



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10283.720501/2020-92
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2402-012.652 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 07 de maio de 2024
Recorrente XINGUARA INDUSTRIA E COMERCIO S/A - EM RECUPERACAO JUDICIAL
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2015 a 31/12/2015, 01/07/2016 a 31/12/2016

PROPOSITURA DE AÇÃO JUDICIAL DE MESMO OBJETO.CONCOMITÂNCIA

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial. (Súmula CARF nº 1)

CONCOMITÂNCIA.RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIOS.INEXISTÊNCIA

O alcance das decisões judiciais é *inter partes* e não atinge a terceiros. Inexiste renúncia de sujeito passivo solidário cuja ação não participe.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos: (i) conhecer parcialmente do recurso voluntário interposto pela Recorrente, não se apreciando a matéria objeto da discussão judicial; (ii) conhecer dos recursos interpostos pelos responsáveis solidários; (iii) acatar a preliminar de nulidade da decisão recorrida por preterição do direito de defesa, devendo os autos retornarem ao julgador de origem para apreciação das matérias não analisadas..

(documento assinado digitalmente)

Francisco Ibiapino Luz - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Rodrigo Duarte Firmino - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Rodrigo Duarte Firmino, Gregorio Rechmann Junior, Marcus Gaudenzi de Faria, Andre Barros de Moura (suplente convocado), Francisco Ibiapino Luz (Presidente). Ausente o Conselheiro João Ricardo Fahrion Nuske.

Relatório

I. AUTUAÇÃO

Em 19/06/2020, 01/07/2020 e 30/07/2020, fls. 1.861, 1.864 e 1.865, os contribuintes e litisconsortes passivos (diretores, gerentes, representantes de pessoas jurídicas de direito privado – art. 135, III do CTN) foram notificados da constituição de créditos tributários para cobrança de contribuições sociais previdenciárias incidentes sobre a comercialização da produção rural de produtor pessoa física (sub-rogação – art. 30, IV da Lei nº 8.212, de 1991), conforme Auto de Infração de fls. 251/262 Empresa Adquirente(Receita Bruta/Gilrat), Auto de Infração de fls. 264/272 Terceiros(Senar); **referentes às competências de 01/2015 a 12/2015 e 07/2016 a 12/2016**, com aplicação de multa proporcional qualificada (ofício – 150%), além de juros de mora.

A exação está instruída com relatório (Refisc), fls. 319/352, circunstanciando os fatos, fundamentos de direito, o cálculo do montante devido e os sujeitos passivos das obrigações, sendo precedida por ação fiscalizatória, Mandado de Procedimento Fiscal MPF nº 0220100.2018.00270, iniciado em 13/11/2018, fls. 03/05, cujo encerramento se deu em 25/03/2020, fls. 1.842/1843. Constam dos autos termos, exigências da autoridade e respectiva resposta, além de planilhas contendo dados de notas de produtor rural, de GFIPs, GPS, de contabilidade da empresa, extrato de comprovante dos valores declarados e de andamento referente à ação mandamental impetrada pela contribuinte, conforme fls. 03/1.841.

Em apertada síntese, a exação decorre de:

a) Omissão de retenção

A contribuinte deixou de reter os tributos previdenciários vinculados à sub-rogação, incidentes sobre a comercialização da produção rural de produtor pessoa física nos períodos lançados, fls. 328:

II.2.7 - Conclusão da Análise Fiscal

48. Finalizando nossa análise fiscal, concluímos que, no período fiscalizado, com o objetivo de dificultar/impedir o conhecimento pelo Fisco da ocorrência dos fatos geradores das contribuições previdenciárias decorrentes da sub-rogação prevista no art. 30, inciso IV, da Lei 8.212/91 e, com isso, possibilitar a evasão fiscal desses tributos, o Sujeito Passivo deixou de lançar mensalmente nos títulos próprios de sua contabilidade as contribuições devidas, bem como omitiu nas GFIP entregues à Receita Federal do Brasil a ocorrência desses fatos geradores.

