



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

Processo nº 13637.000834/2007-65
Recurso nº 111.111 Voluntário
Acórdão nº 2403-01.117 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de março de 2012
Matéria LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente C ED NASC BARBACENA L SUCESSORA C DARWIN
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/2005 a 30/04/2006

PREVIDENCIÁRIO. SUCESSÃO. VERDADE MATERIAL. NULIDADE VÍCIO MATERIAL. SUJEITO PASSIVO SEM LEGITIMIDADE.

Não ocorrerá a sucessão se não forem observados os comandos do artigo 133 do Código Tributário Nacional - CTN, que preceitua: “ 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”

é um princípio específico do processo administrativo.

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

Quando a descrição do fato não é suficiente para a certeza absoluta de sua ocorrência, carente que é de algum elemento material necessário para gerar obrigação tributária, o lançamento se encontra viciado por ser o crédito dele decorrente duvidoso.

Conforme o preceituado no artigo 122 do Código Tributário Nacional - CTN, sujeito passivo da obrigação acessória é a pessoa obrigada às prestações que constituam o seu objeto. Não há que se imputar obrigações tributárias ao sujeito sem legitimidade.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso reconhecendo a nulidade por vício material. Vencidos os conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari e Paulo Maurício Pinheiro Monteiro .

Carlos Alberto Mees Stringari-Presidente

Ivacir Júlio de Souza-Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Marcelo Magalhães Peixoto, e Jhonatan Ribeiro da Silva. Convocada a conselheira Maria Anselma Coscrato dos Santos. Ausente o Conselheiro Cid Marconi Gurgel de Souza.

Relatório

A instância a quo produziu o Relatório abaixo transcrito :

“ Tratam-se de créditos previdenciários lançados pela fiscalização contra a empresa acima identificada, sob nº 37.119.020-7, no montante de R\$21.695,49 (vinte e um mil, seiscentos e noventa e cinco reais e quarenta e nove centavos), consolidado em 7/12/2007 e lavrado em 10/12/2007, cujo Relatório Fiscal de folhas 35 a 43, contém o seguinte:

[-]

III - DA COMUNICAÇÃO A EMPRESA

I. Consta no cadastro da empresa Colégio Darwin de Barbacena Ltda, que o mesmo está situado a Praça Pedro Teixeira 48 Subsolo, Centro, Barbacena - MG, porém, em 03/10/2007, segundo informações colhidas no local através de vizinhos, fui informado que o citado colégio não funcionava naquele endereço, pois havia sido comprado pelo Colégio Aprendiz situado na Avenida Pereira Teixeira - 335, centro em Barbacena - MG.

2. Devido ao fato de não haver nenhum representante do Colégio Darwin de Barbacena Ltda na Avenida Pereira Teixeira - 335, Barbacena-MG, e após várias tentativas frustradas através de contato telefônico no sentido de localizar o representante, ou representantes, daquele colégio, o MPF - Mandado de Procedimento Fiscal nº 09403307F00 e TIAF - Termo de Inicio da Ação Fiscal foram enviados via carta registrada através de AR nº RA669028985BR com postagem em 05/10/2007 para inicio da ação fiscal em 15/10/2007.

3. Em 15/10/2007 o senhor Guilherme Cúrcio Cassini ex-secretário do Colégio Darwin, pois foi demitido em 17/03/2006, foi autorizado pela senhora Cristiane Mara Nascimento a mostrar e fornecer cópias de documentos do Colégio Darwin, tais como: livro registro de empregados, contrato social, grades curriculares e diários de classe, que encontravam em poder do Centro Educacional Nascimento Barbacena Ltda-EPP. Posteriormente foram apresentados outros documentos tais como: folhas de pagamento de 01/2005 a 02/2006, rescisões de contrato de trabalho, reclamações trabalhistas e Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia e Informação a Previdência Social - GFIP.

4. De acordo com a documentação apresentada ficou evidente tratar-se de sucessão, sendo então emitido o Mandado de Procedimento Fiscal - MPF nº 09430846F00 e 09430846C01 em nome de Centro Educacional CEA Barbacena Ltda-EPP.

5. Em 24/03/2006 conforme Oitava Alteração Contratual da Sociedade Empresária Ltda sob a denominação social de: Centro Educacional CEA Barbacena Ltda - EPP, cláusula 1a, a sociedade passou a denominar-se Centro Educacional Aprendiz-EPP e em 04/08/2006 através da Nona Alteração passou a denominar-se Centro Educacional Nascimento Barbacena Ltda-EPP, tendo com sócia gerente a senhora Rita de Cássia Nascimento, a qual foi procurada em sua residência à Rua Alvarenga Peixoto - 71, Bairro São José, Barbacena - MG, CEP: 36205-000, em 19/11/2007, para tomar ciência do MPF e TIAF-Termo de Inicio da Ação Fiscal, momento em que sua filha Cristiane Mara Nascimento manifestou no sentido de que sua mãe se recusasse a assinar tais documentos.

6. Devido el recusa da sócia gerente em assinar o MPF e o TIAF, foram os mesmos remetidos em 20/11/2007 através de via postal carta registrada comercial AR nº RA644889459BR.

IV— DA SUCESSÃO

1. O Centro Educacional Nascimento Barbacena Ltda-EPP, com sede Avenida Bias Fortes - 02, Centro, Barbacena - MG, transferiu sua sede para Avenida Pereira Teixeira - 335, centro, Barbacena, exercendo as seguintes atividades: atividades Ensino Médio, ensino superior, ensino fundamental, cursos de pós-graduação *latu sensu* e *stricto sensu*, cursos técnicos, cursos livres (pré-vestibulares, línguas e preparatório para concursos públicos), e tem como sócias: Rita de Cássia Nascimento (sócia gerente) com participação de 99% e Ana Paula de Oliveira Gurita (cotista), são sócias também das seguintes empresas: CESA Centro de Estudos Superiores Ltda-EPP, com sede a Avenida Bias Fortes - 02, Centro, Barbacena - MG, participação de Rita de Cássia Nascimento 98% e Ana Paula de Oliveira Gurita 2%, cujo objetivo da sociedade é ministrar cursos de ensino superior, cursos de pós-graduação *latu sensu* e *stricto sensu*, Ensino Médio cursos livres (pré-vestibulares, línguas e preparatório para concursos públicos) e do CEA Centro de Ensino Fundamental de Barbacena Ltda, com sede a Avenida Bias Fortes - 02, Centro, Barbacena - MG, participação de Rita de Cássia Nascimento 99% e Ana Paula de Oliveira Gurita 1%, cuja atividade é ensino fundamental e educação infantil pré-escola.

2. O CESA Centro de Estudos Superiores Ltda-EPP, com sede Avenida Bias Fortes - 02, Centro, Barbacena - MG, fez um contrato de sublocação (cópia anexa) com Colégio Darwin de Barbacena Ltda, sendo tal contrato apresentado à Superintendência Regional de Ensino de Barbacena como peça do processo de autorização de cursos.

3. O Centro Educacional Nascimento Barbacena Ltda-EPP usa as autorizações da Superintendência Regional de Ensino de Barbacena concedidas ao Colégio Darwin de Barbacena Ltda, para os cursos Educação de Jovens e Adultos - Ensino Fundamental, Educação de Jovens e Adultos - Ensino Médio e cursos Técnicos em Enfermagem e Radiologia, dando assim continuidade nas atividades educacionais, como constatado através do Plano Curricular 2007 - Educação de Jovens e

Adultos - Ensino Médio, bem como a Matriz Curricular do Curso Técnico em Enfermagem vigência: 15 de fevereiro de 2006 a dezembro de 2007 (cópias anexas) autorização de funcionamento concedida ao Colégio Darwin, cujos documentos esteio assinados por Altamir Moreira Pontes Júnior, como Diretor, o qual é professor do CEA Centro de Ensino Fundamental de Barbacena Ltda, com sede Avenida Bias Fortes - 02, Centro, Barbacena - MG.

4. Na Avenida Pereira Teixeira - 335 onde o Darwin deveria exercer sua atividade não há qualquer identificação do seu funcionamento até porque naquele local consta uma placa do Aprendiz e os alunos oriundos do Darwin passaram para o Aprendiz, hoje Centro Educacional Nascimento Barbacena Ltda-EPP.

5. Todos os empregados e professores do Colégio Darwin foram demitidos entre os meses de março e abril de 2006, momento em que houve a incorporação daquele estabelecimento de ensino, devido ao fato de não ter havido paralisação das atividades educacionais, pois os alunos continuaram a freqüentar aulas normalmente, mas sob a direção naquela oportunidade do Centro Educacional Aprendiz-EPP.

6. Pelo acima exposto, constata-se que houve sucessão sendo inclusive comprovada a existência de sucessão trabalhista conforme consta da Ata de audiência relativa ao processo nº 00375-2006 reclamatória trabalhista - 1ª Vara do Trabalho da Comarca de Barbacena - MG, em que consta como reclamante Afonso Celso Furtado Duarte e como reclamados Colégio Darwin de Barbacena Ltda e Centro Educacional CEA Barbacena Ltda - EPP, cópia (anexa), e com fundamento ao que dispõe os artigos 132 e 133 do Código Tributário Nacional [...]

V— IDENTIFICAÇÃO DO SUCEDIDO

Colégio Darwin de Barbacena Ltda - CNPJ: 05.743.688/0001-13 Avenida Pereira Teixeira - 335 Centro Barbacena - MG CEP: 36200- 034 Atividade: Estabelecimento de ensino médio e pré vestibular.

VI— DO LANÇAMENTO

1. A ação fiscal teve início com o envio do MPF e TIAF através de via postal carta registrada comercial AR, sendo parte dela desenvolvida nas dependências do Centro Educacional Nascimento de Barbacena Ltda — EPP, atendido pelo senhor Guilherme Cfircio Cassini, que apresentou alguns documentos, tais como: livro registro de empregados, diários de classe e grades curriculares. Posteriormente o escritório do contador do Centro Educacional Nascimento de Barbacena Ltda - EPP, senhor Hugo Vilaça Freire de Aguiar Neto, quando enteio foram apresentados outros documentos, como: folhas de pagamento (exceto para os meses de março/2006 e abril/2006), rescisões de contrato de trabalho, Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia e Informações a Previdência Social - GFIP

2. *Compulsando os documentos e livros apresentados, foi constatado que a empresa deixou de recolher as contribuições arrecadadas (descontadas) incidentes sobre os salários de contribuição de seus empregados e contribuintes individuais tal como constam nas folhas de pagamento conforme cópias (anexas) por amostragem dos meses de MARÇO/2005, JULHO/2005, AGOSTO/2005, OUTUBRO/2005 e NOVENBRO/2005, bem como aquelas declaradas em Guias de Recolhimentos do Fundo de Garantia e Informações a Previdência Social - GFIP.*

2.1 *Serviram de base para o lançamento em questão os seguintes documentos:*

a) *Folhas de pagamento, livro registro de empregados, rescisões de contrato de trabalho; b) As seguintes Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia e Informações a Previdência Social - GFIP, 01/2005 [...] 02/2005 [...] 04/2005 [...] 05/2005 [...] 06/2005 [...] 07/2005 [...] 08/2005 [...] 09/2005 [...] 10/2005 [...] 11/2005 [...] 12/2005 [...] 01/2006 [...] 02/2006 [...] 03/2006 [...]*

Os lançamentos tiveram por amparo legal, o disposto nas folhas 21 e 22 como fundamentos legais dos débitos (relatório FLD, anexo A. Notificação de Lançamento).

O sujeito passivo teve ciência do lançamento em 12/12/2007, por via postal, conforme Aviso de Recebimento à folha 152.

A impugnação foi apresentada em 8/1/2008 (folhas 154 a 160), alegando, em síntese, o seguinte:

Não teria havido sucessão empresarial nos atos empresariais praticados.

- Em nenhum momento verificou-se que o Colégio Darwin de Barbacena encerrou suas atividades, sendo que continua ativo junto à JUCEMG e junto a Superintendência Regional de Ensino.

- No processo 00415-2006-132-03-00-3, reclamatória trabalhista que tramita ainda pela 2ª Vara do Trabalho de Barbacena -MG, tendo como reclamante Edson Tadeu Scagani Gallo não há qualquer menção a sucessão de empregadores.

- O Contrato de Sublocação existente entre a empresa CESA Centro de Estudos Superiores Ltda. e o Colégio Darwin de Barbacena Ltda. em NADA se refere a autuada, ora Impugnante, deixando ainda mais claro que o Colégio Darwin está ativo, não tendo sido incorporado pela empresa impugnante.

- O Colégio Darwin atua em áreas distintas das áreas educacionais do Impugnante vez que este ministra cursos Técnicos no local, tais como siderurgia e segurança do trabalho, e administração, cursos distintos dos então ministrados pelo Colégio Darwin.

Para caracterização de sucessão é necessário "que um estabelecimento como unidade econômica passe de um para outro titular" e "que a prestação de serviço pelos empregadores

não sofra solução de continuidade." Nenhuma dessas condições estaria presente (folha 155). Colaciona julgados da esfera trabalhista.

Aduz, também, para corroborar a não existência de sucessão (folha 157):

"Empresa não constituída no mesmo ramo da atividade anterior"; "o Colégio Darwin de Barbacena Ltda é uma empresa que ainda está ativa, porém sem movimento, sendo que o corpo discente não foi abrangido/abarcado pela impugnante"

Requer, ao final, folha 158, a suspensão da exigibilidade do presente crédito lançado, bem como a improcedência do lançamento.

Os autos foram baixados em diligência para verificação da situação da empresa sucedida (folha 163).

