



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

Processo nº 10166.014707/2007-49
Recurso nº 151.762 Voluntário
Acórdão nº 2302-00.254 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 30 de setembro de 2009
Matéria Construção Civil: Responsabilidade Solidária. Empresas em Geral
Recorrente CONSTRUTORA CENTRAL DO BRASIL LTDA. E OUTRO
Recorrida DRP/GOIÂNIA/GO

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/09/1998 a 30/10/1998

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 EVENTUAL 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 da 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto da relatora. Vencido o Conselheiro Rogério de Lellis Pinto.


LIÉGE LACROIX THOMASI
Presidente e Relatora

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros: Marco André Ramos Vieira, Manoel Coelho Arruda Junior, Adriana Sato, Núbia Moreira Barros Mazza (Suplente), Rogério de Lellis Pinto (Suplente) e Liège Lacroix Thomasi (Presidente).

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 Vésper Engenharia Comércio e Indústria Ltda., pelos serviços prestados na construção civil, nas competências de 09/1998 e 10/1998.

O devedor solidário foi notificado por edital, em 06/12/2004, fls. 66.

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:

- 1. que a solidariedade implica responsabilidade que somente pode ser imputada a alguém ligado ao fato gerador da obrigação;*
- 2. que somente após a constatação da existência de débitos da prestadora é que pode ser exigido o pagamento da recorrente;*
- 3. 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;*
- 4. que a fiscalização deveria ter consultado o conta-corrente das contribuições para elidir o débito;*
- 5. que não há embasamento legal para o arbitramento da base de cálculo;*
- 6. 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.

Os autos foram encaminhados à segunda instância e acórdão da 04ª CaJ, fls. 106/110, anulou a notificação porque a cientificação do sujeito passivo ocorreu após a expiração do Mandado de Procedimento Fiscal.

A DRP solicitou revisão de Acórdão, fls. 113/117, a recorrente foi devidamente cientificada e apresentou sua manifestação.

A devedora solidária foi cientificada por edital e protocolou suas razões dizendo basicamente que não teve conhecimento da notificação em tela, nem do pedido de revisão de acórdão. Aduz que prestou serviço em 05/1998 e 06/1998, diferentemente do que lançado nas competências de 09/1998 e 10/1998, quando foi faturado o serviço. Diz, ainda que recolheu o FGTS e as contribuições previdenciárias, conforme documentos que anexa, bem como junta as folhas de pagamento das competências 05/1998 e 06/1998. Por fim, reitera que não apresentou defesa e recurso por falta de notificação por parte da Instituição Fiscal, motivo pelo qual, requer seja revisto o ato e tornada improcedente a notificação frente a quitação do débito.

A 4ª CaJ acatou o pedido de revisão, fls. 128/130, anulou o Acórdão anterior e 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. 137, 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.

As devedoras solidárias foram cientificadas do teor da diligência fiscal, mas não houve qualquer manifestação.

É o relatório.

Voto

Conselheira LIÉGE LACROIX THOMASI, Relatora

Sendo tempestivo conhecimento do recurso e passo ao seu exame.

Da Preliminar

Primeiramente, é de se salientar que o pedido de revisão de Acórdão já foi acolhido pela 04ª CaJ, que anulou o Acórdão n.º 109/2006, de 27/01/2006, fls. 106/110 e converteu o julgamento em diligência.

Cumprida a diligência retornam os autos para julgamento.

Quanto à solicitação da prestadora de serviços Vésper Engenharia Comércio e Indústria Ltda. de que sejam apreciados os documentos juntados extemporaneamente porque não foi intimada da notificação fiscal e do pedido de revisão de Acórdão, não acolho o pleito.

Após o exame dos autos pode-se comprovar que a fiscalização cumpriu rigorosamente com o que está contido na legislação acerca da cientificação do contribuinte.

