



Processo nº	11516.008286/2008-43
Recurso	Voluntário
Acórdão nº	2401-010.735 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de	08 de dezembro de 2022
Recorrente	MAKENJI ADMINISTRACAO E COMERCIO LTDA
Interessado	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/2006 a 31/12/2006

LANÇAMENTO. NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. CONTRADITÓRIO. AMPLA DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Tendo o fiscal autuante demonstrado de forma clara e precisa os fatos que suportaram o lançamento, oportunizando ao contribuinte o direito de defesa e do contraditório, bem como em observância aos pressupostos formais e materiais do ato administrativo, nos termos da legislação de regência, especialmente artigo 142 do CTN, não há que se falar em nulidade do lançamento.

COMPETÊNCIA DA AUTORIDADE FISCAL. SÚMULA CARF N° 27.

O Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil possui a atribuição legal de fiscalizar e de constituir o crédito tributário pelo lançamento, independentemente do domicílio fiscal ou da localização dos estabelecimentos do contribuinte.

SUCESSÃO POR INCORPORAÇÃO. IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. NULIDADE AUSENTE.

Tanto a empresa incorporada, na condição de contribuinte, quanto a empresa incorporadora, na condição de responsável tributário, figuram no polo passivo da obrigação tributária relativa a fatos anteriores a incorporação.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. INFORMAÇÕES PRESTADAS EM GFIP. GLOSA DE COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE.

As informações prestadas em GFIP, não obstante ser instrumento de confissão, não retira da Administração Tributária o seu dever de efetuar o lançamento de ofício, quando constatar irregularidade na declaração apresentada pelo contribuinte.

GLOSA DE COMPENSAÇÃO. CESSÃO DE CRÉDITOS. AÇÃO JUDICIAL.

A aquisição de direito de crédito de terceiros em ação judicial, transferido mediante cessão, não autoriza o adquirente utilizar-lo para fins de compensação com os tributos da Seguridade Social, enquanto pendente o processo de liquidação judicial e sua regular homologação no feito.

A compensação, ainda que decorrente de ação judicial, não afasta da Administração Tributária o direito de fiscalizar a regularidade do procedimento adotado pelo sujeito passivo.

RESPONSABILIDADE DOS SUCESSORES. SUCESSÃO DE EMPRESAS. MULTA DE OFÍCIO EXIGIDA DA EMPRESA SUCESSORA. SÚMULA CARF N° 113.

A responsabilidade tributária do sucessor abrange, além dos tributos devidos pelo sucedido, as multas moratórias ou punitivas, desde que seu fato gerador tenha ocorrido até a data da sucessão, independentemente de esse crédito ser formalizado, por meio de lançamento de ofício, antes ou depois do evento sucessório.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier – Presidente

(documento assinado digitalmente)

Rayd Santana Ferreira – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: José Luis Hentsch Benjamin Pinheiro, Rayd Santana Ferreira, Renato Adolfo Tonelli Junior, Matheus Soares Leite, Wilderson Botto (suplente convocado) e Miriam Denise Xavier.

Relatório

MAKENJI ADMINISTRACAO E COMERCIO LTDA, contribuinte, pessoa jurídica de direito privado, já qualificada nos autos do processo em referência, recorre a este Conselho da decisão da 5^a Turma da DRJ em Florianópolis/SC, Acórdão n.º 07.18.236/2009, às e-fls. 635/660, que julgou procedente o lançamento fiscal, concernente às contribuições previdenciárias compensadas indevidamente, em relação ao período de 02/2006 a 12/2006, conforme Relatório Fiscal, às fls. 54/58 e demais documentos que instruem o processo, consubstanciado no DEBCAD n.º 37.002.543-1.

Conforme consta do Relatório Fiscal, a empresa Makenji Administração e Comércio recolheu parcialmente as contribuições sociais, em virtude de compensações realizadas indevidamente por meio de aquisição de créditos previdenciários da empresa

SERVPORT — Serviços Portuários e Marítimos Ltda., CNPJ 42.361.972/0001-51, conforme escritura pública que junta no Anexo I.

Relata que a compensação é indevida em face da auditoria realizada na empresa SERVPORT, na qual se constatou a inexistência de créditos, conforme Memorando nº 771/2006 — MPS/SRP/DEFIS/CGAUD, que faz parte do Anexo II.

Cita que as compensações estão escrituradas na contabilidade da empresa na conta 1.1.2.1.5.012 — INSS a Recuperar, conforme demonstrado no Anexo III.

A autoridade lançadora relata que as compensações foram informadas em Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações Previdência Social (GFIP), conforme amostragem do Anexo IV.

Informa, ainda, que a empresa foi incorporada por MKJ Importação e Comércio Ltda., e que a auditoria teve inicio em 17/03/2008, antes da formalização da incorporação levada a registro na Junta Comercial do Estado de Santa Catarina (JUCESC) em 21/08/2008.

A contribuinte, regularmente intimada, apresentou impugnação, requerendo a decretação da improcedência do feito.

Por sua vez, a Delegacia Regional de Julgamento em Florianópolis/SC entendeu por bem julgar procedente o lançamento, conforme relato acima.