A folha 168, foi exarado, pela Seção de Fiscalização da DRF Juiz de Fora, o seguinte despacho:

Em atendimento as informações de fls 163 a 165 cumpre esclarecer que conforme consulta ao SISCOL consta a vinculação do CNPJ da sucessora (Centro Educacional Nascimento Barbacena Ltda) com a sucedida Colégio Darwin de Barbacena Ltda cópia juntada as fls 166.

Conforme consulta ao PLENUS cópia juntada as fls 167, referente paralisação de atividades do Colégio Darwin de Barbacena Ltda em 30/04/2006."

DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Após analisar aos argumentos da impugnante, na forma do registro de fls. 172, a 5ª Turma da Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil em Juiz de Fora – MG – DRJ/JFA, em 30 de julho de 2008, exarou o Acórdão nº 09-19.982, mantendo procedente o lançamento.

DO RECURSO

Irresignada, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário, fls. 183 onde reiterou as alegações que fizera em instância "ad quod".

É o Relatório

Voto

Conselheiro Ivacir Júlio de Souza, Relator

DA TEMPESTIVIDADE

Conforme registro de fls. 192 recurso é tempestivo. Aduz que reúne os pressupostos de admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

PRELIMINAR DE NULIDADE

A Recorrente, reiteradamente requereu a nulidade do lançamento alegando que :

“Não existe no procedimento fiscal elementos suficientes que permitam concluir pela efetiva transferência da titularidade do empreendimento, passando a ora impugnante a explorar o serviço de ensino do Colégio Darwin de Barbacena Ltda. e a exercer o comando da atividade econômica, utilizando-se dos mesmos equipamentos e da mesma força de trabalho do "pseudo-sucedido" – Colégio Darwin de Barbacena Ltda., haja vista que o exame da ocorrência ou não da sucessão requer a análise dos fatos que emergem de todo o contexto e que são particulares ao caso presente, não se circunscrevendo meramente a parca argumentação exposta pelo auditor fiscal.”

Fazendo a retrospectiva das alterações sociais ocorridas, não se vislumbrou o nome da Colégio Darwin.

Consta que, antes mesmo de se tornar CENTRO EDUCACIONAL CEA BARBACENA LTDA.-EPP, em 24/03/2006 conforme **Oitava Alteração Contratual** da Sociedade Empresária Ltda, na clausula P, a sociedade passou a denominar-se **CENTRO EDUCACIONAL APRENDIZ-EPP** para depois em **04/08/2006** através da Nona Alteração passar a denominação atual **CENTRO EDUCACIONAL NASCIMENTO BARBACENA LTDA-EPP**.

O cerne da questão reside em confirmar ou não a convicção dos Auditores de que no intervalo entre a oitava alteração e a nona, sob o denominação de CENTRO APRENDIZ, este teria sucedido o Colégio Darwin e, diante disso, a empresa fiscalizada que já se chamará CENTRO APRENDIZ, seria a sucessora do Colégio Darwin.

Como prova, os Auditores entenderam que o fato de o Colégio Darwin ter sublocado suas instalações a empresa CESA CENTRO DE ESTUDOS SUPERIORES LTDA, CNPJ 05.433.700/0001-93, diferente portanto do CNPJ da fiscalizada que tem como registro o número , 03.517.381/0001-79. Fls. 71, seria uma das razões que motivara a sucessão.

Expuseram os Auditores que suas convicções tiveram base, também, no fato de que : “ Todos os empregados e professores do Colégio Darwin foram demitidos entre os meses de março e abril de 2006, momento **em que houve a incorporação** daquele estabelecimento de ensino, devido ao fato de não ter havido paralisação das atividades

educacionais, pois os alunos continuaram a frequentar aulas normalmente, mas sob a direção naquela oportunidade do **CENTRO EDUCACIONAL APRENDIZ-EPP.**”

Passo então a analisar a questão exortando o artigo 133, “caput” do Código Tributário Nacional – CTN , **destacando que a sucessão não se presume** e ocorre nos casos de **AQUISIÇÃO** , *in verbis*:

“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”

A Recorrente afirma que :

- Em nenhum momento verificou-se que o Colégio Darwin de Barbacena encerrou suas atividades, sendo que continua ativo junto à JUCEMG e junto à Superintendência Regional de Ensino não sendo possível, portanto, falar-se em sucessão quando não tenha havido a alienação de ao menos parte de um negócio, e inexistem provas de qualquer alienação ou continuidade da unidade econômico-produtiva autônoma.

Tendo em vista que o presente auto foi consolidado em **7/12/2007**, cumpre destacar que às fls. 162, registrando data da última atualização em **13/11/2007** a consulta para o CNPJ 05.743.688/0001-13 trazia o nome COLEGIO DARWIN DE BARBACENA LTDA **Início de Atividade : 24/06/2003 Situação : 01 ATIVA - 24/06/2003.**

Para subsidiar minha decisão, busquei informações para o mesmo CNPJ no sitio da Receita Federal do Brasil – RFB, **em 24/02/2012**, e ali se revela **que a empresa classificada como sucedida está ativa** com alteração da razão social para ENSINO PROFISSIONALIZANTE LTDA ME :

NÚMERO DE INSCRIÇÃO 05.743.688/0001-13 MATRIZ		COMPROVANTE DE INSCRIÇÃO E DE SITUAÇÃO CADASTRAL			DATA DE ABERTURA 24/06/2003	
NOME EMPRESARIAL ENSINO PROFISSIONALIZANTE LTDA ME						
CÓDIGO E DESCRIÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA PRINCIPAL 85.20-1-00 - Ensino médio						
CÓDIGO E DESCRIÇÃO DAS ATIVIDADES ECONÔMICAS SECUNDÁRIAS 85.41-4-00 - Educação profissional de nível técnico 85.99-6-99 - Outras atividades de ensino não especificadas anteriormente						
LOGRADOURO R NORMA STEFANI			NÚMERO 108	COMPLEMENTO		
CEP 36.200-022	BAIRRO/DISTRITO IBIAPABA		MUNICÍPIO BARBACENA			UF MG
SITUAÇÃO CADASTRAL ATIVA				DATA DA SITUAÇÃO CADASTRAL 24/06/2003		

Tendo presente que, **de início o objeto da ação fiscal fora o MPF para fiscalizar o Colégio Darwin de Barbacena LTDA**, às fls. 35, no item 03, do Relatório Fiscal os Auditores Fiscais, afirmam que :

“ 3. Em 15/10/2007 o senhor Guilherme Cárcio Cassini ex-secretário do Colégio Darwin, pois foi demitido em 17/03/2006, foi autorizado pela senhora Cristiane Mara Nascimento a mostrar e fornecer cópias de documentos do Colégio Darwin, tais como: livro registro de empregados, contrato social, grades curriculares e diários de classe, que encontravam em poder do Centro Educacional Nascimento Barbacena Ltda-EPP. Posteriormente foram apresentados outros documentos tais como: folhas de pagamento de 01/2005 a 02/2006, rescisões de contrato de trabalho, reclamações trabalhistas e Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia e Informação a Previdência Social- GFIP. ”

Sobre o acima, cumpre destacar que empregado demitido, pessoa estranha no processo, que diz ter sido autorizado, sem apresentar documento de outorga, por pessoa também estranha ao mesmo, **não tem legitimidade para apresentar documentos** de propriedade de terceiros. Seguramente são papéis que até podem ser informalmente observados entretanto com muita reserva posto que carregam elevado grau de suspeição em razão da pessoa que informou ter sido demitida pelos investigados. Não consta que tais “documentos” tenham sido colacionados.

No item 4 seguinte, registrando que a documentação, constituída das cópias, acima referidas foi suficiente para formar suas convicções de que ocorrera a sucessão os Auditores Fiscais assim se manifestaram:

*“4. De acordo com a documentação apresentada **ficou evidente tratar-se de sucessão**, sendo então emitido o Mandado de Procedimento Fiscal - MPF no 09430846F00 e 09430846C01 em nome de CENTRO EDUCACIONAL CEA BARBACENA LTDA-EPP.”*

- Também há que se abrir parênteses para observar que livro registro de empregados, contrato social, grades curriculares e diários de classe, que encontravam em poder do Centro Educacional Nascimento Barbacena Ltda-EPP e folhas de pagamento de 01/2005 a 02/2006 que sequer foram colacionadas nos autos, não caracterizam a aquisição de uma empresa. A julgar pelo relatado que afirma que os documentos pertencem ao Colégio Darwin, estes ainda que na posse de terceiros, **não permitem inferir que tenha havido contrato de compra e venda.**

Aduz que na parte final dos **termos de início da ação fiscal emitidos**, os Auditores na verdade caracterizaram que não estavam fiscalizando a empresa em tela mas sim as terceiras por eles selecionadas de ofício posto que **dispensaram-na de apresentar seus próprios documentos exigindo somente os daquelas empresas não alcançadas pelo Mandado de Procedimento Fiscal supra:**

“ A documentação solicitada no TIAF - Termo de Início da Ação Fiscal é referente aos seguintes estabelecimentos: ORGANIZAÇÃO DE ENSINO PALOMAR ALCIDES FERREIRA LTDA - CNPJ: 19.557.073/0001-07 e COLÉGIO DARWIN DE BARBACENA LTDA - CNPJ: 05.743.688/0001-13 ”

- Os Termos de Início da Ação Fiscal – TIAF, às fls 27 e 29 , têm respaldo no Mandado de Procedimento Fiscal de fls. 25 e 26 com autorização para iniciar ação fiscal no contribuinte **CENTRO EDUCACIONAL NASCIMENTO BARBACENA LTDA**. A introdução da terceiras empresas nos TIAFs ocorreu por iniciativa dos Auditores e não em razão de determinação no MPF;

- Há que se dar destaque ao fato de que em , **09 de novembro de 2007** e em , **13 de novembro de 2007** foram emitidos MPFs inicial e complementar e ainda que todos os documentos MPF e TIAFs foram enviados ao contribuinte via correios na mesma data, 20/11/2007;

- A juntada de MPF e TIAFs com as solicitações prévias sobre os documentos de terceiros, implicou certeza da sucessão;

- Conforme Termo de Encerramento da Ação Fiscal - TEAF, de fls. 30, em 10/12/2007, ressalte-se, em 20 dias corridos a partir da postagem, lavraram-se 08 (oito) auto de infração conforme ali se discrimina;

Movida pela mesma motivação que também exortei alhures - para definir a questão - a 5ª Turma da DRJ Juiz de Fora – MG destacou a importância de se subsumir ao disposto no artigo 133 do Código Tributário Nacional – CTN. Assim, às fls. 163, em 03/03/2008, emitiu despacho - transcrito na íntegra- registrando que :

“de acordo com informação nos cadastros previdenciários (folha 162), a empresa sucedida encontra-se ativa. A verificação da situação da sucedida é de grande importância dado o disposto no art. 133 do CTN c art. 751 da Instrução Normativa SRP 3/2005.”

- Às fls. 164 , em resposta ao acima se registra que :

“1 - Analisamos o processo e foi verificado que os CNPJ das empresas sucedidas não foram vinculadas ao CNPJ da sucessora.

2 - Conforme informação verbal dos auditores responsáveis pela ação fiscal, as empresas sucedidas foram baixadas de ofício durante a referida ação e vinculadas ao CNPJ da sucessora através do sistema SAFIS

3 - Estamos encaminhando o processo, sugerindo o envio deste a seção de fiscalização, para, se for o caso, proceder a atualização cadastral da empresa sucessora no SISCOL, uma vez que esta ARF não possui competência para realização de tais procedimentos.

4 - A Chefia da ARF/BAR, sugerindo o encaminhamento a DRJ/JFA.”

Como se depreende da informação supra, a pesquisa realizada concluiu que a empresa nas condições imputadas de ofício pelos Auditores Fiscais **não constava como sucessora no SISCOL**.

- **Não confortada** para pronunciar sua decisão, referindo-se à resposta, em 15/05/2008, às fls. 165, a DRJ Juiz de Fora – MG assim se manifestou :

*“Em razão da informação de folha 164, faz-se necessário pronunciamento da Seção de Fiscalização da DRF/JFA **quanto à situação cadastral da sucedida**. Ressalte-se que o dispositivo citado da **Orientação Interna, à folha 163**, deve ser observado nos seus termos, o que importa na sugestão de encaminhamento posterior a ARF/Barbacena.”;*

Cumprir notar que tanto às fls. 163 e 165 a DRJ assevera que a razão das diligências foi o fato de que nos **cadastros previdenciários a empresa sucedida continuava ativa sem registro de sucessão**.

- Em resposta à segunda diligência a DRF/JFA, em 18/06/2008, às fls.168, informa que juntara a cópia de fls. 166, consulta ao SISCOL consta a vinculação do CNPJ da sucessora (Centro Educacional Nascimento Barbacena Ltda) com a sucedida Colégio Darwin de Barbacena Ltda manifestando-se assim:

*“Em atendimento as informações de fls. 163 a 165 cumpre esclarecer que conforme consulta ao **SISCOL consta a vinculação do CNPJ da sucessora (Centro Educacional Nascimento Barbacena Ltda) com a sucedida Colégio Darwin de Barbacena Ltda** cópia juntada as fls. 166.*

Conforme consulta ao PLENUS cópia juntada as fls.167, referente paralisação de atividades do Colégio Darwin de Barbacena Ltda em 30/04/2006.Retorno à chefia da seção de fiscalização - SAFIS/DRF/JFA, para conhecimento e encaminhamento a Delegacia de Julgamento para prosseguimento.”

Referindo-me então à cópia juntada às fls. 166, diferente do formato da cópia de fls. 167, cumpre destacar que trata-se de documento que julgo precário em razão de não conter referência da fonte, data da consulta, carimbo e assinatura de “confere com o original” e demais características de autenticidade.

Ainda sobre a resposta acima aduz que o referido documento colacionado às fls. 167 foi acessado em **12/06/2008** na mesma data em que se procedeu a ÚLTIMA atualização no sistema de cadastramento, **12/06/2008**. Relevante destacar que não consta informado que dados foram atualizados :

MPS/SRP/INSS - SISTEMA DE ARRECADACAO - DATAPREV **12/06/2008 15:14:18**

CONEST - CONSULTA DADOS DO ESTABELECIMENTO

Acao:

Inicio Anterior Origem Desvio Restaura Fim

Identificador: 05743688000113 Tipo: CNPJ Situacao: **PARALISADA 30/04/2006**

Nome : **COLEGIO DARWIN DE BARBACENA LTDA**

Nome Fantasia:

Endereco : PRACA PEDRO TEIXEIRA 48 SUBSOLO

Municipio: BARBACENA Bairro: CENTRO CEP: 36200-001 UF: MG

Fone: Fax: E-mail:

UARP Local.: 11.0.25.01.0 In.Ativ.: 24/06/2003

CGC Sucessor : 03.517.381/0001-79

Ult.Fisc.: 04/2006 Tipo Fisc.: FISCALIZACAO **Ult. Acao Fiscal: 13/11/2007**

Natureza Juridica: SOCIEDADE EMPRESARIAL LIMITADA CNAE: 80217

Vinculo com o Governo: 4 - SEM VINCULO

PORTE GFIP: Empresa - 00 Estabelecimento - 00 Data - 00/00/0000

Processo nº 13637.000834/2007-65
Acórdão n.º 2403-01.117

S2-C4T3
Fl. 7

Ultima Atualizacao - Origem: SISCOL-

Deslocando o foco para a data da ÚLTIMA ação fiscal realizada no COLÉGIO DAWRIN DE BARBACENA LTDA, registrada no documento retro, consta informado **13/11/2007**. Baseado no Relatório Fiscal, no item 2, também apresenta ruído tal registro na medida em que os Auditores revelam que não realizaram tal fiscalização :

“ 2. Devido ao fato de não haver nenhum representante do Colégio Darwin de Barbacena Ltda na Avenida Pereira Teixeira - 335, Barbacena-MG, e após várias tentativas frustradas através de contato telefônico no sentido de localizar o representante, ou representantes, daquele colégio, o MPF - Mandado de Procedimento Fiscal nº 09403307F00 e TIAF - Termo de Inicio da Ação Fiscal foram enviados via carta registrada através de AR nº RA669028985BR com postagem em 05/10/2007 para inicio da ação fiscal em 15/10/2007.”

Na mesma oportunidade, em 12/06/2008, consta colacionado documento de consulta aos dados cadastrais da outra empresa também arrolada nos Termos de Início como possível sucessora do Colégio Darwin porém nada foi comentado .

MPS/SRP/INSS - SISTEMA DE ARRECADACAO - DATApREV **12/06/2008 15:15:42**
CONEST - CONSULTA DADOS DO ESTABELECIMENTO

Acao:

Inicio Anterior Origem Desvio Restaura Fim

Identificador: 19557073000107 Tipo: CNPJ Situacao: PARALISADA **31/03/2006**

Nome : ORGANIZAO DE ENSINO PALOMAR ALCIDES FERREIRA LTDA

Nome Fantasia: CURSO PALOMAR 411 Endereco : AV PEREIRA TEIXEIRA , 335

Municipio: BARBACENA Bairro: CENTRO CEP: 36200-034 UF: MG

Fone: Fax: E-mail:

UARP Local.: 11.0.25.01.0 In.Ativ.: 01/10/1984

CGC Sucessor : 03.517.381/0001-79

Ult.Fisc.: 04/2006 Tipo Fisc.: FISCALIZACAO Ult. Acao Fiscal: 31/10/2007

Natureza Juridica: SOCIEDADE EMPRESARIAL LIMITADA CNAE: 80217

Vinculo com o Governo: 4 - SEM VINCULO

PORTE GFIP: Empresa - 01 Estabelecimento - 01 Data - 08/08/2003

Ultima Atualizacao - Origem: SISCOL- SISTEMA DE CADAST Data: 31/10/2007

CONSULTA - Vinculo 0 (C/O/S/D) Responsavel Conta Corrente Window AGUIA/I at DTPSPMV2

No Termo de Início da Ação Fiscal, exigiu-se que se apresentassem também os documentos da empresa ORGANIZAÇÃO DE ENSINO PALOMAR ALCIDES FERREIRA LTDA acima e no Relatório Fiscal nada se comenta sobre a citada organização:

*“ A documentação solicitada no TIAF - Termo de Inicio da Ação Fiscal é referente aos seguintes estabelecimentos: **ORGANIZAÇÃO DE ENSINO PALOMAR ALCIDES FERREIRA LTDA - CNPJ: 19.557.073/0001-07 e COLÉGIO DARWIN DE BARBACENA LTDA - CNPJ: 05.743.688/0001-13**”*

É relevante notar que na referida cópia de fls. 166, supra observa-se que a data de atualização do vínculo onde a empresa é qualificada como sucessor, é a mesma data do acesso **12/06/2008**. **Consta pois no documento que a empresa ora em comento - CENTRO EDUCACIONAL NASCIMENTO BARBACENA LTDA - é sucessora mas não se registra de quem.** Ocorre ainda que na forma da alteração contratual - colacionada pelos Auditores Fiscais na data de **12/06/2008**, tal nomenclatura ainda não existia e que somente veio a ser registrada tal denominação 2(dois) meses depois, a partir de 04/08/2006. **O “ruído” revelado,**

à meu juízo, em razão dos vícios, seria motivo de requerer, naquela oportunidade, uma terceira diligência para esclarecimentos. Não aconteceu.

- Confortada para proferir o voto, a DRJ/JFA procedeu ao julgamento de fls. 172.

Neste ponto, é compulsório relembrar que a elucidação da questão foi a razão das diligências requeridas pela DRJ/JFA que atribuiu grande importância ao fato :

“de acordo com informação nos cadastros previdenciários (folha 210), a empresa sucedida encontra-se ativa. A verificação da situação da sucedida é de grande importância dado o disposto no art. 133 do CTN e art. 751 da Instrução Normativa SRP 3/2005.”

Destaque-se que toda a documentação sobre alterações contratuais colacionadas, não vincula efetivamente e tampouco faz menção alguma a eventual **compra do Colégio Darwin** por alguma das empresas arroladas.

Muito embora isto os Auditores Fiscais, de ofício, entenderam que a empresa sob a ação fiscal era responsável por responder pelas informações sobre o Colégio Darwin conforme registraram ao relatar a infração.

Neste sentido, em razão de tudo que foi exposto e, ainda, que a empresa tomada como sucedida está em pleno exercício de suas atividades, **é lícito concluir ter havido erro de sujeito passivo** posto que na ação fiscal não se confirmou a sucessão. **Assim não é caso de refazer o lançamento.**

DO PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL

A **verdade material** é um princípio específico do processo administrativo, contrapondo-se ao princípio do dispositivo, próprio do processo civil.

O processo fiscal tem por finalidade garantir a legalidade da apuração da ocorrência do fator gerador e a constituição do crédito tributário. Deve, portanto, o julgador, exaustivamente, pesquisar se, de fato, ocorreu a hipótese abstratamente prevista na norma e, em caso de impugnação do contribuinte, **verificar aquilo que é realmente verdade**, independente do alegado. Dessa forma o administrador é obrigado a buscar não só a verdade posta no processo como também a verdade de todas as formas possíveis. A própria administração **produz provas a favor do contribuinte**, não podendo ficar restrito somente ao que consta no processo.

Neste sentido, em decorrência do princípio da legalidade, a autoridade administrativa tem o dever de buscar a **verdade material**.

A inteligência do § 1º, II do artigo 59 do decreto 70.235/72 permite constatar que a nulidade do ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

“ O Decreto 70.235/72 :

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/03/2001

Autenticado digitalmente em 21/03/2012 por ANTONIA IRISMAR OLIVEIRA GUIMARA, Assinado digitalmente em 16/04/2012 por IVACIR JULIO DE SOUZA, Assinado digitalmente em 24/04/2012 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI

Impresso em 26/04/2012 por ANTONIA IRISMAR OLIVEIRA GUIMARAES - VERSO EM BRANCO

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

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

Se o lançamento apresentar vício em seu processo de formação não respeitando os dispositivos de sua formalização, **é caso de anulação, por vício de forma.**

Se o vício **estiver instalado na produção**, em sua dinâmica, **é caso de nulidade** (defeito na composição, **explícita presunção** e **ausência de provas**, ônus do sujeito ativo, **falta de materialidade** ou determinação do sujeito passivo, da base de cálculo ou da alíquota aplicáveis).

Em acontecendo a nulidade tal como descrita, o conteúdo do ato estará eivado de **vício material** comprometedor do crédito e da sua motivação constituindo óbice à ampla defesa e do contraditório restando claro prejuízo ao sujeito passivo na medida em que representem relevante influência na solução do litígio.

Aduz que no comando do artigo 142 do Código Tributário Nacional – CTN ,
Compete privativamente à autoridade administrativa identificar o sujeito passivo:

“ 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.”

CONCLUSÃO

Desse modo, conheço do Recurso para em PRELIMINAR determinar a nulidade por VÍCIO MATERIAL AB INITIO.

É como voto.

Ivacir Júlio de Souza

CÓPIA