



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 18050.003176/2008-59
Recurso Especial do Procurador
Acórdão nº 9202-009.227 – CSRF / 2ª Turma
Sessão de 17 de novembro de 2020
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado PRAIA OCEÂNICA HOTEL LTDA.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/03/1993 a 31/12/1998

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE. VÍCIO MATERIAL.

Falta ou deficiência quanto ao fundamento da autuação configura vício de natureza material.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, em negar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Maria Helena Cotta Cardozo – Presidente em exercício

(documento assinado digitalmente)

Pedro Paulo Pereira Barbosa – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Mario Pereira de Pinho Filho, Ana Cecília Lustosa da Cruz, Pedro Paulo Pereira Barbosa, Joao Victor Ribeiro Aldinucci, Mauricio Nogueira Righetti, Marcelo Milton da Silva Risso (suplente convocado(a)), Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, Maria Helena Cotta Cardozo (Presidente em exercício),

Relatório

Cuida-se de Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional em face do Acórdão nº 2401-02.222, proferido na Sessão de 19 de janeiro de 2012, que declarou a nulidade do lançamento por vício material, nos termos do dispositivo a seguir reproduzido:

ACORDAM os membros do colegiado, I) Por unanimidade de votos, declarar a decadência até a competência 08/1998. II) Por maioria de votos anular o lançamento por vício material. Vencida a Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira (relatora), que declarava a nulidade por vício formal. Designado para redigir o voto vencedor o(a) Conselheiro(a) Kleber Ferreira de Araújo.

O Acórdão foi assim ementado:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/03/1993 a 31/12/1998

PREVIDENCIÁRIO CUSTEIO NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO AFERIÇÃO INDIRETA RAIS NÃO APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS AUSÊNCIA DE CARACTERIZAÇÃO DA SUCESSÃO

Não logrou êxito o auditor em demonstrar a aquisição de fundo de comércio, para que possa se determinar a existência de sucessão. Competiria ao auditor apresentar os elementos de prova, sendo que a ausência dos mesmos implica nulidade do lançamento.

RELATÓRIO FISCAL DA NOTIFICAÇÃO. OMISSÕES. VÍCIO MATERIAL. NULIDADE.

É nulo, por vício material, o Relatório Fiscal que não demonstra de forma clara e precisa todas as circunstâncias em que ocorreram os fatos geradores, bem como, os procedimentos e critérios utilizados pela fiscalização na constituição do crédito tributário, de forma a possibilitar ao contribuinte o pleno direito à ampla defesa e ao contraditório.

PREVIDENCIÁRIO CUSTEIO NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO PERÍODO ATINGINDO PELA DECADÊNCIA QUINQUENAL SÚMULA VINCULANTE STF.

O STF em julgamento proferido em 12 de junho de 2008, declarou a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/1991, tendo inclusive no intuito de eximir qualquer questionamento quanto ao alcance da referida decisão, editado a Súmula Vinculante de nº 8, senão vejamos: “**Súmula Vinculante nº 8**” - São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

Tratando-se de apuração de diferenças por aferição indireta, a decadência deve ser apreciada a luz do art. 150, § 4º do CTN.

RELATÓRIO FISCAL DA NOTIFICAÇÃO. OMISSÕES. VÍCIO MATERIAL. NULIDADE.

É nulo, por vício material, o Relatório Fiscal que não demonstra de forma clara e precisa todas as circunstâncias em que ocorreram os fatos geradores, bem como, os procedimentos e critérios utilizados pela fiscalização na constituição do crédito tributário, de forma a possibilitar ao contribuinte o pleno direito à ampla defesa e ao contraditório.

Segundo o despacho de admissibilidade, o recurso visava rediscutir três matérias, tendo dado seguimento ao recurso apenas em relação à terceira, que cuida da definição da natureza do vício, se formal ou material.

