



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

Processo n° 10120.006952/2007-17
Recurso n° 253.409 Voluntário
Acórdão n° **2302-00.803 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 9 de fevereiro de 2011
Matéria Construção Civil: Responsabilidade Solidária. Empresas em Geral
Recorrente CONSTRUTORA CENTRAL DO BRASIL E OUTRO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/12/1997 a 31/03/1998

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ELISÃO DA
RESPONSABILIDADE. NÃO OCORRÊNCIA.

A tomadora de serviços é solidária com a prestadora de serviços até a entrada em vigor da Lei nº 9.711/1998. A elisão é possível, mas se não realizada na época oportuna persiste a responsabilidade. Não há benefício de ordem na aplicação do instituto da responsabilidade solidária na construção civil.

PEDIDO DE JUNTADA DE DOCUMENTOS. PRECLUSÃO TEMPORAL.

A prova documental deve ser apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto da relatora.

Marco Andre Ramos Vieira - Presidente.

Liege Lacroix Thomasi - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marco Andre Ramos Vieira (Presidente), Liege Lacroix Thomasi, Arlindo da Costa e Silva, Thiago D' Ávila Melo Fernandes, Adriana Sato

Ausência momentânea: Manoel Coelho Arruda Junior

Relatório

Trata a notificação, lavrada em 05/11/2003 e cientificada ao sujeito passivo em 03/12/2003, de contribuições previdenciárias decorrentes da responsabilidade solidária entre a notificada e a empresa DD Desmontes Dino Ltda., pelos serviços prestados na construção civil, nas competências de 12/1997 a 03/1998. Foi elaborado relatório complementar, cuja ciência foi dada ao contribuinte em 21/02/2005, fls. 72.

O devedor solidário foi notificado por edital, em 06/12/2004, fls. 83 e do relatório fiscal complementar em 22/06/2005, fls.82

O relatório fiscal diz que a notificada não se ilidiu da responsabilidade solidária, não apresentando os comprovantes de recolhimento das contribuições previdenciárias e as respectivas folhas de pagamento para as competências de emissão de notas fiscais, ou faturas de prestação de serviços.

Após a apresentação de defesa, Decisão-Notificação julgou o lançamento procedente.

Inconformado o contribuinte apresentou recurso tempestivo, onde alega em síntese:

- a) que a solidariedade implica responsabilidade que somente pode ser imputada a alguém ligado ao fato gerador da obrigação;
- b) que somente após a constatação da existência de débitos da prestadora é que pode ser exigido o pagamento da recorrente;
- c) que as contribuições somente podem ser calculadas sobre a folha de salários, o faturamento ou o lucro, não havendo como arbitrar a base de cálculo sobre folha e faturamento alheios;
- d) que deverá ser constatado se a data da notificação está dentro do prazo de conclusão do MPF;
- e) que não há embasamento legal para o arbitramento da base de cálculo;
- f) que é imprescindível a realização de diligência para a confirmação da existência dos débitos.

Requer a juntada de provas *a posteriori*, a improcedência ou o cancelamento da notificação, a realização de diligência fiscal e que o débito seja exigido primeiramente da prestadora.

Foram oferecidas as contra-razões pela manutenção da decisão recorrida.

Os autos foram encaminhados à segunda instância e acórdão da 04ª CaJ, fls. 125/127, converteu o julgamento em diligência para ser esclarecido pela fiscalização:

- 1) se houve fiscalização total na empresa prestadora que englobe total ou parcialmente, o período objeto do presente lançamento;
- 2) se em nome da prestadora consta adesão a parcelamentos especiais (REFIS e PAES);
- 3) se há registro de CND de baixa emitida em favor da prestadora dos serviços.

Em resposta à diligência solicitada a fiscalização informa às fls. 131, que não houve fiscalização no período do lançamento; que não há registro de adesão ao REFIS e ao PAES; que não consta emissão de CND para fins de baixa.

Os autos retornaram ao CRPS que novamente os converteu em diligência para que as notificadas fossem cientificadas do teor da informação fiscal, com abertura de prazo para manifestação.

Somente há prova nos autos da cientificação da empresa notificada CONSTRUTORA CENTRAL DO BRASIL LTDA., que não se manifestou. Desta forma, os autos retornaram mais uma vez à repartição de origem para que a prestadora de serviço fosse cientificada.

