



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

Processo nº	18050.003152/2008-08
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	2201-003.288 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de	16 de agosto de 2016
Matéria	Contribuições Sociais Previdenciárias
Recorrente	MULTIBEL UTILIDADES E ELETRODOMÉSTICOS LTDA
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/09/2005 a 30/09/2005

SUCESSÃO DISSIMULADA DE EMPRESAS. DEMONSTRAÇÃO POR MEIO DE INDÍCIOS E PRESUNÇÕES. RESPONSABILIDADE DA SUCESSORA. ART 133 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL.

Comprovada pelo Fisco, mesmo que com vastíssima prova indiciária, a sucessão dissimulada entre empresas com vínculos entre sócios e confusão patrimonial é cabível a responsabilidade prevista no artigo 133 do CTN.

ATO ADMINISTRATIVO DE LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO. MOTIVAÇÃO. NECESSIDADE.

Encontra-se devidamente motivado o lançamento tributário precedido de MPF, no qual o contribuinte foi devidamente intimado para afirmar ou infirmar as imputações fiscais e acompanhado de relatório fiscal que especifique a ocorrência dos fatos geradores verificados pela Autoridade Notificante.

CO-RESPONSABILIDADE DOS REPRESENTANTES LEGAIS.

Com a revogação do artigo 13 da Lei nº 8.620/93 pelo artigo 79, inciso VII da Lei nº 11.941/09, a “Relação de Co-Responsáveis - CORESP” passou a ter a finalidade de apenas identificar os representantes legais da empresa e respectivo período de gestão sem, por si só, atribuir-lhes responsabilidade solidária Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias ou subsidiária pelo crédito constituído.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

CARLOS HENRIQUE DE OLIVEIRA - Presidente.

CARLOS HENRIQUE DE OLIVEIRA - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Henrique de Oliveira (Presidente), Carlos Alberto do Amaral Azeredo, José Alfredo Duarte Filho (Suplente convocado), Maria Anselma Coscrito dos Santos (Suplente convocada), Denny Medeiros da Silveira (Suplente convocado), Daniel Melo Mendes Bezerra, Carlos César Quadros Pierre, Ana Cecília Lustosa da Cruz.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra lançamento de contribuições previdenciárias referente a auto de infração por descumprimento do dever de retenção e recolhimento de valores devidos pelos contribuintes individuais que lhe prestam serviços.

Os motivos ensejadores do lançamento tributário se encontram no Relatório Fiscal (fls 3 do processo digitalizado). O crédito tributário decorrente do descumprimento de obrigação acessória foi formalizado por:

Auto de Infração - AI nº 35.790.904-6, no valor de R\$ 1.101,75 (hum mil, cento e um reais e setenta e cinco centavos), por infringir o Art. 4º, “caput”, da Lei nº 10.666, de 08.05.2003, ou seja, deixar a empresa de arrecadar, mediante desconto das remunerações, as contribuições do segurado contribuinte individual a seu serviço (COD 59).

Na mesma ação fiscal também foram constituídos os seguintes documentos de crédito, que se encontram anexados ao processo principal 18050.001828/2008-11:

"Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD nº 35.790.908-9, no valor de R\$7.095.725,86 (sete milhões, noventa e cinco mil, setecentos e vinte e cinco reais e oitenta e seis centavos), referente às contribuições sociais destinadas à Seguridade Social, nos termos do art. 20, art. 22 incisos I, II, III e art. 31 da Lei 8.212, de 24 de julho de 1991; do artigo 4º da Lei 10.666 de 08/05/2003 e às contribuições por lei devidas a terceiros, cuja arrecadação e fiscalização estão previstas no art. 94 da mesma lei;

Auto de Infração - AI nº 35.790.900-3, no valor de R\$ 1.101,75 (hum mil, cento e um reais e setenta e cinco centavos), por infringir o Art. 32, inciso I, da Lei 8.212/1991, combinado com o Art. 225, inciso I, § 9º, do Regulamento da Previdência Social - RPS aprovado pelo decreto 3.048/99, ou seja, deixar de preparar

todos os segurados a seu serviço, de acordo com os padrões e normas estabelecidas legalmente (COD 30);

Auto de Infração - AI nº 35.790.901-1, no valor de R\$ 11.017,50 (onze mil, dezessete reais e cinqüenta centavos), por infringir o Art. 32, inciso II, da Lei 8.212/91, ou seja, não lançar em títulos próprios de sua contabilidade, de forma discriminada, os fatos contábeis relacionados com as contribuições para a Seguridade Social (COD 34);

Auto de Infração - AI nº 35.790.902-0, no valor de R\$ 11.017,50 (onze mil, dezessete reais e cinqüenta centavos), por infringir o Art. 32, inciso III da Lei 8.212/91, combinado com o An. 225, inciso III, do Regulamento da Previdência Social - RPS aprovado pelo decreto 3.048/99, ou seja, deixar a empresa de prestar todas as informações cadastrais, financeiras e contábeis (COD 35);

Auto de Infração - AI nº 35.790.903-8, no valor de R\$ 11.017,50 (onze mil, dezessete reais e cinqüenta centavos), por infringir o Art. 33, §§ 2º e 3º da Lei 8.212/91, combinado com os artigos 232 e 233, parágrafo único, do Regulamento da Previdência Social - RPS aprovado pelo decreto 3.048/99, ou seja, deixar a empresa de exibir qualquer documento ou Livro relacionados com as contribuições para a Seguridade Social, ou apresentar documento ou livro que não atenda às formalidades legais exigidas, que contenha informação diversa da realidade ou que omita a informação verdadeira (COD 38);

Auto de Infração - AI nº 35.790.905-4, no valor de R\$ 666.007,91 (seiscientos e sessenta e seis mil, sete reais e noventa e um centavos), por infringir o An. 32, inciso IV, e §§ 3º e 9º, acrescentados pela Lei nº 9.528, de 10.12.97, combinado com o art. 225, inc. IV e §§ 2º, 3º e 4º do “caput” do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 06.05.99, ou seja, deixar a empresa de informar mensalmente ao INSS, por intermédio de GFIP / GRFP, os dados cadastrais, todos os fatos geradores de contribuições previdenciárias e outras informações de interesse do mesmo (COD 67);

Auto de Infração - AI nº 35.790.906-2, no valor de R\$ 293.759,20 (duzentos e noventa e três mil, setecentos e cinqüenta e nove reais e vinte centavos), por infringir o Art. 32, inciso IV, § 5º da Lei 8.212/91, acrescentado pela Lei nº 9.528, de 10.12.97 e Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 06.05.99, art. 284, inc. II e art. 373, ou seja, apresentar GFIP com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias (COD 68);

Auto de Infração - AI nº 35.790.907-0, no valor de R\$ 1.101,75 (hum mil, cento e um reais e setenta e cinco centavos), por infringir o disposto no Art. 2º, §3º, alínea “a”, do Decreto nº 1.007, de 13 de dezembro de 1.993, combinado com o art. 33, §5º da Lei nº 8.212/1991, ou seja, deixou a empresa de arrecadar, mediante desconto, as contribuições a que se refere o art. 7º da Lei nº 8.706, de 14 de setembro de 1993, devidas pelo

contribuinte individual transportador rodoviário autônomo, destinadas ao SEST e ao SENAT, incidentes sobre 0 valor do frete (COD 99);

Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD nº 35.790.909-7, no valor de R\$ 42.329,35 (quarenta e dois mil, trezentos e vinte e nove reais e trinta e cinco centavos), correspondente a contribuições previdenciárias previstas no Art.131 da Lei 8.212/1991.

O lançamento tributário se aperfeiçoou com a ciência pessoal do Contribuinte em 22 de setembro de 2005 (TEAF às folhas 84)

Inconformado, o Contribuinte apresenta impugnação (fls. 156), tempestivamente. Em consequência, foi produzida a Decisão-Notificação nº 04.401.4/0551/2005, de fls 170.

Tal decisão contém o seguinte relatório:

"DA AUTUAÇÃO

O presente Auto de Infração foi lavrado tendo em vista que a empresa referenciada deixou de arrecadar, mediante desconto na remuneração, a contribuição dos segurados contribuintes individuais a seu serviço, conforme relacionados no Relatório Fiscal da infração (fls. 27 a 30), devidas a partir de 0412003, o que constitui infração ao art. 40, " caput, da Lei 10.666, de 08.05.2003..

2.A MM Comércio S/A, CNPJ nº 01.866.643/0001-85, foi comunicada da ação fiscal através do Mandado de Procedimento Fiscal — MPF-F nº 09241558, emitido em 27.05.2005. Em 09.08.2005, foi emitido Mandado de Procedimento Fiscal — MPF-F nº 09256741, para a empresa MULTIBEL Utilidades Domésticas Ltda.

3. De acordo com o Relatório Fiscal da Infração, não ficaram configuradas as circunstâncias agravantes nem a atenuante previstas nos artigos 290 e 291 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto 3.048/99.

4. Consoante o Relatório Fiscal da Multa Aplicada às fls. 34, em decorrência da infração praticada, está sendo aplicada a multa cabível prevista no art. 283, inciso I, alínea "g", do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto 3.048/99, correspondente ao valor de R\$1.101,75 (hum mil, cento e um reais e setenta e cinco centavos), reajustada conforme determinado pela Portaria Ministerial nº 82 , de 11.05.2005.DA IMPUGNAÇÃO

5. Da caracterização da sucessão — Constam dos itens 1 e 2 e respectivos subitens do Relatório Fiscal (fls. 02 a 27), relato circunstanciado e cronológico dos fatos e documentos examinados na ação fiscal que comprovam a condição da empresa notificada como sucessora da empresa MM Comércio S/A.

6. Para corroborar com as conclusões expostas no Relatório Fiscal, foram anexados aos autos, os seguintes documentos: Instrumento Particular de Constituição de Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada da MM Comércio Ltda e alterações contratuais (fls. 80 a 86, 93 a 99); Laudos de Avaliação datados de 30.01.1998 (do patrimônio líquido da MM Comércio Ltda e da parcela cindida da Comercial Ramos Ltda, fls. 87188 e 91/92); Proposta e Justificação de Cisão Parcial da Comercial Ramos Ltda, de 02.07.1998 (versão de parcela de seu patrimônio para o patrimônio da MM Comércio Ltda., às fls. 89190); Ata da Assembléia Geral de Transformação da Estrutura Jurídica da empresa MM Comércio Ltda para MM Comércio S/A, em 06.07.1999 (fls. 100 a 106); atas de reunião e de assembléias ordinárias e extraordinárias da MM Comércio S/A (fls. 107 a 114); Instrumento Particular de Contrato de Compra e Venda de Ações entre Marcus Maimone Ramos de Sena Pereira Junior (vendedor) e Silvio Luiz de Azambuja Correia e Josevando Souza Andrade (compradores), às fls. 115 a 117; Instrumento Particular de Contrato de Compra e Venda de Ações entre Silvio Luiz de Azambuja (vendedor) e Antonio da Silva Andrade (comprador), às fls. 1181119; Instrumento Particular de Contrato de Compra e Venda de Ações entre Josevando Souza Andrade (vendedor) e Antonio Sizínia de Souza (comprador), às fls. 120 a 122; Contrato de Constituição de Sociedade Comercial "MULTIBEL UTILIDADES E ELETRODOMÉSTICOS LTDA", registrado na Juceb em 28.06.1996, e alterações contratuais, às fls. 123 a 147.

DA IMPUGNAÇÃO

7. A autuada, através de seu procurador constituído mediante procuração anexada às fls. 161, apresentou impugnação tempestiva, protocolizada SOB Nº 35013.000331012005-34, às fls. 149 a 151. Em seu arrazoado alega, em síntese, o que passamos a relatar.

8. Argüi que a multa imposta na presente autuação por suposta conduta da empresa MM Comércio S/A, conforme invocado pela fiscalização em seu relatório, com fundamento no art. 133 do CTN, não poderá ser aplicada à autuada, pois, ainda que esta tivesse adquirido fundo de comércio, somente poderia ser responsabilizada por tributos, conforme vem decidindo o STF, pois as multas só podem ser cobradas do infrator (cita julgados do STF)."

A DN 04.401.4/0551/2005 considerou o lançamento totalmente procedente, tendo sido o contribuinte devidamente intimado da decisão em 14 de março de 2006 (AR fls. 177).

Em 03 de abril seguinte, tempestivamente portanto, foi interposto recurso (fls 182), sem o depósito recursal exigido à época, porém com uma liminar proferida em mandado de segurança interposto para afastar tal exigência.

Consta do recurso voluntário, em síntese, as seguintes alegações:

- CÓPIA
- O procedimento fiscal é nulo pois foi realizado em desacordo com os ditames do MPF uma vez que foi expedido em nome da Multibel Utilidades e Eletrodomésticos Ltda e nele não consta a extensão para as empresas MM Comércio S/A ou Loja Comercial Ramos.
 - Não há a sucessão tributária pretendida pelo Fisco uma vez que a empresa MM Comércio continua em pela atividade comercial, estando devidamente registrada nas Receitas Federal e Estadual, tanto assim que foi beneficiada por refinanciamento de dívidas tributárias.
 - Tal fato desconsidera a sucessão atribuída pela Autoridade Fiscal, segundo jurisprudência transcrita do STJ, e afasta, por expressa disposição do artigo 133 do CTN, a imposição de penalidades.
 - Alega ainda que, mesmo que se verificasse a sucessão imputada, a responsabilidade da sucessora seria subsidiária, uma vez que as empresas continuam em atividade.
 - Há ausência de motivação no lançamento tributário uma vez que nos MPF's estão direcionados para empresas em atividade e não se sabe qual delas deixou de recolher as contribuições devidas.
 - A ausência de TIAD específico, com a correta identificação do contribuinte e com a ausência de descrição dos fatos geradores, impede a ampla defesa e o devido processo legal.
 - Se insurge contra a co-responsabilidade dos sócios imputada pelo CORESP.

