



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

Processo nº 13603.724038/2012-76
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **2402-000.592 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 04 de abril de 2017
Assunto SOLICITAÇÃO DE DILIGÊNCIA
Recorrente URB TOPO ENGENHARIA E CONSTRUCOES LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência, nos termos apontados pelo Relator.

(assinado digitalmente)

Kleber Ferreira de Araújo - Presidente

(assinado digitalmente)

Jamed Abdul Nasser Feitoza - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Kleber Ferreira de Araújo, Ronnie Soares Anderson, Tulio Teotônio de Melo Pereira, Theodoro Vicente Agostinho, Mário Pereira de Pinho Filho, Bianca Felicia Rothschild, João Victor Ribeiro Aldinucci e Jamed Abdul Nasser Feitoza.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, contra Acórdão da DRJ/SDR que, por unanimidade, decidiram por manter a integralidade do crédito apurado nos Autos de Infração integrantes do processo nº 13603.724038/2012-76.

Por bem retratar o corrido na demanda, adotaremos parte do relatório da decisão recorrida:

"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.

O Relatório Fiscal registra que:

1) O Auto de Infração DEBCAD nº 37.353.362-4 contem os seguintes Levantamentos discriminados a seguir:

a) Levantamentos AB e AB2, discriminados na planilha número 2 denominada SALÁRIOS CONFORME DIRF, os quais foram arbitrados pela fiscalização, pois são valores de remunerações declarados pelo sujeito passivo por meio da Declaração do Imposto de Renda Retido na Fonte - DIRF e não incluídos em folhas de pagamento e na GFIP, conforme discriminados no correspondente Discriminativo de Débito - DD;

b) Levantamentos AK e AK2, discriminados na planilha número 11 denominada DIRF MAIOR QUE FP SE e no correspondente Discriminativo de Débito - DD;

Tais remunerações foram arbitradas pela fiscalização, por meio do confronto entre os valores pagos aos segurados empregados apurados por meio do exame das folhas de pagamento de salário exibidas em arquivo digital no formato MANAD, discriminados na planilha e os valores declarados pelo sujeito passivo em DIRF para os mesmos empregados, também discriminados na citada planilha;

c) Levantamento AL, discriminado na planilha número 12 denominada DIRF MAIOR QUE FP CI e no correspondente Discriminativo de Débito - DD; tais remunerações foram arbitradas pela fiscalização por meio do confronto da DIRF na qual o sujeito passivo declarou valores de remunerações ao citado contribuinte individual com as folhas de pagamentos de salários exibidas por meio de arquivo digital no formato MANAD, nas quais tais remunerações não foram incluídas.

2) Os arbitramentos realizados pela fiscalização e descritos nas alíneas acima estão em conformidade com o estipulado no parágrafo 3º do artigo 33 da Lei nº 8.212/1991;

3) O Auto de Infração nº 37.353.366-7 referente a contribuições destinadas à Previdência Social, relativas à parte de segurados empregados, incidentes sobre salários de contribuições pagos a segurados empregados, não declarados em GFIP, identificados por meio dos Levantamentos AB2 e AK2, discriminados nas planilhas números 2 e 11 citadas acima, que resultaram nas contribuições incluídas nos levantamentos AO2 e AU2, discriminados na planilha número 14 denominada DEMONSTRAÇÃO DAS BASES DE CÁLCULO E DAS CONTRIBUIÇÕES e no correspondente Discriminativo de Débito - DD;

4) Em obediência ao contido no artigo 10, inciso II, alínea "c" da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, as multas previstas no inciso II do artigo 35 da Lei 8212/91 e no

inciso I da Lei 9430/96, relativas aos Autos de Infração de Obrigações Principais - AIOP, calculadas sobre as contribuições previdenciárias apuradas relativas à parte da empresa e segurados e as referentes ao descumprimento de obrigações acessórias relacionadas à GFIP, foram comparadas por competência, tendo sido adotada pela fiscalização em cada competência a de valor mais benéfico para o 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;

5) Ao realizar o procedimento de fiscalização do sujeito passivo a fiscalização constatou a existência de Grupo Econômico de Fato, pois após exame de documentos disponibilizados verifica-se 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;

6) O sujeito passivo ora fiscalizado é sócio da empresa URB MIX CONCRETO LTDA - CNPJ 05.231.804/0001-15 - 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 - Rua Joaquim Nabuco, 59 - bairro Jardim Industrial - CEP 32215-220 - Contagem/MG;

7) 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. Cristóvão 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;

8) 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 INCORPORAÇÕES LTDA - CNPJ 32.474.520/000122.

