



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

Processo nº 13603.724037/2012-21
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2402-006.828 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 5 de dezembro de 2018
Matéria Contribuições Sociais Previdenciárias
Recorrente URB TOPO ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2008 a 31/12/2008

CONCOMITÂNCIA. AÇÃO JUDICIAL.

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 nº 1 do CARF.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso voluntário, por desistência da discussão administrativa em razão de ingresso na instância judicial.

(assinado digitalmente)

Denny Medeiros da Silveira - Presidente em Exercício e Redator-Designado *ad hoc* para formalizar o acórdão

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Denny Medeiros da Silveira, Gregório Rechmann Júnior, Jamed Abdul Nasser Feitoza, João Victor Ribeiro Aldinucci, Luis Henrique Dias Lima, Mauricio Nogueira Righetti, Paulo Sérgio da Silva e Renata Toratti Cassini.

Relatório

Cuida-se de Recurso Voluntário de fls. 952 a 956, voltado contra Acórdão emanado da 7ª Turma da DRJ/SDR, de fls. 796 a 824 que, por unanimidade de votos, manteve integralmente o crédito apurado nos autos de infração nº 37.353.3616 e 37.353.3675, integrantes do processo nº 13603.724037/2012-21.

Assim restou lançado o relatório da decisão objurgada:

1.1 DO LANÇAMENTO.

Trata-se de processo que agrupa Autos de Infração (AI) lavrados por descumprimento de obrigação tributária principal, consolidados em 23/12/2012.

A ação fiscal foi autorizada por meio do Mandado de Procedimento Fiscal MPF nº 061.1000.2012.00483, código de acesso 91732816, e iniciada com o Termo de Início de Procedimento Fiscal – TIPF, cientificado pessoalmente pelo contribuinte.

A atividade principal da empresa é a execução de obras e serviços de construção civil.

O período fiscalizado e as contribuições apuradas correspondem ao período de janeiro/2008 a dezembro/2008, incluído o 13º salário de 2008.

O presente processo compreende os seguintes Autos de Infração:

1.2 AI Debcad nº 37.353.361-6.

Refere-se às contribuições destinadas à Previdência Social, correspondentes à parte da empresa:

a) incidentes sobre salários de contribuição pagos a segurados empregados, não declarados em Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia de Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social - GFIP, identificados por meio dos levantamentos AA e AA2, discriminados na planilha número 1, denominada REMUNERAÇÕES E CONTRIBUIÇÕES SE NÃO DECLARADAS EM GFIP, conforme as folhas de pagamentos de salários exibidas pelo sujeito passivo, por meio de arquivo digital no formato MANAD, e o correspondente Discriminativo de Débito - DD;

b) referentes a glosas de pagamentos indevidos de salário família, conforme demonstrado por meio dos levantamentos AC e AC2, discriminadas na planilha número 3, denominada DIFERENÇA SALÁRIO FAMÍLIA, e no correspondente Discriminativo de Débito – DD;

c) incidentes sobre retiradas pagas aos sócios administradores, conforme apurado pela fiscalização por meio do exame das folhas de pagamento de salário em arquivo digital no formato MANAD exibido pelo sujeito passivo, identificadas por meio do levantamento AD e discriminadas na planilha número 4, denominada RETIRADAS CONFORME FOLHA DE PAGAMENTO, e no correspondente Discriminativo de Débito - DD;

d) incidentes sobre retiradas pagas aos sócios administradores e arbitradas pela fiscalização nas competências novembro e dezembro de 2008, por não haver em tais competências lançamentos das referidas verbas nas folhas de pagamento de salários e na contabilidade. Assim a fiscalização decidiu por arbitrar tais remunerações com base nos valores incluídos em folha de pagamento de salários a partir de junho de 2008, consoante demonstrado na planilha número 4 acima, conforme identificadas nos levantamentos AG e AG2 e discriminadas na planilha número 7, denominada RETIRADAS ARBITRADAS CONFORME FOLHA DE PAGAMENTO, e no correspondente Discriminativo de Débito - DD. A fiscalização fundamenta os arbitramentos nos seguintes motivos: I) as cláusulas sétima e nona da décima oitava alteração do contrato social, nas quais há a previsão de pagamento de retiradas mensais para ambos os sócios administradores; II) o determinado nos artigos a seguir discriminados da Lei nº 10.406/2002: A) artigo 593: "A prestação de serviço, que não estiver sujeita as lei trabalhistas ou a lei especial, rege-se-á pelas disposições deste Capítulo."; B) artigo 596: "Não se tendo estipulado, nem chegado a acordo as partes, fixar-se-á por arbitramento a retribuição, segundo os costumes do lugar, o tempo de serviço e sua qualidade."; C) o artigo 658 e seu parágrafo único: "O mandato presume-se gratuito quando não houver sido estipulada retribuição, exceto se o seu objeto corresponder ao daqueles que mandatário trata por ofício ou profissão lucrativa. Se o mandato for oneroso, caberá a retribuição prevista em lei ou no contrato. Sendo estes omissos, será ela determinada pelos usos do lugar, ou, na falta destes por arbitramento."; D) o parágrafo segundo do artigo 1.011: "Aplicam-se à atividade dos administradores, no que couber, as disposições concernentes ao mandato".

