ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 36624.002407/2005-02
COPIA

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

Processo nº	36624.002407/2005-02
Recurso nº	243.446 Especial do Procurador
Acórdão nº	**9202-003.391 – 2ª Turma**
Sessão de	21 de outubro de 2014
Matéria	CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente	FAZENDA NACIONAL
Interessado	BERTIN LTDA (ATUAL BRACOL HOLDING LTDA), SUCESSORA DE BRACOL INDÚSTRIA E COMÈRCIO LTDA.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/1991 a 31/12/1998

NORMAS PROCESSUAIS. ADMISSIBILIDADE.

O Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF n° 147, de 25 de junho de 2007, fazia previsão de interposição de recurso especial na hipótese de contrariedade à lei.

A expressão "lei" possui uma amplitude menos ampla do que a expressão "legislação tributária". A palavra legislação, como utilizada no CTN, abrange, além das leis em sentido estrito, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes. Por certo, o disposto no art. 96 do CTN não tem o sentido de restringir o conceito de legislação tributária, mas de mostrar sua amplitude em comparação com o conceito de lei tributária.

Uma suposta contrariedade ao regulamento da previdência social e ao regimento interno do CRPS não se enquadra a exigência regimental de que haja no acórdão recorrido violação à lei.

Precedentes da 2ª Turma da CSRF.

Recurso especial parcialmente conhecido.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/1991 a 31/12/1998

SUCESSÃO DE EMPRESAS. CONTINUIDADE ATIVIDADES DA SUCEDIDA. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SUBSIDIÁRIA DA SUCESSORA.

Os responsáveis tributários que porventura tenham sido apontados em termos de sujeição passiva como responsáveis solidários ou responsáveis

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 26/11/2014 por AFONSO ANTONIO DA SILVA, Assinado digitalmente em 16/12/2014 por OTACILIO DANTAS CARTAXO, Assinado digitalmente em 28/11/2014 por LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS, Assinado digitalmente em 08/12/2014 por ELIAS SAMPAIO FREIRE
Impresso em 29/01/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

subsidiários podem discutir administrativamente o seu vínculo de responsabilidade, por muito mais razão a empresa que foi apontada como único sujeito passivo da relação obrigacional tributária.

Não faz nenhum sentido deixar para se discutir em sede de execução a legitimidade passiva da empresa recorrida. A uma porque a súmula nº 71 do CARF garante que: *"Todos os arrolados como responsáveis tributários na autuação são parte legítima para impugnar e recorrer acerca da exigência do crédito tributário e do respectivo vínculo de responsabilidade"*. A duas porque o que se discute efetivamente é a legitimidade passiva da empresa recorrida, posto que se houver conclusão pela aplicabilidade do art. 133, I do CTN, a empresa recorrida é o sujeito passivo; caso contrário, ao se concluir pela aplicabilidade do art. 133, II do CTN a empresa recorrida não pode ser eleita o sujeito passivo principal do lançamento.

O presente lançamento trilhou caminho diverso do que preconiza o CTN, uma vez que, há previsão expressa contida no codex tributário, no sentido de que o adquirente responde 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, se presta justamente para proteger o fisco de eventual inadimplemento do alienante.

A autoridade fiscal subverteu a ordem natural das coisas: presumiu - no momento do lançamento - que o alienante não conseguiria arcar com as obrigações tributárias devidas até a data da alienação.

A opção legislativa ao prever a possibilidade de cobrança, em segundo plano, do adquirente (responsável, subsidiário), decorre justamente da suposição de que poderá haver redução dos bens sob titularidade do alienante, na medida em que quando uma sociedade empresária aliena um ou mais de seus estabelecimentos implicará na saída dos ativos que compõem o fundo de empresa. Por isso mesmo, o legislador optou por de ampliar as garantias de recebimento do tributo, criado a prerrogativa de cobrança subsidiária em direção ao adquirente do fundo de empresa.

Ante a expressa opção legislativa, não pode ficar ao alvedrio da autoridade fiscal a eleição do sujeito passivo nas hipóteses de alienação de estabelecimento. Ou seja, bastaria a autoridade fiscal identificar como sujeito passivo (principal) como sendo a empresa alienante e lavrar termo de sujeição passiva subsidiária para contemplar a responsabilidade da empresa adquirente.

Recurso especial negado

Recurso especial conhecido em parte e negado provimento na parte conhecida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, conhecer em parte do recurso. Vencidos os Conselheiros Luiz Eduardo de Oliveira Santos (Relator) e Maria Helena Cotta Cardozo. No mérito, por maioria de votos, negar provimento ao recurso.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 28/11/2014 por VANESSA ANTUNES DA SILVA, Assinado digitalmente em 28/11/2014 por OTACILIO DANTAS CARTAXO, Assinado digitalmente em 28/11/2014 por LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS, Assinado digitalmente em 08/12/2014 por ELIAS SAMPAIO FREIRE
Impresso em 29/01/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Vencidos os Conselheiros Luiz Eduardo de Oliveira Santos (Relator), Maria Helena Cotta Cardozo e Otacilio Dantas Cartaxo. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Elias Sampaio Freire.

CÓPIA

(Assinado digitalmente)

Otacílio Dantas Cartaxo - Presidente

(Assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos – Relator

(Assinado digitalmente)

Elias Sampaio Freire – Redator-Designado

EDITADO EM: 26/11/2014

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Otacílio Dantas Cartaxo, Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Alexandre Naoki Nishioka (suplente convocado), Marcelo Oliveira, Adriano Gonzales Silverio (suplente convocado), Pedro Anan Junior (suplente convocado), Maria Helena Cotta Cardozo, Gustavo Lian Haddad e Elias Sampaio Freire. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Manoel Coelho Arruda Junior.

