MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

PROCESSO	**10909.003471/2009-46**
ACÓRDÃO	2301-011.364 – 2ª SEÇÃO/3ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	9 de julho de 2024
RECURSO	EMBARGOS
EMBARGANTE	CONSELHEIRA FLAVIA LILIAN SELMER DIAS
INTERESSADO	SUPERINTENDÊNCIA DO PORTO DE ITAJAÍ E FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2005

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Havendo omissão, contradição, obscuridade ou lapso manifesto, os embargos de declaração devem ser acolhidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, acolher os embargos de declaração sem efeitos infringentes para, sanando os vícios apontados de omissão, rerratificar o Acórdão de nº 2301-010.869, complementando a motivação do voto com a apreciação da alíquota aplicável às notas fiscais, mantendo a negativa de provimento do recurso voluntário.

Sala de Sessões, em 9 de julho de 2024.

Assinado Digitalmente

FLAVIA LILIAN SELMER DIAS – Relatora

Assinado Digitalmente

DIOGO CRISTIAN DENNY – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Flavia Lilian Selmer Dias, Vanessa Kaeda Bulara de Andrade, Honório Albuquerque de Brito (Substituto), Paulo César Mota, Rodrigo Rigo Pinheiro, Diogo Cristian Denny (Presidente).

DOCUMENTO VALIDADO

RELATÓRIO

Trata-se de Embargos de declaração proposto pela relatora do voto vencedor em face do Acórdão nº 2301-010.869, para sanar omissão quanto à apreciação dos motivos alegados pela recorrente. O Acórdão embargado está assim ementado:

> ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
>
> Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2005
>
> RETENÇÃO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RESPONSABILIDADE PELO RECOLHIMENTO.
>
> O instituto da retenção de que trata o art. 31 da lei nº 8.212/91, na redação dada pela lei nº 9.711/98, configura-se como hipótese legal de substituição tributária, na qual a empresa contratante assume o papel do responsável tributário pela arrecadação e recolhimento antecipados do tributo em nome da empresa prestadora, ficando diretamente responsável pela importância que deixou de receber ou que tenha arrecadado em desacordo com a lei.
>
> No Recurso Voluntário apresentado pela contribuinte foi requerido:
>
> > Ante o exposto requer seja recebido e processado o presente Recurso, para no mérito dar-lhe provimento, a fim de reformar a r. decisão de primeiro grau, julgando-se procedente as impugnações em virtude dos fundamentos expostos.
>
> Já o pedido feito na impugnação requereu:
>
> > Ante o exposto de fato e de direito, requer seja reformado o auto de infração guerreado para o fim de que sejam reconhecidos:
> >
> > a) os pagamentos já efetuados pelas contribuintes, conforme documentos por elas apresentados que anexamos;
> >
> > b) bem como, o arbitramento da base de cálculo (mão de obra) em 35%(trinta e cinco por cento) da nota fiscal de serviço consoante disposto no artigo 159, § 1 o , inciso V da IN/INSS/DC n.° 100 de 18.12.2003;
> >
> > (...)
> >
> > Portanto, deve ser reformado o auto de infração reconhecendo se como valor correto do saldo devedor R$ 126.026,29 (cento e vinte e seis mil, vinte e seis reais, e vinte e nove centavos), sem atualização monetária e juros de mora que devem apurados pela autoridade fiscal.
> >
> > (grifos não originais)
>
> Verifica-se que o voto da Relatora analisou os argumentos quanto aos pagamentos (item "a" do pedido) e deu provimento, todavia, restou vencida pelo voto da maioria do colegiado.

DOCUMENTO VALIDADO

> Já em relação ao suposto erro na base de cálculo (item "b" do pedido), o tema não foi trazido pela Relatora nem apreciado pelo colegiado.

O embargo foi admitido pelo presidente da Turma.

É o relatório.

VOTO

Conselheira **FLAVIA LILIAN SELMER DIAS**, Relatora

Mérito

Verificou nos autos do processo que foram apresentados dois motivos que, segundo a recorrente, eram suficientes para alterar o valor do crédito tributário lançado.

A primeira alegação é da necessidade de compensação dos valores pagos por terceiros, para os quais era obrigada a reter à contribuição social no momento de pagamento dos serviços contratados.

Esta alegação foi apreciada pelo colegiado que, por maioria de voto negou provimento ao recurso voluntário, vencida a Relatora que dava provimento.