e) incidentes sobre honorários de autônomos apurados mediante exame das folhas de pagamento de salários exibidas por meio de arquivo digital no formato MANAD e incluídos no levantamento AH, discriminados na planilha número 8, denominada PAGAMENTOS A CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS CONFORME FOLHA DE PAGAMENTO, e no correspondente Discriminativo de Débito - DD;

Por tal conduta, prevista no inciso I do Art. 337-A do Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940, Código Penal, incluído pela lei 9.983 de 2000, a fiscalização emite Representação Fiscal Para Fins Penais a ser encaminhada ao Ministério Público em conformidade com o disposto no artigo 66 do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941, publicado no

Diário Oficial da União - DOU de 3 de outubro de 1941 e no inciso VI - artigo 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, publicada no DOU de 12 de dezembro de 1990.

O arbitramento realizado pela fiscalização e descrito na alínea "d" acima está em conformidade com o estipulado no parágrafo 3º do artigo 33 da Lei nº 8.212/1991.

1.3 AI Debcad nº 37.353.367-5.

Refere-se às contribuições destinadas à Previdência Social, correspondentes à parte dos segurados empregados, descontadas pelo sujeito passivo e não recolhidas em época própria, conforme demonstrado nas planilhas números 19 e 20, denominadas respectivamente CONTRIBUIÇÕES DESCONTADAS 13º e CONTRIBUIÇÕES RECOLHIDAS 13º SALÁRIOS EMPREGADOS, as quais resultaram de pagamentos de salários de contribuições não declarados em GFIP, identificados por meio do levantamento AA2, discriminado na planilha número 1, anteriormente citada, que resultou após aproveitamento de crédito de Guia de Pagamento da Previdência Social - GPS, em valor inferior ao descontado e devido, no levantamento AN2, discriminado na planilha nº 14 denominada DEMONSTRAÇÃO DAS BASES DE CÁLCULO E DAS CONTRIBUIÇÕES e no correspondente Discriminativo de Débito - DD.

Por tal conduta, prevista no inciso I do parágrafo primeiro do artigo 168-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, Código Penal, incluído pela Lei nº 9.983, de 14 de julho de 2000, a fiscalização emite Representação Fiscal Para Fins Penais a ser encaminhada ao Ministério Público em conformidade com o disposto no artigo 66 do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941, publicado no Diário Oficial da União - DOU de 3 de outubro de 1941 e no inciso VI - artigo 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, publicada no DOU de 12 de dezembro de 1990.

A tabela abaixo apresenta um resumo dos Autos de Infração que compõem o processo sob julgamento:

Dos outros Autos de Infração lavrados na mesma ação fiscal

Na mesma ação fiscal foram lavrados os Autos de Infração de Obrigações Principais - AIOP seguintes: DEBCAD nº 37.353.362-4 e DEBCAD 37.353.366-7 – incluídos no processo COMPROT nº 13603.724038/2012-76; DEBCAD 37.353.363-2 - COMPROT nº 13603.724043/2012-89; DEBCAD 37.363.364-0 - COMPROT nº 13603.724181/2012-68; DEBCAD 37.353.365-9 – COMPROT nº 13603.724182/2012-11; DEBCAD 37.353.368-3 – COMPROT nº 13603.724183/2012-57; DEBCAD 37.353.369-1 – COMPROT nº 13603.724184/2012-00; DEBCAD nº 37.353.370-5 COMPROT nº 13603.724185/2012-46; e os Autos de Infração de Obrigações Acessórias AIOA seguintes: DEBCAD 51.001.281-7 -

COMPROT nº 13603.724186/2012-91; DEBCAD 37.353.359-4 e DEBCAD 37.353.360-8 - COMPROT nº 13603.724187/2012-35.

1.5 Comparativo das multas.

Tendo em vista a edição da Medida Provisória nº 449, de 03/12/2008, convertida na Lei 11.941, de 27 de maio de 2009, e em atendimento ao disposto no artigo 106, inciso II, alínea "c" do CTN, foi feita a comparação mensal da penalidade imposta pela legislação vigente à época do lançamento com a vigente à época da ocorrência do fato gerador, aplicando a fiscalização, em cada competência, a de valor mais benéfico ao sujeito passivo, conforme demonstrado nas planilhas números 14, 15, 16, 17 e 18 denominadas respectivamente: DEMONSTRAÇÃO DAS BC E CONTRIBUIÇÕES APURAÇÃO AIOA CFL 68, APURAÇÃO AIOA CFL 78, APURAÇÃO AIOA CFL 69 e COMPARATIVO DE MULTAS.

1.6 Constatação da existência de grupo econômico de fato.

Ao realizar o procedimento de fiscalização do sujeito passivo acima identificado e o exame de documentos disponibilizados, a fiscalização constatou a existência de Grupo Econômico de Fato, pois, verificou que se está diante de um grupo de empresas com direção, controle e administração exercidos direta ou indiretamente pelo mesmo grupo de pessoas, conforme comprovado a seguir. O grupo é resultado de decisões de seus controladores, que não deram à organização as características do grupo de sociedade da Lei número 6.404, de 15 de dezembro de 1976, mas promoveram a constituição de empresas interligadas entre si e controladas diretamente pelo mesmo grupo de pessoas.

O sujeito passivo ora fiscalizado é sócio da empresa URB MIX CONCRETO LTDA, CNPJ 05.231.804/0001-15, localizada na Rua Osório de Moraes, 2445 - bairro Cidade Industrial, CEP 32210-140, Contagem/MG e do CONSÓRCIO URB TOPO MARINS, CNPJ 10.280.871/0001-60, localizado na Rua Joaquim Nabuco, 59, bairro Jardim Industrial, CEP 32215-220, Contagem/MG.

O seu sócio administrador WILSON RESENDE SOARES DE OLIVEIRA, CPF 591.315.786-91, é sócio administrador das empresas:

a) WIR FEIRA SHOPPING LTDA, CNPJ 13.175.563/0001-62, Av. Cristovão Colombo, 163, loja 15, bairro Funcionários, CEP 30140-140, Belo Horizonte/MG;

b) URB TRANS TRANSPORTES GERAIS LTDA, CNPJ 25.396.334/0001-57, Rua Joaquim Nabuco, 59, segundo andar, bairro Jardim Industrial, CEP 32215-220, Contagem/MG;

c) URBENG ENGENHARIA E INCORPORAÇÕES LTDA, CNPJ 32.474.520/0001-22, Rua Joaquim Nabuco, 59, sala 201, bairro Jardim Industrial, Contagem/MG.

A sua sócia administradora CLÁUDIA RESENDE SOARES DE OLIVEIRA é também sócia administradora das empresas:

a) URB TRANS TRANSPORTES GERAIS LTDA, CNPJ 25.396.334/0001-57;

b) URBENG ENGENHARIA E INCOPORAÇÕES LTDA, CNPJ 32.474.520/000122.

Ressalte-se que os sócios administradores acima citados são também administradores da empresa URB MIX CONCRETO LTDA, CNPJ 05.231.804/0001-15.

Assim, resta comprovado o afirmado anteriormente, ou seja, a existência de uma organização de empresas, interligadas entre si e controladas diretamente ou indiretamente pelo mesmo grupo de pessoas, constituindo um grupo econômico de fato. Os documentos comprobatórios do relatado acima são o contrato social e a décima oitava alteração contratual da empresa fiscalizada e as fichas de cadastro na Receita Federal do Brasil das empresas acima citadas, cujas cópias estão anexadas ao presente Termo.

A fiscalização foi atendida no estabelecimento do sujeito passivo, por Áureo César dos Santos, CPF 432.960.926-68. O estabelecimento centralizador do sujeito passivo no período fiscalizado é o de endereço Rua Joaquim Nabuco, 59, Bairro Jardim Industrial, CEP 32215-220.

1.7 DAS IMPUGNAÇÕES APRESENTADAS PELAS EMPRESAS URB TOPO ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA, CONSÓRCIO URB TOPO MARINS LTDA, URB MIX CONCRETO LTDA, WIR FEIRA SHOPPING LTDA – ME, URBENG ENGENHARIA E INCORPORAÇÕES LTDA E URB TRANS TRANSPORTES GERAIS LTDA (AI 37.353.361-6 e AI 37.353.367-5).

A empresa URB Topo Engenharia e Construções Ltda apresentou impugnação em 01 de fevereiro de 2013, e os sujeitos passivos solidários: Consórcio URB Topo Marins, URB Mix Concreto Ltda, WIR Feira Shopping Ltda – ME, URBENG Engenharia e Incorporações Ltda, URB Trans Transportes Gerais Ltda, em 08 de fevereiro de 2013. As defesas apresentadas, em face da discordância de lançamento constituído pelo AI 37.353.361-6 e pelo AI 37.353.367-5, alegam, em síntese, o que se relata a seguir

1.8 CANCELAMENTO DO LANÇAMENTO. NÃO CONSIDERADO O MONTANTE DOS CRÉDITOS RETIDOS NO FATURAMENTO DA EMPRESA. EXIGIDOS VALORES SUPERIORES ÀQUELES REALMENTE DEVIDOS. DISCREPÂNCIA DE VALORES APURADOS NO CONFRONTO ENTRE GFIP E DIRF.

1.9 [...]

1.10 AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO PRECISA DAS IRREGULARIDADES QUE ENSEJARAM AS DEDUÇÕES DE SALÁRIO MATERNIDADE E SALÁRIO FAMÍLIA. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

O Auto de Infração - AI encontra-se eivado de inconsistências, notadamente no tocante à apuração do quantum debeat, pelo que o lançamento merece ser cancelado.

O agente fiscalizador, talvez pela iminência da decadência quinquenal, deixou de considerar alguns importantes aspectos, como por exemplo, deixou de computar/abater os créditos retidos do contribuinte.

Melhor explicitando, as notas fiscais de faturamento do contribuinte, como prestador de serviços de engenharia, se submetem à retenção na fonte da contribuição previdenciária à alíquota de 11%, motivo pelo qual subsiste um crédito de INSS que deveria ser compensado para que o presente lançamento pudesse refletir os reais valores em aberto.

Deixando de considerar o montante dos créditos retidos em seu faturamento, estaria se exigindo nesta autuação valores superiores àqueles realmente pendentes.

