



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

Processo n° 13603.724187/2012-35
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2402-006.826 – 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 n° 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 13603.724187/2012-35.

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

Trata-se de processo que inclui os Autos de Infração (AI) lavrados em 22/12/2012 por descumprimento de obrigações tributárias acessórias, sob os seguintes DEBCAD n.º: 37.353.3594 e 37.353.3608.

A ação fiscal foi autorizada por meio do Mandado de Procedimento Fiscal MPF n.º 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) Com relação ao Auto de Infração de Obrigações Acessórias – AIOA CFL 68 DEBCAD n.º 37353.3594 informa a Fiscalização que, na ação fiscal, foi constatado que a empresa apresentou GFIP com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias; 2) O Procedimento acima descrito constitui infração ao disposto na Lei n.º 8.212, de 24/07/1991, artigo 32, IV e parágrafo 5º, também acrescentado pela Lei n.º 9.528, de 10/12/1997, combinado com o artigo 225, IV e parágrafo 4º, do Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto n.º 3.048, de 06/05/1999; 3) O procedimento foi constatado pela fiscalização por meio do exame das folhas de pagamento de salários exibidas em arquivo digital no formato MANAD, da contabilidade também por meio de arquivo digital no formato MANAD, da Declaração do Imposto de Renda Retido na Fonte – DIRF, da Relação Anual de Informações Sociais – RAIS acessadas por meio dos sistemas internos da RFB e das notas fiscais de cooperativa de trabalho exibidas à fiscalização referentes as competências janeiro e setembro de 2008, conforme discriminado na planilha número 15 denominada APURAÇÃO AIOA CFL 68; 4) Pela infração ao disposto na Lei n.º 8.212, de 24/07/1991, artigo 32, IV e parágrafo 5º, acrescentado pela Lei n.º 9.528, de 10/12/1997, combinado com o artigo 225, IV e parágrafo 4º, do Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto n.º 3.048, de 06/05/1999, fica aplicada a multa no valor de R\$ 88.941,60 (oitenta e oito mil novecentos e quarenta e um reais e sessenta centavos), capitulada na Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991, artigo 32, parágrafo 5º, acrescentados pela Lei n.º 9.528, de 10/12/1997 e Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto n.º 3.048, de 06/05/1999, artigo 284, inciso II, com redação dada pelo Decreto n.º 4.729, de

09/06/2003 e artigo 373; 5) O valor da multa aplicada previsto no artigo 92 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, foi atualizado para o valor acima conforme o disposto no artigo 32 –parágrafo 5º da Lei nº 8.212/91, no artigo 373 do Decreto nº 3.048, de 06/05/1999 e inciso IV do artigo 8º da Portaria Interministerial Ministério da Previdência Social/Ministério da Fazenda – MPS/MF número 2 de 06/01/2012; 6) Com relação ao Auto de Infração de Obrigações Acessórias – AIOA CFL 69– DEBCAD nº 37.353.3608, informa a Fiscalização que, na mesma ação fiscal, foi constatado que a empresa apresentou GFIP com informações erradas no que concerne a valores de dedução do salário família, o que redundou em aplicação de multas nas competências janeiro e setembro de 2008, conforme discriminado na planilha nº 17 denominada APURAÇÃO AIOA CFL 69; 7) O procedimento foi constatado pela fiscalização por meio do exame das folhas de pagamento de salários exibidas em arquivo digital no formato MANAD; 8) Pela infração fica aplicada a multa de R\$ 161,72 (cento e sessenta e um reais, setenta e dois centavos). O valor da multa aplicada previsto na Lei nº 8.212 de 24/07/1991, artigo 32, parágrafo 6º, acrescentado pela Lei nº 9.528, de 10/12/1997 e Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 06/05/1999, artigo 284, inciso III e artigo 373 foi atualizado para o valor acima conforme o disposto no artigo 32 – parágrafo 5º da Lei nº 8.212/91, no artigo 373 do Decreto nº 3.048, de 06/05/1999 e inciso IV do artigo 8º da Portaria Interministerial Ministério da Previdência Social/Ministério da Fazenda– MPS/MF número 2 de 06/01/2012.

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. 66.

Em 01 de fevereiro de 2013, apresenta impugnação, alegando, em síntese, o que se relata a seguir.

Preliminarmente. Do cancelamento do lançamento. Insurgese contra a metodologia questionável utilizada pela fiscalização: confronto entre os dados de GFIP e DIRF. O trabalho fiscal praticamente limitouse 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 TransTransportes 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, 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. 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 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.

Em 05 de fevereiro de 2014 foi solicitada diligência fiscal pela 7ª Turma da DRJ/SDR (fls. 128131),

com as seguintes finalidades:

a) 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; e b) que a fiscalização justifique o motivo de ter utilizado o método de aferição indireta na apuração dos créditos constituídos.

Em atendimento à diligência solicitada, a Fiscalização lavra novo Relatório Fiscal (fls. 143148), Informação Fiscal (fls. 149153) e ainda são científicas 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. 154158) e por edital (fls. 160).

As empresas URBENG Engenharia e Incorporações Ltda e URB 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 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.

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*