



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

Processo nº 13603.724183/2012-57
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2402-006.823 – 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

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 13603.724183/201257.

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 DecretoLei 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 encontra-se 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.

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.

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 princípio 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 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 impositivo.

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 inexistem 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 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 1038, 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 13603.724183/2012-57
Acórdão n.º **2402-006.823**

S2-C4T2
Fl. 1.495

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*