



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

Processo nº 10166.724558/2014-59
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **2402-000.694 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 03 de outubro de 2018
Assunto SOLICITAÇÃO DE DILIGÊNCIA
Recorrente LPS BRASÍLIA CONSULTORIA DE IMÓVEIS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por maioria de votos, converter o julgamento em diligência para que seja a Fazenda Nacional intimada da petição apresentada pela recorrente em que requer a análise do recurso voluntário à luz do contexto jurisprudencial dos anos de 2010 e 2011 e das orientações que lhe teriam sido prestadas pela Fazenda, em observância ao art. 24 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 - Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB). Vencido o conselheiro Mauricio Nogueira Righetti.

Mário Pereira de Pinho Filho - Presidente

Renata Toratti Cassini - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Mauricio Nogueira Righetti, João Victor Ribeiro Aldinucci, Denny Medeiros da Silveira, Jamed Abdul Nasser Feitoza, Luis Henrique Dias Lima, Renata Toratti Cassini, Gregório Rechmann Júnior e Mário Pereira de Pinho Filho (Presidente).

RELATÓRIO

Trata-se de recursos de ofício e voluntários, estes últimos interpostos pela contribuinte LPS BRASÍLIA CONSULTORIA DE IMÓVEIS LTDA. e pelos responsáveis solidários Wildemar Antônio Demartini, Marco Antônio Moura Demartini e LPS BRASIL

Consultoria de Imóveis S/A, em face do Acórdão da 13ª Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo (SP) que julgou parcialmente procedentes os autos de infração DEBCAD nºs **51.040.959-8** e **51.065.281-6** por meio dos quais foram lançadas, respectivamente, contribuições devidas à Seguridade Social pela empresa incidentes sobre pagamento (comissões) realizado a contribuintes individuais nas competências 01/2010 a 12/2011 não declarados em GFIP (contribuição real patronal) e contribuições devidas à Seguridade Social pelos segurados contribuintes individuais não retidas pela empresa contratante dos serviços não repassadas ao órgão arrecadador incidentes sobre aquele mesmo pagamento realizado a contribuintes individuais nas competências 01/2010 a 12/2011 não declarados em GFIP.

Segundo o relatório fiscal, ambas autuações dizem respeito a pagamentos de comissão/premiação de vendas realizados a corretores que prestaram serviços à autuada (LPS Brasília Consultoria de Imóveis Ltda.) na intermediação imobiliária vinculada aos empreendimentos da empresa Soltec Engenharia Ltda.

O crédito tributário totalizou, na data de consolidação (08/09/2014), o valor de R\$ 2.637.808,11 (dois milhões, seiscentos e trinta e sete mil, oitocentos e oito reais e setenta e onze centavos).

A ação fiscal teve por objeto a verificação do cumprimento de obrigações principais e acessórias relativas a contribuições previdenciárias. Sendo a atividade principal da empresa a intermediação ou comercialização de imóveis ou unidades imobiliárias autônomas, a autoridade fiscal relata as tentativas de obter a documentação comprobatória dos serviços prestados por contribuintes individuais, incluindo-se comprovantes das remunerações pagas, devidas ou creditadas a corretores ou consultores imobiliários pessoas físicas, bem como discriminativo dos valores pagos, com identificação de nome, CPF, NIT, CRECI e competência.

Em resposta às intimações, dia que a fiscalizada apresentou esclarecimentos no sentido de que não toma serviços de corretores de imóveis independentes, nem efetua pagamentos em favor destes. Tais corretores seriam contratados e remunerados diretamente por seus clientes, compradores dos imóveis. Ao explicar suas atividades, a fiscalizada afirma que auxilia o incorporador a definir as características mercadológicas do produto e, com o seu lançamento, é autorizada a torná-lo acessível ao mercado. Por sua vez, o corretor independente faz a intermediação da transação, associando-se à LPS Brasília. Por fim, o comprador assume 3 obrigações distintas no ato da contratação, quais sejam de pagar o preço do imóvel, de remunerar a LPS Brasília e de remunerar o corretor independente.

Entendendo que a fiscalizada não apresentou documentos e esclarecimentos suficientes para comprovar a veracidade dessas informações, a autoridade fiscal realizou diligências junto a incorporadoras/construtoras para as quais a fiscalizada prestou serviços de intermediação imobiliária, a prestadores de serviços pessoas físicas, (entre diretores, coordenadores, supervisores e corretores integrantes das equipes de venda da autuada) e a compradores de imóveis da carteira de negócios imobiliários da empresa, emitindo termos de intimação para fins específicos de prestação de informações e esclarecimentos de interesse do Fisco como forma de subsídio à ação fiscal desenvolvida na empresa LPS Brasília.

Diz que os esclarecimentos prestados pelos compradores de imóveis foram consistentes no sentido de que os corretores que os atenderam se identificaram como representantes da imobiliária LPS Brasília e, em geral, usavam crachá, camiseta e/ou cartão de

identificação dessa empresa, que emitiram vários cheques para fins de pagamentos diversos, inclusive do sinal e da comissão/premiação pela intermediação imobiliária realizada pelo corretor e pelos demais membros integrantes da equipe de vendas da LPS Brasília (corretor, supervisor/coordenador, gerente, diretor, LPS) e que a concretização do negócio ocorreu nos stands de venda da imobiliária e/ou da incorporadora/construtora, geralmente no local da obra, ou ainda na sede da empresa LPS Brasília.

Relata que os corretores circularizados, por sua vez, esclareceram, em síntese, que embora assinassem praticamente todos os documentos relacionados à venda do imóvel, toda a documentação era entregue ao supervisor/coordenador de equipe e/ou diretor da LPS Brasília para análise e somente após a assinatura do contrato de compra e venda entre as partes (construtora/incorporadora e o comprador), a área financeira da Lopes Royal, entregava os cheques do pagamento da comissão de corretagem aos diversos integrantes das equipes de venda, aí incluídos os corretores de imóveis autônomos, que as comissões/premiações de vendas eram definidas pelas construtoras/incorporadoras em conjunto com a imobiliária LPS Brasília, que prestavam serviços geralmente em stands de vendas ou na sede da imobiliária LPS Brasília, que fornecia toda a infraestrutura e materiais necessários, sendo obrigatório o cumprimento das escalas de plantões de venda e a participação em reuniões e treinamentos determinados pelos representantes da imobiliária.

Por fim, relata a fiscalização que as pessoas jurídicas diligenciadas esclareceram, resumidamente, ser praxe no mercado imobiliário do Distrito Federal a concessão de autorizações de intermediação com base no princípio da informalidade e da boa-fé entre as incorporadoras/construtoras e as imobiliárias e que após a imobiliária prestar consultoria mercadológica à incorporadora, esta define o preço do imóvel e o valor da corretagem que, conforme costume adotado no mercado, varia entre 3,5% a 5,0%; que afirmaram, ainda, que a ligação incorporadora-mercado é feita pela imobiliária e a relação comprador-incorporadora é feita por meio de corretores independentes e que o sinal ou preço total do imóvel e as parcelas de corretagem devidas à imobiliária e aos corretores independentes são pagas diretamente pelos compradores àqueles.

Esclarece a fiscalização que diante dos fatos apurados, considerando ainda os esclarecimentos insuficientes e insatisfatórios da empresa fiscalizada sobre a sistemática e a documentação empregada na comercialização de imóveis relativos aos empreendimentos da sua carteira de negócios imobiliários, concluiu que a autuada participa ativamente de todas as etapas da intermediação imobiliária, que vai desde o preenchimento da ficha cadastral, da emissão da proposta de compra e venda com recibo de sinal, da emissão do RPA e da nota fiscal para pagamento da comissão de venda até a coleta final da assinatura do contrato de compra e venda entre as partes (comprador e vendedor, em geral, a incorporadora).

Entendeu a auditoria fiscal que a fiscalizada, quer na condição de prestadora de serviço às incorporadoras/construtoras, quer na condição de tomadora de serviço dos profissionais pessoas físicas, atua no intuito de fragmentar as etapas da comercialização de imóveis por meio de atos simulados/dissimulados, com a finalidade de vincular os corretores autônomos diretamente aos compradores de unidades imobiliária, sendo que todo esse processo de intermediação, apesar das afirmativas em contrário da fiscalizada, é executado sob a sua orientação, coordenação, controle, supervisão e direção, responsabilizando-se pelo fornecimento dos materiais e de toda a estrutura de apoio aos profissionais pessoas físicas para que estes prestem um bom serviço de atendimento aos clientes compradores.

Concluiu que o adquirente não toma conhecimento antecipado, adequado e transparente de boa parte de seus direitos e obrigações para a formação de seu livre convencimento, a não ser de forma superficial, no momento da assinatura da proposta de compra e venda. Afirma que esses procedimentos, adotados pelos entes imobiliários (incorporadora e/ou imobiliária), além de ferirem a legislação tributária, também contrariam o disposto nos arts. 6º, IV e V, 7º, p. ún., 39, I, 42, p. ún. e 51 do Código de Defesa do Consumidor.

Acrescenta que os adquirentes de imóveis afirmaram que o corretor já se encontrava nos locais de venda designados pela fiscalizada, identificando-se como representante da LPS. Os corretores de imóveis diligenciados, por sua vez, também esclareceram que cumpriam plantões nos pontos de venda ou stands da LPS (ou da incorporadora/construtora contratante), que a imobiliária fornecia toda a estrutura e documentação necessárias para a conclusão da venda de imóvel e que recebiam o pagamento da corretagem (em geral cheque emitido pelo comprador) da Tesouraria/setor financeiro da LPS após a assinatura final do contrato entre o comprador e o vendedor (incorporadora/construtora).

Conclui estar demonstrado o procedimento ilícito da fiscalizada em consolidar no seu processo de intermediação imobiliária a transferência da responsabilidade pelo pagamento da comissão/premiação de venda para os compradores de imóveis, fazendo crer que o corretor autônomo presta serviço para esses adquirentes, com objetivo de se eximir do pagamento dos encargos tributários devidos na operação, principalmente no que tange às contribuições previdenciárias incidentes sobre as remunerações pagas ou creditadas aos corretores e demais pessoas físicas pelos serviços de intermediação imobiliária que foram prestados para a empresa autuada, o que também caracterizaria tentativa de modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias, o que é vedado pelo art. 123 do CTN.

Diante dos fatos apurados, o Auditor-Fiscal considerou fato gerador da obrigação principal a prestação de serviços de intermediação imobiliária mediante o pagamento de remuneração, a título de comissão/premiação de venda, a segurados contribuintes individuais (corretores, coordenadores, diretores etc.) pela comercialização de imóveis ou fração ideal de terrenos vinculada a uma unidade autônoma integrantes dos empreendimentos imobiliários sob a responsabilidade da empresa LPS Brasília – Consultoria de Imóveis Ltda.

Em razão do sujeito passivo deixar de entregar os principais documentos solicitados e de prestar esclarecimentos deficientes, insatisfatórios e/ou que não mereçam fé quanto ao pagamento de comissão/premiação aos profissionais responsáveis pela comercialização de imóveis pertencentes à carteira de negócios da autuada, a autoridade administrativa, com fundamento no art. 148 do CTN, arbitrou as remunerações (bases de cálculo) pagas, devidas ou creditadas aos corretores autônomos/demais membros das equipes de vendas como contrapartida pelos serviços prestados nas transações imobiliárias.

Para tanto, utilizou-se do procedimento de aferição indireta, tendo como parâmetro os valores de comissão/premiação de corretagem recebidos pela fiscalizada e informados por ela nas **Declarações de Informação sobre Atividades Imobiliárias** (DIMOB anos-calendário 2010 e 2011) e na conta contábil 311000 (Intermediação de Venda).

Considerando a previsão de divisão de comissão entre corretores e/ou empresa imobiliária em 50% para cada parte, conforme Tabela de Honorários publicada no sítio do

Conselho Regional de Corretores de Imóveis da 8ª Região (CRECI/DF), considerou como remuneração paga aos corretores e demais pessoas físicas o mesmo valor da comissão/premiação recebida pela empresa Lopes Royal e registrado na DIMOB 2010 e 2011 e na mencionada conta contábil.

