



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

Processo nº 10120.011273/2007-51
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2803-002.577 – 3ª Turma Especial
Sessão de 13 de agosto de 2013
Matéria CP: AUTO DE INFRAÇÃO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS EM GERAL
Recorrente SOCIEDADE RESIDENCIAL VACA BRAVA S/A E OUTROS.
Recorrida FAZENDA NACIONAL.

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Data do fato gerador: 31/08/2007

GRUPO ECONÔMICO. CARACTERIZAÇÃO. OCORRÊNCIA. SOLIDARIEDADE. DETERMINAÇÃO EM LEI. DESNECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR. REPERCUSSÃO GERAL. APLICAÇÃO OBRIGATÓRIA RICARF. EXCLUSÃO PESSOAS FÍSICAS. MANUTENÇÃO PESSOAS JURÍDICAS. MULTA VALOR FIXO. MANUTENÇÃO DE SUA EXPRESSÃO ECONÔMICA. CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, para:

I - dar provimento para excluir as pessoas físicas da relação jurídico tributária, na seara administrativa - tributária;

II – negar provimento ao recurso das pessoas jurídicas, mantendo o crédito em relação a estas, inclusive, mantendo o valor atual da autuação fiscal.

(Assinado digitalmente).

Helton Carlos Praia de Lima. –Presidente

(Assinado digitalmente).

Processo nº 10120.011273/2007-51
Acórdão n.º **2803-002.577**

S2-TE03
Fl. 2.812

Eduardo de Oliveira. – Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Helton Carlos Praia de Lima, Eduardo de Oliveira, Natanael Vieira dos Santos, Oseas Coimbra Júnior, Amílcar Barca Teixeira Júnior, Gustavo Vettorato.

CÓPIA

Relatório

O presente Auto de Infração – AI - DEBCAD 37.120.565-2, CFL.38, objetiva a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, que consistiu em deixar a empresa, o servidor de órgão público da administração direta e indireta, o segurado da previdência social, o serventuário da justiça ou o titular de serventia extrajudicial, o síndico ou seu representante, o comissário ou o liquidante de empresa em liquidação judicial ou extrajudicial de exibir qualquer documento ou livro relacionados com as contribuições previstas na Lei n. 8.212, de 24.07.91, ou apresentar documento ou livro que não atenda as formalidades legais exigidas, que contenha informação diversa da realidade ou que omita a informação verdadeira, conforme previsto no art. 33, parágrafos 2. e 3. da referida Lei, combinado com os artigos 232 e 233, parágrafo único do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 06.05.99, conforme Folha de Rosto do Auto de Infração – AI, fls. 01.

O sujeito passivo foi cientificado do lançamento, em 23/10/2007, conforme Folha de Rosto do Auto de Infração - AI, de fls. 01.

Os sujeitos passivos solidários foram cientificados por intermédio das Cartas Nº 01 a 05; 08 e 09; 11 a 13, – Serviço de Fiscalização/Grupo 5, datada de 29/10/2007, fls. 586 a 605, recebidas, conforme AR's, de fls. 607 a 616, abaixo listados.

- DENER ÁLVARES JUSTINO;
- ADRIANO ÁLVARES JUSTINO;
- WANDERLEY BORGES DE MELO;
- CLEUNER TEIXEIRA DE SOUZA;
- ANA CÉLIA CARVALHO DE BARROS AMORIM;
- OPUS INCORPORADORA LTDA;
- ELBIO MOREIRA;
- BENTO ODILON MOREIRA FILHO;
- EBM INCORPORAÇÕES S/A;
- ORBX INCORPORADORA S/A.

O contribuinte principal apresentou sua defesa/impugnação, petição com razões, acostada, as fls. 618 a 632, recebida, em 22/11/2007, estando acompanhada dos documentos, de fls. 633 a 649.

As empresas solidárias EBM Incorporadora S/A; ORBX Incorporadora S/A; República Gestão de Recursos Humanos S/A e Opus Incorporadora Ltda apresentaram impugnação conjunta, as fls. 1.008 a 1.016, acompanhado dos documentos, de fls. 1.017 a 1.022.

A empresa OPUS Incorporadora Ltda apresentou impugnação, as fls. 1.025 a 1.033, acompanhada dos documentos, de fls. 1.034 a 1.066.

A empresa EBM Incorporações S/A apresentou impugnação, as fls. 1.067 a 1.073, acompanhada dos documentos, de fls. 1.074 a 1.129.

A empresa ORBX Incorporadora S/A apresentou impugnação, as fls. 1.126 a 1.133, acompanhada dos documentos, de fls. 1.134 a 1.191.

As pessoas físicas impugnaram o lançamento, conforme a seguir descrito.

Bento Odilon Moreira Filho, as fls. 650 a 657, acompanhada dos documentos, de fls. 658 a 695;

Wanderley Borges de Melo, as fls. 696 a 706, acompanhada dos documentos, de fls. 707 a 795;

Cleuner Teixeira de Souza, as fls. 796 a 805, acompanhada dos documentos, de fls. 806 a 842;

Adriano Álvares Justino, as fls. 845 a 853, acompanhada dos documentos, de fls. 854 a 902;

Dener Álvares Justino, as fls. 903 a 911, acompanhada dos documentos, de fls. 912 a 960;

Élbio Moreira, as fls. 961 a 968, acompanhada dos documentos, de fls. 969 a 1.007;

Ana Célia Carvalho de Barros Amorim, as fls. 1.192 a 1.202, acompanhada dos documentos, de fls. 1.202 a 1.2019;

O Senhor Wanderley Borges de Melo pediu prioridade na tramitação dos autos em razão do estatuto dos idosos – requerimento, as fls. 1.218, acompanhado do documento, de fls. 1.219.