9) Ambos os sócios administradores acima citados são também administradores da empresa URB MIX CONCRETO LTDA - CNPJ 05.231.804/0001-15;

10) Assim resta comprovada 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 empresa URB Topo Engenharia e Construções Ltda foi cientificada dos lançamentos por via postal em 03 de janeiro de 2013, conforme Aviso de Recebimento à fl.

163. Em 01 de fevereiro de 2013, apresenta impugnação apenas em relação ao DEBCAD 37.353.362-4, alegando, em síntese, o que se relata a seguir.

Preliminarmente. Do cancelamento do lançamento. Insurge-se contra a metodologia questionável utilizada pela fiscalização: confronto entre os dados de GFIP e DIRF. 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 díspares, como por exemplo, enquanto um adota regime de caixa, o outro adota o regime de competência. Além disso as bases de cálculo são diferentes, pois nem toda verba que é levada à tributação do IRPF necessariamente será tributada pelo INSS. O lançamento que deixar de cumprir os princípios informadores da legalidade, moralidade, publicidade e eficiência não pode ser exigível, pois este ato requer segurança jurídica de que o contribuinte não será privado de seus bens sem o devido processo legal. Pede o cancelamento do presente lançamento.

Da inexistência de 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. 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 imponible. 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. 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? Em segundo lugar, a WIR Feira Shopping Ltda possui objeto social completamente distinto do praticado pelo contribuinte, conforme demonstra o seu contrato social. 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 Trans Transportes Gerais Ltda.

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 penalizada. 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. Do exposto, 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, 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.

Às fls. 39-58 constam os Termos de Sujeição Passiva Solidária das empresas: Consórcio URB Topo Marins, URB Mix Concreto Ltda, WIR Feira Shopping Ltda – ME, URBENG Engenharia e Incorporações Ltda, URB Trans Transportes Gerais Ltda. As solidárias foram cientificadas dos lançamentos por via postal em 11 de janeiro de 2013, conforme Aviso de recebimento à fl. 164. Em 08 de fevereiro de 2013 as solidárias apresentam impugnações com o mesmo conteúdo da impugnação da URB Topo Engenharia e Construções Ltda nos tópicos já descritos acima: Da inexistência de solidariedade, Do caráter pessoal atribuído às infrações e Da regra do art. 123 do CTN às avessas.

Foi realizada a cobrança amigável do AI DEBCAD 37.353.366-7 não impugnado pela URB Topo Engenharia e Construções Ltda. (fls. 435-442).

Em 05 de fevereiro de 2014 foi solicitada diligência fiscal pela 7ª Turma da DRJ/SDR (fls. 446-447), com a finalidade de justificação do método (aferição indireta)

utilizado para a apuração do crédito sob exame.

Em atendimento à diligência solicitada, a Fiscalização lavra Informação Fiscal, datada de 06 de março de 2014, aduzindo, em síntese o que segue:

1) No Relatório Fiscal referente ao processo acima mencionado está informado que há salários de contribuições pagos a segurados empregados e a contribuinte individual não declarados em Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia de Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social - GFIP - itens 2.I.a, 2.I.b e 2.I.c (fls. 25 e 26);

2) A Fiscalização após examinar, como está legalmente autorizada, as DIRF da Autuada e confrontar os valores por ela declarados com os declarados em GFIP e nas folhas de pagamento de salários, constatou divergências entre tais valores. Assim a intimou para apresentar os esclarecimentos conforme comprovado por meio do Termo de Intimação Fiscal - TIF nº 01 - item 8, recebido pela Autuada em 19/11/2012, conforme cópia do mesmo anexada ao processo acima referenciado (fls. 82). Assim, os créditos arbitrados conforme as remunerações inseridas na Declaração do Imposto de Renda - DIRF, só o foram após a intimação citada ter sido atendida sem que a Autuada lograsse esclarecer a respeito das diferenças apuradas;

3) A Fiscalização constatou que a Autuada utiliza para os valores de remunerações declarados em DIRF o regime de caixa e, portanto os valores referentes a pagamentos realizados em 10/2009 são declarados na competência 09/2009 para efeitos previdenciários (folha de pagamento e GFIP) e na competência 10/2009 para a DIRF;

4) Há que se considerar que o arbitramento da remuneração paga, devida ou creditada a empregado justifica-se quando, a partir de informações obtidas em fontes internas (sistemas corporativo da RFB, subsídio fiscal, processos de restituição) e/ou fontes externas confiáveis (Justiça do Trabalho, Sindicatos), o auditor-fiscal firmar convicção de que a contabilidade não registra o movimento real da remuneração dos empregados do sujeito passivo ou os documentos do sujeito passivo registram remuneração inferior à efetivamente paga;

5) Há que se considerar que nas empresas em geral, o arbitramento da remuneração de empregados pode ser realizado com fundamento na base de cálculo do imposto de renda retido na fonte obtida na DIRF, sendo que no caso presente o foi apenas após a Autuada ter sido intimada a apresentar o motivo de haver divergências de valores (FP X GFIP X DIRF);

6) Há que se considerar que os livros contábeis e fiscais do sujeito passivo e de terceiros geralmente são fontes importantes de comprovação da ocorrência de infração tributária. A infração pode ser verificada diretamente nos livros ou por meio do confronto entre livros e outros documentos. O Auditor-Fiscal deve juntar todos os elementos necessários à comprovação da infração, demonstrando no processo a escrituração feita nos livros ou a omissão de registro obrigatório. A Fiscalização examinou sim a contabilidade da Autuada, tanto que apurou fatos geradores de contribuições não declaradas em GFIP na escrituração contábil, conforme consta no Relatório Fiscal do processo número 13603724043/2012-89. A Fiscalização considerou ser seu dever, além de examinar a escrituração contábil, questionar a Autuada a respeito de possíveis fatos geradores existentes em outras fontes de informações disponíveis e só promover as devidas autuações após ter intimado a empresa sem que a mesma lograsse elidir a existência de fatos geradores não escriturados, não declarados em GFIP e não lançados em folha de pagamento. Em resumo, a fiscalização considera que não pode se omitir, apesar de examinar a escrituração contábil, de apurar fatos geradores existentes em outros livros e documentos e não oferecidos à tributação pela empresa;

7) Há que se considerar que verificada a constatação das diferenças de remunerações, ou seja, fato gerador da contribuição previdenciária, mediante o confronto das folhas de pagamento com as declarações, DIRF e GFIP, e não sendo esclarecidas pela empresa fiscalizada, a autoridade lançadora afirma que agiu com acerto e de acordo com as normas vigentes, vez que o ato administrativo é vinculado, nos termos do que disciplina o artigo 142 do CTN - Código Tributário Nacional;

8) A prova material em que se baseou o lançamento foi o batimento entre a folha de pagamento, a GFIP e a DIRF onde foram encontrados beneficiários que não estavam declarados em GFIP e não constavam das folhas de pagamento.

Os sujeitos passivos foram cientificados do resultado da diligência fiscal em 02/04/2014 e 03/04/2014 (AR às fls 461-466). Embora cientificados, os sujeitos passivos não se manifestaram nos autos."

Em seu recurso reprisa os fundamentos da impugnação.

Compulsando os autos, verificamos a existência de ofício da PGFN informando a respeito de possível concomitância de processo judicial, porém não juntou as peças para confirmação do alegado.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro - Jamed Abdul Nasser Feitoza - Relator

Partindo da informação apresentada pela PGFN, consultamos o site da Justiça Federal de Minas Gerais - TRF1 e verificando a existência do citado processo.

A página de consulta indica que a demanda abrange os processos administrativos tributários de nº 13603724185201246, 13603724037201221, 13603724038201276, 13603724043201289, 13603724181201268, 13603724182201211, 13603724183201257, 13603724184201200, 13603724186201291.

Apesar de parecer verossímil a alegação de existência de concomitância informada pela PGFN, por não constar dos autos, deste processo administrativo, as cópias integrais do referido processo judicial ou mesmo da inicial, não é possível, com segurança, afirmar que exista identidade de objeto, causa de pedir e pedido, tendo por conseqüência a declaração de desistência da via administrativa.

Considerando que a demanda ora analisada não versa exclusivamente sobre os créditos em si, abrangendo também a questão de existência de solidariedade entre os participantes do grupo econômico, caso a discussão judicial verse apenas quanto aos créditos, sem tratar da discussão de solidariedade, está deverá ser objeto de análise por este colegiado.

Ainda, sem as peças não é possível nem mesmo afirmar que existe concomitância, eis que, a mera alegação da PGFN de que a matéria discutida refere-se ao cancelamento dos respectivos lançamentos desacompanhada de provas não é suficiente para formar o convencimento deste relator.

Conclusão

Diante do exposto, voto por converter o julgamento em diligência, a fim de determinar que sejam tomadas as providências necessárias para que sejam trazidos aos autos as peças da Ação Ordinária nº 32699-66.2016.4.601.3800, em especial a sua petição inicial, a sentença, as eventuais peças recursais, bem como as decisões possivelmente proferidas em grau recursal., informando, ainda, se propôs qualquer outra ação cuja objeto possa coincidir com o objeto deste processo administrativo.

(assinado digitalmente)

Jamed Abdul Nasser Feitoza