Em 21 de novembro de 2006, por despacho constante de folhas 212, o Serviço do Contencioso Administrativo da Delegacia da Receita Previdenciária em Salvador, denegou o seguimento do recurso em razão da decisão desfavorável de mérito proferida pela Justiça Federal na Bahia.

Agravada a decisão, esta restou modificada em face de alteração do entendimento do STF sobre a exigência de depósito como condição recursal. Por isso, em 15 de JULHO de 2008, por meio de despacho fundamentado (fls. 231), o Serviço de Controle e Acompanhamento Tributário, SECAT, da DRF Salvador, encaminha o presente para este Conselho Administrativo.

Em 15 de outubro de 2010 o presente processo é apensado a O DE N° 18050.003152/2008-08, que trata de autuação por descumprimento de obrigação principal e outras acessórias lavradas no mesmo procedimento fiscal consoante despacho de folhas 777 do processo principal.

Os processos foram distribuídos, por sorteio eletrônico, para este Conselheiro.

É o relatório do necessário.

Conselheiro Carlos Henrique de Oliveira

Presentes os requisitos de admissibilidade, passo a apreciar o recurso voluntário interposto na ordem das alegações.

PRELIMINAR

IRREGULARIDADE NO CUMPRIMENTO DO MPF:

Segundo a Recorrente, há irregularidades no procedimento fiscal em consequência de vícios no MPF. Vejamos seus argumentos:

"A imposição da penalidade administrativa em nome de Multibel Utilidades e Eletrodomésticos Ltda "sucessora" de MM Comércio S/A (Loja Comercial Ramos) contraria a regulamentação do Mandado de Procedimento Fiscal nos temos da Portaria - MPS - 520 de 19 de maio de 2004 que assim determina em seu artigo 32:

Art. 32. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

/I - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa;

***III - o lançamento não precedido do Mandado de Procedimento Fiscal.* (grifos nossos).**

Ora, a determinação da autoridade lançadora contida no Mandado de Procedimento Fiscal, bem como os três termos para apresentação de documentos - TIAD - estão direcionados exclusivamente à Recorrente, logo inadmissível a punição pela não apresentação de documentos pertencentes às empresas alheias ao procedimento fiscal."

Incabível o argumento do Recorrente pois contrario aos fatos constantes do processo. Observo às folhas 334 do processo principal digitalizado (18050.001.828/2008-11), que contém todas as peças da ação fiscal que resultou no presente auto de infração, o MPF 09241558 emitido em 27 de maio de 2005, com ciência em 30 de maio de 2005, pelo Contribuinte MM Comércio S/A, CNPJ 01.866.643/0001-85. Como o lançamento ocorreu em 22 de setembro de 2005, foram cumpridos os ditames da norma mencionada pelo Recorrente.

Em face do exposto, rejeito a preliminar alegada.

MÉRITO

AUSÊNCIA DE SUCESSÃO

Alega a Recorrente a ausência de sucessão em razão da existência de atuação das empresas constantes da autuação. São seus argumentos:

"Registra a Decisão de Notificação em seu inciso terceiro de que a MM Comércio S/A CNPJ nº 01.866.643/0001-85 foi

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

Autenticado digitalmente em 08/09/2016 por CARLOS HENRIQUE DE OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 08/

09/2016 por CARLOS HENRIQUE DE OLIVEIRA

Impresso em 12/09/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

comunicada da ação fiscal através do Mandado de Procedimento Fiscal - MPF-F Nº 09241558 emitido em 27/05/2005 e em 09/08/2005 foi emitido Mandado de Procedimento Fiscal- MPF-F nº 09256741 para a Recorrente.

A própria Autoridade Julgadora reconhece tratar-se de empresas distintas e em atividades normais , neste sentido também corrobora a Autoridade Lançadora ao cumprir os respectivos mandados intimando do procedimento fiscal separadamente os sócios consignados nos respectivos estatutos ou contratos sociais das referidas empresas, ou seja, os Srs. Antonio Sizino de Souza em nome de MM Comércio S/A e Josenilson de Souza Andrade representante da Multibel Utilidades e Eletrodomésticos Ltda.

Importa esclarecer, mais uma vez que a empresa MM. Comércio continua em plena atividade comercial, na Avenida Fros da Mota, n. 2491, Contorno, Feira de Santana, haja vista que mantém em vigor o seu registro perante as Receitas Federal e Estadual, valendo realçar, mais ainda, que, em decorrência disso, chegou até a ser beneficiária de refinanciamento de dívidas tributárias tanto perante a Receita Federal, com regular adimplemento, conforme comprovam os documentos anexos.

A recorrente, de sua parte, detém sede social e desenvolve sua atividade comercial na Av. ACM, n. 2423, SSA/BA, registro na Fazenda Federal distinto daquela outra. A empresa dita sucedida, de há muito já funcionava, como ainda funciona, na Cidade de Feira de Santana, como se verifica dos documentos anexos.