Regularmente intimada e inconformada com a Decisão recorrida, a autuada, apresentou Recurso Voluntário, às e-fls. 663/690, procurando demonstrar sua improcedência, desenvolvendo em síntese as seguintes razões:

Após breve relato das fases processuais, bem como dos fatos que permeiam o lançamento, repisa às alegações da impugnação, motivo pelo qual adoto o relato da decisão de piso, vejamos:

Alega que a extinta empresa Makenji Administração e Comércio Ltda., CNPJ 03.514.756/0001-47, em data de 15/04/2008, recebeu o Termo de Início de Ação Fiscal (TIAF), relativo ao período de 07/2005 a 12/2007.

Diz que no decorrer da fiscalização a empresa finalizou o processo de incorporação pela ora impugnante, tendo tal fato sido informado à autoridade fiscal em 27/10/2009, com apresentação da documentação societária.

Fala que houve a baixa do CNPJ, que retroagiu à data de 21/02/2008, antes do inicio da fiscalização.

Aduz, que a despeito da incorporação deslocar a competência funcional para o domicílio fiscal da incorporadora — São Paulo -, a autoridade fiscal continuou a ação fiscal, lavrando auto de infração com lançamento de débitos de contribuição previdenciária, decorrente de glosa de compensação, ora discutido.

Cita que os débitos foram em sua totalidade declarados em GFIP e compensados com créditos de mesmo tributo, respaldada em decisão transitada em julgado.

Diz que o ato fiscal é nulo, posto que, incorporada e dado baixa na empresa, esta deixou de existir juridicamente, portanto, há ilegitimidade passiva.

Mostra que na identificação do contribuinte constou no Auto de Infração o nome da incorporadora MKJ IMPORT E COM LTDA SUCESSORA DE MAKENJI AD. E COM L. e nos demais dados o endereço e CNPJ da empresa extinta.

Alega que, apesar de constar equivocadamente como empresa em situação "ativa", é incontrovertido que a pessoa jurídica apontada como sujeito passivo da obrigação tributária já estava extinta por incorporação, tal como prevê o art. 1.118 do Código de Processo Civil. Aponta nulidade por incompetência funcional da autoridade lançadora,

baseado no fato que, incorporada a empresa por outra pessoa jurídica, domiciliada na cidade de São Paulo, a jurisdição passa para as autoridades fiscais da 8a Região Fiscal, conforme Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria MF nº 95, de 30 de abril de 2007, bem como pela Portaria RFB nº 10.166 de 11 de maio de 2007, que delimitou as competências de cada órgão descentralizado.

Reforça que, tendo comunicado a incorporação A. autoridade fiscal, sua ação deveria ser encerrada e repassado as informações à 8^a Região Fiscal.

Assim, entende que o auto de infração é nulo, por ter sido lavrado por pessoa incompetente, em desconformidade com o art. 10 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

Arrola a Instrução Normativa nº 748, art. 28, para falar que, baixada a empresa por incorporação, a incorporada será jurisdicionada pela unidade da RFB que jurisdicionar a incorporadora.

Fala que não cabe o argumento de atribuição de competência na forma do art. 9º, § 2º, do Decreto nº 70.235/72, que deve ser interpretado sistematicamente com o art. 12 do mesmo diploma legal.

Aponta nulidade do auto de infração no fato de os créditos já estarem constituídos mediante GFIP, portanto, sem motivos para novo lançamento.

Argumenta que, tendo ocorrida a sucessão antes do lançamento, o sucessor não responde pelas multas, citando o art. 132 do Código Tributário Nacional (CTN), doutrina e jurisprudência.

Narra que houve superficialidade na busca de elementos que levaram glossa da compensação, violando-se os princípios da verdade material e da ampla defesa, uma vez que a autoridade fiscal teve por suporte o Memorando 771/2006, do Coordenador-Geral em Auditorias Especiais — DEFIS/CGAUD, de Brasília.

Que a impugnante não foi chamada para demonstrar a existência de seus créditos ou defender a compensação junto àquele órgão, e tampouco a autoridade lançadora solicitou a demonstração de seus créditos, tendo solicitado apenas o contrato de cessão e, embasado na recomendação interna, procedeu a glossa.

Tem que no mínimo deveria ter sido comunicada da auditoria citada no memorando, para que fizesse sua defesa no procedimento fiscalizatório, o que viola o princípio da ampla defesa.

Tocante ao crédito compensado, diz que firmou Contrato Particular de Cessão de Créditos Previdenciários com a empresa SERVPORT SERVIÇOS MARÍTIMOS PORTUÁRIOS LTDA., CNPJ nº 42.361.972/0001-51, através do qual adquiriu créditos previdenciários originados em decisão transitada em julgado nos autos do processo nº 94.0049369-0, tramitado na 24a Vara Federal do Rio de Janeiro.

Cita que posteriormente a empresa cedente obteve junto à Procuradoria Federal Especializada — INSS, resposta à Consulta 103/2006, em que afirma a existência de créditos em nome de SERVPORT. (fls. 290).

Fala que em 10 de outubro de 2006 foi protocolizada junto ao INSS informação de cessão dos créditos (fls. 291).

Tem que a compensação é modalidade de extinção, fazendo referência aos arts. 156, II, e 170, do CIN.