A defesa foi considerada tempestiva, fls. 1.221 e 1.222.

O órgão julgador de primeiro grau emitiu o Acórdão Nº 03-26.673 - 5ª Turma da DRJ/BSA, em 02/09/2008, fls. 1.223 a 1.242, no qual o lançamento foi considerado procedente.

Os contribuintes, citados abaixo, tomaram conhecimento desse decisório.

Wanderley Borges de Melo, em 25/11/2008, pelo AR, de fls. 1.259 e pelo Edital 004/2009, afixado, em 05/01/2009, fls. 1.276;

EBM Incorporações S/A, em 26/11/2008, pelo AR, de fls. 1.260;

ORBX Incorporadora S/A, em 27/11/2008, pelo AR, de fls. 1.261;

OPUS Incorporadora S/A, em 25/11/2008, pelo AR, de fls. 1.262;

Elbio Moreira, em 26/11/2008, pelo AR, de fls. 1.263;

Ana Célia Carvalho de Barros Amorim, em 25/11/2008, pelo AR, de fls. 1.264 e pelo Edital 004/2009, afixado, em 05/01/2009, fls. 1.276;

Adriano Álvares Justino, em 25/11/2008, pelo AR, de fls. 1.265;

Dener Álvares Justino, em 25/11/2008, pelo AR, de fls. 1.266;

Daniel Flávio Balsanulfo e Janaína Modesto dos Santos, em 25/11/2008, pelo AR, de fls. 1.267;

José Guilherme Mauger, em 25/11/2008, pelo AR, de fls. 1.268;

Bento Odilon Moreira Filho, em 08/12/2008, pelo AR, de fls. 1.272;

Cleuner Teixeira de Souza, pelo Edital 004/2009, afixado, em 05/01/2009, fls. 1.276;

Irresignada a autuada Sociedade Residencial Vaca Brava Um S/A, as fls. 1.277 a 1.296, bem como as solidárias EBM Incorporadora S/A, as fls. 1.297 a 1.304, Opus Incorporadora Ltda, as fls. 1.305 a 1.316, ORBX Incorporadora S/A, as fls. 1.317 a 1.324, Elbio Moreira, as fls. 1.325 a 1.334, Bento Odilon Moreira Filho, as fls. 1.335 a 1.344, Ana Célia Carvalho de Barros Amorim, as fls. 1.345 a 1.357, Cleuner Teixeira de Souza, as fls. 1.358 a 1.370, Adriano Álvares Justino, as fls. 1.371 a 1.382, Dener Álvares Justino, as fls. 1.383 a 1.394, apresentaram recurso voluntário, desacompanhados de quaisquer documentos.

As razões recursais sumariadas estão a seguir expostas.

Recurso da Sociedade Residencial Vaca Brava Um S/A.

Preliminares.

- que o lançamento fixou contribuições sociais e contribuições sociais previdenciárias em razão da mão de obra utilizada no CEI 43.280.01209-79, sendo lavrado o presente AI, no absurdo valor de R\$ 11.951,21, estando o lançamento equivocado, pois atribui a recorrente responsabilidade que não é dela, bem como pela aplicação de critérios legais anacrônicos para a fixa da multa;
- que a DRJ não avaliou as alegações e as provas, especialmente, dos itens II.1.2; II.1.3; II.1.4 e II.1.5, não encontrando a decisão suporte fático ou jurídico, merecendo reforma;

- que não ficou caracterizado qualquer elemento que demonstre interesse comum e justifique a formação de grupo econômico, uma vez que não está demonstrado direção, controle ou administração entre as partes arroladas;
- que o artigo 30, IX, da Lei 8.212/91 não oferece maiores esclarecimentos para definir o que é grupo econômico, sendo tal situação fixada nos termos do artigo 748, da IN 03/2005;
- que com apoio na CF/88 princípio da legalidade e legalidade estrita, bem como no artigo 97, do CTN, que dizer o fato gerador e a sujeição passiva, só podem ser definido por lei, não pode a solidariedades ser estabelecida por portaria, resolução, instrução normativa, ordem de serviço e outro ato administrativo, por usurpação da funções do poder legislativo;
- que a inclusão de sócio de SCP no grupo econômico não pode prevalecer, pois em verdade não existe sociedade e os sócios ocultos só respondem em face do ostensivo e nos limites do contrato, pois em relação a terceiros só o sócio ostensivo assume obrigações é o que diz o artigo 991, do Código Civil, bem como antigo código comercial, artigo 326, sendo ilegal a inclusão dos sócios ocultos como as impugnantes pessoas físicas ou jurídicas, da SCP, na formação do inexistente grupo econômico;
- que o fisco desconsiderou a contabilidade e aplicou a aferição indireta de forma descomedida, sob o argumento de que a recorrente não contabilizava sua despesas de forma adequada, não podendo prosperar tal entendimento, pois a recorrente têm projetos de responsabilidade social, cita doutrina, estando todos os lançamentos contábeis adequados as princípios e normas aplicadas a ciência contábil;
- que a sociedade foi organizado para propósito específico, sob o CEI 39.380.02607-78, vedando a sua participação em negócios estranhos a obra, adotando padrões de governança e contabilidade padronizada, sendo possível verificar a consistência dos lançamentos contábeis, que nem eventual diferença entre o DISO e os lançamentos abalam tal constatação, sendo tal declaração meramente informativa sem valor administrativo ou judicial;
- que o fisco deveria ter notificado as demais empresas citadas no relatório fiscal, conforme Parecer MPS/CJ 2.36/2000, assim não havendo a notificação em relação a elas, inválido ao AI combatido, pois tais pareceres são vinculantes nos termos do artigo 19, da PT 520/2004, que a 4ª CaJ do CRPS pronunciou-se negativamente a possibilidade de bis in idem;
- que o fisco não tem competência para se pronunciar sobre os processos trabalhistas, pois a CF vincula a execução à justiça federal especializada, cita Estevão Mallet e André Ramos Tavares sobre a