Relatório

Trata-se de lançamento das contribuições sociais arrecadadas pelo INSS, incidentes sobre a remuneração de segurados empregados, referentes a vários estabelecimentos da empresa BRACOL INDUSTRIA E COMÉRCIO LTDA e que foram transferidos por cisão parcial para a empresa BERTIN LTDA. Tais contribuições correspondem a:

- parte do empregado,

- parte da empresa,

- valores destinados ao financiamento da complementação das prestações por acidente do trabalho (até 06/1997), ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho (a partir de 07/1997) e as destinadas a terceiros:

  - Salário-Educação,

  - Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA),

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 26/11/2014 por AFONSO ANTONIO DA SILVA, Assinado digitalmente em 16/12/2014 por OTACILIO DANTAS CARTAXO, Assinado digitalmente em 28/11/2014 por LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS, Assinado digitalmente em 08/12/2014 por ELIAS SAMPAIO FREIRE
Impresso em 29/01/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

- Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI),

- Serviço Social da Indústria (SESI) e

- Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE),

CÓPIA

Trata-se de valores lançados por arbitramento, por aferição indireta, com base no §3.°, do art. 33, da Lei n.° 8.212, de 24 de julho de 1991, com base nas remunerações informadas na Relação Anual de Informações Sociais — RAIS, Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Guia de Depósito de Fundo de Garantia e Informações à Previdência Social – GFIP, conforme o período. Assim, o lançamento foi formalizado através da NFLD, de n.° 35.373.885-9, abrangendo o período entre 11/1991 a 12/1998 e 13/1998, tendo sido a mesma cientificada à contribuinte em 27 de setembro de 2001 (fl. 353 e Relatório de fls. 310 a 327).

A partir do lançamento, o processo se desenvolveu, desde a decisão desfavorável ao contribuinte de 1ª. instância (fls. 413 a 428) até a apreciação da *câmara a quo* aqui guerreada, da seguinte forma, perfeitamente relatada nos termos colocados à fl. 874:

> *"(...)*
>
> *Após regular processamento, interposto recurso voluntário ao CRPS contra decisão de primeira instância, a egrégia 4ª. Câmara, em 23/06/2003, por unanimidade de votos, tendo como relator o ilustre Conselheiro Marcelo Freitas de Souza Costa, ao apreciar o recurso da contribuinte, achou por bem CONHECER E NEGAR-LHE PROVIMENTO, o fazendo sob a égide dos fundamentos consubstanciados no Acórdão n° 04/01042/2003, às fls. 492/495.*
>
> *Irresignada, a contribuinte apresentou Pedido de Revisão do r. Acórdão, às fls. 496/501, com fundamento no artigo 51 e seguintes do RICRPS (aprovado pela Portaria n° 2740/2001), pugnando pela retificação do crédito previdenciário em discussão, em virtude de a empresa BRACOL INDUSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (sucedida), ter incluído os fatos geradores das contribuições previdenciárias ora lançadas em pedido de adesão ao PAES.*
>
> *Após inúmeras diligências, incluído o processo na pauta de julgamento do dia 29/11/2006, a Colenda 4ª. Câmara do CRPS, por unanimidade de votos, decidiu NÃO CONHECER DO PEDIDO DE REVISÃO DA CONTRIBUINTE, tendo em vista o indeferimento do pedido de parcelamento da BRACOL.*
>
> *Ainda inconformada com o Acórdão n° 04/01042/2003, a contribuinte interpôs novo Pedido de Revisão, com arrimo no artigo 60, inciso I, da Portaria INSS 88/2004, procurando demonstrar a sua insubsistência,(...)"*

O novo pedido de revisão (de fls. 761 a 765) foi julgado através do Acórdão nº 206-00.263, da 6ª Câmara do então Segundo Conselho de Contribuintes (fls. 872 a 885), a qual, na sessão plenária de 11 de dezembro de 2007, por maioria de votos, optou por acolher o

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 26/11/2014 por AFONSO ANTONIO DA SILVA, Assinado digitalmente em 16/12/2014 por OTACILIO DANTAS CARTAXO, Assinado digitalmente em 28/11/2014 por LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS, Assinado digitalmente em 08/12/2014 por ELIAS SAMPAIO FREIRE
Impresso em 29/01/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

pedido, para anular o Acórdão 04/01042, de 23/06/2003 da 4ª Câmara de Julgamento do CRPS, e, no mérito, dar provimento ao recurso da contribuinte. Transcreve-se a ementa do julgado:

> *Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias*
>
> *Período de apuração: 31/01/1991 a 31/12/1998*
>
> *Ementa: PEDIDO DE REVISÃO. OBSERVÂNCIA PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE.CONHECIMENTO. Tratando-se de Pedido de Revisão devidamente enquadrado em uma das hipóteses/pressupostos legais contidos na legislação de regência, especialmente no artigo 60, da Portaria MPS n° 88 — RICRPS, deve ser conhecido para anular o Acórdão Recorrido, mormente quando restar comprovada a contrariedade a lei.*
>
> *NORMAS PROCEDIMENTAIS. SUCESSÃO DE EMPRESAS. CONTINUIDADE ATIVIDADES DA SUCEDIDA. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SUBSIDIÁRIA DA SUCESSORA. Conforme preceitos contidos no artigo 133, inciso II, do Código Tributário Nacional, tendo a empresa alienante (sucedida) continuado suas atividades comerciais, no mesmo ramo ou em outro, durante o período de 06 (seis) meses subseqüente à data da aquisição/negócio, a responsabilidade tributária da sucessora é subsidiária, comportando beneficio de ordem, devendo, assim, ser constituído e/ou exigido o crédito tributário correspondente primeiramente da sucedida.*
>
> *Recurso Voluntário Provido.*

Contra essa decisão, a Fazenda Nacional manejou, em 17 de junho de 2008, recurso especial com fulcro no art. 7º, inciso I do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais então vigente, aprovado pela Portaria MF nº 147, de 25 de junho de 2007 (fls. 890 a 910), onde defende, consoante muito bem relatado no exame de admissibilidade de fls. 913/914, que:

> *- o pedido de revisão, por ser medida extrema, sequer previsto hoje neste Egrégio Conselho de Contribuintes, não pode ser admitido a não ser em seus estreitos limites que preservem a coisa julgada administrativa. Não pode ser banalizado a ponto de se tornar instrumento de infindáveis pleitos revisionais de prova e de rediscussão pura e simples de matéria já devidamente apreciada e julgada;*
>
> *- a questão da capitulação acerca da responsabilidade tributária da sucessora quanto à solidariedade ou quanto à subsidiariedade, depende exclusivamente de prova, nos termos do art. 133, II, do CTN. A fiscalização, por seu turno, comprovou a existência apenas formal da continuidade do exercício das atividades da empresa Bracol e a contribuinte não se preocupou em desconstituí-la;*
>
> *- o recurso formulado às fls. 761/765 nada mais é do que a reabertura da discussão de fundo, trazendo fragilidade a todo o sistema do contencioso administrativo, ao permitir que coisa julgada material e formal fique sempre em suspenso, até que*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 26/11/2014 por AFONSO ANTONIO DA SILVA, Assinado digitalmente em 16/12/2014 por OTACILIO DANTAS CARTAXO, Assinado digitalmente em 28/11/2014 por LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS, Assinado digitalmente em 08/12/2014 por ELIAS SAMPAIO FREIRE
Impresso em 29/01/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

nova composição do Colegiado permita a procedência do pedido. Não é esta, sem dúvida, o escopo do art. 60, do antigo Regimento Interno do Conselho da Previdência, com espeque no art. 304 do Decreto n° 3.048/99;

- há extensa prova colacionada pela Fiscalização no sentido de que a continuidade da empresa era meramente formal, ou seja, que não existiu concretamente e, portanto, com força probante para combater os documentos juntados pela contribuinte em seu Pedido de Revisão;

- para sistematizar os indícios que comprovam a fraude perpetrada em conluio pelas empresas e seus sócios tem-se que:

• mesmos sócios de direito ainda após a cisão; e de fato com a existência de "laranja" no controle da empresa Bracol;

• mesmo endereço de funcionamento das duas empresas em uma única sala comercial;

• transferência dos empregados da Bracol para a Bertin;

• transferências de todos os móveis e imóveis da Bracol para a Bertin;

• alterações contratuais que demonstram a irredutibilidade da empresa Bracol a ponto de comprometer o desenvolvimento de qualquer atividade industrial;

• financiamento de origem não comprovada indicado em sua DIPJ 1999;

• notas fiscais incompatíveis com a sua situação financeira-patrimonial;

• registro de atividades indistinto entre uma empresa e outra;

- ainda que se entenda que a capitulação da responsabilidade solidária seja o art. 133, II, do CTN, mesmo assim correta permaneceria a indicação do sujeito passivo pela Fiscalização, porque distintos são os lançamentos, onde se identificam os elementos que norteiam o tributo e a efetiva realização do débito, que somente ocorrerá na execução;

-ao suscitar responsabilidade tributária subsidiária o contribuinte pretende excluir, na verdade, a sujeição passiva, o que não é possível nesta fase administrativa, momento anterior à execução da dívida no qual efetivamente se discutirá a existência e a capacidade dos bens daquele que deverá em primeiro plano ser executado, dada a subsidiariedade.

Após, a Fazenda Nacional requer que seja recebido e provido o presente recurso especial, para que seja reformado a decisão recorrida para que não se conheça do Pedido de Revisão, ou caso de outra forma se entenda, que seja julgado improcedente o pedido, mantendo-se na íntegra a NFLD contra a empresa Bertin Ltda.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 26/11/2014 por AFONSO ANTONIO DA SILVA, Assinado digitalmente em 16/12/2014 por OTACILIO DANTAS CARTAXO, Assinado digitalmente em 28/11/2014 por LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS, Assinado digitalmente em 08/12/2014 por ELIAS SAMPAIO FREIRE
Impresso em 29/01/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Intimada a empresa em 08 de junho de 2010 (Fl. 931), a empresa oferece contra-razões de Fls. 933 a 935 onde alega que:: a) não existe ofensa ao artigo 60 da Portaria MPS 88/04, porque o Pedido de Revisão foi admitido em face da decisão do Conselho de Recursos Fiscais ter violado "literal disposição de lei ou decreto", consubstanciada no Artigo 133, inciso II do Código Tributário Nacional — CTN, conforme constou no voto acolhido pelo Conselho; b) A própria Procuradora reconheceu que a Bracol continuou em atividade empresarial normalmente dentro do prazo previsto no artigo 133, inciso II do CTN, não existindo a possibilidade de deixar de ser reconhecida a incidência deste dispositivo. Assim, defende a necessidade de manutenção do recorrido na forma em que exarado.

Restituem-se, assim, os autos, agora a esta Câmara Superior para julgamento.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Relator

O recurso é tempestivo e atende os demais requisitos de admissibilidade e, portanto, dele conheço.

Inicialmente, verifico que o Acórdão guerreado, em verdade, resultou de um segundo pedido de revisão à Decisão do CRPS de fls. 492/495 – Acórdão 04/01042/2003:

(a) O primeiro pedido de revisão foi protocolizado em 01 de julho de 2003, consoante fls. 496 a 498, sob a alegação de que um documento de adesão a parcelamento comprovaria *nova relação jurídica neste autos* e *se prestará tanto à validação do presente expediente de revisão, quanto à viabilização da alteração do resultado do julgamento.* Esse pedido foi julgado consoante voto de fls. 758 a 760 e negado, com a fundamentação de que, tendo sido negado o parcelamento requerido pela sucedida, o crédito tributário se mantém na responsabilidade da sucessora.