Conforme planilhas anexas, durante o exercício de 2008, o contribuinte teve como INSS retido em seus faturamentos o montante de R\$ 2.578.940,83 (dois milhões quinhentos e setenta e oito mil e novecentos e quarenta reais e oitenta e três centavos), pelo que tal montante não pode ser simplesmente ignorado na quantificação dos supostos débitos.

"In casu sub cogitationis", o fisco se limitou a apontar uma suposta diferença de recolhimento de contribuição previdenciária, sem se preocupar com o crédito que o contribuinte possuía.

Não bastasse isso, verifica-se que o trabalho fiscal praticamente limitou-se a confrontar dados da GFIP com a DIRF, pouco ou nada importando para a fiscalização se tais modalidades de informações fiscais possuem elementos díspares, como por exemplo, enquanto uma adota regime de caixa a outra adota regime de competência. Além disso, as bases de cálculo são diferentes, pois nem toda verba que é levada à tributação do IRPF necessariamente será igualmente tributada pelo INSS.

E curiosamente, as discrepâncias apuradas no confronto entre GFIP e DIRF sequer foram alvo de uma revisão/pesquisa, eis que a fiscalização, por razões óbvias, sempre adotou os dados de maior resultado.

Outra inconsistência reside na ausência de indicação precisa pelos quais o contribuinte teria efetuado errôneas deduções de salário maternidade e salário família, deixando o contribuinte sem conhecer as supostas irregularidades, cerceando-lhe, na verdade, o seu próprio direito de defesa.

Em razão do exposto, não resta alternativa que não seja o cancelamento "in continenti" do presente lançamento.

1.11 INEXISTÊNCIA DA SOLIDARIEDADE.

A fiscalização, após apurar valores não recolhidos ou recolhidos a menor pelo contribuinte, imputou responsabilidade solidária à URB Mix Concreto Ltda, Consórcio URB Topo Marins, WIR Feira Shopping Ltda – ME, URBENG Engenharia e Incorporações Ltda e URB Trans Transportes Gerais Ltda, sem, contudo, apontar, na verdade, os motivos jurídicos e fáticos.

Simplesmente, o agente fiscalizador entendeu pela existência de um grupo econômico de fato, sob o seu pseudo fundamento de que se estaria diante de um grupo de empresas com direção, controle e administração exercidos direta ou indiretamente pelo mesmo grupo de pessoas (sic Relatório Fiscal do Auto de Infração).

A ingerência fiscal desconhece seus limites, "concessa venia".

O trabalho fiscal deveria ter sido conduzido de maneira mais aprofundada, pautando pela verdade, no sentido de realmente apurar a existência ou não de grupo econômico de fato e, mais, deveria ter procedido à leitura dos fatos à luz das regras tributárias, notadamente o art. 128, do CTN, que é o pilar de sustentação de toda a responsabilização tributária, eis que dele se denota a existência de condição sine qua non à solidariedade - vinculação ao fato gerador praticado. Ou seja, só se pode admitir a imposição de responsabilidade a terceiro quando este necessariamente mantiver vinculação com o fato imponível.

Em outras palavras, imputar responsabilidade solidária a determinada pessoa não praticante do fato gerador requer que esse terceiro tenha controle da situação, inclusive para até mesmo impedir a sua prática por parte do sujeito passivo.

Traduzindo:

a) em primeiro lugar, como pode haver grupo econômico de fato entre o contribuinte e a URB Mix Concreto Ltda se a mesma não gera faturamento algum desde 2007, não contrata empregados, não realiza qualquer tipo de atividade?

b) em segundo lugar, a WIR Feira Shopping Ltda possui objeto social completamente distinto do praticado pelo contribuinte, conforme demonstra o seu contrato social;

c) em terceiro lugar, o Consórcio Urb Topo Marins, como a própria razão social indica, trata-se de uma Sociedade de Propósito Específico - SPE criada finalisticamente para atender um determinado evento (obra específica), que inclusive será formalmente encerrada após a conclusão do contrato. Despiciendo lembrar que "consórcio" é um tipo societário sui generis, já que nesse não há uma corporificação, eis que ambas as empresas consorciada simplesmente envidam esforços

mútuos, estrutura e mão de obra próprias para a realização daquela específica atividade.

Além disso, o art. 30, inciso IX, da Lei nº 8212/1991 carece ser interpretado à luz da regra contida no art. 128, do CTN.

Nesse sentido, os incisos do art. 124, do CTN, ao dispor sobre a solidariedade, devem ser interpretados à luz da regra insculpida no art. 128, do mesmo Repositório Tributário. Inclusive, o inciso II, que descreve a solidariedade entre pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, deve ser interpretado abstraindo-se quaisquer tipos de interesses econômicos no fato gerador, eis que apenas deverá ser observada a existência ou não da prática de condutas concomitantes.

Em outras palavras, somente quando o fato gerador seja praticado por mais de uma pessoa (contribuinte) é que haverá o “interesse comum” exigido pelo inciso II, do art. 124, do CTN.

Ademais, salvo nas hipóteses de simulação, fraude ou de qualquer outro ardil, as relações jurídicas travadas por uma sociedade não interferem na esfera jurídica das demais sociedades do grupo.

