



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

Processo n° 17546.001063/2007-01
Recurso n° 999.999 Voluntário
Acórdão n° 2403-01.266 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de abril de 2012
Matéria CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA
Recorrente PHIBRO SAUDE ANIMAL INTERNACIONAL
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/2005 a 31/07/2006

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - IRREGULARIDADE NA LAVRATURA DA NFLD - INOCORRÊNCIA.

Tendo o fiscal autuante demonstrado de forma clara e precisa os fatos que suportaram a autuação, oportunizando ao contribuinte o direito de defesa e do contraditório, bem como em observância aos pressupostos formais e materiais do ato administrativo, nos termos da legislação de regência, especialmente artigo 142 do CTN, não há que se falar em nulidade da autuação.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA - NÃO APRECIÇÃO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO.

A legislação ordinária de custeio previdenciário não pode ser afastada em âmbito administrativo por alegações de inconstitucionalidade, já que tais questões são reservadas à competência, constitucional e legal, do Poder Judiciário.

Neste sentido, o art. 26-A, caput do Decreto 70.235/1972 e a Súmula nº 2 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente veda ao CARF se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de lei tributária.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA - RETENÇÃO.

O contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de serviços e recolher a importância retida, nos termos do art. 31 da Lei 8.212/91, na redação da Lei n.º 9.711/98.

A empresa prestadora de serviços mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada que tenha valores retidos poderá compensar essas importâncias

quando do recolhimento das contribuições previdenciárias incidentes sobre a folha de pagamento dos segurados a seu serviço.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - SOLIDARIEDADE - CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA.

A contratante de quaisquer serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, responde solidariamente com o executor pelas obrigações decorrentes desta Lei, em relação aos serviços prestados, não se aplicando, em qualquer hipótese, o benefício de ordem.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO - ACRÉSCIMOS LEGAIS - JUROS E MULTA DE MORA - ALTERAÇÕES DADAS PELA LEI 11.941/2009 - RECÁLCULO DA MULTA MAIS BENÉFICA - ART. 106, II, C, CTN

Até a edição da Lei 11.941/2009, os acréscimos legais previdenciários eram distintos dos demais tributos federais, conforme constavam dos arts. 34 e 35 da Lei 8.212/1991. A Lei 11.941/2009 revogou o art. 34 da Lei 8.212/1991 (que tratava de juros moratórios), alterou a redação do art. 35 (que versava sobre a multa de mora) e inseriu o art. 35-A, para disciplinar a multa de ofício.

Visto que o artigo 106, II, c do CTN determina a aplicação retroativa da lei quando, tratando-se de ato não definitivamente julgado, lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, princípio da retroatividade benigna, impõe-se o cálculo da multa com base no artigo 61 da Lei 9.430/96 para compará-la com a multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei 8.212/91 (presente no crédito lançado neste processo) para determinação e prevalência da multa de mora mais benéfica.

Ressalva-se a posição do Relator, vencida nesta Colenda Turma, na qual se deve determinar o recálculo dos acréscimos legais na forma de juros de mora (com base no art. 35, Lei 8.212/1991 c/c art. 61, § 3º Lei 9.430/1996 c/c art. 5º, § 3º Lei 9.430/1996) e da multa de ofício (com base no art. 35-A, Lei 8.212/1991 c/c art. 44 Lei 9.430/1996), com a prevalência dos acréscimos legais mais benéficos ao contribuinte.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso para que: (I) o levantamento SER (SERCAIT Com. E Apl. Isolamentos Térmicos LTDA. — ME) ser afastado da incidência da contribuição previdenciária sob a alíquota de 11% nos moldes do art.31, caput, da Lei n 8.212/91; (II) que se recalcule a multa de mora, com base na redação dada pela lei 11.941/2009 ao artigo 35 da Lei 8.212/91, com a prevalência da mais benéfica ao contribuinte.

Processo nº 17546.001063/2007-01
Acórdão n.º **2403-01.266**

S2-C4T3
Fl. 424

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Marcelo Magalhães Peixoto, Maria Anselma Coscrato dos Santos e Cid Marconi Gurgel de Souza.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pela Recorrente –PHIBRO SAÚDE ANIMAL INTERNACIONAL., contra Acórdão nº 03-22.725 - 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Brasília - DF que julgou procedente a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD nº 37.014.960-2, fl. 01, no valor consolidado de R\$ 170.167,61.

O lançamento é referente às contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à retenção dos 11% sobre os serviços prestados à empresa na obra da matrícula CEI nº 378400506977. A empresa deixou de efetuar a retenção sobre os valores constantes nas as Notas Fiscais/Faturas dos prestadores de serviços da obra de construção civil, assim como o respectivo recolhimento.

O Relatório Fiscal, às fls. 57 a 59, com Anexos às fls. 60 a 213, destaca os prestadores de serviços:

1) NORISTEEL COM. DE ESQUADRIAS METÁLICAS E FERRAGENS LTDA —ME — Serviço de instalação de portas, janelas. Apresentadas notas fiscais de serviço e contrato de prestação de serviço, sem seu Anexo I. (cópia do contrato apostada nos autos do processo original). Período de lançamento: 04/2006 a 06/2006.

2) ENGEMETAL MONTAGENS LTDA — Serviço de montagem de estrutura metálica. Apresentado contrato de prestação de serviço. (cópia do contrato e da nota fiscal — por amostragem - apostadas nos autos do processo original) Período de lançamento: 10/2005 e 11/2005.

3) SERCAIT Com. E Apl. Isolamentos Térmicos LTDA - ME — Serviço de isolamentos térmicos em tubulações. Apresentadas notas fiscais de serviços (cópia da nota fiscal, apostada nos autos do processo original, por amostragem). Não foi apresentado o contrato de prestação de serviço. Período de lançamento: 10/2005 a 12/2005 e 04/2006 a 06/2006.

4) Engprel Instalações Elétricas LTDA - Serviço de instalações elétricas na obra de construção civil no prédio da VM. Apresentado contrato de prestação de de serviço. (cópia do contrato e da nota fiscal — por amostragem - apostadas nos autos do processo original). Período de lançamento: 09/2005 a 12/2005 e 04/2006 a 07/2006.

5) EDMAG — Pinturas S/C LTDA — Me — Serviço de pintura na obra da VM. Não foi apresentado contrato de prestação de serviço para o período. (cópia da nota fiscal apostada nos autos do processo original por amostragem). Período de lançamento: 10/2005, 12/2005, 01/2006, 03/2006 e 06/2006.

6) **MRS Construções Industriais LTDA** — Serviço de construção civil para execução da obra da VM. (cópia do contrato e da nota fiscal — por amostragem - apostadas nos autos do processo original). Período de lançamento: 07/2005 a 06/2006

Informa ainda o Relatório Fiscal, às fls. 57 a 59, com Anexos às fls. 60 a 213, os códigos de levantamento, sendo os valores referentes aos 11% de retenção sobre os serviços prestados na obra de construção civil por Empresas Prestadoras de Serviço:

- **EMT** (ENGEMETAL MONTAGENS LTDA.);
- **ENG** (Engprel Instalações Elétricas LTDA.);
- **EDM** (EDMAG — Pinturas S/C LTDA. — ME);
- **MRS** (MRS Construções Industriais LTDA.);
- **NOR** (NORISTEEL COM. DE ESQUADRIAS METÁLICAS E FERRAGENS LTDA. —ME);
- **SER** (SERCAIT Com. E Apl. Isolamentos Térmicos LTDA. — ME)

A **ciência da NFLD** ocorreu em **24.11.2006**, às fls. 01.

O **período objeto da NFLD**, conforme o Relatório Discriminativo Sintético do Débito - DSD, às fls. 11, é de **07/2005 a 07/2006**.

A **Recorrente apresentou impugnação tempestiva**, às fls. 217 a 231, com Anexos às fls. 232 a 606, com o Relatório da decisão de primeira instância, às fls. 609 a 616, assim descrevendo:

- **que não era aplicável a retenção de 11% sobre as notas fiscais/faturas de prestação de serviços nas operações analisadas e tributadas pela impugnada;**
- **que os §§ 3º e 4º do art. 31 da Lei nº 8.212/91 definem os serviços nos quais há a incidência da retenção, devendo o INSS respeitar os elementos neles enumerados, principalmente que os prestadores de serviços estejam à disposição do contratante e que realizem serviços contínuos;**
- **que também os §§ 1º e 2º do art. 219 do RPS incluem outros serviços sujeitos à retenção, mas desde que se enquadrem perfeitamente nas características encontradas no texto da lei, sob pena de afrontarem os princípios da legalidade tributária e da separação das funções do Estado;**
- **que a impugnante, à época da contratação das empresas analisadas pela impugnada, não estava obrigada a reter 11%**

sobre as notas fiscais/faturas de prestação de serviços, seja por falta de exigência legal, seja por ordem judicial;

- que também a impugnante contratou serviços com empresas optantes pelo SIMPLES, como a SERCAIT COM. E APL. ISOLAMENTOS TÉRMICOS LTDA., que não estavam sujeitas à retenção de 11% sobre seu serviços, no período de janeiro/2000 a agosto/2002, conforme Instrução Normativa nº 100/2003, em seu art. 151 (mantida a redação no art. 142 da IN/MPS/S12P nº 03, de 14/07/2005);

- que, entretanto, o STJ unificou o seu entendimento acerca da não incidência da retenção para essas empresas, até os nossos dias;

- que, com relação à empresa ENGEMETAL MONTAGENS LTDA., a impugnante estava desobrigada de efetuar a retenção, em virtude de ordem judicial, por força de Medida Liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº 1999.61.00.054266-8, impetrado pelo SINDUSCON, ao qual a referida empresa é filiada;

- que a impugnante também contesta a própria incidência da retenção sobre os serviços por ela contratados, por não constarem na Lei, estando alguns deles dispostos apenas em instrução normativa ou no Regulamento: digitação e processamento de dados, cobrança, transportes, telefonia, saúde e manutenção, os quais não são prestados por meio de cessão de mão-de-obra;

- que nunca houve funcionário de prestadora de serviço à disposição da impugnante, sob sua subordinação, nos contratos objetos desta NFLD,

- que a NFLD deve ser julgada improcedente por absoluta falta de motivação tática e jurídica quanto à caracterização como cessão de mão-de-obra nos serviços contratados;

- que, no caso das empresas Calinox Montagens e Instalações Industriais Ltda., LE Comércio e Manutenção de Máquinas Ltda., os serviços foram realizados nas próprias empresas prestadoras;

- que não foram aplicadas as exclusões das bases-de-cálculos;

A **Recorrida** analisou a autuação e a impugnação, **julgando procedente a autuação**, nos termos do **Acórdão nº 03-22.725 - 5ª Turma** da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Brasília - DF, fls. 609 a 616, conforme Ementa a seguir:

ASSUSTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/2005 a 31/07/2006

RETENÇÃO DE 11% SOBRE O VALOR DA NOTA FISCAL DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.

As empresas contratantes de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, estão obrigadas a reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, como previsto no art. 31, "caput", da Lei n.º 8.212/91, com a redação da Lei 11.099.711/98, combinado com o art. 219 do RPS.

Lançamento Procedente

Acordam os membros da 5ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, considerar procedente o lançamento, mantendo o crédito tributário exigido.

Intime-se para regularização do crédito, no prazo de 30 dias da ciência, salvo interposição de recurso voluntário ao Segundo Conselho de Contribuintes, em igual prazo, conforme facultado pelo art. 305, §1º do RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99, com redação dada pelo Decreto nº 6.032/07, com as alterações dos art. 25, §1º, I, da Lei 11.457, art. 33 do Decreto 70.235/72 e art. 1º do Decreto 6.103/07, mediante depósito administrativo de 30% da exigência fiscal, conforme determinado pelo art. 126, § 1º da Lei nº 8.213/91, considerando o disposto nos artigos 25, §1º, I, e 29 da Lei 11.457/07 e artigo 1º do Decreto 6.103/07.

Encaminhe-se à DRF de origem..

Sala de Sessões, em 09 de outubro de 2007.

Ainda, a decisão de primeira instância, às fls. 615, em relação ao código de levantamento EMT (ENGEMETAL MONTAGENS LTDA) aponta que foi cassada a medida liminar concedida em Mandado de Segurança impedindo o destaque da retenção nas Notas Fiscais de prestação de serviços:

- ENGEMETAL Montagens Ltda. — Período do lançamento: 10/2005 e 11/2005 — Contrato de prestação de serviços e nota fiscal de serviço de montagem de estruturas metálicas (fls. 63/66). Quanto à alegação de que a impugnante estava desobrigada de efetuar a retenção, em virtude de ordem judicial, por força de Medida Liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº 1999.61.00.054266-8, impetrado pelo SINDUSCON, informamos que, consultando o trâmite do referido processo, via internet, verificamos ter sido expedido, em 2002, acórdão de provimento à apelação da autarquia (INSS), reformando sentença que assegurou às empresas filiadas ao impetrante (SINDUSCON) o direito de não se submeter à retenção do percentual de 11% sobre o valor da fatura ou da nota fiscal emitida pela prestadora de serviços, a título de contribuição social sobre a folha de salários;

Inconformada com a decisão “a quo”, **a Recorrente apresentou Recurso Voluntário**, fls. 621 a 637, onde combate o Acórdão e reitera os argumentos deduzidos em sede de Impugnação, alegando em apertada síntese:

(i) Observância do artigo 31 "caput" da Lei 8212/91

Os §§ 3º e 4º do art. 31 da Lei nº 8.212/91 definem os serviços nos quais há a incidência da retenção, devendo o INSS respeitar os elementos neles enumerados, principalmente que os prestadores de serviços estejam à disposição do contratante e que realizem serviços contínuos;

Também os §§ 1º e 2º do art. 219 do RPS incluem outros serviços sujeitos à retenção, mas desde que se enquadrem perfeitamente nas características encontradas no texto da lei, sob pena de afrontarem os princípios da legalidade tributária e da separação das funções do Estado;

À época da contratação das empresas analisadas pela impugnada, não estava obrigada a reter 11% sobre as notas fiscais/faturas de prestação de serviços, seja por falta de exigência legal, seja por ordem judicial;

(ii) Contratação de empresas optantes pelo SIMPLES.

Contratou serviços com empresas optantes pelo SIMPLES, como a SERCAIT COM. E APL. ISOLAMENTOS TÉRMICOS LTDA., que não estavam sujeitas à retenção de 11% sobre seu serviços, no período de janeiro/2000 a agosto/2002, conforme Instrução Normativa nº 100/2003, em seu art. 151 (mantida a redação no art. 142 da IN/MPS/S12P nº 03, de 14/07/2005);

- que, entretanto, o STJ unificou o seu entendimento acerca da não incidência da retenção para essas empresas, até os nossos dias;

(iii) Empresa ENGEMETAL MONTAGENS LTDA.

Com relação à empresa ENGEMETAL MONTAGENS LTDA., a impugnante estava desobrigada de efetuar a retenção, em virtude de ordem judicial, por força de Medida Liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº 1999.61.00.054266-8, impetrado pelo SINDUSCON, ao qual a referida empresa é filiada;

(iv) Não incidência de retenção sobre serviços contratados

Contesta a própria incidência da retenção sobre os serviços por ela contratados, por não constarem na Lei, estando alguns deles dispostos apenas em instrução normativa ou no Regulamento: digitação e processamento de dados, cobrança, transportes,

telefonia, saúde e manutenção, os quais não são prestados por meio de cessão de mão-de-obra;

Isso porque, esses serviços não são prestados por meio de cessão de mão-de-obra, conforme exige o próprio texto legal. São plenamente inconstitucionais e ilegais as determinações referentes ao art. 219, incisos V, VII, XLX, XXIV, XXV, do Decreto 3.048/1999, e qualquer outro veículo introdutor de normas secundárias (infralegais) que assim disponha.

(v) Inexistência de funcionários à disposição da Recorrente

Nunca houve funcionário de prestadora de serviço à disposição da impugnante, sob sua subordinação, nos contratos objetos desta NFLD,

A NFLD deve ser julgada improcedente por absoluta falta de motivação tática e jurídica quanto à caracterização como cessão de mão-de-obra nos serviços contratados;

(vi) Empresas Calinox Montagens e Instalações Industriais Ltda; LE Comércio e Manutenção de Máquinas Ltda.,

No caso das empresas Calinox Montagens e Instalações Industriais Ltda., LE Comércio e Manutenção de Máquinas Ltda., os serviços foram realizados nas próprias empresas prestadoras;

fls. 660.

Posteriormente, os autos foram enviados ao Conselho, para análise e decisão,

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro , Relator

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 660.

Avaliados os pressupostos, passo para as Questões Preliminares e ao Mérito.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES**(a) Alegações de inconstitucionalidade.**

Analisemos.

Não assiste razão à Recorrente pois o previsto no ordenamento legal não pode ser anulado na instância administrativa por alegações de inconstitucionalidade, já que tais questões são reservadas à competência, constitucional e legal, do Poder Judiciário.

Neste sentido, o art. 26-A, caput do Decreto 70.235/1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências:

“Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 1º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 2º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 3º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 4º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 5º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)”(gn).

Ademais, há a Súmula nº 2 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente veda ao CARF se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de lei tributária.

Súmula CARFnº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

(b) regularidade do lançamento

Não obstante a argumentação do Recorrente, não confiro razão ao mesmo pois, de plano, nota-se que o procedimento fiscal atendeu a todas as determinações legais, não havendo, pois, nulidade por vício insanável e tampouco cerceamento de defesa.

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pela Recorrente –PHIBRO SAÚDE ANIMAL INTERNACIONAL., contra Acórdão nº 03-22.725 - 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Brasília - DF que julgou procedente a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD nº 37.014.960-2, fl. 01, no valor consolidado de R\$ 170.167,61.

O lançamento é referente às contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à retenção dos 11% sobre os serviços prestados à empresa na obra da matrícula CEI nº 378400506977. A empresa deixou de efetuar a retenção sobre os valores constantes nas as Notas Fiscais/Faturas dos prestadores de serviços da obra de construção civil, assim como o respectivo recolhimento.

Desta forma, conforme o artigo 37 da Lei nº 8.212/91, foi lavrada NFLD nº 37.014.960-2 que, conforme definido no inciso IV do artigo 633 da IN MPS/SRP nº 03/2005, é o documento constitutivo de crédito relativo às contribuições devidas à Previdência Social e a outras importâncias arrecadadas pela SRP, apuradas mediante procedimento fiscal:

(redação à época da lavratura da NFLD nº 37.178.379-8)

Lei nº 8.212/91

Art. 37. Constatado o atraso total ou parcial no recolhimento de contribuições tratadas nesta Lei, ou em caso de falta de pagamento de benefício reembolsado, a fiscalização lavrará notificação de débito, com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, conforme dispuser o regulamento.

IN MPS/SRP nº 03/2005

Art. 633. São documentos de constituição do crédito tributário, no âmbito da SRP:

IV - Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD, que é o documento constitutivo de crédito relativo às contribuições devidas à Previdência Social e a outras importâncias arrecadadas pela SRP, apuradas mediante procedimento fiscal;

Pode-se elencar as etapas necessárias à realização do procedimento:

- *A autorização por meio da emissão de TIAF – Termo de Início da Ação Fiscal, o qual contém o Mandado de Procedimento Fiscal – MPF- F, com a competente designação do Auditor-Fiscal responsável pelo cumprimento do procedimento;*
- *A intimação para a apresentação dos documentos conforme Termo de Intimação para Apresentação de Documentos – TIAD, intimando o contribuinte para que apresentasse todos os documentos capazes de comprovar o cumprimento da legislação previdenciária;*
- *A autuação dentro do prazo autorizado pelo referido Mandado, com a apresentação ao contribuinte dos fatos geradores e fundamentação legal que constituíram a lavratura do auto de infração ora contestado, com as informações necessárias para que o autuado pudesse efetuar as impugnações que considerasse pertinentes;*

- a. IPC - Instruções para o Contribuinte (que tem a finalidade de comunicar ao contribuinte como regularizar seu débito, como apresentar defesa e outras informações);*
- b. DAD - Discriminativo Analítico do Débito (que discrimina os valores originários das contribuições devidas pelo contribuinte, abatidos os valores já recolhidos e as deduções legais);*
- c. DSD - Discriminativo Sintético do Débito (que apresenta os valores devidos em cada competência, referentes aos levantamentos indicados agrupados por estabelecimento);*
- d. DSE - Discriminativo Sintético por Estabelecimento;*
- e. RL - Relatório de Lançamentos (que relaciona os lançamentos efetuados nos sistemas específicos para apuração dos valores devidos pelo sujeito passivo);*
- f. RDA – Relatório de Documentos Apresentados - este relatório relaciona, por estabelecimento e por competência, as parcelas que foram deduzidas das contribuições apuradas, constituídas por recolhimentos, valores espontaneamente confessados pelo sujeito passivo e, quando for o caso, por valores que tenham sido objeto de notificação anteriores.*
- g. DAL - Diferença de Acréscimos Legais*
- h. FLD- Fundamentos Legais do Débito (que indica os dispositivos legais que autorizam o lançamento e a cobrança das contribuições exigidas, de acordo com a legislação vigente à época do respectivo fato gerador);*
- i. REPLEG- - Relatório de Representantes Legais (Este relatório lista todas as pessoas físicas e jurídicas representantes legais do sujeito passivo, indicando sua qualificação e período de atuação.);*
- j. VÍNCULOS - Relatório de Vínculos (que lista todas as pessoas físicas ou jurídicas em razão de seu vínculo com o sujeito passivo, indicando o tipo de vínculo existente e o período);*
- k. TIAF – Termo de Início da Ação Fiscal;*
- l. TIAD – Termo de Intimação para Apresentação de Documentos;.*
- m. TEAF - Termo de Encerramento da Ação Fiscal;.*
- n. REFISC – Relatório Fiscal.*

Cumpre-nos esclarecer ainda, que o lançamento fiscal foi elaborado nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional, especialmente a verificação da efetiva ocorrência do fato gerador tributário, a matéria sujeita ao tributo, bem como o montante individualizado do tributo devido.

De plano, o art. 142, CTN, estabelece que:

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.”

Analisando-se a NFLD, tem-se que foi cumprido integralmente os limites legais dispostos no art. 142, CTN.

Ademais, não compete ao Auditor-Fiscal agir de forma discricionária no exercício de suas atribuições. Desta forma, em constatando a falta de recolhimento, face a ocorrência do fato gerador, cumpri-lhe lavrar de imediato a notificação fiscal de lançamento de débito de forma vinculada, constituindo o crédito previdenciário. O art. 243 do Decreto 3.048/99, assim dispõe neste sentido:

Art.243. Constatada a falta de recolhimento de qualquer contribuição ou outra importância devida nos termos deste Regulamento, a fiscalização lavrará, de imediato, notificação fiscal de lançamento com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, de acordo com as normas estabelecidas pelos órgãos competentes.

NO MÉRITO

(i) Observância do artigo 31 "caput" da Lei 8212/91

Os §§ 3º e 4º do art. 31 da Lei nº8.212/91 definem os serviços nos quais há a incidência da retenção, devendo o INSS respeitar os elementos neles enumerados, principalmente que os prestadores de serviços estejam à disposição do contratante e que realizem serviços contínuos;

Também os §§1º e 2º do art. 219 do RPS incluem outros serviços sujeitos à retenção, mas desde que se enquadrem perfeitamente nas características encontradas no texto da lei, sob pena de afrontarem os princípios da legalidade tributária e da separação das funções do Estado;

À época da contratação das empresas analisadas pela impugnada, não estava obrigada a reter 11% sobre as notas

fiscais/faturas de prestação de serviços, seja por falta de exigência legal, seja por ordem judicial;

(iv) Não incidência de retenção sobre serviços contratados

Contesta a própria incidência da retenção sobre os serviços por ela contratados, por não constarem na Lei, estando alguns deles dispostos apenas em instrução normativa ou no Regulamento: digitação e processamento de dados, cobrança, transportes, telefonia, saúde e manutenção, os quais não são prestados por meio de cessão de mão-de-obra;

Isso porque, esses serviços não são prestados por meio de cessão de mão-de-obra, conforme exige o próprio texto legal. São plenamente inconstitucionais e ilegais as determinações referentes ao art. 219, incisos V, VII, XLX, XXIV, XXV, do Decreto 3.048/1999, e qualquer outro veículo introdutor de normas secundárias (infralegais) que assim disponha.

Analisemos os tópicos (i) e (iv) conjuntamente..

Em relação ao argumento de inconstitucionalidade, este já foi debatido no tópico (a).

De plano, o art. 31, Lei 8.212/1991 dispõe acerca da **retenção de onze por cento incidente sobre os serviços executados mediante cessão de mão-de-obra:**

Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher, em nome da empresa cedente da mão de obra, a importância retida até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia, observado o disposto no § 5º do art. 33 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.933, de 2009). (Produção de efeitos).

§1º O valor retido de que trata o caput, que deverá ser destacado na nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, será compensado pelo respectivo estabelecimento da empresa cedente da mão-de-obra, quando do recolhimento das contribuições destinadas à Seguridade Social devidas sobre a folha de pagamento dos segurados a seu serviço. (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).

§ 1º O valor retido de que trata o caput deste artigo, que deverá ser destacado na nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, poderá ser compensado por qualquer estabelecimento da empresa cedente da mão-de-obra por ocasião do recolhimento

das contribuições destinadas à Seguridade Social devidas sobre a folha de pagamento dos seus segurados. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§2º Na impossibilidade de haver compensação integral na forma do parágrafo anterior, o saldo remanescente será objeto de restituição. (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).

§3º Para os fins desta Lei, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação. (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).

§4º Enquadram-se na situação prevista no parágrafo anterior, além de outros estabelecidos em regulamento, os seguintes serviços: (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).

I-limpeza, conservação e zeladoria; (Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998).

II-vigilância e segurança; (Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998).

III-empregada de mão-de-obra; (Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998).

IV-contratação de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. (Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998).

§5º O cedente da mão-de-obra deverá elaborar folhas de pagamento distintas para cada contratante. (Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998).

§ 6º Em se tratando de retenção e recolhimento realizados na forma do caput deste artigo, em nome de consórcio, de que tratam os arts. 278 e 279 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, aplica-se o disposto em todo este artigo, observada a participação de cada uma das empresas consorciadas, na forma do respectivo ato constitutivo. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)” (gn)

Neste diapasão, o art. 219, § 2º, III, Decreto 3.048/1999 dispõe que o serviço de construção civil realizado mediante cessão de mão-de-obra, ou ainda mediante empreitada, se sujeita à retenção de onze por cento do valor bruto da nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços e recolher a importância retida em nome da empresa contratada:

“Art. 219. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão ou empreitada de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços e recolher a importância retida em nome da empresa contratada, observado o disposto no § 5º do art. 216. (Redação dada pelo Decreto nº 4.729, de 2003)

XXIII-secretaria e expediente;

XXIV-saúde; e

XXV-telefonia, inclusive telemarketing.

§3º Os serviços relacionados nos incisos I a V também estão sujeitos à retenção de que trata o caput quando contratados mediante empreitada de mão-de-obra.

§4º O valor retido de que trata este artigo deverá ser destacado na nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços, sendo compensado pelo respectivo estabelecimento da empresa contratada quando do recolhimento das contribuições destinadas à seguridade social devidas sobre a folha de pagamento dos segurados.

§5º O contratado deverá elaborar folha de pagamento e Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social distintas para cada estabelecimento ou obra de construção civil da empresa contratante do serviço.

§6º A empresa contratante do serviço deverá manter em boa guarda, em ordem cronológica e por contratada, as correspondentes notas fiscais, faturas ou recibos de prestação de serviços, Guias da Previdência Social e Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social com comprovante de entrega.

§7º Na contratação de serviços em que a contratada se obriga a fornecer material ou dispor de equipamentos, fica facultada ao contratado a discriminação, na nota fiscal, fatura ou recibo, do valor correspondente ao material ou equipamentos, que será excluído da retenção, desde que contratualmente previsto e devidamente comprovado.

§8º Cabe ao Instituto Nacional do Seguro Social normatizar a forma de apuração e o limite mínimo do valor do serviço contido no total da nota fiscal, fatura ou recibo, quando, na hipótese do parágrafo anterior, não houver previsão contratual dos valores correspondentes a material ou a equipamentos.

§9º Na impossibilidade de haver compensação integral na própria competência, o saldo remanescente poderá ser compensado nas competências subseqüentes, inclusive na relativa à gratificação natalina, ou ser objeto de restituição, não sujeitas ao disposto no § 3º do art. 247. (Redação dada pelo Decreto nº 4.729, de 2003)

§10. Para fins de recolhimento e de compensação da importância retida, será considerada como competência aquela a que corresponder à data da emissão da nota fiscal, fatura ou recibo.

§11. As importâncias retidas não podem ser compensadas com contribuições arrecadadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social para outras entidades.

§12º O percentual previsto no caput será acrescido de quatro, três ou dois pontos percentuais, relativamente aos serviços prestados pelos segurados empregado, cuja atividade permita a concessão de aposentadoria especial, após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente. (Incluído pelo Decreto nº 4.729, de 2003” (gn)

Ademais da impossibilidade do CARF se pronunciar acerca de inconstitucionalidade, conforme a Súmula 2, CARF e analisado no tópico (a), em função do art. 31, § 4º, Lei 8.212/1991 remeter para o Regulamento o enquadramento de outros serviços além dos referidos em seu § 4º, não confiro razão à argumentação da Recorrente acerca da impossibilidade do Decreto realizar a normatização.

(ii) Contratação de empresas optantes pelo SIMPLES.

Contratou serviços com empresas optantes pelo SIMPLES, como a SERCAIT COM. E APL. ISOLAMENTOS TÉRMICOS LTDA., que não estavam sujeitas à retenção de 11% sobre seu serviços, no período de janeiro/2000 a agosto/2002, conforme Instrução Normativa nº 100/2003, em seu art. 151 (mantida a redação no art. 142 da IN/MPS/S12P nº 03, de 14/07/2005);

- que, entretanto, o STJ unificou o seu entendimento acerca da não incidência da retenção para essas empresas, até os nossos dias;

Analisemos.

Neste ponto da não sujeição das empresas prestadoras de serviços optantes pelo SIMPLES à retenção de 11%, confiro razão à Recorrente porque no Superior Tribunal de Justiça – STJ a matéria foi submetida ao rito dos recursos repetitivos, de acordo com o artigo 543-C do CPC e com a Resolução 08/08 do STJ, obrigando a sua reprodução no âmbito do CARF nos termos do art. 62-A, Anexo II, Regimento Interno CARF.

Então, no Resp 1142462/RS, de 29.04.2010, o STJ decidiu que empresas prestadoras de serviço optantes pelo Simples não estão sujeitas à retenção do percentual de 11% prevista no art. 31 da Lei nº 8.212/91, com redação conferida pela Lei nº 9.711/98:

*REsp 1142462 / RS - Órgão Julgador SEGUNDA TURMA -
Data do Julgamento: 15/04/2010 - Data da Publicação: DJe
29/04/2010 – Relator: Ministro CASTRO MEIRA.*

**TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.
EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO OPTANTES PELO
SIMPLES. RETENÇÃO DE 11% SOBRE FATURAS.**

ILEGITIMIDADE DA EXIGÊNCIA. JULGAMENTO DA MATÉRIA EM RECURSO ESPECIAL SOB O RITO DOS REPETITIVOS.

1. A Primeira Seção, no julgamento dos Embargos de Divergência 511.001/MG, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJU de 11.04.05, concluiu que as empresas prestadoras de serviço optantes pelo **Simples** não estão sujeitas à **retenção** do percentual de 11% prevista no art. 31 da Lei nº 8.212/91, com redação conferida pela Lei nº 9.711/98.

2. O sistema de arrecadação destinado às empresas optantes pelo **Simples** é incompatível com o regime de substituição tributária previsto no art. 31 da Lei nº 8.212/91. A **retenção**, pelo tomador de serviços, do percentual de 11% sobre o valor da fatura implica supressão do benefício de pagamento unificado destinado às microempresas e empresas de pequeno porte.

3. A matéria foi submetida ao rito dos recursos repetitivos, de acordo com o artigo 543-C do CPC e com a Resolução 08/08 do STJ, nos autos do recurso especial nº 1.112.467/DF, de relatoria do Min. Teori Albino Zavascki, no qual restou assente o entendimento acima afirmado.

4. Recurso especial não provido

Diante do exposto, deve-se afastar a incidência de contribuição previdenciária no código de levantamento - **SER** (SERCAIT Com. E Apl. Isolamentos Térmicos LTDA. — ME).

(iii) Empresa ENGEMETAL MONTAGENS LTDA.

Com relação à empresa **ENGEMETAL MONTAGENS LTDA.**, a impugnante estava desobrigada de efetuar a retenção, em virtude de ordem judicial, por força de Medida Liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº 1999.61.00.054266-8, impetrado pelo SINDUSCON, ao qual a referida empresa é filiada;

Analisemos.

A decisão de primeira instância, às fls. 615, em relação ao código de levantamento EMT (ENGEMETAL MONTAGENS LTDA) aponta que foi cassada a medida liminar concedida em Mandado de Segurança impedindo o destaque da retenção nas Notas Fiscais de prestação de serviços:

- **ENGEMETAL Montagens Ltda.** — Período do lançamento: 10/2005 e 11/2005 — Contrato de prestação de serviços e nota fiscal de serviço de montagem de estruturas metálicas (fls. 63/66). Quanto à alegação de que a impugnante estava

desobrigada de efetuar a retenção, em virtude de ordem judicial, por força de Medida Liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança n.º 1999.61.00.054266-8, impetrado pelo SINDUSCON, informamos que, consultando o trâmite do referido processo, via internet, verificamos ter sido expedido, em 2002, acórdão de provimento à apelação da autarquia (INSS), reformando sentença que assegurou às empresas filiadas ao impetrante (SINDUSCON) o direito de não se submeter à retenção do percentual de 11% sobre o valor da fatura ou da nota fiscal emitida pela prestadora de serviços, a título de contribuição social sobre a folha de salários;

Diante do exposto, não prospera a alegação da Recorrente.

(v) Inexistência de funcionários à disposição da Recorrente

Nunca houve funcionário de prestadora de serviço à disposição da impugnante, sob sua subordinação, nos contratos objetos desta NFLD,

A NFLD deve ser julgada improcedente por absoluta falta de motivação tática e jurídica quanto à caracterização como cessão de mão-de-obra nos serviços contratados;

Analisemos.

O lançamento é referente às contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à retenção dos 11% sobre os serviços prestados à empresa na obra da matrícula CEI nº 378400506977. A empresa deixou de efetuar a retenção sobre os valores constantes nas as Notas Fiscais/Faturas dos prestadores de serviços da obra de construção civil, assim como o respectivo recolhimento.

O Relatório Fiscal, às fls. 57 a 59, com Anexos às fls. 60 a 213, destaca os prestadores de serviços:

1) NORISTEEL COM. DE ESQUADRIAS METÁLICAS E FERRAGENS LTDA —ME — Serviço de instalação de portas, janelas. Apresentadas notas fiscais de serviço e contrato de prestação de serviço, sem seu Anexo I. (cópia do contrato apostada nos autos do processo original). Período de lançamento: 04/2006 a 06/2006.

2) ENGEMETAL MONTAGENS LTDA — Serviço de montagem de estrutura metálica. Apresentado contrato de prestação de serviço. (cópia do contrato e da nota fiscal — por amostragem - apostadas nos autos do processo original) Período de lançamento: 10/2005 e 11/2005.

3) Engprel Instalações Elétricas LTDA - Serviço de instalações elétricas na obra de construção civil no prédio da VM. Apresentado contrato de prestação de serviço. (cópia do contrato e da nota fiscal — por amostragem - apostadas nos autos do processo original). Período de lançamento: 09/2005 a 12/2005 e 04/2006 a 07/2006.

4) EDMAG — Pinturas S/C LTDA — Me — Serviço de pintura na obra da VM. Não foi apresentado contrato de prestação de serviço para o período. (cópia da nota fiscal apostada nos autos do processo original por amostragem). Período de lançamento: 10/2005, 12/2005, 01/2006, 03/2006 e 06/2006.

5) MRS Construções Industriais LTDA — Serviço de construção civil para execução da obra da VM. (cópia do contrato e da nota fiscal — por amostragem - apostadas nos autos do processo original). Período de lançamento: 07/2005 a 06/2006

Observa-se que o serviço de construção civil realizado mediante cessão de mão-de-obra, ou ainda mediante empreitada de mão-de-obra, se sujeita à retenção de onze por cento do valor bruto da nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços e a recolher a importância retida em nome da empresa contratada, nos termos do art. 31, § 4º, Lei 8.212/1991 c/c art. 219, §§ 2º, 3º, Decreto 3.048/1999.

Ademais, conforme o Relatório Fiscal, às fls. 57 a 59, a Recorrente deixou de efetuar a retenção sobre os valores constantes nas as Notas Fiscais/Faturas dos prestadores de serviços da obra de construção civil, assim como o respectivo recolhimento.

Desta forma, na presente hipótese dos autos, independentemente se o serviço prestado de construção civil tenha sido feito mediante cessão de mão-de-obra ou mediante empreitada de mão-de-obra, há a sujeição da Recorrente em efetuar a retenção de onze por cento do valor bruto da nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços e a recolher a importância retida em nome da empresa contratada.

Diante do exposto, não prospera a argumentação da Recorrente.

(vi) Empresas Calinox Montagens e Instalações Industriais Ltda.; LE Comércio e Manutenção de Máquinas Ltda.,

No caso das empresas Calinox Montagens e Instalações Industriais Ltda., LE Comércio e Manutenção de Máquinas Ltda., os serviços foram realizados nas próprias empresas prestadoras;

Analisemos.

Não prospera a argumentação da Recorrente pois não foi feito lançamento na presente NFLD que seja relacionado a essas empresas listadas.

MULTA DE MORA

Esta Colenda Turma de Julgamento vem se posicionando reiteradamente, por maioria, em relação ao recálculo dos acréscimos legais, para que se **recalcule a multa de mora, com base na redação dada pela lei 11.941/2009 ao artigo 35 da Lei 8.212/91, com a prevalência da mais benéfica ao contribuinte:**

A multa de mora aplicada teve por base o artigo 35 da Lei 8.212/91, que determinava aplicação de multa que progredia conforme a fase e o decorrer do tempo e que poderia atingir 50% na fase administrativa e 100% na fase de execução fiscal.

Ocorre que esse artigo foi alterado pela Lei 11.941/2009, que estabeleceu que os débitos referentes a contribuições não pagas nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que estabelece multa de 0,33% ao dia, limitada a 20%.

Visto que o artigo 106, II, c do CTN determina a aplicação retroativa da lei quando, tratando-se de ato não definitivamente julgado, lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, princípio da retroatividade benigna, impõe-se o cálculo da multa com base no artigo 61 da Lei 9.430/96 para compará-la com a multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei 8.212/91 (presente no crédito lançado neste processo) para determinação e prevalência da multa mais benéfica.

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Ressalva-se a posição do Relator, posição vencida nesta Colenda Turma, na qual se deve determinar o recálculo dos acréscimos legais na forma **de juros de mora** (com base no art. 35, Lei 8.212/1991 c/c art. 61, § 3º Lei 9.430/1996 c/c art. 5º, § 3º Lei 9.430/1996) **e da multa de ofício** (com base no art. 35-A, Lei 8.212/1991 c/c art. 44 Lei 9.430/1996), com a prevalência dos acréscimos legais mais benéficos ao contribuinte.

CONCLUSÃO

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso, **NO MÉRITO DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO para: (i)** o levantamento **SER** (SERCAIT Com. E Apl. Isolamentos Térmicos LTDA. — ME) ser afastado da incidência da contribuição previdenciária sob a alíquota de 11% nos moldes do art.31, *caput*, da Lei n 8.212/91; **(ii)** que se recalcule a multa de mora, com base na redação dada pela lei 11.941/2009 ao artigo 35 da Lei 8.212/91, com a prevalência da mais benéfica ao contribuinte.

É como voto.

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro