



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

Processo n° 13971.001959/2009-73
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1302-001.445 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 29 de julho de 2014
Matéria Normas Gerais de Direito Tributário
Recorrente BSC QUÍMICA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2003, 2004, 2005

DECADÊNCIA. DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO.

Comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

RESPONSABILIDADE DO SUCESSOR. PASSIVO TRIBUTÁRIO.

Responde pelo passivo tributário, nos termos do art. 133 do Código Tributário Nacional - CTN, aquela que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio. A existência ou não de aquisição formal não constitui requisito necessário à incidência da responsabilidade tributária quando caracterizada que a sucessora encontra-se no mesmo local, na mesma atividade, utiliza as mesmas instalações e tem os mesmos clientes, aproveitando, assim, o potencial de lucratividade do negócio anteriormente exercido pela empresa sucedida. Situação fática incontroversa que evidencia a transferência do fundo de comércio.

ALCANCE DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA RESTRITO A DETERMINADOS TRIBUTOS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.

O art. 133 do CTN não restringe o alcance da tributação na sucessão empresarial nele disposta, descabendo se cogitar de a responsabilidade tributária alcançar apenas determinados impostos, a exemplo daqueles incidentes sobre a produção e a circulação, como pretendido pela impugnante.

PENALIDADES PECUNIÁRIAS NA SUCESSÃO EMPRESARIAL. LEGALIDADE DA EXIGÊNCIA.

A responsabilidade tributária tratada pelo art. 133 do CTN estende-se às multas devidas pela pessoa jurídica sucedida, independentemente de se tratar

de penalidade lançada em procedimento de ofício, ou de multa exigida em razão da mora do devedor.

MULTA QUALIFICADA. APLICAÇÃO NA PESSOA JURÍDICA SUCESSORA.

Tendo todo o conjunto probatório indicado que o representante da pessoa jurídica considerada sucessora pela autoridade lançadora se encontrava por trás de toda a engrenagem montada na pessoa jurídica sucedida, voltada para dificultar a ação da Fazenda Pública Federal na apuração e na cobrança dos tributos devidos, correta a exasperação da multa de ofício aplicada, tendo por sujeito passivo a sociedade empresarial considerada sucessora.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS COM ORIGEM NÃO JUSTIFICADA. OMISSÃO DE RECEITA. FALTA DE APRESENTAÇÃO DOS LIVROS E DEMAIS DOCUMENTOS. ARBITRAMENTO DO LUCRO.

A não justificação, de forma individualizada, de depósitos bancários observados em contas-correntes pertencentes à titularidade da pessoa jurídica sucedida justifica a omissão de receita exigida em nome da empresa sucessora, mormente pelo fato de o representante da sucessora ser detentor de instrumento de mandato autorizando-o a movimentar as contas bancárias (art. 42, Lei nº 9.430, de 1996). Não apresentados os livros e demais documentos exigíveis pela legislação fiscal, escorreito o arbitramento dos lucros da pessoa jurídica, adotado com fulcro no inc. III do art. 530 do RIR/99.

VALORES RECOLHIDOS A TÍTULO DE SIMPLES. DEDUÇÃO NA AUTUAÇÃO.

Nos termos da Súmula 76 do CARF, na determinação dos valores a serem lançados de ofício para cada tributo, após a exclusão do Simples, devem ser deduzidos eventuais recolhimentos da mesma natureza efetuados nessa sistemática, observando-se os percentuais previstos em lei sobre o montante pago de forma unificada.

CSLL. CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP. COFINS. TRIBUTAÇÃO REFLEXA OU DECORRENTE.

A decisão prolatada em relação ao lançamento matriz, pertinente ao IRPJ, tem seus efeitos estendidos aos lançamentos considerados reflexos ou decorrentes, em razão da estreita relação de causa e efeito que os vincula.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado. Vencido o Conselheiro Márcio Rodrigo Frizzo.

(documento assinado digitalmente)

Alberto Pinto Souza Júnior – Presidente

(documento assinado digitalmente)

Hélio Eduardo de Paiva Araújo – Relator

EDITADO EM: 04/08/2014

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Alberto Pinto Souza Júnior, Waldir Veiga Rocha, Márcio Rodrigo Frizzo, Guilherme Pollastri da Silva, Eduardo de Andrade e Hélio Eduardo de Paiva Araújo

Relatório

Trata-se de auditoria fiscal referente aos anos-calendário 2003, 2004 e 2005, ao final da qual foi constituído o crédito tributário adiante quantificado:

Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ	R\$ 2.423.603,04
Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL	R\$ 1.192.729,67
Contribuição para o Financ. da Segur. Social – Cofins	R\$ 3.328.611,06
Contribuição para o PIS/Pasep	R\$ 721.198,40
====> Total do Crédito Tributário	R\$ 7.666.142,17

Inicialmente cumpre destacar que a ação fiscal voltava-se para a pessoa jurídica BSC PRODUTOS QUÍMICOS LTDA, CNPJ 03.992.561/000102, sendo que a autuação se deu em desfavor de BSC QUÍMICA LTDA, CNPJ 07.920.916/000109.

Ao comparecer ao endereço cadastral da BSC PRODUTOS QUÍMICOS LTDA, em 11/02/2008, com o fito de notificá-la do início do procedimento, a autoridade fiscal verificou que no local se encontrava em funcionamento a BSC QUÍMICA LTDA, cujo sócio, Sr. Laerte Kohler, apresentou a 8ª Alteração Contratual da BSC PRODUTOS QUÍMICOS LTDA, indicativa da alteração de endereço daquela empresa para a Rua Ascurra, nº 1.189, Fundos, Centro, Apiúna/SC.

Na oportunidade, o AFRFB lavrou o TERMO DE CONSTATAÇÃO de fl. 47, por ele assinado juntamente com o Sr. Laerte Kohler, a seguir reproduzido :

“Compareci, nesta data, ao endereço sito à Rua Antônio Mafezzoli nº 95, Centro, Brusque/SC onde constatei que: no local, segundo informações prestadas por LAERTE KOHLER, inscrito no CPF sob o nº 460.547.40997, funciona a empresa BSC QUÍMICA LTDA, inscrita no CNPJ sob o nº 07.920.916/000109, desde 2006, não sabendo precisar o dia e o mês. O declarante, espontaneamente, apresenta cópia do Contrato Social da BSC PRODUTOS QUÍMICOS LTDA, inscrita no CNPJ sob o nº 03.992.561/000102, acrescentando que adquiriu desta os ativos e bens instalados no local, exceto o imóvel e as benfeitorias que pertencem à empresa ZZA FACTORING.”

Ante à situação encontrada, foi encaminhada correspondência à Junta Comercial do Estado de Santa Catarina, solicitando cópias do Contrato Social e demais alterações da BSC PRODUTOS QUÍMICOS LTDA. Em resposta, foram

apresentados os documentos de fls. 50/86, contendo todas as informações / alterações societárias da empresa em questão.

O responsável pelo procedimento dirigiu intimação fiscal ao endereço cadastral do Sr. Fabiano Oliveira Michel, sócio da BSC PRODUTOS QUÍMICOS LTDA, cuja entrega não se concretizou por parte da ECT, fls. 87/88.

Em 20/02/2008, a autoridade fiscal compareceu à Rua Azambuja, nº 198, Brusque/SC, a fim de confirmar a existência do endereço cadastral do Sr. Genivaldo Luiz Pontes, também sócio da BSC PRODUTOS QUÍMICOS LTDA, tendo verificado existir no local um imóvel em construção em que, segundo informações colhidas na vizinhança, iria funcionar uma filial da empresa Loja do Bebê, empreendimento comercial com estabelecimento em funcionamento no prédio de nº 115 do mesmo logradouro, para onde se dirigiu o AFRFB que confirmou a informação através de contato com algumas das atendentes do comércio. Adicionalmente, o Sr. Sebastião Ernani Poia, identificado como proprietário da loja, informou que adquiriu o imóvel do Sr. Carlos Hugo Monguilhott no ano de 2002 conforme Escritura Pública de Compra e Venda, fls. 92/93.

Tais informações constam do Termo de Constatação e Declaração de fl. 91, assinado pela autoridade fiscal e pelo Sr. Sebastião Ernani Poia.

Nova intimação, determinando o comparecimento do Sr. Fabiano Oliveira Michel à repartição fiscal, foi encaminhada ao seu endereço e por ele recebida no dia 17/07/2008, fls. 95/96. Em 30/07/2007, ele compareceu à DRF Blumenau e prestou as informações constantes do Termo de Declarações de fls. 97/98.

Afirmou que conheceu o Sr. Genivaldo Luiz Pontes em um churrasco no sítio do Sr. LAERTE KOHLER, em abril de 2007. Por volta de outubro ou novembro do mesmo ano, foi procurado pelo Sr. Genivaldo que lhe propôs sociedade na BSC PRODUTOS QUÍMICOS LTDA, tendo apresentado um contrato que foi assinado, no ato, pelo declarante.

Foi procurado por uma pessoa que não sabe identificar, para assinar a 10ª Alteração Contratual que trata de sua saída da sociedade. Esteve separado de sua esposa, Srª Solange Ferreira Canabarro, entre dezembro/2007 e maio/2008, não sabendo dizer como a 10ª Alteração Contratual chegou às suas mãos, tendo em vista ela constar como a responsável pelo registro do ato na Junta Comercial. Na ocasião, trabalhava para um certo Jorge, de São Paulo, sem qualquer registro profissional.

Sem lograr êxito na intimação da pessoa jurídica ou de qualquer dos sócios constantes da última alteração contratual, restou à autoridade fiscal determinar a apresentação da documentação necessária ao início dos procedimentos pela via do Edital, documento que foi fixado na DRF Blumenau/SC em 18/08/2008 e desafixado no dia 09/09/2008, fl. 100, com a determinação para a apresentação do Livro Caixa, do Livro Registro de Inventário, do Livro de Apuração do ICMS e dos extratos bancários, visto se tratar a empresa de optante pelo sistema de tributação simplificado e favorecido instituído pela Lei nº 9.317, de 1996, o Simples Federal.

Paralelamente, deu-se a intimação para o comparecimento do Sr. Leonir Antônio Corrêa, sócio originário da BSC PRODUTOS QUÍMICOS LTDA com o percentual de 1%, ocasião em que a empresa era denominada JANLI Representação e Distribuição de Alimentos Ltda, fl. 101.

Em 28/08/2008 mencionado senhor prestou as informações constantes do Termo de Declarações de fls. 102/103. Não reconheceu a assinatura tida como sua na cópia do Contrato Social que lhe foi apresentada. Emprestou seu nome para a constituição da empresa em favor de seu irmão, Idemar Corrêa, que se encontrava impedido de constar como sócio da pessoa jurídica. A Srª Solange Ferreira

Canabarro era a sua professora de dança, juntamente com seu irmão Idemar, também aluno, à época da constituição da empresa. Tal senhora indicou o nome de um irmão seu, advogado e contador, para tratar dos trâmites legais. Também não reconheceu como sua a assinatura aposta na 1ª Alteração Contratual. Recorda-se haver sido procurado pelo advogado/contador para assinar papéis em Cartório em uma época em que a empresa se encontrava inativa. Praticou o ato por recomendação do profissional, sob a alegação de evitar arcar com custos que incidiriam sobre a baixa da empresa.

Posteriormente, em 26/09/2008, o Sr. Leonir Antônio Corrêa voltou à repartição para prestar informações complementares, fl. 105. Desconhece o Sr. Genivaldo Luís Pontes, a quem consta ter alienado a sua participação societária no capital da empresa.

Também não conhece o Sr. Antônio Marcos Siste, sucessor de seu irmão Janderli. Os dois irmãos quotistas, face ao manifesto interesse do outro irmão Idemar (que seria o real proprietário) no encerramento da empresa, procuraram o advogado Edilso Ferreira Canabarro (o irmão da Srª Solange Ferreira Canabarro), para que fosse providenciada a baixa. Sob a alegação de menores custos, a opção foi a transferência das quotas de capital aos senhores Genivaldo Luís Pontes e Antônio Marcos Siste.

Em prosseguimento aos trabalhos, em 05/08/2008, na pessoa do sócio LAERTE KOHLER, a BSC QUÍMICA LTDA foi intimada a apresentar o instrumento contratual de aquisição do fundo de comércio da BSC PRODUTOS QUÍMICOS LTDA, assim entendidos as instalações, os estoques de mercadorias, o mobiliário, os computadores e periféricos, dentre outros, assim como a relação de veículos objeto das operações de abastecimento de combustíveis e lubrificantes, objeto das contas 2460 e 2476, fl. 158.

Em resposta, fl. 159, o representante da intimada assegurou que não houve a aquisição do fundo de comércio, que a compra ficou restrita à parte do estoque de mercadorias existente, conforme notas fiscais apresentadas à RFB. Quanto ao mobiliário, computadores, equipamentos e periféricos, afirmou que “não houve celebração de contrato e sim tão somente verbal em função do estado de uso em que se encontravam os quais não foram atribuídos valores para efeitos de transferência”. No que se refere aos veículos, relacionou quatro Caminhões Truck, com a indicação das respectivas marcas e placas.

A autoridade fiscal encaminhou correspondência ao Detran/PR, fl. 160, solicitando a disponibilização das Certidões Históricas dos veículos indicados pelo Sr. LAERTE KOHLER. Em atenção, o órgão de trânsito apresentou os documentos de fls. 161/162.

Tendo em vista os fatos até este ponto percorridos, a autoridade fiscal formulou documento denominado Representação Administrativa, fls. 168/179, indicativo de que a BSC PRODUTOS QUÍMICOS LTDA – EPP havia sido constituída em nome de interpostas pessoas, em razão do que deveria ser excluída do Simples Federal, com efeitos a partir de 17/08/2000, data da formalização da empresa.

Em atendimento à proposição fiscal, deu-se a edição do Ato Declaratório Executivo nº 49, de 3 de setembro de 2008, determinando a exclusão do Simples, com efeitos retroativos a 17/08/2000, da pessoa jurídica BSC PRODUTOS QUÍMICOS LTDA – EPP, CNPJ 03.992.561/000102.

Segundo destacado na referenciada Representação Administrativa, o próprio advogado Edilso Canabarro transitou no quadro societário da BSC PRODUTOS QUÍMICOS, entre outubro/2003 e março/2006, além de possuir diversos vínculos com o Sr. LAERTE KOHLER, tais como:

- a empresa C Canabarro Administradora de Bens Ltda ME, na qual é sócio-administrador, participa do capital social de Ancoradouro do Caixa d'Aço Administradora de Bens Ltda, do qual também participa a SLK Administradora de Bens Ltda, que tem por sócios o Sr. LAERTE e a sua esposa, Sr^a Sandra;
- sua irmã, a Sr^a Solange Ferreira Canabarro, a responsável pelos últimos registros na alteração contratual da BSC PRODUTOS QUÍMICOS, foi sócia do Sr. LAERTE na Poliplex Comércio e Representações de Embalagens Plásticas Ltda – ME, entre junho/2001 e abril/2003, quando se retirou da sociedade.

Outros aspectos destacados pela Representação Administrativa:

- o Sr. Antônio Carlos Siste (sócio da BSC PRODUTOS QUÍMICOS LTDA entre 03/03/2006 e 14/01/2008) foi sócio da Laka Administradora e Consultoria Empresarial entre 15/04/2004 e 29/08/2008, em cujo quadro societário constou o casal KOHLER, como únicos sócios de 01/01/1995 a 17/05/2004, data em que o Sr. LAERTE se retirou. Quanto à Sr^a Sandra, somente foi excluída da sociedade em 29/08/2008, o que se deu através do mesmo ato que também retirou da empresa o Sr. Antônio Carlos Siste;

- o Sr. Carlos Hugo Monguilhott (que alienou o imóvel sito à Rua Azambuja, nº 198, Brusque/SC, ao Sr. Sebastião Ernani Poia, imóvel esse que constou como endereço cadastral da BSC PRODUTOS QUÍMICOS LTDA e como endereço cadastral do Sr. Genivaldo Luiz Pontes) declarou haver auferido rendimentos do trabalho da BSC PRODUTOS QUÍMICOS nos anos de 2004 e de 2005 e da BSC QUÍMICA em 2006, além de ter tido uma breve participação no capital desta última empresa;

- assim como o Sr. Carlos Hugo Monguilhott, o Sr. LAERTE KOHLER também pertenceu ao quadro de funcionários da BSC PRODUTOS QUÍMICOS em 2005, como demonstrado na Relação de Trabalhadores Cadastrados no SEFIP, fl. 107.

No entendimento da autoridade fiscalizadora, os diversos fatos discorridos na Representação Administrativa evidenciam que “a BSC PRODUTOS QUÍMICOS foi constituída por interpostas pessoas inicialmente para beneficiar IDEMAR CORRÊA que, manifestando desinteresse na continuidade da empresa, foi aproveitada por LAERTE KOHLER E GERMANO FARINA ALVES para, interpondo outros nomes no quadro societário, encobrir-lhes a titularidade de fato.

Posteriormente, com a constituição de nova pessoa jurídica (BSC QUÍMICA LTDA), tornaram-na mera abstração jurídica, manipulando alterações artificiais no quadro societário, bem como mudanças fictícias de endereços, tanto dos interpostos quanto da empresa, tudo sob o concurso e orientação de EDILSO FERREIRA CANABARRO, e colaboração de SOLANGE FERREIRA CANABARRO [...] FABIANO OLIVEIRA MICHEL, e CARLOS HUGO MONGUILHOTT”.

Com a adoção dessa linha de raciocínio, a autoridade fiscal editou Termo de Ciência e de Solicitação de Documentos, fl. 181, com o qual objetivou cientificar o Sr. LAERTE KOHLER, na condição de preposto da BSC PRODUTOS QUÍMICOS LTDA, da existência do ADE nº 49, de 2008, cuja cópia lhe seria entregue, juntamente com outra da referida Representação Administrativa. Neste mesmo documento foi reiterada a intimação para a apresentação da documentação

necessária à fiscalização da BSC PRODUTOS QUÍMICOS LTDA, nos anos-calendário 2003, 2004 e 2005.

Tal documento, contudo, foi objeto de recusa por parte do Sr. LAERTE KOHLER, sob o argumento de não ser o responsável pela empresa BSC PRODUTOS QUÍMICOS LTDA.

Conforme consta à fl. 182, a exclusão da sistemática do Simples da BSC PRODUTOS QUÍMICOS LTDA tornou-se definitiva, no âmbito administrativo, tendo em vista o não comparecimento da interessada ao respectivo processo.

Em documento datado de 19/02/2008, fl. 193, o agente fazendário encaminhou intimação fiscal ao endereço cadastral do Sr. Antônio Marcos Siste, constante do quadro social da BSC PRODUTOS QUÍMICOS LTDA em sua última alteração contratual, juntamente com o Sr. Genivaldo Luís Pontes, determinando a regularização do endereço

cadastral da pessoa jurídica, observado o prazo de cinco dias, visto a empresa não haver sido localizada no endereço constante dos registros da RFB, sob pena da decretação da inaptidão da empresa.

Ressalte-se que consoante pesquisas aos sistemas de controle interno da RFB, fls. 183/192, os senhores Genivaldo Luís Pontes e Antônio Marcos Siste informaram à tributação a percepção de rendimentos tributáveis de pequena monta e, como atividade principal, o código 529, correspondente a “vendedor e prestador de serviços do comércio, ambulante, caixeiro-viajante e camelô”.

Em 10/07/2008, na pessoa do Sr. Fabiano Oliveira Michel (sócio da BSC PRODUTOS QUÍMICOS LTDA, na época denominada BRUSQUE COMÉRCIO DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA, por pequeno lapso de tempo, no início de 2008) a pessoa jurídica foi intimada para a apresentação do documentário necessário à auditoria fiscal.

Em resposta, fl. 251, referido senhor afirmou que “no breve período em que fui sócio da empresa citada, entre 12/2007 e 03/2008, não tive acesso a nenhum documento relacionado ao período solicitado, e que no momento não tenho nenhuma ligação com a empresa, pois já não faço parte do quadro de sócios”.

Na seqüência dos trabalhos, foi aberto procedimento de diligência fiscal na BSC QUÍMICA LTDA, CNPJ 07.920.916/000109, com o que foi lavrado Termo de Diligência Fiscal e Solicitação de Documentos, fls. 253/254, referente aos anos-calendário 2006 e 2007, em que foi determinada a apresentação dos comprovantes de integralização do capital subscrito na constituição da empresa, dos comprovantes de aquisição das instalações remanescentes da empresa BSC PRODUTOS QUÍMICOS LTDA, dentre outros documentos.

A ciência, na pessoa do Sr. LAERTE KOHLER, deu-se em 19/03/2008.

Em resposta, foram apresentados os documentos de fls. 256/281.

Novo Termo de Diligência Fiscal e Solicitação de Documentos, fls. 282/283, foi direcionado à BSC QUÍMICA LTDA determinando a “comprovar o efetivo pagamento das mercadorias adquiridas em 2006 da empresa BRUSQUE COMÉRCIO DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA (antiga BSC PRODUTOS QUÍMICOS)”.

Em documento datado de 31/03/2009, fl. 284, a BSC QUÍMICA LTDA, na pessoa do Sr. LAERTE KOHLER, registrou apresentar “todos os comprovantes de pagamentos das mercadorias adquiridas em 2006 da empresa BRUSQUE COMÉRCIO DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA (antiga BSC PRODUTOS QUÍMICOS).

Referidos documentos referem-se às cópias acostadas aos autos às fls. 285/469.

Em 11/07/2008 foi lavrado Termo de Intimação direcionado à BRUSQUE COMÉRCIO DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA (antiga BSC PRODUTOS QUÍMICOS LTDA), requisitando a apresentação dos extratos bancários da empresa, referentes às contas existentes no Banco do Brasil e no Banco do Estado de Santa Catarina, no período objeto da fiscalização.

Em atenção, o Sr. Fabiano Oliveira Michel informou, fl. 471, que “no período solicitado eu não fazia parte do Quadro de sócios desta empresa, e que no breve período em que fui sócio da empresa (12/2007 a 03/2008), não tive contato com nenhum tipo de documento contábil da empresa, principalmente ao período solicitado, e que no momento não tenho mais ligação com a empresa, pois já não faço parte do quadro de sócios”.

Não atingindo seu objetivo junto à pessoa jurídica, a autoridade fiscalizadora promoveu a expedição das respectivas Solicitações de Emissão e de Requisição de Informação sobre Movimentação Financeira (RMF), fls. 484/488.

Em atendimento, o Banco do Estado de Santa Catarina apresentou os documentos de fls. 490/527. Quanto ao Banco do Brasil, encaminhou os elementos de fls. 531/609.

Analisadas e trabalhadas as informações bancárias, deu-se a edição de Termo de Intimação Fiscal, fl. 610, determinando à BSC QUÍMICA LTDA, CNPJ 07.920.916/000109, a comprovação, de forma individualizada, da origem dos depósitos bancários efetuados nas contas mantidas no Banco do Estado de Santa Catarina e no Banco do Brasil em nome da BSC PRODUTOS QUÍMICOS LTDA, CNPJ 03.992.561/000102, conforme demonstrativo de fls. 612/733.

A intimada, por seu lado, apresentou documento, fl. 734, assinalando a “impossibilidade fática e jurídica de apresentação dos elementos [...] em razão da BSC Química não ser o responsável tributário daquela a qualquer título (sucessora integral, subsidiária, etc)”.

Tendo por concluídos os trabalhos, a autoridade fiscal efetuou a lavratura de autos de infração concernentes ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica e às contribuições sociais que lhe são reflexas, fls. 738/796, colocando no polo passivo da relação jurídico-tributária a pessoa jurídica BSC QUÍMICA LTDA, CNPJ 07.920.916/000109, procedendo ao arbitramento dos lucros “tendo em vista que o contribuinte notificado a apresentar os livros e documentos de sua escrituração, conforme Termo de Início de Fiscalização e termo(s) de intimação em anexo, deixou de apresentá-los”.

O enquadramento legal deu-se no inciso III do art. 530 do Decreto nº 3.000, de 1999 – RIR/99 e a descrição dos fatos encontra-se complementada pelo Termo de Verificação Fiscal de fls. 797/813.

Segundo consignado, “o crédito tributário foi apurado pelo regime do lucro arbitrado, com base nos depósitos bancários” tendo em vista que “o responsável foi intimado [...] comprovar de forma individualizada a origem dos depósitos bancários

efetuados nas contas mantidas no Banco do Brasil e no extinto BESC [...]”, sem que atendessem à demanda fiscal.

Para o autor do procedimento, “Os fatos apurados demonstram de forma inequívoca a intenção da autuada e seus dirigentes em fraudar a Administração Tributária simulando a mudança de endereço da sucedida e o seu funcionamento em endereço fictício para escapar à responsabilidade por sucessão”, em razão do que a multa lançada foi qualificada para o percentual de 150% (cento e cinquenta por cento).

Salientou, ainda, que “O cadastro de assinaturas da sucedida no BESC, de fl. 458-459, e no Banco do Brasil, de fl. 496, demonstram que LAERTE KOHLER, sócio principal da sucessora, e EDILSO CANABARRO, principal responsável pelas alterações cadastrais da sucedida, detinham os poderes mais importantes para gestão financeira da sucedida, tais como desconto de duplicatas e emissão de cheques, o que torna evidente a intenção de sonegar e a consciência da fraude praticada”.

A ciência dos lançamentos, na pessoa do sócio LAERT KOHLER, deu-se em 24/08/2009, fl. 814.

Em 17/09/2009 a pessoa jurídica efetuou a impugnação dos créditos tributários lançados, fls. 819/852.

Com sede em preliminar, postulou a decretação da perda do direito de lançar pela ocorrência da decadência para os fatos geradores compreendidos entre janeiro/2003 e agosto/2004, visto a aplicabilidade, ao caso em consideração, do estabelecido pelo § 4º do art. 150 da Lei nº 5.172, de 1966, o Código Tributário Nacional – CTN, termos em que, tendo a ciência se consolidado somente em 24/08/2009, estariam atingidos pelo instituto jurídico em comento todos os lançamentos relativos aos períodos de apuração de agosto/2004 para trás.

No que se refere ao mérito, suscitou a inoportunidade do pressuposto fático indispensável à válida imputação da responsabilidade tributária por sucessão.

Segundo considerado, a impugnante foi autuada na condição de sucessora integral da empresa BSC PRODUTOS QUÍMICOS LTDA, nos termos do art. 133 do Código Tributário Nacional, mas que a atribuição da responsabilidade que lhe foi direcionada requer que o fisco, “sem apelo a utilização de provas indiciárias indiretas e presumidas, comprove a ocorrência dos pressupostos necessários à sua aplicação, dentre as quais, configurando-se como a mais relevante questão jurídica subjacente: a prova da ocorrência da aquisição de fundo de comércio ou de estabelecimento profissional, comercial ou industrial”.

Para uma melhor compreensão da temática em consideração, passa-se à transcrição do dispositivo em estudo:

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.

[...]

Quanto aos demais aspectos – ser a responsabilidade por sucessão afeta exclusivamente a tributos e não às multas, como também o fato de a exploração continuar sob a mesma ou outra razão social, ser subsidiária ou não a responsabilidade do adquirente – embora os tenha por relevantes, teriam pouca significação no caso em apreço.

Na dicção da defendente, “se não houve aquisição de fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, nem é preciso ir adiante, ante a falta de subsunção do fato à respectiva hipótese de incidência do art. 133 do CTN”, destacando, ainda, que o “fundo de comércio é a integralidade de bens patrimoniais, inclusive os de natureza pessoal e valor imaterial”.

Prosseguindo, trouxe à colação a doutrina do notável tributarista Ives Gandra Martins, a respeito do tema, pautado na qual inferiu que o dispositivo do CTN refere-se a fundo de comércio como “universalidade de bens, e não, especificadamente, de um ou alguns componentes de fundo de comércio”, com o que não lhe caberia a imputação da responsabilidade tributária visto que teria adquirido tão somente um singelo componente do fundo de comércio, ou seja, a matéria-prima que pertencia à BSC PRODUTOS QUÍMICOS LTDA.

Para a defendente, “a adoção de razão social parecida, o fato de instalar-se no mesmo local e a aquisição de uma parte da matéria-prima, enquanto partes isoladas de um todo indecomponível denominado fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, são desinfluentes para caracterizar a sucessão empresarial ora guerreada”, em razão do que o art. 133 do CTN não seria aplicável ao caso em consideração.

Argumentou tratar-se de falácia a assertiva da autoridade fiscal no sentido de que a empresa autuada e seus dirigentes teriam fraudado “a Administração Tributária simulando a mudança de endereço da sucedida e o seu funcionamento em endereço fictício para escapar à responsabilidade por sucessão”, entendimento pautado nas considerações que se seguem:

- “o Sr. Laerte Kohler, a Sr^a Sandra de Souza Kohler, o Sr. Germano Farina Alves e o Sr. Carlos Hugo Manguilhott, não são e nunca foram sócios da empresa que se reputa sucedida [...]”;

- “não pode ser imputada à empresa BSC QUÍMICA LTDA e/ou ao Sr. Laerte Kohler (sócio-administrador daquela) qualquer responsabilidade por eventual transferência da empresa BSC PRODUTOS QUÍMICOS LTDA [...] a endereços fictícios, vez que se tal fato ocorrera, é oponível somente aos respectivos sócios-administradores da empresa tida como sucedida”;

- “se resta pacífico o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) de que sócio-cotista não responde por débitos fiscais societários, inexistente base autorizativa para atribuir qualquer conotação de dolo ou fraude, e, conseqüentemente, responsabilidade por sucessão [...] a uma empresa supostamente sucessora, por presumida omissão de receita experimentada por terceiro (empresa sucedida)”

- “se houve a dissolução irregular da empresa BSC PRODUTOS QUÍMICOS LTDA [...], conforme firme orientação jurisprudencial do STJ, tal ato infracional

somente pode ser imputável aos respectivos sócio(s)administrador(es), o que torna sistematicamente descabida qualquer imputação desta conduta fraudulenta a terceira pessoa, isto é, a uma empresa que simplesmente veio a se instalar no galpão antes alugado à devedora irregularmente dissolvida, prosseguindo à exploração da mesma atividade econômica”.