Sim, somente quando presentes os motivos que possam ensejar a superação episódica da personalidade jurídica é que se admite a responsabilização às demais sociedades integrantes do grupo, sem necessidade da presença de outros requisitos, conforme, aliás, já decidiu o STJ (STJ 3ª Turma, REsp 228.357/SP, Rel. Min. Castro Filho, 2003).

A sociedade que domine a direção unitária do grupo apenas define questões estratégicas, mas não desenvolvem concretamente o objeto social das demais sociedades, não se vinculando aos fatos geradores realizados.

A atribuição de responsabilidade solidária é permitida quando a direção do grupo, além de decidir pela realização do fato gerador em si, igualmente exerce a atividade tributária (cumprimento das obrigações principal e acessória). Portanto, mister se faz a presença da competência decisória concreta e não em função de simplesmente pertencer ao grupo, sob pena de violar o preceito contido no art. 128, do CTN.

Simples interesse econômico não justifica a imputação de solidariedade.

O ônus de fazer tais provas pertence unicamente ao fisco ex vi do art. 142 e 149, do CTN. E inexistente nos presentes autos qualquer elemento concreto de prova que possa validamente atribuir responsabilidade solidária às empresas retro citadas.

Diante dos fatos, é medida imperativa o cancelamento da solidariedade imputada às sociedades URB Mix Concreto Ltda, Consórcio URB Topo Marins, WIR Feira Shopping Ltda – ME,

URBENG Engenharia e Incorporações Ltda e URB Transportes Gerais Ltda, porquanto o trabalho fiscal se baseia em pura presunção.

1.12 DO CARÁTER PESSOAL ATRIBUÍDO ÀS INFRAÇÕES.

Outro aspecto que merece destaque é a ilegalidade em se exigir das empresas tidas como solidárias o pagamento da multa pelo não recolhimento tributário.

Isso porque a multa nada mais é do que uma sanção (condenação) pelo descumprimento de determinada obrigação. A multa exigida em razão de uma infração tributária não pode validamente ser exigida daquelas empresas que não praticaram de per si o fato gerador, ainda que existisse um grupo formalmente organizado, eis que faltará o nexo de causalidade, motivo pelo qual apenas a sociedade infratora é quem poderá ser apenada.

Assim, tendo em vista o caráter pessoal da pena prevista no art. 5º, inciso XLV, da CF/88, em caso de descumprimento de obrigação tributária, tão somente ao contribuinte (aquele que pratica o fato gerador) é que poderá ser imputado o ônus de pagar as multas exigidas pela legislação.

Portanto, as multas, se porventura devidas, somente poderão ser exigidas do contribuinte.

Da regra do art. 123 do CTN às avessas.

A forma com que o fisco está atribuindo responsabilidade solidária às demais empresas nada mais é do que aplicar às avessas a regra estatuída no art. 123, do CTN.

Portanto, se, salvo disposição legal em contrário, não podem os contribuintes alterar por convenção particular as regras tributárias relativas à definição legal do sujeito passivo, da mesma forma não pode o fisco se valer pura e simplesmente dos instrumentos societários para sobretudo impingir solidariedade passiva fora das situações previstas pelo próprio art. 124 e 128, do CTN e sem qualquer robusta prova de participação efetiva de mais de uma pessoa na prática do fato gerador.

1.13 DA INDEVIDA TRIBUTAÇÃO SOBRE PARCELAS INDENIZATÓRIAS.

Outro erro cometido pelo fisco consistiu na exigência da contribuição previdenciária sobre a totalidade dos pagamentos efetuados aos empregados e prestadores de serviços, sem ressaltar as parcelas de cunho indenizatório.

Em outras palavras, não incide contribuição previdenciária sobre parcelas indenizatórias, não constituindo fato gerador o pagamento do terço constitucional de férias, do aviso prévio indenizado, do auxílio acidente, do auxílio creche, dos 15 primeiros dias do auxílio doença, do adicional noturno, dos adicionais de insalubridade e periculosidade quando pagos sem habitualidade, do vale transporte pago em dinheiro, do adicional

de horas extras, das férias indenizadas, inclusive quando pagas em dobro, da PL, já que inclusive na visão do STF até mesmo as horas extras teriam caráter indenizatório porque privam o trabalhador do seu descanso e do convívio familiar.

E isso porque o fundamento de existência das contribuições previdenciárias reside no art. 195, inciso I, "a" e parágrafo 4º c/c art. 154, inciso I, ambos da CF/88, ou seja, requer natureza salarial.

Portanto, o crédito tributário porventura devido não poderá contemplar as referidas verbas, eis que de caráter indenizatório e não remuneratório.

Resumindo, são inúmeras as inconsistências contidas na presente autuação, tanto no tocante ao procedimento investigativo em si, como também na exigência indevida de valores e na imputação indevida de solidariedade não estribada na ordo iuris, maculando formalmente e materialmente o próprio lançamento.

"Ex positis", vem o contribuinte requerer o cancelamento do presente lançamento pelas diversas inconsistências apresentadas no trabalho de apuração fiscal e, se porventura, não for esse o entendimento, pelo que se admite apenas "ad argumentandum tantum", que sejam desconstituídos todos os termos de responsabilização passiva solidária, a fim de que apenas o contribuinte seja responsabilizado por eventuais valores não recolhidos, bem como que sejam canceladas as exigências de multas às demais empresas pelo princípio da pessoalidade das sanções e igualmente sejam excluídas as parcelas indenizatórias da base de cálculo das contribuições previdenciárias.

Em seu apelo, reagita o recorrente o pedido de cancelamento do lançamento, uma vez que o auto de infração estaria eivado de inconsistências no que se refere ao "quanto debeat".

Isso porque teria o agente fiscal deixado de considerar diversos aspectos quando efetuou o lançamento, tais como computar os créditos retidos do Contribuinte.

Nesse passo, aponta que, ainda em sua peça de defesa, junto aos autos planilha que comprovaria que, durante o exercício de 2008, foi retido, da URB TOPO ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA, o valor de R\$ 2.578.940,83 (dois milhões quinhentos e setenta e oito mil novecentos e quarenta reais e oitenta e três centavos), valor que, a seu ver, não poderia ser ignorado na quantificação dos débitos ora perseguidos.

Por ter a decisão recorrida insistido no ponto em que as notas fiscais referentes ao destaque e retenção do INSS deveriam constar dos autos, a recorrente informa tê-las juntado nos autos do processo 136.724043/2012-89, apenso ao presente PAF. Em seguida, aduz que não faz a juntada das GFIPs por não se tratar de documentos pertencentes à URB TOPO e sim aos tomadores de seus serviços.

Giza que não poderia a Receita alegar desconhecimento de tais recolhimentos, uma vez que os sistemas informatizados da RFB deveriam apontá-los, sendo os valores recolhidos em nome da Recorrente ou em nome dos próprios tomadores de serviço.

Indigita que o lançamento, como todos os demais atos administrativos dependem do cumprimento dos princípios que regem a Pública Administração, a saber, os princípios insculpidos no art. 37 da Constituição da República, bem como o princípio do devido processo legal.

Em defesa de sua tese, colaciona doutrinas no sentido do estrito cumprimento dos princípios da moralidade, impessoalidade, legalidade, publicidade e eficiência que, na dogmática de Alexandre de Moraes, Ives Gandra da Silva Martins e José Eduardo Martins Cardozo, devem ser estritamente observados pelo Fisco.

Alinhava que, no presente caso, limitou-se a Fazenda em *apontar uma suposta diferença de recolhimento de contribuição previdenciária, sem se preocupar com o oposto, eis que fora despreza o referido 'crédito' que o contribuinte possuía.* (sic - fl. 957)

Logo em seguida assinala:

Não bastasse isso, verifica-se que o trabalho fiscal praticamente limitou-se a confrontar dados da GFIP com a DIRF, pouco ou nada importando para a fiscalização que tais modalidades de informações fiscais possuem elementos formadores dispare, como, por exemplo, enquanto um adota regime de caixa o outro adota regime de competência, além disso, as bases de cálculo são diferentes, pois nem toda verba que é levada à tributação do IRPF necessariamente será igualmente tributada pelo INSS. (g.o. - fls. 957)

Além disso, afirma não haver indicação do porquê o apelante teria efetuado, de forma errônea as deduções de salário-maternidade e salário-família, aventando cerceamento de defesa, eis que não poderia se defender sem conhecer as irregularidades que levaram ao lançamento.

Nesse ponto, propugna pelo cancelamento do auto de infração ou, alternativamente, que seja reconhecido o direito a compensação dos valores de créditos de INSS referentes aos descontos na fonte de que trata o art. 23 da Lei nº 9.711/98.

Em seguida, aponta haver inexistência de solidariedade entre as empresas intimadas no presente processo, a saber URB MIX CONCRETO LTDA (CNPJ nº 05.231.804/0001-15), CONSÓRCIO URB TOPO MARINS (CNPJ nº 10.280.671/0001-60), WIR FEIRA SHOPPING LTDA (CNPJ nº 13.175.563/0001-62), URB TRANSPORTES GERAIS LTDA (CNPJ nº 25.396.334/0001-57) e URBERING ENGENHARIA E INCORPORAÇÕES LTDA (CNPJ nº 32.474.520/0001-22).

Isso porque, não teria sido apontado nenhum motivo fático ou jurídico para manter tais empresas no polo passivo da demanda. Afirma que, ainda que a decisão recorrida tenha excluído o CONSÓRCIO URB TOPO MARINS, existiriam motivos suficientes para excluir a solidariedade de todos as demais sociedades.

A seu ver, os arrestos colacionados no v. Acórdão recorrido não tem o condão de sustentar a tese de haver, *in casu*, grupo econômico, uma vez que tal conceito encontrado nos referidos julgados, emanados da Justiça do Trabalho, seria diferente, eis que apenas alguns elementos constitutivos de tal instituo seriam levados em consideração. De tal modo, o trabalho fiscal deveria ter se atido ao que fundamenta o art. 128 do Código Tributário Nacional, aprofundando seu trabalho de forma mais aprofundada.

Assenta que URB MIX CONCRETO LTDA, por exemplo, não geraria qualquer faturamento desde 2007, bem como não realizaria qualquer atividade ou contrataria empregados desde tal período. Igualmente, a WIR FEIRA SHOPPING LTDA não teria razão de estar na presente demanda ou ser considerada como parte de grupo econômico, posto que tem atividades essencialmente distintas, não podendo, por conseguinte, caracterizar grupo econômico.

Advoga no sentido de que, ao contrário do que apontado pela d. DRJ, *o simples fato de possuírem participação societária comum, por si só, não implica na formação de grupo econômico* (fl. 959), não sendo possível ser esse o único elemento para constituir tal enquadramento, como feito neste processo, afastando-se, assim, do preconizado pelos incisos I e II do art. 124 do CTN, bem como da regra contida no art. 128 do mesmo Diploma Legal.

De mesmo modo, salienta que não haveria qualquer elemento concreto de prova que pudesse validamente atribuir responsabilidade solidária às empresas, uma vez que, como já fora esposado, não haveria nenhuma hipótese de exceção do comando legal de responsabilização, tais como fraude ou simulação ou, ainda, qualquer outro meio suficientemente forte para que se pudesse superar a personalidade jurídica da empresa apelante e, em seguida, levar a responsabilização das demais sociedade.

Colaciona, além de doutrina, jurisprudência emanada dos e. Tribunal Regional Federal da 4ª Região e Superior Tribunal de Justiça, que teriam dado esmerada solução à problemática aqui enfrentada.

Ademais, arrola, nesse item, que seria responsabilidade do Fisco, com base nos arts 142 e 149, fazer prova de tais condições que pudessem superar o véu de personalidade jurídica do Contribuinte. Alega, portanto, que seria "imperativo" o cancelamento da solidariedade imputada a URB MIX CONCRETO LTDA, WIF FEIRA SHOPPING LTDA, URB TRANS TRANSPORTES GERAIS LTDA e URBENG ENGENHARIA E INCORPORAÇÕES LTDA.

Após, assenta ilegalidade na cobrança de multa pelo não recolhimento tributário das empresas solidárias.

Registra que a multa, por ter caráter sancionatório, não poderia ser exigida de outro senão daquele que deixou de cumprir com a obrigação tributária no tempo e modo conforme determinado pela lei, não podendo ser reclamadas daqueles que sequer possuem relação com a prática do fato gerador, tendo em vista do caráter pessoal da pena, conforme inciso XLV, do art. 5º da Carta Magna.

De tal modo, a multa por infração tributária não poderia ser exigida das empresas que não praticaram o fato gerador, devendo as penas porventura devidas ser exigidas tão somente do recorrente, conforme preconizado no AC AgR QO nº 1033/DF, de relatoria do e. ministro Celso de Mello, da Corte Suprema.

Por derradeiro, arrima ter a decisão zurzida incorrido em erro, uma vez que não seria possível incidir contribuição previdenciária sobre parcelas indenizatórias dos salários (auxílio-creche, auxílio-acidente, etc), não sendo legal, portanto, a cobrança sobre a totalidade dos pagamentos efetuados aos empregados e prestadores de serviços.

Junta diversas decisões judiciais, advindas de Tribunais Federais e Tribunais Superiores que estariam na mesma esteira do seu entendimento.

Do modo como demonstrado, não poderia o crédito porventura apurado contemplar as referidas verbas, posto que possuem caráter indenizatório.

À conta disso, requer o recorrente seja o recurso provido para (i) reconhecer o direito a compensação dos débitos com os créditos de INSS da URB TOPO EGENHARIA E CONSTRUÇÕES; e (ii) para desconstituir a responsabilização solidária das demais autuadas.

Às fls. 1.018 a 1.019, o presente processo foi encaminhado para que todos os processos referidos no item 3 do Relatório Fiscal fossem redistribuídos para o mesmo relator, com o fito de se evitar decisões conflitantes.

Termos de apensação às fls. 1020, 1021, 1022, 1023, 1024, 1025 e 1026, juntando os processos nº 13603.724038/2012-76, 13603.724182/2012-11, 13603.724183/2012-57, 13603.724184/2012-00, 13603.724185/2012-46, 13603.724186/2012-91 e 13603.724187/2012-35.

À fl. 1.031, a d. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, por meio do ilmo. procurador Túlio de Medeiros Garcia, comunica o ajuizamento da Ação Ordinária nº 32599-66.2016.4.601.3800, por parte da URB TOPO ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA, na qual a empresa pretendia obter a declaração dos créditos tributários perseguidos no presente processo administrativo.

Em razão disso, à fl. 1036, foi proferida Resolução por esta e. Turma de Julgamento para que fossem juntados ao presente processo, cópia do ação judicial movida pelo apelante.

Assim restou resolvido, à fl. 1.038:

Diante do exposto, voto por converter o julgamento em diligência, a fim de determinar que sejam tomadas as providências necessárias para a juntada aos autos das peças da Ação Ordinária nº 32599-66.2016.4.601.3800, em especial sua petição inicial, a sentença, as eventuais peças recursais, bem como as decisões possivelmente proferidas em grau recursal, informando, ainda se propôs qualquer ação cuja objeto possa coincidir com o objeto deste processo administrativo.

Em cumprimento à diligência determinada, foi juntado às fls. 1.420 *usque* 2.370, cópia integral do referido processo e de seu andamento até então, bem como, às fls. 2.371, extrato de sua movimentação.

À fl. 2.372, o Relatório de Diligência Fiscal, dá conta que *uma vez que não há decisões judiciais até esta data e não foram localizadas outras demandas judiciais que versem sobre o tema, propõe-se retornar os processos em epígrafe a Segunda Turma do*

Conselho Administrativo de Recursos Fiscais para continuidade do julgamento. (sic - fl. 2.373)

Assim, os processos retornaram ao e. CARF para julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Denny Medeiros da Silveira, Redator-Designado *ad hoc* para formalizar o acórdão.

Pelo fato de o Conselheiro-Relator Jamed Abdul Nasser Feitoza, que já não se encontra mais no quadro de Conselheiros do CARF, não ter formalizado o presente acórdão, fui designado para proceder à sua formalização, nos termos do Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 343, de 9/6/15, Anexo II, art. 17, inciso III.

Destaco, contudo, que apenas formalizei o acórdão, transcrevendo a íntegra do relatório e do voto apresentados pelo Conselheiro Jamed Abdul Nasser Feitoza, durante a sessão de julgamento, e que foram deixados em pasta compartilhada.

Do conhecimento

O recurso interposto é tempestivo, no entanto, não preenche todos os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade recursal, não devendo ser conhecido.

À fl. 1.031, foi juntada, pela Procuradoria da Fazenda Nacional, informação no sentido de que haveria em curso ação judicial, concomitantemente à presente demanda, e relativa à mesma matéria, qual seja, os lançamentos efetuados nos Autos de Infração postos no item 3 do Relatório Fiscal de fls. 158 a 173 e fls. 174 a 179.

Em vista disso, este colegiado decidiu por converter o julgamento anterior em diligência determinando que viessem aos autos a constatação de movimentação de demanda judicial e suas peças de modo a confirmar ou infirmar a alegação da PGFN quanto a conformação de concomitância de lides.

Cumprida a diligência determinada às fls. 1.036 a 1.038, restou-se evidente, pela peças juntadas, que o litígio judicial apontado pela D. PGFN possui as mesmas partes, objeto e pedido do presente PAF.

Isso porque, no documento de fl. 1.044, petição inicial da Ação Ordinária nº 32599-66.2016.4.601.3800, movida pelo ora Recorrente, e que tramita perante a 13ª Vara Federal de Belo Horizonte, estão relacionados todos os Autos de Infração e processos conexos ao presente crédito perseguido pelo Fisco, bem como, à fl. 1.074, requer-se o afastamento da solidariedade das empresas e pessoas inseridas no pólo passivo da presente demanda administrativa, abolindo, portanto, a jurisdição deste e. Órgão Julgador administrativo, tendo em vista a preponderância da decisão proferida em instância judicial.

Assim o é, uma vez que, com o início do oferecimento da pretensão resistida ao Poder Judiciário, tem-se renúncia às vias administrativas, que vem confirmado pelo art. 5º, XXXV, da CF/88. Confira-se o texto da Lei Maior:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

De tal modo, tendo em vista o já cediço princípio da unicidade da jurisdição, resta prejudicado o presente recurso, uma vez que lhe falta elemento intrínseco de admissibilidade, a saber, o interesse recursal, desdobramento lógico do interesse de agir, ambos repousados no binômio necessidade e utilidade.

A necessidade refere-se à imprescindibilidade do provimento jurisdicional pleiteado para a obtenção do bem da vida em litígio, ao passo que a utilidade cuida da adequação da medida recursal alçada para atingir o fim colimado, ambos agora entregues ao entendimento do Poder Judiciário, instância superior à administrativa.

Sobre tal situação processual, já há muito foi firmado entendimento, no âmbito deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, no sentido de que importa renúncia às instâncias a propositura de ação judicial, entendimento este esposado através da Súmula CARF nº 1, com a seguinte redação:

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. (g.n.)

De mesmo modo, o que constante no Parecer Normativo COSIT nº 7/2014 e art. 87 do Decreto nº 7.574/2011. Confira-se:

A propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda Nacional, de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou posteriormente a autuação, com o mesmo objeto, acarreta a renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto.

Portanto, inconcebível que se tramite discussões referentes à mesma matéria em instâncias diversas, administrativas ou judiciais, conforme mansa e pacífica jurisprudência deste Conselho de Contribuintes (Acórdão 101002.585, CSRF; Acórdão nº 201-77430, de 29/01/2004 Acórdão nº 201-77706, de 06/07/2004 Acórdão nº 202-15883, de 20/10/2004 Acórdão nº 201-78277, de 15/03/2005 Acórdão nº 201-78612, de 10/08/2005 Acórdão nº 201-77430, de 29/01/2004 Acórdão nº 303-30029, de 07/11/2001 Acórdão nº 301-31241, de 16/06/2003 Acórdão nº 302-36429, de 19/10/2004), bem como dos Tribunais Pátrios.

Processo nº 13603.724037/2012-21
Acórdão n.º **2402-006.828**

S2-C4T2
Fl. 2.441

Conclusão

Pelo exposto, voto no sentido de não se conhecer do recurso voluntário.

ASSIM VOTOU O CONSELHEIRO NA SESSÃO DE JULGAMENTO.

(assinado digitalmente)

Denny Medeiros da Silveira - Redator-Designado *ad hoc*