Informa a autoridade fiscal que, uma vez que os valores pagos aos corretores e demais pessoas físicas não foram informados pela fiscalizada, não foram declarados em folhas de pagamento nem em GFIP, nem lançados em títulos próprios da contabilidade, não foi observado o limite máximo do salário de contribuição no cálculo das contribuições a cargo dos segurados contribuintes individuais.

Entende que por ter a fiscalizada agido no sentido de impedir ou retardar o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência dos fatos geradores das contribuições previdenciárias apuradas e de impedir ou retardar o conhecimento da sua condição pessoal de contribuinte, tendo, com isso, afetado a obrigação tributária principal, a multa de ofício de 75% foi aplicada em dobro (qualificada em 150%), nos termos do art. 44, § 1º da Lei nº 9.430/96.

Foram arrolados como responsáveis solidários os sócios da autuada, quais sejam LPS Brasil Consultoria de Imóveis S/A, Wildemir Antonio Demartini e Marco Antônio Moura Demartini.

Relata a autoridade fiscal que a LPS Brasil Consultoria de Imóveis S/A se trata de sócia majoritária da autuada, com 51% de participação no seu capital social, e tem participação permanente em aproximadamente 23 empresas coligadas/controladas em outros Estados e no Distrito Federal, sendo a fiscalizada uma das integrantes desse grupo econômico, que tem como principal objeto a prestação de serviço de consultoria e intermediação na compra, venda, permuta e locação de imóveis ou de direitos e obrigações a eles relativos.

Aponta que existem diversos interesses comuns entre essas duas empresas, tais como controle acionário, administradores, atividade econômica e entende que também têm interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação principal, qual seja a prestação de serviços remunerados de intermediação imobiliária por corretores pessoas físicas, tão determinantes e imprescindíveis para que a fiscalizada LPS Brasília auferisse expressivas receitas brutas de vendas de imóveis.

Cita o art. 30, X, da Lei nº 8.212/91, c.c. o art. 222 do Decreto nº 3.048/99, que determinam que as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes da citada lei e regulamento.

Quanto a Wildemir Antonio Demartini, informa a autoridade fiscal que se trata de sócio da empresa desde o início de sua atividade e sempre exerceu o papel de Diretor Geral e Responsável Técnico junto ao CRECI. Sobre o Marco Antônio Moura Demartini, sócio minoritário, informa que sempre se manteve no exercício do cargo de Diretor Administrativo, com poderes para praticar todos os atos necessários ao bom e regular funcionamento da empresa, inclusive com participação na comissão de venda destinada à Lopes Royal, conforme informações prestadas pelos corretores e coordenadores/diretores diligenciados.

Fundamentando-se na documentação apresentada quanto à comercialização de unidades imobiliárias, a fiscalização concluiu que as pessoas jurídicas integrantes do grupo econômico Real Engenharia, por contratarem os serviços da empresa LPS Brasília para a

intermediação da comercialização de diversos imóveis ou fração ideal de terreno vinculada a uma unidade autônoma (vendas na planta ou em lançamento) da sua carteira de negócios imobiliários e por participaram, de forma isolada e/ou conjuntamente com a empresa autuada, da transferência, ao comprador do imóvel, da responsabilidade pelo pagamento da comissão/premiação aos corretores autônomos, foram arroladas como responsáveis solidárias dos créditos tributários lançados na fiscalizada LPS BRASÍLIA.

Por fim, informa o auditor fiscal que emitiu representação fiscal para fins penais, a ser encaminhada à autoridade competente, em razão da não inclusão dos segurados contribuintes individuais que prestaram serviços de intermediação imobiliária à autuada e as respectivas remunerações pagas, devidas ou creditadas nas folhas de pagamento e nas GFIP, bem como por ter deixado de lançar mensalmente em títulos próprios da contabilidade as contribuições previdenciárias devidas e as remunerações pagas, o que caracterizaria, em tese, crime de sonegação de contribuição previdenciária previsto no art. 337-A do Código Penal.

Tanto a autuada quanto os responsáveis solidários apresentaram impugnações tempestivamente, que foram sintetizadas pela decisão recorrida, e de que pedimos vênias para reproduzir nos valermos:

IMPUGNAÇÕES A LPS BRASÍLIA Consultoria de Imóveis S/A., após breve relato dos fatos e das conclusões da autoridade fiscal, argumenta que o Auditor-Fiscal não identificou a roupagem jurídica de que se reveste a relação estabelecida entre a empresa e os Corretores independentes, regida pelo art. 6º da Lei nº 6.530/78 e pelo art. 728 do Código Civil, o que afasta esta relação do modelo de contrato de prestação de serviços.

Sustenta, com base no disposto no art. 722 do Código Civil, que o corretor não se encontra vinculado ao incumbente “em virtude de mandato, de prestação de serviços ou por qualquer relação de dependência”. Assim, o corretor é “agente auxiliar do comércio” que tem por objetivo um resultado, qual seja a conclusão do negócio intermediado, e não o que se deve fazer ou deixar de fazer para obter esse resultado.

Afirma que o corretor não se confunde com o “vendedor”, que é mero preposto do empresário, que atua em nome e por conta deste e não corre nenhum risco da atividade por este explorada. Nesse sentido, diz que a afirmação da autoridade lançadora de que a atividade dos corretores independentes se desenvolveria sob orientação, coordenação e controle da impugnante é inócua, uma vez que os corretores independentes correm, como os empresários, todos os riscos associados às suas atividades.

Argumenta que as normas que regulamentam a relação entre corretores de imóveis pessoas físicas e jurídicas, quais sejam o Código Civil, a Lei nº 6.530/78 e o Decreto nº 81.871/78, que a regulamenta, estabelece uma relação horizontal entre esses atores, nos moldes de uma associação ou parceria. Tal interpretação foi consagrada no art. 728 do Código Civil de 2002: Se o negócio se concluir com a intermediação de mais de um corretor, a remuneração será paga a todos em partes iguais, salvo ajuste em contrário.

Nesta relação de associação ou parceria, a impugnante capta autorizações/permittências de produtos imobiliários e os oferece para uma universalidade de potenciais compradores. Os corretores independentes se dedicam à captação do comprador específico com perfil adequado para o produto imobiliário anunciado e, quando atinge esse resultado, aproximam o cliente conquistado para fazer negócios em parceria com a impugnante. Assim, não existe, na associação, nenhuma delegação, por parte da imobiliária, de

uma atividade-fim ou atividade-meio cuja titularidade necessariamente lhe incumba. Ao revés, as atividades da imobiliária e do corretor independente são distintas e complementares, correndo cada qual seus próprios e distintos riscos econômicos de suas atividades.

Ressalta, ainda, o interesse específico do corretor no estabelecimento da associação: embora assuma riscos próprios de um empresário, recebe uma parcela dos lucros da intermediação, auferindo honorários que superam, substancialmente, aqueles que seriam recebidos sob outra estrutura contratual, como a prestação de serviços ou a relação de emprego.

Alega ser plenamente possível que a impugnante dê orientações, compartilhe know-how, e ofereça certa estrutura de trabalho aos corretores independentes, com o objetivo de coordenar (não controlar) a atividade destes com a sua própria. Semelhante coordenação, aliás, é muito comum numa sociedade, que também possui causa associativa: um sócio pode oferecer informações e ferramentas de trabalho a outro sócio, sem que com isto um se torne prestador de serviços contratado pelo outro. O que subjaz à base da coordenação é o fato de que as contribuições feitas pelos envolvidos sempre são direcionadas à persecução de objetivos comuns.

No caso concreto, afirma que o comprador de imóveis remunera o corretor independente em razão do atendimento prestado. Por sua vez, o corretor independente, em contraprestação ao acesso à autorização de corretagem dada pela incorporadora/vendedora e a determinada infraestrutura para a captação de clientela (telefone, cartões de visita, etc.), “remunera” a imobiliária.

Afirma não existir o pagamento de remunerações entre impugnante e os corretores independentes, mas sim rateio (como prevê o art. 728 do Código Civil) de valores pagos diretamente pelos beneficiários da intermediação levada a efeito. E sobre a questão, pondera que a autoridade fiscal não afirma nem comprova, em momento algum, a realização de pagamentos pela impugnante.

Alega ser descabida a afirmação da fiscalização no sentido de “falta de livre convencimento”, por parte dos compradores de imóveis, quanto a estarem contratando os corretores independentes no ato do fechamento do contrato. Argumenta que todos os compradores receberam os recibos de pagamento autônomo emitidos pelos corretores independentes, e contra os fatos atestados em tal documento não se insurgiram. O recibo de pagamento autônomo formaliza não apenas o pagamento, como a própria relação de corretagem estabelecida entre o cliente e o corretor independente.

Ainda que assim não fosse, nada impede que o contrato de corretagem seja celebrado verbalmente entre as partes, ou, ainda, que a sua existência seja deduzida a partir do comportamento concludente dos envolvidos. Ressalta que o próprio fiscal admitiu a possibilidade do contrato de corretagem ser celebrado tacitamente.

Argumenta que também não se sustenta a acusação de simulação. Neste ponto, há contradição no raciocínio da autoridade fiscal: embora afirme que o negócio simulado teria o objetivo de aparentar a realização de pagamentos por parte dos compradores de imóveis, com o objetivo de encobrir o negócio dissimulado pelo qual seria a impugnante a efetiva pagadora das citadas remunerações, a própria autoridade fiscal defende ter ocorrido uma ilegal transferência do ônus de pagar a corretagem, transferência esta real e efetiva. Ora, se há transferência do ônus de pagar a corretagem, não se pode dizer que os pagamentos realizados pelos compradores são meramente aparentes. Ou bem a suposta transferência de ônus é apenas

aparente - e, neste caso, nada caberia dizer sobre a sua legalidade ou ilegalidade, pois ela sequer existiria - ou ela é real e efetiva, e não haveria como negar que, concretamente, os pagamentos aos corretores independentes foram realizados pelos compradores.

Ressalta que a acusação de simulação somente faria sentido se a autoridade fiscal tivesse afirmado e demonstrado o conluio entre a impugnante e o comprador, não sendo aplicável a mera presunção de que todos os compradores de imóveis teriam ajustado acordos simulatórios com a impugnante e os corretores independentes.

Sustenta que o tema da responsabilidade pelo pagamento da corretagem é objeto de discussão no âmbito do direito do consumidor, e que tem prevalecido o entendimento de que não existe empecilho à contratação da corretagem pelo comprador, com o consequente pagamento, por este, da remuneração devida aos intermediadores. Colaciona julgado.

Portanto, conclui que não é verdadeira a afirmação do relatório fiscal de que haveria inequívoca ilegalidade no modelo contratual adotado comumente no âmbito da corretagem de imóveis, argumentando que mesmo que a ilegalidade da prática comercial em questão fosse confirmada, isso não teria o condão de ocasionar a requalificação dos fatos, de modo a ficarem configurados os suportes fáticos referidos na legislação tributária.

Acrescenta que a autoridade fiscal não nega que os compradores efetuaram os pagamentos devidos aos corretores independentes, limitando-se a afirmar que estes pagamentos foram ilegais, abusivos, lesivos etc., como se tivesse legitimidade para pleitear eventuais direitos alheios, em matéria de direito do consumidor. Alega que ainda que admitida, esta discussão somente pode repercutir no âmbito da responsabilidade civil e não importa ao direito tributário.

Argumenta que ao cogitar da transferência da sujeição passiva, a autoridade fiscal desenvolve uma narrativa que contraria a lógica formal, uma vez que o art. 123 do CTN, como regra geral, nega eficácia às convenções que tenham este escopo.

Ainda, em que pese a autoridade fiscal não ter comprovado a efetiva realização de pagamentos pela impugnante em favor dos corretores independentes, a impugnante comprova a inexistência do fato tributável discutido mediante a apresentação de cópias de recibos de pagamentos autônomos emitidos por compradores em favor de corretores independentes, documentos estes que alega terem sido obtidos com muito custo, haja vista não manter a guarda de documentos relativos à atividade de terceiros.

Aduz que esta controvérsia já foi objeto de decisões deste Conselho, que negou ter havido pagamento de corretagem pela impugnante em benefício dos corretores independentes, assim como negou que o modelo de negócios correntemente adotado pelos integrantes do mercado de corretagem imobiliária fundar-se-ia sobre um planejamento tributário abusivo. Isto porque, ao não realizar os pagamentos aos corretores independentes, a imobiliária perde a possibilidade de realizar deduções para fins de apuração do imposto de renda.

Quanto aos elementos probatórios colhidos pela autoridade fiscal mediante circularização, sustenta se tratar de provas ilícitas, uma vez que a sua produção não foi submetida ao contraditório.

Ainda que assim não fosse, se o auto de infração pudesse ser fundamentado nas declarações unilaterais colhidas pela autoridade fiscal, há diversas declarações que comprovam a narrativa dos fatos e a interpretação jurídica da impugnante. Embora tenha recebido dos corretores independentes e das incorporadoras submetidos à circularização importantes esclarecimentos contrários à sua tese, a autoridade fiscal os ignorou.

Afirma que há de se diferenciar a aparência que o empresário quer conferir ao seu negócio, única conhecida pelo consumidor, da essência jurídica que ele possui e que deve ser buscada pelo Fisco. O consumidor, na maioria das vezes, não tem condições de realizar uma análise técnico-jurídica do negócio de que participa. Exemplifica, didaticamente, dizendo que diria que fulano ou cicrano trabalha “para” o McDonald’s ou “para” a Casa do Pão de Queijo, quando, na realidade, trabalha para outra empresa, que não se chama nem uma coisa, nem outra.

Nessa linha, argumenta que a autoridade fiscal não se limitou a coletar fatos puros quando indagou da existência de “trabalho”, “serviço”, ou “vinculação” aos compradores de imóveis, que emitiram suas opiniões quando da circularização acerca da relação dos corretores independentes com a impugnante baseadas exclusivamente na aparência do negócio da impugnante, que jamais pode ser pressuposto de incidência tributária.

Entende que a autoridade fiscal ignorou esclarecimentos prestados pelos corretores independentes, bem como cláusulas integrantes dos contratos firmados entre estes e a autuada, os quais deixam bastante claro o objeto da parceria e a inexistência de prestação ou tomada de serviços. De forma análoga, deixou de considerar os esclarecimentos prestados por algumas incorporadoras e contratos de corretagem disponibilizados por outras.

Refuta o procedimento adotado pela autoridade fiscal de definir a base de cálculo do auto de infração com base no procedimento de arbitramento sem observar as diretrizes procedimentais estabelecidas pela legislação de regência. No caso de falta de informações sobre fatos tributáveis, alega que a autoridade fiscal pode, observadas as condições legais específicas, valer-se do procedimento de arbitramento, mas nada a autoriza a descumprir o teto do salário de contribuição.

Sustenta ser ônus do auditor fiscal a identificação dos beneficiários das remunerações discutidas para que restassem cumpridas as exigências mínimas necessárias para a apuração de base de cálculo legalmente válida. Ao contrário, a autoridade fiscal optou por se utilizar da criatividade e adotar um procedimento de arbitramento sem nenhuma base legal, motivo pelo qual o lançamento deverá ser cancelado.

Diz ser relevante o fato de a autoridade fiscal ter adotado a Tabela de Honorários do CRECI para definir, a partir do percentual previsto de 50% para rateio da comissão entre imobiliária e corretores independentes, o valor da remuneração que a impugnante teria pago a estes. No entanto, considerando que o CRECI, seguindo o entendimento previsto na legislação especial, decorrente dos usos e costumes vigentes e da prática da corretagem imobiliária vigentes há décadas, entende que este rateio não diz respeito a pagamento de remuneração, mas a corretagem, a Autoridade Fiscal se utilizou, para a aferição indireta, de um documento que nega a sua tese.

A par da ilegalidade do arbitramento, argumenta que é de se levar em conta que a alíquota aplicável, no caso da contribuição do segurado, é de 11%, não de 20%, como propôs a autoridade fiscal. Discorda da interpretação do auditor fiscal ao § 4º do art. 30 da Lei nº

8.212/91, que acarretou a inaplicabilidade da dedução de 45% da contribuição devida pela impugnante, limitada a 9% do salário-de-contribuição, vez que não teriam sido as contribuições declaradas.

Subsidiariamente, requer seja afastado o agravamento da multa de ofício com base na acusação de evidente intuito de fraude de sua parte.

Alega que a adoção de procedimento fiscal indevido, porém praticado de boa-fé e devidamente embasado em práticas e costumes socialmente consolidados há anos, consiste no chamado "erro de proibição", situação bem diferente daquela em que o sujeito passivo está ciente da sua obrigação para com o fisco, porém age de forma consciente e voluntária com o intuito de não recolher tributo que entende ser devido, o que não é a hipótese tratada.

No presente caso, o modelo de negócio adotado pela impugnante está embasado em procedimento em uso e consolidado há décadas no ambiente do mercado imobiliário, adotado sistematicamente pelas imobiliárias e pelos corretores independentes, e contra o qual apenas muito recentemente se insurgiu a RFB.

Assim, é absurda a acusação de que a fiscalizada teria adotado um procedimento sabidamente incorreto. Em tal contexto, a agravamento da multa de ofício fere o bom senso e a correta interpretação do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, além de contrariar toda a jurisprudência do CARF sobre o tema.

Defende o entendimento de que a expressão “crédito”, contida no art. 161 do CTN, abrange tão somente aqueles créditos tributários que, por sua natureza, possam estar sujeitos a penalidades, ou seja, aqueles decorrentes do descumprimento da obrigação tributária. Assim, estaria excluído deste conceito o crédito tributário decorrente da obrigação penal tributária, devendo-se concluir no sentido da impossibilidade de cobrança de juros de mora sobre a multa de ofício.

Por fim, a impugnante (i) requer seja o Auto de Infração julgado integralmente improcedente; (ii) protesta pela produção de todas as provas admitidas em direito; (iii) solicita que todas as intimações e comunicações referentes ao presente processo administrativo sejam remetidas ao endereço da impugnante, constante do cadastro da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), bem como para o escritório de seus advogados infra-assinados.

IMPUGNAÇÃO DOS RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIOS - SÓCIOS PESSOAS FÍSICAS Os sócios da autuada, Wildemir Antônio Demartini e Marco Antonio Moura Demartini, responsabilizados solidariamente, protocolizaram Impugnações tempestivas e em peças distintas que, porém, por terem sido subscritas pelo mesmo patrono e conterem idêntico teor, serão analisadas conjuntamente.

Após breve relato dos fatos, apontam que o Termo de Sujeição Passiva Solidária tem como fundamento legal o artigo 124, I, bem como o artigo 135, III, do CTN, imputando aos impugnantes o dever de solver o crédito tributário principal, acrescido de juros, e multa de ofício qualificada.

Aduzem que a expressão “interesse comum” contida na norma deve ser interpretada de forma técnica. Nesse sentido, o “interesse comum” sempre será o interesse jurídico compartilhado por dois ou mais sujeitos, partícipes de uma mesma relação jurídica, de

modo que estes possuam, com relação à coisa ou atividade que constitui fato gerador, direitos e deveres iguais.

Salientam que a existência de meros interesses econômicos, conforme apontado no relatório fiscal, não autoriza a instauração da solidariedade, sob pena de se ampliar indevidamente a possibilidade de atribuição de responsabilidade a pessoas alheias ao fato gerador tributário.

Entendem que a autoridade fiscal não comprovou que os impugnantes e a LPS Brasília teriam agido, conjuntamente, nas relações jurídicas de que teriam resultado os supostos fatos geradores tributários, sendo a qualidade de sócio insuficiente para ensejar a responsabilidade solidária. Isto porque o relatório fiscal indica como interesse comum a expectativa de que a LPS Brasília auferisse receitas mediante a prática de suposto ilícito tributário. Este argumento, porém, confunde o interesse comum a que faz referência o art. 124, I, do CTN, com o interesse meramente econômico que todo sócio nutre com relação à sociedade investida. Essa tese, caso aceita, implicaria em tratar todo sócio como solidariamente obrigado pelos débitos das sociedades das quais participasse, o que é um equívoco.

Relembrem que solidariedade não se presume e citam decisão do CARF que considera a confusão patrimonial como requisito para caracterizar o interesse comum. Acrescentam que não restou demonstrado nenhum indício sequer de confusão patrimonial entre os impugnantes e a LPS Brasília, o que afasta a aplicabilidade do artigo 124, I do CTN ao presente caso concreto.

Refutam, também, a caracterização da solidariedade como sanção, uma vez que se trata de uma situação objetiva, derivada da indivisibilidade da obrigação tributária. Um mesmo fato impõe, a dois ou mais sujeitos, ao mesmo tempo, a condição de contribuinte, não havendo extensão desta condição por força de qualquer fato que extrapole o fato gerador, como ocorreria, por exemplo, com a vinculação do interesse comum a uma noção genérica de conluio.

Apontam inconsistência no relatório fiscal ao chamar os impugnantes a responderem pelo crédito tributário, simultaneamente, de forma solidária e como responsável pessoal. Consideram que a responsabilidade pessoal do agente exclui a responsabilidade solidária porque, antes disso, exclui a responsabilidade da própria pessoa jurídica autuada. Nesses termos, impõe-se o cancelamento dos Termos de Sujeição Passiva Solidária uma vez que o artigo 135, III, do CTN é incompatível com a responsabilidade da própria LPS Brasília (autuada).

Alegam que o relatório fiscal não comprovou que os impugnantes teriam agido de forma ilegal ou com excesso de poderes, ou de forma contrária ao estatuto social da LPS Brasília. A incidência do dispositivo em questão requer prova de dolo específico do sócio, manifestado por deliberação ou outro ato de sua incumbência, que sabidamente contraria a lei e objetiva a obtenção de vantagem tributária indevida.

Afirmam que a autoridade fiscal pretende arrolar os impugnantes entre os responsáveis pelo crédito tributário lançado sem fazer nenhuma prova de que teriam incorrido nas hipóteses ensejadoras da responsabilidade pessoal previstas no art. 135 do CTN.

A inexistência dos requisitos autorizadores da aplicação do artigo 124, I, bem como do art. 135, III do CTN impõe o cancelamento dos Termos de Sujeição Passiva Solidária.

Ainda que assim não se entenda, sustentam que os impugnantes não podem figurar como devedores solidários da multa de ofício aplicada, uma vez que o art. 124 do CTN é claro quanto a alcançar somente a obrigação tributária principal, excluída a multa.

Também não se sustenta a responsabilidade dos impugnantes pela multa caso seja adotado como fundamento o art. 135 do CTN, pois somente responde pela penalidade o agente infrator, sendo indispensável a comprovação de que este agiu com dolo específico, conforme dispõe o art. 137 do CTN, o que não ocorreu no presente caso.

Por fim, requerem (i) sejam os Termos de Sujeição Passiva julgados integralmente improcedentes; (ii) a produção de todas as provas admitidas em direito; (iii) que todas as intimações e comunicações referentes ao presente processo administrativo sejam remetidas aos endereços dos impugnantes, constantes do cadastro da RFB, bem como para o escritório de seus advogados infra-assinados.

IMPUGNAÇÃO DA RESPONSÁVEL SOLIDÁRIA - SÓCIA PESSOA JURÍDICA A sócia pessoa jurídica da autuada, LPS Brasil Consultoria de Imóveis S/A, responsabilizada solidariamente pelas autuações em exame, apresentou as seguintes alegações em sua impugnação, resumidamente:

Após breve relato dos fatos, aponta que o Termo de Sujeição Passiva Solidária tem como fundamento legal o artigo 124, I do CTN, bem como o artigo 30, IX, da Lei nº 8.212/91, imputando-lhe o dever de solver o crédito tributário principal, acrescido de juros, e multa de ofício qualificada.

Aduz que a expressão “interesse comum” contida na norma deve ser interpretada de forma técnica. Nesse sentido, o “interesse comum” sempre será o interesse jurídico compartilhado por dois ou mais sujeitos partícipes de uma mesma relação jurídica, de modo que estes possuam, com relação à coisa ou atividade que constitui o fato gerador, direitos e deveres iguais.

Assim, a existência de meros interesses econômicos, conforme apontado no Relatório fiscal, não autoriza a instauração da solidariedade, pena de se ampliar indevidamente a possibilidade de atribuição de responsabilidade a pessoas alheias ao fato gerador tributário.

Entende que a autoridade fiscal não comprovou que a impugnante e a LPS Brasília teriam agido, conjuntamente, nas relações jurídicas de que teriam resultado os supostos fatos geradores tributários, sendo a qualidade de sócio insuficiente para ensejar a responsabilidade solidária. Isto porque o Relatório fiscal indica como interesse comum da impugnante a expectativa de que a LPS Brasília auferisse receitas mediante a prática do suposto ilícito tributário. Este argumento, porém, confunde o interesse comum a que faz referência o art. 124, I, do CTN, com o interesse meramente econômico que todo sócio nutre em relação à sociedade investida. Essa tese, se aceita, implicaria em tratar todo sócio como solidariamente obrigado pelos débitos das sociedades das quais participasse.

Relembra que solidariedade não se presume e cita decisão deste Conselho que considera a confusão patrimonial como requisito para caracterizar o interesse comum. Acrescenta que não restou demonstrado nenhum indício de confusão patrimonial entre a impugnante e a LPS Brasília, o que afasta a incidência do artigo 124, I do CTN, ao presente caso concreto.

Refuta a caracterização da solidariedade como sanção, vez que se trata de uma situação objetiva, derivada da indivisibilidade da obrigação tributária. Um mesmo fato impõe, a dois ou mais sujeitos, ao mesmo tempo, a condição de contribuinte, não havendo extensão desta condição por força de qualquer fato que extrapole o fato gerador, como ocorreria, por exemplo, com a vinculação do interesse comum a uma noção genérica de conluio.

Defende não estarem presentes as condições que autorizam a aplicação ao caso do art. 30, IX, da Lei nº 8.212/91, pois a obrigação solidária com fundamento neste dispositivo exige que haja verdadeira unicidade do poder decisório e administrativo entre as sociedades de um grupo econômico e que o grau da centralização decisória alcance as decisões sobre a realização ou não dos atos e negócios que correspondam aos fatos geradores, bem como que alcance a decisão acerca do cumprimento das obrigações tributárias. Dentro dessa moldura deve ser feita a análise dos elementos que darão azo à solidariedade, não sendo lícita a interpretação meramente literal de que em havendo grupo econômico, de direito ou de fato, automaticamente responderão solidariamente todas as pessoas integrantes desse grupo.

Nessa linha, o artigo 30, IX, da Lei nº 8.212/91 atribui obrigação solidária àqueles que possuem competência decisória concreta e determinante sobre os atos que correspondem ao fato gerador, bem como ao cumprimento das obrigações tributárias, e não em função do simples pertencimento ao grupo econômico.

Argumenta que a fiscalização não comprovou que a impugnante exerce sobre a LPS Brasília poder decisório capaz de determinar a prática dos atos que teriam constituído o suposto crédito tributário lançado, tampouco que teria tido ingerência sobre o cumprimento ou descumprimento das obrigações tributárias que a fiscalização pretende imputar à LPS Brasília. Portanto, não restou demonstrada a caracterização de situação que autoriza a imputação de obrigação solidária à impugnante com fundamento no art. 30, IX da Lei nº 8.212/91.

Ainda que não se entenda pelo cancelamento do Termo de Sujeição Passiva Solidária pelas razões acima, sustenta que a impugnante não pode figurar como devedora solidária da multa de ofício aplicada, uma vez que o art. 124 do CTN é claro quanto a alcançar somente a obrigação tributária principal, excluída, pois, a multa.

Também não se sustenta a responsabilidade da impugnante pela multa caso seja adotado como fundamento o art. 135, III do CTN, pois somente responde pela penalidade o agente infrator, sendo indispensável a comprovação de que teria agido com dolo específico, conforme dispõe o art. 137, também do CTN, o que não se verificou no presente caso.

Por fim, requer (i) seja o Termo de Sujeição Passiva julgado integralmente improcedente; (ii) a produção de todas as provas admitidas em direito; (iii) que todas as intimações e comunicações referentes ao presente processo administrativo sejam remetidas ao endereço da impugnante, constante do cadastro da RFB, bem como para o escritório de seus advogados infra-assinados.

IMPUGNAÇÃO DAS RESPONSABILIDADES SOLIDÁRIAS -
INCORPORADORAS/VENDEDORAS A responsável solidária Soltec Engenharia Ltda impugnou tempestivamente a autuação alegando, resumidamente:

- que é pessoa jurídica totalmente distinta da autuada, com inscrição própria no CNPJ, em nada se confunde com a empresa fiscalizada, existindo entre esta e a impugnante a

casualidade de terem realizado negócio jurídico dentro dos seus respectivos campos de atividade.

- ressalta que, para fins da aplicação da responsabilidade solidária prevista no art. 124, I, do CTN, não basta a verificação de mero interesse social, moral ou econômico, sendo necessário o interesse jurídico comum que existe entre pessoas situadas no mesmo polo da relação jurídica que constitui o fato gerador do tributo. Colaciona doutrina e jurisprudência.

- descreve o modelo de negócio celebrado com a LPS Brasília – Consultoria de Imóveis Ltda, afirmando que o contrato entre as partes observa todos os princípios gerais dos contratos presentes no Código Civil Brasileiro, especialmente o Princípio da Autonomia da Vontade. Além disso, as estipulações contratuais são perfeitamente lícitas, em nada ofendendo a normas gerais ou específicas do nosso Ordenamento Jurídico.

- afirma que toda a documentação pertinente ao negócio praticado foi apresentada à Fiscalização. Nesse sentido, os instrumentos de promessa de compra e venda das unidades imobiliárias, avençados entre as Impugnantes e os clientes apresentados através da coordenação da LPS Brasília, gozam de plena legalidade, não tendo sofrido contestação ou alegação de nulidade pelos adquirentes dos imóveis, os quais possuíam pleno conhecimento de que o valor da unidade a ser pago à incorporadora, não englobava a parcela da comissão devida ao profissional autônomo responsável pela corretagem. Colaciona decisões judiciais que reconhecem a possibilidade da corretagem ser paga diretamente pelos compradores.

- ressalta que as informações prestadas estão em consonância com a sua escrituração, com os instrumentos particulares de promessa de compra e venda e, esses últimos, por sua vez, conferem com as receitas reconhecidas e declaradas nas escrituras públicas de comercialização dos imóveis aos adquirentes.

- ainda que se admitisse a ocorrência dos fatos geradores, a base impositiva adotada utiliza-se de metodologia de cálculo sem previsão legal.

- afirma que em momento algum agiu com fraude, dolo ou simulação, eis que seu relacionamento com a pessoa jurídica promotora da etapa de vendas estava perfeitamente definido em cláusulas contratuais, que foram colocadas à disposição da autoridade. Em momento algum buscou ocultar o fato gerador de contribuições previdenciárias quando presente sua participação na relação jurídico-tributária enquanto sujeito passivo direto ou indireto, nesse último caso segundo as prescrições legais pertinentes. Apresentou todas as suas declarações mensais sem ocultar esse fato do Fisco. Colaciona julgados do CARF.

- não comprovada conduta dolosa, fraudulenta, dissimulada, deve ser afastada a multa de ofício aplicada sobre o valor principal das citadas contribuições (150%).

- a multa tal como fixada no Auto de Infração infringe o princípio da vedação ao confisco ao atingir direta e injustamente o patrimônio da impugnante, além de não se subsumir às hipóteses legais do art. 44, § 1º, da Lei nº 9.430/96, ante a inocorrência de fraude nos moldes em que definida nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

- sobre os juros de mora, questiona a aplicação da taxa SELIC para cálculo de juros moratórios, considerando a sua falta de consonância com os princípios de nosso sistema constitucional tributário, uma vez que essa taxa sequer foi instituída por lei, mas sim por circulares do Banco Central do Brasil, além de se constituir em aplicação de juros sobre juros

(anatocismo), em percentuais muito mais elevados do que os permitidos pela ordem constitucional (limite de 12% estabelecido pelo art. 192, § 3º, da Lei Maior).

Por fim, requer o acolhimento de suas razões de defesa para determinar sua exclusão do pólo passivo dos Autos de Infração, o direito de produzir todas as provas admitidas em Direito e que seja suspensa a exigibilidade do crédito tributário em litígio, com fundamento no artigo 151, III, do CTN.

A DRJ julgou **improcedentes** as impugnações da autuada LPS BRASÍLIA Consultoria de Imóveis Ltda., mantendo-se os créditos tributários exigidos por meio dos autos de infração DEBCAD nºs 51.040.946-6 (contribuição patronal) e 51.040.962-8 (contribuição dos segurados), das responsáveis solidárias LPS BRASIL Consultoria de Imóveis S/A, Wildemir Antônio Demartini e Marco Antônio Moura Demartini, sócios da autuada, para mantê-los nos polo passivo como responsáveis solidários pelos créditos tributários constituídos, e julgou **procedente em parte** a impugnação das responsáveis solidárias Apex Incorporadora SPE 02 Ltda (CNPJ: 09.516.787/0001-13), Apex Incorporadora SPE 03 Ltda (CNPJ: 09.566.285/0001-05), Apex Incorporadora SPE 04 Ltda (CNPJ: 09.632.239/0001-59) e Apex Incorporadora SPE 08 Ltda (CNPJ: 09.559.202/0001-42). para, unicamente, excluí-las do polo passivo como responsável solidária.

A autuada e os responsáveis solidários LPS Brasil Consultoria de Imóveis S/A, Marco Antônio Moura Demartini e Wildemir Antônio Demartini interpuseram seus recursos voluntários aos **10/05/2016**, (fls. 2280 s.s., 2547 s.s., 2475 s.s. e 2619 s.s.) respectivamente), nos quais foram repisadas, em linhas gerais, as alegações constantes das impugnações e contestados certos pontos da argumentação da DRJ. Também foram juntados aos autos parecer de renomado jurista, dois Laudos Técnicos elaborados por empresas de consultoria e auditoria (“Laudo Técnico – Pesquisas respondidas pelo público de stands” e laudo de avaliação da LPS Brasília) e, em reunião realizada neste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais aos 08/05/2018, foram apresentados memoriais a esta relatora e ao presidente deste Colegiado, que sintetizam alguns pontos dos recursos voluntários e, especialmente, apontam julgados recentes deste tribunal favoráveis à tese defendida proferidos em casos semelhantes ao ora tratado, bem como decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 1.599.511/SP, processado sob o rito do art. 1036 e seguintes do NCPC (recurso representativo da controvérsia), julgamento este que se deu posteriormente à interposição os recursos voluntários.

Sem contrarrazões.

Iniciado o julgamento do recurso em seção realizada aos 14/09/18, em sustentação oral, o patrono da recorrente invocou a aplicação, ao caso, das recentes alterações havidas na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, especialmente do seu artigo 24 e, nesse sentido, que o processo fosse analisado à luz da jurisprudência vigente nos anos de 2010 e 2011, quando da ocorrência dos supostos fatos geradores, bem como das orientações que lhe teriam sido prestadas pela Fazenda Pública, como determina o mencionado dispositivo legal.

Nesse contexto, houve por bem o Colegiado julgador retirar o processo de pauta para verificação de procedimento de modo que o contribuinte pudesse instruir os autos com manifestação formal no sentido de sua postulação na tribuna.

Aos 27/09/18, o recorrente juntou aos autos a petição e documentos de fls. 2882 e seguintes.

É o relatório.

VOTO

Conselheira Renata Toratti Cassini - Relatora

Tendo em vista que a recorrente juntou aos autos a aludida petição e os documentos de fls. 2882 e seguintes, a fim de se evitar nulidade no presente processo administrativo por ofensa ao princípio do contraditório, voto no sentido de que o julgamento seja convertido em diligência para que a Procuradoria da Fazenda Nacional seja intimada da petição apresentada pela recorrente em que requer a análise do recurso voluntário à luz do contexto jurisprudencial dos anos de 2010 e 2011 e das orientações que lhe teriam sido prestadas pela Fazenda, em observância ao art. 24 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 - Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB).

É como voto.

(assinado digitalmente)
Renata Toratti Cassini