



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

Processo nº 11060.002706/2010-06
Recurso nº Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9101-003.578 – 1ª Turma
Sessão de 08 de maio de 2018
Matéria GLOSA DE CUSTOS
Recorrente GOBBA LEATHER INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2006, 2007

RECURSO ESPECIAL. REQUISITOS DE ADMISSILIDADE. INTERESSE PROCESSUAL.

Os critérios de necessidade/utilidade traduzem o interesse processual. Não deve ser conhecido o recurso que, sendo provido, não ensejará nenhum proveito para o recorrente no âmbito do próprio processo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial.

(assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rêgo - Presidente.

(assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araujo - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Rafael Vidal de Araújo, Cristiane Silva Costa, Flávio Franco Corrêa, Luis Flávio Neto, Viviane Vidal Wagner, Daniele Souto Rodrigues Amadio, Gerson Macedo Guerra, Adriana Gomes Rêgo (Presidente). Ausente, justificadamente, o conselheiro André Mendes Moura.

Relatório

Trata-se de recurso especial de divergência interposto pela contribuinte acima identificada, fundamentado atualmente no art. 67 e seguintes do Anexo II da Portaria MF nº 343, de 09/06/2015, que aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), em que se alega divergência de interpretação da legislação tributária quanto às seguintes matérias, assim identificadas pela recorrente:

- 1 - Impossibilidade de desconsiderar operações com empresa inexistente de fato na hipótese de que as operações tenham sido efetivadas com a entrega das mercadorias;
- 2 - Impossibilidade de aplicação retroativa da declaração de inaptidão de empresa considerada inexistente de fato;
- 3 - Inexistência de simulação quando o objetivo do planejamento é racionalizar as operações; e
- 4 - Necessário cumprimento dos requisitos constantes do art. 133 do CTN para viabilizar a sucessão empresarial.

No exame de admissibilidade, foi dado seguimento ao recurso apenas em relação à matéria constante do item "4" acima indicado. Houve negativa de seguimento em relação às matérias tratadas nos três primeiros itens, conforme o despacho exarado em 21/07/2016 pela Presidente da 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF.

Na sequência, a contribuinte apresentou agravo contra o exame de admissibilidade, mas esse agravo foi rejeitado pelo Presidente da Câmara Superior de Recursos Fiscais, conforme o despacho por ele exarado em 14/09/2016.

A recorrente insurgi-se contra o Acórdão nº 1302-001.690, de 24/03/2015, por meio do qual a 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF, por unanimidade de votos, manteve o lançamento de IRPJ e CSLL por glosa de custos.

O acórdão recorrido contém a ementa e a parte dispositiva descritas abaixo:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007

GLOSA DE CUSTOS.

Não comprovados custos/despesas, e demonstrado pela fiscalização que a operação da qual surgiriam foi simulada, não tendo de fato ocorrido, é correta a glosa.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. VEDAÇÃO.

É vedado o afastamento pelo CARF de dispositivo prescrito em lei com base em alegação de inconstitucionalidade. Aplicação da Súmula CARF nº 02.

APLICAÇÃO DA TAXA DE JUROS SELIC.

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

No recurso especial, a contribuinte afirma que o acórdão recorrido deu à legislação tributária interpretação divergente da que foi dada em outros processos, relativamente às matérias acima mencionadas.

Quanto à matéria admitida do recurso (Sucessão empresarial - CTN, art. 133), a contribuinte desenvolve os argumentos apresentados a seguir:

DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA INTERPRETADA DE FORMA DIVERGENTE.

- há divergência de interpretação quanto ao art. 133 do CTN, segundo o qual a sucessão tributária só é cabível na hipótese de que o sucedido tenha encerrado suas atividades, o que não é o caso em exame. Este o teor do referido dispositivo:

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;

II - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.

- o acórdão paradigma trazido para reformar este ponto do acórdão recorrido (Acórdão nº 2402-002.107) é claro ao afirmar que a sucessão empresarial só é possível quando o alienante/sucedido encerra a sua atividade, o que não foi admitido pelo acórdão recorrido;

DA DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA.

NECESSÁRIO CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS CONSTANTES DO ART. 133 DO CTN PARA VIABILIZAR A SUCESSÃO EMPRESARIAL - HIPÓTESE DE QUE AMBAS AS EMPRESAS SUBSISTEM – ACÓRDÃO DIVERGENTE: 2402-002.107

- a 4ª Câmara da 2ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento deste CARF, ao apreciar caso análogo, Processo nº 10166.722951/2009-41, Acórdão nº 2402-

002.107, conforme cópia do inteiro teor ora anexada (doc. 4), extraída diretamente do sítio do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, para fins de cumprimento do RICARF, decidiu em sentido diametralmente oposto ao entendimento da decisão ora recorrida afirmando que não há sucessão empresarial sem a efetiva alienação do estabelecimento comercial ou do fundo de comércio;

- esta é a ementa do referido julgado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2004 a 01/09/2005

SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. TERCEIROS.

A empresa é obrigada a recolher as contribuições para Terceiros incidentes sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos a seu serviço.

NULIDADE LANÇAMENTO. INOCORRÊNCIA.

Se o Relatório Fiscal e as demais peças dos autos demonstram de forma clara e precisa a origem do lançamento, bem como os fundamentos legais, não há que se falar em nulidade pela falta de fundamentação da obrigação tributária principal e da aplicação da multa.

SUCESSÃO COMERCIAL. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA ADQUIRENTE. PREVISTA ART. 133 DO CTN. NÃO DEVIDAMENTE DEMONSTRADA. NÃO OCORRÊNCIA.

Da leitura do Relatório Fiscal e dos demais documentos que constam nos autos, constata-se que os elementos fáticos, isoladamente, sem outros elementos probatórios, são insuficientes para caracterizar a sucessão empresarial da responsabilidade tributária do art. 133 do CTN. Os elementos fáticos não demonstram que houve a efetiva alienação de estabelecimento comercial ou do fundo de comércio.

- para melhor compreensão, traça-se um comparativo entre a fundamentação do acórdão recorrido e a fundamentação do acórdão paradigma, de modo a evidenciar a divergência. Senão, veja-se: [...];

- ocorre que, em que pese tratar-se de casos análogos, a decisão adotada num e noutro caso são diametralmente opostas;

- isto porque o acórdão paradigma é claro ao afirmar que a sucessão empresarial, na forma do art. 133 do CTN depende da efetiva alienação do fundo de comércio ou estabelecimento. Já o acórdão recorrido, interpretando este artigo, afirma que seriam suficientes para caracterizar a sucessão fatos como se instalar no mesmo local em que anteriormente funcionava a Recorrente, ou possuem os mesmos sócios, passa a ser sucessor tributário de forma subsidiária;

- importante destacar que referido o acórdão paradigma não foi reformado pelo CSRF;

- portanto, havendo divergência, cabível é o presente recurso especial, devendo prevalecer o entendimento constante do acórdão paradigma;

DO MÉRITO.

NÃO-CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS CONSTANTES DO ART. 133 DO CTN.

- a recorrente não “adquiriu” fundo de comércio, apenas remeteu matérias-primas para industrialização por conta e ordem em estabelecimento de terceiro e, posteriormente, arrendou a fábrica;

- a requerente, em realidade, não adquiriu o fundo de comércio da Xinguleder Couros Ltda., mas apenas remeteu matérias-primas para industrialização e, posteriormente, arrendou (Doc. 04 da impugnação) o parque industrial para lá exercer suas atividades. Como se sabe, a remessa para industrialização por conta e ordem em estabelecimento de terceiros é prática usual e corriqueira amplamente prevista na legislação tributária, quer estadual regulada pelo SINIEF/CONFAZ, quer pela legislação federal, não se confundindo em hipótese alguma com a pretendida vinculação para responsabilização por débitos da Xinguleder. Já o arrendamento realizado posteriormente é o contrato pelo qual uma das partes concede à outra o uso e o gozo temporário de determinado bem, mediante retribuição. O arrendatário não detém a propriedade do bem, na medida em que dele não pode dispor, isto é, não pode aliená-lo. Tem apenas os poderes de uso e gozo, nos estritos limites do contrato de arrendamento entabulado;

- nesse caso, assim como na locação, o arrendamento significa obrigação de dar sem a transmissão do patrimônio, é a atribuição da faculdade de usufruir do bem sem adquirir-lhe a propriedade. E, se pelo arrendamento não se adquire a propriedade, não pode a requerente ser responsabilizada pelos débitos da Xinguleder, pelo simples fato de que não se materializou a hipótese constante do art. 133, II, do CTN;

- atualmente, com a globalização e concorrência internacional, é impossível exercer a atividade de curtimento de couro sem a sinergia entre várias empresas;

- assim, formam-se grandes conglomerados empresariais em que cada participante contribui de alguma maneira no processo produtivo. Portanto, frigoríficos, curtumes e fornecedores de produtos químicos precisam formar conglomerados empresariais para obter um produto competitivo no mercado;

- em razão da realidade acima do mercado acima exposta, a Gobba iniciou relação com a Xiguleder em 07/06/2006, conforme Nota Fiscal n.º 023395 (Doc. 05 da impugnação), com a remessa por conta e ordem para industrialização em estabelecimento de terceiros. A partir de 01/06/2008 foi celebrado um contrato de arrendamento mensal (ver doc. 04 da impugnação). Esta sinergia entre as empresas incluiu o fornecimento de produtos químicos por parte da Angico e de couros vindos de Mato Grosso e Goiás remetidos pela Quatro Marcos Ltda., cujos alguns sócios detinham o controle de 50% do capital da Gobba. Assim, a Gobba realizou a industrialização do couro por conta e ordem e, posteriormente, por contrato de arrendamento da planta da Xiguleder e esta fornece materiais auxiliares de embalagem, energia elétrica, custos industriais e outros insumos;

- a requerente em nenhum momento efetuou qualquer aquisição de propriedade da Xinguleder, havendo apenas contrato de arrendamento, não se configurando a hipótese constante do art. 133, II, do CTN;

INEXISTÊNCIA DE SUCESSÃO COMERCIAL PARA FINS TRIBUTÁRIOS NA HIPÓTESE DE QUE AMBAS AS EMPRESAS SUBSISTEM.

- deve ser ressaltado que o fiscal efetuou uma total confusão entre os sócios da Angico Indústria e Comércio Ltda., Angico Participações Sociedade Simples Ltda., Gobba, Xinguleder Couros Ltda., a Bracol Holding Ltda. e a Bertin S/A, Quatro Marcos Ltda., Baru S/A Participações e Baru Rural Ltda.;

- o sócio Felipe Augusto Frizzo não possui qualquer relação societária com a Xinguleder, sendo apenas sócio da Baru Rural Ltda., da Angico Indústria e Comércio Ltda. e da Angico Participações, que é empresa sócia da Gobba;

- portanto, o sócio Felipe não possui relação societária, gerência ou qualquer espécie de vínculo com a Xinguleder e Baru S/A Participações que possa autorizar qualquer espécie de responsabilização da Gobba pelos débitos da Xinguleder. Logo, o fiscal confunde a relação societária do sócio Felipe e a Baru Rural Ltda. com a empresa Baru S/A Participações;

- note-se que o sócio Felipe detém apenas 50% da participação da Gobba, através da Angico Participações, sendo os demais 50% pertencentes à IUNIC Agro Industrial Ltda., cujos sócios possuem eventual vínculo com os frigoríficos e curtumes da Quatro Marcos Ltda.;

- portanto, por mais este argumento se mostra ilegal a responsabilização subsidiária da requerente, pois a Angico Participações e a IUNIC não guardam nenhuma relação comercial, societária e gerencial direta ou por procuradores com a Xinguleder.

Conforme já mencionado, o recurso especial somente foi admitido em relação a essa divergência sobre a sucessão empresarial.

No **exame de admissibilidade do recurso especial da contribuinte**, a Presidente da 3ª Câmara da 1ª Seção do CARF fundamentou sua decisão de dar seguimento a essa parte do recurso na seguinte análise sobre a divergência suscitada:

Necessário cumprimento dos requisitos constantes do art. 133 do CTN para viabilizar a sucessão empresarial

Relativamente a essa matéria, a Recorrente aponta como paradigma o acórdão nº 2402-002.107, cuja ementa, naquilo que importa ao presente exame, assinala: [...];

Alega a Recorrente:

A 4ª Câmara da 2ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento deste CARF, ao apreciar caso análogo, Processo nº 10166.722951/2009-41, Acórdão nº 2402-002.107, conforme cópia do inteiro teor ora anexada (doc. 4), extraída diretamente do sítio do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, para fins de cumprimento do RICARF, decidiu em sentido diametralmente oposto ao entendimento da decisão ora recorrida afirmando que não há

sucessão empresarial sem a efetiva alienação do estabelecimento comercial ou do fundo de comércio.

Embora o caso enfrentado pelo acórdão paradigma não seja análogo ao apreciado pelo recorrido, penso que a divergência se mostrou presente, visto que o acórdão nº 2402-002.107, indo além da apreciação da aplicação da norma ao caso concreto, emitiu entendimento acerca da aplicação desta em sentido abstrato que colide com o esposado no acórdão recorrido.

O acórdão recorrido, amparando-se nas verificações empreendidas pela Fiscalização, concluiu que ficou caracterizada a sucessão de fato. O paradigma, afastando-se em dado momento da situação fática posta em julgamento, assinalou:

[...]

Não é suficiente um raciocínio lógico, estabelecido pela auditoria fiscal, para definir determinada pessoa jurídica como responsável pelo pagamento das contribuições sociais ora apuradas no presente processo. Sempre é necessária expressa disposição legal atribuindo a alguém tal condição, e o art. 133, II, do CTN determina que, para caracterizar a responsabilidade tributária subsidiária, deverá haver atos de aquisição de fundo de comércio ou estabelecimento. Tais atos não ficaram comprovados nos autos. (GRIFEI)

Logo, quando se trata de fundo de comércio ou de estabelecimento, não se pode adotar entendimento de que quem porventura veio a se instalar no mesmo local em que anteriormente funcionava a Recorrente, ou possuem os mesmos sócios, passa a ser sucessor tributário de forma subsidiária, nos moldes do art. 133, inciso II, do CTN. Não se tratando de efetiva alienação do fundo de comércio ou de estabelecimento, não haverá responsabilidade da empresa LPS Brasília-Consultoria de Imóveis Ltda.

Ainda que não tenha havido a intenção nesse sentido, o pronunciamento, a meu ver, ao exigir que a caracterização da responsabilidade esteja representada por ato de aquisição, exclui a possibilidade de ela ocorrer de fato, isto é, sem a formalização de ato de qualquer natureza, o que conflita com o declinado no acórdão recorrido.

Tenho, assim, por comprovada a divergência em relação à matéria em questão.

Em 06/10/2016, o processo foi encaminhado à PGFN, para ciência do despacho que admitiu o recurso especial da contribuinte, e em 17/10/2016 o referido órgão apresentou tempestivamente contrarrazões ao recurso, com os seguintes argumentos:

PRELIMINAR - DA INEXISTÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA E DIVERGENTE SOLUÇÃO JURÍDICA. DA IRRELEVÂNCIA DA DISCUSSÃO ACERCA DO ART. 133 DO CTN NA PRESENTE HIPÓTESE.

- preliminarmente, requer a União que o recurso especial da contribuinte não seja conhecido, pois não há similitude fática e divergente solução jurídica entre o acórdão recorrido e o acórdão paradigma;

- em primeiro lugar, a fiscalização e os acórdãos subsequentes não trataram especificamente do art. 133 do CTN. Na verdade, a alegação da recorrente, no sentido de que não haveria sucessão, em nada altera a realidade dos fatos e não macula o fundamento da autuação, que aferiu uma gama enorme de elementos probatórios, não relacionados à eventual sucessão;

- a constatação da fiscalização serviu como mais um elemento indiciário que corrobora o estreito relacionamento existente entre todas as empresas que participavam da simulação. Em outras palavras, a ocorrência ou não de sucessão empresarial não é o fundamento central da autuação;

- cumpre transcrever, nesse sentido, os fundamentos do acórdão recorrido:

Com relação a argumentação da contribuinte em sua impugnação (fls. 494 e 495 e fls. 519 e 520), contrapondo a conclusão do trabalho da ação fiscal de que a GOBBA seria, de fato, a sucessora da BRASPELCO/XINGULEDER, alegando que, formalmente, as duas empresas subsistem, em nada altera a realidade dos fatos. No caso concreto, cumpre ressaltar que essa constatação da fiscalização serviu como mais um elemento indiciário que corrobora o estreito relacionamento existente entre todas as empresas que participavam da simulação. [...]

- a discussão a respeito do art. 133 do CTN não tem o condão de alterar o fundamento e a conclusão do acórdão recorrido e das decisões anteriores, no sentido da clara existência de simulação;

- a admissão do presente recurso especial revela clara inobservância do princípio da dialeticidade recursal e incide, na hipótese, o entendimento estampado na Súmula 283 do STF, que dispõe: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”;

- por outro lado, no que se refere ao acórdão paradigma, este não afirmou que seriam necessários atos formais para restar caracterizada a responsabilidade do art. 133, II, do CTN. Ao contrário, limitou-se a dizer que, naquela situação concreta, os elementos probatórios eram insuficientes para caracterizar a sucessão empresarial. Confira: [...];

- com efeito, o acórdão paradigma não afirmou que seria impossível existir sucessão empresarial de fato, sem formalização. Disse apenas que, no caso examinado, não houve prova que a caracterizasse. Por mais este motivo, o recurso especial não merece conhecimento;

- de toda a sorte, conforme já afirmado, o acórdão recorrido sequer trata do art. 133 do CTN, não havendo similitude fática e divergente solução jurídica;

- o art. 133, do CTN, não foi o fundamento da autuação. A discussão a seu respeito não tem o condão de alterar a conclusão do acórdão recorrido e das decisões anteriores, no sentido da clara existência de simulação;

DAS RAZÕES PARA MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO.

- pedimos vênia, inicialmente, para transcrever a lição do Professor Marco Aurélio Greco, em artigo específico sobre a responsabilidade do sucessor na aquisição de estabelecimento: [...];

- observa-se, a partir da lição do mencionado Professor, que o verbo “adquirir” não deve ser entendido apenas no seu sentido técnico jurídico, de negócio jurídico translativo de propriedade, mas sim também como o efeito da passagem da titularidade da condução da atividade econômica para uma terceira pessoa;

- na medida em que o elemento de conexão é a atividade econômica (comercial, industrial, profissional), esta, em grande medida, é uma realidade de fato de caráter dinâmico que independe da forma jurídica;

- nessa mesma linha, a jurisprudência tem aplicado o artigo 133 a situações em que não existe um vínculo jurídico direto (negócio jurídico “de aquisição”) entre as partes. Vale dizer, aplica-se uma interpretação substancial e não formal, âmbito em que o exame dos fatos é decisivo;

- com efeito, o Egrégio STJ já reconheceu a sucessão para fins de contribuição devida ao INSS, à vista da prova, com base em indícios consistentes em vínculos não formais, mas de caráter familiar entre os sócios (REsp 36.901/RS, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/10/1996, DJ 18/11/1996, p. 44861);

- quanto aos aspectos fáticos, é de lembrar-se outra decisão:

“PREVIDENCIÁRIO – CONTRIBUIÇÕES – RESPONSABILIDADE POR SUCCESSÃO DE EMPRESAS.

1.- Embora não formalizada a sucessão, levam os elementos fáticos à conclusão de que empresa, que explora a mesma atividade, em estabelecimento antes utilizado por outra afim, com o emprego dos mesmos servidores, faticamente é sucessora da que se apresenta como devedora.

2.- Aplicação subsidiária do art. 133 do CTN.

3.- Apelos improvidos – sentenças confirmadas.”

(TRF 1ª Região, Ap. Cv. 01143259-BA, 4ª Turma, Rel. Eliana Calmon, DJ-25.06.90.)

- isto está bem claro, por exemplo, no seguinte acórdão:

“EXECUÇÃO FISCAL. CONTRIBUIÇÕES PARA O FGTS. RESPONSABILIDADE, CTN ART. 133. CLT, ART. 448.

1.- A responsabilidade, por sucessão, em obrigações de natureza fiscal ou trabalhista independe de fusão ou incorporação das sociedades. O direito positivo pôs em relevo, para fixação da responsabilidade em tais casos, não os aspectos formais da constituição da sociedade, e sim os aspectos concretos da exploração da empresa, assim considerada a atividade economicamente organizada.

2.- Recurso desprovido.”

(TRF 4ª Região, Ap.Cv. 91.04.18996-5-RS, 2ª Turma, Juiz Teori Albino Zavascki, DJ- 15.06.94).

- na mesma linha de raciocínio, há decisão que aplica, por exemplo, o artigo 133 à hipótese de arrendamento do estabelecimento/fundo (AP.Cv. 0429456, TRF 4ª Região, 2ª Turma, Juíza Tânia Escobar, DJ-25.09.96);

- em suma, basta haver continuidade na atividade econômica para que se aplique o artigo 133;

- amplia-se a aplicação do artigo 133, também para cobrir hipóteses em que ocorra fraude. Nesse sentido: STF-REExt. n. 89.354-RJ, Min. Soares Muñoz, 1ª Turma, RTJ-92/333; STJ-Resp. n. 3.828/SP, 2ª Turma, Min. Ilmar Galvão, DJ-22.10.90 (neste acórdão menciona-se ter ocorrido “dissimulação”); Resp. 36.540-6- MG, 1ª Turma, Min. Garcia Vieira, Ver. Sup.Trib.Just., a.5, (52): 45-229, dezembro 1993 (neste acórdão menciona-se “manobra para burlar o Fisco”); TRF 3ª Região, Ap.Cv. 89.03.004089-SP, 1ª Turma, Des. Theotônio Costa, DJ-27.01.98, onde se lê que “Evidente é a fraude contra credores se demonstrado conluio estabelecido entre familiares, consubstanciada na sucessão de empresas. Logo, os adquirentes responsabilizam-se pelo patrimônio adquirido. Inteligência do artigo 133, I, CTN.”

- já quanto ao uso de interposta pessoa, mesmo que esta seja uma pessoa de Direito Público: (TRF 4ª Região, Ap.CV., 89.04.17871 -1-PR, 3ª Turma, Juiz Silvio Dobrowolski, DJ-05.09.90);

- a doutrina afirma que sempre que a Fiscalização conseguir demonstrar fraude, ou seja, que a locação ou arrendamento está mascarando uma compra e venda efetuada com o fito de afastar a aplicação do art. 133, do CTN, deve-se caracterizar a hipótese nos autos, para enquadrar o adquirente do fundo de comércio ou estabelecimento como responsável;

- o que importa para aplicação do art. 133 não são os títulos formais utilizados pelas partes, ou a terminologia empregada na redação das cláusulas, mas a demonstração de uma transferência, direta ou indireta, do fundo empresarial, que permitiu a continuidade da exploração desse fundo com alteração meramente subjetiva do agente ou beneficiário dos resultados;

- conclui-se que os fundamentos apresentados pelo julgado atacado são sólidos e não merecem qualquer reparo;

- por essas razões, é imperiosa a manutenção do acórdão recorrido;

- ante o exposto, pugna a Fazenda Nacional para que seja negado provimento ao recurso especial, mantendo-se o acórdão proferido pela e. Turma *a quo* por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rafael Vidal de Araujo, Relator.

O presente processo tem por objeto lançamento para a constituição de crédito tributário a título de IRPJ e CSLL sobre fatos geradores ocorridos nos anos-calendário 2006 e 2007.

A autuação fiscal está embasada em glosa de custos/despesas. De acordo com a Fiscalização, a contribuinte não conseguiu comprovar aquisições de produtos químicos objeto de notas fiscais emitidas em 2006 e em 2007 por pessoa jurídica inexistente de fato (Angico Indústria e Comércio Ltda.).

O relatório contido no acórdão recorrido contém um parágrafo que ilustra bem o contexto do lançamento sob exame:

O trabalho de ação fiscal apontou como irregularidade as aquisições de produtos químicos, no valor de R\$ 7.987.734,60 (fl. 460, verso), não comprovadas por parte da empresa GOBBA LEATHER INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, adquiridas da empresa ANGICO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, a qual a fiscalização considerou como uma empresa inexistente de fato, lavrando inclusive representação para a baixa do CNPJ (processo administrativo nº 11060.002926/2009-98) (fl. 468) e representação fiscal para fins penais (processo 11060.000896/2010-19) (fl. 471). Por conta disso, a fiscalização glosou o valor correspondente dessas aquisições de produtos químicos da GOBBA por considerá-las amparadas em documentação inidônea, resultando na lavratura de 2 autos de infração, um de IRPJ no valor de R\$ 1.446.622,65 (principal) e outro de CSLL no valor de R\$ 521.907,02 (principal), ambas com a aplicação de multa agravada (de 150%).

As exigências fiscais foram mantidas tanto na primeira quanto na segunda instância administrativa.

Em sede de recurso especial, a contribuinte suscitou quatro divergências jurisprudenciais: (1) Impossibilidade de desconsiderar operações com empresa inexistente de fato na hipótese de que as operações tenham sido efetivadas com a entrega das mercadorias; (2) Impossibilidade de aplicação retroativa da declaração de inaptidão de empresa considerada inexistente de fato; (3) Inexistência de simulação quando o objetivo do planejamento é racionalizar as operações; e (4) Necessário cumprimento dos requisitos constantes do art. 133 do CTN para viabilizar a sucessão empresarial.

O recurso especial foi admitido apenas em relação à quarta divergência.

Entretanto, penso que também em relação a essa divergência, o recurso não deveria ter sido admitido.

São procedentes as preliminares de não conhecimento do recurso apresentadas pela PGFN em sede de contrarrazões.

Não é necessário transcrever aqui todos os fatos apurados pela Fiscalização e que levaram à glosa dos custos/despesas referentes a aquisições de produtos químicos, embasadas em notas fiscais emitidas por pessoa jurídica inexistente de fato.

O que é importante destacar é que todos os comentários sobre as várias empresas que teriam alguma vinculação com as transações financeiras que a contribuinte autuada procurou relacionar às aquisições glosadas de produtos químicos (inclusive os relativos à empresa Xinguleder Couros Ltda.) configuraram elementos indiciários adicionais, que apenas reforçaram a comprovação de que as referidas aquisições não ocorreram, e de que os custos/despesas a elas correspondentes deveriam mesmo ser glosados.

Não chego ao ponto de dizer que a matéria "sucessão empresarial" é completamente estranha aos autos, mas a forma como ela foi abordada no recurso especial a partir do paradigma apresentado não guarda nenhuma relação com o caso recorrido.

Com efeito, o lançamento no presente caso, relativo à glosa de custos/despesas, foi feito diretamente contra a empresa que se apropriou desses custos/despesas, pelo fato de não terem sido comprovadas as operações que os embasavam (aquisições de produtos químicos).

Nos presentes autos, não se imputou nenhuma responsabilidade tributária subsidiária à contribuinte autuada, Gobba Leather Ind e Com Ltda., em razão de sucessão empresarial.

Esse tema da responsabilidade tributária subsidiária em razão de sucessão empresarial, matéria que foi tratada pelo Acórdão paradigma nº 2402-02.107, em nada afeta o que foi decidido nos presentes autos, e também não tem nenhuma repercussão na análise das transações financeiras que a contribuinte autuada procurou relacionar às aquisições glosadas de produtos químicos.

A conclusão de que essas transações financeiras tiveram finalidade distinta da alegada pela contribuinte, de que elas não serviam para comprovar o pagamento das aquisições de produtos químicos, é totalmente independente de qualquer debate sobre responsabilidade tributária em razão de sucessão empresarial (matéria estranha aos presentes autos).

Os comentários sobre sucessão empresarial se deram no contexto mais amplo da análise das empresas envolvidas nas operações financeiras com as quais a contribuinte autuada pretendeu afastar a glosa de custos/despesas. E o fato de a empresa Gobba Leather Ind e Com Ltda. ser ou não ser sucessora de fato da empresa Xinguleder Couros Ltda. em nada altera a constatação de que as aquisições de produtos químicos não foram comprovadas.

A empresa autuada (Gobba Leather Ind e Com Ltda.) está respondendo por débitos próprios, principalmente porque não conseguiu comprovar a situação prevista no parágrafo único do art. 82 da Lei 9.430/1996:

Art. 82. Além das demais hipóteses de inidoneidade de documentos previstos na legislação, **não produzirá efeitos tributários em favor de terceiros interessados, o documento emitido por pessoa jurídica** cuja

inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes tenha sido considerada ou declarada **inapta**.

Parágrafo único. O disposto neste artigo **não se aplica aos casos em que o adquirente de bens, direitos e mercadorias ou o tomador de serviços comprovarem a efetivação do pagamento do preço respectivo e o recebimento dos bens, direitos e mercadorias ou utilização dos serviços.**

A contribuinte tentou suscitar divergência sobre essa questão (primeira divergência apontada no recurso especial), que é fundamental para o que foi debatido nestes autos, procurando demonstrar que ela pagou e recebeu os produtos químicos, mas o recurso especial não foi admitido em relação a esse ponto.

Tem razão a PGFN quando alega que a discussão acerca do art. 133 do CTN é irrelevante para o presente caso, que a alegação da recorrente, no sentido de que não haveria responsabilidade tributária em razão de sucessão empresarial, em nada afeta o fundamento da autuação sob exame.

Os critérios de necessidade/utilidade traduzem o interesse processual. Não deve ser conhecido o recurso que, sendo provido, não ensejará nenhum proveito para o recorrente no âmbito do próprio processo.

Desse modo, voto no sentido de NÃO CONHECER do recurso especial da contribuinte.

(assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araujo