



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 36402.001262/2003-67
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2202-009.435 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 6 de dezembro de 2022
Recorrente COMPANHIA BRASILEIRA DE TRENS URBANOS
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/04/1999 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.

ÔNUS DA PROVA. FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO. INCUMBÊNCIA DO INTERESSADO. IMPROCEDÊNCIA.

Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, não tendo ele se desincumbindo deste ônus. Simples alegações desacompanhadas dos meios de prova que as justifiquem revelam-se insuficientes para comprovar os fatos alegados.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento aos recursos.

(documento assinado digitalmente)

Mario Hermes Soares Campos - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Martin da Silva Gesto - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Sara Maria de Almeida Carneiro Silva, Ludmila Mara Monteiro de Oliveira, Sonia de Queiroz Accioly, Leonam Rocha de Medeiros, Christiano Rocha Pinheiro, Thiago Duca Amoni (suplente convocado), Martin da Silva Gesto e Mario Hermes Soares Campos (Presidente).

Fl. 2 do Acórdão n.º 2202-009.435 - 2ª Sejul/2ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 36402.001262/2003-67

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto nos autos do processo nº 36402.001262/2003-67, em face do acórdão nº 12-50.375 (fls. 711/738), julgado pela 14ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro I (DRJ/RJ1), em sessão realizada em 25 de outubro de 2012, no qual os membros daquele colegiado entenderam por julgar procedente em parte o lançamento.

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da DRJ de origem que assim os relatou:

“DO LANÇAMENTO

O presente lançamento refere-se à NFLD DEBCAD 35.537.512-5, que recebeu nova numeração, passando a consubstanciar o processo de nº COMPROT 36402.001262/2003-67, 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\$ 623.290,13, 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. 44/47 do e-processo, foi apurado com base no instituto da responsabilidade solidária, decorrente da obra de construção civil executada pelo CONSÓRCIO QUEIROZ GALVÃO E CAMARGO CORREA, CNPJ 02.492.780/0001-60, formado pelas empresas CONSTRUTORA QUEIROZ GALVÃO S/A, CNPJ 33.412.792/0003-22, e CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO CAMARGO CORREA S/A, CNPJ 61.522.512/000102.

3. Os serviços objeto deste lançamento foram prestados em cumprimento ao contrato 02098/DT, de acordo com o artigo 30, VI da Lei 8.212/1991, nas competências 04, 06 a 08, 11 e 12/1999; 04 e 12/2000; 04, 05, 09, 11 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. 02, 51, 173 e 174 do e-processo:

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

6.2. pelo CONSÓRCIO, em 21/07/2003;

6.3. pelas consorciadas, em 10/12/2003.

DA IMPUGNAÇÃO

7. O CONSÓRCIO contestou o lançamento em 05/08/2003 (fl. 54/111 do eprocesso), juntando cópias de comprovantes da capacidade postulatória, contrato de formação do consórcio, contrato de obra de construção civil, notas fiscais, GPS – Guia da Previdência Social, TEAF – Termo de Encerramento de Ação Fiscal, documentos referentes à medição da obra. Como razões de defesa, alega:

7.1. A autarquia previdenciária deve obedecer o Parecer CJ/MPAS nº 2.376/2000.

7.2. Não é somente através de guias específicas que se elide a solidariedade, através da aferição indireta, que viabiliza a percepção de compatibilidade entre a mensuração por arbitramento do salário-de-contribuição, com os recolhimentos apropriados pelo correspondente conta-corrente, também se inibe o lançamento por solidariedade, aliás, conforme preconiza o inciso II, § 3º do art. 220 do RPS (Decreto nº 3.048/99).

7.3. Independentemente da existência ou não de guias específicas, devem ser adotadas nestes autos providências a cargo do INSS, inclusive sob a ótica da Circular Conjunta nº 06/02, demonstrativas da impossibilidade de constituição de débitos por solidariedade como na espécie.

7.4. O CONSÓRCIO já foi fiscalizado com cobertura total, razão por demais suficiente a não poder ser constituído em seu desfavor débito por solidariedade.

7.5. O INSS deveria se valer adequadamente dos subsídios fiscais (arts 243 a 254 da IN INSS/DC nº 70/2002).

7.6. Entende assim ser correta a Circular, harmoniosa ao Parecer, que orienta as autoridades previdenciárias a promoverem o cruzamento para que se evite uma nova constituição de créditos já extintos, o que redundaria em indiscutível cobrança em duplicidade.

7.7. Face à existência de vícios materiais, comprovados através da documentação anexa, pede que seja determinada a baixa em diligência para verificação da totalidade das medições inerentes a obra.

7.8. Para comprovação dos recolhimentos, deve ser considerada a existência da matrícula CEI nº 159010182279.

8. Em 25/08/2003, a COMPANHIA BRASILEIRA DE TRENS URBANOS – CBTU, apresentou impugnação, vide fls. 114 a 117, juntando comprovantes de capacidade postulatória às fls. 118 a 165 do e-processo, alegando preliminarmente a tempestividade (por conta de greve da Previdência Social) e apresentando os argumentos a seguir:

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

8.2. 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.

8.3. 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.

8.4. 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.

8.5. 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

9. 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.

10. Em cumprimento à diligência solicitada, a Auditoria Fiscal elaborou informação concluindo pela retificação da competência 12/00 do crédito sob exame, vide fls. 203 e 204 do e-processo.

1 Trata-se de Parecer conclusivo a respeito da documentação acostada aos autos, conforme despacho de folha 173.

2 Considerando-se a documentação apresentada pelo devedor solidário em sua defesa esclarecemos que:

2.1 A fiscalização reconhece a vinculação das GPS anexadas aos autos às folhas 83 da competência 12/2000 no CNPJ do consórcio 02492780/0001-60 e na matrícula CEI 159010182279 com os serviços prestados objeto desta NFLD e retifica o débito, na forma abaixo especificada:

a) Retificam-se os valores lançados na competência 12/2000, conforme as tabelas a seguir:

(...)

b) Mantém-se o crédito lançado nas demais competências.

Rio de Janeiro, 01 de abril de 2004.