Reforça que a Justiça Federal por diversas vezes determinou o cumprimento da decisão, sob pena de crime de desobediência, conforme cópias de informação que junta.

Diz que a documentação apresentada afasta o teor do Memorando 771/2006, com a prova da regular transferência dos créditos de que é titular.

Que tomou todas as cautelas antes do negócio, e que a empresa SERVPORT apresentou a solução de consulta, antes da aquisição dos créditos, efetivando posteriormente as compensações.

Por fim, requer o conhecimento e provimento do seu recurso, para desconsiderar o Auto de Infração, tornando-o sem efeito e, no mérito, sua absoluta improcedência.

Não houve apresentação de contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rayd Santana Ferreira, Relator.

Presente o pressuposto de admissibilidade, por ser tempestivo, conheço do recurso e passo ao exame das alegações recursais.

PRELIMINARES

NULIDADE – ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO

Alega a recorrente que no decorrer da fiscalização houve a incorporação da empresa, com a consequente baixa, portanto, nulo o auto de infração lavrado em pessoa jurídica extinta.

Vejamos os fatos ocorridos no transcorrer do processo e o fenômeno da incorporação.

Quando uma empresa é incorporada, a obrigação tributária da qual ela era contribuinte é transferida para a incorporadora na condição de responsável, tal como prevê o Código Tributário Nacional (CTN):

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. (grifei)

Consoante o art. 121, II, do CTN, o sujeito passivo se constitui *responsável quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei*. No caso, a disposição expressa de lei é o art. 132 acima transcrito. Por outro lado, a incorporadora não reveste a condição de contribuinte, a qual, nos termos do I do art. 121 do CTN, se caracteriza por ter *relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador*. Em síntese, a condição da incorporadora é a de responsável, enquanto a da incorporada é a de contribuinte, estando ambas no polo passivo da relação tributária.

Da leitura do texto legal, tanto a incorporada quanto a incorporadora figuram no polo passivo da obrigação tributária e, apesar de constar somente o CNPJ no campo de identificação do contribuinte no Auto de Infração, verifica-se nos demais campos que constam os nomes da sucessora e da sucedida, fatos estes detalhados no Relatório Fiscal e demais documentos expedidos pela autoridade lançadora, como no Termo de Encerramento do Procedimento Fiscal (TEPF) de fls. 44.

Quantos aos demais pontos sobre a matéria, peço vênia para adotar as razões de decidir da decisão de piso, agregando tais fundamentos a este voto, senão vejamos:

De se ver que a sucessora apresentou impugnação em todos os seus termos e, observa-se que a ação fiscal teve como resultado outros lançamentos fiscais, tais quais:

Autos de Infrações nos 37.202.904-3, 37.202.905-1 e 37.202.906-0 todos pagos ainda no prazo da impugnação, sem contestação; e os de ifs 37.000.854-5, 37.002.542-3 e 37.000.853-7, sem impugnação e em cobrança pela Procuradoria da Fazenda Nacional.

Na verdade, o argumento da impugnante revela-se protelatório, uma vez que a consequência do erro na identificação do sujeito passivo é imputar o ônus do pagamento a quem não é devido. Porém, neste caso isso não ocorre. Com efeito, lavrado em nome da incorporadora ou em nome da incorporada, o ônus do recolhimento sera sempre da empresa incorporadora, responsável nos termos do art. 132 do CTN, cuja impugnação ora se aprecia.

Ainda, quanto ao fato alegado de ter dado baixa na empresa sucedida junto Receita Federal do Brasil, observa-se que não bastaria somente tal providência, uma vez que a baixa também deve ser feita tanto no Cadastro da Receita Federal, quanto no Cadastro oriundo da Previdência Social, mediante obtenção de Certidão de Regularidade Fiscal — a Certidão Negativa de Débito (CND) especifica tal como prevê a legislação a respeito, por força da fusão ocorrida pela Lei nº 11.457/07, que entre outros assuntos, deu vigência aos atos normativos da Secretaria da Receita Federal e Secretaria da Receita Previdencidria, hoje transformadas na Secretaria da Receita Federal do Brasil:

(...)

Tem-se, portanto, correta a situação cadastral no âmbito da Previdência Social, em que consta como "ativa", posto que, em ação fiscal, e pelo que se verificou no Sistema Informatizado da RFB, especificamente nos dados relativos à Previdência Social, não foi expedida em nenhum momento CND de baixa.

Afastadas ainda estas situações específicas, como disse, independentemente de ter sido o lançamento feito no CNPJ da sucedida, a responsabilidade pelo tributo desta, constituído ou não, por força da incorporação, é da sucessora. Diga-se, outrossim, que as empresas sucessora e sucedida estão identificadas no Auto de Infração, onde se verificam os nomes de MKJ IMPORT E COM. LTDA e MAKENJI AD. E COM. LTDA., e no campo do CNPJ a inscrição desta última.

