



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

Processo nº 13603.724183/2012-57
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **2402-000.594 – 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 Felícia 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 13603.724183/2012-57.

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

"Do lançamento.

Trata-se de processo que abrange Auto de Infração (AI) lavrado por descumprimento de obrigação tributária principal, consolidado 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 o seguinte Auto de Infração:

SENAI; d) Serviço Social da Indústria Sesi; e) Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas SEBRAE, incidentes sobre salários de contribuições 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 no correspondente Discriminativo de Débito DD; Por tal conduta, prevista no inciso I do artigo 1º da Lei 8.137/1990, a fiscalização emitiu 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.

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 37.353.3616 e DEBCAD 37.353.3675– incluídos no processo COMPROT nº 13603.724037/201221; DEBCAD nº 37.353.3624 e DEBCAD 37.353.3667– incluídos no processo COMPROT nº 13603.724038/201276; DEBCAD 37.353.3632 COMPROT nº 13603.724043/201289; DEBCAD 37.363.3640 COMPROT nº 13603.724181/201268; DEBCAD 37.353.3659– COMPROT nº 13603.724182/201211; DEBCAD 37.353.3691– COMPROT nº 13603.724184/201200; DEBCAD nº 37.353.3705 COMPROT nº 13603.724185/201246; e os Autos de Infração de Obrigações Acessórias AIOA seguintes: DEBCAD 51.001.2817 COMPROT nº 13603.724186/201291; DEBCAD 37.353.3594 e DEBCAD 37.353.3608 COMPROT nº 13603.724187/201235.

A fiscalização foi atendida no estabelecimento do sujeito passivo, por Áureo César dos Santos, CPF 432.960.92668.

O estabelecimento centralizador do sujeito passivo no período fiscalizado é o de endereço Rua Joaquim Nabuco, 59, Bairro Jardim Industrial, CEP 32215220.

Da impugnação apresentada pela empresa URB Topo Engenharia e Construções Ltda.

A empresa URB Topo Engenharia e Construções Ltda apresentou impugnação em 01 de fevereiro de 2013. A defesa apresentada, em face da discordância do lançamento constituído pelo AI nº 37.353.3683, alega, em síntese, o que se relata a seguir Cancelamento do lançamento. Discrepância de valores apurados no confronto entre GFIP e DIRF.

O Auto de Infração AI encontrase eivado de inconsistências, notadamente no tocante à apuração do *quantum debeatur*, pelo que o lançamento merece ser cancelado.

O agente fiscalizador, talvez pela iminência da decadência quinquenal, utilizou metodologia extremamente questionável, como por exemplo, realizou confrontações de dados entre GFIP e DIRF.

Verificase que o trabalho fiscal praticamente limitouse 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.

A validade jurídica do ato administrativo depende do cumprimento dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, caso contrário, estará comprometida a sua própria validade jurídica.

Podese afirmar que o lançamento fiscal que deixar de cumprir esses princípios, não pode ser exigível, pois este ato requer uma segurança jurídica de que o contribuinte não será privado de seus bens sem o devido processo legal conforme principio emoldurado no inciso no LIV, do art. 5º da *Lei Fundamental*.

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

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* (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 de 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, tratase 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.

Simple 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, porquanto o trabalho fiscal se baseia em pura presunção.

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.

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."

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 consequência 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 juntadas aos autos das 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