competência da justiça trabalho, não podendo o fisco invadir tal competência, desconsiderando dando contábeis com base em processo trabalhistas;

Mérito.

- Que a pessoa jurídica tributada com base no lucro presumido está dispensada de apresentar escrituração contábil, conforme artigo 516, do RIR, combinado com o artigo 60, § 6º, III, da IN SRP/03/2005 e este é o caso da recorrente, não podendo o fisco utilizar estes apontamentos, apesar de a sua escrituração atenderem as normas de contabilidade, devendo as autoridades fiscais terem solicitado o livro caixa e não as demonstrações contábeis, não o fazendo suas considerações são inválidas;
- que a multa deve ser reduzida ante a ausência de lesão ao erário, que não se pode admitir multa de trinta por cento, pois falta razoabilidade, uma vez que o valor R\$ 120.121,49 é excessivo e confiscatório, não podendo a multa ser usado como meio de arrecadação, devendo ser observada a falta de prejuízo e a ausência de má fé por parte da recorrente;
- conclusões: a) não existe grupo econômico sob a égide de SCP; b) a contabilidade é válida e respeitam as convenções; c) que as empresa citadas no relatório fiscal deveria ter sido notificadas; d) que o fisco não poderia se envolver com as questões relativas as relações de trabalho; e) que apesar de válidas a recorrente não precisaria ter as demonstrações contábeis, mas apenas o livro caixa; f) que a multa deve ser reduzida;
- Pede e requer a recorrente: a) conhecimento e provimento do recurso, reconhecendo-se os vícios formais e decretando a nulidade da autuação; b) decretação da improcedência e insubsistência no mérito; c) acolhimento dos fundamentos do recurso e reconhecimento da insubsistência do AI;
- Requer, ainda, que: a) as intimações sejam remetidas ao endereço que declina, bem como sejam simultânea e concomitantemente remetidas ao causídico informado, no outro endereço apontado; b) informações sobre local, data e hora de julgamento para sustentação oral.

Recurso da solidária EBM Incorporadora S/A e da ORBX Incorporadora S/A.

- que a responsabilidade solidária atribuída não pode prevalecer, pois apenas alicerçada na qualidade de sócia da empresa autuada, pois nos termos do artigo 135, do CTN, quando ocorrido excesso de poderes ou infração a lei, contrato social ou estatuto, os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado são pessoalmente responsáveis, revelando-se claro que a responsabilidade dos sócios é a atribuídas as pessoas em função dos atos de gestão,

sendo isso responsabilidade tributária por substituição, não sendo a responsabilidade do artigo 135, do CTN solidária, mas por substituição, decorrendo esta da qualidade de gestor e não sócio, cita decisões judiciais, que quando muito poderia-se falar em responsabilidade subsidiária, caso o devedor principal não pague o débito, não podendo prevalecer a responsabilização solidária;

- Pede e requer: a) provimento do recurso com a exclusão da solidariedade; b) que a intimações/notificações e outros comunicados sejam remetidas ao causídico informado, endereço apontado; c) informações sobre local, data e hora de julgamento para sustentação oral.

Recurso Opus Incorporadora Ltda.

- que não existe o grupo econômico caracterizado pelo fisco, pois não corresponde a realidade dos fatos, bem como a solidariedade deve estar expressa em lei artigo 124,II, do CTN, sendo que o artigo 3, IX, da Lei 8.212/91 regula a matéria na seara previdenciária, mas não oferece maiores detalhes, ficando tal caracterização para o artigo 748, da IN 03/2005, porém no caso em questão não ficou caracterizado direção, controle ou administração entre as pessoas físicas e jurídicas;
- que com apoio na CF/88 princípio da legalidade e legalidade estrita, bem como no artigo 97, do CTN, que dizer o fato gerador e a sujeição passiva, só podem ser definido por lei, não pode a solidariedades ser estabelecida por portaria, resolução, instrução normativa, ordem de serviço e outro ato administrativo, por usurpação da funções do poder legislativo;
- que a inclusão de sócio de SCP no grupo econômico não pode prevalecer, pois em verdade não existe sociedade e os sócios ocultos só respondem em face do ostensivo e nos limites do contrato, pois em relação a terceiros só o sócio ostensivo assume obrigações é o que diz o artigo 991, do Código Civil, bem como antigo código comercial, artigo 326, sendo ilegal a inclusão dos sócios ocultos como as impugnantes pessoas físicas ou jurídicas, da SCP, na formação do inexistente grupo econômico;
- que a recorrente não pode ser responsabilizada, pois jamais figurou no rol de sócios da autuada, fato este comprovado pelos documentos de constituição da autuada, sendo arbitrária sua inclusão no suposto grupo econômico;
- que em conclusão: a) não pode prevalecer o grupo econômico, pois não caracterizado fática ou legalmente; b) incluir sócio de SCP no grupo afronta a lei; c) é irregular incluir no grupo econômico pessoa que nunca figurou como sócio;

- Pede e requer: a) conhecimento e provimento do recurso com a exclusão da recorrente do grupo econômico; b) informações sobre local, data e hora de julgamento para sustentação oral; c) que a intimações/notificações e outros comunicados sejam remetidas ao causídico informado, endereço apontado.

Recurso das pessoas físicas Elbio Moreira, Bento Odilon Moreira Filho, Adriano Álvares Justino e Dener Álvares Justino.

- que não existe o grupo econômico caracterizado pelo fisco, pois não corresponde a realidade dos fatos, bem como a solidariedade deve estar expressa em lei artigo 124,II, do CTN, sendo que o artigo 3, IX, da Lei 8.212/91 regula a matéria na seara previdenciária, mas não oferece maiores detalhes, ficando tal caracterização para o artigo 748, da IN 03/2005, porém no caso em questão não ficou caracterizado direção, controle ou administração entre as pessoas físicas e jurídicas;
- que com apoio na CF/88 princípio da legalidade e legalidade estrita, bem como no artigo 97, do CTN, que dizer o fato gerador e a sujeição passiva, só podem ser definido por lei, não pode a solidariedade ser estabelecida por portaria, resolução, instrução normativa, ordem de serviço e outro ato administrativo, por usurpação da funções do poder legislativo;
- que a inclusão de sócio de SCP no grupo econômico não pode prevalecer, pois em verdade não existe sociedade e os sócios ocultos só respondem em face do ostensivo e nos limites do contrato, pois em relação a terceiros só o sócio ostensivo assume obrigações é o que diz o artigo 991, do Código Civil, bem como antigo código comercial, artigo 326, sendo ilegal a inclusão dos sócios ocultos como as impugnantes pessoas físicas ou jurídicas, da SCP, na formação do inexistente grupo econômico;
- que a recorrente não pode ser responsabilizada, pois jamais figurou no rol de sócios da autuada, fato este comprovado pelos documentos de constituição da autuada, sendo arbitrária sua inclusão no suposto grupo econômico;
- que em conclusão: a) não pode prevalecer o grupo econômico, pois não caracterizado fática ou legalmente; b) é irregular incluir no grupo econômico pessoa que nunca figurou como sócio;
- Pede e requer: a) conhecimento e provimento do recurso com a exclusão da recorrente do grupo econômico; b) informações sobre local, data e hora de julgamento para sustentação oral; c) que a intimações/notificações e outros comunicados sejam remetidas ao causídico informado, endereço apontado.

Recurso das pessoas físicas Ana Célia Carvalho de Barros Amorim, Cleuner Teixeira de Souza.

- que não existe o grupo econômico caracterizado pelo fisco, pois não corresponde a realidade dos fatos, bem como a solidariedade deve estar expressa em lei artigo 124,II, do CTN, sendo que o artigo 30, IX, da Lei 8.212/91 regula a matéria na seara previdenciária, mas não oferece maiores detalhes, ficando tal caracterização para o artigo 748, da IN 03/2005, porém no caso em questão não ficou caracterizado direção, controle ou administração entre as pessoas físicas e jurídicas;
- que com apoio na CF/88 princípio da legalidade e legalidade estrita, bem como no artigo 97, do CTN, que dizer o fato gerador e a sujeição passiva, só podem ser definido por lei, não pode a solidariedade ser estabelecida por portaria, resolução, instrução normativa, ordem de serviço e outro ato administrativo, uma vez que vige a estrita legalidade, artigo 150, I, da CF/88 no campo tributário; por usurpação da funções do poder legislativo;
- que a inclusão da recorrente no grupo econômico não pode prevalecer, pois trata-se de diretor de Sociedade por Ações, nos termos do artigo 158, da lei de sociedades por ações, responde este pessoalmente apenas no caso de excesso de poderes, infração ao estatuto social ou às leis, não sendo infração à lei o mero não pagamento de tributo, artigo 135, do CTN, sendo a obrigação do pagamento da pessoa jurídica e não física, cita decisão do STJ, sendo ilegal a inclusão da pessoa física no rol dos solidários;
- que em conclusão: a) não pode prevalecer o grupo econômico, pois não caracterizado fática ou legalmente; b) não prevalece a inclusão de sócio de S/A no grupo econômico;
- Pede e requer: a) conhecimento e provimento do recurso com a exclusão da recorrente do grupo econômico; b) informações sobre local, data e hora de julgamento para sustentação oral; c) que a intimações/notificações e outros comunicados sejam remetidas ao causídico informado, endereço apontado.

O órgão preparador reconheceu a tempestividade dos recursos, fls. 1.396.

Os autos subiram ao 2º Conselho de Contribuintes, fls. 1.397.

A Sociedade Residencial Vaca Brava Um Ltda peticionou, as fls. 1.398, acompanhada dos documentos, de fls. 1.399 a 1.412.

Surgiram nos autos e estão anexados, as fls. 2.748 a 2.810, (numeração digital) diversos documentos, mas se que seja possível identificar o autor da anexação.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo de Oliveira.

O recurso voluntário é tempestivo, e considerando o preenchimento dos demais requisitos de sua admissibilidade, merece ser apreciado

Ressalto que os recursos apresentados em cinco blocos distintos, a saber: a) sujeito passivo principal; b) demais empresas solidárias em dois grupos; e c) pessoas físicas solidárias em dois grupos, serão julgados em conjuntos, pois de uma forma geral contestam a formação do grupo econômico com teses iguais ou assemelhadas.

Equivoca-se a recorrente, pois não há contribuição social ou contribuição social previdenciária lançada neste autos, pois ele não cuida do lançamento de obrigação principal tributo, mas apenas tão somente de multa por descumprimento de dever instrumental.

O valor do AI por certo não tem o atributo de ser absurdo como alega a recorrente, pois seu valor é de módicos R\$ 11.951,21, o que por certo para uma empresa que constrói prédios orçados em milhões de reais não deve representar muita coisa. De qualquer forma é o valor que o legislador em seu prudente arbítrio entendeu mensurável para a infração tributária que o origina.

Os alegados critérios anacrônicos de fixação, que não foram demonstrados e em verdade não existem, tendo em vista que a multa é corrigida anualmente nos termos do artigo 102, da Lei 8.212/91.

A DRJ não deixou de analisar as questões dos itens II.1.2 – Sociedade em Conta de Participação; II.1.3 – Validade dos Lançamentos Contábeis; II.1.4 – Documentos e Contabilidade e II.1.5 – Relações do Trabalho, como suscita a recorrente na realidade o que se deu e de fácil percepção.

A questão da Sociedade em Conta de Participação está dentro do contexto do grupo econômico e a um longo capítulo sobre este assunto no acórdão *a quo*, no que tange a reclamatória trabalhista ocorre uma misto, ora faz parte da justificação do grupo econômico e assim englobado no contexto e ora justifica a própria infração e assim, também, englobada na parte do acórdão, que explicita a questão da escrituração contábil, ainda, que não explicitamente citado.

O auto é decorrente da não apresentação de quaisquer documento ou livro relacionados com as contribuições previstas na Lei n. 8.212, de 24.07.91, ou apresentar documento ou livro que não atenda as formalidades legais exigidas, que contenha informação diversa da realidade ou que omita a informação verdadeira, conforme previsto no art. 33, parágrafos 2. e 3, da referida Lei, combinado com os artigos 232 e 233, parágrafo único do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 06.05.99, isto é, a matéria alegada - II.1.3 – Validade dos Lançamentos Contábeis; II.1.4 – Documentos e Contabilidade, não têm relação com a autuação, sendo impertinentes, ocorrendo divórcio

ideológico entre a autuação e a impugnação, não estando obrigado o julgador a analisar questão fora do contexto.

E M E N T A: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS EM QUE SE ASSENTOU O ATO DECISÓRIO QUESTIONADO - IMPUGNAÇÃO RECURSAL QUE NÃO GUARDA PERTINÊNCIA COM OS FUNDAMENTOS EM QUE SE ASSENTOU O ATO DECISÓRIO QUESTIONADO - OCORRÊNCIA DE DIVÓRCIO IDEOLÓGICO - INADMISSIBILIDADE - RECURSO IMPROVIDO. O RECURSO DE AGRAVO DEVE IMPUGNAR, ESPECIFICADAMENTE, TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. - O recurso de agravo a que se referem os arts. 545 e 557, § 1º, ambos do CPC, na redação dada pela Lei nº 9.756/98, deve infirmar todos os fundamentos jurídicos em que se assenta a decisão agravada. O descumprimento dessa obrigação processual, por parte do recorrente, torna inviável o recurso de agravo por ele interposto. Precedentes. - A ocorrência de divergência temática entre as razões em que se apóia a petição recursal, de um lado, e os fundamentos que dão suporte à matéria efetivamente versada na decisão recorrida, de outro, configura hipótese de divórcio ideológico, que, por comprometer a exata compreensão do pleito deduzido pela parte recorrente, inviabiliza, ante a ausência de pertinente impugnação, o acolhimento do recurso interposto. Precedentes.(AI-AgR 440079, CELSO DE MELLO, STF)

O agente lançador em seu Relatório Fiscal da Infração, de fls. 574 a 585, deixou claro que o liame entre os indicados, configura um grupo econômico pelos motivos que expôs e que a seguir transcrevo.

34- A Sociedade Residencial Vaca Brava Um S/A, que, de fato, nunca teve seu estabelecimento, foi constituída, em 05.06.2003, fls.46 a 57, pela EBM Incorporadora S/A, CNPJ-03025881/0001-93, e Orbx Incorporadora S/A, CNPJ-05082800/0001-12, com prazo de "tempo determinado (Sociedade de Propósito Específico) limitado pela conclusão do objetivo Social, que se realizará após a incorporação, construção, venda e recebimento das unidades imobiliárias do empreendimento", ou seja, da Obra 131, Edifício Chateau du Parc, na Av T-5, esquina com T-66, Qd 131, Lts 1/16, Setor Bueno, Goiânia-GO. Portanto, esta empresa foi constituída nos mesmos moldes de diversas outras do Grupo EBM, que vem documentando uma Sociedade Anônima de Capital Fechado para cada um de seus empreendimentos, normalmente no mesmo endereço/terreno em que será construída a obra, outro exemplo às fls.114 a 119, 154 a 159. Cada uma das obras, uma para cada uma das S/A constituída com esta finalidade específica, é lançada, vendida e construída sob a responsabilidade da EBM, marca presente nas obras, folders, fls.124 a 126, propagandas e cartazes nos topos de cada prédio em construção ou já entregue aos seus compradores. Logo no início das obras é assinado contrato da EBM com a nova S/A constituída para aquele

empreendimento, possibilitando que a EBM execute a obra, fls.80 a 97.

35- Em 13.02.2004, após a constituição da empresa Vaca Brava, foi concedido o Alvará de Construção nº 330/2004, Processo n.º 23521270, possibilitando que a empresa LOGICAL Participações Ltda construísse o Chateau du Parc, com 14800,59 m², mesma área contida em sua matrícula na Previdência Social e no Habite-se n.º 284/2007 de 17.04.07, o qual, também, foi concedido para a Logical Participações Ltda. Apesar de não ter sido apresentada toda a documentação do terreno da obra 131, ou seja, endereço da empresa Vaca Brava, deduz-se que o lote foi adquirido pela Logical em data anterior à constituição da empresa Vaca Brava. A empresa Logical Participações Ltda, CNPJ- 05437233/0001-70, que é de um dos Diretores da EBM, Dener Álvares Justino, fls.132, 150 a 153, teve sua denominação posteriormente alterada para OPUS Incorporadora Ltda.

36- Na contabilidade, contas 2.4.1.1.01.0001 e 2.4.1.1.01.0003, verifica-se que, apesar da empresa ter sido constituída em 05.06.03, apenas em 01.09.2003 foi subscrito o Capital Social de R\$ 200.000,00, sendo 90% da empresa ORBX Incorporadora S/A e 10% da empresa EBM Incorporadora S/A. Foi integralizado este pequeno Capital em relação ao porte do empreendimento/incorporação. A contabilidade cita outro sócio, Dener Álvares Justino (Diretor da EBM Incorporadora S/A), conta 2.4.1.1.01.0002, mas não consta aporte de capital de Dener.

37- Após a constituição do Residencial Vaca Brava S/A na T-5 do Setor Bueno, terreno da Logical, em 20.08.03, foi realizada uma doação para o Município de Goiânia de 38 lotes no Setor Estrela Dalva de propriedade de terceiros avaliados em R\$114.000,00, com a finalidade de adquirir "o direito de transferência do direito de CONSTRUIR em 2420,00 m²....à favor do Residencial Vaca Brava Um S/A", fls.58 a 61. Em 01.03.2004, a empresa Logical Part.LTDA, representada pelos seus dois sócios, Dener Álvares Justino e Adriano Álvares Justino, escritura a venda daquele terreno para a Vaca Brava, o terreno em que a empresa já havia sido constituída, fls.62 a 79. O preço ajustado foi de R\$420.000,00, a ser pago com a entrega de 4 apartamentos tipos e a cobertura, os quais tinham valor orçado bem superior ao do terreno. Conforme estipulado na escritura, fls.69, as unidades 12, 16, 20, 22 e Cobertura eram os apartamentos permutados pelo lote. Naquela escritura, consta que cabe exclusivamente à Logical consentir com a venda das frações ou unidades do Chateau du Parc a ser construído pela Vaca Brava. Também, na escritura, foi conferido poderes à Logical, sendo nomeada procuradora para alienar as 5 unidades permutadas pelo lote. Não foram apresentados contratos de alienação dessas unidades permutadas pelo lote da obra 38- Através de documentos e informações na contabilidade, "Republica Oeste Offices", e na cópia de contrato as fls.120 a 123, verificou-se que recursos financeiros da EBM vêm sendo

movimentados em conta bancária de uma de suas empresas, Republica de Gestão de Recursos S/A, CNPJ-05138866/0001-87, cadastrada no mesmo endereço da filial goiana da EBM, Av.136, n.º960, 15 º andar, Edif.Executive Tower, S.Marista, Nesta Capital. Constatou-se, também, que o grupo empresarial EBM é composto pelas seguintes pessoas físicas: Bento Odilon Moreira CPF-002626171-53; Bento Odilon Moreira Filho, CPF-440288571-04; Elbio Moreira, CPF-101084161-00; Cleuner Teixeira de Souza, CPF-354796551-91; Dener Alvares Justino, CPF-438993741-34; Adriano Alvares Justino, CPF-597840591-34; Wanderley Borges de Melo, CPF- 011499896-53; Ana Celia Carvalho de Barros Amorim, CPF-491521061-87; e João Batista Vieira de Jesus, CPF-354888321-49.

39- A situação aqui descrita caracteriza o GRUPO ECONÔMICO, visto têm interesse comum na construção e situação que constituiu os fatos geradores das obrigações principais das contribuições sociais. Portanto, os componentes do grupo econômico respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações tributárias, conforme artigos 243 e 116 da Lei 6404/75, art.124 do CTN-Lei 5172/66, art.2 º da CLT-Decreto-Lei 5452/43, art.30, inciso IX, da Lei 8212/91, art.222 do Decreto 3048/99 e art. 13 da Lei 8620/93.

Consequentemente, o presente Auto de Infração foi lavrado em nome dos responsáveis solidários: ORBX Incorporadora S/A, EBM Incorporadora S/A, Opus Incorporadora Ltda (Logical), Dener Alvares Justino, Adriano Alvares Justino, Cleuner Teixeira de Souza, Ana Celia Carvalho de Barros Amorim, Elbio Moreira, Bento Odilon Moreira Filho e Wanderley Borges de Melo.

O órgão julgador de primeiro grau, assim, manifestou-se sobre a questão:

O que claramente se percebe da análise dos autos é que as empresas estão de certa forma interligadas, que uma não existiria sem a outra. A empresa EBM não só presta serviços à notificada/contribuinte, mas, na realidade, funciona como verdadeiro setor produtivo desta, pois a Empresa Residencial Vaca Brava Um S/A em escritório próprio possui. Não possui autonomia administrativa e sua formação foi totalmente direcionada à manutenção da atividade produtiva do grupo.

A caracterização do grupo econômico ficou demonstrada pelas passagens acima quando o agente lançador e o decisão *a quo* apontaram interesse comum, direção conjunta, objetivos conjugados e outros.

Ficou demonstrada que a instituição de solidariedade não exige lei complementar e mesmo que exigisse o artigo 124, I e II, da Lei 5.172/66 cuidaram do assunto, assim o interesse comum esta contemplado no inciso I, do artigo 124, citado acima, e o inciso IX, do artigo 30, da Lei 8.212/91 atende, que exigido pelo inciso II, do artigo 124, citado acima, ou seja, pelo dois prismas a situação está conforme a lei.

Como demonstrado não há violação ao princípio da legalidade, pois a solidariedade não está suportada por IN esta foi suscitada apenas a título de esclarecimento e não fundamentação.

A caracterização do grupo não foi baseada em instrução normativa esta apenas foi citada para demonstrar o pensamento do órgão previdenciária sobre a matéria, mas tal caracterização está suportada na lei artigo 30, IX, da Lei 8.212/91; artigo 124, da Lei 5.172/66 e outros citados nos autos. Mas, ainda, que assim não fosse o artigo 100, I, da Lei 5.172/66 admite que atos normativos complementem ou esclareçam o que a lei já diz.

Não é obrigatório que as empresas que componham grupo econômico de fato sejam parte do corpo societária da outra, a solidariedade pode ocorrer mesmo sem este elemento.

Quanto a SCP não há provas nos autos de sua existência e nem em relação a quem ela existiria, artigo 333, II, da Lei 5.869/73. Aliás, ainda, que existisse seria irrelevante nos termos do artigo 123, *caput*, da Lei 5.172/66.

A questão da contabilidade já foi abordada, ou seja, tal matéria não tem adequação com os autos, pois não temos neste obrigação principal, mas apenas descumprimento de dever instrumental, assim a alegação de aferição indireta é irrelevante.

O fato de a empresa notificada ser sociedade de fins específicos e que se encerra com o recebimento de todas as parcelas não altera em nada a situação do lançamento e do crédito, pois o lançamento se rege pela legislação em vigor na ocorrência do fato gerador e a situação fática se subordina a legislação, isto é, o procedimento fiscal busca e materializa o que de fato e de direito foi comprovado, dando efetividade ao princípio da verdade material.

A Portaria 520, do MPS não tinha mais aplicação no âmbito do procedimento fiscalizatório ou da ação fiscal e nem na fase do contencioso administrativo fiscal previdenciário, uma vez que com a entrada em vigor da Lei 11.457/2007 e do Decreto 6.103/2007, tais atividades passaram a ser regidas pelo Decreto 70.235/72. Além disso, tais Parecer diz respeito a redação do artigo 31, da Lei 8.212/91 antes da redação dada pela Lei 9.711/98 e no presente lançamento tanto os fatos geradores, quanto o lançamento é posterior a nova redação do artigo 31, assim por mais este motivo o citado parecer não se aplica, não havendo possibilidade de *bis in idem*.

O fisco não se pronunciou sobre processo trabalhista, pois nada ele decidiu o fisco apenas, fez o que qualquer pessoa minimamente esclarecida poderia fazer, isto é, pegou os processos leu e com base no que consta da sentenças extraiu as conclusões que eram possíveis e as conjugou com as demais informações para formar seu entendimento sobre o situação.

Entretanto, ainda, que o fisco tivesse feito “caracterização de segurado”, o que aqui não ocorreu, mas que se diz *ad argumentantum tantum* apenas a título informativo, o Superior Tribunal de Justiça – STJ já decidiu que o fisco pode usar de tal prerrogativa.

TRIBUTÁRIO – AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL – INSS – COMPETÊNCIA – FISCALIZAÇÃO – AFERIÇÃO – VÍNCULO EMPREGATÍCIO. 1. A autarquia previdenciária, por meio de seus agentes fiscais, tem competência para reconhecer

vínculo trabalhista para fins de arrecadação e lançamento de contribuição previdenciária. 2. O acórdão recorrido decidiu manter a validade das NFLDs, com base em provas fáticas. Aferir a documentação que instruiu a causa, para efeito de análise do enquadramento de terceirizados como empregados, demandaria o reexame de todo o contexto fático-probatório dos autos, o que é defeso a esta Corte em vista do óbice da Súmula 7/STJ. Recurso parcialmente conhecido e improvido.(RESP 200602188458, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, 13/10/2008)

No que tange a necessidade de escrituração fiscal a questão foi resolvida em primeiro grau, conforme explanou o I. Relatora no acórdão e que aqui adoto como razão de decidir, que transcrevo abaixo.

Entretanto, mesmo que a empresa não tivesse a obrigatoriedade de apresentar, a fiscalização, a escrituração contábil, conforme explicitado no Relatório Fiscal e transcrito no Relatório desta decisão, não foi apenas o Livro Diário que a empresa deixou de apresentar, sem as formalidades legais exigidas. Ela deixou de apresentar, também: Contrato assinado com todas as empreiteiras/prestadoras de serviço (fls. 171 c 172); Listagem mensal das premiações repassadas pela empresa Incentive Premier para trabalhadores da obra 132; Diário de Obra — segundo informação de trabalhadores da obra 132, o Diário de Obra é elaborado e repassado pela Internet pelos responsáveis e engenheiros da obra; Pagamento para Tânia Tomé, que prestou serviço na obra 132, de 03 a 11/2004, período em que foi ressarcida de despesas realizadas para aquela construção; Pagamentos referentes aos projetos das obras, conforme ART — Anotações de Responsabilidade Técnica nº 045040023509 e 03159200601513310, no CREA/GO; Contrato de venda das unidades 5 e 7 - conforme informações em relatórios financeiros, os dois apartamentos foram vendidos em 13/06/2007, para Antônio Nery da Silva e as Informações sobre a mesma caligrafia nas NFS — Notas Fiscais de Serviço de dezessete empreiteiras diferentes.

Além do que dito acima e que por si só é suficiente para afastar a alegação feita pela recorrente, também, deve-se ter em mente, que não há nos autos provas de que empresa está vinculada ao regime de tributação do lucro presumido, artigo 333, II, da Lei 5.869/73.

A recorrente se equivoca com relação a multa.

A uma, por que esta não é fixada em percentual, mas sim um valor fixo determinado na legislação.

A duas, por que a multa não é de R\$ 120.121,49, mas sim de R\$ 11.951,21 como supramencionado.

A três, por que em termos de autuação aplicação o artigo 136, da Lei

5.172/66.

A responsabilidade solidária não está calçada no artigo 135, da Lei 5.172/66, mas sim no artigo 124, desta lei c/c o artigo 30, IX, da Lei nº 8.212/91, conforme consta do Relatório Fiscal da Infração, de fls. 11, abaixo transcrito.

Conforme art. 124 do CTN e art.30, IX, da Lei 8212/91, as pessoas físicas e pessoas jurídicas abaixo citadas constituem um Grupo Econômico e têm interesse comum na incorporação e situação que constituiu os fatos geradores das obrigações das contribuições sociais, sendo responsáveis solidários pelas obrigações tributárias. Portanto, foi lavrado o presente crédito previdenciário em nome dos seguintes sujeitos passivos:

A inclusão da pessoas físicas no rol das pessoas intimadas e portanto incluídas no polo passivo da relação tributária foi estabelecido pelo artigo 13, da Lei 8.620/93.

Diante disso, nos termos do RE 562.276 – PR do Supremo Tribunal Federal que aplicou o regime do artigo 543 – B, da Lei 5.869/73, o qual é de aplicação obrigatória, segundo o artigo 62 – A, do RICARF, bem como pela aplicação da retroatividade benigna do artigo 106, III, “c”, da Lei 5.172/66, uma vez que a Lei 11.941/2009 revogou o artigo 13, da Lei 8.620/93, deixando de haver suporte legal para a responsabilização solidária das pessoas físicas, entendo que estas devem ser excluídas do presente Processo Administrativo Fiscal – PAF, mas sem influência no que tange a possibilidade desta na via judicial até por que as instâncias não se comunicam.

Indefiro o pedido de intimação para realização de sustentação oral, ante as disposições do RICARF.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto, voto pelo conhecimento do recurso, para no mérito:

I - dar provimento para excluir as pessoas físicas da relação jurídico tributária, na seara administrativa - tributária;

II – negar provimento ao recurso das pessoas jurídicas, mantendo o crédito em relação a estas, inclusive, mantendo o valor atual da autuação fiscal.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira.