



Processo nº	12259.000723/2008-21
Recurso	Voluntário
Acórdão nº	2301-010.103 – 2ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de	06 de dezembro de 2022
Recorrente	SOBREMETAL RECUPERACAO DE METAIS LTDA
Interessado	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/07/2000 a 31/08/2005

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIA. MATÉRIA NÃO IMPUGNADA. NÃO CONHECIMENTO

Os limites da lide submetidas à apreciação do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF são dados pelos motivos de fatos e de direito submetidos à apreciação da primeira instância de julgamento. A manifestação de inconformidade deve conter todos, nos termos do art. 14, III do Decreto nº 70.325, de 1972. As matérias não contestadas explicitamente quando da apresentação da manifestação de inconformidade são consideradas não impugnadas, no termos do art. 17 do mesmo Decreto, e não podem ser apreciadas na segunda instância de julgamento.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/2000 a 31/08/2005

RETENÇÃO 11% SOBRE NOTAS FISCAIS DE SERVIÇOS PRESTADOS EM EMPREITADA DE MÃO-DE-OBRA.

A teor do art. 31, § 4º, III da Lei 8.212/91, na redação da Le 9.711/98, a empresa é obrigada a reter 11% sobre o valor bruto dos serviços contidos na nota fiscal e prestados pela contratada, mediante empreitada de mão-de-obra.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/07/2000 a 31/08/2005

DECADÊNCIA. STF. INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS. LEI 8.212/91

O Supremo Tribunal Federal, através da Súmula Vinculante nº 08, declarou inconstitucionais dos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24/07/91, devendo ser aplicadas as regras do Código Tributário Nacional.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer em parte do recurso, não conhecendo da matéria preclusa, e dar-lhe parcial provimento para reconhecer a decadência dos períodos até 07/2001, inclusive.

(documento assinado digitalmente)

Joao Mauricio Vital - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Flavia Lilian Selmer Dias - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Monica Renata Mello Ferreira Stoll, Wesley Rocha, Flavia Lilian Selmer Dias, Fernanda Melo Leal, Mauricio Dalri Timm do Valle, Joao Mauricio Vital (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão Notificação nº 17.401.4/0326/2007 que julgou parcialmente procedente o NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO – NFLD DEBCAD nº 37.025.833-9. A referida Decisão está assim ementada:

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. RETENÇÃO 11% SOBRE NOTAS FISCAIS DE SERVIÇOS PRESTADOS EM EMPREITADA DE MÃO-DE-OBRA CONSTITUCIONALIDADE/LEGALIDADE. DECADÊNCIA

A teor do art. 31, § 4º, III da Lei 8.212/91, na redação da Le 9.711/98, a empresa é obrigada a reter 11% sobre o valor bruto dos serviços contidos na nota fiscal e prestados pela contratada, mediante empreitada de mão-de-obra.

É de 10 (dez) anos o prazo para apuração e constituição do crédito previdenciário, conforme artigo 45 da Lei nº 8.212/91, competindo exclusivamente ao Poder Judiciário decidir sobre matéria relativa a constitucionalidade/ legalidade.

REVISÃO DO LANÇAMENTO. INTELIGÊNCIA DO ART. 145, I c/c ART. 149, VIII, AMBOS DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

O lançamento pode ser revisto quando for constatada matéria de fato que altere a natureza quantitativa do crédito tributário Inexistência de ofensa ao princípio de proteção da confiança do contribuinte quando a revisão não for derivada do *error iuris* e minorar o *quantum debeatur*.

LANÇAMENTO PROCEDENTE EM PARTE

O crédito tributário lançado, correspondente ao período de 07/2000 a 08/2005, refere-se à não retenção de 11% sobre o valor bruto das notas fiscais emitidas por empresas prestadoras de serviços em empreitada de mão-de-obra, nos termos do art. 31 da Lei nº 8212, de 1991 (Relatório Fiscal e-fls. 76 a 90)

Na mesma ação fiscal foram lavrados os seguintes documentos:

- AI 37.025.835-5 – Omissão de Fato Gerador em GFIP

- NFLD 37.025.827-4 – Rubricas de folha de pagamento
- NFLD 37.025.828-2 – Salários indiretos – processo nº 12259.000791/2008-91 – recurso voluntário julgado em 2016 dando provimento parcial para reconhecer decadência até 08/2001, inclusive.
- NFLD 37.025.829-0 – Salário Educação
- NFLD 37.025.830-4 – Prestação de Serviço por Cooperativa de Trabalho
- NFLD 37.025.831-2 – Vale transporte
- NFLD 37.025.832-0 – Retenção 11% cessão de mão-de-obra – processo nº 12259.000610/2008-26 – recurso voluntário julgado em 2016 dando provimento à aplicação da multa mais benéfica.
- NFLD 37.025.833-9 – Retenção 11% Empreitada (presente processo)
- NFLD 37.025.834-7 – Retenção 11% Serviços de Transporte – processo nº 12259.000700/2008-17 – acórdão de impugnação julgou parcialmente procedente e não houve apresentação de recurso voluntário.

A ciência do lançamento foi em 11/09/2006 (e-fl. 230).

A impugnação foi apresentada em 22/09/2006 (e-fls. 234 a 263), alegando a extinção do MPF, decadência, falta de motivação, retenções sobre as empreitadas contratadas, excesso de exação, vinculação entre o termo de arrolamento e o auto de infração lavrado e, para cada prestadora de serviço lançada, os motivo que considera errado o lançamento.

A fiscalização apresentou relatório às e-fls. 1713 a 1725 sobre os documentos apresentados pela impugnante.

O Acórdão apreciou a impugnação (e-fls. 1.737 a 1.753) e decidiu por acolher parcialmente a impugnação apresentada, retificando valores dos lançamentos.

O contribuinte tomou ciência do Acordão do julgamento de primeira instância em 08/05/2007 (e-fl. 1.758). Em 01/06/2007, apresentou Recurso Voluntário anexado às e-fls. 1.760 a 1771.

O recurso alega decadência, que existe prestadores optantes pelo Simples não se sujeitam às regras de retenção por cessão de mão-de-obra, que parte dos prestadores houve erro no cálculo da base de cálculo das retenções e que há prestador com comprovação de recolhimento o que afastaria a cobrança na tomadora do serviço.

É o relatório.

Voto

Conselheira Flavia Lilian Selmer Dias, Relatora.

Admissão do Recurso

O recurso é tempestivo e atende às demais condições de admissibilidade, portanto, merece ser conhecido.

Preliminar

Decadência

Com a declaração da inconstitucionalidade dos artigo sobre prescrição e decadência da Lei nº 8.212, de 1991, as contribuições previdenciárias passaram a ter seus prazos decadenciais contados da forma do art. 150 e 173, todos do Código Tributário Nacional - CTN.

O art. 150, §4º do CTN prescreve a forma mais benéfica de contagem do prazo decadência. Aplicada aos tributos submetidos à sistemática de apuração por homologação para os quais houve pagamento do tributo, ainda que parcial, e não haja comprovação de dolo, fraude ou simulação, o início da contagem do prazo de 5 (cinco) anos é antecipado e começa a correr do fato gerador do tributo. Tal disposição é aplicada como exceção.

A regra geral de contagem do prazo decadencial está inserida no art. 173, I do CTN, que posterga o início da contagem a partir do primeiro dia do exercício subsequente ao qual o lançamento poderia ter sido realizado.

No caso concreto a NFLD foi lavrada para constituir o crédito tributário nas competências 07/2000 a 08/2005. Há reconhecimento no auto de pagamento parcial (DAD e-fls. 05 a 13). A ciência do lançamento ocorreu em 11/09/2006 Assim, **estão decaídas, na forma do art. 150,§4º do CTN, as competências de 07/2000 a 07/2001, inclusive.** Permanece válido o lançamento para as competência de 08/2001 a 08/2005.

Com isso, de acordo com o quadro à fls. 78, estão totalmente decadentes os lançamentos de:

- E07 - CONSTRUTORA E PAVIMENTADORA CONCIVIL
- E09 - TRN ENGENHARIA, CONSTRUÇÕES E MONTAGENS LTDA
- E10 - KREVAL MONTAGENS INDUSTRIAIS LTDA

E parcialmente decaído o lançamentos de:

- E01 - J. SASAKI ENGENHARIA LTDA

Mérito

O contribuinte apresente recurso voluntário contestando o lançamento do crédito tributário para os seguintes prestadores de serviços:

Optantes pelo Simples

- GUSTAVO PISSARI ME – prestador optante pelo Simples;

Contratos com segregação de material e mão-de-obra

- MASCARENHAS BARBOSA – ROSCOE CONSTRUÇÕES S/A
- CONSTRUTORA E PAVIMENTADORA CONCIVIL
- ENGEXATA ENGENHARIA
- TRN ENGENHARIA, CONSTRUÇOES E MONTAGENS LTDA
- KREVAL MONTAGENS INDUSTRIAIS LTDA.

Prestadores que apresentaram folhas de pagamento GPS

- J. SASAKI ENGENHARIA LTDA.
- ENGEPLUS ENGENHARIA E CONSPLTORIA LTDA.
- CONSTRUTORA E INCORPORADORA CAPAZ LTDA
- SOTREL ENGENHARIA S/A
- CONSTRUTORA AMARQ LTDA.

Optante pelo Simples

Segundo o relatório fiscal, para o prestador JANDREY GUSTAVO PISSARI ME, não houve apresentação de contrato, assim a base de cálculo da retenção foi de 100% do valor bruto das notas fiscais de serviço, mas foi considerado parte do valor retido e recolhido a menor

Na impugnação foi alegado a adesão ao Simples Nacional do prestado de serviço.

O relatório da diligência alega que a exclusão por ser optante do SIMPLES só se aplicaria até as retenções de competência 08/2002 e a retenção é da competência 07/2004.

A decisão de piso salientou que o §único do art. 142 da IN SPR nº 03, de 2005, dispõem que a dispensa só alcança o período até 08/2002.

A recorrente argumenta novamente que os prestadores optantes pelo Simples não estão sujeitos à regra de retenção por cessão de mão-de-obra e cita julgado do STJ sobre o assunto.

Até a publicação da IN RFB nº 938 de 2009, as prestadoras, ainda que optantes pelo regime de tributação na forma do simples, estavam obrigadas à retenção, exceto pelo período de exclusão a IN SPR nº 03/2005, que não é o caso.

Logo está correto o lançamento correspondente a prestadora de serviço JANDREY GUSTAVO PISSARI ME.

Contrato com segregação de Material e Mão de obra

Segundo o relatório fiscal, para a prestadora MASCARENHAS BARBOSA – ROSCOE CONSTRUÇÕES S/A, foi apresentado contrato e há previsão contratual de utilização de equipamentos, mas não havia discriminação dos valores em contrato nem nas notas fiscais. Assim a base de cálculo também foi 100% do valor bruto das notas fiscais, reduzida dos recolhimentos realizados.

Na impugnação é alegado que havia previsão do fornecimento de materiais e havia discriminação dos valores relativo à mão-de-obra e materiais, assim pede a aplicação do art. 158 da IN 100, de 2003, que determina a dedução de tais valores da base de cálculo.

O relatório fiscal da diligência aponta que foi reconhecido pela fiscalização a existência da cláusula contratual mas que **não foi apresentada nota fiscal com a discriminação dos valores de equipamentos fornecidos e que as notas fiscais apresentadas (fls. 557 a 563) também não discriminam valores.**

Já para a empresa ENGEXATA ENGENHARIA, o relatório fiscal afirma foi apresentado contrato e há previsão de utilização de equipamentos e que a retenção deverá ser 35% do valor bruto da nota fiscal, reduzida do recolhimentos feitos.

Na impugnação é alegado que há discriminação na nota fiscal dos valores devidos à título de equipamento e de mão-de-obra, motivo pelo qual a retenção deveria ser somente sobre a parcela de mão-de-obra.

No relatório da diligência é informado que

8.1 O contrato estipula que 0 prazo do serviço é de duas semanas e que o preço por semana é de R\$ 5.000,00 (fl. 939). Logo, o valor total do serviço deveria ser de R\$ 10.000,00. Estipula ainda que o valor da mão-de-obra é de R\$ 732,20 (fl. 939). Entretanto, a nota fiscal 416 (fl. 943), que foi objeto deste lançamento, apresenta um valor bruto de R\$ 24.546,00.

8.2 Conclui-se então que não há a correspondência entre um contrato no valor de R\$ 10.000,00 e uma nota fiscal no valor de R\$ 24.546,00. 8.2 Portanto, conclui-se que o contrato apresentado não deve considerado. Considera-se que a utilização de equipamentos é inerente à realização deste serviço e por isso a base de cálculo considerada foi de 35% do valor bruto da nota fiscal. Assim, a alegação referente a esta prestadora não foi acolhida e não há nenhuma exclusão a ser feita.

A decisão recorrida reafirma o que o relatório de diligência apontou que não há erro na mensuração da base de cálculo.

No recurso foi argumentado que o art 149 a 151 da IN 03/2005, apresentariam 4 (quatro) cenários diversos:

CENÁRIO 1: Existe previsão expressa e discriminada no contrato e na nota do valor dos aquisição dos bens (art. 149); >

CENÁRIO 2: Existe previsão genérica no contrato de emprego de materiais, sem, contudo, fixar se seu valor: possibilidade de a retenção incidir sobre 50% da nota ou fatura (art. 150, caput);

CENÁRIO 3: Não existe previsão em contrato, a despeito de a utilização de equipamentos ser inerente à execução dos serviços contratados: retenção sobre 50% da nota ou fatura, exceto para as atividades específicas que o dispositivo menciona (art. 150, §1º).

CENÁRIO 4: O valor da retenção só será sobre o valor integral da nota se concorrerem duas condições: não estiver previsto o fornecimento, de equipamentos no contrato e seu uso não for inerente ao serviço (art. 151).

Há de ser fazer alguns ajustes nos “cenários” previstos pelo contribuinte. Os citados artigos estão assim redigidos, com a redação da época do fato gerador:

Seção V Apuração da Base de Cálculo da Retenção

Art. 149. Os valores de materiais ou de equipamentos, próprios ou de terceiros, exceto os equipamentos manuais, fornecidos pela contratada, discriminados no contrato e na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços, não integram a base de cálculo da retenção, desde que comprovados.

§ 1º O valor do material fornecido ao contratante ou o de locação de equipamento de terceiros, utilizado na execução do serviço, não poderá ser superior ao valor de aquisição ou de locação para fins de apuração da base de cálculo da retenção.

§ 2º Para os fins do § 1º, a contratada manterá em seu poder, para apresentar à fiscalização da SRP, os documentos fiscais de aquisição do material ou o contrato de locação de equipamentos, conforme o caso, relativos ao material ou equipamentos cujos valores foram discriminados na nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços.

§ 3º Considera-se discriminação no contrato os valores nele consignados, relativos ao material ou equipamentos, ou os previstos em planilha à parte, desde que esta seja parte integrante do contrato mediante cláusula nele expressa.

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 - cinquenta 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 cinquenta 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;

Art. 151. Não existindo previsão contratual de fornecimento de material ou utilização de equipamento e o uso deste equipamento não for inerente ao serviço, mesmo havendo discriminação de valores na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços, a base de cálculo da retenção será o valor bruto da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços, exceto no caso do serviço de transporte de passageiros, onde a base de cálculo da retenção corresponderá à prevista no inciso II do art. 150.

(grifou-se)

Isso posto, os cenários apresentados pela IN são:

1: Existe previsão expressa e discriminada no contrato e na nota fiscal do valor dos aquisições dos bens (art. 149).

2: Existe previsão genérica no contrato de emprego de materiais, sem, contudo, fixar se seu valor e há discriminação na nota fiscal: possibilidade de a retenção incidir sobre 50% da nota ou fatura (art. 150, caput);

3: Não existe previsão em contrato, a despeito de a utilização de equipamentos ser inerente à execução dos serviços e há discriminação dos valores: retenção sobre 50% da nota ou fatura, exceto para as atividades específicas que o dispositivo menciona (art. 150, §1º).

4: Não existindo previsão contratual ou não sendo de uso inerente ao serviço, mesmo que haja discriminação em nota fiscal: a retenção é de 100% do valor da nota fiscal (art. 151).

O relatório fiscal e o da diligência relativo à MASCARENHAS BARBOSA – ROSCOE CONSTRUÇÕES S/A destacam que há previsão no contrato, ainda que genérica, mas não há discriminação na nota fiscal dos valores, logo não é o caso de aplicar art. 149 (falta de discriminação no contrato e destaque em nota fiscal), nem o caput do art. 150 (falta de destaque em nota fiscal), nem o 150, §1 (não há discriminação de valores), posto que não se enquadra em nenhuma das situações acima, assim, não há deduções a considerar na base de cálculo.

Já a prestadora, ENGEXATA ENGENHARIA, os relatórios constatam a previsão no contrato de trabalho e a discriminação em nota fiscal, requisitos do art. 149, contudo foi constado pela fiscalização que o valor destacado na nota é superior ao previsto no contrato, motivo pelo qual foi afastada a aplicação do art. 149.

Quanto ao recurso apresentado relacionando as prestadoras abaixo listadas, não será apreciado o argumento tendo em vista que foi reconhecido como integralmente decadente o período relativo ao lançamento delas.

- CONSTRUTORA E PAVIMENTADORA CONCIVIL
- TRN ENGENHARIA, CONSTRUÇOES E MONTAGENS LTDA
- KREVAL MONTAGENS INDUSTRIAIS LTDA.

Prestadores que apresentaram folhas de pagamento GPS

Na impugnação quanto a prestadora J. SASAKI ENGENHARIA LTDA, é contestado que o serviço não estaria sujeito à retenção

Em que pese o serviço em tela não estar sujeito à retenção, conforme acima comprovado, nas notas fiscais emitidas 'pela contratada houve o destaque e a retenção da contribuição previdenciária calculada nos termos do artigo 17.1 da Ordem de Serviço 209/99. Por mais essa razão não há o que sei' exigido pela fiscalização.

Na impugnação quanto as prestadoras ENGEPLUS ENGENHARIA E CONSULTORIA LTDA, CONSTRUTORA E INCORPORADORA CAPAZ LTDA, SOTREL ENGENHARIA S/A, é contestado que havia previsão de cláusula contratual de fornecimento de equipamentos:

Engeplus:

Contrariamente ao que foi narrado pelos autuantes, havia no contrato diversas cláusulas prevendo o fornecimento de equipamentos pela contratada. Cite-se como exemplos: 4.1.18 e 8.2.

Capaz

Examinando os contratos firmados entre a Impugnante e esta contratada, verifica-se que contrariamente ao alegado pelos autuantes, havia previsão do fornecimento de equipamentos. Cite-se a título ilustrativos as cláusulas 4.1.1, 4.1.4, 4.1.18 e 8.2.

Sotrel

Examinando o contrato firmado entre a Impugnante e esta contratada, verifica-se que havia previsão do fornecimento de equipamentos. Cite-se a título ilustrativos as cláusulas 1.1, 4.1.1, 4.1.4, 4.1.14, 4.1.18 e 8.2.

E foi sob esses argumentos que foi produzido o relatório de diligência e o pronunciamento do julgamento em primeira instância.

Já no recurso, tais empresas são listadas pedindo a anulação do lançamento sob o argumento de aplicação ao caso dos art. 189 e seguintes da IN nº 03, de 2005, pois teria havido pagamento de alguns dos devedores solidários. Há uma clara inovação nos argumentos do recurso, com novos fatos e motivos que não foram apresentados no momento processual correto, o do tempo de apresentação da impugnação.

Os limites da lide submetidas à apreciação do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF são dados pelos motivos de fatos e de direito submetidos à apreciação da primeira instância de julgamento. A manifestação de inconformidade deve conter todos, nos termos do art. 14, III do Decreto nº 70.325, de 1972. As matérias não contestadas explicitamente quando da apresentação da manifestação de inconformidade são consideradas não impugnadas, no termos do art. 17 do mesmo Decreto, e não podem ser apreciadas na segunda instância de julgamento, motivo pelo qual não conheço o recurso no tocante a essas prestadoras de serviço.

Já na impugnação referente ao lançamento da prestadora de serviço CONSTRUTORA AMARQ LTDA é alegado que há provas de pagamento da folha de salário de todos os meses relacionados na autuação, e pede o cancelamento por cobrança em duplidade.

Ocorre que, as cópias das folhas de pagamento de cada um dos meses relacionados nesta autuação e as respectivas guias de pagamento das contribuições previdenciárias pagas pelo próprio prestador é prova contundente e inafastável de que a obrigação da Impugnante encontra-se afastada, sob pena de duplicidade de cobrança, enriquecimento ilícito do erário, confisco, dentre outras graves violações.

O relatório de diligência afirma, que independentemente da apresentação das folhas de pagamento, persistia a obrigação da retenção, o que não foi feito.

De fato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991, com a redação dada na época dos fatos geradores:

Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, **deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida** até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente da mão-de-obra, observado o disposto no § 5º do art. 33. (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).

(...)

Art. 33. (...)

(...)

§ 5º O desconto de contribuição e de consignação legalmente autorizadas sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa a isso obrigada, **não lhe sendo lícito alegar omissão para se eximir do recolhimento**, ficando diretamente responsável pela importância que deixou de receber ou arrecadou em desacordo com o disposto nesta Lei.

(grifou-se)

Conclusão

Por todo o exposto, voto por CONHECER em conhecer em parte do recurso, não conhecendo da matéria preclusa, e DAR-LHE parcial provimento para reconhecer a decadência dos períodos até 07/2001, inclusive.

(documento assinado digitalmente)

Flavia Lilian Selmer Dias