À época do lançamento fiscal estava em vigor a Portaria n.º 357, de 17/04/2002, que regulava o Contencioso Administrativo Fiscal no âmbito do Instituto Nacional do Seguro Social- INSS e que dispunha no seu artigo 31, sobre a intimação do contribuinte:

Art. 31. A intimação será efetuada por ciência no processo, via postal com Aviso de Recebimento - AR, telegrama ou outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado.

§ 1º No caso de interessados indeterminados, desconhecidos ou com domicílio indefinido, ou quando frustrados os meios indicados no caput deste artigo, a intimação será efetuada por meio de edital..(grifei)

§ 2º As intimações serão nulas quando feitas sem observância das prescrições legais, mas o comparecimento do administrado supre sua falta ou irregularidade.

§ 3º Os meios de intimação previstos no caput deste artigo não estão sujeitos a ordem de preferência.

§ 4º Considera-se feita a intimação:

I - na data da ciência do intimado ou da declaração de quem fizer a intimação, se pessoal;

II - nos demais casos do caput, na data do recebimento ou, se omitida, quinze dias após a data da postagem da intimação, se utilizada a via postal, ou da expedição se outro for o meio;

III - quinze dias após a publicação ou afixação do edital, se este for o meio utilizado.

O mesmo entendimento permaneceu no artigo 33 da Portaria N.º 520, de 19/05/2004, e vigora no artigo 29 da Portaria RFB N.º 10.875, de 16/08/2007.

Da análise dos autos pode-se comprovar que foi enviado à devedora solidária, prestadora dos serviços a terceira via da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito, conforme se vê do Aviso de Recebimento Postal de fls. 48/49, o qual foi devolvido ao remetente pelos Correios com o adendo de “Mudou-se”, motivo pelo qual a mesma foi intimada através do Edital de fls. 66, em 06/12/2004.

Novamente foi enviada à prestadora correspondência com a Decisão-Notificação que lhe permitiria a apresentação do recurso, através do Aviso de Recebimento Postal de fls. 100/101, que também foi devolvido ao remetente, com “Mudou-se” e a devedora foi intimada através do Edital de fls. 102, em 25/06/2005.

Portanto, está caracterizado nos autos de que o contribuinte foi devidamente intimado de todos os atos processuais, assegurando-lhe a oportunidade de exercício da ampla defesa e do contraditório, nos termos do artigo 23 do Decreto n.º 70.235 de 06/03/1972:

Art. 23. Far-se-á a intimação:

I - pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 10.12.1997)

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 10.12.1997)

III - por edital, quando resultarem improficuos os meios referidos nos incisos I e II. (Vide Medida Provisória nº 232, de 2004)

Quanto a apresentação de provas extemporâneas é de se destacar que o 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:

Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir; (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

(...)

E o parágrafo 4º do mesmo artigo, diz que:

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que: (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

b) refira-se a fato ou a direito superveniente; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997).

No processo em questão não ficaram demonstrados tais requisitos para a apreciação das provas trazidas fora do prazo.

Não obstante todas as razões para o não conhecimento das provas é ainda de se observar que o levantamento tomou por base as notas fiscais de serviço que a própria recorrente devedora solidária junta e que são datadas de 02/09/1998, n.º 128 e 27/10/2008, n.º 140, ambas constantes da planilha fiscal de fls. 65, sendo os recolhimentos apresentados das competências de 05/1998 e 06/1998, o que por si só afasta a possibilidade de ilidir crédito lançado nas competências de 09/1998 e 10/1998, mesmo sem maior exame quanto aos valores recolhidos e análise das folhas de pagamento.

Do Mérito

De acordo com a legislação vigente desde a época da ocorrência do fato gerador, qual seja, a contratação dos serviços de construção civil na competência de 01/1999, 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, fls. 07/09, 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, mesmo 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 todo o exposto,

Voto por negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 30 de setembro de 2009



LIÈGE LACROIX THOMASI - Relatora