



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

Processo n° 35301.009087/2004-11
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2402-006.000 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de setembro de 2017
Matéria CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente CBTU - CIA BRASILEIRA DE TRENS URBANOS E OUTRAS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/04/2001 a 31/12/2001

SOLIDARIEDADE ENTRE TOMADOR E PRESTADOR DE CONSTRUÇÃO CIVIL

A responsabilidade solidária não comporta benefício de ordem, podendo ser exigido o total do crédito constituído da empresa contratante, sem que haja apuração prévia no prestador de serviços artigo 30, VI da Lei 8.212/1991 (com as alterações da Lei 9.528/1997), c/c artigo 124, parágrafo único, do Código Tributário Nacional.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, não conhecer o recurso da CBTU CIA BRASILEIRA DE TRENS URBANOS; por unanimidade de votos, conhecer do recurso do CONSÓRCIO C. N. ODEBRECHT E C. QUEIROZ GALVÃO, formado pelas empresas CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S/A, e CONSTRUTORA QUEIROZ GALVÃO S/A; e no mérito, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário. Vencido o Conselheiro Mário Pereira de Pinho Filho que votou por conhecer do recurso da CBTU CIA BRASILEIRA DE TRENS URBANOS. Declarou-se impedida, nos termos do § 1º do art. 42 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015, a Conselheira Fernanda Melo Leal.

(assinado digitalmente)

Mario Pereira de Pinho Filho - Presidente

(assinado digitalmente)

Jamed Abdul Nasser Feitoza - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Mario Pereira de Pinho Filho, João Victor Ribeiro Aldinucci, Ronnie Soares Anderson, Jamed Abdul Nasser Feitoza, Luis Henrique Dias Lima, Theodoro Vicente Agostinho e Mauricio Nogueira Righetti.

Relatório

Recursos Voluntários interpostos por ambas as empresas autuadas, voltados contra acórdão da 14ª Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro (fls. 1.218 / 1.235) onde, por unanimidade de votos, deu parcial provimento às Impugnações, mantendo-se o valor principal de R\$ 1.327.698,50 aposto no lançamento.

Assim está lançado o relatório da r. decisão objurgada:

DO LANÇAMENTO

O presente lançamento refere-se à **NFLD DEBCAD 35.537.513-3**, que recebeu nova numeração, passando a consubstanciar o processo de nº **COMPROT 35301.009087/2004-11**, tendo em vista a extinção da Secretaria da Receita Previdenciária do Ministério da Previdência Social e a conseqüente transferência dos processos administrativo-fiscais para a Secretaria da Receita Federal do Brasil, conforme artigo 4º da Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007.

2. Trata-se de crédito no montante de R\$ 1.522.995,02, acrescido de encargos moratórios, contra a CBTU - CIA BRASILEIRA DE TRENS URBANOS, CNPJ 42.357.483/0001-26, que, de acordo com o Relatório Fiscal de fls. 41/44 do *e-processo*, foi apurado com base no instituto da responsabilidade solidária, decorrente da obra de construção civil executada pelo CONSÓRCIO C. N. ODEBRECHT E C. QUEIROZ GALVÃO, CNPJ 04.234.701/0001-46, formado pelas empresas CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S/A, CNPJ 15.102.288/0002-63, e CONSTRUTORA QUEIROZ GALVÃO S/A, CNPJ 33.412.792/0003-22.

3. Os serviços objeto deste lançamento foram prestados em cumprimento ao contrato 028-00/DT, de acordo com o artigo 30, VI da Lei 8.212/1991, nas competências 04 a 10 e 12/2001.

4. O crédito engloba as contribuições previdenciárias relativas à parte dos segurados empregados e as da empresa (para o Fundo de Previdência e Assistência Social - FPAS e aquelas destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho – RAT).

5. Informa o Relatório Fiscal em seu subitem 3.1. a aplicação do disposto no art. 33, § 3º da Lei 8.212/1991.

5.1. As bases de cálculo foram aferidas, nos termos dos arts. 75 e 76 da Instrução Normativa 69/2002, pela aplicação de 20% (= 40% de 50% do valor bruto) sobre os valores das notas fiscais referentes à obra de construção civil. As contribuições lançadas foram calculadas aplicando-se sobre tal base de cálculo as alíquotas que seguem: 8% para a contribuição de segurados empregados, 20% para a contribuição para o FPAS e 3% para o RAT.

6. A ciência do lançamento ocorreu, respectivamente, conforme fls. 03, 49/50 e 337 do *e-processo*:

6.1. pela CBTU, em 02/07/2003;

62. pelo CONSÓRCIO e pela consorciada líder ODEBRECHT, em 23/07/2003;

63. pela consorciada QUEIROZ GALVÃO, em 10/12/2003;

DA IMPUGNAÇÃO

7. A empresa líder do consórcio, CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S/A, contestou o lançamento em 05/08/2003 e 19/08/2003, com aditivo em 09/10/2003 (fl. 50, 112/224 e 231/335 do *e-processo*), juntando folhas de rosto de GFIP, comprovantes de recolhimento, (GPS e agendamentos bancários), folhas de pagamento, mapas de subempreiteiros e notas fiscais. Como razões de defesa, alega:

7.1. Em virtude dos serviços prestados pela impugnante (terraplanagem, pavimentação, obras de arte etc.), com a utilização de equipamentos mecânicos, os percentuais a serem aplicados sobre a fatura deveriam ser outros;

7.2. A requerente apresenta comprovantes de recolhimentos das contribuições previdenciárias calculadas com base na sua folha de pagamento, comprovando o integral recolhimento das contribuições lançadas na presente NFLD.

8. Em 25/08/2003, a COMPANHIA BRASILEIRA DE TRENS URBANOS – CBTU, apresentou impugnação, vide fls. 55 a 58, juntando comprovantes de capacidade postulatória às fls. 59 a 106 do *e-processo*, alegando preliminarmente a tempestividade (por conta de greve da Previdência Social) e apresentando os argumentos a seguir:

7.3. Requer a verificação, no cadastro do INSS, da situação das empresas contratadas, o seu chamamento ao processo para fim de apresentar comprovantes de recolhimento ou serem responsabilizadas em conjunto e, desde já, não lhes serem concedidas certidões negativas.

7.4. Nas faturas em questão encontram-se não só valores de mão-de-obra, como também de materiais e equipamentos, o que, por si só, já demonstra ser incabível a simples imputação dos percentuais sobre os valores constantes das notas fiscais. Isto sem levar em conta que não está provado o não recolhimento.

7.5. Quanto às autuações realizadas com base em fatos geradores anteriores a 02/07/1993, as mesmas devem ser consideradas prescritas, haja vista a inteligência do art. 46 da Lei 8.212/91.

7.6. A responsabilidade solidária alegada no presente auto merece ser reconsiderada, tendo em vista que a obrigação do recolhimento previdenciário à época cabia exclusivamente ao empregador e não ao contratante.

7.7. Por fim, a impugnante solicita a intimação das empresas responsáveis

pelos serviços para apresentação de documentos, entendendo que só então será possível apontar com convicção o valor devido, esclarecendo, ainda, que serão trazidos outros elementos probatórios aos autos.

DA DILIGÊNCIA FISCAL

8. Em face da apresentação de documentos pelas empresas solidárias e em virtude dos argumentos apresentados em suas defesas, os autos foram encaminhados à Auditoria Fiscal notificante para apreciação.

9. Em cumprimento à diligência solicitada, a Auditoria Fiscal elaborou informação concluindo pela retificação do crédito sob exame, vide fls. 372 a 375 do e-processo (na numeração antiga, fls. 330 a 333).

1 - Trata-se de Parecer conclusivo a respeito da documentação acostada aos autos, conforme despacho de folha 160.

2 - Tendo em vista a juntada de documentos pela empresa prestadora dos serviços em sua defesa, temos a esclarecer o seguinte:

2.1. Foram juntados os seguintes documentos, não autenticados:

a) GPS e GFIP do Consórcio CNO/Queiroz Galvão, no CEI 349500202271, referente à obra contratada com a CBTU e no CNPJ do Consórcio;

b) GPS com código de pagamento 2631, de retenção sobre notas fiscais, no CNPJ de diversas empresas prestadoras de serviços;

c) Notas fiscais de serviços que serviram de base para as retenções

d) Folhas de pagamento do Consórcio CNO/Queiroz Galvão;

2.2 - Quanto às GPS e notas fiscais não autenticadas apresentadas, foi enviada, para a empresa Construtora Norberto Odebrecht S.A., a Carta no. 17.401.2/033/2004, às fls. 313 e 314, recebida pela empresa em 03/05/2004, conforme AR à fl. 315, através da qual foi aberto um prazo de 5 dias para a regularização da defesa, mediante a apresentação de cópias autenticadas ou dos documentos originais para verificação da autenticidade.

Com base na Carta no. 17.401.2/033/2004, a empresa Construtora Norberto Odebrecht S.A. protocolou, em 05/05/2004, requerimento, anexo à fl. 316, solicitando vista dos autos para verificar quais os documentos deveriam ser autenticados, solicitando ainda a dilação do prazo para a exibição dos documentos originais. Em 09/06/2004, concedeu-se vistas do presente processo, conforme despacho à fl. 329.

Em 14/06/2004, a empresa requereu juntada de documentos, os quais foram anexados aos autos em 01/07/2004, conforme termos de Abertura e Encerramento do Anexo I.

2.3 - Tendo em vista a juntada de cópias **autenticadas** de documentos pela empresa prestadora dos serviços, no Anexo I, temos a esclarecer que a documentação apresentada pelo devedor solidário em sua defesa teve sua autenticidade comprovada pela apresentação de cópias autenticadas.

2.4 - Com base nos documentos apresentados, a fiscalização reconhece a vinculação das GPS anexadas aos autos, abaixo relacionadas, com os serviços prestados objeto desta NFDL, que deverão ser consideradas para fins de abatimento do valor da contribuição lançada:

COMP.	Doc. à	fl.	CONSÓRCIO/SUBEMPREENHEIRA	V. INSS	NF
abr/01	anexo	3	Consórcio CNC/Queiroz Galvão – CEI 349500202271	2.291,29	
abr/01	anexo	45	Sereng Serviços Ltda.	105,73	396
abr/01	anexo	46	Construtora Camilo Brito	1.272,13	1315
abr/01	anexo	47	Construtora Camilo Brito	871,02	1319
abr/01	anexo	48	Construtora Camilo Brito	2.162,63	1321
abr/01				6.702,80	
Total					
mai/01	anexo	49	Construtora Brandão Cavalcanti Ltda.	1.568,24	2365
mai/01	anexo	50	Nardelli S.A.	679,14	689
mai/01	anexo	51	Sereng Serviços Ltda.	76,50	409
mai/01	anexo	53	Construtora Camilo Brito	871,02	1335
mai/01	anexo	54	Construtora Camilo Brito	4.030,11	1336
mai/01	anexo	55	José Camilo Gomes de Brito	798,64	1342
mai/01				8.023,65	
Total					
jun/01	anexo	10	Consórcio CNC/Queiroz Galvão – CEI 349500202271	3.051,25	
jun/01	anexo	56	Construtora Brandão Cavalcanti Ltda.	910,08	2400
jun/01	anexo	57	Nardelli S.A.	4.238,51	699
jun/01	anexo	58	Welson Francisco dos Santos - ME	721,44	217
jun/01	anexo	59	José Camilo Gomes de Brito	12.180,42	1359/1368
jun/01	anexo	60	José Camilo Gomes de Brito	5.609,47	1347
jun/01				26.711,17	
Total					
jul/01	anexo	16	Consórcio CNC/Queiroz Galvão – CEI 349500202271	3.693,02	
jul/01	anexo	61	Welson Francisco dos Santos - ME	849,14	224
jul/01	anexo	62	Nardelli S.A.	9.928,64	708
jul/01	anexo	63	José Camilo Gomes de Brito	13.958,90	1375/1380/1382
jul/01	anexo	64	A & M Construções Ltda.	116,24	64

jul/01					28.545,94	
Total						
ago/01	anexo	I	20	Consórcio CNO/Queiroz Galvão – CEI 349500202271	4.654,15	
ago/01	anexo	I	65	Construtora Brandão Cavalcanti Ltda.	1.980,00	2446
ago/01	anexo	I	66	Welson Francisco dos Santos - ME	1.140,41	230
ago/01	anexo	I	67	Nardelli S.A.	13.748,50	715
ago/01	anexo	I	68	José Camilo Gomes de Brito	7.858,90	1390/1389
ago/01	anexo	I	69	A & M Construções Ltda.	250,99	67
ago/01					29.632,95	
Total						
set/01	anexo	I	23	Consórcio CNO/Queiroz Galvão – CEI 349500202271	9.888,05	
set/01	anexo	I	70	Novatec Construções Empreendimentos Ltda.	93,04	546
set/01	anexo	I	71	Novatec Construções Empreendimentos Ltda.	199,14	556
set/01	anexo	I	72	Welson Francisco dos Santos - ME	1.327,51	236
set/01	anexo	I	73	Nardelli S.A.	12.305,60	723
set/01	anexo	I	74	José Camilo Gomes de Brito	4.510,09	1396/1399/1402
set/01	anexo	I	75	A & M Construções Ltda.	639,11	70
set/01	anexo	I	76	TL - Carvalho Construções Ltda.	422,49	868
set/01	anexo	I	77	Sereng Serviços Ltda.	283,37	471
set/01					29.668,40	
Total						
out/01	anexo	I	30	Consórcio CNO/Queiroz Galvão – CEI 349500202271	12.135,02	
out/01	anexo	I	78	Bautech Construtora Ltda	423,50	1
out/01	anexo	I	80	A & M Construções Ltda.	1.067,83	74
out/01	anexo	I	83	TL - Carvalho Construções Ltda.	221,33	883
out/01	anexo	I	85	Sereng Serviços Ltda.	118,76	489
out/01	anexo	I	87	Welson Francisco dos Santos - ME	5.662,35	241,242,244,245
out/01	anexo	I	89	Novatec Construções Empreendimentos Ltda.	233,90	571
out/01	anexo	I	91	Construtora Brandão Cavalcanti Ltda.	1.963,81	2498

out/01	anexo	I	92	Construtora Concreterra Terr. E Obras Civis Ltda.	837,06	1
out/01	anexo	I	93	Nardelli S.A.	11.684,32	729
out/01	anexo	I	98	José Camilo Gomes de Brito	2.459,26	1422, 1423
out/01					36.807,14	
Total						
dez/01	anexo	I	34	Consórcio CNO/Queiroz Galvão - CEI 349500202271	18.506,04	
dez/01	anexo	I	101	Wilson Francisco dos Santos - ME	1.596,61	257
dez/01	anexo	I	103	A & M Construções Ltda.	629,41	89
dez/01	anexo	I	105	TL - Carvalho Construções Ltda.	596,25	911
dez/01	anexo	I	107	Sereng Serviços Ltda.	140,63	510
dez/01	anexo	I	109	Nardelli S.A.	17.225,28	738
dez/01	anexo	I	111	Construtora Concreterra Terr. E Obras Civis Ltda.	1.662,42	4,6
dez/01					40.356,64	
Total						

3 - Do exposto, concluímos pela **retificação parcial** dos valores lançados da seguinte forma:

a) Nas competências 04/01 a 10/01, o valor lançado é retificado reduzindo-se os valores da contribuição apurada, conforme FORCÉD em anexo;

b) Na competência 12/01 exclui-se integralmente o crédito lançado. 4- Segue o FORCED para a retificação do crédito.

Rio de Janeiro, 05 de julho de 2004.

DA DECISÃO-NOTIFICAÇÃO N.º 17.401.4/0633/2004

10. Em 14 de julho de 2004, vide fls. 379 a 387 do e-processo, foi emitida a decisão em Primeira Instância, mediante a Decisão Notificação n.º 17.401.4/0633/2004, homologada em 28/07/2004, pela procedência parcial do lançamento, retificando-se o valor do Principal para R\$ 1.327.698,50, o qual, à época da referida retificação, após acréscimos legais, passou ao valor total de R\$ 1.964.133,13 (vide fls. 381 e 386 do e-processo), de que se deu ciência às empresas e consórcio interessados em 05 e 09/08/2004, vide fls. 388 a 394 do e- processo.

DO RECURSO

11. Em 03/09/2004, vide fls. 395 a 404 do e-processo, a COMPANHIA BRASILEIRA DE TRENS URBANOS – CBTU apresentou recurso, como segue:

11.1. A decisão atacada baseou-se no prazo decadencial estabelecido no artigo

45, I da Lei 8.212/91, que afirma que o prazo de decadência das contribuições previdenciárias é de 10 (dez) anos, mas o entendimento jurisprudencial é pacífico no sentido de estabelece que, de acordo com o artigo 173 do Código Tributário Nacional, o prazo decadencial é de 5 (cinco) anos, sendo assim, o débito em questão deve ser extinto, onde couber. Acosta excertos de jurisprudência.

112. A apuração do valor do crédito, feita com base em percentual da Nota Fiscal, não possui qualquer embasamento legal. Somente a lei formal pode fixar alíquota ou estabelecer majoração do tributo, mas, no caso em tela, a Instrução Normativa fixou/modificou a base de cálculo do tributo, extrapolando suas funções. Em matéria tributária, o regulamento não pode criar normas relativas à base de cálculo, logo, o critério adotado não pode ser mantido.

113. A Fiscalização não considerou os documentos apresentados pela prestadora e pela tomadora de serviços, eis que a o artigo 16, § 4º da IN INSS/DC 80/2002 afirma que a prestadora de serviços fica dispensada de elaborar Folhas e Guias de Recolhimento específicas quando comprovadamente utilizar os mesmos segurados para atender a vários contratantes. Com base neste artigo, resta comprovado que o lançamento em tela não tem fundamento, pois o INSS não atentou para a norma supra.

114. O item 21 da OS 51/1992 dispõe que a construtora, o proprietário dono da obra se isentará da responsabilidade solidária caso o subempreiteiro comprove o recolhimento prévio das contribuições sociais, assim, ante os documentos juntados, deve ser cancelado o débito.

115. Requer o provimento do recurso, com a reforma da decisão e decidindo pela não incidência/responsabilidade do tributo em questão.

12. Em 08/09/2004, vide fls. 520 a 526 do e-processo, a CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S/A e CONSTRUTORA QUEIROZ GALVÃO S/A, componentes do CONSÓRCIO CNO/QUEIROZ GALVÃO, apresentaram suas razões de recurso, como segue:

121. A IN 18/2000 prevê apenas a obrigação do tomador de serviços de verificar a GFIP, cópia da folha de pagamento e GPS do prestador de serviços, não havendo a obrigação do tomador de serviço de manter tais documentos arquivados, o que só ocorreu a partir da IN 69/2002.

122. Assim, como só a partir da IN 69/2002 é que se dá a obrigação de guarda de tais documentos, há ilegalidade na ação fiscal perpetrada na CBTU, bem como pelo fato de não ter havido fiscalização no prestador de serviço, sem que o INSS desse oportunidade para comprovar a regularidade de recolhimentos antes da lavratura da NFLD.

123. É indispensável a fiscalização anterior no prestador de serviços, especialmente considerando a previsão expressa do art. 8º do Decreto 3969/01 e a In INSS/DC70/2002.

124. A aferição indireta que deu origem a este lançamento deve ser considerada nula, pois não foi observado o art. 49 da IN 18/2000, que a condiciona à inexistência de escrituração contábil no prestador de serviços. A aferição indireta só poderia ser feita se constatada a inidoneidade da contabilidade do prestador de serviços. Sem ação fiscal no prestador de serviços, não há que se falar em aferição indireta, que é um critério subsidiário, só podendo ser adotada quando é o único meio que resta à Fiscalização.

125. A ação fiscal se deu sem critério, pois, se fossem analisados os contratos celebrados com a CBTU, a Fiscalização constataria que ocorreu fornecimento de equipamentos e materiais, o que inviabilizaria a manutenção da alíquota de 20% (vinte por cento). Por outro lado, a manutenção da base de cálculo das contribuições a partir das notas fiscais de serviços, mesmo existindo folhas de pagamento para serem utilizadas como base de aferição, só pode se fundar na ânsia arrecadadora da Previdência.

126. Se a ação fiscal fosse precedida por MPF-Ex, a constatação da inexistência do débito seria inquestionável.

127. Requer seja desconstituído o débito, reconhecendo a nulidade da ação fiscal na tomadora de serviços, ou pela realização dos recolhimentos devidos.

DO AFASTAMENTO DO DEPÓSITO RECURSAL

13. Às fls. 508 a 515 do e-processo, comprovou a CBTU ter obtido liminar garantindo-lhe o processamento de recurso administrativo mediante o arrolamento de bens, observando-se o art. 32 da Lei 10.522/2002.

13.1. Às fls. 553 a 557 e 679 a 681 do e-processo, comprovou a CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S/A ter obtido liminar afastando a obrigatoriedade de depósito recursal.

DAS CONTRA-RAZÕES

14. Às fls. 561 a 567 do e-processo, foi apresentado o termo de CONTRA-RAZÕES N.º 17.401.4/0797/2004.

DO ADITIVO DE RECURSO

15. Em 18/04/2005, vide fls. 569 a 570 do e-processo, a CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S/A apresentou como aditivo de recurso a alegação de que o lançamento seria nulo por não constar do relatório de Fundamentos Legais do Débito – FLD que se trata de aferição indireta nos termos dos §§ 3º e 6º do art. 33, da Lei 8212/1991.

DO ACÓRDÃO 04a CaJ/0715/2005

16. Em 20/04/2005, vide fls. 571/581, foi proferido o Acórdão 04ª CaJ/0715/2005, em que restou anulada a NFLD.

DO PEDIDO DE REVISÃO DO ACÓRDÃO 04a CaJ/0715/2005

17. Em 03/06/2005, vide fls. 582 a 587 do e-processo, foi feito pedido de revisão do Acórdão 04ª CaJ/0715/2005, do qual foi feita a ciência às interessadas, junto com a ciência do próprio Acórdão, em 22/06/2005, 27/06/2005 e 29/06/2005, vide fls. 588, 591 e 595.

DAS CONTRA-RAZÕES AO PEDIDO DE REVISÃO

18. Em 19/07/2005, vide fls. 596 a 600 do e-processo, a CBTU apresentou suas contra-razões ao Pedido de Revisão do Acórdão 04ª CaJ/0715/2005.

DA JUNTADA EXTEMPORÂNEA DE RECURSO

19. Às fls. 603 a 636 do e-processo, foram juntados aos autos razões e documentos apresentados pela CONSTRUTORA QUEIROZ GALVÃO S/A que haviam sido protocolados em 19/12/2003, sendo encaminhados ao CRPS, pelas razões expostas à fl. 640:

1. Trata-se de recursos protocolizado sob o número acima identificado, pela empresa CONSTRUTORA QUEIROZ GALVÃO S/A, em relação a NFLD 35.537.513-3, lavrada em ação fiscal na empresa COMPANHIA BRASILEIRA DE TRENS URBANOS - CBTU, em 19/12/2003, encaminhada, por equívoco, pela Equipe de Protocolo, para a PROCURADORIA, lá permanecendo até 18/02/2005, conforme despacho do Procurador Fábio Ferreira Dias, mat. 1.311.617.

2. Como se verifica a própria empresa QUEIROZ GALVÃO esclarece que a CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S/A, na qualidade de empresa líder do consórcio CNO/QUEIROZ GALVÃO, fez a apresentação de toda a documentação necessária para a comprovação da regularidade previdenciária, já devidamente analisada pelo Serviço de Fiscalização, desta forma, o recurso apresentado mesmo não tendo sido analisado na época correta, em nada altera o lançamento.

3. Em razão da NFLD estar na 4ª Câmara de Julgamento, conforme verificado no andamento de processos SIPPS comando 10298699, estamos encaminhando o presente para ser juntado a respectiva NFLD.

4. A 44.023.015.41 - SPT/CRPS/DF - Seção de Protocolo do CRPS.

DA NEGATIVA AO PEDIDO DE REVISÃO DO ACÓRDÃO 04ª CaJ/0715/2005

21. Em 10/03/2006, vide fls. 657/659 do e-processo, foi emitido o Despacho 04ª CaJ nº 134/2006 indeferindo o pedido de revisão do Acórdão 04ª CaJ/0715/2005.

DO PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO DO DESPACHO 04ª CaJ Nº 134/2006

22. Em 30/01/2007, vide fls. 665 a 668 do e-processo, foi formulado novo pedido de revisão, uma vez que sobreveio fato novo, consubstanciado no Enunciado n° 29, do Conselho Pleno do CRPS, editado pela Resolução n° 06, publicado no Diário Oficial da União de 21/12/2006. Foi feita a ciência às interessadas em 08/02/2007 e 13/02/2007, vide fls. 669, 672 e 675.

DA MANIFESTAÇÃO CONTRA O PEDIDO DE REVISÃO DO ACÓRDÃO 04a CaJ/0715/2005

23. Em 14/03/2007, vide fls. 683 a 685 do e-processo, a CONSTRUTORA QUEIROZ GALVÃO S/A e CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S/A, componentes do CONSÓRCIO CNO/QUEIROZ GALVÃO, apresentaram suas razões contrárias ao pedido de revisão formulado pelo Contencioso Administrativo da Secretaria da Receita Previdenciária contra o Acórdão 04ª CaJ/ 0715/2005.

23.1. A CBTU não se manifestou, conforme termo de fl. 687 do e-processo.

23.2. DO DESPACHO N° 205-14/2007 DA QUINTA CÂMARA DO SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

24. Em 27/11/2007, vide fls. 688 a 689 do e-processo, foi emitido o Despacho n° 205-14/2007 pela Quinta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, acolhendo o pedido de revisão do Acórdão 04ª CaJ/ 0715/2005.

DO ACÓRDÃO 205-01.113 DA QUINTA CÂMARA DO SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

25. Em 03/09/2008, vide fls. 694 a 704 do e-processo, foi proferido o Acórdão 205-01.113 da Quinta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes anulando a decisão de primeira instância (Decisão Notificação n.º 17.401.4/0633/2004), nos seguintes termos:

(...)

Quanto às preliminares, há questão que merece ser analisada.

A DRP, antes da emissão da primeira decisão, comandou diligência fiscal, fls.0312, como resultado dessa diligência a fiscalização prestou relevantes informações, fls.0330 a 0332.

Ressalte-se a relevância das informações prestadas na diligência, que, inclusive, fundamentaram a retificação parcial do lançamento.

Não há provas de que as recorrentes foram cientificadas do resultado da diligência, que sanou dúvidas e questões presentes na sua defesa, sendo, portanto, emitida decisão sem a possibilidade do contraditório em relação ao resultado da diligência.

A impossibilidade de conhecimento dos fatos elencados pela fiscalização ocasionou a supressão de instância. O recorrente possui o direito de apresentar suas contra-razões aos fatos apontados pela fiscalização ou aos documentos juntados ainda na primeira instância administrativa. Da forma como foi realizado, o direito do contribuinte ao contraditório não foi conferido.

(...)

Portanto, por ser autoridade julgadora competente para a decretação da nulidade, por estar claro que ocorreu preterição ao direito de defesa da recorrente, decido pela nulidade da decisão de primeira instância.

Em respeito ao § 2º, do Art. 59, do Decreto 70.235/1972, ressalto que a Receita Federal do Brasil deve cientificar o sujeito passivo dessa decisão, reabrir prazo para defesa aos contribuintes e ao solidário, e tomar as devidas providências para a continuação do contencioso.

Assim, a decisão não se encontra revestidos das formalidades legais, tendo sido lavrada em desacordo com os dispositivos legais e normativos que disciplinam o assunto.

Por todo o exposto, acato a preliminar ora examinada, restando prejudicado o exame de mérito.

C O N C L U S Ã O

Em razão do exposto,

Voto pela anulação da decisão de primeira instância.

25.1. Em 19/11/2010 e 17/02/2011, vide fls. 707 a 712 e 727 e 728 do e-processo, foi dada a ciência do Acórdão 205-01.113 — 5ª Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, de 03/09/2008, e das folhas 330 a 333 (tais folhas receberam a numeração 372 a 375 do e-processo), referente à diligência de 05/07/2004.

DA IMPUGNAÇÃO

26. Retornando o processo ao julgamento em primeira instância administrativa, apresentaram a CONSTRUTORA QUEIROZ GALVÃO S/A e CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S/A, componentes do CONSÓRCIO CNO/QUEIROZ GALVÃO, sua impugnação de fls. 713 a 719, em 17/03/2011, cópia fls. 720 a 726). Como razões, alegam:

26.1. O dever inarredável da Auditoria Fiscal de checar acerca da existência de encerramentos de procedimentos fiscais com cobertura fiscal plena (com análise da contabilidade), para fins de elisão da solidariedade imposta por meio desta NFLD.

26.2. Protesta pela inadequação do critério adotado pela Auditoria Fiscal, que apropriou recolhimentos baseados em folhas de pagamento para abatê-los do saldo devedor apurado por aferição indireta, lastreada em notas fiscais de prestação de serviços; o que faz a aferição alcançar um patamar maior ao que realmente seria devido, tornando 'a menor' o correto recolhimento então efetuado. Como exemplo desse equívoco, cita o valor lançado na competência jan/2005.

26.2.1. Defende que o correto seria considerar a elisão completa da solidariedade entre as empresas, já que foram apresentadas GRPSs específicas e com indiscutível vinculação à obra de construção civil, como

reconheceu a própria Auditoria Fiscal, além de ostentar o prestador de serviços regularidade contábil. Assim sendo, as competências que têm GRPSs específicas, deveriam ser excluídas por completo da NFLD, e não apenas 'abatidas', como indicado no posicionamento fiscal de 05/07/2004, não remanescendo quaisquer valores a cobrar.

26.3. Destaca que, se o Fisco houvesse atentado à existência de matrícula CEI com recolhimentos vinculados, além da existência de contabilidade regular das prestadoras, não teria constituído a NFLD ora analisada.

27. Às fls. 732 a 1085 do e-processo, constam documentos que a CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S/A havia protocolado em 14/06/2004, os quais compuseram o Anexo I, formado em 01/07/2004, no antigo formato em papel (anterior ao atual e-processo). Tais documentos são os mesmos analisados em diligência fiscal, vide fls. 372 a 375 do e-processo (na numeração antiga, fls. 330 a 333), a qual foi reproduzida no item 10 do relatório acima, de que faço excerto, como segue:

(...)

Em 14/06/2004, a empresa requereu juntada de documentos, os quais foram anexados aos autos em 01/07/2004, conforme termos de Abertura e Encerramento do Anexo I.

(...)

28. Conforme consta à fl. 730 do e-processo, a CBTU - CIA BRASILEIRA DE TRENS URBANOS não apresentou argumentos.

Em sua peça recursal, às fls. 1.280, a CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT E CONSTRUTORA QUEIROZ GALVÃO S/A, apresentam seu inconformismo com a decisão guerreada ao asserto de que as diligências fiscais realizadas nos autos estão equivocadas e perfilhadas de falhas e que, com isso, a improcedência da NFLD é situação que se impõe.

Em preliminar, propugna a primeira recorrente que haveria a necessidade do fiscal administrativo chegar a existência de encerramento de fiscalização com cobertura plena, posto que, assim, encontrar-se-ia procedimento fiscal referente ao mesmo período do que discutido nos presentes autos, o que levaria à improcedência desta NFLD.

Frisa que deveria ser levado em consideração que “*a presunção/arbitramento não pode prevalecer, devendo por certo, ser considerada a preponderância do ato fiscal consumado diretamente no contribuinte tido, na espécie, como o principal. No caso dos autos, as ações fiscais realizadas e encerradas nos contribuinte-recorrentes, a contar de 2005, e que tiveram análises contábeis, devem sim ser considerados como fatores caracterizados da total insubsistência desta NFLD*”. (palavra por palavra, fls. 1.283).

Em seguida, argui que, com as novas vias eletrônicas seria descabido a continuação da presente ação fiscal sem o cruzamento dos diversos fatores necessários, a saber, DIPJ, DIRF e GFIP, para que se culmine em uma análise justa do cenário sob julgamento. Para tanto, advoga no sentido de que a diligência ocorrida nos idos de 2005 não poderia (ou deveria) gerar efeitos em 2012/2013 – data da interposição do recurso ora em julgamento.

Ao adentrar no mérito, alega que as razões da d. Fiscalização, às fls. 372, no item 2.4, são contrárias às regras administrativas que são aplicáveis *in casu*. Assim, aponta que

“a partir do momento em que há reconhecimento de vinculação de determinados recolhimentos/GPS a uma específica obra ,É EVIDENTE QUE TAIS RECOLHIMENTOS DEVEM SER RECONHECIDOS COMO BONS PARA FINS DE ABATIMENTO E DE, QUIÇÁ, AFASTAMENTO TOTAL DA SOLIDARIEDADE MENSALMENTE IMPOSTA”. (fls. 1285)

Defende que se as GRPSs tem vinculação à obra, foram devidamente recolhidas e que se as empresas contratadas e prestadoras sustentam regularidade contábil, seria evidente a elisão da solidariedade entre as empresas, como disciplinavam as Ordens de Serviço referentes ao período da NFLD.

Salienta ainda que, incorre em erro o Fisco ao abater os recolhimentos de valores apurados por arbitramento, pleiteando que o certo seria excluir todas as competências recolhidas presentes na NFLD em debate (referentes a 04/2001 a 10/2001 e 12/2001), posto que haveria vinculação entre o DAD/Ret e as GPS.

Menciona também que a pretensão da Fazenda em fazer a aferição por arbitramento é equivocada, eis que o valor alcançaria valor sempre maior que o devido e, em decorrência disso, deveriam os valores efetivamente pagos servir não para o abatimento do que apurado por aferição na NFLD mas, sim para extinção das cobranças.

Assevera que *“para todos os fins de direito, as competências que têm GRPSs específicas, serem totalmente excluídas desta NFLD e não apenas ‘abatidas’, como indicado no posicionamento fiscal de 2005”.* (fls. 1.288)

Para sustento de sua tese, traz que estava vigente à época das obras a OS-INSS/DAF nº 165/97, com as alterações da OS-INSS/DAR nº 185/97, bem como as OS 203 e 209/99, além da Instrução Normativa nº 18/2000, dessa forma o percentual para aferição dos serviços faturados deveria ser de 12%, e não os 20% aplicados pela Fiscalização e mantidos pela d. DRJ.

Ao arremate, requer (i) a promoção de nova diligência fiscal para atualização dos históricos fiscais; (ii) que as competências com GRPS específicas devem ser excluídas da NFLD; (iii) alternativamente, requer que, se mantida alguma competência, devem ser observados os 12% das regras legais vigentes à época, e não os 20% aqui perpretado; e (iv) a consideração de que os recolhimentos relacionados à matrícula/CEI foram recolhidos à plenitude.

Requer portanto, o conhecimento e provimento do apelo.

A seguir, igualmente insatisfeita, apela a COMPANHIA BRASILEIRA DE TRENS URBANOS, e limita a reportar-se às Impugnações e Recursos anteriormente acostados nos quais confia ter logrado êxito em demonstrar a “injuridicidade” (fls. 1.328) da Nota Fiscal de Lançamento em testilha.

Reivindica o provimento do recurso.

Não há contrarrazões.

É o que cumpria relatar.

Voto

Conselheiro Jamed Abdul Nasser Feitoza - Relator

São recorrentes no presente processo a CBTU CIA BRASILEIRA DE TRENS URBANOS, CNPJ 42.357.483/000126 na condição de responsável solidária relacionada a construção civil, relacionadas a obras realizadas pelo CONSÓRCIO C. N. ODEBRECHT E C. QUEIROZ GALVÃO, CNPJ 04.234.701/000146, formado pelas empresas CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S/A, CNPJ 15.102.288/000263, e CONSTRUTORA QUEIROZ GALVÃO S/A, CNPJ 33.412.792/000322. (Fls 1280 a 1291).

Ambos os recursos foram tempestivamente interpostos, contudo, o recursos de fls. 1325 a 1339 merece considerações quanto a sua admissibilidade.

Insta, de plano, salientar que, por força do art. 17 do Decreto 70.235 considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante. A mesma lógica é aplicável aos Recursos, portanto, não merecem ser conhecidos temas não abordados na peça recursal.

A CBTU CIA BRASILEIRA DE TRENS URBANOS, CNPJ 42.357.483/000126 apresentou recursos em que disserta sobre a tempestividade, efeito suspensivo do recursos interposto, resumo da demanda e se reporta as impugnações de demais peças recursais.

Pelo disposto na legislação referente apenas as razões expostas nos recursos de fls. 1.325 a 1328 não merecem conhecimento uma vez que, não se deve considerar referência a documento diverso do recurso como manifestação válida. Por tal razão, voto por não conhecer o recurso de CBTU CIA BRASILEIRA DE TRENS URBANOS, CNPJ 42.357.483/000126.

Quanto ao recurso de fls Fls 1280 a 1291 interposto pelo CONSÓRCIO C. N. ODEBRECHT E C. QUEIROZ GALVÃO, CNPJ 04.234.701/000146, formado pelas empresas CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S/A, CNPJ 15.102.288/000263, e CONSTRUTORA QUEIROZ GALVÃO S/A, CNPJ 33.412.792/000322, voto por dele conhecer.

2. PRELIMINAR

2.1. OMISSÃO

Preliminarmente, argüem as recorrentes que houve omissão na decisão recorrida, uma vez que ela apenas fazia referências à diligência fiscal de fls. 372 a 375, sem, no entanto, incluí-la em suas razões de decidir de forma conclusiva, o que faria, a seu ver, com que a NFLD fosse fulminada pelo pagamento.

Afirma que existem nos autos, elementos suficientes para o reconhecimento da plena improcedência da NFLD, bem como que o processo, dos idos de 2005, não representa a atual realidade da empresa, seja de modo operacional ou processual, advogando que não há débito previdenciário hábil a ser lançado em sua conta.

Tal preliminar confunde-se com o próprio mérito da questão, e nessa condição será analisada.

2.2. PRELIMINAR DE INSUBSISTÊNCIA DA AÇÃO FISCAL

Ainda preliminarmente, alegam as recorrentes que se houvesse checagem, por parte da d. Fiscalização, acerca de procedimento fiscal no mesmo período de que trata a presente NFLD, ver-se-ia que o procedimento fiscal levado a efeito nos contribuintes, com a análise de todos os documentos comprobatórios necessários, afastariam a aplicação do lançamento, com mensuração por arbitramento ora combatido.

Nesse passo, sustenta que o arbitramento não deve prevalecer, tendo que ser levado em consideração a plena análise contábil, com o cruzamento das diversas informações eletrônicas feito pelas recorrentes, o que poria fim na presente NFLD.

Afiança que deveria haver atualização dos dados trazidos a julgamento por parte da Receita Federal, uma vez que os dados aqui analisados, dos idos de 2005, possam agora gerar efeitos jurídicos. Em conclusão, alega que com a vinda das informações atualizadas, o reconhecimento de improcedência do lançamento seria clara.

Mais uma vez a questão de confunde com o mérito e neste condição será analisada.

3. MÉRITO

3.1. DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

A d. DRJ entendeu estar clara a aplicabilidade do disposto no Código Tributário Nacional, art. 121, inciso II, bem como que do art. 30, inc. VI da Lei 8.212/91 contendo previsão expressa da responsabilidade solidária do contratante de obra de construção civil.

O recorrente argumenta que, uma vez tendo havido a vinculação de determinados recolhimentos (GPS) (fls. 372 do e-processo) a uma obra específica, seria o suficiente para a limitação ou, ainda, afastamento da solidariedade imposta.

Aponta que, se foram feitas GRPSs específicas e com vinculação à obra civil, a elisão deve ser evidenciada de pronto, posto que era o que determinada as Ordens de Serviços vigentes ao período da presente NFLD.

Asseverando que os recolhimentos feitos são fatores cabais para o "aniquilamento" da cobrança mensal pela elisão da solidariedade, propugna que todas as competências presentes da NFLD e ora em rejuízo devem ser excluídas.

Expôs em preliminar a existência de suposto procedimento fiscalizatório realizados nas empresas recorrentes abrangendo a totalidade do período, o que seria fundamento para elisão de responsabilidade solidária da CBTU. Sobre tal alegação, a mesma representa uma inovação na demanda, dada a ausência de tal argumentação na peça impugnatória.

Ainda que, em respeito a verdade material, tal argumentação fosse levada em consideração, não foi indicado pelos Recorrentes qualquer indicio de ocorrência dos citados procedimentos fiscais, nenhum número ou documento foi apresentando como indicio de que tal fiscalização, de fato ocorreu e se referiu a totalidade do período abrangido pela NFLD combatida.

Neste ponto, entendemos não assistir razão aos recorrentes, prevalecendo o entendimento explanado pela turma julgadora *a quo* quanto a existência de responsabilidade solidária.

A solidariedade está prevista no art. 124 do Código Tributário Nacional CTN (Lei 5.172/1966):

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I. as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II. as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

O artigo 128 do mesmo diploma legal dispõe que a lei pode atribuir de modo expreso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação:

Portanto, o contribuinte e o responsável tributário, no caso o recorrente, são solidários em relação à obrigação tributária, não cabendo, nos termos do parágrafo único do artigo 124 do CTN, benefício de ordem. Compete à Receita Federal do Brasil cobrar de qualquer um dos sujeitos passivos a satisfação da obrigação.

Conforme destacado no art. 30, VI da Lei n 8.212/1991, o proprietário, incorporador ou dono da obra não importa qual seja o tipo de contratação é solidário com o construtor pelo cumprimento das obrigações perante a previdência social. Assim, descreve o texto legal:

Art. 30. (...)

VI o proprietário, o incorporador definido na Lei n° 4.591, de 16 de dezembro de 1964, o 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; (Redação dada pela Lei 9.528, de 10.12.97)

Por sua vez, o Decreto n° 2.173, de 5/03/1997, vigente à época do fato gerador, assim dispunha em seu art. 43, *verbis*:

Art. 43. O proprietário, o incorporador definido na Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, o dono de obra ou o condômino de unidade imobiliária, qualquer que seja a forma de contratação da construção, reforma ou acréscimo, são solidários com o construtor nas obrigações para com a seguridade social, ressalvado o seu direito regressivo contra o executor ou contratante de obra, admitida a retenção de importância a este devida para garantia do cumprimento dessas obrigações.

§ 1º 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.

§ 2º Para efeito do disposto no parágrafo anterior, 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.

Assim, ao atribuir responsabilidade solidária pelo cumprimento da obrigação tributária, o legislador outorgou à autoridade previdenciária a possibilidade de cobrar a obrigação de qualquer dos solidários. A constituição do crédito tributário pode ocorrer tanto no prestador quanto no tomador de serviços.

Na mesma linha de fundamentação, não é outro o entendimento firmado pelo STJ, conforme ementa do acórdão no Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial Nº 1.177.895 RS:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS DEVIDAS PELOS EMPREGADOS, TRABALHADORES TEMPORÁRIOS E AVULSOS. CONSTRUÇÃO CIVIL. DONO DA OBRA E CONSTRUTOR OU EMPREITEIRO. SUBSTITUTOS TRIBUTÁRIOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA (SÚMULA 126/TRF ANTERIOR À PROMULGAÇÃO DA CF/88). RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA (CF/88 ATÉ A LEI 9.711/98). RESPONSABILIDADE PESSOAL DO TOMADOR DO SERVIÇO DE EMPREITADA DE MÃODEOBRA (LEI 9.711/98).

(...)

6. A responsabilidade tributária, quanto aos seus efeitos, pode ser solidária ou subsidiária (em havendo coobrigados) e pessoal (quando o contribuinte ou o responsável figura como único sujeito passivo responsável pelo recolhimento da exação).

7. Por oportuno, forçoso ressaltar que a solidariedade tributária não é forma de inclusão de terceiro na relação jurídica tributária, mas grau de responsabilidade dos coobrigados, sejam eles contribuintes ou contribuinte e responsável tributário, vale dizer: a responsabilidade de sujeitos passivos coobrigados (contribuintes entre si, responsáveis entre si ou contribuinte e

responsável) pode ser solidária ou subsidiária (notas de Mizabel Derzi na atualização da obra "Direito Tributário Brasileiro", de Aliomar Baleeiro, 11ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2000, pág. 729).

8. O artigo 124, do Codex Tributário, ao tratar da solidariedade na seara tributária, fixa que a mesma não comporta benefício de ordem (parágrafo único) quando se estabeleça entre as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal (inciso I) e entre as pessoas expressamente designadas por lei (inciso II), o que importa em evidente tautologia, uma vez que a inaplicabilidade do beneficium excussionis decorre da essência do instituto em tela.

9. Deveras, na obrigação solidária, deduz-se a unicidade da relação tributária em seu pólo passivo, autorizando a autoridade administrativa a direcionar-se contra qualquer dos coobrigados (contribuintes entre si, responsáveis entre si, ou contribuinte e responsável). Nestes casos, qualquer um dos sujeitos passivos elencados na norma respondem in totum et totaliter pela dívida integral.

10. Flagrante ausência de tecnicidade legislativa se verifica no artigo 134, do CTN, em que se indica hipótese de responsabilidade solidária "nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte" , uma vez cede-se que o instituto da solidariedade não se coaduna com o benefício de ordem ou de excussão. Em verdade, o aludido preceito normativo cuida de responsabilidade subsidiária.

11. Conseqüentemente, exsurge a necessidade de exame dos diplomas legais que regeram e que regem as relações jurídicas em comento, a fim de se identificar o(s) sujeito(s) passivo(s) eleito(s) pelo ente tributante legiferante e o grau de responsabilidade instituído entre os mesmos ou atribuído a um único sujeito passivo (contribuinte ou responsável).

12. É certo que a responsabilidade solidária prevista na legislação previdenciária abrange tanto as contribuições sociais devidas pela empresa (enquanto contribuinte, portanto), como aquelas decorrentes da substituição tributária (contribuições sociais devidas pela mão-de-obra contratada), sobressaindo, ao menos, 3 (três) regimes legais que subordinam o thema iudicandum .

13. Destacase, preliminarmente, o período anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, (...)

(...)

15. Outrossim, após a entrada em vigor da Constituição Federal, que reconheceu a natureza tributária das contribuições sociais devidas à Seguridade Social, o preceito normativo inserto no artigo 124, do CTN, passou a ser, indubitavelmente, aplicável à espécie, legitimando a interpretação de que era solidária a responsabilidade prescrita na Lei 3.807/60 e no Decreto 89.312/84, que expressamente dispunham sobre a responsabilidade tributária solidária entre os substitutos tributários (dono da obra/proprietário/condômino e executor/prestador/empreiteiro) quanto às contribuições sociais devidas pela mão-de-obra contratada e entre o substituto

(dono da obra/proprietário/condômino) e o contribuinte (executor/prestador/empreiteiro) quanto às contribuições sociais devidas pela empresa contratante da mão-de-obra.

16. Forçoso reconhecer que o referido regime sobreviveu à edição das Leis 8.212/91 e 9.528/97 (que enfatizou a inaplicabilidade, em qualquer hipótese, do benefício de ordem), findando com o início da produção dos efeitos da Lei 9.711/98, que se deu em 1º de fevereiro de 1999 (artigo 29).

17. Nesses moldes, multifários precedentes do STJ, que pugnam pela solidariedade da responsabilidade tributária, facultando ao ente previdenciário eleger o sujeito passivo de seu crédito tributário, observadas as normas referentes ao direito regressivo do contratante contra o executor, a possibilidade de prévia retenção pelo tomador de serviço e a possibilidade de elisão da responsabilidade tributária do prestador ante a comprovação de recolhimento prévio das contribuições, mediante retenção efetuada pela contratante (REsp 376.318/SC, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 05.02.2002, DJ 18.03.2002; AgRg no Ag 463.744/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 20.05.2003, DJ 02.06.2003; REsp 477.109/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19.08.2003, DJ 15.09.2003; AgRg no REsp 186.540/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 28.10.2003, DJ 15.12.2003; REsp 410.104/PR, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 06.05.2004, DJ 24.05.2004; REsp 623.975/RS, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 23.05.2006, DJ 19.06.2006; REsp 780.703/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 01.06.2006, DJ 16.06.2006; REsp 971.805/PR, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 06.11.2007, DJ 29.11.2007; e AgRg nos EDcl no REsp 375.769/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 04.12.2007, DJ 14.12.2007).

18. A Lei 9.711/98, entretanto, que introduziu a hodierna redação do artigo 31, da Lei 8.212/91 (terceiro regime legal que se vislumbra), instituiu técnica arrecadatória via substituição tributária (...)

(...)

22. Agravo regimental desprovido.

Mesmo após a diligência, não restou comprovada a totalidade dos pagamentos dos créditos lançados e uma vez excluída a parcela onde tal comprovação foi realizada, restou pendente uma série de outras obrigações inadimplidas e que, por consequência, geram a responsabilidade solidária. Em decorrência, votamos por não acolher as razões recursais neste ponto.

3.2. DO MÉTODO DE AFERIÇÃO

Aponta a recorrente que o método de aferição levado a cabo pela Fiscalização "beira o surrealismo" (fls. 1.286), eis que a aferição por arbitramento sempre alcançariam valores maiores daqueles efetivamente pagos.

Em tal ponto, ressalva que o pronunciamento fiscal, ao invés de extinguir as cobranças fiscais ora combatidas, devido aos valores pagos, apenas faz "abatimento" entre eles, o que, a seu ver, estaria totalmente equivocado.

A d. DRJ propõe, no ponto 36 (fls. 1.233), que a ação fiscal está autorizada pela legislação, artigo 33, § 3º da Lei nº 8.212/91.

Acerca do procedimento de aferição indireta, tem-se que a legislação previdenciária oferece à fiscalização mecanismos para lançar os valores devidos, utilizando como base de aferição o valor da nota fiscal de prestação de serviço, que contém a parcela referente à mão-de-obra utilizada.

De fato a ação fiscal foi realizada na tomadora, a base de cálculo foi apurada por aferição indireta, incidente sobre as notas fiscais de serviços emitidas pela prestadora, em procedimento previsto no § 3º do art. 33 da Lei nº 8212/1991, que dá à auditoria fiscal a prerrogativa de, ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, inscrever de ofício importância que reputarem devida, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário.

Em consequência, ao deixar de apresentar a documentação hábil a elidir a responsabilidade solidária nas respectivas competências, quais sejam, cópia da guia de recolhimento quitada e respectiva folha de pagamento elaborada distintamente pelo executor em relação a cada contratante, a recorrente não conseguiu fazer prova da quitação das contribuições previdenciárias incidentes sobre a mão-de-obra constante das notas fiscais de prestação de serviços, justificando, assim, a aplicação da aferição indireta pela fiscalização.

Desta feita, correto o lançamento do crédito previdenciário constante dos autos.

3.3. DA ALÍQUOTA APLICADA

Ressalta a apelante que a alíquota aplicada no patamar de 20% é abusiva e desarmoniza com a documentação dos autos (notadamente as guias de pagamento colacionadas a partir das fls. 741). Assevera que a alíquota correta seria de 12%, segundo art. 220, §3º, inc. II do Decreto nº 3.048/99.

O acórdão objurgado, em continuação do entendimento do Relatório Fiscal, aponta que o ora recorrente não teria juntado aos autos nada que pudesse elidir o lançamento e reformar os valores em testilha.

Ora, novamente os Recorrentes não lograram êxito em demonstrar por meio de documentos hábeis e idôneos a existência de inconsistências aptas a desqualificar a alíquota aplicada ou mesmo a base sobre a qual foi realizado o lançamento.

Em preliminar, alega que seria necessário promover uma atualização dos dados, o que demonstraria não haver qualquer crédito pendente de adimplemento, entretanto, caberia aos recorrentes promover a juntada de tais provas e assim demonstrar que a base de cálculo e alíquotas aplicadas seriam inadequadas a realidade fática, entretanto, não só deixou de fazer, como aquilo que juntou não comprova suas alegações.

Também neste ponto, votamos por negar provimento ao recurso.

Processo nº 35301.009087/2004-11
Acórdão n.º **2402-006.000**

S2-C4T2
Fl. 1.408

Conclusão

Por todo exposto votamos por não conhecer o Recursos da CBTU CIA BRASILEIRA DE TRENS URBANOS, CNPJ 42.357.483/000126, e por conhecer o Recurso do CONSÓRCIO C. N. ODEBRECHT E C. QUEIROZ GALVÃO, CNPJ 04.234.701/000146, formado pelas empresas CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S/A, CNPJ 15.102.288/000263, e CONSTRUTORA QUEIROZ GALVÃO S/A, CNPJ 33.412.792/000322 e no mérito negar-lhe provimento.

(assinado digitalmente)

Jamed Abdul Nasser Feitoza