A segunda alegação feita pela contribuinte na impugnação, e reapresentada no recurso, diz respeito ao suposto erro no arbitramento da percentagem de mão de obra, considerado no lançamento, para determinar a base de cálculo do tributo lançado de ofício.

Aduz a recorrente que na contratação da mão de obra teve também a utilização de equipamentos para execução do serviço. Assim o percentual correto **não seria os 50% utilizados pela fiscalização, mas de 35%** nos termos do art. 159, §1, V da IN INSS nº 100, de 2003. Afirma que o valor dos equipamentos não integra a base de cálculo do valor que deveria ter sido retido, pois havia um contrato de dragagem.

Essa alegação não foi apreciada no Acórdão proferido, evidenciando a omissão.

Alíquota aplicável

Segundo o relatório fiscal, o contrato e a nota fiscal não especificam qual é a parte do pagamento que se refere à mão de obra e qual é parte que se refere à utilização dos equipamentos, todavia, como se tratava de execução de serviços cuja utilização de equipamento era inerente, aplicou-se o valor mínimo (50%) previsto no art. 159 da IN INSS nº 100, de 2003:

> 2 . O contrato e notas fiscais **não especificam o valor da mão de obra e material**, no entanto, **por se tratar de serviços contratados em que a utilização de equipamentos é inerentes à execução dos mesmos aplicou-se o percentual mínimo de cinqüenta por cento do valor bruto da nota fiscal**, conforme artigo 159 da IN Instrução Normativa INSS/DC n° 100 de 18/12/2003 e artigo 149 da IN 03 de 14/07/2005.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

Já a decisão de piso entendeu que havia previsão no contrato do uso de equipamentos, ainda que não tenha havido o percentual da sua aplicação, concluído que não se aplicam os percentuais do §1º, mas os do caput do art. 159 da IN 100, de 2003:

> Vê-se que, nas redações vigentes à época dos fatos geradores, a base de cálculo distinta do valor mínimo genérico de 50% para as atividades contratadas pelo impugnante **somente poderiam ser reduzidas se a utilização de equipamentos fosse inerente à execução dos serviços contratados mas não estiver previsto em contrato**. Queremos crer que da leitura dos contratos, **a utilização de draga** por sistema de injeção de água ("water injection" auto propelida) **estava prevista nos contratos**. No aditivo 22/00, é citado que a contratada à época seria a "única detentora da patente dos equipamentos utilizados na efetivação da dragagem, objeto do contrato ADHOCnº016/99, de 200499". Tal interpretação inviabiliza, a nosso ver, a incidência nos parágrafos primeiros dos citados artigos, resultando na manutenção do percentual escolhido pela auditoria.

Prevê a legislação que embasou o lançamento:

> Instrução Normativa INSS/DC 100/2003:
>
> Art. 159. Quando o fornecimento de material ou a utilização de equipamento próprio ou de terceiros, exceto o manual, **estiver previsto em contrato, mas sem discriminação dos valores de material ou equipamento,** a base de cálculo da retenção corresponderá, no mínimo, a:
>
> I **cinqüenta por cento do valor bruto da nota fiscal**, da fatura ou do recibo de prestação de serviços;
>
> II trinta por cento do valor bruto da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços para os serviços de transporte passageiros, cujas despesas de combustível e de manutenção dos veículos corram por conta da contratada;
>
> III sessenta e cinco por cento quando se referir à limpeza hospitalar e oitenta por cento, quando se referir às demais limpezas, aplicados sobre o valor bruto da nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços.
>
> §1º **Se a utilização de equipamento for inerente à execução** dos serviços contratados, **mas não estiver prevista em contrato**, a base de cálculo da retenção corresponderá**, no mínimo, a cinqüenta por cento do valor bruto da nota fiscal**, da fatura ou do recibo de prestação de serviços, observando-se, no caso da prestação de serviços **na área da construção civil**, os percentuais abaixo relacionados:
>
> I pavimentação asfáltica: dez por cento;
>
> II terraplenagem, aterro sanitário e dragagem: quinze por cento;
>
> III obras de arte (pontes ou viadutos): quarenta e cinco por cento;
>
> IV drenagem: cinqüenta por cento;

DOCUMENTO VALIDADO

V demais serviços realizados com a utilização de equipamentos, exceto manuais: trinta e cinco por cento.

§2º Quando na mesma nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços constar a execução de mais de um dos serviços referidos nos incisos I a V do § 1º deste artigo, cujos valores não constem individualmente discriminados na nota fiscal, na fatura, ou no recibo, deverá ser aplicado o percentual correspondente a cada tipo de serviço conforme disposto em contrato, ou o percentual maior, se o contrato não permitir identificar o valor de cada serviço.

Instrução Normativa SRP 3/2005, na redação vigente à época:

Art. 150. Os valores de materiais ou de equipamentos, próprios ou de terceiros, exceto os equipamentos manuais, **cujo fornecimento pela contratada esteja apenas previsto em contrato**, desde que discriminados na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços, não integram a base de cálculo da retenção, **devendo o valor desta corresponder no mínimo a**

I - **cinqüenta por cento do valor bruto da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços**;

II - trinta por cento do valor bruto da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços para os serviços de transporte passageiros, cujas despesas de combustível e de manutenção dos veículos corram por conta da contratada;

III - sessenta e cinco por cento quando se referir à limpeza hospitalar e oitenta por cento quando se referir aos demais tipos de limpezas, do valor bruto da nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços.

§ 1º Se a utilização de equipamento for inerente à execução dos serviços contratados, **mas não estiver prevista em contrato**, a base de cálculo da retenção corresponderá, no mínimo, a cinqüenta por cento do valor bruto da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços, desde que haja a discriminação de valores nestes documentos, observando-se, no caso da prestação de **serviços na área da construção civil**, os percentuais abaixo relacionados

I dez por cento para pavimentação asfáltica;

II quinze por cento para terraplenagem, aterro sanitário e dragagem;

III quarenta e cinco por cento para obras de arte (pontes ou viadutos);

IV cinqüenta por cento para drenagem;

V trinta e cinco por cento para os demais serviços realizados com a utilização de equipamentos, exceto os manuais.

§2º Quando na mesma nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços constar a execução de mais de um dos serviços referidos nos incisos I a V do § 1º deste artigo, cujos valores não constem individualmente discriminados na nota fiscal, na fatura, ou no recibo, deverá ser aplicado o percentual correspondente a

DOCUMENTO VALIDADO

> cada tipo de serviço, conforme disposto em contrato, ou o percentual maior, se o contrato não permitir identificar o valor de cada serviço.
>
> §3º Aplica-se aos procedimentos estabelecidos neste artigo o disposto nos § § 1º e 2º do art. 149.
>
> (grifos não originais)

A legislação que regia o assunto na época dos fatos geradores, tinha duas regras:

- Quando **o equipamento estava previsto no contrato**, mas sem informação do percentual e/ou sem a informação do percentual na nota fiscal, aplicavam-se os percentuais do caput do art. 159 da IN 100 de 2003.
- Quando **o equipamento não estava previsto no contrato**, mas pelas condições de execução a sua utilização era inerente ao serviço, no caso de serviço na área de construção civil, aplicavam-se os percentuais de I a V do §1ºdo mesmo artigo.

A análise da decisão de piso foi no sentido que havia a previsão do equipamento no contrato:

> Os contratos juntados às folhas 24 a 59 tratam do seguinte:
>
> Contrato 015/05: 1.1.
>
> O objeto da presente contratação consiste na execução permanente durante os 12 (doze) meses por ano de dragagem do leito do Rio Itajaí-Açu, no Porto de Itajaí pela CONTRATADA, **utilizando draga com injeção de água**, visando garantir as condições de navegabilidade na bacia de evolução, canal interno e canal externo, obedecendo as larguras e sobrelarguras das vias navegáveis do porto, nas dimensões e profundidades previstas no Anexo II Planta Geométrica, e nos termos do Anexo I Projeto Básico deste Contrato.

Neste caso concreto, não se aplica o percentual de 35% previsto no §1º do art. 159 da IN 100, de 2003 nem o previsto no §1º do art 150 da IN 3, de 2005, solicitado pelo contribuinte, mas sim o percentual de 50% considerado pelo Fiscal.

Conclusão

Por todo o exposto, voto por ACOLHER os EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, sem efeitos infringentes para, sanando os vícios apontados de omissão, rerratificar o Acórdão de nº 2301-010.869, sanando os vícios apontados de omissão, complementando a motivação do voto com a apreciação da alíquota aplicável às notas fiscais, sem efeitos infringentes, mantendo a negativa de provimento do recurso voluntário.

Assinado Digitalmente

FLAVIA LILIAN SELMER DIAS

DOCUMENTO VALIDADO