b) Multa qualificada

Houve aplicação da multa qualificada de 150% pois a autoridade considerou a não retenção do tributo **omissão dolosa** em razão de (i) descumprir todas as obrigações principais e acessórias, deixando de declarar e recolher as contribuições previdenciárias devidas na sub-rogação; (ii) ser sociedade empresária investidora de vultuosos valores nesta atividade econômica e, portanto, assumindo grande risco no negócio; (iii) não aguardar o deslinde de ação mandamental impetrada, objetivando permissão jurisdicional para deixar de reter o tributo, com o registro de que houve resultado desfavorável já em primeira instância; (iv) ausência de qualificação

necessária contábil para o fiel cumprimento das obrigações, com o acréscimo de motivar a não retenção por insuficiência de caixa; (v) concorrência desleal ante à sonegação de tributos, fls. 330/321:

57. Nossa convicção de que o Sujeito Passivo praticou esses ilícitos com dolo ancora-se nas seguintes premissas: i. Não se pode conceber que uma sociedade empresária que investe milhões de reais numa atividade econômica - assumindo, portanto, grande risco econômico - não tenha o cuidado necessário de se certificar dos riscos envolvidos com o exercício dessa atividade, procurando obter razoável conhecimento das obrigações legais que decorrem da realização da mesma e de se cercar de profissionais qualificados que lhe possam dar a assessoria necessária para evitar surpresas desagradáveis; sobretudo no que se refere ao FUNRURAL, que foi submetido a amplo debate entre os produtores rurais sobre sua constitucionalidade, vigência e plena eficácia, como se viu linhas atrás - Inclusive, em consulta processual ao TRF1, verificou-se que o Sujeito Passivo é parte no Processo nº 0002864-60.2012.4.01.3901, tratando-se de Mandado de Segurança para não retenção do FUNRURAL, o qual foi negado pelo juízo de 1ª instância. O processo teve como origem a 1ª VARA DE MARABÁ, tendo sido remetido à instância superior, conforme a movimentação de processos em anexo. Até o presente momento, não foi transitado em julgado -; e ii. Da mesma forma, não se pode conceber que um escritório contábil que presta serviços contábeis a empresas rurais do porte do Sujeito Passivo não tenha a qualificação necessária para oferecer bons serviços a seus clientes; sobretudo no que diz respeito às obrigações tributárias decorrentes da aquisição de produtos rurais comercializados por empregadores rurais pessoas físicas, que foi objeto de amplo debate entre esses produtores rurais, após a edição da Lei nº 8.540, de 22 de dezembro de 1.992, que alterou o art. 25 da Lei nº 8.212 de 1991, modificando-se a contribuição devida pelo empregador rural pessoa física, substituindo as contribuições incidentes sobre a folha de pagamento por aquela incidente sobre a comercialização da produção rural.

58. Por outro lado, não pode o Sujeito Passivo alegar que não recolheu aos cofres públicos essas contribuições previdenciárias por insuficiência de caixa, porque, como é cediço, o impacto financeiro desse tributo incide sobre o patrimônio do vendedor (produtor rural pessoa física) e não da pessoa jurídica adquirente, já que aquele é o contribuinte dessa exação e este é o responsável tributário por substituição. Neste caso, o responsável tributário tem o poder/dever de reter essas contribuições previdenciárias no ato da compra - que devem ser deduzidas do valor a pagar ao produtor rural - e de repassá-las à Fazenda Nacional até o dia 20 do mês seguinte ao da competência.

59. Ademais, não se pode perder de vista os benefícios que podem ocorrer tanto para o adquirente quanto para o vendedor como consequência da sonegação tributária: i. A pessoa jurídica adquirente pode beneficiar-se enormemente frente a seus concorrentes, já que, com isso, pode fazer um ajuste com o vendedor para reduzir o preço dos produtos. Assim, com a sonegação dessas contribuições, o adquirente consegue reduzir seus custos e ganhar maior competitividade na hora de vender seus produtos, praticando, desse modo, concorrência desleal; ii. Por sua vez, o vendedor, com essa prática, obtém vantagem competitiva relativamente aos seus concorrentes, porque consegue vender seu produto a um preço abaixo do mercado. Assim ele mantém e amplia sua carteira de clientes, praticando também concorrência desleal.

60. Face a tudo isso, concluímos que o Sujeito Passivo praticou essas condutas com evidente intuito de fraude, ficando demonstrada sua intenção de sonegar as contribuições previdenciárias devidas, objeto deste procedimento fiscal.

c) Responsabilidade solidária

Em razão da **omissão considerada dolosa pela autoridade quanto à retenção obrigatória da parcela relativa aos tributos devidos**, no decorrer dos anos de 2015 e 2016, com consequente descumprimento das obrigações principais e acessórias decorrentes, **o fisco entendeu pela responsabilização solidária dos administradores**, com fundamento no art. 135, III do Código Tributário Nacional – CTN, considerando também, em tese, a prática de crime contra a ordem tributária e de sonegação de contribuição previdenciária, fls. 333/336 e fls. 351:

(...)

80. Com efeito, durante a realização deste procedimento fiscal, verificamos que o Sr. ALEXANDRE AFONSO BRADLEY ALVES, CPF n.º 887.173.214-68, e o Sr. RAUL BRADLEY DA CUNHA, CPF n.º 024.302.624-28, Diretor-Presidente e Diretor-Superintendente, respectivamente, no exercício das funções de administradores (conforme: i. ATA DA ASSEMBLEIA GERAL EXTRAORDINÁRIA. REALIZADA NO DIA 26 DE MAIO DE 2017; ii. ATA DA ASSEMBLEIA GERAL EXTRAORDINÁRIA, REALIZADA NO DIA 22 DE MARÇO DE 2016; e iii. Capítulo III do Estatuto Social) da sociedade empresária XINGU ARA INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL - CNPJ n.º 83.571.083/0001-04 - **no período fiscalizado, visando impedir que a autoridade fiscal tomasse conhecimento dos fatos necessários para permitir a correta exigência das contribuições previdenciárias decorrentes da sub-rogação prevista no art. 30, inciso IV, da Lei 8.212/91 e, com isso, possibilitar a evasão fiscal desses tributos, praticaram, deliberada e intencionalmente, os seguintes atos ilícitos, provocando a inadimplência da pessoa jurídica com relação a essas contribuições sociais, bem como incidindo nos crimes de sonegação de contribuição previdenciária e contra a ordem tributária: i. Não realizaram, nas compras de produtos rurais comercializados por empregadores rurais pessoas físicas, a retenção das contribuições previdenciárias decorrentes da sub-rogação prevista no art. 30, III, da Lei 8.212/91; ii. Omitiram, nas GFIP entregues à RFB, a ocorrência da totalidade dos fatos geradores dessas contribuições previdenciárias; iii. Não lançaram, mensalmente, nos títulos próprios da contabilidade da pessoa jurídica adquirente, os fatos contábeis relativos a essas ocorrências; e iv. Não recolheram essas contribuições sociais aos cofres públicos.** (grifo do autor)

(...)

133. Diante dessas premissas, podemos concluir que esse dispositivo legal aplica-se aos atos ilícitos descritos no item 80 deste Relatório, os quais foram praticados pelo Sr. ALEXANDRE AFONSO BRADLEY ALVES, CPF n.º 887.173.214-68, e pelo Sr. RAUL BRADLEY DA CUNHA, CPF n.º 024.302.624-28, Diretor-Presidente e Diretor-Superintendente, respectivamente, no exercício das funções de administradores da pessoa jurídica objeto deste procedimento fiscal, no período fiscalizado.

II. DEFESA

i. IMPUGNAÇÃO XINGUARA INDUSTRIA E COMERCIO S/A - EM RECUPERACAO JUDICIAL

Irresignada com o lançamento a contribuinte apresentou defesa, fls. 1.918/1.940, com as seguintes alegações:

- Preliminares
 - a) Nulidade – duas infrações idênticas – alegou a existência de dois autos de infração com a mesma numeração, muito embora tratem de fatos distintos dificultando a defesa, prejudicando a defesa;
 - b) Fundamentação equivocada do auto de infração pela obtenção de tutela jurisdicional, em sede de recurso em ação mandamental, desobrigando a retenção e recolhimento da contribuição, portanto somente se admitiria o lançamento para prevenir a decadência.
- Mérito
 - a) Impossibilidade de lançamento com base no art. 30, IV da Lei n.º 8.212, de 1991 – pois a constitucionalidade declarada no Recurso Extraordinário RE n.º 718.874/RS para a Lei n.º 10.256, de 2001 tratou exclusivamente da contribuição na óptica do próprio contribuinte produtor rural (pessoa física), não sendo o caso do adquirente da produção, ou seja, a XINGUARA e, ainda, a sub-rogação possui fundamento legal afastado pelo Supremo Tribunal Federal - STF;
 - b) Ilegalidade da contribuição para o Senar – considerou a Lei n.º 9.528, de 1997, por inexistir constitucionalidade superveniente, sendo somente possível os termos exigidos pelo normativo após a publicação da Emenda Constitucional n.º 20, de ano seguinte, ou seja, de 1998. Para além disso também entendeu pela impossibilidade de sub-rogação da contribuição com fundamento no art. 30, IV da Lei n.º 8.212, de 1991, ante à ausência de dispositivo que autorize na Lei n.º 9.528, de 1997, somente instituído em 2018 com a Lei n.º 13.606 daquele mesmo ano;
 - c) Inconstitucionalidade da multa aplicada por possuir caráter confiscatório, ferindo também o princípio constitucional da proporcionalidade. Para além disso também declarou que a falta de retenção se deu baseada em decisão judicial, inexistindo dolo, mas sim o exercício de um direito.
- Requerimentos

Ao final requereu o acatamento das preliminares suscitadas e, no mérito, a procedência da impugnação, juntando cópia de documentos a fls. 1.941/2.362.

ii. IMPUGNAÇÃO DOS SUJEITOS PASSIVOS SOLIDÁRIOS

Os sujeitos passivos solidários Srs. Raul Bradley da Cunha e Alexandre Afonso Bradley Alves, irredimidos com o lançamento, apresentaram impugnações em separado, conforme fls. 1.879/1908 e 2.365/2.395, respectivamente, **com as mesmas razões de defesa arguidas pela XINGUARA, tanto em preliminar assim como também no mérito, com o acréscimo de ilegitimidade passiva, pois alegaram que não houve a prática de qualquer ato ilícito, já que a falta de retenção das parcelas referentes às contribuições, com conseqüente não cumprimento das obrigações principais e acessórias decorrentes, deu-se em razão de**

permissão judicial vigente, dada em grau de recurso de ação mandamental. **Entenderam ainda que não praticaram ato com excesso de poderes ou descumprimento aos estatutos sociais da XINGUARA**, pois suas condutas, para além de respaldada em tutela da justiça também, ao tempo do fato, encontravam-se consonante à jurisprudência do STF, conforme os Recursos Extraordinários RE(s) n.º 363.852/MG e 596.177/RS.

Ao final requereram o reconhecimento da ilegitimidade passiva, ante à falta de ato ilícito, bem como a aceitação das preliminares e, no mérito, a procedência da defesa, juntando cópia de documentos a fls. 1.909/1.915 e fls. 2.396/2.412.

III. DECISÃO ADMINISTRATIVA DE PRIMEIRO GRAU

A 13ª Turma da Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil 01 – DRJ01 julgou a impugnação improcedente, conforme Acórdão n.º 101.006.342, de 11/02/2021, fls. 2.415/2.431, cuja ementa abaixo se transcreve:

AÇÃO JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA COM PROCESSO ADMINISTRATIVO. JUROS E MULTA.

A proposição de ação judicial, antes ou após o início da ação fiscal, importa na renúncia de discutir a matéria objeto da lide na esfera administrativa, uma vez que as decisões no âmbito do judiciário se sobrepõem às administrativas, sendo analisados apenas os aspectos do lançamento não abrangidos pela ação mandamental.

DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DO PRODUTOR RURAL - PESSOA JURÍDICA INCIDENTE SOBRE A RECEITA BRUTA DA COMERCIALIZAÇÃO RURAL.

É devida pelo do produtor rural - pessoa jurídica a contribuição social para a Seguridade Social incidente sobre a receita bruta da comercialização rural.

DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DO PRODUTOR RURAL - PESSOA JURÍDICA INCIDENTE SOBRE A RECEITA BRUTA DA COMERCIALIZAÇÃO RURAL.

É devida pelo produtor rural - pessoa jurídica a contribuição social para o Terceiro - SENAR, incidente sobre a receita bruta da comercialização rural.

A contribuinte e respectivos litisconsortes passivos solidários foram regularmente notificados da decisão em 11, 12 e 17 de março de 2021, conforme fls. 2.440/2.454.

IV. RECURSO VOLUNTÁRIO

i. RECURSO XINGUARA INDUSTRIA E COMERCIO S/A - EM RECUPERACAO JUDICIAL

Em 09/04/2021, às 17:23:54, fls. 2.515, a XINGUARA interpôs recurso voluntário, peça juntada a fls. 2.516/2.563, com as seguintes alegações:

- Preliminar

- a) Ilegitimidade passiva

Entende que, por não reter as parcelas relativas às contribuições conforme fundamento legal descrito no art. 30, IV da Lei n.º 8.212, de 1991, em razão de decisão judicial, **deixou de ser responsável pelo tributo, com o deslocamento da sujeição passiva para o produtor rural**, com o acréscimo de citar jurisprudência também deste Conselho para amparar seu entendimento, Acórdãos n.º 2401-003.119 e 2202-005.724, de 17/07/2013 e 07/11/2019, respectivamente:

42. Assim, por não ter procedido com as retenções descritas no art. 30, IV da Lei n.º 8.212/91, em razão da existência de decisão judicial que lhe concedia tal prerrogativa, a RECORRENTE deixou de ser responsável pelo recolhimento do tributo, sendo a sujeição passiva deslocada para o produtor rural (contribuinte da exação para todos os fins de direito). (grifo do autor)

43. Seria até desproporcional a responsabilização da RECORRENTE pelo recolhimento do tributo quando não houve a retenção, e o produtor rural, CONTRIBUINTE não sofreu o ônus financeiro da tributação.

44. Neste sentido, há verdadeiro enriquecimento sem causa por parte do contribuinte, que não sofreu nenhum ônus, e a RECORRENTE, que fundamentada em decisão judicial, deixou de reter a contribuição, e em momento posterior vem ser instada ao recolhimento.

45. É importante que se deixe claro que a sub-rogação é atribuição de responsabilidade tributária pessoal por substituição, surgindo assim a obrigação de recolher o imposto para que não pratique o fato jurídico tributário.

- b) Fundamento equivocado da exação

Aduz Fundamentação equivocada do auto de infração, com conseqüente ausência de motivação, haja vista, *in casu*, a obtenção de anterior tutela jurisdicional, em sede de recurso em ação mandamental, **desobrigando a retenção e recolhimento da contribuição, portanto somente se admitiria o lançamento para prevenir a decadência;**

- c) Impossibilidade de aplicação da multa qualificada por violação à lei

A recorrente alega desobediência ao art. 63 da Lei n.º 9.430, de 1996, quanto à imposição da multa qualificada, apresentando jurisprudência do Carf para amparo de seu argumento

- Mérito

- a) Impossibilidade da contribuição para o FUNRURAL com base no art. 30, IV da Lei n.º 8.212, de 1991

Aduz se descabido o lançamento com base no art. 30, IV da Lei n.º 8.212, de 1991, pois a constitucionalidade declarada no Recurso Extraordinário RE n.º 718.874/RS para a Lei n.º 10.256, de 2001 tratou exclusivamente da contribuição na óptica do próprio contribuinte produtor rural (pessoa física), não sendo o caso do adquirente da produção, ou seja, a

XINGUARA e, ainda, a sub-rogação possui fundamento legal afastado pelo Supremo Tribunal Federal - STF;

- b) Impossibilidade de cobrança das contribuições (Funrural e Senar) sobre parcela de produção destinada à exportação – precedente vinculante – RE 759.244 do STF

A recorrente informa que parte da comercialização foi destinada ao mercado externo, não incidindo o FUNRURAL sobre a parcela direcionada à exportação, inexistindo a análise deste fato pela autoridade responsável pelo pagamento, colacionando também jurisprudência:

108. Todavia, a **RECORRENTE foi autuada sem que a fiscalização considerasse as receitas de exportação**, justamente com base no artigo 170, e seus parágrafos 1º e 2º, da Instrução Normativa n.º 971/2009, onde enunciam: (grifo do autor)

(...)

109. Desta forma, a Receita Federal expressou seu entendimento contrário a tal imunidade na exportação indireta, mas como poderia a RFB se expressar sobre uma norma constitucional através de uma instrução normativa, ou seja, uma norma infra legal estaria modificando um dispositivo constitucional.

Expôs a parcela da comercialização destinada à exportação a fls. 2.546, com o acréscimo de tratar da conta n.º 4.1.01.03.0012, declarando que consta dos autos tratar de vendas ao mercado exterior.

- c) Ilegalidade da contribuição para o Senar

Alega inconstitucionalidade da Lei n.º 9.528, de 1997, ante à inexistência de constitucionalidade superveniente, **sendo somente possível os termos exigidos pelo normativo após a publicação da Emenda Constitucional n.º 20, de ano seguinte, ou seja, de 1998:**

130. **De fato, somente após a publicação da Emenda Constitucional 20 de 1998, uma lei poderia impor responsabilidade tributária relativa a contribuição social incidente sobre a receita.** (grifo do autor)

131. **Ocorre que o sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente, de modo que a publicação da Emenda Constitucional 20 de 1998, não tornou a Lei 9.528 de 1997 constitucional.** (grifo do autor)

132. Portanto, a Lei 9.528 de 1997 é ilegal na parte em que deu nova redação aos incisos I e II do artigo 25, bem como aos artigos 12 incisos V e VII e 30 incisos IV, ambos da Lei 8.212 de 1991, conforme já demonstrado em tópico acima.

133. Diante de todo o exposto resta evidente que é totalmente incabível a cobrança do SENAR, devendo, portanto, ser reformada a decisão de primeira instância.

Para além disso também entendeu pela impossibilidade de sub-rogação da contribuição com fundamento no art. 30, IV da Lei n.º 8.212, de 1991, ante à ausência de dispositivo que autorize na Lei n.º 9.528, de 1997, somente instituído em 2018 com a Lei n.º 13.606 daquele mesmo ano.

d) Impossibilidade de aplicação da multa qualificada

Alega que a autoridade não comprovou a existência concreta de ato doloso ou conduta fraudulenta, para além disso também houve por parte do fisco a imputação de conduta criminosa sem prova, sem descrição dos motivos da ocorrência de dolo específico no sentido de fraudar o Estado.

Aduz também a inconstitucionalidade da multa aplicada por possuir caráter confiscatório, ferindo também o princípio constitucional da proporcionalidade. **Para além disso também declarou que a falta de retenção se deu baseada em decisão judicial, portanto, o exercício de um direito.**

- Requerimentos

Ao final requereu o recebimento e o provimento do recurso interposto.

ii. RECURSO DOS SUJEITOS PASSIVOS SOLIDÁRIOS

Os sujeitos passivos solidários Srs. Alexandre Afonso Bradley Alves e Raul Bradley da Cunha, irresignados com o decidido na origem, interpuseram separadamente recurso voluntário em 13/04/2021 e 09/04/2021, respectivamente, conforme fls. 2.459 e 2.565, cujas peças foram juntadas as fls. 2.566/2618 e fls. 2.460/2.513, **com as mesmas razões de defesa arguidas pela XINGUARA, tanto em preliminar assim como também no mérito, com o acréscimo de ilegitimidade passiva, pois alegaram que não houve a pratica de qualquer ato ilícito**, já que a falta de retenção das parcelas referentes às contribuições, com consequente não cumprimento das obrigações principais e acessórias decorrentes, **deu-se em razão de permissão judicial vigente**, dada em grau de recurso de ação mandamental. **Entenderam ainda que não praticaram ato com excesso de poderes ou descumprimento aos estatutos sociais da XINGUARA**, pois suas condutas, para além de respaldada em tutela da justiça também, ao tempo do fato, encontravam-se consonante à jurisprudência do STF, conforme os Recursos Extraordinários RE(s) n.º 363.852/MG e 596.177/RS.

Juntaram farta doutrina e jurisprudência para amparar suas teses e, ao fim, requereram o conhecimento e o provimento do recurso.

Não houve apresentação de contrarrazões pela PGFN, fls. 2.627.

É o relatório!

Fl. 10 do Acórdão n.º 2402-012.652 - 2ª Sejul/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo n.º 10283.720501/2020-92

Voto

Conselheiro Rodrigo Duarte Firmino, Relator.

I. ADMISSIBILIDADE E CONCOMITÂNCIA

Os recursos voluntários interpostos são tempestivos e obedecem aos requisitos legais.

Contudo cumpre primeiramente analisar a concomitância de ação judicial, *in casu*, Mandado de Segurança - MS distribuído em 29/05/2012, fls. 1.951.

Ao examinar a petição inicial do MS impetrado pela XINGUARA INDUSTRIA E COMERCIO S/A - EM RECUPERACAO JUDICIAL, fls. 1.952/1.974, verifico que o objeto é a não retenção das contribuições devidas por sub-rogação pela empresa adquirente do produto rural, inclusive destaco o receio de futura autuação extraído da peça:

12. Sendo a atividade administrativa plenamente vinculada, **o receio de que a Impetrante seja autuada e penalizada pela falta de retenção e recolhimento da contribuição é decorrência da circunstância de que a autoridade administrativa está obrigada a dar cumprimento às disposições legais - mesmo àquelas inquinadas de vício de inconstitucionalidade.** (grifo do autor)

Há importante precedente deste Conselho, de cumprimento obrigatório, pelo qual se depreende que importa em renúncia ao contencioso a propositura, pelo sujeito passivo, de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento, de mesmo objeto, sendo somente cabível a apreciação de matéria distinta:

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial. (Súmula CARF nº 1) (grifo do autor)

É clara a concomitância entre o mandado de segurança e o lançamento, vez que de um lado a empresa judicializa sua causa, aduzindo ser descabida a retenção do tributo em discussão no contencioso, por ilegalidade e inconstitucionalidade, de outro a autoridade lança as contribuições entendendo justamente o contrário.

Resta porém, no caso concreto, **que há outros sujeitos passivos chamados ao contencioso e que apresentaram as respectivas defesas com as mesmas matérias**, inclusive em grau de recurso, com o acréscimo que o decidido na Justiça alcança somente as partes, não atingindo a terceiros, nos termos em que rege o art. 506 do Código de Processo Civil - CPC (Lei nº 13.105, de 2015):

Art. 506. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.

Para além disso, também foi reconhecida a responsabilidade dos sócios na decisão recorrida, fls. 2.429/2.431.

Em situação análoga, a Conselheira Dra. Andréa Viana Arrais Egypto entendeu que a concomitância não atinge os demais sujeitos passivos solidários, conforme o voto condutor do acórdão¹ que abaixo transcrevo e também me utilizo como razão de decidir:

No que tange a parte devolvida para exame deste colegiado, os Embargos de Declaração interpostos se referem a alegação de omissão no Acórdão com relação à análise da aplicação da renúncia, decorrente do ajuizamento de medida judicial, apenas à atuada principal e não em relação às demais empresas que foram incluídas na ação fiscal na qualidade de solidárias.

Com efeito, o Recurso Voluntário foi interposto por todas as empresas integrantes do Grupo Econômico, entretanto, constatado que parte das alegações recursais referiam-se à matéria objeto de discussão judicial, foi aplicada a Súmula CARF nº 1, tendo em vista a concomitância de ação judicial com o mesmo objeto do processo administrativo.

No caso em tela, foi reconhecida a responsabilidade solidária das empresas incluídas como sujeito passivo do processo administrativo tributário. No entanto, em face da declaração de concomitância, o Recurso Voluntário das solidárias não foi apreciado em relação à matéria objeto de discussão judicial.

Ocorre que, conforme asseverado pelas Embargantes, o Acórdão embargado não analisou se a renúncia à esfera administrativa pela atuada principal alcançaria as demais empresas incluídas no processo administrativo na qualidade de solidárias.

Assim, constatada a omissão no julgado, passo à análise da matéria.

De acordo com o que assevera a Súmula CARF nº 1 importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

Nesse contexto, conforme se verifica da análise dos presentes autos, os responsáveis solidários não figuram no polo passivo da ação judicial, razão pela qual, a renúncia da matéria relacionada à exportação por intermédio de cooperativa somente alcança a atuada principal, qual seja, Usina São Martino, na medida em que foi ela quem ajuizou a medida judicial.

Dessa forma, sanada a omissão apontada, e considerando que a concomitância não tem eficácia quanto às demais empresas incluídas no processo administrativo na qualidade de solidárias, deve ser apreciado o mérito do Recurso Voluntário das solidárias acerca da incidência das contribuições nas exportações realizadas por intermédio de cooperativas, razão pela qual passo à análise do direito dos contribuintes.

Feitas as considerações, **conheço parcialmente do recurso interposto pela XINGUARA INDUSTRIA E COMERCIO S/A - EM RECUPERACAO JUDICIAL, não conhecendo daquelas matérias que foram judicializadas, todavia tomo conhecimento integral dos recursos interpostos pelos sujeitos passivos solidários.**

Há que se destacar que a decisão recorrida não tomou conhecimento daqueles argumentos apresentados pelo responsável principal quanto às matérias discutidas no judiciário, por concomitância, **mas que também o foram pelos solidários:**

¹ Acórdão de Embargos nº 2401-005.899 - 4ª Câmara/1ª Turma Ordinária/2ª Seção de Julgamento - Carf - 05/12/2008

(Decisão recorrida)

DO NÃO CONHECIMENTO.

A impugnação não será conhecida em relação as contribuições previdenciárias devidas para a SEGURIDADE SOCIAL incidentes sobre as receitas das aquisições de produtos rurais oriundos de produtores pessoas naturais ou intermediário, por pessoa jurídica, há sub-rogação desta como responsável tributário por substituição pelas contribuições sociais, em razão de ação judicial, antes ou após o início da ação fiscal, ao qual importa na renúncia de discutir a matéria objeto da lide na esfera administrativa, uma vez que as decisões no âmbito do judiciário se sobrepõem às administrativas. (grifo do autor)

A proposição de ação judicial (MANDADO DE SEGURANÇA - TRF 1 - 0002864-60.2012.4.01.3901 - FLS. 1838 A 1841) importa na renúncia de discutir a matéria objeto da lide na esfera administrativa, segundo o artigo 87. do Decreto nº 7.574, que regulamenta o processo de determinação e de exigência de créditos tributários da União, o processo de consulta relativo à interpretação da legislação tributária e aduaneira, à classificação fiscal de mercadorias, à classificação de serviços, intangíveis e de outras operações que produzam variações no patrimônio e de outros processos que especifica, sobre matérias administradas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil. (Redação dada pelo Decreto nº 8.853, de 2016), in verbis:

Portanto, voto por tornar nula a decisão de origem, com fundamento no art. 59, II do Decreto nº 70.235, de 1972, devendo os autos retornar ao colegiado de piso para apreciação integral das matérias de defesa apresentadas pelos responsáveis solidários.

É como voto!

(documento assinado digitalmente)

Rodrigo Duarte Firmino