento fático e jurídico, razão pela qual, deveria ser cancelada.

Em seu voto, assim manifestou-se a ilustre relatora:

O recurso atende às condições de admissibilidade e deve ser conhecido.

Está em discussão lançamentos do IRPJ e da CSLL relativos do ano-calendário de 2007, relativos à glosa de compensação de prejuízos fiscais e da base negativa da CSLL, no valor de R\$ 3.634.068,09, em razão de sua inexistência.

No Termo de Verificação Fiscal consta que a empresa FICAP, CNPJ 73.847.253/0001-79, foi incorporada pela empresa NEXANS, CNPJ 31.860.364/0001-75.

Um dos argumentos da recorrente diz respeito à impossibilidade de aplicação de multa à recorrente, por ser sucessora da FICAP, por entender que nos termos dos artigos 128 e 132 do CTN, a sucessora somente é responsável pelos tributos devidos até à data da incorporação, não podendo responder por multas que decorram de condutas praticadas pelas sociedades incorporadas, somente podendo lhes ser exigidos os juros de mora, na hipótese do lançamento ser mantido.

Sobre esse argumento, a jurisprudência de 2ª instância administrativa é a seguinte:

Acórdão: 1803-00.551, de 05.08.2010:

*MULTA DE OFÍCIO SUCESSÃO POR INCORPORAÇÃO
RESPONSABILIDADE DO SUCESSOR SUCESSÃO ENTRE
EMPRESAS INTEGRANTES DO MESMO GRUPO
EXONERAÇÃO IMPOSSIBILIDADE Tratando-se de sucessão
entre empresas ligadas, coligadas ou controladas, deve se
manter a multa de ofício lançada na empresa incorporada, já
que é manifesta a interveniência da incorporadora nos
procedimentos da incorporada.*

Acórdão 106-17.143, de 05.11.2008:

*MULTA DE OFÍCIO - SUCESSÃO POR INCORPORAÇÃO -
RESPONSABILIDADE DO SUCESSOR - SUCESSÃO ENTRE
EMPRESAS COLIGADAS E CONTROLADAS -*

EXONERAÇÃO -IMPOSSIBILIDADE - Tratando-se de sucessão entre empresas ligadas, coligadas ou controladas, deve-se manter a multa de ofício lançada na empresa incorporada, já que é manifesta a interveniência da incorporadora nos procedimentos da incorporada, notadamente quando é patente a presença de empresas do grupo econômico na operação financeira que culminou com o procedimento fiscal

CSRF/01-05.894, de 23.06.2008:

MULTA DE OFÍCIO - INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE SOB CONTROLE COMUM: A interpretação do artigo 132 do CTN, moldada no conceito de que a pena não deve passar da pessoa de seu infrator, não pode ser feita isoladamente, de sorte a afastar a responsabilidade do sucessor pelas infrações anteriormente cometidas pelas sociedades incorporadas, quando provado nos autos do processo que as sociedades, incorporadora e incorporadas, sempre estiveram sob controle comum.

Essas ementas estão sendo citadas apenas para que se entenda o contexto da diligência a seguir proposta, e não significa qualquer antecipação de julgamento. As demais matérias serão apreciadas quando do retorno da diligência.

Na DIPJ relativa ao ano-calendário de 2008, apresentada em 15.10.2009 (constante do processo 11052.000872/2010-69 que também está em julgamento na presente sessão), consta como acionista da pessoa jurídica FICAP S/A, CNPJ 73.847.253/0001-79, com 100% das ações, a pessoa jurídica NEXANS Brasil S/A, CNPJ 31.860.364/0001-75. Nesse mesmo processo encontra-se cópia da DIPJ do ano-calendário de 2005, onde consta como acionista Metal Overseas S/A com sede nas ilhas Cayman.

Tendo em vista que os lançamentos se referem ao fato gerador de 31.12.2007, e tendo em vista que a DIPJ desse ano-calendário que integra estes autos não está completa, necessário se torna a conversão do julgamento em diligência para que a autoridade fiscal informe:

- a) quando da ocorrência do fato gerador, em 31.12.2007, quem eram os acionistas da empresa FICAP, CNPJ 73.847.253/0001-79?*
- b) quando a empresa Nexans, CNPJ 31.860.364/0001-75, incorporou a empresa FICAP, CNPJ 73.847.253/0001-79?*
- c) os acionistas da empresa FICAP na data da ocorrência do fato gerador, pertenciam ao mesmo grupo econômico da empresa incorporadora?*

A autoridade fiscal poderá realizar as diligências que forem necessárias e deverá elaborar relatório conclusivo a ser cientificado à interessada, que poderá se manifestar se entender necessário.

Conforme requerido em resolução, assim manifestou-se a autoridade fiscal responsável pela diligência:

Requer o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) às fls. 252/258 que a Fiscalização informe:

a) quando da ocorrência do fato gerador, em 31.12.2007, quem eram os acionistas da empresa FICAP, CNPJ 73.847.253/0001-79?

b) quando a empresa Nexans, CNPJ 31.860.364/0001-75, incorporou a empresa FICAP, CNPJ 73.847.253/0001-79?

c) os acionistas da empresa FICAP na data da ocorrência do fato gerador, pertenciam ao mesmo grupo econômico da empresa incorporadora?

Com relação ao item a, 100% (cem por cento) do capital da FICAP pertencia à empresa Metal Overseas S/A (CNPJ 05.707.715/0001-00), localizada nas Ilhas Cayman (cf. Ficha 50 da DIPJ2008).

Com relação ao item b, a incorporação da FICAP pela NEXANS ocorreu em 23/07/2009 (cf. DIPJ2009 de incorporação transmitida em 21/05/2010).

*Com relação ao item c, na data de ocorrência do fato gerador, ou seja, 31/12/2007, a NEXANS tinha como sócios a empresa Nexans Participations (CNPJ 05.715.368/0001-50), localizada na França, com 99,97% do capital, e o Sr. Bernard Jean Jeux, com 0,03% do capital (cf. Ficha 50 DIPJ2008). **Desta forma, é possível afirmar que a FICAP não pertencia, em 31/12/2007, ao mesmo grupo econômico da incorporadora NEXANS.** [grifo nosso]*

Às fls. 293-294, o Recorrente manifestou-se sobre o resultado da diligência, concordando com suas conclusões.

É o relatório.

Voto

O recurso voluntário já foi alvo de conhecimento quando o colegiado resolveu converter o julgado em diligência.

PRELIMINARES

NULIDADE

Alega a Recorrente que a autuação seria nula, haja vista a inexistência de fundamentação às conclusões de que teriam ocorrido compensações indevidas de IRPJ e CSLL.

Entendo não assistir razão à Recorrente.

A nulidade no processo administrativo fiscal é regulada pelos arts. 59 a 61 do Decreto 70.235, de 06 de março de 1972, e alterações posteriores, abaixo transcritos:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1.º. A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.

§ 2.º. Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3.º. Quando puder decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Acrescido pelo art. 1.º da Lei n.º 8.748/1993)

*Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior **não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo**, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio. (grifo nosso)*

Art. 61. A nulidade será declarada pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade.

No caso concreto não há qualquer dúvida quanto à ausência de prejuízo ao contribuinte, tanto que, já em sede de impugnação defendeu-se plenamente, despendendo com clareza e qualidade, todos os argumentos necessários ao pleno exercício de sua defesa.

Portanto, no caso em concreto, não há que se falar em cerceamento de defesa, não havendo qualquer prejuízo ao pleno exercício do contraditório e ampla defesa, aliás, prejuízo esse primordial à caracterização de nulidade, conforme apregoa o art. 60 do Decreto nº 70.235/72: “As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior **não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo**”.

Ainda a respeito do caso concreto, perfeitas as conclusões da decisão recorrida, as quais merecem sua transcrição:

Vale frisar: se cabe à Fazenda o ônus de comprovar a existência de valores porventura subtraídos à tributação – (omissão de receitas), incumbe ao sujeito passivo demonstrar a legitimidade dos saldos que atuem reduzindo sua base tributável, não havendo, por este motivo, insuficiência na descrição de fatos que meramente se refere a “ausência de saldo” quando a interessada tenha sido, como foi, instada a indicar a origem de bases negativas que utilizou – (inexistentes, conforme os arquivos eletrônicos da RFB) e, apesar de questionada, tenha se mantido inerte.

Registro ainda que apenas em sede de impugnação, apesar de alegar desconhecer os fundamentos da glosa de que foi objeto, a interessada, em comportamento diverso daquele que adotou ao longo da auditoria, indicou a origem dos saldos negativos que compensou em 2007: segundo informa, os valores que reduziram a base tributável do ano em questão referem-se a prejuízos apurados nos anos de 2001 a 2004, glosados mediante autuação formalizada no processo administrativo 18471000656/2006-45, cujo trâmite, segundo consta, ofertou todas as garantias legais.

Assim sendo, sob os aspectos formais, não há qualquer mácula no auto de infração lavrado.

No mais, o agir da autoridade fiscal se deu no desempenho das funções estatais, de acordo com as normas legais e com respeito a todas as garantias constitucionais e legais dirigidas aos contribuintes.

Portanto, deve ser afastada a arguição de nulidade.

DECADÊNCIA

Alega a Recorrente haver decadência em razão de glosa de prejuízos fiscais/bases negativas formados há mais de 5 anos da data do lançamento.

Mais uma vez discordo. Ora, a glosa de despesas, que, como consequência, reduziu também o saldo de prejuízos fiscais e bases negativas para compensações futuras, deu-se no processo 18471.000656/2006-45 e a discussão sobre sua correção deve se dar no âmbito daquele procedimento.

Desse modo, rejeito a arguição de decadência.

MÉRITO

DA EXIGÊNCIA DOS TRIBUTOS E JUROS – INSUFICIÊNCIA DE PREJUÍZOS FISCAIS E BASES NEGATIVAS DE CSLL

Conforme constam nos registros eletrônicos da RFB, em relação ao período de 2001 a 2004, houve glosa dos prejuízos fiscais e bases negativas de CSLL informados nas declarações de rendimentos dos anos dos respectivos períodos.

Conforme narra a Recorrente, seriam estas bases negativas, objeto de glosas anteriores, que culminaram com a exigência relativa ao ano-calendário de 2007.

As glosas efetuadas anteriormente foram originadas no processo nº 18471.000656/2006-45, e referiam-se a glosas de amortização de ágio. Mantendo-se a exigência naqueles autos, por decorrência, restam convalidadas as glosas de prejuízos fiscais e bases negativas de CSLL levadas a efeito nos presentes autos, uma vez que não se admite a rediscussão do tema nos presentes autos, devendo-se respeitar a decisão já prolatada sobre o tema.

De fato, à época da decisão recorrida, ainda não havia, no processo principal, decisão definitiva, e ainda não o há. O lançamento foi mantido em sua integralidade por meio do acórdão 105-17.217-9, do antigo Conselho de Contribuintes. Houve oposição de embargos, e por meio do acórdão 1302-00120 os mesmos não foram conhecidos em razão de intempestividade. Opostos novos embargos, novamente foram objeto de não conhecimento por parte da 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da Primeira Seção do CARF (acórdão 1302-001.233).

Compulsando o processo digital, constatei que o contribuinte ainda não foi formalmente cientificado do último acórdão prolatado.

Contudo, não há que se aguardar a decisão definitiva daquele processo para prosseguimento no julgamento da presente exigência. Havendo acórdão no âmbito do CARF não há que se sobrestar o julgamento, tal qual ocorreria se ambos os processos fossem julgados em conjunto.

Assim sendo, mantidas as glosas de amortização de ágio, permanece hígida a conclusão do Fisco quanto à insuficiência de prejuízos fiscais e bases negativas de CSLL, devendo ser mantida a exigência dos tributos e juros lançados.

DA RESPONSABILIDADE DA SUCESSORA – MULTA DE OFÍCIO

Conforme relatado, em atendimento à Resolução deste colegiado, assim concluiu a autoridade fiscal: “**Desta forma, é possível afirmar que a FICAP não pertencia, em 31/12/2007, ao mesmo grupo econômico da incorporadora NEXANS.**”

A questão diz respeito à exigibilidade da multa de ofício aplicada sobre sucessora relativa a infração cometida pela sucedida, mas somente cominada pelo Fisco após a data da reestruturação societária.

Por muito tempo a questão suscitou profundas discussões, em especial se prevaleceria a literalidade do disposto no art. 132 do CTN, o qual dispõe que a responsabilidade da sucessora somente diz respeito aos tributos devidos pela sucedida, ou se a interpretação de tal dispositivo deveria levar em consideração o art. 129 do Estatuto Tributário, qual seja, a responsabilidade diria ao respeito ao crédito tributário devido pelo sucedido, o que implicaria, por consequência, a responsabilidade dos sucessores também por penalidades aplicadas aos sucedidos.

Pois bem, o STJ, no julgamento do REsp nº 923.012/MG sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC) dirimiu de forma definitiva a questão, de forma que, a teor do que dispõe o art. 62-A do RICARF, importa em adoção obrigatória da mesma tese pelos membros deste Colegiado. Por oportuno, transcreve-se a seguir excerto da ementa do julgado em questão:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. RESPONSABILIDADE POR INFRAÇÃO. SUCESSÃO DE EMPRESAS. [...]

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, 9ª ed., p. 701)*

[...]

9. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (Resp 923.012/MG, 1ª Seção, Relator Ministro Luiz Fux, sessão de 09 de junho de 2010)

Confesso que, tanto pelo teor da ementa, quanto pelos fundamentos do voto condutor do aresto, embora tenha me convencido de que a responsabilidade dos sucessores também se estende às multas punitivas, restou-me uma parcela de dúvida quanto à extensão dessa responsabilidade em relação a multas aplicadas após a data da sucessão, ainda que diga respeito, por óbvio, a fatores geradores anteriores à mesma data. Isso porque o voto do M.D. Ministro Luiz Fux, por diversas vezes, faz menção de continuidade de integração das multas punitivas ao passivo da empresa sucedida. O meu ponto de indagação dizia respeito a como poderia continuar a integrar o passivo da empresa sucedida penalidade aplicada após a sua extinção. Contudo, compulsando os precedentes citados no voto do julgado em questão restou evidente que o entendimento fixado pelo Tribunal da Cidadania impõe à sucessora o ônus de responder pelas multas punitivas aplicadas a fatos geradores anteriores à sucessão, ainda que tal cominação se dê após tal interregno. Nesse sentido, transcrevo trecho do voto que fundamenta o decidido no REsp nº 959.389/RS, citado como precedente pelo Ministro Luiz Fux:

A questão a ser dirimida refere-se à responsabilidade da empresa sucessora pela multa aplicada à sucedida em razão de descumprimento de obrigação acessória, que, muito embora se refira a período anterior à sucessão, somente foi objeto de lançamento após a constituição da nova sociedade. (grifos nossos)

Importa consignar, de início, que a partir do descumprimento da obrigação acessória surge, imediatamente, nova relação obrigacional entre o Fisco e o sujeito passivo cujo objeto refere-se à prestação pecuniária, nos termos do artigo 113, § 3º do CTN: "§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária."

No mesmo sentido, a lição de Hugo de Brito Machado: "[n]a verdade o inadimplemento de uma obrigação acessória não a converte em obrigação principal. Ele faz nascer para o fisco o direito de constituir um crédito tributário contra a inadimplente, cujo conteúdo é precisamente a penalidade pecuniária, vale dizer, a multa correspondente " (Curso de Direito Tributário. São Paulo: Malheiros. 26 ed. pg. 135). Reitere-se, a obrigação principal nasce simultaneamente ao inadimplemento da obrigação acessória, muito embora o lançamento ocorra posteriormente.

O regramento da responsabilidade dos sucessores recebe o influxo direto do artigo 129 do CTN que determina: "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."

Conclui, então, Kiyoshi Harada: "...as normas disciplinadoras da sucessão da responsabilidade tributária alcançam os créditos tributários decorrentes de obrigações tributárias surgidas antes do fato ensejador da sucessão " (Direito Financeiro e Tributário. São Paulo: Atlas. 10 ed. pg. 432). O que importa, como bem

alertado por Hugo de Brito Machado, "é saber a data da ocorrência do fato gerador" (op. cit. pg. 160). Tratando-se de obrigação existente antes da sucessão, nos termos do artigo 129 do CTN, a responsabilidade pode ser atribuída ao sucessor.

[...]

Portanto, tratando-se de obrigação anterior à sucessão empresarial, a responsabilidade é transferida à sucessora, mesmo que a constituição do crédito seja posterior ao ato, nos termos do artigo 129 do CTN.

(RECURSO ESPECIAL Nº 959.389/RS, 2ª Turma do STJ, Relator Ministro Castro Meira, sessão de 07 de maio de 2009).

Portanto, se a penalidade não compunha o passivo da sucedida, como no presente caso, em que foi cominada já na sucessora por infração cometida pela sucedida, a exigência, em princípio, não deve prevalecer.

Em princípio porque, no âmbito do CARF, consolidou-se o entendimento de que a responsabilidade por multas persistirá se a sucessão ocorrer entre empresas do mesmo grupo ou sob controle comum (aplicação a contrário senso da Súmula CARF nº 47). Contudo, no caso dos autos, a sucessão se deu entre empresas sem qualquer ligação societária, implicando a inexistência das multas aplicadas.

Desse modo, voto por cancelar as multas de ofício cominadas.

TAXA SELIC

Finalmente, no que se refere à alegada inaplicabilidade da Taxa SELIC como juros de mora, aplica-se a Súmula nº. 4 do CARF:

Súmula CARF nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Processo nº 11052.000828/2010-59
Acórdão n.º 1402-001.607

S1-C4T2
Fl. 337

CONCLUSÃO

Isso posto, voto por não acolher as arguições de nulidade e decadência, e, no mérito, por dar parcial provimento ao recurso, cancelando a exigência das multas de ofício.

(assinado digitalmente)

FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO - Relator

CÓPIA