



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

Processo nº 13603.724186/2012-91
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2402-006.825 – 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 13603.724186/2012-91.

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

Trata-se de processo que inclui o Auto de Infração (AI) lavrado em 22/12/2012 por descumprimento de obrigação tributária acessória, sob o seguinte DEBCAD nº: 51.001.2817.

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.

Consta ainda do Relatório Fiscal que:

1) A autuação decorreu da entrega de GFIP com omissão de informações.

Tais GFIP foram entregues pela autuada após a edição da Medida Provisória –MP 449, de 03/12/2008, convertida na Lei nº 11.941, de 27/05/2009; 2) A infração foi constatada por meio do exame das folhas de pagamento de salários em arquivo digital exibidas pela empresa, da contabilidade exibida em arquivo digital no formato MANAD, da Declaração do Imposto de Renda Retido na Fonte DIRF acessada por meio de sistemas internos da RFB, das GFIP acessadas por meio dos sistemas internos da RFB, da Relação Anual de Informações Sociais RAIS acessada por meio dos sistemas internos da RFB, de notas fiscais de pagamentos a cooperativa de trabalho e dos Livros Diários números 47 a 51 registrados na JUCEMG sob os seguintes números respectivamente: 99107515 – 99107516 – 99107517 – 99107518 e 99107519; 3) Por meio de tal exame ficou constatado que a autuada omitiu das GFIP remunerações de segurados empregados e contribuintes individuais e pagamentos a cooperativa de trabalho nas competências fevereiro a agosto e outubro e novembro de 2008, conforme discriminado na planilha nº 16 denominada APURAÇÃO AIOA CFL 78; 4) Pela infração ao disposto na Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, artigo 32, inciso IV, acrescentado pela Lei nº 9.528, de 10/12/1997 e redação da Medida Provisória –MP nº 449, de 03/12/2008, convertida na Lei nº 11.941, de 27/05/2009, fica aplicada à empresa a multa no valor de R\$ 4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais), respeitado o disposto no artigo 106, inciso II, alínea “c”, da Lei nº 5.172, de 25/10/1966 – CTN, conforme demonstrado nas planilhas números 14 a 18 denominadas respectivamente DEMONSTRAÇÃO BC E CONTRIBUIÇÕES, APURAÇÃO CFL 68, APURAÇÃO AIOA

CFL 78, APURAÇÃO CFL 69 e COMPARATIVO DE MULTAS;
5) Em obediência ao contido no artigo 106 – 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 8.212/91 e no inciso I da Lei nº 9.430/96, relativas ao Auto de Infração de Obrigação Principal– AIOP, calculadas sobre as contribuições previdenciárias apuradas relativas à parte de 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 a 18 citadas acima.

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. 68.

Em 01 de fevereiro de 2013, apresenta impugnação, 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 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. 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. 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 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 fatogerador. 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.

Em 21 de janeiro de 2014 foi solicitada diligência fiscal pela 7ª Turma da DRJ/SDR (fls. 242244), com a finalidade de que sejam lavrados Termos de Sujeição Passiva, individualizados para cada responsável solidário, a serem inseridos nos autos do presente processo e elaborado novo Relatório Fiscal, contendo as razões da caracterização de grupo econômico de fato.

Em atendimento à diligência solicitada, a Fiscalização lavra novo Relatório Fiscal (fls. 246250) e ainda são cientificadas por meio de Termos de Sujeição Passiva Solidária as empresas URB Mix Concreto Ltda, WIR Feira Shopping Ltda – ME, URBENG Engenharia e Incorporações Ltda, URB Trans Transportes Gerais Ltda e Construtora Marins Ltda.

As empresas integrantes do grupo econômico de fato foram cientificadas dos lançamentos por via postal (Avisos de Recebimento às fls. 261265) e por edital (fls. 267).

As empresas URBENG Engenharia e Incorporações Ltda e URB Trans Transportes Gerais Ltda. apresentam impugnações com o mesmo conteúdo da impugnação da URB Topo Engenharia e Construções Ltda nos tópicos já descritos acima. Aduzem ainda como preliminar a decadência quinquenal do direito de lançar quanto às coobrigadas.

A Construtora Marins Ltda. apresenta impugnação aduzindo os seguintes tópicos: decadência do direito de constituição do crédito tributário; inexistência de responsabilidade solidária da impugnante; não configuração de grupo econômico; inaplicabilidade da Lei 12.401/2011; nulidade do presente Auto de Infração; inexistência da conduta ilícita e confiscatoriedade da multa aplicada.

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 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 13603.724186/2012-91
Acórdão n.º **2402-006.825**

S2-C4T2
Fl. 1.799

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*