Em análise detida do contrato social e suas alterações, que resultaram no evento final da incorporação, observa-se que inicialmente a sociedade Makenji Administração e Comércio Ltda., tendo como sócios Mário Kenji Irie e Regina Celi Zaguini Inc (fls. 74-104),

posteriormente teve o ingresso da empresa Winner Financial Ltd., empresa estrangeira, representada pelo procurador Rafael Paiva Cabral, que subscreve a alteração contratual havida na qualidade de representante da nova sócia e ao mesmo tempo assina na qualidade de advogado do instrumento contratual elaborado (fls. 105-116).

Posteriormente, em 28 de agosto de 2007, com a 9 a alteração contratual, Mario Kenji Irie transfere suas quotas à empresa Winner Financial Ltd., retirando-se da sociedade, e Regina Celi Zaguini Inc transfere parte de suas quotas a esta empresa, que passa a deter a maior parte do capital social, representada no ato pelo também procurador Rafael Paiva Cabral, que subscreve a alteração contratual e ao mesmo tempo assina na qualidade de advogado do instrumento contratual elaborado. (fls. 117-130).

Na 10a alteração contratual Regina Celi Zaguini Inc transfere suas quotas empresa Bridge Financial Ltd., empresa estrangeira, representada também por Rafael Paiva Cabral, retirando-se da sociedade, e, em consequência a sociedade ficou constituída pelas empresas Winner Financial Ltd. e Bridge Financial Ltd., tendo estes atos sido subscritos pelo mesmo procurador para ambas as empresas, e ao mesmo tempo na qualidade de advogado do instrumento contratual elaborado. (fls. 131-142).

Observando-se o instrumento contratual da empresa MICJ Importação e Comércio Ltda (30a alteração contratual), no qual se definiu a incorporação, vê-se que esta tem como sócias as empresas Winner Financial Ltd. e Bridge Financial Ltd., tendo este ato sido subscrito pelo mesmo procurador para todas estas empresas, o Sr. Rafael Paiva Cabral, que assina também como advogado do instrumento. (fls. 182-200).

O que se colhe de todo o evento que se encerrou na incorporação é que as empresas sucessora e sucedida se compõem das mesmas partes, mesmos sócios, ou seja, as empresas Winner Financial Ltd. e Bridge Financial Ltd., são proprietárias na integra do mesmo empreendimento comercial, a saber, possuíam antes mesmo da incorporação a integralidade das quotas da sucedida, com o seu controle total, que se traduzem em um mesmo grupo econômico.

Por fim, tocante à identificação do sujeito passivo, trago à colação a jurisprudência do Egrégio Conselho de Contribuintes, que se inclina pela validade do lançamento, mesmo que em nome da sucedida, consoante sevê:

(...)

Feita essas considerações, afasto a preliminar pleiteada pela recorrente.

NULIDADE – COMPETÊNCIA DA AUTORIDADE LANÇADORA – JURISDIÇÃO

Alega a contribuinte que, tendo havido a incorporação no decorrer da ação fiscal, a autoridade lançadora não detinha competência para efetuar o lançamento, que deveria ser a jurisdição da DRF de São Paulo.

Pois bem! A lei não estabelece qualquer restrição para o exercício das atribuições de fiscalizar ou de constituir o crédito tributário (ou mesmo de realizar julgamento administrativo) das Autoridades Fiscais e Aduaneiras.

Portanto, para atividade de lançamento de crédito tributário, o Auditor- Fiscal não está limitado a uma determinada região do território nacional, a uma determinada matéria ou a determinados contribuintes. Ele é competente para efetuar lançamento de crédito tributário contra qualquer contribuinte em todo o território nacional, de qualquer tributo administrado pela RFB.

Assim, o Auditor Fiscal lotado em qualquer Unidade da Receita Federal do Brasil detém competência para fiscalizar e constituir o crédito tributário em relação a qualquer contribuinte domiciliado na esfera de jurisdição da União.

A divisão das competências das Unidades da RFB é de caráter meramente administrativo, ou, noutros termos, é medida que se impõe em face da necessidade de organização interna, racionalização de tarefas etc.

Para afastar qualquer dúvida a esse respeito foi editada a Súmula CARF nº 27, que assim dispõe:

É válido o lançamento formalizado por Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil de jurisdição diversa da do domicílio tributário do sujeito passivo.

Essa súmula é de observância obrigatória, nos termos do “caput” do art. 72 do Regimento Interno do CARF, inserto no Anexo II da Portaria MF n.º 343, de 09/06/2015.

A constituição do crédito tributário por meio do ato administrativo de lançamento tributário foi efetuada por autoridade fiscal competente, no exercício regular de suas funções, não havendo que se falar em incompetência da autoridade autuante ou nulidade da autuação.

Portanto, não resta dúvida sobre a validade do presente Auto de Infração, devendo ser afastada a preliminar pleiteada.

NULIDADE – VALORES DECLARADOS EM GFIP – CONFESSÃO DE DÍVIDA – DISPENSA DO AUTO DE INFRAÇÃO

Alega a autuada que as contribuições já estavam lançadas em Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (GFIP), não havendo que se efetuar novo lançamento, posto ser aquele documento de natureza constitutiva.

A Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (GFIP) foi instituída pela Lei 9.528/97, que alterou o art. 32 da Lei 8.212/91, regulamentado pelo art. 1º do Decreto 2.803/98, com os objetivos de servir de base de cálculo das contribuições devidas ao INSS e de compor a base de dados para fins de cálculo e concessão dos benefícios previdenciários, conforme abaixo:

Lei 8.212/91

Art. 32. A empresa é também obrigada a:

IV - informar mensalmente ao Instituto Nacional do Seguro Social/INSS, por intermédio de documento a ser definido em regulamento, dados relacionados aos fatos geradores de contribuição previdenciária e outras informações de interesse do INSS. (Inciso acrescentado pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

(...)

§ 2º As informações constantes do documento de que trata o inciso IV, servirão como base de cálculo das contribuições devidas ao Instituto Nacional do Seguro Social/INSS, bem como comporão a base de dados para fins de cálculo e concessão dos benefícios previdenciários. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.528, de 10.12.97).

Decreto 2.803/98

Art. 1º A empresa é obrigada a informar mensalmente ao Instituto Nacional do Seguro Social/INSS, por intermédio da Guia de Recolhimento ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social GFIP, na forma por ele estabelecida, dados cadastrais, todos os fatos geradores de contribuição previdenciária e outras informações de interesse daquele Instituto.

O Decreto, visando regulamentar e evidenciar os objetivos e efeitos das informações prestadas através do referido documento, estabeleceu em seu artigo 1º, §3º, que as informações prestadas na GFIP servirão como base de cálculo das contribuições arrecadadas pela RFB, comporão a base de dados para fins de cálculo e concessão dos benefícios previdenciários, e constituir-se-ão em termo de confissão de dívida, na hipótese do não recolhimento.

A GFIP, de fato, é instrumento de confissão de dívida, que dispensaria o lançamento de ofício, porém, não retira da Administração Tributária o seu dever de efetuá-lo de ofício, tal como prevê o Código Tributário Nacional:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria

tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

No que se refere às contribuições previdenciárias, em que a legislação determina ao sujeito passivo o dever de informar e recolher o tributo, antes de qualquer providência por parte da fiscalização tributária, tem-se típica modalidade de lançamento que o CTN trata como de homologação, ou seja, não obstante o caráter de confissão da declaração apresentada ao Fisco, fica na dependência de validação por parte da administração tributária, respeitada a homologação tácita por força da decadência.

Assim, trata-se de condição resolutória e que, constatado pela autoridade fiscal a existência de informações declaradas que destoam da legislação, pode efetuar o lançamento que entende correto, agora na modalidade de ofício. No caso presente, em que a confissão do contribuinte contém compensações que levaram à redução do valor do tributo devido.

Como exemplo da validade das declarações prestadas para o Fisco e o lançamento de ofício cita-se o imposto de renda em que, tendo o contribuinte deduzido/compensado em sua declaração de ajuste anual, imposto retido e, posteriormente a fiscalização se depara com a inexistência de tal retenção, faz o lançamento de ofício, inclusive para possibilitar o exercício de defesa.

Portanto, ainda que os valores declarados em GFIP possam ser inscritos em dívida ativa, não obsta que os créditos sejam objeto de lançamento de ofício, quando constatada a falta de recolhimento da contribuição social no prazo legal, ou informações no documento prestadas destoantes da realidade.

Como já dito, a realização deste em nada prejudica a contribuinte. Muito pelo contrário, uma vez que, ao efetuar o lançamento, a autoridade fiscal abre a contribuinte a possibilidade da ampla defesa e contraditório inerentes ao processo administrativo.

Desta forma, o AFRFB ante as declarações de compensação prestadas pela autuada em GFIP operou o lançamento do crédito tributário, lavrando esta autuação conforme determinação legal.

MÉRITO DA COMPENSAÇÃO

Relata a contribuinte que firmou contrato particular de cessão de créditos previdenciários com a empresa SERVPORT, e posteriormente formalizada mediante Escritura Pública e que os créditos são oriundos da Ação Judicial nº 94.0049369-0 tramitada na 24^a Vara Federal do Rio de Janeiro e que peticionou neste juízo a homologação da cessão.

Junta cópias documentais sobre o título citado, sobre o seu trâmite e sucessão de fatos ocorridos.

Entendo que, a par da cessão de créditos havida, será demonstrado que o negócio havido entre as partes não assegura o direito à compensação, apta a afastar o crédito tributário objeto do lançamento.

Neste ponto, uma vez que a contribuinte simplesmente repisas as alegações da defesa inaugural, ao analise deste e dos demais documentos que instruem o processo, não vejo melhor sorte a contribuinte, motivo pelo qual peço vênia para adotar as razões de decidir do Acórdão de 1º instância, por muito bem analisar a matéria, *in verbis*:

De fato, conforme cópias juntadas aos autos pela Impugnante (fls. 348- 364), foi prolatada sentença nos autos da Ação Ordinária nº 94.0049369-0, em 07/01/1999, onde foi declarada a inexigibilidade da contribuição previdencidria sobre os pagamentos da empresa a avulsos, autônomos e sobre o *pro labore* dos administradores com base nas Leis 7.787/89 e 8.212/91 e a consequente compensabilidade dos créditos da autora (SERVPORT). Também foi decidido, na referida sentença, que a liquidação do crédito deveria ser feita por arbitramento, haja vista que a determinação do valor da condenação não depende apenas de cálculo aritmético.