Por conseguinte, ao que se verifica dos aludidos documentos, ilegais e injustos se afiguram as autuações e lançamentos procedidos contra a recorrente.

(...)

Os documentos anexados comprovam que a empresa MM Comércio S/A mantém suas atividades regulares, logo, havendo débitos ou imposição de penalidades, a esta devem ser atribuídos e jamais à pseudo sucessora. Neste sentido são reiteradas as decisões do STJ no sentido de que havendo continuidade das atividades da empresa "pseudo" sucedida não há que se falar em sucessão tributária conforme os seguintes julgados:"

Em primeiro lugar, mister apontar a incoerência entre o argumento utilizado pela recorrente quanto ao vício constante do MPF, analisado nas preliminares, e a alegação acima reproduzida.

Em que pese tal apontamento, novamente não cabe razão ao Recorrente. Vejamos.

Consta do Relatório Fiscal, folhas 3, todo o desenvolvimento, em ordem cronológica, dos documentos constitutivos e alterações de contrato social das empresas MM Comércio S/A e Multibel Utilidades e Eletrodomésticos Ltda., além das questões afetas a utilização da marca "Comercial Ramos", e da enorme confusão patrimonial e societária existente.

Em especial, pela clareza e conclusividade, reproduzimos o item 2.4 do mencionado relatório (fls 25):

"Considerando os fatos supra citados, devemos considerar que:

Soa demasiadamente estranho, para ser aceito como verdade, que uma empresa detentora de conhecida marca comercial, em local dos mais prósperos da cidade, houvesse decidido, sem mais nem menos, transferir suas atividades para outro local, ainda mais, tratando-se dos endereços e forma adotados.

E que, instantaneamente, outra empresa, justamente interligada a antigos acionista e sócio daquela, houvesse se instalado no local, passando a operar no mesmo endereço e a utilizar a mesma marca comercial, móveis, equipamentos, etc, sem nenhuma oficialização de aquisição de fundo de comércio.

Trata-se de circunstâncias suficientes para uma convicção não apenas que houve transferência dos negócios, mas também de que a dissimulação se deu com o propósito de afastar a responsabilidade pelos débitos fiscais da sucedida.

A empresa não se reduz aos elementos materiais, acrescentam-se, muitas vezes, bens economicamente mais significativos, por exemplo, o conceito comercial, o ponto e a marca de que é titular.

Em se projetando tais considerações para a transferência da marca “Comercial Ramos”, a qual se agrega valor econômico da freguesia, é lógico, a repercussão comercial desta marca comparece como fator de real significado. É notório que o valor econômico da marca comercial prevalece em relação aos demais componentes do fundo de comércio.

Pouco importa, acrescente-se, a transferência ocorrer mediante compra ou locação.

Nessa hipótese, formalmente, pode não comparecer o trato das duas empresas, mas substancialmente, no entanto, caracterizar-se-á verdadeira sucessão.

Devemos considerar que, a passagem do Sr. Josevando de Souza Andrade como acionista da MM Comércio S.A., mediante aquisição de pequena parcela de quotas, e seu ingresso posterior na MULTIBEL; a permanência do Sr. Silvio Luiz de Azambuja Correa como diretor não empregado da MM e administrador não sócio da MULTIBEL; e os lançamentos contábeis referentes a contrato de mutuo e rateio de despesa de pessoal, configuram-se em irrefutável demonstração de vínculo entre as duas empresas.

Por outro lado, de direito, o endereço ocupado originalmente pela MM Comércio S.A. diferencia-se do endereço atualmente ocupado pela Multibel apenas na identificação “1º andar”, contudo, de fato, o endereço é o mesmo, pois corresponde a um

único prédio onde funciona no 1º andar a atividade administrativa e no térreo a atividade comercial.

Similarmente, o endereço adotado para transferência da MM Comércio S.A. em 04/11/2004, à Av. Antonio Carlos Magalhães, s/n, lote C-1, bairro Parque Bela Vista, na cidade de Salvador / BA, de fato, também corresponde ao mesmo endereço atualmente usado pela MULTIBEL, visto que é um depósito integrante das instalações da loja “Comercial Ramos”, que, como já mencionado, não apresentava, à época da fiscalização, instalações adequadas para desenvolvimento de qualquer atividade empresarial.

A alteração de endereço para Feira de Santana / BA ocorre, também, apenas de direito, já que a visita fiscal realizada no endereço não identificou funcionamento da MM Comércio S.A. no mesmo.

Portanto, de fato, as duas empresas coexistem dentro do mesmo espaço físico, desenvolvendo conjuntamente suas atividades, inclusive com empregados da área de vendas da MM alocados dentro da loja “Comercial Ramos”, fato verificado durante a ação fiscal, que só confirma os fortes indícios de simulação na continuidade operacional da MM Comércio S.A.

Ainda, corroborando a linha de pensamento da fiscal notificante, encontramos jurisprudência neste assunto em decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ no julgamento do recurso especial nº 3.828/SP, interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo, registro nº 9000061830, conforme ementa e acórdão adiante transcritos:

EMENTA: “DIREITO TRIBUTÁRIO. DÉBITOS DE ICMS. SUCESSÃO DISSIMULADA DE EMPRESAS, SUSCETÍVEL DE SER DEMONSTRADA POR MEIO DE INDÍCIOS E PRESUNÇÕES. RESPONSABILIDADE DA SUCESSORA. ART 133 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL.”

Caso em que o v. acórdão impugnado evidenciou circunstâncias suficientes para autorizarem a presunção de que houve, efetivamente, a alegada transferência do estabelecimento comercial.

Erro de valoração da prova, que redundou em negativa de vigência do dispositivo legal acima citado.

Recurso provido.”

ACÓRDÃO: “Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas: I Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.”

Cabe, ainda, transcrever trecho extraído do voto do Exmo. Sr. Ministro Ilmar Galvão (Relator):

*“Não se pode esquecer que, nas condições descritas, a prova da fraude dificilmente poderia ser feita por meio da ‘exibição do instrumento da cessão, ou outro equivalente, razão pela qual pode ela assentar-se em indícios e presunções (WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, in *Curso de Direito Civil*, 1º vol., ed. Saraiva, 1977, pág. 210), que, no caso, são preciosos, graves e concordantes.”,*

A Autoridade Fiscal relata com riqueza de detalhes a verdadeira simbiose existente as alegadas duas empresas envolvidas na sucessão apontada.

Como bem relatado, embora existentes vários negócios jurídicos realizados no sentido de configuração de alterações de composição societária e de aquisição de uma pessoa jurídica por outra, **todo o desenvolvimento real dos negócios se dá em continuidade no sentido de sua atividade econômica consolidada ao longo dos anos.**

Entendo comprovado pela Autoridade Notificante, a ocorrência de confusão patrimonial e administrativa no sentido de afastar o manto de personalidades jurídicas distintas alegado no Recurso. Vejamos (fls. 362):

"Ata de Assembléia Geral realizada em 06/07/1999, registrada na Junta Comercial do Estado da Bahia sob nº 29300024198, em 27/08/1999, trata da transformação da MM em sociedade anônima, aprova o Estatuto Social e elege como membros da diretoria os Srs. Sílvio Luiz de Azambuja Correa (diretor presidente) e Marciano de Santana Filho (diretor executivo).

Em 27/01/2000, mediante instrumento particular de compra e venda de ações de sociedade anônima, Sr. Marcus Maimone Ramos de Sena Pereira Júnior, possuidor de 12.744 (doze mil, setecentos e quarenta e quatro) ações ordinárias nominativas representativas de parte do capital social da MM Comércio S.A., vendeu ao Sr Silvio Luiz de Azambuja Correa as ações de números 001 a 12.624, pelo preço de R\$ 12.624,00 (doze mil, seiscentos e vinte e quatro reais), e ao Sr. Josevando Souza Andrade (CPF 074.866.005-44) as ações de números 12.625 a 12.744, pelo preço de R\$ 120,00 (cento e vinte reais), retirando-se da sociedade.

Contradic toriamente, em 25/07/2002 consta a participação como “Presidente da Mesa Diretora” da Ata de Assembléia Geral Extraordinária da MM Comércio S/A, registrada na JUCEB em 30/09/2002, sob nº 96400198, o Sr. Marcus Maimone Ramos de Sena Pereira Júnior.

Apesar dos sócios Marcus Maimone Ramos de Sena Pereira e Marcus Maimone Ramos de Sena Pereira Júnior terem saído da sociedade em 04/02/1999 e 27/01/2000, respectivamente, a escrituração contábil da MM Comércio S.A. nos exercícios 1999 a 2002 registra pagamentos mensais a ambos, escriturados nas contas 2.05.07.01.00002 e 2.05 .07.01.00001, intituladas “Empréstimo de Sócios”.

Ainda, nas competências janeiro a julho / 2004, constam na escrituração contábil da MM Comércio S.A. lançamentos com

históricos de pagamentos efetuados a Marcus Maimone, SBNA Ramos e Sena Ramos, contabilizados apenas nas contas passivo (Fomecedor) e ativo (Banco).

Solicitados os documentos fiscais e contratos correspondentes aos empréstimos concedidos pelos sócios à empresa, para esclarecimentos da fiscalização, a empresa não apresentou nenhuma documentação esclarecedora, conforme consta do Auto de Infração lavrado sob nº 35.790.903-8." (destacamos)

Significativo o último parágrafo da transcrição acima. Intimado a esclarecer, ou seja, oportunizado ao Recorrente o direito de aplacar as dúvidas ensejadoras da imputação da responsabilização pelos tributos devidos pela 'sucedida', o Fisco não obtém resposta.

Essa omissão, pela qual a Recorrente não se livra do ônus de afastar a acusação fiscal, tem o condão de caracterizar a confusão patrimonial, societária e administrativa das pessoas jurídicas envolvidas, descaracterizando os atributos de personalidade no sentido da proteção jurídica atribuída pela lei.

Há responsabilidade tributária nos termos imputados pela Fiscalização, quanto mais ao se recordar que a alegada manutenção da responsabilidade da sucedida, em face da sua existência posterior à venda de seus ativos, cai por terra ao se observar que, de fato, pela acusação fiscal e pela simulação demonstrada, essa sucessão se observa somente nos documentos registrados na Junta Comercial.

Não obstante a simulação apontada, necessário recordar, com o fito de afastar definitivamente a questão da responsabilidade subsidiária arguída, que o descumprimento das obrigações de retenção é posteriores ao negócio jurídico entabulado, posto que ocorrido em fevereiro de 2003.

Pelos mesmos motivos apontados, não vejo possibilidade de afastamento das penalidades aplicadas a Recorrente, não se aplicando, ao caso concreto, o entendimento do Pretório Excelso.

Diante do exposto, nego seguimento ao recurso nessa parte.

Quanto à **ausência de motivação no lançamento tributário** alegada no recurso às folhas 188, observo que argumentou o Recorrente:

"Causa estranheza a lavratura de auto de infração em nome de MULTIBEL UTILIDADES E ELETROMÉSTICOS LTDA - SUCESSORA DE MM COMERCIO SIA (LOJA COMERCIAL RAMOS) na medida em que os Mandados de Procedimentos Fiscais - MPFs estão direcionadas para duas empresas em atividades regulares MULTIBEL UTILIDADES E ELETROMESTICOS LTDA e MM COMERCIO S/A, não se sabe qual delas deixou de cumprir o termo de intimação para apresentação de documentos, ou qual delas não esclareceu sobre os contratos de mútuo realizados entre a MM Comércio S/A e a MULTIBEL Utilidades e Eletrodomésticos Ltda., assim como qual delas não identificou os bens e direitos registrados em nome das citadas empresas.

Acresce-se ainda que a constituição do crédito previdenciário sobre os mesmos fatos geradores deste auto de imposição de penalidade encontra-se sob apreciação da impugnação oposta na NFLD—DEBCAD 35.790.908-9, portanto passível de anulação

A ausência de TIAD específico, ou seja, com a correta identificação do contribuinte, bem como a descrição e conteúdo da informação solicitada, ou seja, o recolhimento da contribuições bem como dos respectivos fatos geradores da retenção, impede o exercício da ampla defesa e obsta o devido processo legal."

Não é o que consta do processo administrativo. Esclarece o relatório fiscal (fls. 31):

"DA COMUNICAÇÃO DA AÇÃO FISCAL

4.1 A MM Comércio S.A. foi comunicada sobre a ação fiscal através do Mandado de Procedimento Fiscal - Fiscalização - MPF nº 09241558, emitida em 27/05/2005 no CNPJ 01.866.643/0001-85, conforme cópia anexa;

4.2 Em 09/08/2005, foi emitido Mandado de Procedimento Fiscal - Fiscalização - MPF nº 09256741 em nome da MULTIBEL Utilidades e Eletrodomésticos LTDA, conforme cópia anexa;

DISPOSIÇÕES GERAIS

5.1 De forma a atender os princípios da ampla defesa e do contraditório, estão sendo encaminhados ao contribuinte notificado cópia deste Relatório, da relação dos responsáveis da MM Comércio S.A.e MULTIBEL Utilidades e Eletrodomésticos LTDA e Relatório de Instrução para o Contribuinte - IPC.

5.2 Ambas as vias do processo administrativo do AI estão instruídas, ainda, com cópias dos seguintes documentos: Termos de Intimação para Apresentação de Documentos - TIAD, Termo de Encerramento da Ação Fiscal - TEAF e Mandados de Procedimento Fiscal - MPF. "

Não obstante constar explicitamente a existência de MPF e termos de intimação específico das empresas relacionadas, há ainda anexado ao auto de infração, completo relatório fiscal, além de inúmeros relatórios auxiliares sobre o débito, de forma sintética e também discriminada, além de relatório com fundamentos legais do débito, documentos apresentados, documentos apropriados, créditos apropriados e termo de encerramento de ação fiscal.

Mister realçar, pois elucidativo, que como consta do Relatório Fiscal (item 3, fls 28), os valores que ensejaram a verificação dos valores pagos aos Contribuintes Individuais sem o devido desconto, foram obtidos na contabilidade da Recorrente, sendo portanto dela conhecidos.

Não há falta de motivação ao ato administrativo do lançamento, tampouco qualquer impedimento à ampla defesa.

Recurso negado nessa parte.

DA CO-RESPONSABILIDADE

Insurge-se o recorrente (fls. 190):

"Urge ainda impugnar a pretensão da fiscalização que apesar de autuar somente a Recorrente como se sucessora fosse de outra empresa também em atividade, aponta nos relatórios CORESP os sócios da Autuada e de sua pseudo antecessora como co-responsáveis pelo valor da autuação em apreço, vez que também indevida, pois a imposição de penalidade em comento não pode surtir efeitos quanto aos mesmos."

Reproduzo, pela minha total concordância com a argumentação e fundamentação, por sua clareza e objetividade, o voto do ínclito Conselheiro Julio César Vieira Gomes, condutor da decisão unânime prolatada pela 1^a Turma da 3^a Câmara deste Conselho que resultou no Acórdão 2301-004.602 de 12 de abril de 2016:

"Quanto ao tema não existe dissenso do colegiado quanto à aplicação do artigo 79, inciso VII da Lei nº 11.941/09 que revogou o artigo 13 da Lei nº 8.620/93.

Após a revogação acima o documento antes sob o título "Relação de Co-Responsáveis – CORESP" passou à denominação de "REPLEG Relatório de Representantes Legais".

Segue transcrição: Lei 8.620/93:

Art. 13. O titular da firma individual e os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada respondem solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à segurança social.

Parágrafo único. Os acionistas controladores, os administradores, os gerentes e os diretores respondem solidariamente e subsidiariamente, com seus bens pessoais, quanto ao inadimplemento das obrigações para com a segurança social, por dolo ou culpa.

Portanto, a "Relação de Co-Responsáveis – CORESP" atualmente não mais existe, fora substituída pela relação de "Representantes Legais – REPLEG" que apenas identifica os sócios e diretores da empresa e respectivo período de gestão sem, por si só, atribuir-lhes responsabilidade solidária ou subsidiária pelo crédito constituído. Não é consequência do aludido documento que os referidos representantes legais passem a constar no pólo passivo da obrigação tributária. O Relatório "REPLEG" serve apenas como subsídio à Procuradoria da Fazenda Nacional - PFN, caso haja necessidade de execução judicial do crédito previdenciário, e sendo verificada a ocorrência das hipóteses legais para a responsabilização tributária prevista no Código Tributário Nacional. Assim, tem-se que a indicação dos representantes legais é mero subsídio para, se necessário e cabível, o crédito

previdenciário ser exigido dos administradores exclusiva, solidária ou subsidiariamente como contribuinte.

No entanto, nem por isso os representantes legais não devam constar em relação preparada pelo fisco. É através do exame de contratos sociais e estatuto que são identificados os sócios e diretores da empresa e é da relação a PFN poderá indicar eventuais co-responsáveis pelo crédito, conforme dispõe em especial o artigo 135 da Lei n.º 5.172, de 25/10/1966 (Código Tributário Nacional — CTN):

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

RPS aprovado pelo Decreto 3.048/99:

Em síntese, temos que:

a) a "Relação de Co-Responsáveis – CORESP" atualmente apenas identifica os sócios e diretores da empresa e respectivo período de gestão sem, por si só, atribuir-lhes responsabilidade solidária ou subsidiária pelo crédito constituído;

b) a revogação do artigo 13 da Lei nº 8.620/93 pelo artigo 79, inciso VII da Lei nº 11.941/09 alcança o crédito ainda não definitivamente constituído, pois o documento somente se presta para a cobrança através da Certidão de Dívida Ativa;

c) não há de se falar em exclusão da relação que apenas identifica os representantes legais quando os documentos da empresa confirmam a veracidade da informação"

Como dito acima, tal entendimento é pacificado no âmbito do Colegiado. Vejamos a dicção da Súmula CARF nº 88:

"Súmula CARF nº 88: A Relação de Co-Responsáveis - CORESP", o "Relatório de Representantes Legais – RepLeg" e a "Relação de Vínculos – VÍNCULOS", anexos a auto de infração previdenciário lavrado unicamente contra pessoa jurídica, não atribuem responsabilidade tributária às pessoas ali indicadas nem comportam discussão no âmbito do contencioso administrativo fiscal federal, tendo finalidade meramente informativa."

Nesse sentido, nego provimento ao recurso nessa parte.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, voto por conhecer do recurso voluntário interposto, e afastando as preliminares de nulidade, no mérito negar-lhe provimento.

assinado digitalmente

Carlos Henrique de Oliveira - Relator

CÓPIA