DA DECISÃO-NOTIFICAÇÃO N.º 17.401.4/0629/2004

11. Em 14 de julho de 2004, vide fls. 225 a 238 do e-processo, foi emitida a decisão em Primeira Instância, mediante a Decisão Notificação n.º 17.401.4/0629/2004, homologada em 28/07/2004, pela procedência parcial do lançamento, retificando-se o valor do Principal para R\$ 588.774,94, o qual, à época da referida retificação, após acréscimos legais, passou ao valor total de R\$ 996.614,65 (vide fls. 228 e 237 do eprocesso), de que se deu ciência às empresas e consórcio interessados em 05, 09 e 13/08/2004, vide fls. 239 a 245 do e-processo.

DO RECURSO

12. Em 03/09/2004, vide fls. 255 a 264 do e-processo, a COMPANHIA BRASILEIRA DE TRENS URBANOS – CBTU apresentou recurso, como segue:

12.1. 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.

12.2. 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.

12.3. 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.

12.4. 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.

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

13. Em 14/09/2004, vide fls. 275 a 288 do e-processo, a CONSTRUTORA QUEIROZ GALVÃO S/A e CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO CAMARGO CORRÊA S/A, componentes do CONSÓRCIO QUEIROZ GALVÃO/CAMARGO CORREA, apresentaram suas razões de recurso, como segue:

13.1. A NFLD foi lavrada em decorrência do contrato entre as Recorrentes para a construção do metrô de Recife (contrato 020/98DT), cujos recolhimentos foram realizados na CEI 159010182279. Tais recolhimentos não foram considerados pelo INSS.

13.2. O INSS calculou de forma exacerbada o salário de contribuição relativo à obra em questão, e rejeitou os cálculos e argumentos das contratadas na fase de defesa. A alíquota de 20% deve ser revista para patamares que retratem adequadamente a massa salarial envolvida no contrato.

13.3. O labor fiscal que concebeu este lançamento está precariamente realizado, pois não apropriou os valores recolhidos e existentes no conta-corrente da matrícula CEI específica. O INSS deve apreciar os documentos disponibilizados pelo contribuinte e que alterem significativamente o resultado do lançamento. Contesta as afirmativas da DN no sentido de que "a simples auditoria fiscal na prestadora não elide a responsabilidade solidária", haja vista que nesta auditoria toda a contabilidade do contribuinte é examinada, não podendo uma mera presunção se sobrepor à ação fiscal com cobertura plena. Requer a utilização do "subsídio fiscal" para que sejam minimizados os riscos de cobranças em duplicidade.

13.4. O presente lançamento está em flagrante duplicidade, pois as obrigações previdenciárias geradas na execução da obra contratada foram adimplidas pelos contribuintes responsáveis, o que torna ilegítima esta cobrança.

13.5. Comprova a regularidade contábil das empresas integrantes do consórcio construtor, e do próprio consórcio, o que tornaria impossível a constituição desta NFLD por solidariedade, como já foi reconhecido pelo INSS na própria DN.

13.6. Devem ser respeitados os ditames das OS 165/97, 203/99 e 209/99 e da IN 18/2000, e, com base nesses atos, apropriar os recolhimentos realizados para a obra contratada, observando-se o critério da proporcionalidade dos serviços para mensuração

do salário de contribuição, obedecendo ao disposto no §1º do art. 623, da IN INSS 100/03. Com base neste critério, restaria evidente que a alíquota de 20% deve ser retificada.

13.7. A não-retificação do lançamento implica constituir um lançamento revestido de incerteza e iliquidez, o que só traria prejuízo aos cofres previdenciários.

13.8. Destaca que toda a sua documentação está à disposição da Fiscalização, para a realização de análises e/ou diligências que se constate serem relevantes.

13.9. Requer a revisão da Decisão-Notificação, apropriando-se os recolhimentos na conta-corrente da CEI específica, e o processamento do recurso ao CRPS.

DA SEGUNDA DILIGÊNCIA FISCAL

14. Foram remetidos os autos à Auditoria Fiscal para apreciação dos novos documentos apresentados pelas empresas interessadas.

14.1. Às fls. 294 a 297 do e-processo (fls. 255 a 258 pela antiga numeração), foi juntado parecer conclusivo, em que a Auditoria Fiscal manifestou-se por nova retificação do lançamento, com base na nova documentação apresentada.

1 - Trata-se de Parecer conclusivo a respeito da documentação acostada aos autos, no Anexo I, e argumentos apresentados em fase de recurso, conforme despacho de folha 253.

2 - Verificamos de acordo com o despacho e FORCED, exarados em 01/04112004, às fls. 174 e 175, que o crédito foi retificado, considerando-se os valores recolhidos nas GPS apresentadas, à fl. 83, na competência 12/2000, no CNPJ do consórcio 02.492.780/0001-60, e na matrícula CEI 159010182279.

3 - Verificamos ainda que foram anexados, além das GPS consideradas, os seguintes documentos:

a) cópias das notas fiscais de serviços no. 17903 e 17904, emitidas pela Construtora Queiroz Galvão S.A., e das notas fiscais de serviços no. 1762 e 1763, emitidas pela Camargo Correa S.A., relativas à 31g. Medição do contrato 02098/DT, que serviram de base para o crédito apurado na competência 12/2000, juntamente com o respectivo boletim de medição discriminando os serviços prestados.

b) Boletim da 31ª Medição do contrato 02098/DT, discriminando os serviços prestados, juntamente com o Boletim de Reajustamento da medição.

4 - Foram anexados os seguintes documentos, no Anexo I, em fase de recurso:

a) cópia autenticada de declaração da Construtora Queiroz Galvaº S.A., de que possui escrituração contábil regular, firmada pelo contador em 29/07/2004.

b) cópias autenticadas de balanços patrimoniais de 1998, 1999, 2000, 2001 da Camargo Correa S.A, sem qualquer evidência de que tenham sido extraídos de livros diários devidamente formalizados.

c) cópias de balancetes da Camargo Correa S.A,

5 - Durante a fiscalização, utilizamos, para a aferição das bases de cálculo, o percentual de 20% sobre o valor das notas fiscais, uma vez que havia a previsão contratual de fornecimento de materiais, sem discriminação de tais parcelas nas notas fiscais e sem a apresentação das respectivas medições de serviços, conforme o art. 76 da IN 69/2002, vigente à época de apuração do crédito.