Para a litigante, a autoridade lançadora incidiu em uma verdadeira “falácia construtivista” ao tecer uma “série de estranhas conexões conclusivas, partindo da análise da composição societária e posteriores alterações do contrato social da empresa BSC PRODUTOS QUÍMICOS [...] e na composição societária da empresa impugnante, como se tal fato fosse relevante à justificação da malsinada responsabilidade tributária por sucessão, com esteio no art. 133 do CTN, à empresa BSC QUÍMICA LTDA [...]”.

Outro ponto de relevo da defesa refere-se ao alcance entendido como restritivo da responsabilidade tributária, estabelecida com fulcro no art. 133 do CTN.

Assim é que, no entender do litigante, pautado na sempre respeitável doutrina de Marco Aurélio Greco, “se a conexão é com a atividade econômica”, situação experimentada pelo dispositivo em estudo, “**a sucessão abrange apenas os tributos relativos à respectiva exploração da atividade econômica**”, pois sendo o nexos de causalidade centrado na continuidade da exploração da atividade econômica do transmitente, “tem-se que a **sucessão restringe-se aos tributos cujo pressuposto fático esteja, de alguma forma, relacionada à atividade econômica da sucedida** [tais como o ICMS, o IPI e as contribuições previdenciárias decorrentes do trabalho realizado no âmbito do estabelecimento], não extensível, por consectário lógico-natural, ao IRPJ e tributação reflexiva de PIS, COFINS, CSLL, que estão ligados à disponibilidade jurídica e econômica de rendimentos e/ou acréscimo patrimonial experimentado pelo transmitente”.

A atuada manifestou ainda a sua discordância quanto à empresa tida por sucessora responder pelas penalidades pecuniárias da sucedida visto que tais gravames “são de índole genuinamente punitivas, razão pela qual, em se tratando de multas, afigura-se descabida pretensa imputação de responsabilidade a uma sociedade empresária tida por sucessora [caso da impugnante], **quer** em razão de que a responsabilidade da sucessora, nos estritos termos do art. 133 do CTN, restringe-se ‘aos tributos relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido’, **quer** em razão de que a gravosa multa de 150% aplicada à espécie não fazia parte [dívida] do patrimônio incorporado pela sucedida, vez que os **aludidos créditos não foram lançados antes do ato sucessório**, nem tampouco foram declarados em DCTF, DIPJ ou DAS à Secretaria da Receita Federal do Brasil”, trazendo ainda aos autos ementas de decisões administrativas nesse mesmo sentido.

Não prevalecendo esse entendimento, entende a interessada que “**a desclassificação / redução da multa qualificada de 150% para 75% é medida que se impõe**, não só porque o dolo de terceiro não se presume, mas, também, em razão da natureza da infração apurada [presunção de omissão de receita], pois, de acordo com o enunciado da **Súmula nº 14 do Primeiro Conselho de Contribuintes**: A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo”.

Outro item combatido pela defesa diz respeito ao arbitramento do lucro cuja responsabilidade recaiu sobre a pessoa jurídica considerada sucessora tributária, por **alegada inexistência de correlação lógica entre a causa e o efeito**.

A seu ver, tal fato “se revela absurdamente ininteligível”, visto que a intimação destinada à apresentação dos livros e demais documentos fiscais, cuja não apresentação motivou o arbitramento, assim como aquela em que foi exigida a comprovação da origem individualizada dos depósitos bancários, em que a ausência de resposta motivou a presunção legal de omissão de receita, foram direcionadas à empresa tida como sucessora, uma terceira que não teria como atender às demandas fiscais.

Por fim, na improvável hipótese de nada disso prevalecer, pugna a impugnante pela dedutibilidade dos tributos pagos pela sucedida, apurados pela sistemática do Simples, na apuração final do crédito tributário neste processo exigido.

A parte final da impugnação bem sintetiza sobre o que versa o imbróglio a ser apreciado, sendo de bom alvitre a sua integral reprodução:

Por todo o exposto, resultam os créditos tributários [...] totalmente desprovidos dos imprescindíveis fundamentos de validade, e, conseqüentemente, improcedentes as multas (sanções) aplicadas, razão pela qual pugna o contribuinte-autuado seja provida a presente IMPUGNAÇÃO, para:

(i) acolhendo a preliminar suscitada, pronunciar a perda do direito da Fazenda Pública proceder ao lançamento (principal + multa + juros) do IRPJ e da CSLL, quanto aos 1º a 4º trimestres de 2003, e, 1º a 3º trimestres de 2004, bem como do PIS e da COFINS, relativos aos fatos geradores de JANEIRO/2003 a AGOSTO/2004, considerando-se, por conseguinte, extintos os respectivos créditos tributários pela decadência (CTN, art. 156, V c/c art. 150, § 4º);

(ii) no mérito, à míngua de qualquer comprovação pelo Fisco da ocorrência do fenômeno translativo de direito privado (aquisição de fundo de comércio, estabelecimento industrial, comercial ou profissional), indispensável à deflagração dos efeitos da regra disposta no art. 133 do Código Tributário Nacional, seja reconhecida a ilegitimidade da malsinada responsabilidade por sucessão imputada à impugnante, com sua subsequente exclusão do campo da sujeição passiva das obrigações tributárias em mira (IRPJ, PIS, COFINS, e CSLL) ou, caso admitida a sucessão:

(ii.a) reconheça que a imputada responsabilidade por sucessão limita-se aos tributos cujo pressuposto fático esteja, de alguma forma, relacionada à atividade econômica pela empresa sucedida (tais como o ICMS, o IPI e as contribuições previdenciárias decorrentes do trabalho realizado no âmbito do estabelecimento), não extensível, por consectário lógico-natural, ao IRPJ e tributação reflexiva de PIS, COFINS, CSLL, que estão ligados à disponibilidade jurídica e econômica de rendimentos e/ou acréscimo patrimonial experimentado pelo transmitente (empresa sucedida);

(ii.b1) seja reconhecido que a multa punitiva (de ofício ou qualificada) não se aplica à sucessora, quer porque sua responsabilidade, nos precisos termos do art. 133 do CTN, cinge-se apenas aos tributos relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido; quer porque o lançamento das multas fiscais punitivas apenas fora formalizada após o evento

da sucessão; quer porque os débitos tributários em questão não foram declarados em DCTF, DIPJ ou DAS à Secretaria da Receita Federal do Brasil; ou, sucessivamente,

(ii.b2) seja reduzida/desclassificada a multa de ofício de 150% para 75%, quer em razão da inteligência da Súmula nº 14 do Primeiro Conselho de Contribuintes; quer em detrimento de que se alguém incorreu em evidente intuito de fraude ou conduta dolosa ao omitir receita, esse alguém foi a empresa sucedida; quer em razão de que a causa determinante da sucessão, centrada na dissolução irregular da sociedade BSC PRODUTOS QUÍMICOS LTDA (CNPJ 03.992.561/000102), é exclusivamente imputável a seus sócios; e, ainda,

(ii.c) requer seja considerado inexigível em relação à impugnante o crédito tributário de IRPJ apurado mediante regime do lucro arbitrado, ante a inexistência de correlação lógica entre a causa e efeito, pois ninguém pode ser penalizado pelo não atendimento de prestações impossíveis ad impossibilita nemo tenetur, no caso vertente, por não entregar extratos e prestar informações relativas a movimentação bancária da empresa-sucedida (e que obviamente não possuía!);

(ii.d) por fim, que os tributos pagos pela empresa-sucedida no regime do SIMPLES e declarados à SRFB, devem ser deduzidos dos tributos que ora são exigidos da Impugnante, a título de responsável por sucessão”.

Cientificada da decisão de primeira instância e, novamente irresignada apresenta o contribuinte Recurso Voluntário, protocolizado em 04/11/2013, em cujo arrazoado de fls. 1351 e seguintes, repisando os mesmos argumentos acostados quando da impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Hélio Eduardo de Paiva Araújo

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos para sua admissibilidade, portanto dele conheço.

Na dicção da recorrente, estariam decaídos os lançamentos correspondentes aos fatos geradores compreendidos entre os meses de janeiro/2003 a agosto/2004, visto que a ciência dos lançamentos ocorreu apenas em 24/08/2009.

Para analisar a preliminar de decadência argüida pela recorrente para os fatos geradores ocorridos no período em questão, teremos que considerar um aspecto primordial para a contagem deste prazo quinquenal e, para tanto, torna-se necessário superar no mérito a questão da existência ou não do evidente intuito de fraude, capitulado pelo fisco no artigo 44 inciso II da Lei 9.430/96.

Assim, se considerada a existência de elementos que caracterizem o evidente intuito de fraude, estabelecido no artigo 71 da Lei 4.502/64, aplicar-se-ia o prazo decadencial contido no artigo 173 do CTN, ou seja, o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, como considerado pela autoridade recorrida.

Se considerada a inexistência do intuito de fraude, o prazo decadencial seria aquele contido no parágrafo 4º do artigo 150 do CTN, ou seja, cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador.

Pelos procedimentos adotados e relatados pelo fisco, o fato determinante da qualificação da multa de ofício em 150% foi assim descrito na folha de continuação do Auto de Infração:

“Os fatos apurados demonstram de forma inequívoca a intenção da autuada e seus dirigentes em fraudar a Administração Tributária simulando a mudança de endereço da sucedida e o seu funcionamento e endereço fictício para escapar à responsabilidade por sucessão, bem como através da constituição de empresas valendo-se de interpostas pessoas”

Assim, tenho como procedente a aplicação de multa qualificada, pois além de prova inequívoca da intenção do contribuinte, o sócio-gerente da sucessora detinha uma vasta gama de poderes de gestão na sucedida, conforme pode-se verificar pelo documentos apresentado à Fiscalização pelas instituições financeiras com as quais a sucedida mantinha relação. Ademais, a sucedida se mostrou impregnada de interpostas pessoas em seu quadro social, podendo, desta maneira concluir que o referido sócio-gerente esteve o tempo todo por trás da administração da atividade de comércio atacadista de produtos químicos industriais em geral, comum a ambas sucedida e sucessora, sendo o responsável intelectual por toda a engrenagem montada, voltada para dificultar a ação da Fazenda Pública Federal na apuração e na cobrança dos tributos devidos pela autuada, com o que tenho por caracterizado o evidente intuito de fraude.

Dito isto, passo agora a apreciar a preliminar de decadência, sendo aqui aplicável o artigo 173 inciso I do CTN, pois, no meu entender, comprovada a fraude.

Desta feita, tendo o lançamento sido cientificado ao sujeito passivo em 24/08/2009, o mesmo se deu dentro dos cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia ser efetuado. Observe-se que o termo inicial para contagem do prazo decadencial foi 01/01/2005 considerado que, no que toca ao ano-calendário 2003, o mais antigo dentre os constantes da autuação, o lançamento somente poderia ser efetuado a partir de 2004, com o que o termo inicial do prazo decadencial passou a ser o dia 01/01/2005.

Assim, sendo 05 (cinco) anos o prazo para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, por meio do lançamento, o termo final do prazo decadencial foi o dia 01/01/2010. Como a sua ciência se deu em 24/08/2009, há que se concluir pela inoccorrência da decadência do direito de lançar, afastando-se a pretensão da defendente.

Por conseguinte, rejeito a preliminar de decadência levantada, passando a avaliar abaixo as pretensões no seu mérito.

Quanto ao mérito, o cerne da discussão diz respeito à atribuição da responsabilidade tributária a um terceiro, em face da aquisição de fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, nos termos delimitados pelo art. 133 do Lei nº 5.172, de 1966, o Código Tributário Nacional (CTN):

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 04/08/2014 por HELIO EDUARDO DE PAIVA ARAUJO, Assinado digitalmente em 04/08/2014 por HELIO EDUARDO DE PAIVA ARAUJO, Assinado digitalmente em 03/09/2014 por ALBERTO PINTO S
OUZA JUNIOR

Impresso em 04/09/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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 a 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.

[...]

A ação fiscal ostentava no pólo passivo a pessoa jurídica BSC PRODUTOS QUÍMICOS LTDA, CNPJ 03.992.561/000102.

Por entender configurada a hipótese prevista no dispositivo acima apresentado, ou seja, a aquisição, por parte da BSC QUÍMICA LTDA, CNPJ 07.920.916/000109, do fundo de comércio da BSC PRODUTOS QUÍMICOS LTDA, CNPJ 03.992.561/000102, a autuação foi efetivada em nome da adquirente, empresa que se encontrava em funcionamento à Rua Antônio Mafezzoli, nº 95, Brusque/SC, endereço cadastral da BSC PRODUTOS QUÍMICOS LTDA nos sistemas de controle da RFB, por ocasião da fiscalização.

Destaque-se, ainda, que ambas as empresas, além da razão social assemelhada, dedicavam-se à mesma atividade, o comércio atacadista de produtos químicos industriais em geral.

Para a defendente, no entanto, para que possa ser considerada sucessora tributária deveria o fisco, “sem apelo a utilização de provas indiciárias indiretas e presumidas”, comprovar “a ocorrência dos pressupostos necessários à sua aplicação, dentre as quais, configurando-se como a mais relevante questão jurídica subjacente: a prova da ocorrência da aquisição de fundo de comércio ou de estabelecimento profissional, comercial ou industrial”.

Nesse tom, a principal argumentação da defesa pode ser resumida nos seguintes termos – não havendo a comprovação formal da aquisição do fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional não haverá a subsunção dos fatos ao comando legal considerado pela autoridade lançadora, devendo o lançamento ser cancelado por este órgão julgador.

Além do que, por ser o fundo de comércio uma universalidade de bens, não poderia a autoridade fiscal enquadrar nesse conceito a simples aquisição de matéria-prima pela autuada perante a BSC PRODUTOS QUÍMICOS LTDA. A razão social parecida e a instalação no mesmo endereço são fatores que não se mostrariam suficientes para configurar a aquisição do fundo de comércio.

Para o deslinde da problemática posta em apreciação, urge que se perquiria o conceito de fundo de comércio, prestando-se, para tanto, o ensinamento do ilustre RUBENS REQUIÃO, segundo a qual

O fundo de comércio ou estabelecimento comercial é o instrumento da atividade do empresário. Com ele o empresário comercial aparelha-se para exercer sua atividade. Forma o fundo de comércio a base física da empresa, constituindo um instrumento da atividade empresarial. [...] Compõe-se o estabelecimento de elementos corpóreos e incorpóreos, que o empresário comercial une para o exercício de sua atividade.

Passemos, então, à análise da principal tese da defesa, referente à necessidade da formal comprovação da aquisição do ponto de comércio. Aqui não nos parece haver uma uniformização de entendimento, existindo duas correntes distintas versando sobre a questão: para uma das correntes, para que se caracterize a sucessão tributária deve ser efetivamente demonstrada a comprovação da aquisição do estabelecimento comercial ou fundo de comércio por parte da sucessora. Na segunda, contudo, o fato de se tratar do mesmo local, das mesmas instalações, do mesmo maquinário e da mesma clientela seria o bastante para se configurar a aquisição do fundo de comércio.

A meu ver, entendo que melhor sorte assiste à segunda corrente pois, como sabido, quem busca se eximir da tributação através de critérios heterodoxos não documenta o seu *modus operandi*, restando à autoridade fiscal se servir dos fatos indiciários para enquadrar o caso concreto em apreciação como uma sucessão empresarial decorrente da aquisição do fundo de comércio.

Em que pese, como já dito anteriormente, não haver uniformidade na doutrina quanto à necessidade ou não da efetiva comprovação da aquisição do fundo de comércio (formalismo), também não há uma jurisprudência pacífica quanto ao tema, seja no judiciário ou no âmbito administrativo.

Contudo, há farto número de decisões, administrativas e judiciais, em que foram consideradas as situações fáticas como sendo o bastante para se configurar a responsabilidade tributária da sucessora. Assim, evidenciado que a sucessora se encontrava no mesmo local, no exercício da mesma atividade, utilizando as mesmas instalações, com os mesmos clientes e aproveitando o potencial de lucratividade do negócio anteriormente exercido pela empresa sucedida, restaria configurado a sucessão, ainda que de forma indireta, malgrado a existência de documento formal que a comprovasse.

Ante o que foi exposto e alinhando-me à linha de raciocínio adotada por aqueles que consideram desnecessária a comprovação da aquisição formal do fundo de comércio, bastando para tanto a conjugação de uma série de fatores capazes de evidenciar a transferência e utilização do fundo de comércio, entendo como configurada a situação delineada no art. 133 do CTN, devendo-se, por conseguinte, manter a sujeição passiva da pessoa jurídica BSC QUÍMICA LTDA, CNPJ 07.920.916/000109, em relação ao crédito tributário exigido.

Alcance da Responsabilidade Tributária

Foi requerido pela recorrente, na hipótese de não ser acolhida a sua pretensão principal, que seja reconhecido que a sucessão deve ser restrita aos tributos cujos fatos geradores estejam relacionados à atividade econômica da pessoa jurídica sucedida, a exemplo do ICMS, do IPI e das contribuições previdenciárias decorrentes do trabalho realizado no

âmbito do estabelecimento comercial, pelo que não estariam alcançados pela tributação o IRPJ e as contribuições sociais reflexas.

Assim não entendo pois o art. 133 do CTN não restringe o alcance da tributação da sucessão empresarial. Com efeito, referido dispositivo apregoa que a pessoa jurídica que adquirir de outra o fundo de comércio ou o estabelecimento comercial, industrial ou profissional e prosseguir na mesma exploração, sob a mesma ou outra razão social, responde pelos tributos devidos, até a data do ato da aquisição, concernentes ao fundo ou estabelecimento adquirido.

Nesse diapasão, a responsabilidade pelos tributos contida no dispositivo em tela diz respeito aos tributos em geral, sem fazer qualquer restrição no sentido de que tal regra alcançaria apenas os tributos sobre a produção e a circulação, como entende a recorrente.

Em assim sendo, a responsabilidade tributária por sucessão em análise abarcará tudo aquilo que diz respeito à atividade comercial do contribuinte, e todos os tributos que com ele se relacionem, sem restrições de qualquer natureza, com o que se tem por afastada a pretensão da defesa.

Alcance das Penalidades Pecuniárias

Discorda a recorrente da autuação contemplar a imposição de penalidade pecuniária, visto tal gravame possuir índole eminentemente punitiva, razão pela qual, em se tratando de multa, afigurar-se-ia descabida pretensa imputação de responsabilidade a uma sociedade empresária tida por sucessora e que não deu azo à infração praticada.

Não comungo desse entendimento em que pese o fato do art. 133 do CTN utilizar-se do vocábulo tributo e não obrigação ou crédito tributário. Certo é que tributo abarca tão somente a obrigação tributária principal, não estando contido na definição de tributo os seus acessórios, ou seja, as multas, sejam elas de mora ou punitivas. Assim, se se adotar uma leitura isolada do art. 133, as multa aí não se encaixariam, uma vez que o conceito adotado pelo artigo em comento é o de tributos e não o de obrigação tributária ou crédito tributário.

Contudo, especial atenção deve ser dada ao preconizado pelo art. 129 do CTN, *verbis*:

Art. 129 O disposto nesta Seção aplica-se por igual aos créditos tributários definitivamente constituídos ou em curso de constituição à data dos atos nela referidos, e aos constituídos posteriormente aos mesmos atos, desde que relativos a obrigações tributárias surgidas até a referida data. (Grifos meus)

Assim, a partir da leitura do dispositivo legal acima, que se refere a todos artigos contidos na Seção II – Responsabilidade dos Sucessores, inserida no Capítulo V – Responsabilidade Tributária, é possível se inferir que o alcance a ser dado ao vocábulo “tributos”, tal como empregado nos artigos 131, 132 e 133 do CTN, seja o de “créditos tributários” na forma utilizada pelo artigo 129, com o que também estariam contempladas as multas regularmente constituídas desde que surgidas até a data do evento ou ato que ensejou a responsabilização de terceiro.

Nesses termos, a responsabilidade tributária por sucessão, prevista no artigo 133 do mesmo código, aplica-se tanto aos “tributos”, em função da interpretação meramente

literal do próprio artigo, como também às multas, em face da extensão interpretativa dada por força de uma leitura sistêmica que se faça deste, conjugando-o com o teor do artigo 129, o qual preceitua que para fins da Seção II deve-se utilizar à expressão “créditos tributários”.

No caso concreto, os créditos tributários foram constituídos em data posterior à sucessão. todavia, dizem respeito a fatos geradores ocorridos até referido evento, nos anos-calendário 2003, 2004 e 2005, configurando a responsabilidade tributária da impugnante não somente em relação aos impostos, mas também no que tange às multas de ofício cominadas pelo fisco.

É como tem decidido o Superior Tribunal de Justiça, como observado nas ementas abaixo:

AgRg no REsp 1452763 / SP. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2014/0106184-1 MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES. T2 – SEGUNDA TURMA - 10/06/2014

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. SUCESSÃO EMPRESARIAL (INCORPORAÇÃO). RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO SUCESSOR. PRECEDENTES.

1. "Os arts. 132 e 133 do CTN impõem ao sucessor a responsabilidade integral, tanto pelos eventuais tributos devidos quanto pela multa decorrente, seja ela de caráter moratório ou punitivo" (Resp 670.224/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 13.12.2004). No caso, considerando que o fato gerador foi praticado pela pessoa jurídica sucedida, inexistente irregularidade na "simples substituição da incorporada pela incorporadora", como bem observou o Tribunal de origem. Nesse sentido: REsp 613.605/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 22.8.2005; REsp 1.085.071/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 8.6.2009.

2. Agravo regimental não provido.

Qualificação da Multa de Ofício

Não tendo prevalecido a tese da impossibilidade da cobrança da penalidade pecuniária diretamente da pessoa jurídica sucessora, manifesta-se a recorrente pela não possibilidade do agravamento da multa de ofício, aplicada no percentual de 150% (cento e cinquenta por cento).

A penalidade pecuniária em discussão encontra-se prevista no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, combinado com artigo 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, que tratam, respectivamente da sonegação, fraude e conluio.

Portanto, que para que a multa seja lançada no percentual de 150%, o procedimento do sujeito passivo deve se encontrar contaminado por qualquer das figuras estatuídas pela Lei nº 4.502, de 1964, cumprindo à autoridade fiscal comprovar que a sonegação, a fraude ou o conluio se mostram presentes no caso em consideração, demonstrando o evidente intuito de fraude na atuação do sujeito passivo.

Para que fique patente o dolo na atuação do sujeito passivo, de modo a configurar o evidente intuito de fraude, necessário que restem demonstradas as presenças dos dois elementos essenciais à sua caracterização: a consciência de que o agente encontrava-se operando de forma contrária ao regramento legal e a vontade livre e deliberada de assim proceder.

Voltando-se ao caso em apreciação, a conclusão a que chegou a autoridade fiscal, consignada no Termo de Verificação Fiscal, foi a de que “os fatos apurados demonstram de forma inequívoca a intenção da autuada e seus dirigentes em fraudar a Administração Tributária simulando a mudança de endereço da sucedida e o seu funcionamento e endereço fictício para escapar à responsabilidade por sucessão”, daí advindo o lançamento da multa no percentual de 150%.

Defende-se a autuada afirmando nada ter a ver com as alegadas simulações perpetradas no bojo da BSC PRODUTOS QUÍMICOS LTDA, que se tais situações de fato existiram, teriam sido perpetradas por seus dirigentes, que não se confundem com os representantes da BSC QUÍMICA LTDA.

Quanto ao fato de a sucedida BSC PRODUTOS QUÍMICOS LTDA haver sido constituída em nome de interpostas pessoas, relacionadas ainda que de forma indireta com o Sr. LAERT KOHLER, dúvida não há, pois os fatos relatados na autuação, a esse respeito, a seguir discorridos, mostram-se contundentes e, na minha opinião, claramente demonstrados pela fiscalização, podendo-se cogitar que estes seriam indícios fortes da intenção dolosa do contribuinte, mas ainda assim estes seriam insuficientes, ao meu ver, para a qualificação da multa, pois, ainda não se tinha nenhuma prova da ligação direta do Sr. LAERTE KOHLER com a pessoa jurídica BSC PRODUTOS QUÍMICOS LTDA.

Ocorre, todavia, que a documentação encaminhada pelas instituições financeiras Banco do Estado de Santa Catarina (“BESC”) e Banco do Brasil (“BB”) desmente, de forma peremptória, a versão da recorrente, uma vez que o Sr. LAERTE KOHLER aparece nesses documentos como sendo Procurador da BSC PRODUTOS QUÍMICOS LTDA, com poderes para abrir, movimentar ou encerrar a conta da empresa, assinar propostas de contrato de abertura de crédito, caucionar ou descontar duplicatas, emitir cheques, emitir duplicatas, receber e passar recibo e até mesmo reconhecer saldos.

Ora, se o sócio-gerente da sucessora BSC QUÍMICA LTDA detinha toda essa gama de poderes na sucedida BSC PRODUTOS QUÍMICOS LTDA, empresa que se mostrou impregnada de interpostas pessoas em seu quadro social, há que se concluir que referido senhor esteve o tempo todo por trás da administração da atividade de comércio atacadista de produtos químicos industriais em geral, comum a ambas as empresas, sendo o responsável intelectual por toda a engrenagem montada, voltada para dificultar a ação da Fazenda Pública Federal na apuração e na cobrança dos tributos devidos pela autuada, com o que tenho por caracterizado o evidente intuito de fraude, o que demonstra a correção do lançamento da multa de ofício, aplicada no percentual qualificado de 150%.

Responsabilidade pelo Arbitramento do Lucro

O lançamento, que tem por sujeito passivo a empresa BSC QUÍMICA LTDA (sucessora), tomou por base movimentação financeira da pessoa jurídica BSC PRODUTOS QUÍMICOS LTDA (sucedida), se pautou em omissão de receita caracterizada pelo fato de a pessoa jurídica sucessora não haver justificado, de forma individualizada, a origem de volumosos depósitos bancários observados em contas correntes da titularidade da sucedida (art. 42, Lei nº 9.430, de 1996), tendo o lucro sido arbitrado em razão da não apresentação, por parte da sucessora, dos livros e demais documentos da escrituração comercial e fiscal da sucedida (art. 530, inc. III, Decreto nº 3.000, de 1999).

A pessoa jurídica sucedida vinha declarando à RFB valores sobejamente inferiores aos informados à Fazenda Estadual. Também se mostraram menores que os apurados a partir dos extratos bancários, apresentados pelas instituições financeiras em que a empresa mantinha contas bancárias.

A BSC QUÍMICA LTDA (sucessora), ora recorrente, por seu lado, não se conformou com a autuação nos moldes em que foi processada, que teria se revelado “absurdamente ininteligível” pelo fato de a exigência para a apresentação do documentário contábil e fiscal, assim como para a justificação individualizada dos depósitos bancários, haverem sido dirigidos a quem não teria como apresentar tais documentos, tampouco justificar a origem dos créditos bancários.

Seria destempero exigir de alguém documentos e livros fiscais pertencentes a terceiros. Também seria irracional exigir que uma pessoa jurídica preste informações detalhadas e individualizadas, quanto à origem de depósitos bancários mantidos junto a instituições financeiras por outra sociedade, afirmou a litigante.

Deve-se, contudo, pontuar que a autoridade fiscal não logrou localizar a pessoa jurídica BSC PRODUTOS QUÍMICOS LTDA, tampouco as pessoas naturais constantes de sua última alteração contratual, em razão do que a intimação do início do procedimento fiscal se deu pela via do Edital, como observado à fl. 100.

Quanto ao fato de a empresa considerada sucessora tributária haver sido intimada para a apresentação dos livros e demais documentos fiscais e contábeis, como também para justificar a origem dos depósitos bancários, decorreu do fato de que, no momento em que as intimações se efetivaram, a autoridade fiscal já dispunha de elementos suficientes para considerar que a BSC PRODUTOS QUÍMICOS LTDA fora constituída em nome de interpostas pessoas em proveito do Sr. LAERT KOHLER, sócio-administrador da BSC QUÍMICA LTDA (sucessora).

Observe-se que no Termo de Ciência e de Solicitação de Documentos nº0007, fl. 181, direcionado à pessoa jurídica BSC PRODUTOS QUÍMICOS LTDA (sucessora), a autoridade fiscal tratou o Sr. LAERT KOHLER como “responsável de fato” pela empresa sucedida.

Em concreto, a autoridade fiscal visava cientificar a pessoa jurídica sucessora do Ato Declaratório Executivo nº 49, de 3 de setembro de 2008, expedido pela DRF Blumenau nos autos do processo 13971.004163/200891, que tratou da exclusão da BSC PRODUTOS QUÍMICOS LTDA do Simples Nacional (Lei nº 9.317, de 1996), com efeitos retroativos a 17/08/2000, data do registro da empresa, posto que desde a sua constituição já contava com a presença de interpostas pessoas em seu quadro societário.

Junto com o acima referido Termo, também objetivou disponibilizar uma cópia da Representação Administrativa, fls. 168/179, que motivou a expedição do Ato Declaratório Executivo nº 49, de 2008, documento em que foi afirmado pela autoridade fiscal que “Os diversos fatos constatados comprovam que a BSC PRODUTOS QUÍMICOS foi constituída por interpostas pessoas para beneficiar, dentre outros, o Sr. LAERTE KOHLER e GERMANO FARINA ALVES.

Conforme argumentado na peça recursal, não haveria como a pessoa jurídica autuada atender a demanda do fisco por se tratar de empresa distinta da BSC PRODUTOS QUÍMICOS LTDA.

percentuais previstos em lei sobre o montante pago de forma unificada.

Nesse sentido, entendo que razão assiste à recorrente e, portanto, procedente o pedido para que os tributos pagos pela empresa sucedida no regime do SIMPLES e declarados à SRFB, sejam deduzidos dos tributos que ora são exigidos da Impugnante, a título de responsável por sucessão.

Conclusão

Isso posto, tendo presentes os fatos e a legislação colacionados no presente julgado, **VOTO pela procedência parcial do recurso voluntário apresentado pela pessoa jurídica BSC QUÍMICA LTDA**, determinando que os tributos pagos pela empresa sucedida no regime do SIMPLES e declarados à SRFB, sejam deduzidos dos tributos que ora são exigidos da Recorrente, a título de responsável por sucessão, até o limite dos primeiros.

Sala de Sessões, 29 de julho de 2014

(assinado digitalmente)

Hélio Eduardo de Paiva Araújo – Relator