



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

Processo nº 11052.000828/2010-59
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 1402-001.788 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de agosto de 2014
Matéria COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS - MULTA DE OFÍCIO - SUCESSÃO
Embargante FAZENDA NACIONAL
Interessado NEXANS BRASIL S/A

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACOLHIMENTO PARA SANAR CONTRADIÇÃO PRESENTE.

Constatada a existência de contradição ou dúvida quanto aos fundamentos do voto condutor do aresto, acolhem-se os embargos para fins sanar e esclarecer a decisão.

MULTA DE OFÍCIO. EXIGÊNCIA DA SUCESSORA POR INFRAÇÃO COMETIDA PELA SUCEDIDA. DATA DA COMINAÇÃO DE PENALIDADE. DESINFLUÊNCIA.

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.

Tanto o tributo quanto as multas a ele associadas pelo descumprimento da obrigação principal fazem parte do patrimônio (direitos e obrigações) da empresa incorporada que se transfere ao incorporador, de modo que não pode ser cingida a sua cobrança, até porque a sociedade incorporada deixa de ostentar personalidade jurídica.

O que importa é a identificação do momento da ocorrência do fato gerador, que faz surgir a obrigação tributária, e do ato ou fato originador da sucessão, sendo desinfluyente, como restou assentado no aresto embargado, que esse crédito já esteja formalizado por meio de lançamento tributário, que apenas o materializa. Inteligência dos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 923.012-MG julgado sob o rito do art. 543-C do CPC. Entendimento que deve ser reproduzido neste Conselho por força do art. 62- A do Regimento Interno do CARF.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Processo nº 11052.000828/2010-59
Acórdão n.º **1402-001.788**

S1-C4T2
Fl. 356

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, acolher os embargos de declaração com efeitos infringentes para retificar o Acórdão nº 1402-001.607, negar provimento ao recurso e restabelecer a exigência da multa de ofício. Vencidos os Conselheiros Carlos Pelá, Moisés Giacomelli Nunes da Silva e Paulo Roberto Cortez.

Embargos Acolhidos.

Recurso Voluntário Negado.

(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.

Em julgamento na sessão de 12 de março de 2014, esse colegiado, por meio do acórdão 1402-001.607 deu provimento parcial ao recurso voluntário, exonerando as multas de ofício cominadas, assim concluindo, com base no decidido no REsp 932.012/MG, julgado na forma do art. 543-C do CPC:

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 sensu da Súmula CARF nº 47).

Contudo, no caso dos autos, a sucessão se deu empresas sem qualquer ligação societária, implicando a inexigibilidade das multas aplicadas.

Intimada, a Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou embargos de declaração.

Designado para pronunciar-me sobre a admissibilidade dos embargos, assim, concluí:

Alega a embargante que o acórdão contém contradição que necessita ser suprida pelo colegiado.

A questão controvertida diz respeito à exigência de multa de ofício da sucessora por infrações cometidas pela sucedida. A exigência foi formulada diretamente contra a sucessora, uma vez que cominada somente após a data da sucessão.

No julgamento do recurso voluntário, o excerto da ementa referente à matéria objeto de embargos recebeu a seguinte redação:

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.

Segundo a embargante, o paradigma contido no REsp nº 923.012/MG julgado sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do Código de Processo Civil) e os próprios fundamentos do voto condutor do aresto embargado permitiriam a cobrança de penalidade da sucessora, mesmo que cominada após a sucessão e por infração cometida pela sucedida. Contudo, a conclusão do julgado teria se dado em sentido diverso, limitando a hipótese de cobrança de penalidade caso ela já compusesse o passivo da sucedida no momento da sucessão.

Em suma, são esses os argumentos entabulados pela embargante.

Passo à análise do preenchimento dos pressupostos para sua admissibilidade.

DOS PRESSUPOSTOS PARA ADMISSIBILIDADE DOS EMBARGOS

Nos termos do art. 65, § 2º, do Regimento Interno do CARF - RICARF fui designado para me pronunciar sobre a admissibilidade dos embargos opostos.

Pois bem, dispõe o art. 65 do RICARF que “Cabem embargos de declaração quando o acórdão contiver obscuridade, omissão ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se a turma.”

Os embargos opostos mostram-se tempestivos.

Analizando aos pontos levantados pela embargante, entendo assistir-lhe razão, conforme discorre-se a seguir.

De fato, o voto apresenta contradição, fundamentando suas razões de decidir com base na possibilidade de aplicação de penalidade diretamente na sucessora por fatos geradores praticados pela sucedida, mas concluindo de forma divergente, conforme se pode observar do seguinte excerto do julgado:

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 inexigibilidade das multas aplicadas.

Isso posto, proponho ao Presidente da 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção do CARF que os embargos sejam admitidos, devolvendo-me os autos para relato e inclusão em pauta de julgamento.

O I. Presidente desta turma aprovou o despacho, admitindo os embargos e, ato contínuo, retornando-me os autos para relato e inclusão em pauta de julgamentos.

É o relatório.

Voto

Conselheiro FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Relator.

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

Conforme relatado no acórdão embargado, 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.

Citei o precedente do STJ no REsp nº 923.012/MG, julgado sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), para, analisando um dos precedentes citados pelo I. Relator Ministro Fux, a saber, REsp nº 959.389/RS, concluir que, como a penalidade não compunha o passivo da sucedida, a sucessora não responderia pela multa de ofício.

Contudo, no julgamento dos embargos de declaração no mesmo REsp nº 923.012/MG, repita-se, julgado como recurso repetitivo, assim concluiu o STJ

[...]

4. Quanto à responsabilidade do sucessor pelas multas (moratórias ou punitivas), observe-se que o ordenamento jurídico tributário admite o chamamento de terceiros para arcar com o pagamento do crédito tributário, na forma dos arts. 128 e seguintes do CTN, sendo expresso o art. 132 do CTN ao dispor:

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 a data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.

5. Ora, a incorporação, nos termos da legislação pátria (art. 227 da Lei 6.404/76 e art. 1.116 do CC/32) é a absorção de uma ou várias sociedades por outra ou outras, com a extinção da sociedade incorporada, que transfere integralmente todos os seus direitos e obrigações para a incorporadora.

6. Entende-se que tanto o tributo quanto as multas a ele associadas pelo descumprimento da obrigação principal fazem parte do patrimônio do contribuinte incorporado que se transfere ao incorporador, de que modo que não pode ser cingida a sua cobrança, até porque a sociedade incorporada deixa de ostentar personalidade jurídica.

7. Por fim, o art. 129 do CTN estabelece que a transferência da responsabilidade por sucessão aplica-se, por igual, aos créditos tributários

já 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.

8. *O que importa, portanto, é a identificação do momento da ocorrência do fato gerador, que faz surgir a obrigação tributária, e do ato ou fato originador da sucessão, sendo desinfluyente, como restou assentado no aresto embargado, que esse crédito já esteja formalizado por meio de lançamento tributário, que apenas o materializa. [grifei]*

Ora, tendo o STJ pacificado o entendimento de que é desinfluyente se o crédito tributário estava ou não formalizado por meio de lançamento, e reforçado que a sucessora responde pelo crédito tributário devido pelas sucedidas, inclusive as multas, e considerando-se que o julgamento na forma do art. 543-C do CPC vincula os membros deste colegiado (art. 62-A do RICARF), adoto tal posicionamento, votando pela possibilidade de exigência da multa da sucessora, restando superada a limitação trazida pela Súmula CARF nº 47.

Em atenção aos debates surgidos na sessão de julgamento, esclareço que, embora alguns dos precedentes citados no caso paradigma, de fato, limitem a manutenção da exigência da penalidade aos lançamentos realizados até a data da sucessão, nos embargos declaratórios ficou-se evidente que não importa a data de formalização do lançamento, se antes ou após a data de sucessão, sendo importante identificar a data da ocorrência do fato gerador.

Isso porque, por exemplo, em caso de cisão parcial, os fatos geradores praticados pela empresa cindida que permaneceu em atividade deverão ser cobrados da própria pessoa jurídica, não havendo que se falar em responsabilidade de sucessores.

Além disso, ao citar como um de seus fundamentos o art. 113, § 1º, do CTN, o I. Relator do processo paradigma deixa transparecer que a obrigação tributária surge com a ocorrência do fato gerador, sendo que o lançamento somente materializa tal obrigação (crédito tributário).

Ademais, entre os precedentes citados também há ao menos um que claramente possibilita a cobrança de penalidade desde que o fato gerador tenha ocorrido até a data da sucessão, ainda que formalizado o lançamento posteriormente. Veja-se, por exemplo, o REsp nº 959.389, cuja ementa recebeu a seguinte redação:

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.
1. Não se conhece do recurso especial se a matéria suscitada não foi objeto de análise pelo Tribunal de origem, em virtude da falta do requisito do prequestionamento. Súmulas 282 e 356/STF.
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.

E, no fechamento do voto condutor do aresto precedentes em questão, ficou ainda mais evidente o entendimento firmado, *verbis*:

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.

A bem da verdade, o próprio item 1 da ementa do REsp nº 923.012 (recurso repetitivo), já deixava evidente tal exegese:

*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.** [grifei]*

Por fim, tal entendimento, embora novo em face do resultado dos embargos, não é novidade nesta Casa. Como exemplo, cito o acórdão nº 2402-004.008, cuja ementa, no excerto que nos interessa, recebeu a seguinte redação:

INCORPORAÇÃO. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. AUTORIZAÇÃO PENDENTE PELO BANCO CENTRAL DO BRASIL. MULTAS MORATÓRIAS OU PUNITIVAS. RESPONSABILIDADE. RESP Nº 923012/MG, JULGADO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. ART. 62- A DO REGIMENTO INTERNO DO CARF.

Na pendência da autorização de que trata a Lei nº 4.595/64, art. 10, X, "c", a incorporação não pode ser considerada concretizada para todos os fins de direito, não havendo, portanto, que se falar em ausência de responsabilidade da multa por sucessão.

Ainda que assim não fosse, o STJ já concluiu, no REsp nº 923012/MG, julgado sob o rito do art. 543- C do CPC, integrado pelo julgamento dos respectivos embargos declaratórios (EDcl no REsp 923012/MG), que 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, sendo desinfluyente que esse crédito já esteja formalizado por meio de lançamento tributário, que apenas o materializa. Entendimento que deve ser reproduzido neste Conselho por força do art. 62- A do Regimento Interno do CARF. [grifei]

Processo nº 11052.000828/2010-59
Acórdão n.º **1402-001.788**

S1-C4T2
Fl. 363

Isso posto, voto no sentido de acolher os embargos de declaração com efeitos infringentes para retificar o Acórdão nº 1402-001.607, negar provimento ao recurso e restabelecer a exigência da multa de ofício.

(assinado digitalmente)

FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO - Relator