6 - Em análise aos documentos apresentados, verificamos que a 31ª Medição apresentada, correspondente às notas fiscais que serviram de base para a apuração do crédito na competência 12/00, deverá ser considerada para fins de retificação da base de cálculo apurada nessa competência, conforme a planilha a seguir, onde utilizamos os percentuais estabelecidos no art. 77 da IN • 69/2002, vigente à época de apuração do crédito.

(...)

6.1 - Com base na medição apresentada, consideramos, para a retificação da base de cálculo apurada, os percentuais de 6%, 18% e 20%, respectivamente para os serviços de terraplenagem, obras de arte especiais e drenagem.

6.2 - Quanto aos demais serviços discriminados na medição, foi mantido o percentual de 20%, uma vez que, pela análise dos documentos apresentados (notas fiscais e medições), não foi possível constatar de forma inequívoca a utilização de meios mecânicos na execução de tais serviços, o que ensejaria a aplicação de percentual reduzido.

7 - Considerando-se a nova base de cálculo apurada conforme a medição apresentada, bem como as guias de recolhimento já consideradas em retificação anterior, o crédito deverá ser retificado devendo permanecer no crédito os saldos calculados conforme a planilha a seguir:

(...)

8- Do exposto, concluímos pela retificação parcial do crédito da seguinte forma: a) A competência 12/00 deverá ser retificada parcialmente, reduzindo-se o valor da base de cálculo apurada, conforme FORCED em anexo.

b) As demais competências permanecem inalteradas.

9 - Segue FORCED para a retificação do crédito.

Rio de Janeiro, de novembro de 2004.

DO ADITIVO AO RECURSO

15. Em 18/11/2004, vide fls. 305 a 370, a CONSTRUTORA QUEIROZ GALVÃO S/A e CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO CAMARGO CORRÊA S/A, componentes do CONSÓRCIO QUEIROZ GALVÃO/CAMARGO CORREA, apresentaram mais documentos e razões a serem apreciados como aditivo de recurso.

DA TERCEIRA DILIGÊNCIA FISCAL

16. Às fls. 377 a 380 do e-processo, a Auditoria Fiscal manifestou-se após a análise dos documentos apresentados, como segue:

1 - Trata-se de Parecer conclusivo a respeito da documentação acostada aos autos, conforme despacho de folha 331.

2 - Considerando-se a documentação apresentada pelo devedor solidário em sua defesa esclarecemos que:

2.1 - A fiscalização reconhece a vinculação das GPS anexadas aos autos das competências 04/99 (fls.271), 06/99 (fls.275), 07/99 (fls.279), 08/99 (fls. 285), 11/99 (fls. 289 e 290), 12/99 (fls. 294 e 296), 04/00 (fls. 303), 04/01 (fls. 313), 09/01 (fls. 321), 05/01 (fls. 317) no CNPJ do consórcio 02492780/0001-60 e nas competências 04/99 (fls.273), 06/99 (fls. 277), 07/99 (fls. 282) 08/99 (fls. 287), 11/99 (fls. 292), 12/99 (fls. 298), 04/00 (lis. 305), 05/01 (fls. 319), 09/01 (fls. 323), 11/01 (fls. 325) e 12/01

(fls. 327) na matrícula CEI 159010182279 com os serviços prestados objeto desta NFLD e retifica o débito, na forma abaixo especificada:

a) Retificam-se parcialmente os valores lançados nas competências 06/99, 07/99, 08/99, 11/99, 12/99, 04/00, 04/01, 05/01, 09/01 e 12/01, conforme as tabelas a seguir:

(...)

c) Mantém-se a retificação parcial da competência 12/00 conforme especificado no despacho de fls. 258, item “a” e FORCED de fls. 255. (grifado)

3 - Segue FORCED para a retificação do crédito, conforme discriminado nos itens a e b acima.

Rio de Janeiro, 04 de janeiro e 2005.

DAS CONTRARRAZÕES

17. Em 21/01/2005, vide fls. 382 a 389 do eprocesso, foi apresentado o termo de CONTRARRAZÕES N.º 17.401.4/0020/2005.

DO NOVO ADITIVO DE RECURSO

18. Em 07/04/2005, vide fls. 391 a 392 do eprocesso, a CONSTRUTORA QUEIROZ GALVÃO S/A e CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO CAMARGO CORRÊA S/A, componentes do CONSÓRCIO QUEIROZ GALVÃO/CAMARGO CORREA, apresentou, como novo 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 8.212/1991.

DO ACÓRDÃO 04a CaJ/1362/2005

19. Em 24/06/2005, vide fls. 393/403, foi proferido o Acórdão 04ª CaJ/1362/2005, em que restou anulada a NFLD.

DO PEDIDO DE REVISÃO DO ACÓRDÃO 04a CaJ/1362/2005 20. Em 26/09/2005, vide fls. 404 a 407 do eprocesso, foi feito pedido de revisão do Acórdão 04ª CaJ/1362/2005, do qual foi feita a ciência às interessadas, junto com a ciência do próprio Acórdão, em 11/10/2005 e 10/10/2005, vide fls. 408 e 414.

DOS PEDIDOS DE DEVOLUÇÃO DO DEPÓSITO RECURSAL.

21. Às fls. 409 a 411 do eprocesso, a CONSTRUTORA QUEIROZ GALVÃO S/A e CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO CAMARGO CORRÊA S/A, componentes do CONSÓRCIO QUEIROZ GALVÃO / CAMARGO CORREA, face ao Acórdão 04ª CaJ/1362/2005, apresentaram pedido de devolução do depósito recursal efetuado, vide fl. 310 do eprocesso.

21.1. Em 27/09/2010, vide fls. 483 a 487 do eprocesso, foi reapresentado pedido de devolução do depósito recursal.

DA NEGATIVA AO PEDIDO DE REVISÃO DO ACÓRDÃO 04ª CaJ/1362/2005

22. Em 10/03/2006, vide fls. 433/436 do eprocesso, foi emitido o Despacho 04ª CaJ nº 137/2006 indeferindo o pedido de revisão do Acórdão 04ª CaJ/1362/2005.

DO PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO DO DESPACHO 04ª CaJ Nº 137/2006

23. Em 30/01/2007, vide fls. 441 a 444 do eprocesso, foi formulado novo pedido de revisão, uma vez que sobreveio fato novo, consubstanciado no Enunciado nº 29, do

Conselho Pleno do CRPS, editado pela Resolução nº 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. 445, 448 e 455.

DA MANIFESTAÇÃO CONTRA O PEDIDO DE REVISÃO DO ACÓRDÃO 04a CaJ/1362/2005

24. Em 14/03/2007, vide fls. 457 a 460 do eprocesso, a CONSTRUTORA QUEIROZ GALVÃO S/A e CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO CAMARGO CORRÊA S/A, componentes do CONSÓRCIO QUEIROZ GALVÃO/CAMARGO CORREA apresentaram suas razões contrárias ao pedido de revisão formulado pelo Contencioso Administrativo da Secretaria da Receita Previdenciária contra o Acórdão 04ª CaJ/ 1362/2005.

24.1. A CBTU não se manifestou, conforme termo de fl. 461 do eprocesso. DO DESPACHO Nº 205406/2008 DA QUINTA CÂMARA DO SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

25. Em 31/07/2008, vide fls. 463 a 470 do eprocesso, foi emitido o Despacho nº 205406/2008 pela Quinta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, acolhendo o pedido de revisão do Acórdão 04ª CaJ/ 1362/2005.

DO ACÓRDÃO 20501.286 DA QUINTA CÂMARA DO SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

26. Em 04/11/2008, vide fls. 472 a 480 do eprocesso, foi proferido o Acórdão 20501.286 da Quinta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes anulando a decisão de primeira instância (Decisão Notificação n.º 17.401.4/0629/2004), nos seguintes termos:

(...)

Analizando o mérito do lançamento fiscal verifica-se que foi lançado com base na responsabilidade solidária descrita no artigo 30, inciso VI da Lei n.º 8.212/91, para o período descontínuo de 04 /1999 a 12/2001. Os salários de contribuição foram aferidos com base nas notas fiscais e prestação de serviços emitidas para a empresa tomadora, no percentual de 20%. Ocorre que após a apresentação das defesas por parte das devedoras solidárias, o processo foi baixado em diligência, o que resultou na retificação do crédito lançado (fls. 174,193/196) e emissão da Decisão-Notificação de Lançamento Procedente em Parte.

Cientificadas da Decisão, as devedoras apresentaram recurso, anexando documentos para comprovar recolhimentos havidos.

Novamente, o processo é baixado em diligência e o crédito retificado, fls. 255/258 e 332/338. A DRP apresenta as contrarrazões e o processo é remetido à segunda instância administrativa.

Pelo exposto, verifico que antes de proferida a decisão recorrida, foi determinada a realização de diligência o que foi cumprido, resultando relatório conclusivo sobre a matéria e o crédito retificado.

Entretanto, às recorrentes não foi oferecida oportunidade de resposta sobre o resultado da diligência que rebateu as suas alegações com argumentos que lhe eram desconhecidos. Irregularidade esta que considero insanável, uma vez que somente no prazo para interposição do recurso voluntário conheceram dos fatos e esclarecimentos apresentados no relatório de diligência.

(...)

Feitas estas considerações, entendo que a decisão recorrida deve ser anulada, uma vez que prolatada sem que os contribuintes tivessem a oportunidade de se manifestar, regularmente, em relação à informação fiscal carreada aos autos pelo fisco.

Saliento, também, como já disse, que ocorreram uma segunda e terceira retificação do crédito em sede recursal, que da mesma forma, não foram comunicadas aos devedores solidários, antes da remessa à segunda instância administrativa.

Nesse sentido, entendo que a decisão proferida (Decisão-Notificação nº 17.401.4/0629/2004) é nula, por cerceamento ao direito de defesa, com fulcro no art. 59, do Decreto nº 70.235/72, abaixo transcrito.

(...)

Pelo exposto, Voto por CONHECER do PEDIDO DE REVISÃO da Receita Previdenciária e resolvo RESCINDIR o Acórdão anterior e ANULAR a Decisão-Notificação devendo ser conferida ciência aos recorrentes do resultado das diligências fiscais de fls. 174; 256/258 e 335/338, DADR, fls. 193/196, abrindo-lhes prazo de quinze dias para manifestação e posterior emissão de nova Decisão. (grifei)

26.1. Em 18/02/2011 e 21/02/2011, vide fls.497 a 502 do eprocesso, foi dada a ciência do Acórdão 20501.286

— 5ª Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, de 04/11/2008, e das folhas 174; 193 a 196; 256 a 258 e 335 a 338 (tais folhas receberam a numeração 203, 225 a 228, 295 a 297 e 377 a 380 do eprocesso).

DA IMPUGNAÇÃO

27. Retornando o processo ao julgamento em primeira instância administrativa, apresentaram a CONSTRUTORA QUEIROZ GALVÃO S/A e CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO CAMARGO CORRÊA S/A, componentes do CONSÓRCIO QUEIROZ GALVÃO/CAMARGO CORRÊA, pedido de dilação de prazo, fl. 503, em 09/03/2011, e sua impugnação de fls. 505 a 518, em 10/03/2011 (cópia às fls. 519 a 531, juntada em 17/03/2011). Como razões, alegam:

27.1. 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.

27.2. A necessidade de apresentação ao contribuinte dos valores atualizados deste lançamento previdenciário.

27.3. A necessidade de ser analisada a presente NFLD em conjunto com a NFLD 35.464.3118, dada a nítida conexão processual que ostentam.

27.4. 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.

27.4.1. 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 jun/99 a set/01 e dez/01, que têm GRPSs específicas, deveriam ser excluídas por completo da NFLD, e não apenas 'abatidas', como indicado no posicionamento fiscal de 04/jan/2005, não remanescendo quaisquer valores a cobrar.

27.5. Destaca que, se o Fisco houvesse atentado às alíquotas determinadas nas OS INSS/DAF n.ºs 165/97, 185/97, 203 e 209/99, e na IN 18/00, nos correspondentes períodos de vigência de cada um destes comandos normativos, além da existência de matrículas CEI com recolhimentos vinculados e a existência de contabilidade regular das prestadoras, não teria constituído a NFLD ora analisada.

27.6. O determinado no § 1º, do art. 623, da INDN/INSS 100/03 deixa claro o exagero do emprego da alíquota de 20% pela Auditoria Fiscal para apurar o salário de contribuição, já que para obras com o emprego de maquinário pesado a alíquota correta a empregar seria 12%, sem prejuízo de poder ser considerado o critério da proporcionalidade dos serviços, tal qual argumentado e mensurado no âmbito da NFLD 3118.

28. Conforme consta à fl. 534 do eprocesso, a CBTU CIA BRASILEIRA DE TRENS URBANOS não apresentou argumentos.

29. Às fls. 538 a 551 do eprocesso, verificam-se as providências adotadas pela Administração Pública quanto ao pedido de devolução do depósito recursal.

30. É o relatório.”

Transcreve-se abaixo a ementa do referido julgado:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/04/1999 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.”

Inconformada, a contribuinte apresentou recurso voluntário, às fls. 801/804, enquanto que a solidária apresentou recurso às fls. 754/767, nos quais reiteram as alegações expostas em impugnação quanto ao que foram vencidas.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Martin da Silva Gesto, Relator.

Os recursos voluntários foram apresentados dentro do prazo legal, reunindo, ainda, os demais requisitos de admissibilidade. Portanto, entendo por conhecê-los.

Tendo em vista do disposto no § 3º do art. 57 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015 – RICARF, adoto os fundamentos da decisão recorrida abaixo transcritos:

PRELIMINARES

31. A impugnação é tempestiva e reúne os demais requisitos de admissibilidade. Portanto, dela conheço.

32. Em respeito aos Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa, considerarei neste voto como argumentos de impugnação os argumentos e documentação apresentados pelas empresas interessadas ao longo de todo o presente processo.

33. Conforme já mencionado no subitem 25.1 acima, em 18/02/2011 e 21/02/2011, vide fls.497 a 502 do e-processo, junto com a cópia do Acórdão 20501.286/2008, as empresas interessadas receberam cópias de todos os resultados das diligências fiscais, conforme informado nas folhas 174; 193 a 196; 256 a 258 e 335 a 338 (tais folhas receberam a numeração 203, 225 a 228, 295 a 297 e 377 a 380 do e-processo), resultados esses que foram reproduzidos nos itens 10, 10.1 e 16 do relatório acima; tendo as interessadas, portanto, ciência dos montantes excluídos do lançamento, por competência.

33.1. Assim sendo, entendo protelatório o pedido de confecção de novos cálculos, o qual indefiro.

34. Em relação ao pedido de apresentação de provas a posteriori, o contribuinte tem o prazo de 30 dias para apresentação de defesa e documentos que a informem, prazo este definido nos arts. 15 e 16, § 4º, do Decreto 70.235/1972, só podendo ser prorrogado nos termos do referido parágrafo, o que não foi comprovado pelas peticionárias.

34.1. Intimadas do lançamento, todas as empresas interessadas exerceram seu direito de defesa e ao contraditório, em conformidade com o art. 5º, LV, Constituição da República/88, sendo notório que, após tão grande movimentação processual e tanto tempo decorrido, houve tempo e oportunidade de sobeja para apresentarem aos autos todos os documentos de que dispunham para defender suas razões.

34.2. Indefiro, portanto, o pedido de nova apresentação de provas.

MÉRITO

35. A NFLD 35.464.3118 refere-se a período não considerado neste julgamento. Portanto, indefiro o pedido de análise em conjunto.

36. Uma vez que o lançamento, cuja ciência às interessadas deu-se em 02/07/2003 (CBTU), 21/07/2003 (CONSÓRCIO) e 10/12/2003 (CONSORCIADAS), reporta-se ao período de 04/1999 a 12/2001, prazo inferior a cinco anos, independentemente da forma utilizada em sua contagem, não há que se falar em decadência ou prescrição, como alegado na defesa.

37. Conforme o Parecer/CJ Nº 2.376, de 21 de dezembro de 2000, o ordenamento jurídico não veda a possibilidade de existência de mais de um crédito sobre a mesma obrigação tributária. O que não pode ser admitido é a cobrança de um débito já pago.

37.1. Dessa forma, uma vez que a própria Auditoria Fiscal notificante confirmou a inexistência de parte do crédito lançado, nos termos das diligências de fls. 203 e 204, 294 a 297 e 374 a 380 do e-processo, de início faço as retificações indicadas nas mesmas, passando a analisar somente o crédito tributário que se manteve após esse procedimento.

Assim, tem-se:

(planilhas de fls. 726/732)

(*) Embora não apareça no DADR anexo a este Acórdão, o efeito das exclusões somadas nas colunas C e D é o mesmo de excluir R\$ 214.251,65 da base de cálculo (salário de contribuição), como comandado pelo FORCED de fl. 294 do eprocesso e indicado na coluna B.

(**) Seguindo a mesma linha de raciocínio, embora não apareça no DADR anexo a este Acórdão, o efeito das exclusões somadas nas colunas C e D é o mesmo que remanescer a base de cálculo de R\$ 137.911,34 (que é a diferença dos salários de contribuição de A e B.

37.2. Passo agora à análise do crédito tributário remanescente às retificações instruídas pela Auditoria Fiscal.

Do Instituto da Responsabilidade Solidária

38. A auditoria fiscal procedida na empresa tomadora dos serviços está fundamentada no princípio do investigatório, o qual dispõe que no ato de fiscalização o auditor solicita esclarecimentos, informações e documentos, colhendo, se for o caso, as provas necessárias para constituição do crédito tributário. A empresa fiscalizada, por não ter apresentado à fiscalização os documentos necessários à elisão da responsabilidade solidária, teve lavrado contra si, então, o presente lançamento.

38.1. A alegação da empresa de que os débitos originariamente são de responsabilidade da prestadora acaba por ser inócua, visto que o instituto da responsabilidade solidária dá ao Poder Público a possibilidade de efetuar o lançamento contra o responsável, que também sofre a sujeição passiva na forma do art. 121 do Código Tributário Nacional, a seguir:

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

(...)

II responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

38.1.1. A lei acima referida pelo Código Tributário Nacional é a própria 8.212/91, em seu art. 30, inciso VI, que prevê expressamente a responsabilidade solidária do contratante de obra de construção civil, exatamente da forma como procedeu a fiscalização e em perfeita harmonia com as normas gerais ditadas pelo CTN.

38.1.2. Observo que todas as empresas envolvidas na prestação dos serviços de construção civil em questão foram chamadas a manifestar-se, o que fizeram com toda a liberdade de apresentar razões e documentos, sendo estes examinados e considerados, provocando os efeitos relatados nos itens 10, 14.1 e 16 do relatório acima. Assim sendo, embora a diligência não seja necessária previamente à apuração de crédito previdenciário baseado no instituto da responsabilidade solidária, visto que o inciso VI do art. 30 da Lei nº 8.212/91 estabelece que nestes casos não se aplica o benefício de ordem, uma vez trazidos aos autos documentos que se alega serem elisivos, tais documentos devem, como foram, ser examinados, o que se deu mediante diligências fiscais.

38.1.3. Com o fim de explicar a desnecessidade de diligência prévia nas prestadoras de serviços, nos lançamentos por responsabilidade solidária, é oportuno transcrever o voto do relator Octávio Pereira de Mello Macedo em recurso apreciado pela 4ª CAJ (Câmara de Julgamento) em face da NFLD 32.145.962-8, de cujo texto extraímos as passagens, aqui pertinentes, a seguir transcritas.

(..) A solidariedade em matéria de custeio previdenciário é aquela ditada pelo art. 124, inciso II e § único do CTN, qual seja, a solidariedade passiva paritária, onde qualquer um dos interessados pode ser chamado a solver o débito, e não a responsabilidade passiva dependente, como almeja a notificada, sendo esta dependente do não pagamento

da obrigação principal pelo sujeito passivo direto. Na solidariedade passiva paritária, como o próprio nome indica, cada um dos sujeitos vinculados ao fato gerador da obrigação responde integralmente pelo seu cumprimento, sem que haja benefício de ordem(..)".

"(...) A obrigação contributiva, independentemente do instituto a ser aplicado, mantém o fato gerador e a base de cálculo inalterados, vez que a contribuição é específica, oriunda da realização do trabalho e incidente sobre o salário de contribuição, sua base de cálculo (...). A incidência da contribuição previdenciária ditada pelo inciso I do art. 195 da Constituição Federal de 1988 e pelo art. 22 da Lei 8.212/91 não se restringe propriamente aos salários, como alegado, mas às verbas que possuem cunho salarial, quais sejam, aquelas decorrentes da prestação dos serviços, vez que, contrariamente ao entendimento manifestado pela empresa em sua defesa, o fato gerador da contribuição previdenciária 6, e sempre foi, não o valor da folha de salários ou folha de pagamentos, mas a efetiva prestação de serviços, ou seja, o trabalho não gratuito efetivamente realizado, sendo o valor pago ou creditado apenas uma forma de medição desse trabalho e parâmetro adotado para a incidência da contribuição, vez que muito mais facilmente aferido do que a quantidade de trabalho realizado, além de já ser expresso em moeda corrente, não carecendo, portanto, de conversão da quantidade da energia despendida na realização do trabalho para o valor monetário da contribuição a ser recolhida, inerente ao trabalho realizado. Portanto, a folha de salários não é, nem nunca foi, o fato gerador da contribuição, mas apenas um parâmetro cômodo e adequado para a apuração do valor constitutivo da base de cálculo da contribuição (...)" No mesmo sentido dispõe o art. 201, § 11 da CF/88. Tal mandamento amplia o conceito de base de cálculo das contribuições previdenciárias, não permitindo, por óbvio, sua restrição apenas aos valores declarados em folhas de pagamentos. "(...) Esta a razão pela qual o conceito de salário de contribuição, ou base de cálculo da contribuição previdenciária, se deu na forma disposta no art. 28 da Lei 8.212/91.

Assim, enquanto vigerem o inciso I do art. 195, como também o § 11 do artigo 201 da CF/88, a base de cálculo sobre a qual incide a contribuição /4 mencionada é aquela conceituada no art. 28 da Lei 8.212/91, independentemente da documentação utilizada na sua aferição, vez que são equivalentes e correspondem ao trabalho realizado cuja contraprestação é representada pelos valores pagos a esse título, normalmente incluídos na folha de pagamentos ou folha de salários, como denominou a Carta, mas apurável através de meios indiretos, como a quantidade de mão-de-obra contida em notas fiscais de serviços(...). A solidariedade tratada (...) na Lei 8212/91 é aquela que permite ao INSS, após a ocorrência do fato gerador, cobrar a contribuição do responsável solidário, sem benefício de ordem. Ocorre que a lei previdenciária, ao tratar da matéria, muniu o responsável solidário de todos os instrumentos necessários à elisão da solidariedade, quer através da apresentação de guia de recolhimento vinculada à nota fiscal de serviços ou fatura, acompanhada de elementos que demonstrem a mão-de-obra utilizada, no caso, cópia da folha de pagamento inerente àqueles trabalhos, quer pela retenção de parte do valor do serviço até que o prestador forneça à empresa tomadora os elementos necessários à sua elisão. Sob tal prisma é que devem ser analisados os fatos e mandamentos legais pertinentes 6 matéria(...). Ora, pelo que dita a lei, sem margens a interpretações outras que não a literal, em face da matéria, vez que trata dos procedimentos específicos a serem adotados, se a tomadora dos serviços não exige a apresentação de guia de recolhimento quitada, vinculada à nota fiscal ou fatura, bem assim a folha de pagamento pertinente, todas por cópia autenticada, mesmo tendo a lei fornecido os meios para obter tais elementos, então a empresa tomadora dos serviços apenas optou por assumir a obrigação contributiva por solidariedade, não havendo de alegar a existência de qualquer ilegalidade quando da cobrança do quantum devido ao INSS".

38.2. O art. 124 do Código Tributário Nacional (Lei 5.172 de 25/10/1966) já fazia, desde 1966, a vedação ao benefício de ordem nas obrigações tributárias decorrentes da solidariedade, conforme segue:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

(...)

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

38.3. Temos que a solidariedade tributária, prevista no inciso II do artigo 124 do Código Tributário Nacional não se presume, sendo uma decorrência legal. Ademais, registre-se que tal instituto não comporta o benefício de ordem. Desse modo, não procede a alegação da defendente de que primeiro deveria o débito ser apurado nas prestadoras.

38.4. Reforça o procedimento adotado no lançamento, no tocante à sua correção, o entendimento consagrado na Nota Técnica PG/CCAR n.º 169/96, cujos excertos pertinentes reproduzo a seguir:

"4. Segundo Bernardo Ribeiro de Moraes (in, Compêndio de Direito Tributário, Vol. 2, ed. Forense, p. 303), 'nada impede que, numa relação jurídica, inclusive tributária, haja uma pluralidade de sujeitos passivos, compreendendo vários deveres. A relação jurídica é una, a mesma, mas nela concorrem mais de um devedor, cada um obrigado à mesma dívida por inteiro. O crédito tem por sujeito passivo duas ou mais pessoas, dirigindo-se a pretensão do credor contra as duas ou mais pessoas. Pode-se dizer, então, que há solidariedade tributária passiva quando os diversos devedores respondem, simultaneamente, pela obrigação tributária. Há uma pluralidade de devedores vinculados ao cumprimento da obrigação tributária, isto é, de um único vínculo tributário. Cada um dos devedores se considera devedor único da obrigação. A solidariedade traz, assim, maior vantagem para o credor, seja para facilitar a cobrança ou para a execução.

8. (...) b) O tomador da mão-de-obra (coobrigado solidário nos termos do art. 31 da lei n.º 8212/91) não pode se esquivar do lançamento apresentando como defesa o benefício de ordem, o que pode ocorrer apenas em juízo, nos casos específicos de responsabilidade (solidariedade dependente), de acordo com o art. 49, § 39, da Lei n.º 6.830/80. Nada impede que apenas o tomador seja notificado e executado, exatamente por isto o citado artigo permite que o tomador retenha importâncias devidas ao cedente de mão-de-obra, a fim de garantir o cumprimento da obrigação tributária."

38.4.1. Registre-se que a transcrição acima também se aplica perfeitamente à hipótese do art. 30, inciso VI, da Lei 8212/91.

38.4.2. Às fls. 294 a 297 do e-processo, verifica-se que a Auditoria Fiscal considerou os percentuais determinados no art. 77 da IN DC/INSS 69/2002.

38.5. Quanto ao argumento de que as notas fiscais incluem não só os serviços, mas também materiais e equipamentos, deve-se ressaltar que todos os comprovantes de recolhimento vinculados aos serviços de construção civil já foram considerados nos termos das diligências de fls. 203, 225 a 228, 295 a 297 e 377 a 380 do e-processo, como visto nos itens 10, 14.1 e 16 do relatório acima, sendo considerada a existência da matrícula CEI nº 159010182279.

39. Observa-se ter ocorrido na defesa uma interpretação equivocada do inciso II, § 3º do art. 220 do Regulamento da Previdência Social RPS, ao concluir que é possível a elisão da solidariedade sem a apresentação de guias específicas.

39.1. Dispõe o RPS, aprovado pelo Decreto 3.048/1999:

Art.220. O proprietário, o incorporador definido na Lei nº 4.591, de 1964, o dono da obra ou condômino da unidade imobiliária cuja contratação da construção, reforma ou acréscimo não envolva cessão de mão-de-obra, são solidários com o construtor, e este e aqueles 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.

§ 1º Não se considera cessão de mão-de-obra, para os fins deste artigo, a contratação de construção civil em que a empresa construtora assuma a responsabilidade direta e total pela obra ou repasse o contrato integralmente.

§ 2º O executor da obra deverá elaborar, distintamente para cada estabelecimento ou obra de construção civil da empresa contratante, folha de pagamento, Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações A Previdência Social e Guia da Previdência Social, cujas cópias deverão ser exigidas pela empresa contratante quando da quitação da nota fiscal ou fatura, juntamente com o comprovante de entrega daquela Guia.

§ 3º A responsabilidade solidária de que trata o caput será elidida:

I - pela comprovação, na forma do parágrafo anterior, do recolhimento das contribuições incidentes sobre a remuneração dos segurados, incluída em nota fiscal ou fatura correspondente aos serviços executados, quando corroborada por escrituração contábil; e (grifei)

II – pela comprovação do recolhimento das contribuições incidentes sobre a remuneração dos segurados, aferidas indiretamente nos termos, forma e percentuais previstos pelo Instituto Nacional do Seguro Social. (grifei)

III - pela comprovação do recolhimento da retenção permitida no caput deste artigo, efetivada nos termos do art. 219. (Inciso acrescentado pelo Decreto nº 4.032, de 26/11/2001)

39.2. Quanto ao primeiro inciso do parágrafo terceiro em tela, não há dúvidas. Já quanto ao segundo inciso, a defesa entende que seria uma hipótese em que não seria necessária a guia específica.

39.2.1. A aplicação de percentuais previstos na legislação previdenciária sobre o valor da nota fiscal de serviço, fatura ou recibo de empreitada somente ocorre se não houver escrituração contábil, mesmo quando a empresa estiver desobrigada da apresentação, ou quando a contabilidade não espelhar a realidade econômico-financeira da empresa por omissão de qualquer lançamento contábil ou por não registrar o movimento real da remuneração dos segurados a seu serviço, do faturamento e do lucro.

39.2.2. Assim, somente se a empreiteira fiscalizada se enquadrar numa das hipóteses descritas no parágrafo anterior é que podemos utilizar o inciso II, § 3º do art. 220 do RPS. Num caso de tal natureza, haveria que ser aplicada a norma prescrita no item 27.2 da Ordem de Serviço INSS/DAF nº 165/97:

27.2 Havendo nota fiscal emitida por contratada sem escrita contábil, mesmo que legalmente dispensada, o contratante será responsabilizado pela diferença das contribuições, se a GRPS apresentada não contiver salário-de-contribuição correspondente aos percentuais mínimos previstos no Título V

39.2.3. Ademais, vale registrar que os percentuais incidem sobre o valor da nota fiscal de serviço, fatura ou recibo de empreitada e que o respectivo recolhimento também deve ser específico.

40. Outra razão de defesa é que o CONSÓRCIO já foi fiscalizado, motivo pelo qual o crédito sob julgamento estaria sendo lavrado em duplicidade.

40.1. No direito previdenciário a responsabilidade solidária somente é elidida se for comprovado pelo executor o recolhimento das contribuições incidentes sobre a

remuneração dos segurados incluída em nota fiscal ou fatura correspondente aos serviços executados; ou seja, comprovantes de recolhimento específico (§§ 2º e 3º, art. 43 Regulamento da Organização e do Custeio da Seguridade Social, aprovado pelo Decreto nº 2.173/97 e § 3º I, art. 220 Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto 3.049/99).

40.2. Portanto, a simples auditoria fiscal previdenciária na prestadora não elide a responsabilidade solidária prevista no art. 30, VI da Lei nº 8.212/91, com redação vigente à época de ocorrência do fato imponible. A responsabilidade solidária tem regras próprias que devem ser seguidas, tais como a confecção de guias e folhas de pagamento específicas capazes de atestar plenamente a regularidade das contribuições relativas àquele contrato de prestação de serviços. Não há sobreposição de uma presunção a uma atividade fiscal, mas tão somente o cumprimento de uma prerrogativa da fiscalização de lançar créditos caso se verifique, posteriormente, a existência de novos fatos capazes de ensejar tal lançamento.

40.3. Ainda que determinado período tenha sido fiscalizado (vide fl. 79 do e-processo), nada impede que a entidade autárquica previdenciária apure outros valores devidos e não lançados.

40.4. Nesta esteira, no final da fiscalização, o Auditor Fiscal emite o Termo de Encerramento da Auditoria Fiscal — TEAF, no qual ressalva que o INSS se reserva no direito de, a qualquer tempo, cobrar as importâncias que venham a ser consideradas devidas para o período fiscalizado, decorrente de fatos apurados posteriormente a data de encerramento da auditoria fiscal. Este termo, outrora, já fora chamado de Termo de Encerramento da Ação Fiscal (TEAF).

41. Quanto ao argumento de que a correta utilização de subsídio fiscal, nos termos dos arts. 243 a 254 da IN INSS/DC nº 70/02, evitaria a duplicidade de levantamento de créditos, observo que o subsídio fiscal visa, dentre outros, confrontar informações resultantes de ação fiscal, favorecer a possível constatação de sonegação e de fraude, cadastrar e controlar, por meio eletrônico, as empresas e evitar a duplicidade no levantamento de débitos. A linha de pensamento das impugnantes encaminha-se para defender a necessidade de se aplicar o benefício de ordem na apuração do débito, o que não encontra amparo na legislação tributária e previdenciária.

41.1. Trata-se de controle interno da atividade fiscalizatória, sem, entretanto, escusar o contribuinte do seu dever legal, aqui tratado inciso VI, Art. 30 da Lei nº 8.212/91, conforme relatório fiscal. Ademais, o contribuinte não pode alegar falta ou utilização de um documento que sequer lhe é enviado, sendo controle da atividade fiscal.

41.2. O cuidado que teve a Auditoria Fiscal de expurgar todos os valores de recolhimentos vinculados aos serviços de construção civil que foram comprovados nos autos, vide diligências de fls. 203, 225 a 228, 295 a 297 e 377 a 380 do e-processo, itens 10, 14.1 e 16 do relatório acima, afasta por si mesmo a alegação de duplicidade de lançamentos.

Observo que tal análise incidiu, inclusive, sobre documentos informativos das razões de recurso.

42. Isto posto, considero que o lançamento foi lavrado em conformidade com a legislação regente, sendo expurgado dos valores já recolhidos, conforme documentos trazidos aos autos pelas empresas interessadas.

Portanto, concordando com os termos da decisão de primeira instância administrativa e não tendo as recorrentes apresentado novas razões que pudessem alterar o entendimento deste julgador, encaminho meu voto pela negativa de provimento dos recursos

voluntários, adotando como minhas razões de decidir a decisão da DRJ de origem no tocante aquilo que se considerou como procedente o lançamento.

Cabia às recorrentes apresentar a prova de suas alegações. Simples alegações desacompanhadas dos meios de prova que as justifiquem revelam-se insuficientes para comprovar os fatos alegados. No caso, a exceção da matéria que a DRJ de origem entendeu pela procedência parcial do lançamento, não verifico que as recorrentes tenham feito prova de suas alegações.

Assim, não sendo provado o fato constitutivo do direito alegado pelas recorrentes, com fundamento no artigo 373 do CPC e artigo 36 da Lei nº 9.784/99, não deve ser dado provimento aos recursos ora em análise. Ocorre quem no processo administrativo fiscal, tal qual no processo civil, o ônus de provar a veracidade do que afirma é do interessado, *in casu*, das recorrentes.

Produção de provas.

Requer a contribuinte a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente a juntada de documentos e, as que mais se fizerem necessárias.

Desse modo, produção de provas, diligências, perícia e afins são indeferidas, com fundamento no art. 18 do Decreto nº 70.235/1972, com as alterações da Lei nº 8.748/1993, por se tratar de medidas absolutamente prescindíveis já que constam dos autos todos os elementos necessários ao julgamento.

A solicitação para produção de provas não encontra amparo legal, uma vez que, de modo diverso, o art. 16, inciso II do Decreto 70.235/72, com redação dada pelo art. 1º da Lei 8.748/93, determina que a impugnação deve mencionar as provas que o interessado possuir, de modo que o *onus probandi* seja suportado por aquele que alega. Descabe, portanto, a inversão do ônus da prova pretendida pelo recorrente, sendo tal requerimento inferido.

Conclusão.

Ante o exposto, voto por negar provimento aos recursos.

(documento assinado digitalmente)

Martin da Silva Gesto - Relator