Em suas razões recursais a Fazenda Nacional aduz, em síntese, quanto à matéria que teve seguimento, que a suposta ausência de clareza na descrição do fato gerador gera nulidade por vício formal, que nessa linha é a jurisprudência de Leandro Paulsen, para quem os vícios formais são aqueles atinentes ao procedimento e ao documento que tenha formalizado a existência do crédito tributário. Vícios materiais são os relacionados à validade e à incidência da lei.

O contribuinte não apresentou Contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Pedro Paulo Pereira Barbosa, Relator.

O recurso é tempestivo e atende aos demais pressupostos de admissibilidade. Dele conheço.

Quanto ao mérito, como se colhe do Relatório, a matéria devolvida ao Colegiado é a natureza do vício que ensejou a nulidade do lançamento, se formal ou material. O Acórdão recorrido declarou a nulidade do lançamento por vício material, ponto contra o qual se insurge a Fazenda Nacional, que propugna pela declaração do vício como sendo formal.

Para maior clareza, faço breve resumo dos fatos.

O lançamento foi realizado na contribuinte Praia Oceânica Hotel Ltda. na qualidade de responsável tributário por sucessão, conforme se constata do seguinte trecho do Relatório Fiscal:

8. Detectamos a existência de três empresas no mesmo endereço da Praia Oceânica Hotel e com mesmo ramo de atividade, as duas mais recentes (Nautipesca e Carvalho Tourinho) totalmente ativas perante a Junta Comercial da Bahia-JUCEB, enquanto a 1-4 (Ondina Plaza Hotel) foi extinta, há apenas 3 anos, em 13.07.00, em anexo.

9. Primeiramente, reza O Código Tributário Nacional (CTN (Lei nº 5.172, de 25/10/66), em seu Capítulo V . (Responsabilidade Tributária), **Seção II** (Responsabilidade dos Sucessores):

10. 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 6 (seis) meses, a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.

11. Portanto, as condições em que ocorreram a sucessão preenchem os requisitos legais da responsabilidade tributária de sucessores, comprovada pela existência do liame necessário entre as quatro empresas, quais sejam:

11.1. A Praia Oceânica Hotel ocupa o endereço anteriormente ocupado pelas empresas sucedidas, motivo pelo qual não mais se encontram as sucedidas em atividade de fato.

11.2. O ramo de atividade explorado pelas quatro empresas é exatamente o mesmo, além disso, o nome fantasia utilizado pelas duas primeiras empresas, também, é o mesmo: Ondina Plaza Hotel, conforme cartões CNPJ (anexos).

11.2.1 . Estes dois elementos:

a) aquisição, por qualquer título, de fundo de comércio; e

b) continuidade de exploração da atividade;

já satisfazem o disposto no art. 133 do CTN, para caracterizar a Sucessão comercial e a responsabilidade tributária.

11.3. A data de constituição das 04 empresas obedece a uma ordem cronológica, conforme cartões CNPJ e extratos da JUCEB em anexo.

11.4. O ex-sócio-gerente da Nautipesca, Sr. Luciano Benjamin Tourinho, é o atual da Praia Oceânica, conforme 2ª alteração contratual registrada na JUCEB em 22.11702; em anexo.

11.5. O ex-empregado da Nautipesca, Sr. Antônio Carlos Santos_Barnabé é, - atualmente, sócio-cotista da Praia Oceânica, conforme contrato social registrado na JUCEB em 22.11.02, em anexo.

11.6. Constatamos, através dos extratos das, RAIS pertinentes às empresas sucedidas, folhas de pagamento e Carteiras de Trabalho dos empregados da Praia Oceânica (anexos), a migração de empregados de uma empresa para outra:

- José Baqueiro Duran
- Gilvane Cordeiro Ferreira
- Claudia Chaves Lago
- Cláudio Augusto de Jesus Ramos
- Derenilson Januário dos Santos,
- Eugênia Santos da Rochà-
- Gilmar Melo Pacheco
- Renhida dos Santos de Santana

11.7. Outra constatação foi o fato da linha telefônica da Nautipesca 245-8158 ser a mesma da Praia Oceânica Hotel.

12. Em resumo, além dos elementos formais, a presente sucessão está caracterizada pelos seguintes elementos de fato:

- Mesma atividade e mesmo endereço do antecessor;
- Manutenção parcial dos empregados; e
- Mesmas instalações.

Analisando esses fatos e os elementos probatórios disponíveis, o Acórdão recorrido, após transcrever os fundamentos da autuação sobre o ponto, assim se manifestou:

Voto vencido:

Contudo, entendo que ditas considerações por si só não foram capazes de demonstrar a existência da sucessão, visto que não logrou êxito o auditor em demonstrar a efetiva aquisição do negócio, diga-se “fundo de comércio”.

Ressalte-se que não estou a dizer que inexistente sucessão, mas para responsabilizar a empresa ora notificada, compete ao auditor apresentar os elementos de prova.

Note-se, que até mesmo o julgador de primeira instância, requereu esclarecimentos do auditor notificante, acerca dos elementos apresentados em sede de impugnação, requerendo manifestação conclusiva da referida autoridade, fls. 211 e 217. Observa-se que a primeira informação prestada diz respeito basicamente a defesa apresentada ao TIAD, sendo após dita manifestação, até porque não emitido parecer conclusivo acerca dos documentos apresentados, encaminhou novamente a autoridade julgadora o processo para manifestação com reiteração de manifestação conclusiva, que diga-se nunca ocorreu. Fosse evidente, a caracterização de sucessão, não teria a autoridade julgadora baixado e reiterado a manifestação a autoridade fiscal.

Mesmo após pairarem dúvidas, razão da conversão em diligência e não tendo a mesmo sido respondida, entendeu a autoridade julgadora que houve a devida caracterização da sucessão, o que não concordo.

Importante, destacar, que a autoridade fiscal, até mesmo após receber a defesa ao TIAD, ou seja, de posse de documentos trazidos pela empresa em ação fiscal, de que inexistia sucessão, não buscou ir fundo na caracterização, razão porque entendo que existe um vício que importa na nulidade da parcela remanescente do lançamento.

A fiscalização não fez prova de indícios de ocorrência de aquisição do negócio, posto que nulo todo o procedimento. A simples coincidência de logradouro, sem demonstração de venda não é capaz, no meu entender de demonstrar a sucessão.

É pertinente também destacar, que entendo que a nulidade que alcança os levantamentos acima descritos é formal, visto não ter o auditor formalizado da maneira devida a sucessão.

O voto vencedor, por sua vez, valendo-se das mesmas considerações do voto vencido, concluiu que o vício é material.

Pois bem, concordo com as conclusões do voto vencedor de que o vício descrito pelo voto vencido, e aqui sem discutir o mérito sobre aquelas considerações, é material. Fala-se ali na ausência de prova da sucessão e não de aspectos formais da descrição dos fatos. A questão, portanto, é de fundamento, e não de fundamentação.

Vício formal é aquele em que a mácula está no documento que formalizou a exigência, em elementos formais, em deficiência, por exemplo, na fundamentação, vícios que podem ser sanado com a mera repetição do ato, com a supressão dessas deficiência, o que não acontece quando o vício está na falta ou deficiência no próprio fundamento, como falta ou insuficiência de prova, vício cuja reparação demanda a introdução no processo de novos elementos.

Dito isso, é fácil perceber que no presente caso o vício não é de natureza formal quando se imagina a possibilidade de repetição do lançamento com fundamento no art. 173, II do CTN, com a eliminação do vício. Seria impossível fazê-lo com a mera alteração do instrumento de autuação. Ter-se-ia, necessariamente, que apresentar elementos adicionais de prova, pois, como se disse, é de falta de prova que se trata.

Ante o exposto, conheço do Recurso Especial da Procuradoria e, no mérito, negolhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Pedro Paulo Pereira Barbosa