O direito ao eventual crédito e a sua compensação foi confirmado pelo Tributa! Regional Federal da 2 Região, na Apelação Cível nº 99.02.16905-8/RJ, cuja cópia do Acórdão também foi juntada aos autos pela Impugnante (fls. 367/377).

Posteriormente, após o trânsito em julgado da ação, a autora solicitou, no mesmo processo, a homologação de cessões dos referidos créditos feitas a terceiros. Tal homologação foi concedida, conforme decisão judicial, cuja cópia a Impugnante também juntou aos autos (fls. 392/497).

Em que pese a impugnante não mencionar os efeitos determinantes na sentença proferida pelo MM. Juiz da 24a Vara Federal do Rio de Janeiro, de 12/04/2004, que tratou da homologação das cessões de créditos, consta em sua parte dispositiva que **caberia autoridade administrativa conferir a regularidade dos cálculos do principal e dos acréscimos moratórios.** (fls. 396).

Face aos documentos referentes ao processo judicial apresentados pela impugnante, foram feitas consultas sobre os fatos ocorridos e a situação em que se encontra a liquidação judicial no sitio do Tribunal Regional Federal da 2ª Região em (http://www.jfrj.gov.brnsiapro/jfrj/consulta/cons_nrocs.asn), acesso em 30/11/2009, cujos extratos por conveniência se juntam As fls. 577 a 581, foram constatadas as seguintes situações:

1. Em virtude da sentença proferida na Ação Ordinária e 94.0049369-0 ter determinado que a liquidação de sentença deveria ser feita por arbitramento, propôs, então, a Ação de Liquidação de Sentença, que recebeu o nº 2006.51.01.008740-0, na mesma Vara Federal da ação de conhecimento originária (24ª Vara Federal do Rio de Janeiro), para ver declarado o valor do montante a que teria direito de se compensar e regularizar as cessões de créditos que efetuou. Deve ser enfatizado que conforme pode ser constatado na referida consulta (fls. 577 a 581), anteriormente, a SERVPORT já havia solicitado a execução provisória da sentença, objeto da Carta de Sentença 2002.51.01.003052-4, na mesma Vara Federal, mas que estava paralisada em face do patrono da autora (SERVPORT) ter retirado os autos em 01/03/2002 e não ter promovido a devolução dos mesmos ao Cartório. Neste processo, findo e baixado em 13/05/2009, consta o seguinte teor de decisão:

1) Expeça-se ofício à OAB, informando acerca da conduta do advogado Nylson dos Santos Júnior, que retirou em carga os autos deste processo em 01.03.2002 (Lv. 24, fls. 240), sem, até a presente data, restitui-lo a este Juizo, dando causa formação do presente expediente avulso

2) Outrossim, considerando o noticiado às fls. 19/20, intime-se a Procuradoria da Fazenda Nacional para que promova, caso deseje, em 10 (dez) dias, a restauração do processo, na forma dos artigos 1063 e seguintes do CPC.

Decorrido o prazo sem manifestação, de-se baixa na distribuição e arquive-se o presente expediente, ate a localização do referido processo.

Publicado no D.O.E. de 19/02/2009.

2. A empresa SERVPORT propôs Ação de Restauração de Autos (nº 2006.51.01.018578-1) onde pede a restauração dos autos do Processo nº 94.0049369-0. Este processo foi extinto e baixado em 27/11/2006, sem julgamento do mérito, diante da falta de interesse/necessidade de agir da requerente, Ulta vez que, conforme entendimento do MM Juiz, os autos não estão desaparecidos e sim em poder do advogado que fora constituído pela própria autora, conforme consta da decisão que se reproduz, colhida no sitio do TRF2:

SENTENÇA(TipoC)

Trata-se de pedido de Restauração dos Autos do Processo nº 94.0049369-0 formulado por Servport Serviços Marítimos e Portuários em face do INSS.

Verifica-se que os autos originários foram retirados de secretaria em 01/10/2004 pelo Dr. Leonardo Cardoso de Sousa, OAB-RJ-100194, conforme carga no Livro 28, fls. 90 não sendo devolvidos.

Diante deste fato, este juizo por diversas vezes procedeu à intimação do referido causídico, ensejando a expedição dos mandados nºos 1237-6 e 476-8 (intimação e busca e apreensão)

Portanto, no caso concreto, os autos não se encontram extraviados e sim em poder do referido patrono Inclusive, em 30/08/2006, foi proferida decisão nos autos do Processo nº 2006.5101.008740-0 (Liquidação de Sentença), determinando a suspensão do indigitado feito, cujo teor, ora transcrevo:

Trata-se de pedido de liquidação de sentença formulado por SER VPORT - SERVIÇOS MARÍTIMOS E PORTUÁRIOS LTDA em face do INSS - INSTITUTOW NACIONAL DO SEGURO SOCIAL.

Considerando-se que a execução provisória (carta de sentença) autuada sob o nº 2002.51.01.003052-4 encontra-se com vistas ao advogado Dr. IVYLSION DOS SANTOS JUNIOR (esta giário a época), pela parte Requerente desde 01/03/02 (Lv. 24, Fls.240) ; e que os últimos volumes dos autos principais (a ção ordinária com 5301 folhas) autuados sob o nº 94.0049369-0, foram retirados de cartório, pelo Dr. LEONARDO CARDOSO DE SOUZA, em 01.10.04 (Lv.28, Fls.090), permanecendo tão somente em secretaria os volumes de res. 01 a 12, apesar dos mandados expedidos contra o último (MAN. 0024.001052-5/2005 intimação para devolução dos autos; MAN 0024.001237-6/2005 e M4N0024.000476- 8/2006 - busca e apreensão dos autos), as diligencias restaram infrutiferas, posto que os autos não foram devolvidos pelo advogado, nem tampouco localizados pelo Sr. Oficial de Justiça por ocasião da busca para apreensão, ocasionando, inclusive, o comunicado do fato à OAB/RJ.

De outro lado, faz-se imprescindível que os autos estejam em juizo na sua integralidade para que seja possível ao magistrado decidir com segurança acerca da fase de liquidação de sentença. Desse modo, determino a SUSPENSÃO do andamento da presente liquidação até que os referidos autos retornem ao Juizo.

Sem prejuízo da suspensão, de-se vista ao Ministério Pùblico Federal para que se manifeste acerca de seu interesse em ingressar no presente feito. P.I.

Destarte, diante da falta de interesse/ necessidade de agir da Requerente, uma vez que não esteio desaparecidos os autos e sim em poder do advogado que fora constituído, inclusive à época pela própria autora, julgo extinto, sem apreciação meritória o presente feito, nos termos do artigo 267, inciso VI, do CPC. Dê-se baixa e arquivem-se. P.R.L.

Publicado no D.O.E. de 24/10/2006.

Continuando a pesquisa no sitio do TRF2, constatou-se que o processo de execução da sentença nº 2006.51.01.008740-0 foi suspenso a partir de 23/09/2009, por força de 110 incidente a respeito da regularidade das escrituras de cessão de créditos emitidas, como se vê na decisão abaixo:

(..)

Existe, portanto, fundada dúvida quanto a composição do quadro societário da SERVPORT, notadamente a respeito de quem seria o seu representante legal, o que acarreta o risco de nulidade dos atos processuais já praticados e nos ainda necessários para o deslinde da presente ação.

Isto posto, suspendo o curso do presente processo até a decisão definitiva a respeito de quem seriam os representantes legais da sociedade autora.

Publicado no D.O.E. de 25/08/2009

Tal situação refletiu em outro processo de autoria da empresa SERVPORT, (2006.51.01.004887-0), no qual busca o reconhecimento da compensação dos valores cobrados em autos de infrações com os créditos da Ação Ordinária nº 94.0049369-0, bem como sua reincidência no Programa de Recuperação Fiscal (REFIS), deste excluída. Este processo também foi suspenso em 26/05/2009, consoante decisão judicial que se colaciona, extraída também do sitio do TRF2:

(...)

Denota-se que se discutem nestes autos a validade dos atos praticados pelos sócios representantes da empresa SERVPORT, do qual se extrai a seguinte situação quanto as pessoas de Carlos Alberto Barbosa da Silva, Cláudio Andrade Barbosa Silva e Carlos Alberto Barbosa Silva, verificada nos autos d's 2006.51.01.004887-0:

(...)

Denota-se, pelo que se vê, que os citados sócios não pertenciam aos quadros da empresa desde 27/08/2003.

Em análise detida dos instrumentos públicos de cessão de créditos e procurações, observam-se as seguintes situações:

1. Escritura de Cessão de Direitos Creditórios de SERVPORT para MAKENJI (fls. 50-53 e 276-277), datada de 10/02/2006: assinada pelo procurador Sr. Mário Jorge da Costa Carvalho, a quem foram outorgados poderes por parte de Carlos Alberto Barbosa Silva em 25/08/2005, conforme instrumento público de fls. 289.

2. Escritura de Cessão e Transferência de Direitos Creditórios de SERVPORT para EMPRESA DE MÚLTIPLOS INVESTIMENTOS DO BRASIL, (fls. 286-288), datada de 27/10/2005: assinada por Carlos Alberto Barbosa da Silva e Cláudio Andrade Barbosa Silva.

3. Escritura de Cessão de Crédito Tributário de EMPRESA DE MÚLTIPLOS INVESTIMENTOS DO BRASIL para MAKENJI, (fls. 279-283), datada de 10/08/2006.

4. Procuração particular emitida por SERVPORT, (fls. 284), datada de 06/06/2006: assinada por Carlos Alberto Barbosa da Silva, dando poderes a Rodrigo de Faria Amaral e Odorico Feliciano Moreira.

5. Carta de Credenciamento (fls. 285), datada de 15/09/2005, na qual a pessoa de Mário Carvalho credencia a pessoa de Fábio Augusto Cabral Tavares a representar a empresa SERVPORT junto as demais empresas na aquisição dos ativos decorrentes da ação judicial.

Significa, ao que se nota, que os instrumentos de procurações e de cessões de créditos se ressentem de validade, tanto que em discussão judicial.

Estes fatos, aliados aos colhidos nos processos judiciais em trâmite demonstram que ainda não houve a liquidação do suposto crédito da SERVPORT aptos a serem transferidos a terceiros, em virtude da falta de liquidez e certeza do mesmo. Portanto, a suposta cessão de direitos creditórios realizada por SERVPORT — Serviços Portuários e Marítimos Ltda, não pode ser oposta contra a Secretaria da Receita Federal do Brasil, para justificar a falta de recolhimento de contribuições previdencírias.

Não obstante estes fatos, conforme ficou demonstrando no Memorando nº 771/2006 — MPS/SRP/DEFIS/CGAUD, a fiscalização havida na empresa SERVPORT constatou a inexistência de créditos a compensar.

(grifamos)

Essas são as razões de decidir do órgão de primeira instância, as quais estão extremamente bem fundamentadas, motivo pelo qual, após análise minuciosa da volumosa demanda, compartilho deste entendimento.

Conclui-se, portanto, o fato de constar cópia com resposta na Consulta nº 103/2006 (fls. 290), sobre créditos da empresa SERVPORT na ação judicial nº 94.0049369-0, deve ser analisado com os demais fatos que circunscrevem todo o processo, não bastando somente um dado colhido isoladamente de um todo, inclusive consta a observação no próprio documento sobre a observância das determinações legais e dos atos normativos para efeitos de compensação. Nesse sentido a empresa sofreu fiscalização e foi verificada a inexistência de créditos.

Diga-se, ademais, que, conforme informado pela própria impugnante, trouxe aos autos cópia da petição direcionada ao Juízo Federal em que tramita ação de liquidação de sentença (24 Vara Federal do Rio de Janeiro), para habilitar os créditos que adquiriu mediante cessão, o que por si só já demonstra não preencher todos os requisitos de certeza e liquidez.

Assim, diante de crédito incerto e ainda dependente de liquidação, • portanto, duvidoso, entendo correto o procedimento da autoridade fiscal ao efetuar a glosa e lançar o crédito indevidamente compensado.

DA RESPONSABILIDADE DO SUCESSOR PELA MULTA DE OFÍCIO

Aduz a autuada que, por força da sucessão havida, a sucessora (incorporadora) não responde pelas multas de ofício, que deve ser afastada do lançamento.

Entendo não lhe assistir razão.

Isto porque, a matéria em discussão é a responsabilidade da empresa sucessora por multas decorrentes de fatos geradores ocorridos em período anterior à sucessão.

Nesse sentido, por imposição do artigo 62, § 2º, do Anexo II, do Regimento Interno do CARF, o Colegiado deve aderir à tese adotada pelo STJ no Recurso Especial nº 923.012-MG, julgado em 09/06/2010, sendo relator o Ministro Luiz Fux, que teve o acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, assim ementado:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543C, DO CPC. RESPONSABILIDADE POR INFRAÇÃO. SUCESSÃO DE EMPRESAS. ICMS. BASE DE CÁLCULO. VALOR DA OPERAÇÃO MERCANTIL. INCLUSÃO DE MERCADORIAS DADAS EM BONIFICAÇÃO. DESCONTOS INCONDICIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. LC N.º 87/96. MATÉRIA DECIDIDA PELA 1^a SEÇÃO, NO RESP 1111156/SP, SOB O REGIME DO ART. 543C DO CPC.

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 Coêlho, in Curso de Direito Tributário Brasileiro, Ed. Forense, 9^a ed., p. 701)

(...)

Ademais, a questão da responsabilidade dos sucessores foi sumulada, conforme a seguir:

Súmula CARF nº 113

A responsabilidade tributária do sucessor abrange, além dos tributos devidos pelo sucedido, as multas moratórias ou punitivas, desde que seu fato gerador tenha ocorrido até a data da sucessão, independentemente de esse crédito ser formalizado, por meio de lançamento de ofício, antes ou depois do evento sucessório

Destarte, considerando-se que o período de apuração da infração é de 02/2006 a 12/2006 e que a incorporação ocorreu em 21/08/2008, no curso do procedimento fiscal que se desenvolvia, correta a aplicação da multa.

DA BOA-FÉ – CHAMAMENTO À RESPONSABILIDADE

Pretende a recorrente que, por ter agido de boa-fé na aquisição do título, não pode ser responsabilizada pelo adimplemento do tributo decorrente da glosa, mas seja transferida à empresa cedente SERVPORT.

Aqui novamente melhor sorte não lhe assiste.

Os atos particulares não podem ser opostos ao Fisco para afastar a responsabilidade tributária, tal como disposto no Código Tributário Nacional (CTN):

Art. 123. Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

O lançamento fiscal, decorrente de pagamento a menor de tributo, objeto de compensação, suportada em atos firmados entre particulares, não altera a relação tributária entre o sujeito passivo devedor e o Fisco.

Neste diapasão, não acolho o pleito da contribuinte.

Por todo o exposto, estando o Auto de Infração, *sub examine*, em consonância com as normas legais que regulamentam a matéria, VOTO NO SENTIDO DE CONHECER DO

RECURSO VOLUNTÁRIO para rejeitar as preliminares e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO, pelas razões de fato e de direito acima esposadas.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Rayd Santana Ferreira