Sanado este ponto e como não houve qualquer manifestação, retornou o processo para julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Liege Lacroix Thomasi

Cumpridos os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso e passo ao seu exame.

Primeiramente, é de se salientar que o pedido de revisão de Acórdão já foi acolhido pela 04ª CaJ, que anulou o Acórdão exarado em 27/01/2006 e converteu o julgamento em diligência.

Cumprida a diligência retornam os autos para julgamento.

De acordo com a legislação vigente desde a época da ocorrência do fato gerador, qual seja, a contratação dos serviços de construção civil nas competências de 12/1997 a 03/1998, o tomador do serviço responde solidariamente com o prestador pelo recolhimento das contribuições previdenciárias.

Conforme o inciso VI do artigo 30, da Lei n.º 8.212/91, o proprietário, dono da obra ou condômino da unidade imobiliária, qualquer que seja a forma de contratação da construção, reforma, ou acréscimo, são solidários com o construtor, e estes com a subempreiteira, pelo cumprimento das obrigações para com a Seguridade Social, ressalvado o seu direito regressivo contra o executor ou contratante da obra e admitida a retenção de importância a este devida para garantia do cumprimento dessas obrigações, não se aplicando em qualquer hipótese o benefício de ordem.

Portanto, no caso de construção civil, indiferentemente de como o serviço é prestado, sempre haverá a solidariedade, ressalvado o direito à retenção para as competências posteriores a 01/1999, o que não é o caso da presente notificação.

O levantamento do crédito previdenciário obedece à legislação de regência e no Anexo FLD – Fundamentos Legais do Débito, consta expressamente a fundamentação legal que permite o lançamento por aferição indireta, ao contrário do que diz a recorrente.

Quando da quitação da nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços, cabe ao contratante de obra ou serviço de construção civil, exigir da empresa contratada por empreitada total ou parcial, ou subempreitada, até a competência janeiro de 1999, inclusive, cópia das folhas de pagamento e dos documentos de arrecadação com vinculação inequívoca à obra.

O artigo 42, parágrafo 1º. do Decreto no. 612/92, que deu nova redação ao Regulamento da Organização e do Custeio da Seguridade Social – ROCSS, aprovado pelo Decreto no. 356/91, estabelece que a responsabilidade solidária pode ser elidida, desde que seja exigido do construtor o pagamento das contribuições incidentes sobre a remuneração dos segurados incluída em nota fiscal ou fatura correspondente aos serviços executados, quando da quitação da referida nota fiscal ou fatura, na forma estabelecida pelo INSS.

Já os parágrafos 1º. e 2º. do artigo 43 do Regulamento da Organização e do Custeio da Seguridade Social – ROCSS, aprovado pelo Decreto no. 2.173/97, que revogou o Decreto 612/92, determinam que a responsabilidade solidária somente será elidida se for comprovado pelo executor da obra o recolhimento das contribuições incidentes sobre a remuneração dos segurados incluída em nota fiscal ou fatura correspondente aos serviços executados, quando da quitação da referida nota fiscal ou fatura, quando não comprovadas contabilmente, e que, para esse efeito, o executor da obra deverá elaborar folhas de pagamento e guias de recolhimento distintas para cada empresa contratante, devendo esta exigir do executor da obra, quando da quitação da nota fiscal ou fatura, cópia autenticada da guia de recolhimento quitada e respectiva folha de pagamento.

Não apresentando estes documentos, e uma vez que a não apresentação ou a apresentação deficiente de documentos ou informações autoriza a aferição dos valores devidos, com base no parágrafo 3º. do artigo 33 da Lei 8.212/91, ficou o recorrente sujeito à cobrança do valor indiretamente aferido com base nas notas fiscais, faturas ou recibos de prestação de serviços.

Também o mesmo artigo 33 da Lei n.º 8.212/91, com a redação vigente à época da notificação, confere ao INSS a competência para normatizar o recolhimento das contribuições previdenciárias:

Art.33.Ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas “a”, “b” e “c” do parágrafo único do artigo 11, bem como as contribuições incidentes a título de substituição; e a Secretaria da Receita Federal - SRF compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas “d” e “e” do parágrafo único do artigo 11, cabendo a ambos os órgãos, na esfera de sua competência, promover a respectiva cobrança e aplicar as sanções previstas legalmente.

Nesta esteira, a Ordem de Serviço INSS/DAF N.º 167/97, vigente à época do lançamento, em seu artigo 31, define o procedimento criterial de apuração da remuneração da mão-de-obra com base na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços e estabelece os parâmetros para aferição indireta da remuneração da mão-de-obra com base na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços, caso haja previsão contratual de fornecimento de material, ou de utilização de equipamentos, ou de ambos, na execução dos serviços contratados.

A fiscalização, em obediência ao comando normativo, utilizou, para cálculo da remuneração, a alíquota de doze por cento sobre a nota fiscal de serviço, considerando o item 31.2.1 da já referida Ordem de Serviço, uma vez que houve utilização de equipamentos mecânicos.

Segundo o artigo 124 do CTN, são solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal; e as pessoas expressamente designadas por lei. O parágrafo único do artigo 124 do CTN informa ainda que a solidariedade referida não comporta benefício de ordem.

Na solidariedade passiva, não existindo benefício de ordem, o instituto da solidariedade não se compadece com a obrigatoriedade de ouvir-se primeiro uma das partes envolvidas para, somente após, verificada a inadimplência desta, forçar-se a outra ao cumprimento da obrigação. O credor, pelo contrário, tem a faculdade de escolher a seu talante,

não havendo hierarquia a ser obedecida. A solidariedade no débito não é sucessiva, mas concomitante ou simultânea, podendo qualquer dos envolvidos ser acionado. Na própria definição da palavra se nota a precisão de tal conceito:

"Solidariedade: 8. Vínculo jurídico entre os credores (ou entre os devedores) duma mesma obrigação, cada um deles com direito (ou compromisso) ao total da dívida, de sorte que cada credor pode exigir (ou cada devedor é obrigado a pagar) integralmente a prestação objeto daquela obrigação.

Solidário: 1. Que responsabiliza cada um de muitos devedores pelo pagamento total de uma dívida." (in Dicionário Aurélio, Editora Nova Fronteira, 2ª ed., pág. 1607)."

Outra não é a linguagem do direito legislado, como se observa nos diplomas que regem a matéria, em que não se faz exigência alguma quanto ao procedimento do credor no sentido de seguir determinada ordem na tramitação da cobrança, o que implica em facultar-lhe a opção pelo que lhe pareça menos dificultoso ou mais conveniente.

A cobrança recaiu na contratante, o que implica dizer que ela está sendo chamada a responder pelas obrigações previdenciárias decorrentes da execução da obra, de forma que o ônus da prova da regularidade fiscal da construção civil é seu. Exigir a investida fiscal no prestador dos serviços é redirecionar a cobrança e tornar absolutamente inócuo o instituto da solidariedade.

Portanto, e ainda considerando que o resultado da diligência solicitada pela 04ª CaJ, aponte que o prestador de serviço não foi fiscalizado, que não há parcelamentos em seu nome, tampouco CND de baixa de obra, está correto o lançamento do débito na contratante face a todo o exposto sobre a solidariedade na construção civil.

Por derradeiro, o pedido de juntada de documentos após a impugnação não deve ser acolhido, uma vez que a Portaria MPS/GM nº 520/2004, no art. 9º, § 1º, acompanhando os preceitos do art. 16, inciso III, do Decreto nº 70.235/72, limitou o momento para a apresentação de provas, dispondo que a prova documental deve ser apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual.

Portaria MPS/GM nº 520/2004:

"Art. 9º (...)

§ 1º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que:

- a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;*
- b) refira-se a fato ou a direito superveniente;*
- c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos."*

Decreto nº 70.235/72

“Art. 16 (...)

§ 4º. A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que:

- a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;*
- b) refira-se a fato ou a direito superveniente;*
- c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.”*

A preclusão temporal para a apresentação de provas, no entanto, foi ressalvada nas situações previstas nas alíneas do § 1º do art. 9º da Portaria MPS/GM acima transcritas.

Ressalte-se que, de acordo com o § 2º do mesmo art. 9º, a juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, demonstrando-se a ocorrência de uma das hipóteses do § 1º do mesmo artigo.

Todavia, no caso em análise, o recorrente não demonstrou, em sua peça de recursal, a ocorrência de nenhuma dessas situações, e tampouco trouxe documentos para serem examinados, sendo inócuo o pedido.

Por todo o exposto,

Voto por negar provimento ao recurso.

Liege Lacroix Thomasi - Relatora