(b) O segundo pedido, se fundamenta no art. 60, I da Portaria GM/MPS n° 88, de janeiro de 2004, agora na forma do § 2° do artigo 5° da Portaria MF n° 147, de 25 de junho de 2007, sob a alegação de violação de disposição de lei ou decreto. Com efeito, é alegada violação do art. 133 do Código Tributário Nacional, que determinaria a responsabilidade tributária subsidiária da sucessora, comportando beneficio de ordem e devendo, assim, ser constituído e/ou exigido o crédito tributário correspondente primeiramente da sucedida. Esse pedido foi deferido pela decisão ora recorrida.

Entendo que, em essência, os dois pedidos de revisão são equivalentes, discutindo a questão da transferência de responsabilidade por sucessão. A propósito, alinho-me aqui ao entendimento daqueles que, conforme a conselheira relatora do Acórdão guerreado em seu voto vencido, entendem como não cabível a discussão probatória além de um primeiro pedido de revisão, sob pena de se tornar referido pedido em instrumento de eternos pleitos de apreciação probatória e de rediscussão de matéria já apreciada e julgada. Entendo que, a plena obediência ao referido art. 60, inciso I, da Portaria GM/MPS n° 88, de 2004, uma vez tendo sido um primeiro pedido de revisão extensivamente analisado, inclusive com a realização de extensas diligências, e denegado na forma do voto de Fls. 758 a 760, implica em não haver que se falar em possibilidade de novo pedido de revisão acerca da mesma matéria probatória, sob

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 28/11/2014 por OTACILIO DANTAS CARTAXO, Assinado digitalmente em 28/11/2014 por OTACILIO DANTAS CARTAXO, Assinado digitalmente em 28/11/2014 por LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS, Assinado digitalmente em 08/12/2014 por ELIAS SAMPAIO FREIRE
Impresso em 29/01/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

pena de se perpetuar o contencioso administrativo, o que, creio, não ser o espírito do dispositivo supra, que assim restou violado.

Porém, independentemente da questão processual, no mérito, entendo, acerca do caso, que o teor do art. 133, inciso II da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (CTN), tem sua aplicabilidade limitada à sede de execução fiscal. Ou seja, mantida a possibilidade de constituição do crédito tributário em nome de quaisquer dos responsáveis (alienante ou adquirente do fundo de comércio ou estabelecimento), fica, em sede de execução garantido ao adquirente o benefício de ordem de responder subsidiariamente pelo débito, no caso de continuidade da exploração da atividade pelo alienante por mais de 6 meses além da data da alienação. Ou seja, totalmente despicienda a discussão, na presente sede recursal, da dita responsabilidade subsidiária, visto que só cabível em sede de execução, sendo procedente, no caso de aquisição de fundo de comércio ou estabelecimento, a constituição do crédito efetuada junto a quaisquer dos responsáveis, seja este o alienante ou, como no caso, o adquirente por cisão do fundo de comércio/estabelecimento.

E, o mais importante, ainda que o art. 133 do Código Tributário Nacional fosse aplicável em sede de lançamento do crédito tributário, compulsando os autos, verifico haver extensivos elementos para firmar convicção de que, ainda que, sob o ponto de vista puramente documental, tenha havido continuidade das atividades da sucedida (Bracol Indústria e Comércio Ltda.), tal continuidade se deu em caráter meramente formal, não havendo, sob uma ótica da verdade material, como se concluir pela continuidade de exploração das atividades da sucedida. Reporto-me aqui, em especial, ao teor do descrito às fls. 314/315, que, em meu entendimento, resume de forma nítida um conjunto de elementos que permitem a conclusão de impossibilidade de efetiva continuidade de exploração das atividades pela Bracol Indústria e Comércio, fazendo com que, caso relevante para o caso fosse, não se pudesse concluir de outra forma que não pela responsabilidade integral da autuada (Bertin Ltda., cuja razão social atual é Bracol Holding Ltda.), *verbis*:

> *"(...)*
>
> *a) mesmo após a cisão da empresa BRACOL em 02/98 permaneceu no comando da sociedade a Família Bertin, com os sócios Natalino Bertin e Reinaldo Bertin até a data de 22/01/99;*
>
> ***b) a sucedida BRACOL após a cisão já não possuía os imóveis e maquinários para continuar por si só a atividade industrial, assim manteve os empregados registrada em seu nome mas executando as atividades para a sucessora BERTIN, mesmo porque as filiais das duas permaneceram nos mesmos endereços (g.n.)****;*
>
> *c) em 03/04/00 a sucedida BRACOL encerrou todas as filiais permanecendo somente a matriz no endereço da Av. Brigadeiro Faria Lima, 2012 — 50 andar, cj. 52, sala 1— São Paulo-SP, com a atividade de fabricação de calçados para dança e esportes (sem empregados — o local é uma sala para escritório) e neste endereço também está a matriz da sucessora BERTIN;*
>
> ***d) após a cisão a sucedida BRACOL teve o seu capital reduzido para 0,29%, já que de R$ 33.000.000,00 passou para R$ 96.000,00, tomando-se inviável a continuação da atividade (g.n.)****.*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 26/11/2014 por AFONSO ANTONIO DA SILVA, Assinado digitalmente em 16/12/2014 por OTACILIO DANTAS CARTAXO, Assinado digitalmente em 28/11/2014 por LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS, Assinado digitalmente em 08/12/2014 por ELIAS SAMPAIO FREIRE
Impresso em 29/01/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

(...)"

Diante do exposto, voto no sentido de conhecer do recurso para, no mérito, dar-lhe provimento, mantendo-se a autuação na forma realizada, cumulativamente, pelos seguintes motivos:

- a impossibilidade de apreciação de um segundo pedido de revisão intentado na forma do disposto no art. 60, I do Portaria GM/MPS nº 88, de 2004;

- a restrição da aplicabilidade do art. 133 do Código Tributário Nacional à execução do crédito tributário, não produzindo efeitos em sua constituição; e

- a comprovação nos autos de as atividades da sucedida (Bracol Indústria e Comércio Ltda.), terem se dado em caráter meramente formal, não havendo, sob uma ótica da verdade material, como se concluir pela continuidade de exploração das atividades da sucedida.

