



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS**  
**PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO**

**Processo n°** 15504.720017/2013-14  
**Recurso n°** Embargos  
**Acórdão n°** 1201-001.486 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 13 de setembro de 2016  
**Matéria** Compensação Tributária  
**Embargante** WANMIX LTDA  
**Interessado** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Ano-calendário: 2008, 2009

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NOVA DISCUSSÃO DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE.

Os Embargos de Declaração servem para a correção de eventuais obscuridades, omissões ou contradições da decisão embargada.

É impossível trazer nova discussão de mérito em sede de Embargos de Declaração, sendo que no caso de inconformismo com decisões de turmas ordinárias do CARF, a via adequada é o Recurso Especial dirigido à CSRF, nas hipóteses em que cabível segundo do Regimento Interno do CARF.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em acolher parcialmente os Embargos de Declaração, sem efeitos infringentes.

(assinado digitalmente)

ROBERTO CAPARROZ DE ALMEIDA - Presidente.

(assinado digitalmente)

LUIS FABIANO ALVES PENTEADO - Relator.

EDITADO EM: 25/09/2016

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Roberto Caparroz de Almeida (Presidente), Luis Fabiano Alves Penteado, Eva Maria Los, José Carlos de Assis Guimarães e Ronaldo Apelbaum.

## Relatório

Tra-a-se de Embargos de Declaração opostos pela Contribuinte em face do acórdão n. 1201-001.117 desta Turma que por maioria de votos negou provimento ao Recurso do Contribuinte.

Em suma, esta turma decidiu por manter a autuação referente à aplicação pela Contribuinte de percentual incorreto para fins de cálculo do IRPJ e da CSLL pela sistemática do lucro presumido.

Isso porque, no entendimento desta Turma, os percentuais utilizados pela Contribuinte de 8% e 12%, seriam aplicáveis somente nas atividades de construção civil por empreitada na modalidade total, se, e somente se, o contrato para a realização da obra prever que a totalidade dos materiais a serem empregados e incorporados a ela sejam fornecidos pelo empreiteiro contratado.

Segundo o acórdão, caso o contrato não preveja o fornecimento de materiais pelo empreiteiro, ou preveja o fornecimento parcial, as bases de cálculo das duas exações, na sistemática do lucro presumido, corresponderão a 32% da receita bruta auferida com o contrato, sendo certo que a atividade desempenhada pela Contribuinte de simples fornecimento de concreto usinado não configura contrato de empreitada.

Contudo, segundo a ora Embargante, o acórdão teria incorrido em CONTRADIÇÃO, vez que: i-) decidiu contra a lei n. 9.249/95 e IN SRF 93/97 ao não aplicar percentuais distintos nas receitas de atividades devidamente diferenciadas e comprovadas; ii-) valeu-se de normas legais não relacionadas à matéria discutida e iii-) a ementa diverge dos fundamentos do voto vez que cria conceito inexistente na legislação para tributação de serviço com fornecimento parcial de materiais.

Além disso, a Embargante aponta, de forma confusa, OBSCURIDADE do acórdão vez que: i-) omitiu-se na apreciação da atividade de preparação do concreto, o seu fornecimento, como auxiliar da construção civil, desconhecendo que existe a aplicação de insumos; ii-) trouxe considerações confusas quanto à atividade de Construção Civil por Empreitada com e sem emprego de material, não tendo sido este o mérito do lançamento e iii-) não se conseguiu enquadrar a atividade de fornecimento de concreto usinado como ao do tipo de atividade produtiva.

Por fim, a Embargante apontou OMISSÃO do acórdão, pois, a decisão: i-) deixou de apreciar as razões quanto à presunção de fatos utilizadas pelo Auditor Fiscal que utilizou-se de uma ferramenta estatística; ii-) ignorou no acórdão a contradição entre a ementa do acórdão da DRJ e os fundamentos utilizados para manutenção do Auto de Infração; iii-) não se pronunciou quanto ao pedido de diligência requerido pela Contribuinte para que o Fisco demonstrasse, de forma segregada cada Receita Operacional e iv-) não se pronunciou quanto à ilegalidade da aplicação da Taxa Selic.

**Os Embargos foram admitidos por este Relator.**

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 25/09/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 25/

09/2016 por LUIS FABIANO ALVES PENTEADO, Assinado digitalmente em 29/09/2016 por ROBERTO CAPARROZ DE

ALMEIDA

Impresso em 30/09/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

É o Relatório.

## Voto

Conselheiro Luis Fabiano Alves Penteado - Relator

Tendo os pressupostos para admissibilidade dos embargos já sido avaliados no despacho de admissibilidade, passo diretamente à análise do vício apontado.

### Das Contradições

Segundo a embargante, o acórdão decidiu contra a lei, violando o parágrafo 2º. do artigo 15 da Lei 9.429/95 (IN SRF 93/97), ao não observar a aplicação dos percentuais diversificados na apuração do Lucro Presumido nas receitas de atividades também diferenciadas e comprovadas (são elas o fornecimento de concreto usinado, transporte de cargas, o bombeamento de concreto, e a prestação de serviços) nas obras e de acordo com os Contratos e Notas Fiscais.

Discordo. O acórdão embargado partiu da definição de conceitos relacionados à atividade da ora Embargante para, após isso, aplicar tais conceitos ao caso em concreto, definido pelos elementos trazidos ao autos, o que inclui as notas fiscais emitidas e, após isso, concluir pela aplicação das alíquotas corretas de Lucro Presumido.

O que se tem aqui é a interpretação da lei pelos julgadores, somada à ponderação sobre a documentação apresentada.

No caso em tela, o resultado disso foi a conclusão de que a atividade da Embargante se reveste de natureza de prestação de serviços em geral e não de empreitada global, daí porque correta a aplicação das alíquotas efetuada pelo ente tributante.

Assim, concluo que o acórdão, simplesmente, se baseou em normas legais vigentes e, após o trabalho interpretativo do julgador, concluiu de forma coerente pela correção do lançamento tributário.

Alega também a Embargante que o acórdão utilizou atos legais sem relação à matéria litigada - percentual aplicável na apuração do Lucro Presumido. E de atos Legais e Administrativos posteriores aos fatos geradores do lançamento (2008 e 2009) e ainda de Atos Legais não vinculados com a matéria litigada ( IN RFB 971/09).

O ponto aqui trazido pela Embargante não é matéria de embargo, mas, quem sabe, de Recurso Especial.

Isso porque, ao arguir a Embargante que os atos legais que serviram de suporte para a decisão não trazem relação com a matéria, quer na realidade trazer de volta a interpretação do mérito da questão decidida no acórdão.

Ora, o acórdão embargado se valeu de legislação e normas relacionadas ao cálculo do Lucro Presumido das Pessoas Jurídicas que é exatamente a matéria central em

discussão neste caso, bem como, de legislação que diz respeito à atividade desempenhada pela Embargante e também à atividade que esta alega desempenhar.

Portanto, não me parece aqui presente a alegada contradição do acórdão.

Por fim, enfrente aqui a alegação de que a ementa do Acórdão dá guarida aos serviços com emprego de material, e cria um novo conceito para tributação com fornecimento parcial de materiais, divergindo dos fundamentos do voto e de toda legislação pertinente, não tendo sido considerados os serviços prestados com aplicação de materiais (insumos na fabricação de concreto).

Pela própria leitura da síntese dos argumentos trazidos pela Embargante, percebe-se que se trata aqui de tentativa de nova discussão de mérito, o que não pode ser feito através de Embargos de Declaração.

O Acórdão definiu, com base nos elementos de prova dos autos, qual é a atividade da empresa e, passo seguinte, concluiu qual o correto tratamento tributário. Neste trabalho em nada inovou, até porque, a conclusão foi a mesma adotada tanto pelo ente tributante quanto pelos julgadores de primeira instância.

Assim, concluo que inexistente qualquer contradição no acórdão recorrido que pudesse ser sanado através do instrumento de Embargos de Declaração, sendo improcedentes as alegações da embargante neste sentido.

### **Das Obscuridades**

Em síntese, a embargante enumera as seguintes obscuridades do acórdão:

*"Omitiu-se na apreciação da atividade de preparação do concreto, o seu fornecimento, como auxiliar da construção civil, desconhecendo que existe a aplicação de insumos, e não se tratando de prestação de serviços fornecimento apenas de mão de obra;*

*b. Considerações confusas quanto à atividade de Construção Civil por Empreitada com e sem emprego de material, não sendo este o mérito do lançamento, versus a atividade de fornecimento de Concreto como atividade complementar da construção civil. A Construção Civil é caracterizada com aplicação de materiais em qualquer quantidade;*

*c. Não se conseguiu enquadrar atividade de fornecimento de Concreto Usinado como ao tipo de atividade produtiva como apenas aplicação de mão de obra." (nosso grifo)*

Neste ponto, transcrevo aqui um trecho do acórdão embargado:

*As bases de cálculo do IRPJ e da CSLL serão, respectivamente, de 8% (oito por cento) e 12% (doze por cento), nas atividades de construção civil por empreitada na modalidade total, se, e somente se, o contrato para a realização da obra prever que a totalidade dos materiais a serem empregados e incorporados a ela sejam fornecidos pelo empreiteiro contratado. Caso o*

*contrato não preveja o fornecimento de materiais pelo empreiteiro, ou preveja o fornecimento parcial, as bases de cálculo das duas exações, na sistemática do lucro presumido, corresponderão a 32% (trinta e dois por cento) da receita bruta auferida com o contrato.*

*No presente caso, os contratos de prestação de serviço celebrados com os clientes e juntados aos autos demonstram o fornecimento do material para a construção, entretanto, conforme exposto, o ponto que deve ser analisado é se a natureza destes contratos se enquadrariam no conceito de empreitada na modalidade total ou de mera prestação de serviço. A responsabilidade pela obra e pela a sua execução de forma direta é que configura e consagra o contrato de empreitada e tal situação, não foi apresentada pela Contribuinte.*

*Para melhor elucidação, cabe aqui transcrever trechos do **art. 322 da IN RFB 971/09**:*

*“**Art. 322.** Considera-se **obra de construção civil**, a construção, a demolição, a reforma, a ampliação de edificação ou qualquer outra benfeitoria agregada ao solo ou ao subsolo, conforme discriminação no Anexo VII;*

*(...)*

*X **serviço de construção civil**, aquele prestado no ramo da construção civil, tais como os discriminados no Anexo VII;*

*(...)*

***XIX - empresa construtora**, a pessoa jurídica legalmente constituída, cujo objeto social seja a indústria de construção civil, com registro no Crea ou no CAU, conforme o caso, na forma prevista no art. 59 da Lei nº 5.194, de 24 de dezembro de 1966, ou no art. 10 da Lei nº 12.378, de 31 de dezembro de 2010; (Redação dada pela Instrução Normativa RFB nº 1.477, de 3 de julho de 2014)*

*(...)*

***XXVII - contrato de construção civil ou contrato de empreitada** (também conhecido como contrato de execução de obra, contrato de obra ou contrato de edificação), aquele celebrado entre o proprietário do imóvel, o incorporador, o dono da obra ou o condômino e uma empresa, para a execução de obra ou serviço de construção civil, no todo ou em parte, podendo ser:*

*a) **total**, quando celebrado exclusivamente com empresa construtora, definida no inciso XIX, que assume a responsabilidade direta pela execução de todos os serviços necessários à realização da obra, compreendidos em todos os projetos a ela inerentes, com ou sem fornecimento de material;*

*b) **parcial**, quando celebrado com empresa construtora ou prestadora de serviços na área de construção civil, para*

*execução de parte da obra, com ou sem fornecimento de material;*

*XXVIII contrato de subempreitada, aquele celebrado entre a empreiteira ou qualquer empresa subcontratada e outra empresa, para executar obra ou serviço de construção civil, no todo ou em parte, com ou sem fornecimento de material;*

*(...)*

*XXX - empreiteira, a empresa que executa obra ou serviço de construção civil, no todo ou em parte, mediante contrato de empreitada celebrado com proprietário do imóvel, dono da obra, incorporador ou condômino;*

*(...)*

*§ 1º Será também considerada **empreitada total**:*

*I - o repasse integral do contrato, na forma do inciso XXXIX do caput;*

*II - a contratação de obra a ser realizada por consórcio, constituído de acordo com o disposto no art. 279 da Lei nº 6.404, de 1976, desde que pelo menos a empresa líder seja construtora, conforme definida no inciso XIX do caput;*

*III - a empreitada por preço unitário e a tarefa, cuja contratação atenda aos requisitos previstos no art. 158.”*

*Conclui-se assim que, as descrições dos serviços caracterizados pelo simples fornecimento de concreto usinado não configuram contrato de empreitada.*

*Cabe aqui, destacar alguns trechos de interessante julgado do STF (RE 82.505SP)*

*“(...)*

*O concreto resulta de uma simples mistura de componentes, fenômeno físico, não se caracterizando como produto industrializado. No caso em exame, a mistura é aplicada diretamente na obra, onde se solidifica.*

*Não constitui, também, mercadoria, o que ocorreria na hipótese de se fornecer o concreto sólido sob a forma de vigas, lajotas, postes e outros pré-moldados”*

*Por fim, a Contribuinte alega que a atividade de transporte de carga estaria sujeita à alíquota de 8%. Para tanto, a Contribuinte segrega os valores relativos ao transporte de carga tanto rodoviário que seriam aqueles efetuados por caminhões betoneiras, como os verticais caracterizados pelo bombeamento.*

*No entanto, uma vez mais, o que se discute neste processo é o conceito que os dispositivos legais trazem para a definição das atividades que fariam jus a esta alíquota.*

*O transporte de carga definido pela lei refere-se a atividade de **deslocamento de mercadorias com caráter econômico, ou seja, é***

*inerente a serviço, a transportar, carregar de um lugar para outro, determinada mercadoria.*

*Nota-se aqui que, os transportes mencionados são evidentemente caracterizados pelo carregamento do próprio material objeto de prestação de serviço da Contribuinte, sendo portanto, inerente a efetivação de seu contrato a entrega deste material, afastando-se assim, a alíquota de 8%.*

*Vejamos decisão do STJ neste sentido:*

**RECURSO ESPECIAL Nº 505.343 RS (2002/01753186)**

**EMENTA**

**TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE CONCRETO PARA CONSTRUÇÃO CIVIL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO.**

**INCIDÊNCIA DE ISS. SÚMULA N. 167/STJ.**

*1. "O fornecimento de concreto, por empreitada, para construção civil, preparado no trajeto até a obra em betoneiras acopladas a caminhões, é prestação de serviço, sujeitando-se apenas à incidência do ISS" (Súmula n. 167/STJ).*

*2. Recurso especial provido"*

Vemos aqui que o acórdão, diferentemente do alegado pela embargante, apreciou sim, a atividade de preparação de concreto como auxiliar de construção civil, contudo, chegaram à conclusão distinta da embargante e isso não pode ser combatido através de Embargos de Declaração.

Aliás, num primeiro momento, alega a Embargante que o acórdão deixou de apreciar a relação entre a atividade de preparação de concreto como auxiliar da construção civil para, na alegação seguinte, argüir que foram confusas e desconectadas do mérito da discussão, as considerações do acórdão sobre a atividade de construção civil.

Resta claro aqui a intenção infringente dos embargos apresentados e a ausência de vício que pudesse ser sanada através destes Embargos.

Assim, rejeito também, a alegação de obscuridades do acórdão vez que inexistentes.

Das Omissões

Alega ainda a Embargante que presentes omissões no acórdão, conforme trechos dos Embargos que abaixo transcrevo:

*a. Deixou-se de apreciar as razões quanto à presunção de fatos utilizadas pelo Auditor Fiscal, ou seja, utilizou-se de uma ferramenta estatística, uma pequena amostra aleatória de Notas Fiscais de Serviços, para justificar a caracterização de toda a*

*Receita Bruta (método estatístico de amostragem para determinação de uma população, sem base legal);*

*b. Ignorou no Acórdão a contradição entre a Ementa do Acórdão DRJ quanto a matéria do lançamento e os Fundamentos utilizados para a manutenção do Auto de Infração;*

*c. Não se pronunciaram os Julgadores quanto ao Pedido de Diligência para que o fisco demonstrasse as segregadamente cada Receita Operacional – fornecimento de concreto, transporte de cargas, bombeamento e fornecimento de mão de obra – segundo as Notas Fiscais emitidas e Contrato de Prestação de Serviços;*

*d. Não se pronunciaram quanto a Ilegalidade da taxa de Juros SELIC, arguida no Recurso Voluntário.*

Quanto aos itens "a" e "b" acima, não vejo qualquer omissão do acórdão, pois, a matéria central em julgamento decorre da interpretação dos documentos e informações trazidos pela Embargante aos autos para a correta definição sobre qual a natureza de suas atividades e conseqüente tributação.

Não houve, portanto qualquer omissão do acórdão embargado acerca da correção do trabalho do auditor fiscal, bem como, sobre a análise deste trabalho pelos julgadores de primeira instância.

Pelo contrário, entenderam os julgadores desta Turma que a documentação acostada aos autos deixa claro que a atividade da Embargante tem natureza de serviços em geral, não se confundindo com contratação de empreitadas, que pudesse gozar de tributação mais favorável.

Cabe ressaltar, se houve contradição entre a Ementa do acórdão da DRJ e os fundamentos utilizados, isso deveria ter sido apreciado em sede de Embargos de Declaração sobre o acórdão da DRJ e não sobre o acórdão emanado por esta Turma.

O que a decisão ora Embargada fez, foi a nova análise de toda a matéria de fato e de direito para, passo seguinte, chegar à conclusão sobre a procedência ou não do lançamento fiscal.

Quanto ao pedido de diligência, a leitura completa do acórdão permite concluir que os julgadores tinham nos autos, todos os elementos suficientes e necessários para tomar uma decisão, caso fosse necessária uma diligência, os julgadores haveriam de ter convertido o julgamento em diligência, o que não ocorreu.

Cabe ressaltar, é o julgador e não as partes que decidem se a diligência é ou não necessária.

Assim, entendo não haver qualquer necessidade de diligência neste ponto.

Por fim, quanto à omissão da alegação de ilegalidade da aplicação da Taxa Selic, devo concordar, o acórdão fora omissivo quanto a este ponto.

Assim, deveria o acórdão ter mencionado a aplicação da Súmula CARF n. 4 que assim dispõe:

Processo nº 15504.720017/2013-14  
Acórdão n.º **1201-001.486**

**S1-C2T1**  
Fl. 6

---

*Súmula CARF nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.*

### **Conclusão**

Diante do exposto, ACOLHO os Embargos de Declaração apresentados apenas para suprir a omissão do acórdão embargado no tangente à aplicação da Taxa Selic, fazendo constar no voto a aplicação ao caso em tela da Súmula CARF n. 4, mantendo-se a conclusão da decisão embargada, sem efeitos infringentes.

É como voto!

(assinado digitalmente)

Luis Fabiano Alves Penteado - Relator