



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

Processo nº 10935.004635/2008-54
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2402-005.988 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de setembro de 2017
Matéria SUCESSÃO EMPRESARIAL
Recorrente A M M RETIFICADORA DE MOTORES LTDA - ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/2007 a 31/12/2007

LANÇAMENTO. NULIDADES. INEXISTÊNCIA.

A ação fiscal foi conduzida por servidor competente, que concedeu à recorrente os prazos legais para a apresentação de documentos e prestação de esclarecimentos; o Auto de Infração foi devidamente motivado e foi concedido ao sujeito passivo o prazo legal para a formulação de impugnação; a autuação ainda contém clara descrição do fato gerador da obrigação, da matéria tributável, do montante do tributo devido, da identificação do sujeito e da penalidade aplicável; e não houve nenhum prejuízo para os direitos de defesa e do contraditório.

RESPONSABILIDADE POR SUCESSÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO DE FUNDO OU ESTABELECIMENTO. CONTINUIDADE DA RESPECTIVA EXPLORAÇÃO.

Cabível a responsabilização tributária à luz do artigo 133 do CTN, quando o forte conteúdo probatório revela a existência de aquisição de fundo ou estabelecimento e a continuidade da respectiva exploração.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, negar provimento ao recurso voluntário. Vencidos os Conselheiros João Victor Ribeiro Aldinucci (Relator), Theodoro Vicente Agostinho, Jamed Abdul Nasser Feitoza. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Mauricio Nogueira Righetti.

(assinado digitalmente)

Mário Pereira de Pinho Filho - Presidente

(assinado digitalmente)

João Victor Ribeiro Aldinucci - Relator

(assinado digitalmente)

Mauricio Nogueira Righetti - Redator Designado

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Mário Pereira de Pinho Filho, Ronnie Soares Anderson, João Victor Ribeiro Aldinucci, Luis Henrique Dias Lima, Theodoro Vicente Agostinho, Mauricio Nogueira Righetti, Jamed Abdul Nasser Feitoza e Fernanda Melo Leal.

Relatório

A fiscalização lavrou o presente Auto de Infração (AI) DEBCAD 37.172.007-9, por ter a empresa deixado de recolher as contribuições devidas à seguridade social, parte patronal, incidentes sobre as remunerações pagas/creditadas ao contribuinte individual Ronaldo Tavares da Silva.

Segundo o relatório fiscal da infração, a auditoria fiscal teria constatado que a autuada, até a competência 03/2008, encontrava-se exercendo as atividades empresariais no endereço da empresa RTS COMÉRCIO DE PEÇAS LTDA (RTS), utilizando a sua mesma infra-estrutura, equipamentos e funcionários.

Os fatos caracterizariam sucessão empresarial e a responsabilização tributária, nos termos do art. 133 do CTN e do art. 751 da IN SRP 3/05.

Segue a descrição dos fatos constante do relatório fiscal:

8. [...] Iniciada a ação fiscal 0910300.2008.00053-9 em 08.02.2008 esta auditoria se dirigiu ao estabelecimento da RTS COMÉRCIO DE PEÇAS LTDA, cadastrada nos sistemas informatizados, tanto da Receita Federal do Brasil, quanto da Previdência Social, como Av. Parigot de Souza 1864 - Toledo - PR. Neste local a fiscalização foi recebida pelo Sr. RONALDO TAVARES DA SILVA.

9. Perguntado pela fiscalização, informou que no local encontrava-se funcionando a empresa AMM RETIFICADORA DE MOTORES LTDA - CNPJ 08.958.074/0001-47. Sobre o endereço onde estava operando a empresa RTS COMÉRCIO DE PEÇAS LTDA e sobre o seu vínculo com as empresas, o Sr. RONALDO informou que a empresa RTS estava com as atividades encerradas e que não possuía vínculo com nenhuma das empresas. Informou que estava apenas prestando ajuda no local e, ainda, que o escritório ORCA CONTABILIDADE S/S LTDA, situado na Av. Parigot de Souza, 1986 sala 3 - Toledo - PR realizava a escrituração contábil das empresas.

10. Em seguida, na mesma data (08.02.2008) a auditoria-fiscal dirigiu-se ao já referenciado escritório contábil, tendo então dado ciência ao Termo de Início da Ação Fiscal - TIAF a sra. NEURA GRANDI SAVARIS, contadora responsável pela área de pessoal do escritório, com prazo para atendimento da intimação em 12.02.2008.

11. A apresentação de documentos pelo escritório contábil, representando a RTS, foi efetuado parcialmente e de acordo com o Mandado de Procedimento Fiscal se limitava ao exercício de 2004.

12. Iniciado o exame dos documentos básicos para uma auditoria-fiscal nas contribuições sociais incidentes sobre pagamentos/créditos de remunerações a segurados, tais como folhas e recibos de pagamentos e de férias, rescisões de contrato de trabalho, livro de registro de empregados, guias de recolhimento do FGTS e da Previdência Social e os livros contábeis dos registros comerciais, dentre outros, esta auditoria observou que a quase totalidade destes documentos eram assinados pelo sr RONALDO TAVARES DA SILVA.

13. Tal constatação, relativamente aos documentos do exercício financeiro de 2004, indicava que o sr. RONALDO TAVARES DA SILVA possuía um vínculo com a RTS mais amplo do que havia mencionado. Ademais, aplicava-se ao caso concreto a hipótese da RESPONSABILIZAÇÃO TRIBUTÁRIA POR SUCESSÃO da empresa AMM RETIFICADORA DE MOTORES LTDA SUCESSORA DE RTS COMÉRCIO DE PEÇAS LTDA, que continuou as atividades da empresa RTS COMÉRCIO DE PEÇAS LTDA (art. 133, do Código Tributário Nacional e art. 751, da Instrução Normativa SRP 3/2005). Tais fatos motivaram esta auditoria a requerer a ampliação do período a ser examinado na RTS, bem como a emissão de Mandado de Procedimento Fiscal a ser cumprido na empresa AMM.

14. Tendo sido providenciada a ampliação do período a ser examinado na empresa RTS, bem como a abertura do procedimento fiscalizatório na AMM, esta auditoria-fiscal em 26.02.2008 dirigiu-se ao estabelecimento, sendo recebida novamente pelo sr. RONALDO TAVARES DA SILVA. Na oportunidade foi dada ciência ao Termo de Início da Ação Fiscal da AMM RETIFICADORA DE MOTORES LTDA SUCESSORA DE RTS COMÉRCIO DE PEÇAS LTDA, qualificando-se o sr. RONALDO como gerente da empresa (vide cópia do TIAF). Contudo, se negou a cientificar o Termo da RTS COMÉRCIO DE PECAS LTDA.

15. A ciência ao Termo de Intimação para Apresentação de Documentos - TIAD, relativo a ampliação do período a ser examinado na RTS foi dada pela sra. NEIVA MARIA THEOBALD DA SILVA, contadora no escritório ORCA CONTABILIDADE S/S LTDA, em 26.02.2008.

16. Tendo sido cumpridas as Intimações científicas em 26.02.2008, ambas as empresas apresentaram os documentos/livros contábeis solicitados.

17. Ao examinar os documentos já mencionados no item 12 acima, esta auditoria-fiscal pôde comprovar que o vínculo do sr. RONALDO TAVARES DA SILVA, com a empresa RTS COMÉRCIO DE PEÇAS LTDA foi ininterrupto, contínuo e habitual, estabelecido desde a constituição da pessoa jurídica (de 2003 até 2007). Reforçando: a integralidade da documentação (ou quase) que necessitava da assinatura dos sócios era por ele firmada, inclusive os livros de registro de empregados e contábeis (vide cópia de farta e extensa documentação comprobatória).

18. Além dos fatos acima narrados, outros constatados por esta auditoria levaram-na a concluir sobre a aplicação da hipótese de incidência do art. 14, IV, da Lei n . 9.317/96 ao caso concreto

(exclusão do SIMPLES por constituição da pessoa jurídica por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios).

19. A empresa RTS COMÉRCIO DE PEÇAS LTDA, até o exercício financeiro de 2006, não possuía em seus registros contábeis um ativo imobilizado (máquinas, equipamentos e imóvel) compatível com algumas das atividades exercidas, tais como a retífica de motores. Não possuía, também, escrituração de despesas com aluguel.

20. A empresa AMM RETIFICADORA DE MOTORES LTDA SUCESSORA DE RTS COMÉRCIO DE PEÇAS LTDA também não possuía os elementos comerciais/industriais citados na alínea anterior e mais grave, até a competência março de 2008, estava utilizando os funcionários registrados na RTS para gerir suas atividades econômicas.

21. Diante de tais constatações, a auditoria-fiscal intimou ambos contribuintes a apresentar documentos e prestar, até 14.03.2008, as seguintes informações:

a) esclarecimento por escrito sobre a propriedade do imóvel localizado na Av. Parigot de Souza, 1864 - Toledo - PR, juntamente com os documentos comprobatórios: registro imobiliário, contrato de locação ou comodato, dentre outros;

b) esclarecimento por escrito sobre o endereço de funcionamento das atividades ou sobre o encerramento das atividades da empresa RTS;

c) na hipótese de encerramento das atividades, esclarecimento por escrito sobre a transferência de máquinas/equipamentos e do ponto comercial para empresa AMM RETIFICADORA DE MOTORES LTDA SUCESSORA DE RTS COMÉRCIO DE PEÇAS LTDA - CNPJ 08.958.074/0001-47.

22) As intimações foram assinadas pelo sr. RONALDO em 11.03.2008 (vide cópias), se qualificando como gerente, inclusive na empresa RTS. Em razão dessas intimações, esteve presente na Delegacia da Receita Federal do Brasil em Cascavel, no dia 13.03.2008, o sr. ANTONIO MARCOS MONTEIRO, qualificado como sócio-gerente no contrato social da empresa AMM RETIFICADORA DE MOTORES LTDA SUCESSORA DE RTS COMÉRCIO DE PEÇAS LTDA.

23) Na ocasião, em razão das robustas provas que se apresentavam até aquele momento da constituição das pessoas jurídicas (RTS e AMM) por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios (respectivamente, art. 14, IV, da Lei n.9.317/96 e art. 29, IV, da Lei Complementar n. 123/2006), a auditoria-fiscal resolveu entrevistar o sr. ANTÔNIO MARCOS MONTEIRO, na presença dos auditores fiscais ANTÔNIO CARLOS DE ALMEIDA - matrícula 1286863 e ANTÔNIO CARLOS FIORI - matrícula 1450704. O relatório decorrente da entrevista foi reduzido a um Termo de Constatação (cópia em anexo), cujo conteúdo transcrevemos:

[...]

24) Deve ficar evidenciado que o sr. ANTONIO MARCOS MONTEIRO, sócio-gerente constante do contrato social da empresa AMM RETIFICADORA DE MOTORES LTDA SUCESSORA DE RTS COMÉRCIO DE PEÇAS LTDA, somente confirmou verbalmente o que os documentos e os fatos já demonstravam, ou seja, que ele e outras pessoas foram utilizadas como interpostas pessoas para acobertar a constituição das pessoas jurídicas pelos verdadeiros sócios srs. RONALDO DA SILVA TAVARES e ROSALVO DA SILVA TAVARES. É muito provável que a interposição de pessoas na constituição das empresas decorreu em virtude da impossibilidade da opção pelos regimes de tributação diferenciada do SIMPLES e do SIMPLES NACIONAL, pois vejamos as "coincidências":

25) Outro ponto a se ressaltar é que, apesar da tentativa do sr. ANTONIO MARCOS MONTEIRO em prorrogar o prazo das intimações assinadas em 11.03.2008, o prazo fixado pela auditoria-fiscal (14.03.2008) correu "in albis", motivo que ensejou a lavratura de Auto de Infração Obrigação Acessória - AIOA 37.172.002-8. Somente em 23.04.2008 as Intimadas protocolizaram na Delegacia da Receita Federal em Cascavel correspondência justificando pontos relativos à intimação. Nesta correspondência demonstraram certa indignação pelo requerimento das informações fiscais e, pelo seu conteúdo, consideraram prestados os devidos esclarecimentos, sendo, ainda, anexadas cópias dos seguintes documentos:

[...]

26) Deve ficar destacado que somente prestou informações a empresa AMM, esclarecendo situações que envolviam ambas as empresas, com quarenta dias de atraso. Ademais não foi informada sobre a continuidade ou não das atividades da empresa RTS COMÉRCIO DE PEÇAS LTDA.

27) Ocorre, também, que os reconhecimentos das firmas constantes das cópias dos contratos anexados na prestação das informações não foram confirmados pelo 6º Tabelionato Mônica Malucelli, situado na Rua Comendador Araújo, 143 - Curitiba - Paraná. Procurado pessoalmente, o escrevente cartorário Sr. HENRIQUE LEMES DOS SANTOS informou que a sua assinatura aposta no carimbo do cartório era falsa. A falsidade foi posteriormente confirmada expressamente por meio de ofício (cópia em anexo).

28) Diante da gravidade do fato, a auditoria-fiscal intimou em 13.05.2008, na pessoa do sr. RONALDO TAVARES DA SILVA, a RTS a apresentar os originais dos citados contratos, bem como comprovar a propriedade das máquinas, equipamentos e ferramentas locadas pela sra. LILIAN TAVARES DA SILVA para a empresa AMM RETIFICADORA DE MOTORES LTDA SUCESSORA DE RTS COMÉRCIO DE PEÇAS LTDA.

29) O fato é que a empresa RTS deixou o prazo (15.05.2008) passar em "branco", sem cumprimento do Termo de Intimação para Apresentação de Documentos - TIAD (cópia em anexo).

30) Desta forma, por apresentar cópia de documento com informações diversas da realidade (reconhecimento de firma

falsificada), a RTS incorreu na infração capitulada no art. 33, §§ 2º e 3º, da Lei nº 8.212/91 combinado com os arts. 232 e 233, parágrafo único, do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99. Tal conduta da Auditada ensejou a aplicação de multa com a agravante prevista no art. 290, II, do Decreto nº 3.048/99. Ademais, o fato caracteriza "em tese" crime de falsidade ideológica, razão pela qual foi emitida Representação Fiscal para Fins Penais - RFFP.

31) Paralelamente as provas acima citadas, outras evidências auxiliam na comprovação de que as empresas RTS e AMM foram constituídas por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios:

a. as iniciais da empresa RTS coincidem com os nomes dos srs. RONALDO TAVARES DA SILVA e ROSALVO TAVARES DA SILVA;

b. o sr. RONALDO TAVARES DA SILVA foi nomeado procurador da RTS, possuindo amplos e ilimitados poderes para administrar a sociedade (vide cópia da procuração);

c. nas quatro oportunidades em que esta auditoria esteve na Av. Parigot de Souza 1684 - Toledo - PR, sempre foi atendida pelo sr. RONALDO, em seu escritório no 1º andar (vide cópias dos TIAFs e TIADs).

d. o sr. RONALDO TAVARES DA SILVA sempre assinou tanto as CTPS dos empregados, como os documentos relativos a administração de pessoal, bem como os livros de registro de empregados e livros comerciais (vide cópias de farta e extensa documentação);

e. o sr. RONALDO TAVARES DA SILVA sempre agiu como preposto das empresas nas ações trabalhistas movidas contra as Auditadas (vide cópias de reclamações trabalhistas);

f. a sra. ELIANE GRUNFELD sócia ingressante da 1ª alteração de contrato social da RTS outorgou procurações em caráter irrevogável para o sr. RONALDO TAVARES DA SILVA efetuar a venda de imóveis em 2002 na cidade de Cascavel (vide cópias das procurações), demonstrando, desde data anterior a constituição da pessoa jurídica, possuírem estreitos vínculos de confiança;

g. o sr. ROSALVO TAVARES DA SILVA constituiu, ainda, outra empresa com as mesmas iniciais de seu nome, ou seja, Lanchonete RTS Ltda CNPJ 82.432.188/0001-01;

h. a sra. LILIAN TAVARES DA SILVA sócia-gerente ingressante da 1ª alteração de contrato social da RTS outorgou procuração para seu pai o sr. ROSALVO TAVARES DA SILVA efetuar a administração plena de todos os seus bens (vide cópia da procuração).

i. na reclamação trabalhista 00064-2008-068-09-00-1 (cópia em anexo) movida por José Strelin contra as Auditadas, protocolada na

Vara do Trabalho em Toledo em 17.01.2008 (data anterior ao início do procedimento fiscal), o empregado na petição inicial confirma:

"As rés são geridas e administradas por um mesmo grupo econômico ou de pessoas.

Ambas funcionam no mesmo edifício. O que as diferenciam são apenas o local de acesso e a placa de publicidade, sendo que para a primeira a entrada é pela Avenida Parigot de Souza e a segunda é pela rua México, que faz fundos com o edifício onde ambas estão instaladas. (...)"

j . na reclamatória trabalhista 00334-2008-068-09-00-4 (cópia em anexo), movida por Adelar de Almeida Bueno contra a RTS, protocolada na Vara do Trabalho em Toledo em 27.02.2008, o empregado na petição inicial informa:

"(...). No presente caso há prova inequívoca da demissão arbitrária do autor, através de documentos ora anexados e assinados pelo representante do empregador Sr. Ronaldo Tavares da Silva."

No AI DEBCAD 37.172.009-5, integrante do PAF 10935.004632/2008-11, ainda foi apurada a infração consistente na apresentação da GFIP com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias.

De acordo com o relatório fiscal:

[...] até a versão 7.0 do SEFIP, a Previdência Social considerava todas as declarações prestadas pelo contribuinte em GFIPs, mesmo que este prestasse a informação por diversas vezes. Com o advento da versão 8.0 do SEFIP, a entrega de uma nova GFIP retifica as demais informações anteriormente prestadas, sendo válidas para a Previdência Social somente as informações constantes da última versão da GFIP.

Efetuados estes esclarecimentos, resta informar que a sucedida, de junho até dezembro de 2007, realizou, dentro de uma mesma competência, diversas entregas de GFIPs, todas com a utilização das versões 8.0 e seguintes do SEFIP, de forma a recolher parcialmente o FGTS em atraso de um empregado. Assim procedendo, declarou as informações para Previdência Social apenas deste empregado com o FGTS em atraso, deixando de prestar as informações dos demais segurados por ela remunerados.

A contribuinte apresentou sua impugnação tempestivamente (cujos fundamentos são idênticos aos do seu recurso voluntário), a qual foi julgada improcedente pela DRJ.

Intimada da decisão em 20/08/2009 (fl. 289), através de aviso de recebimento, a contribuinte interpôs recurso voluntário em 21/09/2009 (fls. 293 e seguintes), no qual reafirmou as seguintes teses de defesa:

a) nulidade do acórdão recorrido diante da ausência de manifestação acerca da identidade de condutas imputadas pelo fisco neste auto de infração e no auto de infração 37.172.003-6;

-
- b) conclusão açodada e inverídica de sucessão empresarial e constituição por interposta pessoa;
 - c) a recorrente é pessoa jurídica distinta da RTS, tendo objetos e quadros societários diferentes;
 - d) a reclamatória trabalhista mencionada no relatório fiscal foi extinta em relação à recorrente;
 - e) o funcionário em questão jamais pertenceu ao seu quadro de funcionários;
 - f) a RTS não encerrou suas atividades e tampouco o fez de forma irregular;
 - g) a entrevista feita pela auditoria consigna dados inverídicos e sem razoabilidade, além de não ter qualquer valor probatório;
 - h) o documento da entrevista é apócrifo;
 - i) a Recorrente não se encontra estabelecida no endereço para onde foram encaminhadas todas as intimações e correspondências fiscais, as quais foram recebidas por terceiro, estranho ao seu quadro social, de forma que as autuações seriam nulas;
 - j) não há provas dos fatos imputados à recorrente e as autuações estão baseadas em ilações;
 - k) a autoridade fiscal se limitou em indicar como motivos e fundamentos os artigos da Lei nº 8.212/91, os quais, de forma isolada, nada dizem;
 - l) a recorrente não pode ser demandada por obrigações de terceiros e sempre declarou o que havia a declarar.

Ao final, a recorrente pediu o cancelamento do Auto de Infração.

O julgamento do recurso foi convertido em diligência, diante da conexão ou continência entre os lançamentos fiscais decorrentes da obrigação tributária principal (AIs 37.172.008-7, 37.172.003-6, 37.172.004-4, 37.172.005-2, 37.172.006-0 e 37.172.007-9) e o auto de infração 37.172.009-5.

Houve a prolatação de despacho de conexão e todos os Autos foram distribuídos a este Conselheiro.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro João Victor Ribeiro Aldinucci - Relator

1 Conhecimento

O recurso voluntário é tempestivo e estão presentes os demais requisitos de admissibilidade, devendo, portanto, ser conhecido.

2 Da nulidade das autuações

No requerimento final de seu recurso, o sujeito passivo pede a improcedência do auto de infração, afirmando-o por razões de mérito. Veja-se:

Em face de todo exposto, requer sejam recebidas as presentes razões, para ao final julgar improcedente o auto de infração em questão, pela esteira de argumentos despendidos, culminando com seu CANCELAMENTO INTEGRAL, POR SEUS PRÓPRIOS MÉRITOS [...].

Ocorre que, na fundamentação, o sujeito passivo defende a existência daquilo que chamou de nulidade das autuações e notificações.

Preliminarmente, portanto, é necessário verificar se há nulidades.

Nesse tocante, observa-se que a ação fiscal foi conduzida por servidor competente, que concedeu à recorrente os prazos legais para a apresentação de documentos e prestação de esclarecimentos; o Auto de Infração foi devidamente motivado e foi concedido ao sujeito passivo o prazo legal para a formulação de impugnação; a autuação ainda contém clara descrição do fato gerador da obrigação, da matéria tributável, do montante do tributo devido, da identificação do sujeito e da penalidade aplicável; e não houve nenhum prejuízo para os direitos de defesa e do contraditório.

Veja-se que o Auto de Infração foi devidamente recepcionado, tanto que a recorrente apresentou sua impugnação de forma tempestiva, sendo equivocado afirmar que ela não se encontraria no endereço informado.

Por outro lado, é amplamente sabido que somente há nulidade quando o descumprimento de uma regra legal ou infra-legal cause prejuízo ao direito de defesa do contribuinte. As eventuais formalidades constantes da legislação tributária não constituem um fim em si mesmas, mas sim representam um meio de assegurar o direito do devido processo legal.

O contribuinte ou responsável tem todo o direito de saber os fatos contra si imputados e as provas nos quais ele se alicerçam. Todos os atos e termos devem ser lavrados por pessoa competente, e os despachos e as decisões devem ser devidamente fundamentados, e de forma alguma pode, por qualquer via, ser preterido o direito de defesa.

Expressando-se de outra forma, e apoiando-se na inexcédível doutrina do professor Leandro Paulsen, *"a nulidade não decorre propriamente do descumprimento do*

*requisito formal, mas dos seus efeitos comprometedores do direito de defesa assegurado constitucionalmente"*¹, já que as formalidades *"não são um fim, em si mesmas, mas um instrumento para assegurar o exercício da ampla defesa"*².

Neste caso concreto, a recorrente fez alegações extremamente genéricas acerca do cerceamento do seu direito de defesa. Nem mesmo num patamar mínimo aceitável, ela precisou de que forma estaria caracterizado tal cerceamento.

É óbvio que, a depender do grau de deficiência da instrução processual ou da decisão prolatada no processo administrativo, o sujeito passivo realmente não tem como fazer uma indicação mais detalhada, mas não é isso que ocorre neste caso.

Pelo contrário, todos os atos foram devidamente fundamentados e foram assegurados todos os prazos para a apresentação de defesa e documentos.

Finalmente, e quanto à não devolução dos livros contábeis, não há qualquer prova das alegações formuladas pela contribuinte.

Ou seja, a fiscalização transcorreu dentro da mais restrita legalidade e não houve qualquer inobservância ao direito de defesa, rejeitando-se, portanto, a preliminar de nulidade.

3 Da nulidade do acórdão recorrido

Nesse ponto, a recorrente discorre sobre a nulidade do acórdão recorrido, diante da ausência de manifestação acerca da identidade de condutas imputadas pelo fisco neste auto de infração e no auto de infração 37.172.003-2.

Em outras palavras, a recorrente afirma que a presente autuação está exigindo as mesmas rubricas exigidas no auto de infração 37.172.003-2, o que já havia suscitado em sede de impugnação, sem que a DRJ tenha enfrentado esse argumento.

Analisando-se a peça impugnatória, efetivamente se observa que o sujeito passivo vinha defendendo a existência de duplicidade de cobrança. Veja-se excerto extraído da folha 33:

Ocorre que uma análise detida do Processo Administrativo - Auto de Infração nº 37.172.003-6, dá conta de que a exata exação, inclusive com idênticos fundamentos legais, foram utilizadas neste feito, como se depreende da imputações lá lançadas, verbis:

O acórdão recorrido, contudo, realmente não enfrentou esse argumento.

Foram julgadas as teses atinentes à exclusão do simples nacional, à sucessão empresarial, à motivação do lançamento, ao prejuízo do direito de defesa, à instrução probatória e à devolução de documentos, mas não se vislumbra qualquer pronunciamento

¹ PAULSEN, Leandro. Direito tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 10. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado; ESMAFE, 2008, p. 133.

² PAULSEN, Leandro. Obra citada, p. 133.

acerca da duplicidade de cobrança, o que ensejaria a declaração de nulidade da decisão recorrida.

Ocorre que, na dicção do § 3º do art. 59 do Decreto 70.235/72, "*quando puder decidir do 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*".

Como se verá no tópico seguinte, a decisão de mérito é favorável à recorrente, o que enseja a aplicação do dispositivo legal mencionado.

4 Da sucessão empresarial

Questão de fundamental importância para a solução deste caso é (i) a existência ou não de sucessão de atividade empresarial por aquisição de fundo de comércio ou estabelecimento comercial; e (ii) a cessação da exploração do comércio pela empresa adquirida, uma vez que a acusação fiscal parte desse pressuposto e também porque a principal tese de defesa se sustenta nessa quadra.

Iniciando-se pela norma, o art. 133 do CTN prevê a existência de responsabilidade pelos tributos à pessoa que adquirir de outra, por qualquer título, fundo ou estabelecimento, e continuar a respectiva exploração, sendo essa responsabilidade integral, caso o alienante cesse as atividades.

Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:

I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

Como se vê, o fato de a empresa dita sucessora ocupar o mesmo imóvel antes ocupado pela empresa dita sucedida não é suficiente para ensejar a responsabilidade de que trata o artigo.

Deve haver a aquisição do fundo ou estabelecimento, compreendido como todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou sociedade empresária (art. 1142 do CC).

Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.

A distinção entre local e fundo ou estabelecimento não é sutil; e a sucessão por conta da alienação do estabelecimento ou fundo faz sentido porque eles constituem um ativo da empresa, aos quais se vinculam os tributos devidos até a data do ato. Conforme a doutrina do professor Ives Gandra da Silva Martins:

*[...] fundo de comércio não se confunde com ponto comercial. Fundo é a integralidade dos bens patrimoniais, inclusive os de natureza pessoal e de valor imaterial, e não apenas um local, para exploração de idênticas atividades, mas não da respectiva atividade. A expressão ... implica sempre um sentido de universalidade. A aquisição, portanto, apenas pode ser caracterizada como geradora de obrigações tributárias, quando a assunção do estabelecimento ... implicar a aquisição da universalidade dos bens, do fundo de comércio, das marcas, da clientela específica do good will [...]*³.

Como reforço, veja-se que a parte final do art. 133 restringe a responsabilidade do adquirente pelos tributos "relativos" ao fundo ou estabelecimento adquirido.

Ainda que não contabilizados, o fundo ou estabelecimento são uma medida de grandeza da entidade, fazendo todo sentido responderem pelos tributos que lhes são correlatos.

A doutrina de Luís Eduardo Schoueri está expressa nos seguintes termos:

*[...] a sucessão exige transferência de estabelecimento ou fundo de comércio. Se um mesmo imóvel, antes ocupado por uma empresa, é ocupado por outro, noutra ramo de atividade, não há que se falar em sucessão; se a nova empresa ocupa o mesmo imóvel e mantém o mesmo objeto, então é possível que se cogite de transferência de fundo de comércio, a ensejar a sucessão (matéria que deve ser verificada em cada caso)*⁴.

A par da transferência do fundo ou estabelecimento, a norma ainda determina a continuidade da "respectiva exploração" como critério de aplicação da responsabilidade tributária, conforme se demonstrou na transcrição do dispositivo legal e na doutrina do professor Ives Gandra da Silva Martins.

Neste caso concreto, contudo, sequer há identidade entre os objetos sociais de ambas as empresas, na medida em que a RTS era uma empresa de comércio de auto peças, ao passo que a AMM era uma retificadora de motores (vide denominação social de ambas as sociedades e contratos constitutivos de fls. 710/711 e 903/905).

Logo, não há que se falar em continuidade da respectiva exploração.

Ademais, a despeito de todos os indícios apurados em sede de fiscalização, como amplamente relatado acima, a autoridade também não demonstrou que a recorrente passou a se utilizar dos mesmos ativos tangíveis ou intangíveis que pertenciam à RTS, tais como máquinas, equipamentos, veículos, marcas, etc, tampouco que tenha explorado a mesma clientela.

Não houve, ainda, prova da relação de continuidade entre a atividade anteriormente exercida pela RTS e a atividade da recorrente.

³ Citado por PAULSEN, Leandro. Direito tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 10. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado; ESMAFE, 2008, p. 942.

⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito tributário. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 611.

Nesses termos, a autuação carece de provas da aquisição do fundo ou estabelecimento comercial.

Isto é, muito embora haja provas a respeito (i) da constituição de empresas por interpostas pessoas; (ii) da utilização, pela AMM, de parte dos empregados registrados na RTS; e (iii) fortes indícios de falsificação de documentos, fatos estes de grande gravidade e que podem repercutir da esfera penal, entende-se que a autoridade fiscal não demonstrou a subsunção dos fatos concretos à norma do art. 133 do CTN, principalmente diante da falta de comprovação da alienação do estabelecimento e da continuidade da respectiva exploração.

Como dito, os objetos sociais de ambas as empresas eram distintos e a administração fazendária não conseguiu provar que a recorrente se utilizou dos mesmos ativos da pessoa jurídica dita sucedida.

Sabe-se das dificuldades que a fiscalização tem em procedimentos de tal natureza, mas, por outro lado, não se pode perder de vista que tal procedimento tem um viés fortemente acusatório, cabendo à autoridade empreender todos os esforços para demonstrar a efetiva ocorrência do fato gerador e de todos os requisitos legais para a aplicação da norma de responsabilidade por sucessão.

A norma de responsabilização, além de pressupor a ocorrência do fato gerador, tem requisitos específicos.

Expressando-se de outra forma, a extensão da relação jurídico-tributária, que originariamente recaía sobre determinada pessoa, a um terceiro, requer a ocorrência de todos os elementos fáticos previstos em lei, ou seja, a concretização de todas as circunstâncias legais atinentes à responsabilidade tributária. A responsabilidade pressupõe a regra-matriz de incidência e a regra-matriz de responsabilidade, cada uma com seus pressupostos fáticos e seus sujeitos próprios (contribuintes/solidários e responsáveis).

Por todos esses motivos, entende-se que não há como se aplicar o art. 133 ao caso concreto, devendo ser dado provimento ao recurso, para cancelar a autuação e o lançamento.

5 Conclusão

Diante do exposto, vota-se no sentido de CONHECER do recurso voluntário, para REJEITAR A PRELIMINAR DE NULIDADE e, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO.

(assinado digitalmente)

João Victor Ribeiro Aldinucci

Voto Vencedor

Conselheiro Mauricio Nogueira Righetti, Redator designado

Designado para redigir o voto vencedor, passo a abordar as matérias apontadas nos itens 3 e 4 do voto do relator.

Da nulidade do acórdão recorrido.

Sustenta a recorrente que não teria havido manifestação acerca da identidade de condutas imputadas pelo fisco neste auto de infração e no auto de infração 37.172.003-2.

É dizer: alega que a presente autuação está exigindo as mesmas rubricas exigidas no auto de infração 37.172.003-2, o que já havia suscitado em sede de impugnação, sem que a DRJ tivesse enfrentado esse argumento.

Note-se que referida alegação, tal como formulada, não demandará, para sua apreciação, qualquer manifestação de cunho decisório por parte de colegiado a ensejar eventual supressão de instância e violação ao duplo grau de jurisdição administrativa.

Ao contrário, as considerações adiante, além de procurarem esclarecer a possível dúvida do recorrente, prestigiam os princípios, dentre outros, da eficiência, oficialidade e da celeridade processual.

O presente feito, formalizado sob o nº 10935.004635/2008-54, trata, especificamente, do débito constituído de nº 37.172.007-9, ao passo que os demais, como abaixo tabulados, de débitos com distintos fatos geradores e tipos tributários próprios. Veja-se:

PAF	DÉBITO	MATÉRIA	PERÍODO
10935.004632/2008-11	37.172.009-5	MULTA - FATOS GERADORES NÃO DECLARADO EM GFIP	23/07/2007
10935.004634/2008-18	37.172.008-7	OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - PARTE SEGURADOS EMPREGADOS - DECLARADOS EM GFIP	06/2007 a 12/2007
10935.004635/2008-54	37.172.007-9	OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - PARTE PATRONAL - C.I. PAGTO A RONALDO T DA SILVA	07/2007 a 12/2007
10935.004636/2008-07	37.172.006-0	OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - PARTE SEGURADOS - C.I. - PAGTO A RONALDO T DA SILVA	07/2007 a 12/2007
10935.004637/2008-43	37.172.005-2	OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - PARTE PATRONAL	07/2007 a 12/2007
10935.004638/2008-98	37.172.004-4	OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - ENTIDADES CONVENIADAS - TERCEIROS	07/2007 a 12/2007
10935.004640/2008-67	37.172.003-6	OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - PARTE SEGURADOS EMPREGADOS - NÃO DECLARADOS EM GFIP	07/2007 a 12/2007
10935.004631/2008-76	37.172.010-9	MULTA - APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS NÃO CONDIZENTES COM A REALIDADE	
10935.004630/2008-21	37.172.011-7	MULTA - NÃO APRESENTAÇÃO DE INFORMAÇÕES CADASTRAIS, FINANCEIRAS E CONTÁBEIS	

Nesse sentido, o resumo acima propõe-se, tão somente, seja esclarecida a dúvida manifestada pelo recorrente.

Da sucessão empresarial

Em que pese o muito bem fundamentado voto do relator, ousou a, neste ponto, discordar de sua conclusão.

Ao artigo 133 do CTN, ao tratar da responsabilidade pela sucessão empresarial, assim dispõe:

***Art. 133.** A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:*

I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

(...)

O ponto sob análise resume-se a determinar se houve, ou não, a efetiva aquisição do "fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional" e a **continuidade** da "respectiva exploração".

Os fatos trazidos pela Fiscalização, ladeados aos elementos que constam dos autos, evidenciam que, a meu ver e sem sobras de dúvidas, a recorrente adquiriu o fundo de comércio da pessoa jurídica RTS, mantendo, inclusive, a exploração da mesma atividade empresarial. Vejamos:

Iniciada a ação fiscal _0910300.2008.00053-9 em 08.02.2008 a auditoria se dirigiu ao estabelecimento da RTS COMERCIO DE PEÇAS LTDA, cadastrada nos sistemas informatizados, tanto da Receita Federal do Brasil, quanto da Previdência Social, como Av. Parigot de Souza 1864 - Toledo - PR. Neste local a fiscalização foi recebida pelo Sr. RONALDO TAVARES DA SILVA.

Perguntado pela Fiscalização, informou que no local encontrava-se funcionando a empresa AMM RETIFICADORA DE MOTORES LTDA - CNPJ 08.958.074/0001-47. Sobre o endereço onde estava operando a empresa RTS COMERCIO DE PEÇAS LTDA e sobre o seu vínculo com as empresas, o Sr. RONALDO informou que a empresa RTS estava com as atividades encerradas e **que não possuía vínculo com nenhuma das empresas**. Informou que estava apenas prestando ajuda no local e, ainda, que o escritório ORCA CONTABILIDADE SIS LTDA, situado na Av. Parigot de Souza, 1986 sala 3 - Toledo - PR realizava a escrituração contábil das empresas.

Em seguida, na mesma data (08.02.2008) a auditoria-fiscal dirigiu-se ao já referenciado escritório contábil, tendo então dado ciência ao Termo de Início da Ação Fiscal - TIAF a sra. NEURA GRANDI SAVARIS, contadora responsável pela área de pessoal do escritório, com prazo para atendimento da intimação em 12.02.2008.

A apresentação de documentos pelo escritório contábil, representando a RTS, foi efetuado parcialmente e de acordo com o Mandado de Procedimento Fiscal se limitava ao exercício de 2004.

Iniciado o exame dos documentos básicos para uma auditoria-fiscal nas contribuições sociais incidentes sobre pagamentos/créditos de remunerações a segurados, tais como folhas e recibos de pagamentos e de férias, rescisões de contrato de trabalho, livro de registro de empregados, guias de recolhimento do FGTS e da Previdência Social e os livros contábeis dos registros comerciais, dentre outros, observou-se **que a quase totalidade destes documentos eram assinados pelo sr. RONALDO TAVARES DA SILVA**.

Tal constatação, relativamente aos documentos do exercício financeiro de 2004, indicava que o sr. RONALDO TAVARES DA SILVA possuía um vínculo com a RTS mais amplo do que havia mencionado. Ademais, aplica-se ao caso concreto a hipótese da RESPONSABILIZAÇÃO TRIBUTÁRIA POR SUCESSÃO, da empresa AMM RETIFICADORA DE MOTORES LTDA SUCESSORA DE RTS COMÉRCIO DE PEÇAS LTDA, que continuou as atividades da empresa RTS COMÉRCIO DE PEÇAS LTDA (art. 133, do Código Tributário Nacional e art. 751, da Instrução Normativa SRP 3/2005). Tais fatos motivaram a Fiscalização a requerer a ampliação do período a ser examinado na RTS, bem como a emissão de Mandado de Procedimento Fiscal a ser cumprido na empresa AMM.

Tendo sido providenciada a ampliação do período a ser examinado na empresa RTS, bem como a abertura do procedimento fiscalizatório na AMM, a auditoria-fiscal em 26.02.2008 dirigiu-se ao estabelecimento, sendo recebida novamente pelo sr. RONALDO TAVARES DA SILVA. Na oportunidade foi dada ciência ao Termo de Início da Ação Fiscal da AMM RETIFICADORA DE MOTORES LTDA, SUCESSORA DE RTS COMÉRCIO DE PEÇAS LTDA, qualificando-se o sr. RONALDO como gerente da empresa (vide cópia do TIAF). Contudo, teria se negado a cientificar o Termo da RTS COMERCIO DE PEÇAS LTDA.

A ciência ao Termo de Intimação para Apresentação de Documentos - TIAD, relativo a ampliação do período a ser examinado na RTS foi dada pela sra. NEIVA MARIA THEOBALD DA SILVA, contadora no escritório ORCA CONTABILIDADE S/S LTDA, em 26.02.2008.

Tendo sido cumpridas as intimações científicas em 26.02.2008, ambas as empresas apresentaram os documentos/livros contábeis solicitados.

Ao examinar os documentos já mencionados no item acima, a auditoria-fiscal pode comprovar que o vínculo do sr. RONALDO TAVARES DA SILVA, com a empresa RTS COMÉRCIO DE PEÇAS LTDA foi ininterrupto, contínuo e habitual, estabelecido desde a constituição da pessoa jurídica (de 2003 até 2007). Reforçando: a integralidade da documentação (ou quase) que necessitava da assinatura dos sócios era por ele firmada, inclusive os livros de registro de empregados e contábeis (vide cópia de farta e extensa documentação comprobatória).

Além dos fatos acima narrados, outros constatados pela auditoria levaram-na a concluir sobre a aplicação da hipótese de incidência do art. 14, IV, da Lei nº 9.317/96 ao caso concreto (exclusão do SIMPLES por constituição da pessoa jurídica por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios).

A empresa RTS COMÉRCIO DE PEÇAS LTDA, até o exercício financeiro de 2006, não possuía em seus registros contábeis um ativo imobilizado (maquinas, equipamentos e imóvel) compatível com algumas das atividades exercidas, tais como a retifica de motores. Não possuía, também, escrituração de despesas com aluguel.

A empresa AMM RETIFICADORA DE MOTORES LTDA SUCESSORA DE RTS COMÉRCIO DE PEÇAS LTDA também não possuía os elementos comerciais/industriais citados no parágrafo anterior e mais grave, até a competência março de 2008, estava utilizando os funcionários registrados na RTS para gerir suas atividades econômicas.

Diante de tais constatações, a auditoria-fiscal intimou ambos contribuintes a apresentar documentos e prestar, até 14.03.2008, as seguintes informações:

- a) esclarecimento por escrito sobre a propriedade do imóvel localizado na Av. Parigot de Souza, 1864 - Toledo - PR, juntamente com os documentos comprobatórios: registro imobiliário, contrato de locação ou comodato, dentre outros;
- b) esclarecimento por escrito sobre o endereço de funcionamento das atividades ou sobre o encerramento das atividades da empresa RTS;
- c) na hipótese de encerramento das atividades, esclarecimento por escrito sobre a transferência de máquinas/equipamentos e do ponto comercial para empresa AMM RETIFICADORA DE MOTORES LTDA SUCESSORA DE RTS COMÉRCIO DE PEÇAS LTDA - CNPJ 08.958.074/0001-47.

As intimações foram assinadas pelo sr. RONALDO em 11.03.2008 (vide cópias), se qualificando como gerente, inclusive na empresa RTS. Em razão dessas intimações, esteve presente na Delegacia da Receita Federal do Brasil em Cascavel, no dia 13.03.2008, o sr. ANTONIO MARCOS MONTEIRO, qualificado como sócio-gerente no contrato social da empresa AMM RETIFICADORA DE MOTORES LTDA SUCESSORA DE RTS COMERCIO DE PEÇAS LTDA.

Na ocasião, em razão das robustas provas que se apresentavam até aquele momento da constituição das pessoas jurídicas (RTS e AMM) por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios (respectivamente, art. 14, IV, da Lei nº 9.317/96 e art. 29, IV, da Lei Complementar nº 123/2006), a auditoria-fiscal resolveu entrevistar o sr. ANTÔNIO MARCOS MONTEIRO, na presença dos auditores fiscais ANTÔNIO CARLOS DE ALMEIDA - matrícula 1286863 e ANTÔNIO CARLOS FIORI - matrícula 1450704. O relatório decorrente da entrevista foi reduzido a um Termo de Constatação, cujo conteúdo segue transcrito a baixo:

(---)

II - RELATÓRIO

MARCOS ALBERTO SUSSUMU LOURENÇO, matrícula SIAPE 2205369, na presença das testemunhas ANTÔNIO CARLOS FIORI - matrícula SIAPE 1450704 e ANTÔNIO CARLOS DE ALMEIDA - matrícula SIAPE 1286863, todos auditores fiscais da Receita Federal do Brasil, no dia 13 de março de 2008 às 16h e 30min, considerando o comparecimento do sócio-gerente da empresa identificada na epígrafe nesta delegacia da Receita Federal do Brasil, Sr. ANTÔNIO MARCOS MONTEIRO, portador da carteira de 'identidade civil RG 5.281.644-0 (SSP PR) e do CPF 809.023.919-68, com o objetivo de protocolar pedido de prorrogação de prazo para apresentação de documentos, decorrente da intimação assinada em 11 de março de 2008 (cópia em anexo), procedeu a oitiva deste, visando esclarecer pontos relativos aos procedimentos fiscais 0910300.2008.00053 e 0910300.2008.00128, tendo ocorrido os seguintes fatos:

- a) Indagado sobre a data de início das atividades da empresa AMM - que não se arriscaria a dizer a data, pois poderia fornecer uma informação incorreta;*

b) Indagado sobre sua experiência profissional relacionada com a atividade da empresa - que já exerceu e exerce diversas atividades para muitas pessoas, dentre estas o sr. Rosalvo Tavares da Silva;

c) Perguntado sobre o tipo de vínculo pessoal ou profissional com o sr. Rosalvo Tavares da Silva - que há muito tempo conhece e trabalha para ele sem vínculo empregatício, realizando serviços gerais;

d) Perguntado sobre como conheceu o sr. Ronaldo Tavares da Silva - que o conheceu em razão de ser irmão do sr. Rosalvo Tavares da Silva;

e) Indagado sobre a administração da AMM Retificadora de Motores Ltda - que não administra a empresa; que é o sr. Ronaldo Tavares da Silva que efetivamente realiza a administração da empresa; que somente presta serviços gerais como motorista, mecânico e outros como entrega de documentos (similares a atividade de "office-boy" - termo não utilizado pelo declarante); que ao necessitar de dinheiro para custear despesas requer a empresa AMM o pagamento pelos serviços realizados; que trabalha muito em diversas atividades e para diversos tomadores de serviço;

f) Perguntado sobre ser o proprietário da empresa AMM Retificadora de Motores Ltda - que seu nome consta dos documentos de constituição da empresa, mas de forma confusa relatou que seria o sr. Rosalvo Tavares da Silva o verdadeiro proprietário da empresa.

Naquele momento da entrevista, o declarante se mostrou embaraçado e confuso, dizendo que estava realizando uma entrega no CEASA em Cascavel, quando recebeu uma ligação telefônica, onde o interlocutor lhe disse ser necessário entregar um documento na Receita Federal (o declarante não informou o nome do interlocutor). Apesar de ser portador e de ter assinado o documento acima referido, o declarante informou que não entendia a que este se prestava, perguntando se poderia deixar de prestar as informações requeridas pela auditoria-fiscal.

Considerando o estado psicológico de dúvidas que se abateu sobre o declarante, a Fiscalização informou que ele não estava obrigado a dar continuidade à entrevista.

Aproveitando o momento, prestou-se ao declarante algumas informações relativas ao procedimento fiscal, além das possíveis repercussões legais daí decorrentes. Nesse sentido, foram esclarecidos, em síntese, os seguintes pontos:

- que de acordo com o art. 133, do Código Tributário Nacional a empresa AMM Retificadora de Motores Ltda seria considerada sucessora da empresa RTS Comércio de Peças Ltda, devendo aquela assumir a responsabilidade pelos tributos devidos aos cofres públicos;
- que sucedida e sucessora se encontravam em débito com a Seguridade Social, inclusive de contribuições sociais objeto "em tese" dos crimes de "apropriação indébita previdenciária" e "sonegação";

- que os administradores das sociedades poderiam vir a responder aos processos penais decorrentes de tais crimes; e que
- a constituição de uma empresa por “interposta pessoa” estaria capitulada como um procedimento ilegal.

Dadas as explicações, a auditoria-fiscal indagou se as informações prestadas estavam suficientemente claras para o declarante. Neste ponto o declarante, de forma titubeante, chegou a se expressar que seria, então, um “laranja” do sr. Rosalvo. A auditoria-fiscal, então, explicou-lhe que caso não fosse “de fato” sócio da empresa, este seria o nome comumente utilizado. O declarante, num lampejo de emoção, disse: que estava preparado para cumprir penalidades comunitárias alternativas, chegando a mencionar que “tinha entrado numa fria”, que trabalhava muito somente para sobreviver; que se encontrava passando por dificuldades no relacionamento com sua esposa; que estava pensando, inclusive, em trabalhar no Paraguai, país onde já havia vivido e trabalhado; e que a partir do momento em que havia tido recursos financeiros apreendidos durante o Plano Collor, havia se decepcionado com o governo brasileiro.

Considerando o estado emocional do declarante;

Considerando o pedido verbal do declarante para interromper a entrevista formal e para não assinar o termo circunstanciado;

Considerando, ainda, que o declarante demonstrava não entender o real conteúdo e finalidade do documento que, portava para protocolo;

A Fiscalização interrompeu, naquele momento, a entrevista para obtenção de esclarecimentos, bem como resolveu emitir este termo de constatação, visto que os fatos então narrados teriam ocorrido na presença das testemunhas arroladas adiante.

Evidenciou-se que o sr. ANTONIO MARCOS MONTEIRO, sócio-gerente constante do contrato social da empresa AMM RETIFICADORA DE MOTORES LTDA SUCESSORA RTS COMÉRCIO DE PEÇAS LTDA, somente confirmou verbalmente o que os documentos e os fatos já demonstravam, ou seja, que ele e outras pessoas foram utilizadas como interpostas pessoas para acobertar a constituição das pessoas jurídicas pelos verdadeiros sócios srs. RONALDO DA SILVA TAVARES e ROSALVO DA SILVA TAVARES. E muito provável que a interposição de pessoas na constituição das empresas decorreu em virtude da impossibilidade da opção pelos regimes de tributação diferenciada do SIMPLES e do SIMPLES NACIONAL, pois vejamos as “coincidências”:

I - a constituição da RTS COMÉRCIO DE PEÇAS LTDA ou da AMM RETIFICADORA DE MOTORES LTDA SUCESSORA DE RTS COMERCIO DE PEÇAS LTDA, pelos srs. RONALDO TAVARES DA SILVA e ROSALVO TAVARES DA SILVA, impossibilitaria a opção pelo sistema de tributação, respectivamente, do SIMPLES e do SIMPLES NACIONAL, haja vista já serem sócios das seguintes empresas: Auto Posto Tavares Ltda CNPJ 00.797.920/0001-82, Fidelcino Santos & Cia Ltda CNPJ 00.219.670/0001-01, Jr Administração e Participações Ltda CNPJ 36.956.589/0001-43, O. Nunes & Tavares Ltda CNPJ 79.782.660/0001-21, Lanchonete RTS Ltda CNPJ 82.432.188/0001-01 e Rosalvo Tavares Da Silva 8. Cia Ltda CNPJ 72.566.953/0001-22 (vedações constantes do art. 9º, IX, Lei 9.317/96 e do art. 3º, §4º, IV, da Lei Complementar 123/2006);

II - a mudança da opção do SIMPLES para o SIMPLES NACIONAL pela RTS COMÉRCIO DE PEÇAS LTDA, que poderia ser requerida no mês de julho de 2007 (data de constituição da AMM RETIFICADORA DE MOTORES LTDA SUCESSORA DE RTS COMÉRCIO DE PEÇAS LTDA) não seria possível em razão da existência de débitos para com a Seguridade Social declarados em GFIP.

Outro ponto a se ressaltar é que, apesar da tentativa do sr. ANTONIO MARCOS MONTEIRO em prorrogar o prazo das intimações assinadas em 11.03.2008, o prazo fixado pela auditoria-fiscal (14.03.2008) correu "*in albis*", motivo que ensejou a lavratura de Auto de Infração Obrigação Acessória - AIOA 37.172.002-8. Somente em 23.04.2008 as intimadas protocolizaram na Delegacia da Receita Federal em Cascavel correspondência justificando pontos relativos à intimação. Nesta correspondência demonstraram certa indignação pelo requerimento das informações fiscais e, pelo seu conteúdo, consideraram prestados os devidos esclarecimentos, sendo, ainda, anexadas cópias dos seguintes documentos:

- a) certidão nº 5165, do 1º Ofício do Registro de Imóveis da Comarca de Toledo/PR relativa ao lote urbano nº 7, da quadra 623, situado no Jardim Novo Bandeirantes;
- b) instrumento particular de compromisso de comodato para uso de imóvel comercial firmado entre as empresas RTS COMÉRCIO DE PEÇAS LTDA e AMM RETIFICADORA DE MOTORES LTDA SUCESSORA DE RTS COMÉRCIO DE PEÇAS LTDA datado de 10 de julho de 2007 e com reconhecimento das firmas na mesma data;
- c) *instrumento particular de locação de máquinas e equipamentos firmado entre LILIAN TAVARES DA SILVA e AMM RETIFICADORA DE MOTORES LTDA SUCESSORA DE RTS COMERCIO DE PEÇAS LTDA datado de 10 de julho de 2007 e com reconhecimento das firmas na mesma data.*

Deve ficar destacado que somente prestou informações a empresa AMM, esclarecendo situações que envolviam ambas as empresas, com quarenta dias de atraso. Ademais, não foi informada sobre a continuidade ou não das atividades da empresa RTS COMERCIO DE PEÇAS LTDA.

Ocorre, também, que os reconhecimentos das firmas constantes das cópias dos contratos anexados na prestação das informações não foram confirmados pelo 6º Tabelionato Mônica Malucelli, situado na Rua Comendador Araújo, 143 - Curitiba - Paraná. Procurado pessoalmente, o escrevente cartorário Sr. HENRIQUE LEMES DOS SANTOS informou **que a sua assinatura aposta no carimbo do cartório era falsa**. A falsidade foi posteriormente confirmada expressamente por meio de ofício (cópia em anexo),

Diante da gravidade do fato, a auditoria-fiscal intimou em 13.05.2008, na pessoa do sr. RONALDO TAVARES DA SILVA, a RTS a apresentar os originais dos citados contratos, bem como comprovar a propriedade das máquinas, equipamentos e ferramentas locadas pela sra. LILIAN TAVARES DA SILVA para a empresa AMM RETIFICADORA DE MOTORES LTDA SUCESSORA DE RTS COMÉRCIO DE PEÇAS LTDA.

O fato é que a empresa RTS deixou o prazo (15.05.2008) passar em "branco", em cumprimento do Termo de Intimação para Apresentação de Documentos - TIAD (cópia em anexo).

Paralelamente as provas acima citadas, outras evidências auxiliam na comprovação de que as empresas RTS e AMM foram constituídas por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios:

I - As iniciais da empresa RTS coincidem com os nomes dos srs. RONALDO TAVARES DA SILVA e ROSALVO TAVARES DA SILVA;

II - O sr. RONALDO TAVARES DA SILVA foi nomeado procurador da RTS, possuindo amplos e ilimitados poderes para administrar a sociedade (vide cópia da procuração);

III - Nas quatro oportunidades em que esta auditoria esteve na Av. Parigot de Souza 1684 - Toledo - PR, sempre foi atendida pelo sr. RONALDO, em seu escritório no 1º andar (vide cópias dos TIAFs e TIADs).

IV - O sr. RONALDO TAVARES DA SILVA sempre assinou tanto as CTPS dos empregados, como os documentos relativos a administração de pessoal, bem como os livros de registro de empregados e livros comerciais (vide cópias de farta e extensa documentação);

V - O sr. RONALDO TAVARES DA SILVA sempre agiu como preposto das empresas nas ações trabalhistas movidas contra as Auditadas (vide cópias de reclamatórias trabalhistas);

VI - A sra. ELIANE GRUNFELD sócia ingressante da 1ª alteração de contrato social da RTS outorgou procurações em caráter irrevogável para o sr. RONALDO TAVARES DA SILVA efetuar a venda de imóveis em 2002 na cidade de Cascavel (vide cópias das procurações), demonstrando, desde data anterior a constituição da pessoa jurídica, possuírem estreitos vínculos de confiança;

VII - O sr. ROSALVO TAVARES DA SILVA constituiu, ainda, outra empresa com as mesmas iniciais de seu nome, ou seja, Lanchonete RTS Ltda CNPJ 82.432.188/0001-01;

VIII - A sra. LILIAN TAVARES DA SILVA sócia-gerente ingressante da 1ª alteração de contrato social da RTS outorgou procuração para seu pai o sr. ROSALVO TAVARES DA SILVA efetuar a administração plena de todos os seus bens (vide cópia da procuração).

IX - Na reclamatória trabalhista 00064-2008-068-09-00-1 (cópia em anexo) movida por José Silveira contra as Auditadas, protocolada na Vara do Trabalho em Toledo em 17.01.2008 (data anterior ao início do procedimento fiscal), o empregado na petição inicial confirma: *“As rés são geridas e administradas por um mesmo grupo econômico ou de pessoas. Ambas funcionam no mesmo edifício. O que as diferenciam são apenas o local de acesso e a placa de publicidade, sendo que para a primeira a entrada é pela Avenida Parigot de Souza e a segunda é pela rua México, que faz fundos com o edifício onde ambas estão instaladas. (...)”*

X - Na reclamatória trabalhista 00334-2008-'O68-09-00-4 (cópia em anexo), movida por Adelar de Almeida Bueno contra a RTS, protocolada na Vara do Trabalho em Toledo em 27.02.2008, o empregado na petição inicial informa: *“(...). No presente caso há prova inequívoca da demissão arbitrária do autor, através de documentos ora anexados e assinados pelo representante do empregador Sr. Ronaldo Tavares da Silva.”*

No caso sob análise, a aparente, ou sob o ponto de vista formal, não identidade entre os objetos sociais de ambas as empresas, na medida em que a RTS seria uma empresa de comércio de auto peças, ao passo que a AMM, uma retificadora de motores, cede espaço ao forte conteúdo probatório que conduz à convicção de que a sucessora permaneceu exercendo o negócio da sucedida, seja pelo aproveitamento de parcela de seus funcionários, bem como de suas máquinas e equipamentos, seja pela "gerência" comum a cargo do Sr Ronaldo, seja ainda pelo o que constou na exordial da reclamatória trabalhista RT 56/2006, de 23.01.2006, no sentido de que o lá reclamante teria sido contratado para ocupar o cargo de montador de motor (motores em geral - principalmente motores a diesel de caminhões, tratores, máquinas industriais, e outros) e que fazia também recuperação de motores velhos (desmontar, montar, lavar peças, fazer lubrificação, etc), atividades não compatíveis com as que se espera de um comércio e de auto peças.

Soma-se às robustas evidências encimadas, a conduta reprovável dos gestores das empresas envolvidas que navegou desde a utilização de interposta pessoa à tentativa de aproveitamento de documento falso.

Por todo o exposto, tenho que, neste caso, o reconhecimento da responsabilidade por sucessão é um imperativo.

Nesse sentido, VOTO por CONHECER do recurso e, no mérito, NEGAR-LHE provimento.

Mauricio Nogueira Righetti

(assinado digitalmente)