Retorne-se, todavia, o processo a *Câmara a quo, tendo em vista a não apreciação da exceção de decadência intentada pelo contribuinte através do expediente de fls.861 a 871, protocolizado antes da prolação do vergastado.*

É como voto.

(Assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 26/11/2014 por AFONSO ANTONIO DA SILVA, Assinado digitalmente em 16/12/2014 por OTACILIO DANTAS CARTAXO, Assinado digitalmente em 28/11/2014 por LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS, Assinado digitalmente em 08/12/2014 por ELIAS SAMPAIO FREIRE
Impresso em 29/01/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Voto Vencedor

CÓPIA

Conselheiro Elias Sampaio Freire, Designado

Pedi vista aos autos para melhor analisar as conclusões exaradas pelo ilustríssimo conselheiro relator, assim sintetizadas em seu voto:

> *Diante do exposto, voto no sentido de conhecer do recurso para, no mérito, dar-lhe provimento, mantendo-se a autuação na forma realizada, cumulativamente, pelos seguintes motivos:*
>
> *- a impossibilidade de apreciação de um segundo pedido de revisão intentado na forma do disposto no art. 60, I do Portaria GM/MPS nº 88, de 2004;*
>
> *- a restrição da aplicabilidade do art. 133 do Código Tributário Nacional à execução do crédito tributário, não produzindo efeitos em sua constituição; e*
>
> *- a comprovação nos autos de as atividades da sucedida (Bracol Indústria e Comércio Ltda.), terem se dado em caráter meramente formal, não havendo, sob uma ótica da verdade material, como se concluir pela continuidade de exploração das atividades da sucedida.*

Quanto a questão da impossibilidade de apreciação de um segundo pedido de revisão, transcrevo excerto do voto condutor do acórdão recorrido que a apreciou:

> *Preliminarmente, mister se faz examinar os pressupostos legais para o conhecimento e seguimento do Pedido de Revisão do Acórdão.*
>
> *Em que pese compartilhar com o entendimento da autoridade previdenciária inscrito na manifestação fiscal, de fls. 803/811, em relação a interposição de vários Pedidos de Revisão, os quais, na maioria das vezes, acabam por afrontar, no mínimo, a segurança jurídica dos atos administrativos perfeitamente acabados, cumpre esclarecer que o Regimento Interno do CRF'S, aprovado pela Portaria n° 88/2004, possibilitava tais recursos, tanto por parte do contribuinte como do INSS, eis que o prazo somente se expirava com a prescrição do ato administrativo em 05 (cinco) anos, nos termos do caput do artigo 60, do RICRPS. Esse prazo, inclusive, é o que justifica a determinação regimental de que o Pedido de Revisão não suspende a exigibilidade do crédito previndenciário, que fica condicionada a pedido específico dirigido ao Presidente da Câmara recorrida (§ 6°, do artigo 60, do RICRPS).*
>
> *Tal conduta, aliás, não é utilizada somente pelos contribuintes. O INSS, em inúmeras situações, igualmente, interpõe repetidos Pedidos de Revisão de Acórdão. O RICRPS, por sua vez, somente impossibilita novo Pedido de Revisão quando conter*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 26/11/2014 por AFONSO ANTONIO DA SILVA, Assinado digitalmente em 16/12/2014 por OTACILIO DANTAS CARTAXO, Assinado digitalmente em 28/11/2014 por LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS, Assinado digitalmente em 08/12/2014 por ELIAS SAMPAIO FREIRE
Impresso em 29/01/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

> *mesmo fundamento (§ 10°, do artigo 60). Como se vê, absurdamente, a protelação de processos administrativos no âmbito do CRPS era suportado pelo seu próprio Regimento Interno, fato que não, ocorrerá nos Conselhos de Contribuintes, que têm recursos próprios (os quais não podem ser repetidamente interpostos), com prazos curtos e improrrogáveis.*
>
> *Na hipótese dos autos, no primeiro Pedido de Revisão a contribuinte pretendeu fosse retificado o débito constituído, em razão de pedido de adesão ao Parcelamento Especial —PAES, formulado pela empresa BRACOL, pleito este que restou infrutífero.*
>
> *Já no Pedido de Revisão sub examine, pugna a contribuinte pela reforma do Acórdão recorrido, com esteio no artigo 60, inciso I, do RICRPS, alegando contrariar disposição expressa de lei, mais precisamente artigo 133, inciso II, do CTN(...)."*

Saliente-se que, no que diz respeito à questão da impossibilidade do pedido de revisão, a recorrente apontou ter havido violação ao art. 304 do Decreto nº 3048/99 e ao art. 60 da Portaria MPS nº 88/2004 (antigo Regimento Interno do CRPS).

À época da interposição do recurso especial o art. 304 do Regulamento da Previdência Social dispunha tão somente ser de competência do Ministro da Previdência Social aprovar o Regimento Interno do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS e estabelecer as normas de procedimento do contencioso administrativo, *in verbis*:

> *"Art.304. Compete ao Ministro da Previdência e Assistência Social aprovar o Regimento Interno do Conselho de Recursos da Previdência Social, bem como estabelecer as normas de procedimento do contencioso administrativo, aplicando-se, no que couber, o disposto no Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, e suas alterações."*

Por sua vez, o art. 60 do Regimento Interno do CRPS estabelecia regras pertinentes ao pedido de revisão de acórdão, *in verbis*:

> *Art. 60. As Câmaras de Julgamento e Juntas de Recursos do CRPS poderão rever, enquanto não ocorrida a prescrição administrativa, de ofício ou a pedido, suas decisões quando:*
>
> *I – violarem literal disposição de lei ou decreto;*
>
> *II – divergirem de pareceres da Consultoria Jurídica do MPS aprovados pelo Ministro, bem como do Advogado-Geral da União, na forma da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993;*
>
> *III - depois da decisão, a parte obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de assegurar pronunciamento favorável;*
>
> *IV – for constatado vício insanável.*
>
> *§ 1º Considera-se vício insanável, entre outros:*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 26/11/2014 por AFONSO ANTONIO DA SILVA, Assinado digitalmente em 16/12/2014 por OTACILIO DANTAS CARTAXO, Assinado digitalmente em 28/11/2014 por LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS, Assinado digitalmente em 08/12/2014 por ELIAS SAMPAIO FREIRE
Impresso em 29/01/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

I – o voto de conselheiro impedido ou incompetente, bem como condenado, por sentença judicial transitada em julgado, por crime de prevaricação, concussão ou corrupção passiva, diretamente relacionado à matéria submetida ao julgamento do colegiado;

II – a fundamentação baseada em prova obtida por meios ilícitos ou cuja falsidade tenha sido apurada em processo judicial;

III – o julgamento de matéria diversa da contida nos autos;

IV – a fundamentação de voto decisivo ou de acórdão incompatível com sua conclusão.

§ 2º Na hipótese de revisão de ofício, o conselheiro deverá reduzir a termo as razões de seu convencimento e determinar a notificação das partes do processo, com cópia do termo lavrado, para que se manifestem no prazo comum de 30 (trinta) dias, antes de submeter o seu entendimento à apreciação da instância julgadora.

§ 3º O pedido de revisão de acórdão será apresentado pelo interessado no INSS, que, após proceder sua regular instrução, no prazo de trinta dias, fará a remessa à Câmara ou Junta, conforme o caso.

§ 4º Apresentado o pedido de revisão pelo próprio INSS, a parte contrária será notificada pelo Instituto para, no prazo de 30 (trinta) dias, oferecer contra-razões

§ 5º A revisão terá andamento prioritário nos órgãos do CRPS.

§ 6º Ao pedido de revisão aplica-se o disposto nos arts. 27, § 4º, e 28 deste Regimento Interno.

§ 7º Não será processado o pedido de revisão de decisão do CRPS, proferida em única ou última instância, visando à recuperação de prazo recursal ou à mera rediscussão de matéria já apreciada pelo órgão julgador.

§ 8º Caberá pedido de revisão apenas quando a matéria não comportar recurso à instância superior.

§ 9º O não conhecimento do pedido de revisão de acórdão não impede os órgãos julgadores do CRPS de rever de ofício o ato ilegal, desde que não decorrido o prazo prescricional.

§ 10 É defeso às partes renovar pedido de revisão de acórdão com base nos mesmos fundamentos de pedido anteriormente formulado.

§ 11 Nos processos de benefício, o pedido de revisão feito pelo INSS só poderá ser encaminhado após o cumprimento da decisão de alçada ou de última instância, ressalvado o disposto no art. 57, § 2º, deste Regimento.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 26/11/2014 por AFONSO ANTONIO DA SILVA, Assinado digitalmente em 16/12/2014 por OTACILIO DANTAS CARTAXO, Assinado digitalmente em 28/11/2014 por LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS, Assinado digitalmente em 08/12/2014 por ELIAS SAMPAIO FREIRE
Impresso em 29/01/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Ocorre que, o recurso especial deu-se com fundamento do então artigo 7º, inciso I, do Regimento Interno da Câmara Superior de RecUrsos Fiscais, que preconizava o seguinte:

> *"Art. 7º Compete à Câmara Superior de Recursos Fiscais, por suas Turmas, julgar recurso especial interposto contra:*
>
> *I - decisão não-unânime de Câmara, quando for contrária à lei ou à evidência da prova;"*

Saliente-se que, não obstante o aludido recurso não encontrar previsão no atual Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, a Portaria Ministerial MF nº. 256, de 22 de junho de 2009, em suas disposições transitórias, prevê que os recursos com base no inciso I do art. 7° e do art. 9° do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF n° 147, de 25 de junho de 2007, interpostos em face de acórdãos proferidos nas sessões de julgamento ocorridas em data anterior à 1° de julho de 2009, serão processados de acordo com o rito previsto nos arts. 15 e 16 e nos arts. 43 e 44 daquele Regimento.

Por seu turno o inciso I do art. 7° do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF n° 147, de 25 de junho de 2007, fazia previsão de interposição de recurso especial na hipótese de contrariedade à lei.

A expressão "lei" possui uma amplitude menos ampla do que a expressão "legislação tributária". A palavra legislação, como utilizada no CTN, abrange, além das leis em sentido estrito, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes. Por certo, o disposto no art. 96 do CTN não tem o sentido de restringir o conceito de legislação tributária, mas de mostrar sua amplitude em comparação com o conceito de lei tributária.

Por certo, uma suposta contrariedade ao regulamento da previdência social e ao regimento interno do CRPS não se enquadra a exigência regimental de que haja no acórdão recorrido violação à lei.

Precedentes desta 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, de minha relatoria:

> *"NORMAS PROCESSUAIS. ADMISSIBILIDADE.*
>
> *O Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF n° 147, de 25 de junho de 2007, fazia previsão de interposição de recurso especial na hipótese de contrariedade à lei.*
>
> *Uma suposta contrariedade a norma complementar não se enquadra na exigência regimental de que haja no acórdão recorrido violação à lei."*

(Acórdão nº 9202-00070, PAF nº 11050.002876/2004-53, de 17/08/2009)

(Acórdão nº 9202-00072, PAF nº 10830.006719/2004-77, de 17/08/2009)

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 26/11/2014 por AFONSO ANTONIO DA SILVA, Assinado digitalmente em 16/12/2014 por OTACILIO DANTAS CARTAXO, Assinado digitalmente em 28/11/2014 por LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS, Assinado digitalmente em 08/12/2014 por ELIAS SAMPAIO FREIRE
Impresso em 29/01/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Destarte, divirjo do ilustre conselheiro relator, posto que entendo que o recurso especial não merece ser conhecido na parte a que se refere a questão da impossibilidade do pedido de revisão.

Mais uma vez peço vênia ao ilustre conselheiro relator para divergir da seguinte assertiva contida em seu voto, adotada como fundamento para manter a atuação em nome da empresa recorrida: ***"a restrição da aplicabilidade do art. 133 do Código Tributário Nacional à execução do crédito tributário, não produzindo efeitos em sua constituição"***.

Primeiramente porque viola frontalmente o teor da Súmula CARF nº 71, *in verbis:*

> *Súmula CARF nº 71:*
>
> *Todos os arrolados como responsáveis tributários na autuação são parte legítima para impugnar e recorrer acerca da exigência do crédito tributário e do respectivo vínculo de responsabilidade.*

Ora, se os responsáveis tributários que porventura tenham sido apontados em termos de sujeição passiva como responsáveis solidários ou responsáveis subsidiários podem discutir administrativamente o seu vínculo de responsabilidade, por muito mais razão a empresa que foi apontada como único sujeito passivo da relação obrigacional tributária.

Ademais, não pode ser esquecida a previsão legal de que no momento da constituição do crédito tributário pelo lançamento cabe a autoridade lançadora identificar o sujeito passivo, conforme disciplina contida no art. 142 do CTN:

> *"Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido,* ***identificar o sujeito passivo*** *e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível." (GRIFEI)*

Ora, o que se discute aqui efetivamente não é outra coisa senão a legitimidade passiva da empresa recorrida, posto que o lançamento foi realizado exclusivamente em nome do adquirente (empresa recorria), tendo em vista que o fisco não cogitou em realizar o lançamento tendo o alienante como sujeito passivo, fruto de discussão acerca da aplicabilidade do art. 133 do CTN, *in verbis*:

> *Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:*
>
> *I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 26/11/2014 por AFONSO ANTONIO DA SILVA, Assinado digitalmente em 16/12/2014 por OTACILIO DANTAS CARTAXO, Assinado digitalmente em 28/11/2014 por LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS, Assinado digitalmente em 08/12/2014 por ELIAS SAMPAIO FREIRE
Impresso em 29/01/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

> *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.*

Em suma, nestas situações, ao se realizar o lançamento deve a autoridade fiscal ao identificar o sujeito passivo, conforme previsto no art. 142 do CTN, considerar os ditames do art. 133 do CTN, nos seguintes termos:

i) O **sujeito passivo é o <u>adquirente</u>** na hipótese de o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade; ou

ii) **O sujeito passivo é o <u>alienante</u>** quando este prossegue 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.

No segundo caso, **a responsabilidade do adquirente é <u>subsidiária</u>**, ou seja, a subsidiariedade descrita no art. 133, II do CTN, comporta um benefício de ordem, de modo que, primeiro se executa a alienante e subsidiariamente a adquirente.

Portanto, há de se concluir que não faz nenhum sentido deixar para se discutir em sede de execução a legitimidade passiva da empresa recorrida. A uma porque a súmula nº 71 do CARF garante que: *"Todos os arrolados como responsáveis tributários na autuação são parte legítima para impugnar e recorrer acerca da exigência do crédito tributário e do respectivo vínculo de responsabilidade"*. A duas porque o que se discute efetivamente é a legitimidade passiva da empresa recorrida, posto que se houver conclusão pela aplicabilidade do art. 133, I do CTN, a empresa recorrida é o sujeito passivo; caso contrário, ao se concluir pela aplicabilidade do art. 133, II do CTN a empresa recorrida não pode ser eleita o sujeito passivo principal do lançamento.

É incontroverso que a autoridade fiscal atribui responsabilidade tributária à empresa adquirente, nos termos em que disciplina o art. 133 do CTN, entretanto, não houve especificação expressa pela adoção da responsabilidade integral (inciso I) ou responsabilidade subsidiária (inciso II), conforme excertos do relatório fiscal (fls. 313/324) :

> *"8. Quanto à sucessão industrial cometida pela BERTIN LTDA, em relação à sucedida BRACOL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, cabe fazer aqui, inicialmente, algumas considerações ;e exposição de motivos que justifiquem tal conclusão e conseqüente apurações de importâncias devidas à Seguridade Social, junto à BERTIN.*
>
> *9. Ao lado dos tradicionais conceitos de comerciante/industrial e estabelecimento comercial / industrial, o **moderno Direito Comercial** volta sua atenção para os conceitos de empresário e **empresa.** O enorme desenvolvimento tecnológico de nossa época, com grande expansão do mercado de prestação de serviços, torna a empresa, conceituada como o desenvolvimento de uma atividade econômica, elemento fundamental nas relações econômicas de nossos dias. Assim, o **cerne de uma empresa,** nos dias atuais, está na **atividade econômica por ela desenvolvida, nas idéias** que impulsionam o seu negócio, e não apenas na sua razão social. Uma empresa que desenvolve suas atividades*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 26/11/2014 por AFONSO ANTONIO DA SILVA, Assinado digitalmente em 16/12/2014 por OTACILIO DANTAS CARTAXO, Assinado digitalmente em 28/11/2014 por LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS, Assinado digitalmente em 08/12/2014 por ELIAS SAMPAIO FREIRE
Impresso em 29/01/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

econômicas em um determinado estabelecimento e sob o "invólucro" de uma dada sociedade não passa a ser outra empresa por uma simples alteração de razão social. Admitir esse artifício significaria por fim a segurança jurídica dos credores e consumidores das empresas, pois estas, a seu bel-prazer, poderiam criar um novo "invólucro" (nova sociedade), mudar seu endereço, e se eximir de suas responsabilidades e débitos. Nesse sentido, a responsabilidade de empresas sucessoras definidas pelo Código Tributário Nacional (Lei n° 5.172, de 25/10/66), em seu Capitulo V (Responsabilidade Tributária), Seção II (Responsabilidade dos Sucessores), art. 133, deve ganhar um novo enfoque.

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.

(...)

10. Se a doutrina e os tribunais têm entendido que há sucessão na continuidade da exploração de estabelecimentos comerciais mesmo sob nova Razão Social e em instalações diversas, maior razão haverá na caracterização de sucessão de uma empresa industrial que continua desenvolvendo a mesma atividade econômica de outra, nas mesmas instalações, com os mesmos empregados e os mesmos sócios e somente usando uma Razão Social diferente.

11. Nesse sentido, procuramos elucidar os fatos à luz do que dispõe o CTN, verificando se as condições em que ocorreram a sucessão preenchiam os quesitos da responsabilidade tributária de sucessores. Portanto, em se verificando tais condições, constatou-se que não só todos os quesitos dispostos no art.133 do CTN supra foram, preenchidos, como também nos foi possível constatar diversas outras evidências que comprovam de forma cristalina a existência do liame necessário entre as duas empresas.

(...)

28. Diante do que foi exposto, verifica-se claramente que houve uma ***sucessão de empresas feita de maneira indireta,*** *devendo assim ser aplicado a responsabilidade de empresas sucessoras definidas no art. 133 do Código Tributário Nacional (Lei n°*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 26/11/2014 por AFONSO ANTONIO DA SILVA, Assinado digitalmente em 16/12/2014 por OTACILIO DANTAS CARTAXO, Assinado digitalmente em 28/11/2014 por LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS, Assinado digitalmente em 08/12/2014 por ELIAS SAMPAIO FREIRE
Impresso em 29/01/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

> *5.172, de 25/10/66). Acobertar-se no que dispõe o parágrafo único do artigo 233 da Lei n° 6.404, de 15/12/76, significaria, é bom que se repita, por fim, a segurança jurídica dos credores e consumidores das empresa, pois estas, a seu bel-prazer, poderiam criar um novo "invólucro" (nova sociedade) e se eximir de suas responsabilidades e débitos."*

Também é incontroverso que a empresa alienante não cessou suas atividades, conforme provas constantes nos autos e, ainda, de acordo com o seguinte excerto do relatório fiscal (fls. 314):

> *15. Mesmo com a transferência dos móveis e imóveis necessários para a atividade industrial de curtume e fabricação de calçados e artefatos de couro da empresa BRACOL para BERTIN em 03/02/98, (e repita-se com o capital reduzido a 0,29%) a sucedida permaneceu com parte dos empregados até 02/99 na filial de Lins_SP, até 01/99 na filial de Aguai_SP, até 05/99 na filial de Franca-SP, até 02/00 nas filiais de Estância Velha-RS e Novo Hamburgo_RS, fato que não descaracteriza a responsabilidade da sucessora BERTIN, pelos seguintes motivos:*

A controvérsia surge justamente porque a autoridade fiscal considerou que, não obstante a continuidade das atividades da empresa alienante, a responsabilidade tributária deveria ser da empresa adquirente, por **presumir** que a empresa alienante não teria condições de suportar as obrigações tributárias surgidas em decorrência do presente lançamento, ou ainda, conforme concluiu o ilustre conselheiro relator, que *"a comprovação nos autos de as atividades da sucedida (Bracol Indústria e Comércio Ltda.), terem se dado em caráter meramente formal, não havendo, sob uma ótica da verdade material, como se concluir pela continuidade de exploração das atividades da sucedida"*.

O presente lançamento trilhou caminho diverso do que preconiza o CTN, uma vez que, há previsão expressa contida no codex tributário, no sentido de que **o adquirente responde 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, se presta justamente para proteger o fisco de eventual inadimplemento do alienante.

Ao meu ver, a autoridade fiscal subverteu a ordem natural das coisas: presumiu - no momento do lançamento - que o alienante não conseguiria arcar com as obrigações tributárias devidas até a data da alienação.

A desconsideração do negócio jurídico em comento era totalmente desnecessária. O direito positivado se antecipou ao resolver a questão acerca de uma possível inadimplência do alienante que não tenha cessado suas atividades: **responsabilidade subsidiária do adquirente**.

Havendo continuidade ou reinício no exercício de empresa dentro de seis meses, por parte do alienante, deste será exigido, em primeiro plano, o tributo, visto que é o próprio contribuinte, com relação aos tributos que são objeto da cobrança (decorrentes de eventos tributários anteriores à alienação).

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 26/11/2014 por AFONSO ANTONIO DA SILVA, Assinado digitalmente em 16/12/2014 por OTACILIO DANTAS CARTAXO, Assinado digitalmente em 28/11/2014 por LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS, Assinado digitalmente em 08/12/2014 por ELIAS SAMPAIO FREIRE
Impresso em 29/01/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

A opção legislativa ao prever a possibilidade de cobrança, em segundo plano, do adquirente (responsável, subsidiário), decorre justamente da suposição de que poderá haver redução dos bens sob titularidade do alienante, na medida em que quando uma sociedade empresária aliena um ou mais de seus estabelecimentos implicará na saída dos ativos que compõem o fundo de empresa. Por isso mesmo, o legislador optou por de ampliar as garantias de recebimento do tributo, criado a prerrogativa de cobrança subsidiária em direção ao adquirente do fundo de empresa.

Por certo, ante a expressa opção legislativa, não pode ficar ao alvedrio da autoridade fiscal a eleição do sujeito passivo nas hipóteses de alienação de estabelecimento. Ou seja, bastaria a autoridade fiscal identificar como sujeito passivo (principal) como sendo a empresa alienante e lavrar termo de sujeição passiva subsidiária para contemplar a responsabilidade da empresa adquirente.

Pelo exposto, voto por conhecer parcialmente do recurso especial da Fazenda Nacional para, na parte conhecida, negar-lhe provimento.

É como voto.

(Assinado digitalmente)

Elias Sampaio Freire

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 26/11/2014 por AFONSO ANTONIO DA SILVA, Assinado digitalmente em 16/12/2014 por OTACILIO DANTAS CARTAXO, Assinado digitalmente em 28/11/2014 por LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS, Assinado digitalmente em 08/12/2014 por ELIAS SAMPAIO FREIRE
Impresso em 29/01/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA