



Ministério da Fazenda
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 18186.001189/2007-77
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2201-011.327 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 6 de novembro de 2023
Recorrente SECOVI SIND EMP C V LOC ADMIM RE CO SP
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/12/2001

DILIGÊNCIA FISCAL. REVISÃO DE OFÍCIO. DECADÊNCIA DO LANÇAMENTO. INOCORRÊNCIA.

A diligência fiscal é o procedimento fiscal externo destinado a coletar e a analisar informações de interesse da administração, inclusive para atender à exigência de instrução processual, não havendo que se falar em revisão de lançamento nos termos do artigo 149 do CTN e nem em novo lançamento, uma vez que não houve a modificação de seus fundamentos (fáticos/jurídicos) ou inovação quanto à sujeição passiva.

PEDIDO DE CONVERSÃO DO PROCESSO EM DILIGÊNCIA. INDEFERIMENTO. SÚMULA CARF Nº 163.

O indeferimento fundamentado de requerimento de diligência ou perícia não configura cerceamento do direito de defesa, sendo facultado ao órgão julgador indeferir aquelas que considerar prescindíveis ou impraticáveis.

SERVIÇOS DE CONSTRUÇÃO CIVIL E SUBEMPREITADA. INCIDÊNCIA DE RETENÇÃO SOBRE AS FATURAS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO.

As empresas contratantes de serviços de construção civil ou que subempreitam parcelas de obra de construção civil devem efetuar a retenção prevista no artigo 31 da Lei nº 8.212 de 1991, com redação dada pela Lei nº 9.711 de 1998.

JUROS MORATÓRIOS SOBRE MULTA DE OFÍCIO. TAXA SELIC. SÚMULA CARF Nº 108.

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

VOTO DE QUALIDADE. ARTIGO 112 DO CTN. AFASTAMENTO DE MULTA E JUROS. IMPOSSIBILIDADE.

Uma vez confirmada a infração prevista na legislação e demais atos normativos que regem a matéria, não há que se falar em afastamento da multa de ofício no patamar de 75% e dos juros moratórios por força do disposto no artigo 112 do CTN.

Nos termos da Lei nº 14.689 de 2023, que alterou o artigo 25 do Decreto nº 70.235 de 1972, caso do julgamento do processo se der por voto de qualidade favorável à Fazenda Pública, ficam excluídas as multas e cancelada a representação fiscal.

INTIMAÇÕES NO ENDEREÇO DO REPRESENTANTE LEGAL (ADVOGADO) DO CONTRIBUINTE. DESCABIMENTO. SÚMULA CARF Nº 110.

No processo administrativo fiscal, é incabível a intimação dirigida ao endereço de advogado do sujeito passivo.

DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS. EFEITOS.

As decisões administrativas e jurisprudência sem lei que lhes atribua eficácia normativa, nos termos do artigo 100, inciso II do CTN, não se constituem em normas gerais, razão pela qual seus julgados não se aproveitam em relação a qualquer outra ocorrência, senão àquela objeto da decisão, não vinculando o julgamento na esfera administrativa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Marco Aurélio de Oliveira Barbosa – Presidente

(documento assinado digitalmente)

Débora Fófano dos Santos – Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Débora Fófano dos Santos, Douglas Kakazu Kushiya, Francisco Nogueira Guarita, Fernando Gomes Favacho, Luciana Matos Pereira Sanchez (suplente convocado(a)) e Marco Aurélio de Oliveira Barbosa (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário (fls. 1.748/1.804 e págs. PDF 1.741/1.797) interposto contra decisão no acórdão nº 16-49.801, proferido pela 12ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo I (SP), em sessão de 27 de agosto de 2013 (fls. 1.650/1.737 e págs. PDF 1.643/1.730), que julgou a impugnação procedente em parte, mantendo em parte o crédito tributário formalizado na NFLD – Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – DEBCAD 35.511.025-3, consolidado em 30/09/2002, no montante de R\$ 432.119,33, já incluídos multa e juros, relativo à infração de contribuições devidas à Seguridade Social decorrente da obrigação da retenção de onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços contratados e executados mediante cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário, ou empreitada de mão de obra cuja importância deveria ser retida e recolhida 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 (fls. 03/56), acompanhado do Relatório Fiscal (fls. 67/79) e do Anexo I (fls. 80/90).

Do Lançamento

De acordo com resumo constante no acórdão recorrido (fls. 1.652/1.657 e págs. PDF 1.645/1.650):

DA NOTIFICAÇÃO

Trata-se de NFLD – Notificação Fiscal de Lançamento de Débito Debcad nº 35.511.0253, lavrada em 30/09/2002, de contribuições devidas à Seguridade Social, decorrentes da obrigação da retenção de 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços contratados e executados mediante cessão de mão-de-obra, ou empreitada de mão-de-obra, cuja importância deveria ser recolhida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura em nome da empresa cedente de mão-de-obra, abrangendo o período de 02/1999 a 12/2001, no montante de R\$ 432.119,33 (quatrocentos e trinta e dois mil, cento e dezenove reais e trinta e três centavos), consolidado em 30/09/2002.

O Relatório Fiscal, fls. 65/77, informa, em síntese, que:

Dos contratos, Notas Fiscais, GFIPs e GRPS/GPS apresentados: Neste tópico, a fiscalização relata que mediante intimação através do Termo de Intimação para Apresentação de Documentos –TIAD, o Sindicato apresentou somente alguns dos contratos celebrados com as respectivas prestadoras de serviço, acompanhados de notas fiscais, GFIP e GRPS/GPS, discriminando os documentos apresentados para as seguintes empresas contratadas: João Fortes Engenharia S/A, PEM Engenharia S/A, Johnson Controles Ltda., Zoubaref Geren. Proj. e Coloc. De Mármore e Granito Ltda., Marcenaria Bonfá Ltda., Cetest Minas Engenharia e Serviços S/A, Elétrica e Hidráulica Lopes & Isabel Ltda., Nadai & Cardoso Ltda., Technics Vidros e Equipamentos Industriais Ltda., Eletro Thunder Serviços de Manutenção e Instalação Elétrica S/C Ltda., e Zillion Com. De Produtos e Serviços de Limpeza Ltda.

Constam do Anexo I outras empresas contratadas diretamente pelo Sindicato para executar em serviços sujeitos à retenção de 11% na forma do artigo 31 da Lei nº 8.212/91, para as quais não houve prova de que o Sindicato tenha efetuado a retenção e o recolhimento da importância retida em nome da contratada.

Do conceito da prestação de serviço mediante cessão de mão-de-obra: Ocorre a prestação de serviço mediante cessão de mão-de-obra quando a empresa prestadora de serviço (cedente) loca sua mão-de-obra ao contratante (tomador).

As disposições legais encontram-se: a) no §3º do artigo 31 da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Medida Provisória nº 1663-15/98, convertida na Lei nº 9.711/98; b) no §1º do artigo 219 do Regulamento da Previdência Social–RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99; c) Na Subseção II da Seção I do Capítulo V do Título II da Instrução Normativa INSS/DC nº 71, de 10/05/2002 (DOU de 15/05/2002).

Das razões do levantamento do crédito previdenciário: O Sindicato contratou diversas empresas do ramo da construção civil para construir o edifício destinado a abrigar sua sede, localizado na Rua Dr. Bacelar, 1043, e outras empresas que executaram serviços sujeitos à retenção de 11%.

Embora o Sindicato tenha contratado serviços sujeitos à retenção na forma do artigo 31 e observado o disposto no § 5º do artigo 33, todos da Lei nº 8.212/91, não houve prova da retenção e do consequente recolhimento da importância retida em nome da empresa contratada, cedente de mão-de-obra, cujas notas fiscais emitidas encontram-se relacionadas juntamente com a descrição dos serviços executados no ANEXO I.

De acordo com o artigo 29 da Lei nº 9.711/98, até 01/1999, o contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho

temporário, respondia solidariamente com o executor pelas obrigações decorrentes da Lei nº 8.212/91, excetuando-se as disposições do artigo 23 da mesma Lei.

A partir de 02/1999, com a alteração trazida pela Lei nº 9.711/98, na redação do artigo 31 da Lei nº 8.212/91, passa a valer o procedimento de retenção de 11% (onze por cento) sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços.

A solidariedade entre contratantes e contratadas pelas obrigações para com a Seguridade Social subsiste apenas na construção civil, cuja construção não envolva cessão de mão-de-obra, nos termos do artigo 220 do Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99.

A Ordem de Serviço INSS/DAF nº 209, de 20/05/1999 (DOU de 28/05/1999), ao estabelecer os procedimentos de arrecadação e fiscalização da retenção incidente sobre o valor dos serviços e das contribuições devidas sobre a remuneração decorrente da prestação de serviços através de cessão de mão-de-obra ou empreitada definiu em seu item 4 e subitens.

4-CONTRATO POR EMPREITADA NA CONSTRUÇÃO CIVIL, para fins deste ato, é aquele celebrado por empresas proprietárias, donas de obra ou incorporadoras com empresa construtora contratada para execução de obra ou serviço na construção civil, no todo ou em parte.

4.1. – CONTRATO POR EMPREITADA TOTAL é aquele celebrado **exclusivamente** com empresa construtora, registrada no Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura – CREA, que assume a **responsabilidade direta pela execução total da obra**, com ou sem fornecimento de material;

4.1.1. – Compreende-se como execução total da obra a responsabilidade pela execução de todos os projetos a ela pertinentes.

4.2. CONTRATO POR EMPREITADA PARCIAL é aquele celebrado com empresa prestadora de serviços na área de construção civil para **execução de parte da obra** com, ou sem fornecimento de material.

4.3.–Considera-se OBRA DE CONSTRUÇÃO CIVIL a construção, demolição, reforma ou ampliação de edificação, ou outra benfeitoria agregada ao solo ou ao subsolo.

(...)(grifamos)

A Instrução Normativa INSS/DC nº 18, de 11/05/2000 (DOU de 12/05/2000), a qual dispõe sobre procedimentos aplicáveis à obra de construção civil de responsabilidade de pessoa jurídica em semelhante redação define no art. 4º, inciso XV, na letra "a", o contrato de empreitada total, observado o disposto no § 2º desse artigo, e na letra "b" o contrato de empreitada parcial (antes item 10 da Ordem de Serviço nº 165, de 11/07/1997, DOU de 24/07/1997).

A Instrução Normativa INSS/DC nº 18 exemplifica no seu anexo III as atividades compreendidas como do ramo de construção civil, conforme § 1º do seu artigo 4º.

A Instrução Normativa INSS/DC nº 71, de 10/05/2002 estabelece em seu artigo 99 (antes a Ordem de Serviço INSS/DAF nº 209 em seus itens 12 e 14), a obrigação de a contratante reter 11% (onze por cento) do valor dos serviços contidos na nota fiscal, fatura ou recibo, listados nos arts. 102 e 103 (antes subitens 12.1 e 14.1 da OS/INSS/DAF nº 209), além de todos os serviços contratados em regime de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019/74 (art. 189 da IN INSS/DC nº 71), quando:

- a) os serviços forem executados mediante cessão de mão-de-obra;
- b) os serviços forem executados mediante empreitada.

No item 15, a Ordem de Serviço INSS/DAF nº 209 estabelece que na empreitada na construção civil será aplicada a responsabilidade solidária de trata o inciso VI do artigo 30 da Lei nº 8.212/91 somente nos seguintes casos:

- a) na contratação de execução de obra por **empreitada total**; e

b) quando houver o repasse integral do contrato nas mesmas condições pactuadas.

Vale dizer, excetuando-se a empreitada total e o repasse integral nas mesmas condições pactuadas, a contratante de serviços na área de construção civil deverá reter 11% do valor dos serviços contidos na nota fiscal, fatura ou recibo, observando-se ainda, de acordo com o § 5º do artigo 33 da Lei nº 8.212/91, combinado com o § 5º do artigo 216 do RPS e o item 28 da OS/INSS nº 209, que a retenção sempre se presumirá feita pela contratante, não lhe sendo lícito alegar qualquer omissão para se eximir do recolhimento, ficando diretamente responsável pelas importâncias que deixar de reter ou tiver retido em desacordo com a legislação.

Dessa forma, os contratos celebrados entre o Sindicato, acima identificado, e as empresas João Fortes Engenharia S/A, PEM Engenharia S/A, Johnson Controles Ltda., apresentados a esta Auditoria Fiscal com cópias contidas no ANEXO II, não guardam conformação com a legislação previdenciária aplicada à matéria, no tocante ao regime de empreitada global, pois as empresas contratadas apenas executaram, *de persi*, parte da obra.

Coube ao Sindicato notificado a responsabilidade pela execução da obra de construção civil e pela matrícula CEI – Cadastro Específico do INSS, que contratou diretamente com outras empresas, além das citadas acima, a construção do edifício onde hoje abriga sua sede, logo, a partir de 01/02/1999, data em que a Lei nº 9.711/98 fixou para produzir os efeitos da alteração que trouxe ao artigo 31 da Lei nº 8.212/91, deveria o Sindicato reter 11% sobre os serviços contidos em nota fiscal, fatura ou recibo e recolher a importância retida em nome e no CNPJ da empresa contratada.

Tendo em vista que o Sindicato não procedeu à retenção e o consequente recolhimento na forma do artigo 31 da Lei nº 8.212/91, constam do presente documento os levantamentos que apuram os créditos previdenciários, em conformidade com os dispositivos da Lei nº 8.212/91 e alterações posteriores, que dão amparo legal aos procedimentos adotados pela fiscalização – artigo 33, § 5º.

Dos critérios e procedimentos utilizados para o cálculo do montante da contribuição previdenciária devida neste documento: Os valores constantes neste levantamento referem-se às contribuições incidentes a título de substituição, a cargo da empresa e destinadas à Seguridade Social, apurados segundo os seguintes parâmetros:

Base de cálculo: refere-se ao valor dos serviços executados mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada contidos em nota fiscal, fatura ou recibo, conforme disposições do artigo 31 da Lei nº 8.212/91, artigo 219 do RPS, seção I do capítulo V do título II da IN INSS/DC Nº 071, de 10/05/2002 (antes Seção III da Ordem de Serviço/INSS/DAF nº 209, de 20/05/1999):

- O valor bruto da nota fiscal, fatura ou recibo, na contratação de serviços em que a contratada não se obriga a fornecer material ou dispor de equipamento;

- O valor dos serviços, quando a contratada esteja obrigada a fornecer material ou dispor de equipamentos próprios ou de terceiros, indispensáveis à execução do serviço, cujos valores estejam estabelecidos contratualmente, sendo as parcelas correspondentes discriminadas na nota fiscal, fatura ou recibo;

Na hipótese de não constar no contrato os valores referentes a material ou equipamentos, deverão ser discriminadas as respectivas parcelas na nota fiscal, fatura ou recibo, não se admitindo que o valor relativo aos serviços seja inferior a 50% (cinquenta por cento) do valor bruto;

Nos serviços de terraplenagem executados com equipamentos mecânicos, não constando no contrato o valor referente a equipamento, deverá ser discriminada a respectiva parcela na nota fiscal, fatura ou recibo, não podendo a importância relativa aos serviços em relação ao valor bruto ser inferior a 15%;

Nos serviços com utilização de meios mecânicos, exceto drenagem, obras de arte, pavimentação, terraplenagem e aterro sanitário, não constando do contrato o valor referente a equipamento, deverá ser discriminada a respectiva parcela na nota fiscal,

fatura ou recibo, não podendo a importância relativa aos serviços em relação ao valor bruto ser inferior a 35%;

- O valor bruto da nota fiscal, fatura ou recibo, na falta de discriminação do valor da parcela relativa a material ou equipamento na nota fiscal, fatura ou recibo;

Não serão admitidos para deduções da base de cálculo da retenção o material de consumo próprio da atividade, assim entendido como aquele imprescindível ao desempenho da mesma, o qual se consome pelo uso, tais como: cera, detergente, desinfetante nos serviços de limpeza, bem assim valor da parcela relativa a equipamento de uso pessoal a exemplo: uniforme, colher de pedreiro, arma do vigilante;

Alíquota: refere-se ao percentual incidente sobre a base de cálculo descrita no item anterior, e será de 11% (onze por cento), conforme artigo 31 da Lei nº 8.212/91, artigo 219 do RPS e artigo 99 da IN INSS/DC Nº 071, de 10/05/2002 (antes, item 24 a OS/INSS/DAF nº 209, de 20/05/1999).

Dos fatos apurados neste documento: Os levantamentos a seguir referem-se à apuração das contribuições decorrentes da retenção de 11% sobre os serviços contidos nas notas fiscais/faturas emitidas pelas respectivas contratadas no período de 02/1999 a 12/2001:

Levantamento AER: contratada Aerplan Planejamento e Construções Ltda., período 11/1999;

Levantamento BFA: contratada Marcenaria Bonfá Ltda., período 06/2000 a 11/2000, 01/2001, 11/2001 e 12/2001;

Levantamento FIO: contratada Fiotti Comercial Ltda., período 04/2000 a 05/2000, 08/2000 e 10/2000;

Levantamento HO: contratada Holemaker Cortese Furos Ltda., período 02/1999;

Levantamento JF: contratada João Fortes Engenharia S/A, período 02/1999 a 12/1999, 01/2000 a 04/2000;

Levantamento JOA: contratada Joatec Comércio e Instalações Ltda., período 06/2000;

Levantamento JOH: contratada Johnson Controles Ltda., período 02/1999, 04/1999, 08/1999 a 09/1999, 11/1999, 01/2000, 09/2000, 11/2000, 01/2001 e 03/2001;

Levantamento JVL: contratada JVL Empreiteira de Construção Civil S/C Ltda., período 02/1999;

Levantamento KUN: contratada Kunlun Equipamentos Ltda., período 05/1999 a 06/1999;

Levantamento LI: contratada Elétrica e Hidráulica Lopes e Isabel Ltda., período 02/1999 a 04/1999, 06/1999 a 09/1999, 11/1999, 01/2000 a 02/2000, 04/2000 a 05/2000, 07/2000 e 08/2001;

Levantamento MOD: contratada Modular Flooring Comercial Ltda., período 06/2000;

Levantamento NC: contratada Nadai e Cardoso Ltda., período 05/1999 a 08/1999, 04/2000 e 06/2000;

Levantamento PRO: contratada Protende Serviço de Construção Civil Ltda., período 02/1999;

Levantamento RES: contratada Resigás Comércio e Prestação de Serviço Ltda., período 02/1999;

Levantamento RP: contratada Real Paint Pinturas Técnicas Ltda., período 10/2000, 07/2001 e 11/2001;

Levantamento TEC: contratada Technics Vidros e Equipamentos Industriais Ltda., período 06/2000 a 09/2000, 03/2001 a 05/2001;

Levantamento TFI: contratada Terraplenagem Fiori Ltda., período 02/1999;

Levantamento THU: contratada Eletro Thunder Serviços de Manutenção e Instalação Elétrica S/C Ltda., período 07/2000 a 08/2001;

Levantamento UE: contratada União Engenharia S/C Ltda., período 10/1999;

Levantamento ZOU: contratada Zoubaref Geren. Proj. e Coloc. De Mármore e Granito Ltda., período 06/2000, 08/2000 e 07/2001;

Dos documentos examinados: Estatuto do Sindicato, de 26/04/2001, Notas Fiscais, Contratos de Prestação de Serviços, Folhas de Pagamento, Livro de Registro de Empregados, GFIP/GRFP, GRPS/GPS e livros contábeis de 1992 a 2000.

Complementam o Relatório Fiscal o Anexo I (Relação de Notas Fiscais de Prestação de Serviços), fls. 78/88, Anexo II (Cópias de contratos celebrados com prestadoras de serviço), fls. 89/143, e Anexo III (Cópias de Notas Fiscais – Amostragem), fls. 144/219.

(...)

Resumo da Tramitação do Processo: Impugnação da Empresa Tomadora de Serviços, Diligência Fiscal, Julgamento, Recurso, Diligência Fiscal após a Apresentação do Recurso, Manifestação, Acórdão CARF, Impugnação, Reabertura Prazo Nova Impugnação e Nova Impugnação.

Consoante resumo no acórdão da DRJ (fls. 1.657/1.683 págs. PDF 1.651/1.676):

(...)

DA IMPUGNAÇÃO

A empresa apresentou impugnação tempestiva em 21/10/2002, fls. 223/240, acompanhada de documentos.

Alega em síntese que:

Dos fatos

Do direito

Da legislação pertinente e do conceito de empreitada de mão-de-obra:

Da impossibilidade de proceder-se a retenção quando há ordem do Poder Judiciário em sentido contrário:

Da elisão da responsabilidade tributária pelo pagamento pelo contribuinte de direito:

Do direito aplicado aos fatos:

Dadas essas três premissas, devemos analisar o que veio a ocorrer e cada um dos contratos realizados pela ora Impugnante.

João Fortes Engenharia S/A – R\$276.858,49

Johnson Controles Ltda. – R\$120.717,06

Nadai & Cardoso Ltda. – R\$6.241,72

Marcenaria Bonfá Ltda. – R\$4.925,75

Aerplan Planejamento & Construções Ltda. – R\$4.417,05

Zoubaref Gerenc. Proj. e Colocação de Mármore e Granito Ltda. – R\$4.417,05

Technics Vidros e Equipamentos Industriais Ltda. – R\$ 3.900,66

Eletro Thunder Serviços de Manutenção e Instalação Elétrica S/C Ltda. – R\$2.200,25

JVL Empreiteira de Construção Civil S/C Ltda. – R\$2.222,53

Elétrica e Hidráulica Lopes & Isabel Ltda. – R\$1.931,67

Diversos – Total R\$4.701,99

Trata-se de itens de menor valor, dos quais trataremos também em conjunto. Alguns deles apresentam particularidades, descritas abaixo. Vale ressaltar, entretanto, que em todos esses casos a fiscalização não verificou o efetivo recolhimento pelas contratadas, o que gera o risco da cobrança de uma antecipação sobre algo que já foi pago, o que nos conduz à conclusão pelo cancelamento desse débito.

a) **Holemaker Cortes e Furos Ltda.**: A empresa realizou serviços de ajustes em mármore (furos e cortes), não sendo efetuada a retenção de INSS por se tratar de serviço de mero acabamento e sem cessão de mão-de-obra, pois não era serviço que se realizava em regime de continuidade;

b) **Protende Serviço de Construção Civil Ltda.**: Esta empresa fez um serviço de instalação de concreto armado no mês de fev/99. Nesta época vigorava a Ordem de Serviço 203/99, que em seu item 19.1 dizia claramente que não se aplica a retenção ao fornecimento de concreto usinado ou preparado;

c) **União Engenharia S/C Ltda.**: Esta empresa instalou uma monovia com trole e talha elétrica e forneceu uma nota fiscal de R\$1.020,00 em out/99, não sendo devida retenção de INSS;

d) **Resigás Comércio e Prestação de Serviços Técnicos Ltda.**: Esta empresa apenas trocou uma barra de tubo de cobre e emitiu uma nota fiscal de R\$350,00 em jan/00, por este serviço. No se aplica a retenção em um caso como este e nem tampouco há responsabilidade solidária (doc. nº 11);

e) **Fiotti Comercial Ltda.**: Esta empresa instalou alguns filmes de controle solar sobre vidros e não cabe retenção previdenciária sobre tais notas fiscais. O serviço foi feito em quatro meses alternados (mar/00, mai/00, ago/00 e out/00) e não é de cessão de mão-de-obra ou de empreitada de construção civil.

f) **Joatec Comércio e Instalações Ltda.**: Esta empresa fez somente adequação de catraca se instalou sensores IVP e forneceu uma nota fiscal em jun/00, não sendo aplicável retenção de INSS e nem tampouco responsabilidade solidária.

g) **Modular Flooring Comercial Ltda.**: Esta empresa apenas instalou carpete e forneceu uma nota fiscal de R\$2.550,00 em junho/2000, não sendo aplicável retenção de INSS e nem tampouco responsabilidade solidária.

Da ilegalidade da adoção da taxa SELIC para cálculo dos juros de mora

Da fixação da taxa SELIC pelo Poder Executivo e sua inaplicabilidade em relação aos débitos fiscais:

Do pedido

Por todo o exposto, requer seja a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito completamente cancelada em todos os seus efeitos.

Requer, outrossim, que as intimações e notificações a serem feitas, relativamente às decisões proferidas neste processo sejam encaminhadas aos seus procuradores, todos com escritório na Capital do Estado de São Paulo, na Rua Padre João Manuel, 923, 7º andar, em atenção ao Dr. Ricardo Lacaz Martins, bem como sejam enviadas cópias à Impugnante, no endereço constante dos autos.

Protesta ainda a Impugnante por todos os meios de prova em Direito admitidos, notadamente a juntada de novos documentos.

DA PRIMEIRA DILIGÊNCIA FISCAL

Considerando as alegações da empresa, e os documentos anexados à impugnação, o processo foi encaminhado em diligência fiscal, para manifestação do Auditor Fiscal Notificante, conforme despacho de fls.1107/1123.

Como resultado da diligência fiscal, foi elaborada Informação Fiscal, fls. 1126/1147, acompanhada dos Anexos I, II e III, fls. 1148/1174, e tela de Consulta Processual (1ª Instância) da Justiça Federal, referente ao Mandado de Segurança nº

1999.61.00.0542668, fls. 1175/1176, concluindo o Auditor Fiscal pela retificação do lançamento, conforme se demonstrará adiante.

DA SEGUNDA DILIGÊNCIA FISCAL

O processo foi novamente encaminhado ao Auditor Fiscal Notificante, fls. 1177/1178, para emissão de novo relatório CORESP – CO-RESPONSÁVEIS, incluindo todos os responsáveis legais segundo a época da atuação na empresa, no período fiscalizado.

Em atendimento à solicitação, foi elaborado novo CORESP, fls. 1179/1182, com as devidas alterações.

DA CONSULTA À PROCURADORIA

Tendo em vista as alegações da empresa quanto à existência do Mandado de Segurança nº 1999.61.00.0542668, interposto pelo Sindicato da Indústria da Construção Civil de Grandes Estruturas no Estado de São Paulo – SINDUSCON – SP, do qual a empresa João Fortes Engenharia S/A é filiada, e Ação Ordinária nº 2000.61.000497801, interposta pela empresa Modular Flooring Com. Ltda., assim como os documentos anexados à defesa referentes a estas ações judiciais e o pronunciamento do Auditor Fiscal Notificante na Informação Fiscal, o processo foi encaminhado em consulta à Procuradoria, para esclarecimentos quanto aos procedimentos a serem adotados no presente caso, conforme despacho de fls. 1193/1211.

Em atendimento à solicitação, a Procuradoria manifestou-se em relação às ações judiciais citadas, fls. 1214/1215, anexando tela de Consulta Processual e decisões proferidas no Mandado de Segurança nº 1999.61.00.0542668, fls. 1216/1233, e informação sobre a Ação Ordinária nº 2000.61.00.0497801, fls. 1235/1237.

DO JULGAMENTO

Analisados os autos, foi emitida em 28/07/2005 a Decisão-Notificação nº 21.004.4/0552/2005, que julgou o lançamento procedente em parte, fls. 1268/1313.

Através da referida Decisão-Notificação, considerando que o SECOVI encontrava-se impedido judicialmente de efetuar a retenção de 11% incidente sobre as notas fiscais emitidas pela empresa João Fortes Engenharia S/A, no período de 11/1999 (Notas Fiscais emitidas a partir de 17/11/1999) a 04/2000, as contribuições lançadas neste período, no levantamento JF – JOÃO FORTES ENGENHARIA S/A foram excluídas do lançamento, para serem obedecidos os procedimentos estabelecidos no art. 186, inciso I, parágrafo único da Instrução Normativa INSS/DC nº 100/2003.

Também foi retificada a NFLD em relação às prestadoras de serviços Technics Vidros e Equipamentos Industriais Ltda e Elétrica e Hidráulica Lopes & Isabel Ltda., e mantidos os demais valores lançados, resultando no montante de R\$381.39305 (trezentos e oitenta e um mil, trezentos e noventa e três reais e cinco centavos), consolidado na mesma data do lançamento originário, conforme demonstrativo DADR – Discriminativo Analítico do Débito Retificado, fls. 1252/1267.

DO SUBSÍDIO FISCAL

Em atendimento ao estabelecido na Decisão-Notificação, o Auditor Fiscal Notificante emitiu Subsídio Fiscal referente à empresa João Fortes Engenharia S/A, fls. 1318/1319, para confronto das Notas Fiscais cujos valores foram excluídos da presente NFLD, em função da existência do Mandado de Segurança nº 1999.61.00.0542668, conforme o disposto no artigo 186, inciso I, parágrafo único da Instrução Normativa INSS/DC nº 100, de 18/12/2003, vigente à época da emissão da Decisão-Notificação e posteriormente, artigo 177, parágrafo único, da IN SRP nº 03, de 14/07/2005.

DO RECURSO

Cientificada da Decisão-Notificação nº 21.004.4/0552/2005 em 11/04/2006, a empresa recorre tempestivamente ao Conselho de Recursos da Previdência Social, fls. 1331/1350.

DA DILIGÊNCIA FISCAL APÓS APRESENTAÇÃO DO RECURSO

Considerando que no Recurso apresentado, a empresa contesta a incidência da retenção de 11% sobre os valores pagos à empresa João Fortes Engenharia S/A, nos termos dos itens 14 e 16 da Ordem de Serviço INSS/DAF nº 209/99, alegando que o contrato firmado entre o SECOVI e a referida empresa foi um contrato de construção por administração, consoante se verifica da leitura do item 1.3 da Cláusula Primeira, assim como item 5.1.3 da Cláusula Quinta Cláusulas Sétima Oitava e Décima Terceira do contrato todas transcritas;

Considerando que o levantamento JF—JOÃO FORTES ENGENHARIA foi retificado parcialmente na competência 11/1999 e totalmente nas competências 12/1999 a 04/2000, através da Decisão-Notificação nº 21.004.4/0552/2005, em função do disposto no artigo 186, inciso I, parágrafo único da Instrução Normativa INSS/DC nº 100, de 18/12/2003, vigente à época da decisão, posteriormente artigo 177, parágrafo único, da IN SRP nº 03, de 14/07/2005, ficando mantidos integralmente os valores lançados nas competências 02/1999 a 10/1999 e parte da competência 11/1999;

Diante do exposto, o processo foi encaminhado em diligência fiscal, fls. 1357/1381, para manifestação do Auditor Fiscal Notificante no tocante às referidas alegações, face os documentos verificados no decorrer da ação fiscal, tais como notas fiscais e o contrato firmado entre o SECOVI e a empresa João Fortes Engenharia S/ª

Em atendimento à solicitação, o Auditor Fiscal emitiu a Informação Fiscal de fls. 1384/1387, com os esclarecimentos necessários, concluindo que as alegações trazidas no recurso não guardam coerência com aquelas apresentadas na impugnação inicial, nem com o contrato ou com os fatos, e ainda que a relação contratual real que se estabeleceu entre o SECOVI e a empresa João Fortes Engenharia S/A na construção da obra matrícula CEI 21.903.08158/70 foi de empreitada parcial, conforme demonstrado no Relatório Fiscal e Informação Fiscal emitida no decorrer da primeira diligência fiscal.

DA REABERTURA DO PRAZO PARA MANIFESTAÇÃO

Em 10/04/2007, a empresa foi cientificada da Informação Fiscal de fls. 1384/1387 e do despacho emitido pelo Serviço de Contencioso Administrativo Previdenciário, fls.1389/1400, com reabertura do prazo de 10 (dez) dias para apresentação de manifestação, caso desejado.

DA MANIFESTAÇÃO

A empresa apresentou manifestação tempestiva, fls. 1406/1415, apresentando, em síntese, as seguintes alegações:

I—Dos fatos

II – Do direito

II.1 – Do contrato firmado com a empresa João Fortes Engenharia S/A

II.1.1 Da efetiva caracterização de contrato de construção por administração

II. 1.2 Da não descaracterização do contrato de construção por administração em função da gerenciadora

II.1.3 Da ilegalidade do 413, inciso XXX, da Instrução Normativa INSS/SRP nº 3 de 14/7/2005

III – Das conclusões

Diante do exposto, pode-se concluir que:

(i) o contrato firmado entre a Requerente e a empresa João Fortes Engenharia S/A foi efetivamente um contrato de construção por administração, tendo em vista que preencheu todos os requisitos desta modalidade contratual, não havendo qualquer óbice legal para que a administradora execute a obra;

(ii) a existência da gerenciadora não descaracteriza o contrato firmado entre a Requerente e a empresa João Fortes Engenharia S/A como sendo um contrato de construção por administração, e

(iii) X o art. 413, XXX, da Instrução Normativa INSS/SRP nº 3, de 14/7/2005 é eivado de ilegalidade, tendo em vista que pretende alterar conceitos previstos no Código Civil e na Lei nº 4.591/64.

IV Do pedido

Diante do exposto, reitera o pedido de cancelamento do presente Auto de Infração.

DO JULGAMENTO DO RECURSO PELO CARF

Apreciado o Recurso Voluntário, em sessão de 01/12/2011, os membros da 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da Segunda Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais decidiram, por unanimidade de votos, ANULAR a Decisão-Notificação, sob o fundamento de que a expedição de Decisão-Notificação, sem prévia intimação do sujeito passivo para conhecimento e manifestação em relação às diligências fiscais realizadas provocou o cerceamento do direito de defesa da Recorrente, configurando vício insanável, determinando-se que seja dada ciência ao contribuinte do resultado da diligência fiscal e reaberto o prazo para impugnação.

Em 30/07/2012 foi emitida pela EQREC/DICAT/DERAT/SP a Intimação nº 457/2012, fls. 1428, dando ciência ao contribuinte do Acórdão nº 2302-01.500 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, reabrindo-se o prazo de 30 (trinta) dias, a partir do recebimento, para apresentação de impugnação ou defesa administrativa, se assim desejar. O referido Acórdão foi recebido pelo contribuinte em 02/08/2012, fls. 1490.

Em 28/08/2012, a empresa teve vistas dos autos, e realizou a extração de cópias eletrônicas do processo, conforme Termo de Vistas e Ciência de Processos, fls.1430.

DA IMPUGNAÇÃO

Em 03/09/2012, o contribuinte apresentou nova impugnação, fls. 1464/1480, alegando, em síntese, que:

I – Dos fatos

II – Do direito

II.1.1 O Princípio da Verdade Material no Processo Administrativo

III – Das conclusões

Diante do exposto, pode-se concluir que:

(i) é dever da Autoridade Fiscal verificar o eventual pagamento da contribuição sobre a folha de salários por parte do contribuinte (prestador de serviços), tendo em vista que a retenção é mera antecipação, de modo a evitar o *bis in idem*;

(ii) a empresa João Fortes Engenharia S/A foi contratada sob o regime de construção por administração, o qual não sujeita o Impugnante à retenção dos 11% dos itens 14 e 16 da Ordem de Serviço INSS/DAF nº 209/99.

IV – Do pedido

Por todo o exposto, requer seja a NFLD em análise completamente cancelada em todos os seus efeitos.

Requer, outrossim, que as intimações e notificações a serem feitas, relativamente às decisões proferidas neste processo sejam encaminhadas aos seus procuradores, todos com escritório na Capital do Estado de São Paulo, na Rua Padre João Manuel, 923, 7º andar, em atenção ao Dr. Ricardo Lacaz Martins, bem como sejam enviadas cópias à Impugnante, no endereço constante dos autos.

Protesta ainda pela sustentação oral de todas as suas alegações de defesa, requerendo, para tanto, que seja intimada da data de realização do julgamento.

DA REABERTURA DO PRAZO PARA NOVA IMPUGNAÇÃO

DA NOVA IMPUGNAÇÃO

A empresa foi cientificada dos referidos documentos em 05/03/2013, e apresentou impugnação dentro do prazo regulamentar, alegando que:

I – Dos fatos

II–Do direito

1.Preliminar de decadência

2. Da legislação pertinente e do conceito de empreitada de mão-de-obra

2.1 Da impossibilidade de proceder-se a retenção quando há ordem do Poder Judiciário em sentido contrário

2.2 – Da elisão da responsabilidade tributária pelo pagamento pelo contribuinte (prestador de serviços)

2.2.1 – O princípio da verdade material no processo administrativo

3. Da Consulta Técnica nº 222

4. Da não incidência da retenção sobre contratos de construção por administração

4.1 João Fortes Engenharia S/A – R\$276.858,49

4.2 Johnson Controles Ltda. – R\$120.717,06 (levantamento JOH – Item 4 da diligência de fls. 1134)

4.3 Nadai & Cardoso Ltda. – R\$6.241,72

4.4 Marcenaria Bonfá Ltda. – R\$4.925,75

4.5 Aerplan Planejamento & Construções Ltda. – R\$4.417,05

4.6 Zoubaref Gerenc. Proj. e Colocação de Mármore e Granito Ltda. – R\$4.417,05

4.7 Technics Vidros e Equipamentos Industriais Ltda. – R\$3.900,66

4.8 Eletro Thunder Serviços de Manutenção e Instalação Elétrica S/C Ltda. – R\$2.200,25

4.9 JVL Empreiteira de Construção Civil S/C Ltda. – R\$2.222,53

4.10 Elétrica e Hidráulica Lopes & Isabel Ltda. – R\$1.931,67

4.11 Diversos – Total R\$4.701,99

4.11.1 Holemaker Cortes e Furos Ltda.

4.11.2 Protende Serviço de Construção Civil Ltda.

4.11.3 União Engenharia S/C Ltda.

4.11.4 Resigás Comércio e Prestação de Serviços Técnicos Ltda.

4.11.5 Fiotti Comercial Ltda.

4.11.6 Joatec Comércio e Instalações Ltda.

4.11.7 Modular Flooring Comercial Ltda.

III – Das conclusões

Diante do exposto, pode-se concluir que:

(i) decaiu o direito do fisco de constituir o crédito tributário na medida em que se tratando de fatos geradores ocorridos até o ano de 2001, o lançamento passou por revisão que se procedeu no dia 05/03/2013, quase 12 anos depois;

(ii) o contrato entre o Impugnante e a João Fortes Engenharia é de construção por administração e, portanto, não está sujeito a retenção de 11%, pois não há previsão na Lei 8.212/91 nem na Ordem de Serviço INSS/DAF nº 209/99;

(iii) não se pode exigir do contribuinte a retenção da contribuição previdenciária quando há ordem judicial (liminar em Mandado de Segurança) determinando o contrário. Tal ato do contribuinte configuraria crime previsto no art. 359 do Código Penal. Dessa

forma, não há que se falar em retenção com relação ao contrato com a João Fortes Engenharia S/A;

(iv) é dever da Autoridade Fiscal verificar o eventual pagamento da contribuição sobre a folha de salários por parte do contribuinte (prestador de serviços), tendo em vista que a retenção é mera antecipação, de modo a evitar o *bis in idem*;

(v) foi demonstrado que a contratação pelo Impugnante se deu sob o regime de construção por administração, que não sujeita o Impugnante a retenção dos 11% dos itens 14 e 16 da OS INSS/DAF 209/99.

Do pedido

Por todo o exposto, requer seja a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito completamente cancelada em todos os seus efeitos.

Requer, outrossim, que as intimações e notificações a serem feitas, relativamente às decisões proferidas neste processo sejam encaminhadas aos seus procuradores, todos com escritório na Capital do Estado de São Paulo, na Rua Padre João Manuel, 923, 7º andar, em atenção ao Dr. Ricardo Lacaz Martins, bem como sejam enviadas cópias à Impugnante, no endereço constante dos autos.

Da Decisão da DRJ

A 12ª Turma da DRJ/SP1, em sessão de 27 de agosto de 2013, no acórdão nº 16-49.801, julgou a impugnação procedente em parte, para retificar o lançamento referente aos seguintes levantamentos e, em decorrência das alterações promovidas, manter parcialmente o crédito tributário no valor originário de R\$ 230.609,66 (duzentos e trinta mil, seiscentos e nove reais e sessenta e seis centavos), devendo ser acrescentados os devidos acréscimos legais a título de juros e multa (fls. 1.650/1.737 e págs. PDF 1.643/1.730):

(i) **Levantamento JF – JOÃO FORTES ENGENHARIA**

Alterar para R\$ 58.879,99 o valor do salário de contribuição da competência 11/1999 e excluir os valores lançados nas competências de 12/1999 a 04/2000, mantendo os demais valores, conforme resumo constante no quadro abaixo (fl. 731 e pág. PDF 1.724):

LEVANTAMENTO JF – JOÃO FORTES ENGENHARIA

Competência	Salário-de-contribuição apurado	Salário-de-contribuição excluído	Salário de contribuição mantido
02/1999	114.168,93	zero	114.168,93
03/1999	153.719,80	zero	153.719,80
04/1999	187.975,90	zero	187.975,90
05/1999	132.598,23	zero	132.598,23
06/1999	130.667,19	zero	130.667,19
07/1999	100.774,72	zero	100.774,72
08/1999	123.688,02	zero	123.688,02
09/1999	109.450,92	zero	109.450,92
10/1999	109.835,29	zero	109.835,29
11/1999	223.733,68	164.853,69	58.879,99
12/1999	6.589,81	6.589,81	zero
01/2000	40.422,05	40.422,05	zero
02/2000	27.169,05	27.169,05	zero
03/2000	25.160,47	25.160,47	zero
04/2000	25.276,19	25.276,19	zero

(ii) Levantamento TEC–TECHNICS VIDROS EQ. IND

Alterar o valor do salário de contribuição da competência 05/2001 para R\$ 4.274,51 e manter os demais valores lançados (fl. 1.732 e pág. PDF 1.725):

LEVANTAMENTO TEC – TECHNICS VIDROS EQ. IND

Competência	Salário-de-contribuição apurado	Salário-de-contribuição excluído	Salário de contribuição mantido
06/2000	7.142,00	zero	7.142,00
07/2000	495,00	zero	495,00
08/2000	1.668,00	zero	1.668,00
09/2000	8.583,00	zero	8.583,00
03/2001	298,00	zero	298,00
04/2001	1.796,00	zero	1.796,00
05/2001	4.400,00	125,49	4.274,51

(iii) Levantamento LI – ELÉTRICA E HIDRÁULICA LOPES E ISABEL

Excluir do lançamento o salário de contribuição do mês de 08/1999, no valor de R\$ 1.040,00 e manter os demais valores lançados (fl. 1.732 e pág. PDF 1.725):

LEVANTAMENTO LI – ELÉTRICA E HIDRÁULICA LOPES E ISABEL

Competência	Salário-de-contribuição apurado	Salário-de-contribuição excluído	Salário-de-contribuição mantido
02/1999	1.500,00	zero	1.500,00
03/1999	700,00	zero	700,00
04/1999	870,00	zero	870,00
06/1999	560,00	zero	560,00
07/1999	1.040,00	zero	1.040,00
08/1999	1.040,00	1.040,00	zero

Competência	Salário-de-contribuição apurado	Salário-de-contribuição excluído	Salário-de-contribuição mantido
09/1999	600,00	zero	600,00
11/1999	730,00	zero	730,00
01/2000	505,00	zero	505,00
02/2000	R\$ 350,00	zero	350,00
04/2000	R\$ 640,00	zero	640,00
05/2000	R\$ 1.080,00	zero	1.080,00
07/2000	R\$ 700,00	zero	700,00
08/2001	R\$ 500,00	zero	500,00

Segue abaixo reproduzida a ementa do acórdão (fls. 1.650/1.651 e págs. PDF 1.643/1.644)):

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/12/2001

Ementa:

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. RETENÇÃO DE 11%. A empresa contratante de serviços de construção civil, executados mediante cessão ou empreitada de mão-de-obra, 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, até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal/fatura ou recibo.

A retenção sempre se presume feita oportuna e regularmente pela empresa a isso obrigada, não lhe sendo lícito alegar qualquer omissão para se eximir da obrigação, sendo responsável pelo recolhimento das importâncias que deixou de reter.

A obrigação da retenção de 11%, pela empresa tomadora, independe da empresa prestadora estar ou não adimplente com as contribuições previdenciárias. Nos termos do artigo 186, inciso I, da Instrução Normativa INSS/DC nº 100, de 18/12/2003, havendo decisão judicial que vede a aplicação da retenção, prevista no art. 31 da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 9.711/98, referente à empresa contratada mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada, não sujeita à aplicação do instituto da responsabilidade solidária, as contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração da mão-de-obra utilizada na prestação de serviços serão exigidas da contratada.

DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. Com a declaração de inconstitucionalidade do artigo 45 da Lei nº 8.212/91, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), por meio da Súmula Vinculante nº 8, publicada no Diário Oficial da União em 20/06/2008, o lapso de tempo de que dispõe a fiscalização para constituir os créditos relativos às

contribuições previdenciárias é de 5 (cinco) anos, conforme previsto no Código Tributário Nacional (CTN – Lei nº 5.172/66).

O lançamento das contribuições relativas às competências abrangidas pela NFLD foi realizado no prazo quinquenal previsto no CTN, não havendo que se falar em decadência.

JUROS. TAXA SELIC. Sobre as contribuições sociais em atraso incidem, a partir de 01/04/97, juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC.

LEGALIDADE. CONSTITUCIONALIDADE. APRECIAÇÃO. VEDAÇÃO. No âmbito do processo administrativo fiscal é vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação de lei ou decreto sob fundamento de inconstitucionalidade.

PRODUÇÃO DE PROVAS. INDEFERIMENTO. A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, salvo se fundamentado nas hipóteses expressamente previstas.

PEDIDO DE DILIGÊNCIA. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entende-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis.

SUSTENTAÇÃO ORAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. INDEFERIMENTO. Deve ser indeferido o pedido de sustentação oral em sessão de julgamento na primeira instância administrativa pela falta de previsão na legislação que trata do processo administrativo fiscal, em especial o Decreto 70.235/72.

SUJEITO PASSIVO. INTIMAÇÃO. A intimação deve ser realizada no domicílio tributário do sujeito passivo, assim considerado o endereço postal por ele fornecido, para fins cadastrais, à administração tributária; e o endereço eletrônico a ele atribuído pela administração tributária, desde que autorizado pelo sujeito passivo.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Do Recurso Voluntário

O contribuinte SECOVI tomou ciência da decisão em 15/10/2013 (AR de fls. 1.742/1.743 e págs. PDF 1.736/1.737) e apresentou recurso voluntário em 14/11/2013 (fls. 1.748/1.804 e págs. PDF 1.741/1.797), em que, em apertada síntese repisa os mesmos argumentos da decisão recorrida, sintetizados nos tópicos abaixo:

I. DOS FATOS

1. Da nova decisão da DRJ

II- DO DIREITO

1. Preliminar de decadência
2. Da legislação pertinente e do conceito de empreitada de mão de obra
 - 2.1 — Da elisão da responsabilidade tributária pelo pagamento pelo contribuinte (prestador de serviços)
 - 2.1.1 — O Princípio da Verdade Material no Processo Administrativo
3. Da não incidência da retenção sobre contratos de construção por administração e sobre contratos de empreitada global
 - 3.1 João Fortes Engenharia SA — Parcela não cancelada
 - 3.1.1 Da caracterização do contrato como de construção por administração
 - 3.1.2 Da caracterização do contrato como de empreitada global

- 3.2. Johnson Controles Ltda — R\$ 120.717,06 (Levantamento JOH — item 4 da diligência de fls. 1134)
- 3.3. Nadai & Cardoso Ltda — R\$ 6.241,72
- 3.4. Marcenaria Bonfá Ltda — R\$ 4.925,75
- 3.5. Aerplan Planejamento & Construções Ltda — R\$ 4.417,05
- 3.6. Zoubaref Geren Proj. e colocação de mármore e granito Ltda — R\$ 4.417,05
- 3.7. Technics Vidros e Equipamentos Industriais Ltda — R\$ 3.906,66
- 3.8. Eletro Thunder Serviços de Manutenção e Instalação Elétrica S/C Ltda — R\$ 2.200,25
- 3.9. JVL Empreiteira de Construção Civil S/C Ltda — R\$ 2.222,53
- 3.10. Elétrica e Hidráulica Lopes & Isabel Ltda — R\$ 1.931,67
- 3.11. Diversos — Total R\$ 4.701,99
- 3.11.2. Protende Serviço de Construção Civil Ltda
- 3.11.3. União Engenharia S/C Ltda
- 3.11.4. Resigás Comércio e Prestação de Serviços técnicos Ltda
- 3.11.5. Fiotti Comercial Ltda
- 3.11.6. Joatec Comércio e Instalações Ltda
- 3.11.7. Modular Flooring Comercial Ltda
- 4. Subsidiariamente, da impossibilidade de cobrança de juros de mora sobre a multa de ofício
- 5. Subsidiariamente, do cancelamento da multa em caso de decisão por voto de qualidade (art. 112, do CTN)

III — DAS CONCLUSÕES

Diante do exposto, pode-se concluir que:

- (i) Decaiu o direito do fisco de constituir o crédito tributário na medida em que as Diligências Fiscais, cuja produção foi considerada necessária para a complementação do Auto de Infração, implicaram revisão do lançamento por alterarem sua fundamentação e seu valor. Assim, considerando que a Recorrente somente foi cientificada do teor de referida Diligência, com abertura do prazo para apresentação de sua terceira Impugnação, no dia 05/03/2013 quase 12 anos depois, e que os fatos geradores em questão ocorreram no ano de 2001, verificou-se o instituto da decadência;
- (ii) O contrato entre o Recorrente e a João Fortes Engenharia S/A é de construção por administração e, portanto, não está sujeito à retenção de 11%, pois não há previsão na lei 8.212/91 nem na Ordem de Serviço INSS/DAF nº 209/99;
- (iii) Caso assim não se entenda, deve-se reconhecer que, considerado como contrato de empreitada, trata-se de empreitada global, tendo em vista que a responsabilidade total pela obra era da contratada. Este argumento se estende aos demais contratos analisados no presente caso;
- (iv) É dever da D. Autoridade Fiscal verificar o eventual pagamento da contribuição sobre a folha de salários por parte do contribuinte (prestador de serviços), tendo em vista que a retenção é mera antecipação, de modo a evitar o *bis in idem*;
- (v) Subsidiariamente, deve ser cancelada a exigência de juros de mora sobre a multa de ofício, pela ausência de fundamento legal, já reconhecida na jurisprudência;
- (vi) Também subsidiariamente, requer seja o presente julgamento convertido em diligência visando a se apurar junto aos registros contábeis de todos os responsáveis tributários, ou quaisquer outros meios, especialmente junto à

própria base de dados do INSS se houve ou não o recolhimento dos valores ora exigidos, em virtude do princípio da verdade material; e

- (vii) Requer ainda que, em caso de empate, seja aplicado o artigo 112 do CTN, adotando-se o posicionamento mais favorável ao contribuinte.

IV - DO PEDIDO

Por todo o exposto, serve-se a Peticionária da presente para requerer seja a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito em análise completamente cancelada em todos os seus efeitos.

Requer, outrossim, que todas as intimações e notificações a serem feitas, relativamente às decisões proferidas neste processo sejam encaminhadas aos seus procuradores, todos com escritório na Capital do Estado de São Paulo, na Rua Padre João Manoel, nº 923, 70 andar, em atenção ao Dr. Ricardo Lacaz Martins, bem como sejam enviadas cópias ao Recorrente, no endereço constante dos autos.

O presente recurso compôs lote sorteado para esta relatora.

É o relatório.

Voto

Conselheira Débora Fófano dos Santos, Relatora.

O recurso voluntário é tempestivo e atende os requisitos de admissibilidade, razão pela qual deve ser conhecido.

PRELIMINAR

Em sede de preliminar o contribuinte alega a ocorrência da decadência tendo em vista que somente em 05/03/2013 o contribuinte foi corretamente cientificado de todos os elementos essenciais que lhe permitissem, de maneira completa, apresentar sua defesa.

Relata que as diligências fiscais às quais se referem a Intimação nº 064/2013 e o despacho nº 22 da DRJ consubstanciaram ato de revisão do lançamento. Tal fato não causaria qualquer espécie, pois o artigo 149 do CTN permite a revisão do lançamento, entretanto o mesmo artigo estabelece limitação temporal à revisão do lançamento, qual seja: o lançamento somente pode ser revisto enquanto não extinto, por exemplo, pela decadência.

Aduz que tanto pelo artigo 150, parágrafo 4º como pelo artigo 173, inciso I, o direito do Fisco decaiu em 31/12/2007 e o lançamento somente se completou no dia 05/03/2013, quase doze anos depois.

Inicialmente vejamos o fundamento da decisão recorrida para o não acolhimento do argumento do contribuinte sobre o tema (fl. 1.685 e pág. PDF 1.678):

(...)

Note-se que no presente caso, como a NFLD abrange o período de 02/1999 a 12/2001, e foi lavrada em 30/09/2002 e cientificada ao contribuinte em 07/10/2002, não há que se falar em decadência, seja pela regra do art. 150, § 4º do CTN, seja pelo comando do art. 173, inciso I, do mesmo diploma legal.

No entanto, alega a Impugnante que o crédito tributário exigido na NFLD é decadente, pois entende que somente a partir do dia 05/03/2013, data em que foi cientificada da Intimação nº 064/2013, do Despacho nº 22 da DRJ, e das diligências fiscais a que se referem os mesmos, é que o lançamento foi realizado na forma como preconiza o art. 142 do CTN. Isso porque, a seu ver, as referidas diligências fiscais consubstanciaram

em ato de revisão de lançamento, não tendo sido obedecida a limitação temporal prevista no art. 149 do CTN, ou seja, o lançamento somente pode ser revisto enquanto não extinto pela decadência, tornando-se irrelevante a discussão sobre qual metodologia de contagem adequada do prazo decadencial para o caso, vez que o fato gerador mais recente ocorreu no ano de 2001, tendo o fisco o direito de rever o lançamento até o final do ano de 2007.

De acordo com o art. 142 do Código Tributário Nacional – CTN, temos 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.

Nos termos do art. 33, § 7º da Lei nº 8.212/91, o crédito da seguridade social é constituído por meio de notificação de lançamento, de auto de infração e de confissão de valores devidos e não recolhidos pelo contribuinte.

Portanto, o crédito tributário, no presente caso, foi constituído através do lançamento efetuado em 30/09/2002 e cientificado à Impugnante em 07/10/2002, data em que, conforme demonstrado acima, as competências objeto da NFLD não se encontravam decadentes, seja pela regra do art. 150, § 4º do CTN, seja pela regra do art. 173, inciso I, do mesmo diploma legal.

Por outro lado, a diligência fiscal é o procedimento fiscal externo destinado a coletar e a analisar informações de interesse da administração, inclusive para atender à exigência de instrução processual, não havendo que se falar em revisão de lançamento nos termos do art. 149 do CTN.

Ademais, a ciência ao contribuinte dos despachos de diligência fiscal em 05/03/2013 e a reabertura do prazo para interposição de nova impugnação consistiu tão somente em assegurar à Impugnante o direito ao contraditório e ampla defesa, e em hipótese alguma configura revisão de lançamento.

Assim, não há que se falar em reconhecimento da decadência do fisco constituir o crédito tributário ora em análise.

(...)

Como visto da reprodução acima, não houve novo lançamento, nem a modificação de seus fundamentos (fáticos/jurídicos) ou inovação quanto à sujeição passiva, já que o lançamento foi efetuado originalmente face ao tomador de serviços. Sendo assim, incabível construção de qualquer tipo que dê apoio ao argumento do Recorrente quanto à decadência do direito de lançar.

Com base nesse fundamento rechaça-se o argumento do contribuinte.

MÉRITO

As questões meritórias giram em torno dos seguintes argumentos: (i) da elisão da responsabilidade tributária pelo pagamento pelo contribuinte (prestador de serviços); (ii) da não incidência da retenção sobre contratos de construção por administração e sobre contratos de empreitada global; (iii) da impossibilidade de cobrança de juros de mora sobre a multa de ofício; (iv) do cancelamento da multa em caso de decisão por voto de qualidade (artigo 112 do CTN) e (vi) requer seja o presente julgamento convertido em diligência visando a se apurar junto aos registros contábeis de todos os responsáveis tributários, ou quaisquer outros meios, especialmente junto à própria base de dados do INSS se houve ou não o recolhimento dos valores ora exigidos, em virtude do princípio da verdade material.

Da Elisão da Responsabilidade Tributária pelo Pagamento pelo Contribuinte (Prestador de Serviços) e do Pedido de Conversão do Julgamento em Diligência

O Recorrente relata que, objetivando evitar a cobrança em duplicidade, requereu a realização de diligências para verificar o eventual recolhimento pelos contribuintes de direito das contribuições previdenciárias. Entretanto, tal pedido não foi atendido, retirando, desse modo, a certeza do presente crédito e maculando o lançamento efetuado, requerendo o seu cancelamento.

Novamente, em sede recursal protesta pela conversão do processo em diligência visando a apuração junto aos registros contábeis de todos os responsáveis tributários, ou quaisquer outros meios, especialmente junto à própria base de dados do INSS se houve ou não o recolhimento dos valores ora exigidos, em virtude do princípio da verdade material.

A autoridade julgadora de primeira instância já havia se manifestado pelo indeferimento do pleito. Por concordar com os fundamentos, adoto-os como razão de decidir neste ponto, mediante a reprodução do seguinte excerto da decisão recorrida (fls. 1.690/1.692 e págs. PDF 1.683/1.685):

(...)

Do pedido de diligência fiscal junto às prestadoras de serviço. Indeferimento.

Quanto à alegação da Impugnante de que antes de exigir a retenção das contribuições da tomadora de serviços, a fiscalização deveria ter verificado o efetivo recolhimento das contribuições pela empresa contratada, temos que:

Conforme visto, a Lei nº 9.711/98, que alterou o artigo 31 da Lei nº 8.212/91, introduziu, a partir de 02/1999, o instituto da substituição tributária, em que as contribuições são cobradas antes da ocorrência do fato gerador da obrigação previdenciária, que ocorrerá quando do pagamento da folha de salários dos empregados que trabalhavam em benefício da empresa cedente.

Deste modo, os contribuintes substitutos, no caso, as empresas contratantes, no ato de quitação das faturas de prestação de serviço, devem reter e recolher antecipadamente 11% (onze por cento) sobre o valor da nota fiscal/fatura, valor que será compensado pelo respectivo estabelecimento da empresa prestadora de serviços, quando do recolhimento das contribuições destinadas à Seguridade Social devidas sobre a folha de pagamento dos segurados a seu serviço.

A obrigação da contratante decorre de disposição legal; é obrigação, de reter e recolher, imposta pelo artigo 31 da Lei nº 8.212/91, com redação dada pela Lei nº 9.711/98, em consonância com o disposto no artigo 121, II do CTN. A tomadora do serviço não é devedora do tributo, recolhe em nome do prestador, que posteriormente apurará o valor correto da exação, compensando o valor já recolhido, podendo, até mesmo, se cabível, pedir restituição.

Na substituição tributária o substituto é responsável direto pelo recolhimento do tributo, vez que a obrigação já nasce em seu nome. Antecipadamente, a lei predeterminedou que na ocorrência do fato gerador praticado por determinado contribuinte, a obrigação de pagar o tributo é diretamente atribuída ao contribuinte substituto. Neste caso, não importa a pessoa que praticou o ato ou fato abstratamente previsto na hipótese de incidência. A ocorrência do fato gerador dá nascimento à obrigação tributária, que deverá ser cumprida pelo sujeito passivo que a lei previamente determinou. Por isso, a relação do contribuinte substituto é de sujeição passiva direta, já que a obrigação de pagar o tributo decorre de dívida tributária própria e não de terceiros.

E conforme visto, nos termos do artigo 33, parágrafo 5º, da Lei nº 8.212/91, **a retenção se presume feita pela contratante**, não lhe sendo lícito alegar qualquer omissão para se eximir do recolhimento, **ficando diretamente responsável pela importância que deixou de recolher ou recolheu em desacordo com a legislação.**

No presente caso, a ação fiscal ocorreu no contribuinte SECOVI – Sindicato das Empresas de Compra, Venda, Locação e Administração de Imóveis Residenciais e Comerciais de São Paulo, que contratou serviços sujeitos à retenção de 11% prevista no artigo 31 da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 9.711/98, e artigo 219, §§2º e 3º, do RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99, e não comprovou a retenção e o recolhimento da importância retida em nome das empresas contratadas, deixando, portanto, de cumprir a obrigação prevista nos referidos dispositivos legais, originando, portanto, a lavratura da presente NFLD.

Cumprido ressaltar que a Lei nº 9.711/98, ao instituir o sistema de arrecadação mediante a retenção de 11% sobre o valor relativo aos serviços contidos nas notas fiscais de prestação de serviço, afastou a responsabilidade da empresa prestadora de serviço por este recolhimento, pelo que irrelevante a este processo qualquer tentativa de demonstrar regularidade de recolhimentos por parte da empresa prestadora.

Ademais, é de se destacar que, no caso de haver recolhimento a maior, em nome da empresa prestadora, existe a possibilidade da mesma compensar ou pedir restituição de eventuais valores recolhidos que sejam superiores aos devidos, conforme se observa nos parágrafos 1º e 2º do art. 31 da Lei nº 8.212/91.

Por outro lado, deve-se registrar que durante todo o procedimento fiscal, assim como na lavratura da presente NFLD, e ainda no decorrer das diligências fiscais realizadas, houve a plena observância, pela fiscalização ao princípio da verdade material, não se podendo, portanto, aceitar as alegações da Impugnante de que o crédito lançado não reúne condições de liquidez e certeza.

Foram examinados todos os documentos apresentados pela empresa, Notas Fiscais, Contratos de Prestação de Serviços, Folhas de Pagamento, GFIP/GRFP, GRPS/GPS e livros contábeis de 1992 a 2000, sendo possível ao Auditor Fiscal verificar a ocorrência do fato gerador das contribuições lançadas na presente NFLD, ou seja, a ausência de retenção e recolhimento da importância retida em nome das empresas contratadas pela Impugnante em face da contratação de serviços sujeitos à retenção de 11% prevista no artigo 31 da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 9.711/98, e artigo 219, §§ 2º e 3º, do RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99.

Cabe destacar que a empresa alega em diversos tópicos das impugnações apresentadas, quando se refere às particularidades de cada prestadora de serviço abrangida pela NFLD, que a fiscalização deveria ter verificado o efetivo recolhimento das contribuições pela empresa contratada. Sendo assim, os esclarecimentos trazidos no presente tópico estendem-se a todas as prestadoras de serviços abrangidas pelo lançamento fiscal.

A Impugnante requer também que sejam realizadas diligências junto às prestadoras de serviço, a fim de verificar junto aos seus registros contábeis se o pagamento das contribuições foi ou não realizado.

A respeito da realização de diligência, rezam os artigos 16, inciso IV e § 1º, e 18, caput, do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, com as alterações introduzidas pela Lei nº 8.748, de 09/12/1993, a seguir transcritos:

Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

IV. as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação de quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito.

§1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16.

(...)

Art.18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligência ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no artigo 28, "in fine".

(...)

Antonio da Silva Cabral, em sua obra “Processo Administrativo Fiscal” Decreto nº 70.235/72 – São Paulo Saraiva, 1993, pág. 316 conceitua diligência como nome genérico que envolve qualquer ato praticado amando da autoridade preparadora e tem por fim ordenar o processo não só na sua aparência e formalidades (como, por exemplo, no tocante à numeração das folhas do processo), como também no que respeita a atos a serem praticados para a instrução do processo. Ensina, ainda, que as diligências podem ser de duas espécies: “ex officio”, ou a requerimento do contribuinte, do autuante ou do julgador, sendo que esta última tem por finalidade o esclarecimento de qualquer questão relacionada com o julgamento ou com o cumprimento de exigência processual, como é o caso de juntada de documento comprovante.

Em suma, a realização de diligências tem por finalidade a elucidação de questões que suscitem dúvidas para o julgamento e, portanto, tais procedimentos visam a formação de convicção do julgador.

Assim, considerando que o processo em análise está devidamente instruído e tendo sido devidamente demonstrado que não é pertinente a verificação dos recolhimentos efetuados junto às prestadoras de serviço contratadas pela Impugnante, indefere-se o pedido de realização de diligência fiscal.

Deve-se ressaltar que o presente processo foi encaminhado em diligência fiscal após a interposição da primeira impugnação pelo contribuinte, em 21/10/2002, face as alegações e documentos apresentados, assim como após a interposição de Recurso Voluntário ao CRPS, ou seja, quando sua realização se mostrou necessária para o julgamento do processo, sendo que nas duas ocasiões houve a análise das alegações e documentos anexados pelo contribuinte, e a devida manifestação do Auditor Fiscal Notificante.

(...)

Em complemento, convém ressaltar que, acerca da guarda da documentação relativa ao lançamento fiscal, o Código Tributário Nacional, assim estabelece no parágrafo único do artigo 195¹:

Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exhibi-los.

Parágrafo único. Os livros obrigatórios de escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos lançamentos neles efetuados serão conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se refiram.

Em vista dessas considerações, nada a prover em relação ao pedido do Recorrente.

Ante o até aqui exposto, observa-se que houve por parte do contribuinte a adoção de um comportamento contraditório, caracterizado pelo fato de ao obter o provimento da diligência requerida, em momento posterior objetiva o reconhecimento da ineficácia do próprio processo administrativo fiscal, já que na sua visão o lançamento não poderia ser revisto ou ser implementada qualquer medida que vise incrementar sua certeza e liquidez, sob a alegação da existência de vício de origem.

¹ LEI Nº 5.172, DE 25 DE OUTUBRO DE 1966. Denominado Código Tributário Nacional. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.

No Código Civil vige o princípio da boa-fé objetiva, proibindo o comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), como o que se observa no presente caso.

A respeito do tema, pertinentes as lições de Venosa² :

No conceito de boa-fé objetiva, presente como norma programática em nosso Código Civil, ingressa como forma de sua antítese, ou exemplo de má-fé objetiva, o que se denomina "proibição de comportamento contraditório" - ou, na expressão latina, "*venire contra factum proprium*". Trata-se da circunstância de um sujeito de direito buscar favorecer-se em um processo judicial, assumindo uma conduta que contradiz outra que a precede no tempo e, assim, constitui um proceder injusto e, portanto, inadmissível.

Cuida-se de uma derivação necessária e imediata do princípio de boa-fé e, como sustenta a doutrina comparada, especialmente na direção que concebe essa boa-fé como um modelo objetivo de conduta. São poucos os autores que se preocuparam com o tema no direito brasileiro. Trata-se de um imperativo em prol da credibilidade e da segurança das relações sociais e, conseqüentemente, das relações jurídicas que o sujeito observe um comportamento coerente, como um princípio básico de convivência. O fundamento situa-se no fato de que a conduta anterior gerou, objetivamente, confiança em quem recebeu reflexos dela.

Assim, o comportamento contraditório se apresenta no campo jurídico como uma conduta ilícita, passível mesmo, conforme a situação concreta de prejuízo, de indenização por perdas e danos, inclusive de índole moral. A aplicação do princípio não exige um dano efetivo, porém: basta a potencialidade do dano. O exame do caso concreto deve permitir a conclusão, uma vez que nem sempre um ato que se apresenta como contraditório verdadeiramente o é.

Embora a doutrina do comportamento contraditório não tenha sido sistematizada nos ordenamentos como uma formulação autônoma, tal não impede que seja aplicada como corolário das próprias noções de direito e Justiça, e como conteúdo presente na noção de boa-fé, como afirmamos. O conteúdo do instituto guarda proximidade com a proibição de alegação da própria torpeza, esta de há muito decantada na doutrina: "*nemo auditur turpitudinem allegans*", ou seja, ninguém pode ser ouvido ao alegar a própria torpeza. Esta orientação sempre foi tida como conteúdo implícito no ordenamento, no tocante ao comportamento das partes. Trata-se de princípio geral de uso recorrente. Nesse princípio, dá-se realce à própria torpeza, aspecto subjetivo na conduta do agente que se traduz em dolo, malícia. Por outro lado, o "*nemo potest venire contra factum proprium*" (ninguém pode agir contra sua própria legação) é de natureza objetiva, dispensa investigação subjetiva, bastando a contradição objetiva do agente entre dois comportamentos. (...)

Assim, segundo o princípio geral do direito do *venire contra factum proprium* ("ninguém pode se beneficiar da própria torpeza"), as relações obrigacionais devem ser sempre pautadas na boa fé, na confiança e na livre manifestação de vontade, de modo que nenhuma das partes pode agir em desacordo com as normas legais e depois alegar tal conduta em proveito próprio.

No caso em apreço, a conduta reprovável do contribuinte de tentar desmerecer o trabalho fiscal, quer seja durante o procedimento fiscal e posteriormente com a diligência realizada por não apontarem o resultado por ele pretendido demonstra o intuito do mesmo de protelar e tumultuar o bom andamento do processo administrativo fiscal, o que não se pode admitir.

² VENOSA, Sílvio de Salvo. A proibição do "comportamento contraditório". Fonte: Valor Econômico, 23/05/2008, Legislação & Tributos, p. E2. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/486339/noticia.htm?sequence=1>.

Nesse sentido, agiu corretamente a autoridade julgadora de primeira instância, não merecendo qualquer reparo a decisão recorrida.

À guisa de arremate, convém deixar consignado que no âmbito deste Conselho Administrativo, não se afigura cerceamento de defesa o indeferimento fundamentado de requerimento de diligência ou perícia, a teor da Súmula CARF nº 163, abaixo reproduzida:

Súmula CARF nº 163

Aprovada pelo Pleno em sessão de 06/08/2021 – vigência em 16/08/2021

O indeferimento fundamentado de requerimento de diligência ou perícia não configura cerceamento do direito de defesa, sendo facultado ao órgão julgador indeferir aquelas que considerar prescindíveis ou impraticáveis. (**Vinculante**, conforme Portaria ME nº 12.975, de 10/11/2021, DOU de 11/11/2021).

Pelos motivos expostos, conclui-se que a questão é meramente probatória, sendo o ônus exclusivo do contribuinte, que deste não se desincumbiu, nos termos do artigo 373 da Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), motivo pelo qual não há como ser deferido o pedido de diligência solicitado.

Da Não Incidência da Retenção sobre Contratos de Construção por Administração e sobre Contratos de Empreitada Global

O Recorrente repisa os mesmos argumentos da impugnação, manifestando seu inconformismo, aduzindo que os serviços prestados pelas empresas, objeto da notificação de lançamento ora combatida, não estariam sujeitos à retenção de 11%, sem contudo trazer novos elementos capazes de elidir o lançamento objeto dos presentes autos.

Ressalta-se que ao longo de quase 40 páginas (fls. 1.693/1.730 e págs. PDF 1.686/1.723), a autoridade julgadora de primeira instância, de forma minuciosa apresenta os motivos de fato e de direito pelos quais o lançamento deve ser mantido em relação a cada uma das empresas prestadoras de serviços.

Nesse sentido, por não merecer reparos, a decisão recorrida deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos, uma vez que, além de apresentar a base legal e normativa, está calcada nas conclusões apontadas pelo Auditor Fiscal no Relatório Fiscal de Diligência (fls. 1.198/1.219), com os quais concordo e utilizo-os como razão de decidir, mediante a reprodução dos seguintes excertos (fls.1.693/1.730 e págs. PDF 1.686/1.723):

(...)

João Fortes Engenharia S/A.:

(...)

Note-se, no entanto, que o Auditor Fiscal Notificante demonstrou claramente que a relação contratual real verificada entre as empresas foi de construção civil por empreitada parcial, e não de um contrato por administração.

Assim, embora conste do item 1.3 da cláusula primeira do contrato firmado entre o SECOVI e a empresa João Fortes Engenharia S/A que o mesmo seria sob o regime de administração, este mesmo item já define que o contrato tem como objetivo a execução dos serviços do lote nº 01 relativo à construção civil, excluindo-se as instalações elétricas e hidráulicas, ar condicionado e exaustão mecânica, elevadores e escada rolante e automação predial.

E as demais cláusulas do contrato transcritas pelo Auditor Fiscal discriminam as obrigações da contratada, João Fortes Engenharia S/A quanto à execução de todos os serviços relacionados à obra e constantes do referido contrato, inclusive sob a

supervisão da GERENCIADORA, no caso, a empresa Engineering S/A Serviços Técnicos SP.

Além destas, importante destacar ainda as seguintes cláusulas que definem a relação contratual entre o SECOVI e a empresa João Fortes Engenharia S/A:

3.3 A CONTRATADA executará as obras contratadas usando a melhor técnica disponível, objetivando lograr o melhor acabamento e máxima segurança, seguindo estritamente os métodos e padrões recomendados pela Associação Brasileira de Normas Técnicas—ABNT, e as recomendações e instruções das Concessionárias de Serviços Públicos e das autoridades municipais, estaduais e federais.

3.4 A CONTRATADA deverá executar os serviços conforme os projetos constantes do dossiê de concorrências, salvo modificações aprovados pela CONTRATANTE.

(grifos nossos)

A empresa alega que nos termos dos arts. 12 e 14 da Ordem de Serviço INSS/DAF nº 209/99, não incide a retenção de 11% sobre os contratos de construção civil por administração.

De fato, os itens 12 e 14 da OS 209/99 definem os serviços prestados mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada, sobre os quais se aplica a retenção de 11% prevista no art. 31 da Lei nº 8.212/91, dentre os quais, os serviços de construção civil.

Por outro lado, observa-se que o item 16 da referida Ordem de Serviço estabelece expressamente que:

16 Não se aplicam às disposições deste ato, ficando dispensadas também da responsabilidade solidária, **as contratações na construção civil** relativas aos serviços exclusivos de:

a) **fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras;**

(...)

(grifo nosso)

Observa-se que a própria Impugnante cita o referido dispositivo normativo em sua impugnação, alegando que fica dispensada a retenção no caso de construção por administração, no qual a empresa contratada fiscaliza, supervisiona ou gerencia a construção. No entanto, mais uma vez se ressalta que a contratada deve prestar **exclusivamente** os referidos serviços para que seja afastada a incidência da retenção de 11% ou ainda a responsabilidade solidária, conforme estabelecido pela norma legal.

No caso, conforme visto, a empresa contratada como gerenciadora da obra foi a Engineering S/A Serviços Técnicos SP, conforme definido no contrato firmado entre o SECOVI, João Fortes Engenharia S/A. e a referida empresa, e por outro lado, conforme já amplamente demonstrado, em nenhuma hipótese se pode dizer que a João Fortes Engenharia S/A teria sido contratada para prestar serviços exclusivos de fiscalização, supervisão ou gerenciamento da obra do SECOVI.

E ainda, tendo sido amplamente demonstrado, tanto no Relatório Fiscal, como nas Informações Fiscais emitidas em diligência fiscal, que o contrato firmado entre o SECOVI e a empresa João Fortes Engenharia S/A foi de empreitada parcial, aplica-se, no caso, a retenção de 11% prevista no art. 31 da Lei nº 8.212/91, art. 219 do RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99 e ainda item 14 da Ordem de Serviço INSS/DAF nº 209/99, citado pela Impugnante.

Deve-se destacar também que o Auditor Fiscal não afirma que a existência da figura da empresa gerenciadora no contrato em tela descaracterizaria o mesmo como sendo contrato de construção por administração, apenas aponta que a empresa Engineering S/A Serviços Técnicos SP é que foi contratada para exercer tal função, e transcreve as

cláusulas do contrato que demonstram que a João Fortes Engenharia S/A, na qualidade de empresa **contratada para execução dos serviços** ali definidos, a elas e submetida.

Quanto às alegações de que a empresa João Fortes Engenharia S/A não seria obrigada a fornecer o material, equipamento e mão-de-obra, mas sim uma relação destes, posteriormente a ser adquirido ou contratado em nome do Impugnante, conforme item 5.1.3 da Cláusula Quinta do contrato, temos que:

Conforme se observa do item 4.2 da Ordem de Serviço INSS/DAF nº 209/99, o contrato por empreitada parcial é aquele celebrado com empresa prestadora de serviços na área de construção civil para execução de parte da obra com ou sem fornecimento de material, não definindo, portanto, como característica de contrato por administração o fato de haver uma cláusula estabelecendo que a contratada somente deveria fornecer a relação do material a ser adquirido posteriormente pela contratante.

Também o item 3.1 da referida Ordem de Serviço define que a empreitada será de labor, quando houver somente fornecimento de mão-de-obra, e mista, quando houver fornecimento de mão-de-obra e material, podendo ocorrer, em ambos os casos, a utilização de equipamentos ou meios mecânicos para sua execução.

Por outro lado, observe-se o que dispõem os itens 5.1.4 e 5.1.26 da Cláusula Quinta do contrato:

05-CLÁUSULA QUINTA – OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA

5.1 Constituem **obrigações da CONTRATADA**:

(...)

5.1.4 Admitir e dirigir, sob a sua inteira responsabilidade, o pessoal adequado e capacitado que necessitar, em todos os níveis de trabalho, para a execução dos serviços e obra objeto deste Contrato, correndo por sua conta todos os encargos e obrigações de ordem trabalhista e previdenciária até a conclusão final da obra e sua aceitação pela CONTRATANTE.

(...)

5.1.26 Realização dos recolhimentos devidos, nas épocas próprias, ao INSS, ao FGTS, ao ISS e outros pela alíquota da lei, referentes aos seus empregados e seus subempregados lotados na obra, responsabilizando-se pelas consequências do não recolhimento dessas contribuições.

(destaques nossos)

Note-se que de acordo com os itens transcritos, quem deve contratar a mão-de-obra necessária para a execução dos serviços objeto do contrato, inclusive assumindo a responsabilidade pelos mesmos e pelos encargos trabalhistas e previdenciários, é a empresa João Fortes Engenharia S/A, e não a contratante dos serviços, conforme alegado na impugnação.

Finalmente, no que se refere às alegações de que outras características que evidenciam que o contrato em tela consiste em contrato de construção por administração seriam o preço, ou seja, o custo estimado para a execução dos serviços, e o estabelecimento do pagamento da taxa de administração, conforme previsto nos itens 7.1 e 7.2 da Cláusula Sétima, assim como a previsão do pagamento de prêmio ou penalização, em função do custo efetivamente incorrido pela Impugnante na obra, conforme item 13.1 da Cláusula Décima Terceira, deve-se concordar com a Impugnante que de fato são características deste tipo de contrato.

No entanto, em que pese a existência, no contrato firmado entre o SECOVI e a empresa João Fortes Engenharia S/A, de diversas cláusulas características do contrato por administração, conforme bem salientado pelo Auditor Fiscal Notificante na Informação Fiscal de fls.1384/1387, a relação contratual real que se estabeleceu entre as duas empresas na construção da obra matrícula CEI 21.903.08158/70 foi de empreitada parcial, o que foi constatado inclusive através da documentação acostada pela própria

empresa por ocasião da impugnação inicial, tais como folhas de pagamento analíticas e Relação de Empregados da GFIP, fls. 298/301 e fls. 835/876.

(...)

Em face do exposto, considerando que o SECOVI encontrava-se impedido judicialmente de efetuar a retenção de 11% incidentes sobre as notas fiscais emitidas pela empresa João Fortes Engenharia S/A, no período de 11/1999 (Notas Fiscais emitidas a partir de 17/11/1999) a 04/2000, constante da NFLD, as contribuições lançadas neste período no levantamento JF – JOÃO FORTES ENGENHARIA S/A devem ser excluídas da presente NFLD, para serem obedecidos os procedimentos estabelecidos no artigo 186, I, da Instrução Normativa INSS/DC nº 100/2003.

Deve-se ainda esclarecer que em atendimento ao estabelecido na Decisão-Notificação nº 21.004.4/0552/2005, o Auditor Fiscal Notificante emitiu Subsidio Fiscal referente à empresa João Fortes Engenharia S/A, fls. 1318/1319, para confronto das Notas Fiscais cujos valores foram excluídos da presente NFLD, em função da existência do Mandado de Segurança nº 1999.61.00.0542668, conforme o disposto no artigo 186, inciso I, parágrafo único da Instrução Normativa INSS/DC nº 100, de 18/12/2003, vigente à época da emissão da Decisão-Notificação e posteriormente, artigo 177, parágrafo único, da IN SRP nº 03, de 14/07/2005.

(...)

Johnson Controles Ltda.:

Inicialmente, esclarecemos que os serviços prestados pela empresa Johnson Controles Ltda. incluem-se no artigo 4º, § 1º e Anexo III, grupo 45.4 e classe 45.411, da Instrução Normativa INSS/DC nº 18, vigente à época da lavratura da NFLD, o qual transcrevemos acima.

(...)

Assim, carecem de fundamento as alegações da empresa de que teria pago a Johnson Controles Ltda. valores expressivos para elaboração de um projeto, e que seria descabida a afirmação da fiscalização de que a contratada teria recebido um projeto já em seu estado final, sem que pudesse ao menos fazer quaisquer alterações.

Em relação a nota fiscal nº 1635 emitida em 19/08/99, a mesma descreve o serviço como "referente ao sistema de automação predial na nova sede do Secovi" e refere-se, também no corpo da nota, que o serviço não estaria sujeito a retenção de acordo com o item 16 "a" da OS 209/99, o qual prevê a não aplicação das disposições contidas na OS 209/99 e, também, a dispensa da responsabilidade solidária nas contratações na construção civil relativas aos serviços exclusivos de fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras.

Portanto, uma vez que este não é o caso do contrato celebrado entre o SECOVI e a empresa Johnson Controles Ltda., que, pelo contrário, em sua CLÁUSULA QUARTA estabelece que a função de fiscalizar e gerenciar a obra era de competência da GERENCIADORA, ou seja, da Engineering S/A Serviços Técnicos SP, não procedem as alegações da Impugnante de que a responsável pelo gerenciamento da obra sempre foi a Johnson Controles Ltda., e que, portanto, deveria ser aplicado ao contrato com a mesma a dispensa de retenção prevista no item 16 "a" da OS 209/99.

Também não se pode concordar com a Impugnante quando alega que o serviço de instalação de automação de ar condicionado estaria abrangido pela dispensa prevista no item 16 "I" da OS 209/99, ou seja, sobre os serviços de instalação de sistema de ar condicionado.

Conforme bem explicitado pelo Auditor Fiscal Notificante, a empresa contratada para instalação do sistema de ar condicionado do SECOVI foi a Heating & Cooling Tecnologia Térmica Ltda., enquanto a Johnson Controles Ltda., conforme visto, foi contratada para **instalação de sistema de automação e supervisão predial**, do qual faz parte o sistema que supervisiona e controla o sistema de ar condicionado.

Assim, de fato, não se justifica a Impugnante se considerar dispensada de efetuar a retenção de 11% sobre os serviços executados pela Johnson Controles Ltda., com base na previsão contida no item 16, "I" da OS 209/99.

Finalmente, cabe ressaltar que nas notas fiscais emitidas pela Johnson Controles Ltda. anexadas aos autos verifica-se somente a discriminação de valor dos serviços, que foi o valor considerado pelo Auditor Fiscal para apuração das contribuições no presente lançamento, não sendo possível identificar a que valores de mão-de-obra a Impugnante se refere quando alega que o Auditor Fiscal somou os mesmos aos valores de serviços destacados nas notas fiscais.

(...)

Nadai & Cardoso Ltda.:

O item 17.1 da Ordem de Serviço INSS/DAF Nº 209/1999, citado pela empresa, assim estabelece:

17. A contratada que esteja obrigada a fornecer material ou dispor de equipamentos próprios ou de terceiros indispensáveis à execução do serviço, cujos valores estejam estabelecidos contratualmente, sendo as parcelas correspondentes discriminadas na nota fiscal, fatura ou recibo, os respectivos valores não estarão sujeitos à retenção.

17.1—Na hipótese de não constar do contrato os valores referentes a material ou equipamentos deverão ser discriminadas as respectivas parcelas na nota fiscal, fatura ou recibo, não se admitindo que o valor relativo aos serviços seja inferior a 50% (cinquenta por cento) do valor bruto.

Assim, não procedem as alegações quanto ao procedimento da fiscalização, conforme informações do Relatório Fiscal e manifestação do Auditor Fiscal Notificante, às fls.1126/1147, que se transcreve:

5.1 Sobre a empresa contratada Nadai & Cardoso, alega a impugnante que os critérios utilizados pela fiscalização que apurou a base de cálculo que resultou no levantamento NC – NADAI & CARDOSO LTDA não estão de acordo com o item 17 e subitem 17.1 da OS 209/99, pois, segundo seu entendimento, a fiscalização deveria ter aplicado, no máximo, 50% da nota fiscal como sendo base do INSS, em razão de estar discriminado na nota fiscal o material utilizado;

5.2 A fiscalização aplicou exatamente a regra prevista no item 17 e subitem 17.1 da OS 209/99, ou seja:

5.2.1 Intimado, Mediante Termo de Intimação para Apresentação de Documentos TIAD, de 16/04/2002, 17/06/2002, 14/08/2002 e 02/09/2002, o Sindicato a apresentar contrato, notas fiscais, GPS/GFIP das empresas que lhe prestaram serviços;

5.2.2 Em relação à prestadora Nadai & Cardoso, somente foram apresentadas as notas fiscais, aliás este fato consta relatado no item 8 e seus subitens do título DOS CONTRATOS, NOTAS FISCAIS, GFIPs E GRPS/GPS APRESENTADOS, do Relatório Fiscal, às fls. 70;

5.2.3 Como não houve apresentação de contrato, foi aplicada a regra do item 17.1 da OS 209/99 na apuração da base de cálculo, isto é, o valor dos serviços discriminados nas respectivas notas, quando resultasse igual ou superior a 50% do valor da nota fiscal, ou 50% do valor da nota fiscal, no caso em que a parcela discriminada dos serviços fosse inferior a 50% do valor bruto da nota fiscal;

Marcenaria Bonfá Ltda.:

Os serviços prestados pela Marcenaria Bonfá estão incluídos na classe 45.59 do Anexo III da IN/INSS/DC nº 18, vigente à época da lavratura da NFLD, transcrito acima.

Quanto à esta empresa, o Auditor Fiscal Notificante informa às fls. 1126/1147:

6.1 Sobre os serviços contratados com a empresa Marcenaria Bonfá Ltda, a impugnante alega que a fiscalização utilizou valores referente a materiais como base de cálculo na apuração do levantamento BFA – MARCENARIA BONFÁ LTDA sem apontar em quais notas fiscais estaria configurado o equívoco;

6.2 Alega, ainda, que os serviços prestados pela empresa Marcenaria Bonfá Ltda não estariam listados em nenhum normativo que prevê a retenção de 11% e complementa que se os serviços estivessem previstos em algum normativo estes teriam sido realizados por meio de empreitada total;

6.3 Ainda que a impugnante não tenha apontado as notas fiscais, com material discriminado cujo valor teria sido utilizado como base de incidência da retenção de 11%, cabem alguns comentários sobre as notas fiscais:

6.3.1 Todas as notas fiscais utilizadas no levantamento foram emitidas como sendo de mão-de-obra, conforme se vê no campo natureza da operação, preenchido pela empresa emitente das notas fiscais;

6.3.2 Não é compatível emitir nota fiscal de mão-de-obra e incluir nesta mesma nota fiscal outra coisa que não seja mão-de-obra;

6.4. Apesar de a impugnante alegar que os serviços foram realizados por empreitada total, não foi constatado, pela auditoria que no estabelecimento da impugnante esteve cumprindo o Mandado de Procedimento Fiscal–Fiscalização nº 00045343, nenhuma evidência que confirme a contratação pelo regime de empreitada global, na forma prevista na legislação previdenciária, inclusive não foram apresentados: o contrato, GRPS/GPS e GFIP relativos aos serviços prestados pela Marcenaria Bonfá Ltda, mesmo sendo o SECOVI intimado a apresentar dita documentação mediante os TIAD de 16/04/02, 17/06/02, 14/08/02 e 05/09/02, aliás a fiscalização lavrou o Auto de Infração nº 35.416.8215, em 20/09/2002, em virtude de o SECOVI não atender a intimação sobretudo em relação a GFIP, documento que, considerando a época que os serviços foram prestados, a contratada estava obrigada a entregar para informar ao INSS os fatos geradores de contribuições previdenciárias e outras informações de interesse da Previdência Social, vinculando os trabalhadores que prestaram os serviços contratados à empresa contratante, e, o Secovi exigir cópia dessas GFIP para guarda em seus arquivos (inciso IV do art. 32 da LOSS/91, §§5º e 6º do art 219 do Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo decreto nº 3048/99);

6.5. Os serviços prestados pela contratada Marcenaria Bonfá pertencem ao grupo 45.5 – OBRAS DE ACABAMENTO E SERVIÇOS AUXILIARES DA CONSTRUÇÃO, constante do Anexo III da IN/INSS/DC nº 18, parcialmente transcrito no subitem 1.6 anterior e, portanto, os serviços prestados estão sujeitos à retenção de 11%; considerando que esses serviços não foram realizados por regime de empreitada global, conforme demonstrado no Relatório Fiscal de 30/09/2002, no item 3 e seus subitens anteriores deste relatório, bem como a falta das evidências que pudessem enquadrar os serviços executados como de empreitada global, relatadas no subitem 6.4 anterior;

Aerplan Planejamento e Construções Ltda.:

Também não procedem as alegações da empresa quanto aos serviços prestados pela Aerplan Planejamento e Construções Ltda., conforme se depreende da Informação Fiscal de fls. 1126/1147:

7.1 Em relação aos serviços prestados pela empresa contratada Aerplan Planejamento & Construções Ltda, novamente a impugnante alega que os serviços foram por empreitada total;

7.2 Valem também para a empresa Aerplan as constatações da auditoria descritas no subitem 6.4 anterior, sendo que aqui apenas o contrato foi apresentado, em que a Clausula I estabelece que objeto do Contrato é a prestação de serviços para fornecimento de projeto Aéreo completo e demais documentos pertinentes

de acordo com as exigências do Ministério da Aeronáutica, destinado a instruir o processo para implantação de um Heliponto Elevado Privado, para Operação Diurno e Visual/Noturno, a situar-se em um edifício na rua Dr. Bacelar, 1.043 (Vila Mariana) São Paulo Capital, a ser denominado "HELIPONTO SECOVI"

7.3 Os serviços descritos na nota fiscal 306 emitida em 05/11/99 pela Aerplan se referem a instalações de material necessário de equipamento para operação visual/noturno, pintura da sinalização diurna, material contra incêndio, corte e arrombamento, todos, portanto, típicos de construção civil e executados por empreitada parcial, conforme já demonstrou o Relatório Fiscal de 30/09/2002, as considerações do item 3 e seus subitens deste relatório e a falta das evidências, que pudessem enquadrar os serviços executados como de empreitada global, relatadas no subitem 6.4 anterior e também observadas no caso da contratada Aerplan;

Quanto às alegações de que de acordo com a documentação juntada pela empresa à impugnação inicial (doc. 9), todos os valores foram devidamente recolhidos, deve-se observar que os únicos documentos anexados em relação a esta prestadora de serviços referem-se a Nota Fiscal nº 306 emitida pela mesma em 05/11/1999, e telas de informações relativas à referida nota fiscal e à nota fiscal, fls. 997/999 (doc. 9), que não comprovam quaisquer recolhimentos efetuados pela Impugnante.

Zoubaref Gerenc. Proj. e Colocação de Mármore e Granito Ltda.:

Os serviços prestados pela referida empresa se enquadram no Anexo III da IN INSS/DC nº 18/2000, mais especificamente no Grupo 45.5 – Obras de Acabamento e Serviços Auxiliares da Construção, classe 45.594, transcrito acima.

E o Auditor Fiscal Notificante assim se manifesta em relação às alegações da empresa:

8.1 Aqui também a impugnante sustenta que os serviços de instalação de peças de mármore (pias e balcões) executados pela empresa contratada Zoubaref Geren Proj. e Colocação de Mármore e Granito Ltda não estariam sujeitos à retenção acrescentando que a fiscalização não poderia aplicar a retenção sobre 100% do valor da nota fiscal, observando que houve discriminação do material e que algumas notas referem-se a 100% de material;

8.2 Os serviços executados são típicos de construção civil, enquadrados no grupo 45.5 – Obras de Acabamento e Serviços Auxiliares da Construção e, portanto sujeitos à retenção de 11%;

8.3 A impugnante não aponta quais notas a fiscalização teria cometido o equívoco de não considerar os materiais na identificação da base de cálculo, entretanto cabem algumas observações:

8.4 Não é possível identificar nas notas fiscais de prestação de serviços nº 020, 021, 033, 034, 035 e 049 qual valor se refere a material e qual valor se refere a serviço, se é que houve aplicação de material;

8.5 Se houve faturamento, conforme alega a impugnante, em algumas notas tão somente de material, então o documento fiscal a ser emitido não seria nota fiscal de prestação de serviços, a operação estaria sujeita às regras aplicadas ao Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação ICMS e o documento fiscal a ser emitido para acobertar a operação deveria ser de venda mercantil (Nota Fiscal, modelos 1 ou 1A, conforme Capítulo VI do Convênio SINIEF, de 15/12/1970 e modificações introduzidas pelos Ajustes posteriores);

(...)

Technics Vidros e Equipamentos Industriais Ltda.:

Também neste caso, os serviços prestados estão incluídos no Anexo III da IN INSS/DC nº 18/2000, no Grupo 45.5 – Obras de Acabamento e Serviços Auxiliares da Construção, classe 45.594, transcrito acima.

Quanto à esta empresa, o Auditor Fiscal Notificante concluiu pela retificação do lançamento em relação à Nota Fiscal nº 155, na competência 05/2001, conforme trecho da Informação Fiscal de fls. 1126/1147:

9.1 Novamente alega a impugnante que os serviços executados pela contratada Technics não são de construção civil, quais sejam, instalação de conjuntos de peitoril em aço inox e vidros, tampas e puxadores de porta, sistema vertical de içamento composto por cabos de aço (roldanas e mastros), barra anti-pânico, fechamento lateral de catracas, trincos de segurança, corrimão, prateleiras, espelhos de banheiro e painéis em cristal, conforme admite a impugnante às fls. 233 e os documentos acostados referentes a esta prestadora;

9.2 Os serviços executados pela Technics encontram-se no grupo 45.5 Obras de Acabamento e Serviços Auxiliares da Construção (Anexo III, da IN/INSS nº 18, de 11/05/2000), portanto, todos os serviços são de construção civil, inclusive a própria prestadora dá publicidade da atividade que exerce em suas notas fiscais, logo após a denominação social está a expressão: CONSTRUÇÃO CIVIL;

9.3 Considerando as disposições da legislação aplicada à matéria, especialmente os esclarecimentos contidos no subitem 18.2 da Circular nº 046, de 24/06/99, da Coordenação Geral de Arrecadação, os serviços executados pela Technics estão sujeitos à retenção de 11%;

9.4 A impugnante alega ainda que a fiscalização tomou como base de cálculo o valor total das notas, mesmo que discriminado o material, contudo não aponta em quais notas fiscais a fiscalização teria se equivocado, cabem aqui alguns esclarecimentos:

9.4.1 Nas notas fiscais nº 91, 92, 99, 114, 119, 120, 121, 142, 152 e 154, utilizadas no levantamento, constam tão somente serviços;

9.4.2 Na nota fiscal nº 155, utilizada no levantamento, constam discriminados os serviços, no valor de R\$ 924,51, e o material, no valor de R\$ 125,49, por lapso, foi utilizado o valor total da nota, isto é, valor de R\$ 1050,00, para incidência da retenção de 11%, devendo, por isso o levantamento ser devidamente retificado;

9.4.3 Após a retificação em decorrência do equívoco constatado na base de cálculo da nota fiscal nº 155, o levantamento TEC – TECHNICS VIDROS EQ. IND., em valores originários, assim deverá ficar nesta NFLD nº 35.511.025-3:

(...)

9.4.4 Por lapso, na auditoria que resultou na lavratura da NFLD nº 35.511.025-3, algumas notas fiscais não constaram no levantamento em comento neste item;

9.4.5 Assim, em suplemento ao levantamento TEC – TECHNICS VIDROS EQ. IND, em NFLD à parte, serão lançadas as contribuições previdenciárias, previstas no artigo 31 da LOSS/91, não destacadas nas notas fiscais pela prestadora, quando da emissão, e não retidas pela tomadora, ora impugnante, quando do pagamento;

9.4.6 Integrarão o suplemento referido no subitem anterior as notas fiscais nº 85, 86, 98, 101, 103, 127, 156, 161, 166, 171, 184 e 189;

(...)

Eletro Thunder Serviços de Manutenção e Instalação Elétrica S/C Ltda .:

O Anexo III da IN INSS/DC nº 18/2000, traz no grupo 45.4 – Obras de Instalações, e na classe 45.411 as instalações elétricas, onde se enquadram os serviços prestados pela Eletro Thunder.

De acordo com o Auditor Fiscal Notificante, às fls. 1126/1147, temos que:

10.1 A impugnante repete também aqui a alegação de que os serviços de instalação de 117 luminárias prestados pela empresa Eletro Thunder Serviços de Manutenção e Instalação Elétrica S/C Ltda, não são de construção civil;

10.2 Os serviços executados pela Eletro Thunder pertencem ao grupo 45.4 – Obras de Instalações (Anexo III, da IN/INSS nº 18, de 11/05/2000), portanto, todos os serviços são de construção civil e sujeitos à retenção de 11%;

10.3 Alega ainda que a fiscalização teria aplicado a retenção sobre 100% da nota fiscal e que este procedimento estaria incorreto, pois, segundo suas alegações, houve discriminação do material nas notas fiscais;

10.4 A impugnante não aponta em quais notas a fiscalização teria cometido o equívoco, contudo cabe esclarecer que nas duas notas fiscais de prestação de serviços que constam no levantamento em comento, não há discriminação alguma de material, inclusive, consta expressamente, na parte superior direita dos respectivos documentos, a fatura como de mão-de-obra;

(...)

Desta forma, não há qualquer alteração a ser efetuada no levantamento.

JVL – Empreiteira de Construção Civil S/C Ltda.:

Não cabia à fiscalização a verificação dos recolhimentos efetuados pela empresa contratada, uma vez que a ação fiscal ocorreu na tomadora de serviços, no caso o SECOVI, que contratou serviços sujeitos à retenção de 11%, prevista no artigo 31, da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 9.711/98, não tendo efetuado a retenção e o devido recolhimento do valor retido em nome da empresa contratada. Vale lembrar que nos termos do § 5º do artigo 33, da mesma Lei, a retenção se presume pela contratante, não lhe sendo lícito alegar qualquer omissão para se eximir do recolhimento, ficando diretamente responsável pela importância que deixou de recolher ou recolheu em desacordo com a legislação.

O Auditor Fiscal Notificante assim se manifesta na Informação Fiscal de fls.1126/1147:

11.1 Sobre este levantamento a impugnante apenas alega que a fiscalização não verificou o efetivo recolhimento pela contratada;

11.2 Cabe esclarecer que a determinação contida no MPF Mandado de Procedimento Fiscal – Fiscalização nº 00045343, de 22/01/2002 era para realizar o procedimento fiscal definido naquele Mandado, no estabelecimento da impugnante;

11.3 A NFLD em comento destina e a lançar a contribuição prevista no art. 31 da LOSS/91, que a empresa, ora impugnante, não reteve e não recolheu a importância retida na época própria;

(...)

Desta forma, não há qualquer alteração a ser efetuada no levantamento.

Elétrica e Hidráulica Lopes & Isabel Ltda.:

Em relação à referida empresa, as alegações trazidas também não alteram o procedimento fiscal, devendo, no entanto, ser retificado o levantamento LI – ELÉTRICA HIDR. LOPES E ISABEL, excluindo-se os valores lançados na competência 08/1999, conforme Informação Fiscal, fls.1126/1147:

12.1 A impugnante, citando a letra "j" do item 4 da Circular 46, de 24/06/99, afirma que a empresa contratada, Elétrica e Hidráulica Lopes & Isabel Ltda, não mantinha equipe disponível para o Secovi e, assim, não caberia retenção de 11%;

12.2 Alega, ainda, a impugnante que a retenção para os serviços executado pela contratada seriam objetos de retenção somente se executados mediante cessão de mão-de-obra (letra "o" do subitem 12.1 da OS 209/99) e que o caso enquadrar-se-ia também no item 26 da OS 209/99 que dispensa a contratante de efetuar a retenção quando:

12.2.1 O valor a ser retido por nota fiscal, fatura ou recibo for inferior ao limite mínimo permitido para recolhimento em guia de recolhimento das contribuições previdenciárias;

12.2.2 O valor do serviço contido na nota fiscal, fatura ou recibo for inferior a duas vezes o limite máximo do salário de contribuição e, cumulativamente:

- a) O serviço tiver sido prestado pessoalmente pelo titular ou sócio;
- b) O faturamento da contratada no mês imediatamente anterior for igual ou inferior a duas vezes o limite máximo do salário de contribuição e;
- c) A contratada não tiver empregado;

12.3 A impugnante não comprova, mediante documentos a isso hábeis, que a empresa contratada Elétrica e Hidráulica Lopes & Isabel Ltda:

- a) Não mantinha equipe a disposição do Secovi;
- b) Que o faturamento da contratada no mês imediatamente anterior ao da emissão das notas fiscais nº 636, 640, 647, 651, 657, 664, 671, 680, 685, 689, 692, 696, 917, 676 e 497, constantes no levantamento em comento, fora igual ou inferior a duas vezes o limite máximo do salário de contribuição; e
- c) Que não mantinha empregado no período do débito, compreendido nas competências 01/00 a 02/00, 04/00 a 05/00, 07/00 e 08/01;

12.4 Quando da Auditoria precedida do MPF nº 00045343, as evidências constatadas foram que os serviços prestados pela Elétrica e Hidráulica Lopes & Isabel Ltda são típicos de cessão de mão de obra, tanto por suas características (manutenção de instalações), quanto pela forma que foram prestados (serviços contínuos);

12.5 Os serviços são contínuos quando se constituem em necessidade permanente do contratante, serviços repetitivos, ligados ou não a sua atividade fim, ainda que realizados de forma intermitente ou por diferentes trabalhadores (letra "c" do subitem 1.1 da Circular 46 de 24/06/99, subitem 1.2 da OS 209/99, § 3 do art. 100, da Instrução Normativa INSS/DC nº 71, de 10/05/202);

12.6 Dada a repetição com que os serviços de manutenção de instalações elétricas e hidráulicas foram prestados, tanto pela contratada Elétrica e Hidráulica Lopes & Isabel Ltda, como pela contratada Cetest Minas Engenharia e Serviços S/A, conclui-se que tais serviços constituem-se em necessidade permanente do SECOVI;

12.7 Pelas razões demonstradas nos subitens 12.3 a 12.6 o SECOVI deveria reter 11% dos serviços contidos nas notas fiscais e recolher a importância retida em nome da contratada no dia dois do mês subsequente ao da emissão da nota fiscal;

12.8 Por fim, deve ser eliminado do levantamento o valor da contribuição decorrente da nota fiscal nº 657 na competência 08/1999, tendo em conta que a competência correta é 07/1999, com lançamento devidamente realizado na NFLD;

Quanto à alegação de que o Auditor Fiscal estaria invertendo o ônus da prova ao alegar negligência fiscal de fls. 1126/1141 que a Impugnante não teria demonstrado que a empresa contratada não mantinha equipe à disposição do SECOVI, nota-se que na referida Informação Fiscal, a fiscalização expõe claramente os motivos que justificam a caracterização como cessão de mão de obra dos serviços prestados pela referida empresa, não se tratando, pois, de inverter o ônus da prova.

(...)

Diversos

Antes de tratarmos das particularidades trazidas pela empresa em relação à cada prestadora de serviço relacionada neste item da defesa, é necessário novamente ressaltar que não cabia à fiscalização a verificação dos recolhimentos efetuados pelas empresas

contratadas, uma vez que a ação fiscal ocorreu no SECOVI, que na qualidade de tomadora de serviços sujeitos à retenção de 11%, prevista no artigo 31, da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 9.711/98, não cumpriu o estabelecido no referido dispositivo legal, observado o disposto no § 5º do artigo 33, da mesma Lei.

(...)

Holemaker Cortes e Furos Ltda

O Auditor Fiscal Notificante esclarece às fls. 1126/1147:

13.1 Alega aqui, a impugnante, que os serviços de ajuste sem mármore (furos e cortes) executados pela contratada Holemaker foram de acabamento não sendo cessão de mão-de-obra por não se realizar em regime de continuidade, justificando assim que não cabe retenção de 11%;

13.2 A Ordem de Serviço INSS/DAF nº 203, de 29/01/99, DOU 02/02/99, aplicável de 02/99 a 05/99, determinava que a retenção de 11% recairia sobre o valor dos serviços contidos nas notas fiscais, faturas ou recibos na cessão de mão-de-obra ou empreitada, inclusive em regime de trabalho temporário;

13.3 Ocorre a empreitada de mão-de-obra, de acordo com a OS 203/99, na contratação de empresa prestadora de serviço para executar serviços relacionados ou não com a atividade-fim da empresa contratante, nas dependências desta ou nas de terceiros;

13.4 A resposta dada aos item 4 do compendio de perguntas e respostas aprovado pela Circular 014, de 09/03/99, da Coordenação Geral de Arrecadação, esclarece sobre a extensão do conceito de empreitada de mão-de-obra:

"Resposta Considerando que a lei estabelece conceito próprio de cessão de mão-de-obra, qualquer serviço que seja prestado naquelas condições, em princípio, de veria ser alcançado.

O citado parágrafo elencou os serviços, nos seus incisos I e II, facultando, porém, a inclusão de outros por meio de Decreto. Todavia, incluiu, para efeito de retenção, os serviços prestados através de empreitadas de mão-de-obra, o que, na prática, abrange qualquer serviço em que haja o fornecimento de mão-de-obra.

Assim, para efeito de aplicação da retenção, considerar-se-ão como cessão de mão-de-obra apenas os especificados no dispositivo legal supracitado, sendo os demais empreitada de mão-de-obra, mesmo que conceitualmente se caracterizem como cessão de mão-de-obra" (grifei)

13.5 A resposta ao item 5, o compendio citado no item anterior esclarece a distinção entre cessão de mão-de-obra da empreitada de mão-de-obra:

"Resposta No conceito de cessão de mão-de-obra, destaca-se a natureza contínua do serviço, ficando o pessoal utilizado à disposição exclusiva do tomador, que gerencia a realização do serviço. O objeto do contrato é somente a mão-de-obra. Na empreitada, o contrato focaliza-se no serviço a ser prestado. Para sua realização, envolverá mão-de-obra, que não estará, necessariamente, à disposição do tomador. O gerenciamento será do contratado"

(grifei)

13.6 Os serviços executados pela contratada Holemaker Cortes e Furos foram executados mediante empreitada de mão-de-obra, inclusive a contratada destacou e a contratante reteve e recolheu a importância retida referente aos 11% nas notas fiscais nº 97, 105 e 123 emitidas respectivamente em 02/1999, 03/1999 e 05/1999, ficando demonstrado que não havia dúvida entre a contratada e a contratante sobre a disposição da legislação previdenciária aplicada à matéria;

Desta forma, não há qualquer alteração a ser efetuada no levantamento.

Protende Serviço de Construção Civil Ltda

O item 19.1 da Ordem de Serviço INSS/DC nº 203/1999, citado pela Impugnante, previa:

19.1–Não se aplica o disposto neste ato ao fornecimento de concreto usinado ou preparado.

Portanto, não procedem as alegações da empresa, conforme esclarecimentos do Auditor Fiscal Notificante na Informação Fiscal de fls. 1126/1147:

14.1 Sobre os serviços executados pela contratada Protende Serviços de Construção Civil Ltda, a impugnante alega que a empresa fez instalação de concreto armado e que a OS 203/99, no item 19.1, prevê não se aplicar a retenção no caso de fornecimento de concreto usinado ou preparado;

14.2 Há que se diferenciar o que seja fornecer concreto e o que seja instalar concreto, abra-se o "Aurélio" e lá está:

14.2.1fornecer.[Do rad. forn-, de fornir, + -ecer.] V.t.d. 1. Abastecer de; dar: O campo fornece os alimentos. 2.Fortificar, guarnecer. 3.Gerar, produzir: As quedas d'água fornecem eletricidade. T.d.e i .4. Prover, abastecer: Fornecia-o do necessário. 5. Fortificar, guarnecer: fornecer o exército de armas. 6. Abastecer, dar, ministrar: Os campos fornecem mantimentos à cidade.(...);

14.2.2 instalar. [Do lat. med. installare, pelo fr. installer.] V. t. d. 1. Colocar (aparelho, equipamento, etc.) em lugar e condições próprias para uso. 2. Dispor para funcionar; preparar (serviço, negócio, etc.) para estar em atividade ou em operação; (...);

14.3 Claro está que conceitualmente fornecimento liga-se a material, a produto; enquanto instalação liga-se a serviço, à ação humana;

14.4 O item 19.1 da OS 203/99 dispensada retenção o fornecimento de concreto usinado ou preparado;

14.5 A empresa contratada diretamente pelo SECOVI para fornecer o concreto usinado ou preparado utilizado na obra da rua Dr. Bacelar, 1043 foi a CONCREPAV S/A Engenharia de Concreto, CNPJ 46.244.919/001950;

14.6 A Protende foi contratada para executar serviços de protensão que é um processo pelo qual se aplicam tensões prévias ao concreto;

14.7 Nas notas fiscais nº 4259 (vide Anexo III deste relatório) e 4331 emitidas respectivamente em 03/99 e 04/99, a contratada destacou e a contratante recolheu a importância retida referente aos 11% dos serviços contidos nestas notas fiscais, mostrando o cumprimento, pelas empresas envolvidas, das normas que regem a matéria.

Não procede ainda o inconformismo da empresa quanto a afirmação da fiscalização de que a execução de um serviço, no caso a instalação de concreto armado, extrapolaria o conceito de fornecimento de concreto, e que, portanto, deveria prevalecer a previsão do item 19.1 da OS 203/99.

Ora, a Nota Fiscal nº 4209, que foi objeto do lançamento fiscal em relação a prestadora de serviços em questão, refere-se a **instalação de concreto armado com uso de mão-de-obra** e equipamentos, não sendo cabível, portanto, qualquer discussão sobre a aplicação do item 19.1 da OS 203/99, que dispensa a retenção de 11% sobre o fornecimento de concreto usado ou preparado, ou ainda sobre o eventual fornecimento de peças pré-moldadas de concreto pretendido, que apenas de mandariam colocação na obra.

Desta forma, não há qualquer alteração a ser efetuada no levantamento.

União Engenharia S/C Ltda.:

O Anexo III da IN INSS/DC nº 18/2000, traz no grupo 45.2, classe 45.250 os serviços abaixo discriminados:

ANEXO III

RELAÇÃO DE ATIVIDADES COMPREENDIDAS COMO OBRA DE
CONSTRUÇÃO CIVIL DE QUE TRATA O ANEXO V DO REGULAMENTO
DA PREVIDÊNCIA SOCIAL – RPS

45–CONSTRUÇÃO

(...)

45.2–CONSTRUÇÃO DE EDIFÍCIOS E OBRAS DE ENGENHARIA CIVIL

(..)

45.250 – Montagem de estruturas

Esta classe compreende:

- A montagem de estruturas metálicas
- A montagem e desmontagem de andaimes, plataformas, formas para concreto e escoramento
- A montagem e desmontagem de estruturas metálicas móveis

E de acordo com a Informação Fiscal de fls. 1126/1147, temos que:

15.1 A impugnante diz não ser devida a retenção de 11% em razão de o serviço prestado pela empresa contratada União Engenharia S/C Ltda, isto é, instalação de uma monovia com trole e talha elétrica, não estar sujeito a tal retenção;

15.2 Estabelece a legislação que os serviços executados mediante empreitada parcial na construção civil estão sujeitos à retenção de que trata o art. 31 da LOSS/91;

15.3 Esclarece o item 2 da Circular nº 046, de 24/06/99, da Coordenação Geral de Arrecadação do INSS que empreitada é a execução de tarefa, obra ou serviço, contratualmente estabelecida, relacionado ou não com a atividade fim da empresa contratante, nas suas dependências, nas da contratada ou nas de terceiros, tendo como objeto um fim específico ou resultado pretendido;

15.4 Enquadra-se o serviço executado pela contratada União Engenharia na classe 45.250–Montagem de Estruturas (Anexo III da IN/INSS/DC nº 18);

15.5 Conforme se observa o serviço prestado é típico da construção civil e, portanto, sujeito à retenção de 11%, considerando ser executado mediante empreitada parcial;

Desta forma, não há qualquer alteração a ser efetuada no levantamento.

Resigas Comércio e Prestação de Serviços Técnicos Ltda

O Auditor Fiscal Notificante assim se manifestou quanto aos serviços prestados pela referida empresa:

16.1 Novamente aqui é alegado que o serviço executado pela empresa contratada Resigas Comércio e Prestação de Serviços Técnicos Ltda, isto é, troca de uma barra de tubo de cobre, não estaria sujeito à retenção de 11%;

16.2 O serviço é enquadrado na classe 45.438 Instalações Hidráulicas, Sanitárias, de Gás e Sistema de Prevenção contra Incêndio (Anexo III da IN/INSS/DC nº 18), portanto sujeito à retenção.

Desta forma, não há qualquer alteração a ser efetuada no levantamento.

Fiotti Comercial Ltda.:

Para os serviços prestados por esta empresa, o Auditor Fiscal Notificante esclarece na Informação Fiscal, fls.1126/1147, que se enquadram na classe 45.594 – Outros serviços auxiliares da Construção (Anexo III da IN INSS/DC nº 18/2000, sujeitos, portanto, à retenção de 11%.

Desta forma, não há qualquer alteração a ser efetuada no levantamento.

Joatec Comércio e Instalações Ltda.:

A empresa alega que os serviços prestados pela Joatec não estão sujeitos à retenção de 11%, no entanto, os mesmos se enquadram no grupo 45.4 – Obras de Instalações, do Anexo III da IN 18/2000, assim esclarecendo o Auditor Fiscal Notificante:

18.1 Outra vez é alegado que os serviços de adequação de catracas e instalação de sensores, executados pela empresa contratada Joatec Comércio e Instalações Ltda, não estariam sujeitos à retenção de 11%;

18.2 Os serviços são enquadrados no grupo 45.4 Obras de Instalações (Anexo III da IN/INSS/DC nº 18), que compreende os trabalhos de instalação nas edificações de qualquer natureza dos equipamentos técnicos necessários a seu funcionamento normal, portanto, estão sujeitos à retenção de 11%.

Desta forma, não há qualquer alteração a ser efetuada no levantamento.

Modular Flooring Comercial Ltda.:

Quanto às alegações da Impugnante de que os serviços prestados não estão sujeitos à retenção de 11%, assim se pronunciou o Auditor Fiscal Notificante às fls. 1126/1147:

19.1 Novamente a impugnante alega que os serviços executados pela empresa contratada Modular Flooring Comercial Ltda, ou seja, instalação de placas de carpete, não estariam sujeitos à retenção de 11%;

19.2 Os serviços executados pela empresa contratada Modular Flooring Comercial Ltda enquadram-se na classe 45.594 Outros Serviços Auxiliares da Construção (Anexo III da IN/INSS/DC nº 18), portanto, sujeitos à retenção de 11%;

19.3 Inclusive pode-se ver na nota fiscal nº400 (vide Anexo III deste relatório) que a contratada destacou a parcela referente aos 11% e a contratante comprovou o recolhimento aos cofres da Previdência da importância retida;

19.4. As cópias de GPS e de GFIP apresentadas por ocasião da defesa, constantes às fls 1094 e 1099, respectivamente não guardam qualquer relação com a nota fiscal nº 497 ou com a obra CEI 21.903.08158/70;

E em relação à Ação Ordinária nº 2000.61.00.0497801, impetrada pela empresa Modular Flooring, conclui o Auditor Fiscal:

A certidão expedida pela Secretária da 2ª VF, cópia às fls 1095, também apresentada por ocasião da defesa, em nada afeta o levantamento tendo em conta tratar-se de proposta de Ação Ordinária protocolada em 14/12/2000, enquanto o levantamento considera a nota fiscal nº 497 emitida em 12/06/2000;

E a Procuradoria, em relação à referida Ação Ordinária, impetrada pela empresa Modular Flooring Comercial Ltda., anexou às fls. 135 declaração do Procurador responsável pela 20ª Vara Cível Federal, onde tramita a ação, onde consta:

A ação ordinária sob o nº 2000.61.00.0497801, que tramita pela 20ª Vara Cível Federal tem como autora a empresa Modular Flooring Comercial Ltda. A data da distribuição da presente ação declaratória negativa de débito fiscal é de 14/12/2000. Foi cumulado com o pedido principal o requerimento de tutela antecipada para que os contratantes se abstenham de reter 11% sobre o faturamento.

Foi concedida a antecipação nos seguintes termos:

"Assim sendo, concedo a antecipação da tutela pleiteada como facultado pelo art. 273 do CPC, determinando às tomadoras de serviço B. GROB DO BRASIL S/A IND. E COM. DE MÁQUINAS OPERATRIZES E FERRAMENTAS, TELESP CELULAR, ADVOCACIA MORAES E ASSOCIADO, INTERFACE FLOORING SYSTEMS COMERCIAL, MOTOROLA DO BRASIL LTDA., CREDICARD S/A ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO, PULICIS NORTON S/A, COMPANHIA BRASILEIRA DE MEIOS DE

PAGAMENTO, PARQUE DO PINHEIRO ADMINISTRADORA SOCIEDADE CIVIL LTDA., FABIO VAN CETIO, NET SAT SERVIÇOS LTDA., LIBERAL ASSISTÊNCIA MANAGEMENT, AFC LTDA., BANCO SANTANDER MERIDIONAL S/A, COMPANHIA TRANSPORTADORA E COMERCIAL TRANSOR E BANCO MÚLTIPLO S/A, que se abstenham de reter a importância equivalente a 11% do valor da mão-de-obra na forma da Lei 9711, **nos contratos celebrados com a autora, já comprovados nos autos, até decisão final desta ação.**"(grifos e negrito meu)

Portanto, para a consulta administrativa formulada pelo INSS, a Autarquia tem que ficar restrita ao que se encontra disposto no teor do dispositivo da tutela antecipatória, isto é, as pessoas jurídicas são as supradescritas e os contratos são aqueles que forem comprovados nos autos até a sentença. Logo, as competências não podem estar abrangidas nos contratos comprovados em juízo e as pessoas jurídicas não podem ser as supra mencionadas.

Às fls. 1237 consta também conclusão da Procuradoria quanto às informações prestadas pelo Procurador responsável pela ação:

- b) No tangente ao item "c" de folhas 1211, relativamente à Ação Ordinária, esclareceu o Procurador do feito que, a ordem imposta em razão do teor da Tutela Antecipada concedida nos autos é para que **somente** aquelas empresas cujos contratos celebrados com a autora **já comprovados nos autos**, se abstenham de reter a importância equivalente a 11% do valor da mão-de-obra na forma da Lei 9711, até a prolação de sentença, ficando a atuação da Autarquia restrita às competências que não estão abrangidas nos contratos comprovados em juízo, bem como as pessoas jurídicas não podem ser aquelas mencionadas às folhas 1235 deste.

Assim, uma vez que o SECOVI não faz parte da relação de empresas abrangidas pela Ação Ordinária nº 2000.61.00.0497801, conforme se verifica às fls.1235, a mesma não tem qualquer efeito sobre os serviços prestados ao SECOVI, ou seja, não havia o impedimento de efetuar a retenção de 11%, e a existência da ação judicial em nada modifica o levantamento MOD – Modular Flooring Comercial.

Desta forma, não há qualquer alteração a ser efetuada no levantamento.

(...)

Como visto da reprodução acima, os principais motivos ensejadores da manutenção do lançamento, em apertada síntese, foram os seguintes:

A Lei nº 9.711 de 1998, ao instituir o sistema de arrecadação mediante a retenção de 11% sobre o valor relativo aos serviços contidos nas notas fiscais de prestação de serviço, afastou a responsabilidade da empresa prestadora de serviço por este recolhimento, pelo que irrelevante a este processo qualquer tentativa de demonstrar a regularidade de recolhimentos por parte da empresa prestadora.

A IN INSS/DC nº 18, vigente à época da lavratura da NFLD objeto dos presentes autos, apresenta o conceito de obra de construção civil no artigo 4º, inciso I.

As definições de contrato por empreitada total e contrato por empreitada parcial na construção civil, estão estabelecidos no item 4 e subitens da Ordem de Serviço INSS/DAF nº 209, de 20/05/1999 (DOU de 28/05/1999) e

Ainda que o contribuinte defenda ser de empreitada global, todavia com base na documentação constante nos autos, na legislação e demais atos normativos o contrato efetuado com a empresa João Fortes Engenharia S/A, na verdade se trata de empreitada parcial.

Em decorrência do Princípio da Especialidade, extraído da Introdução ao Código Civil³, a previsão do § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666 de 1993⁴, que contém norma especial acerca das responsabilidades fiscais decorrentes dos contratos administrativos, deve prevalecer sobre a Lei de Custeio (inciso VI, artigo 30 da Lei nº 8.212 de 1991), que estabelece norma geral sobre responsabilidade solidária de contribuições previdenciárias nas obras de construção civil por empreitada total, independente de quem seja o contratante.

Caso, contudo, se configure efetiva prestação de serviços mediante cessão de mão de obra, mesmo na construção civil, a disposição contida no artigo 31 da Lei nº 8.212 de 1991, irá prevalecer sobre o Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos. Isso porque o artigo 71, em seu § 2º, não afastou a responsabilidade solidária das entidades públicas.

Sobre a matéria foi publicado no Diário Oficial da União de 24/11/2006 o Parecer AGU nº 08/2006, adotado pelo Advogado Geral da União e aprovado pelo Presidente da República:

(...)

2.O Parecer AGU/ MS 08/ 2006 analisa cada uma das espécies e a legislação pertinente - esta inclusive pelo perfil histórico - concluindo, à vista do art. 71 e §§ da Lei nº 8.666/ 93 e arts. 30, VI e 31 da Lei nº 8.212/ 91 (com as diferentes redações, bem assim a legislação previdenciária e de licitação anterior), no sentido de que na hipótese de contratação de serviços para execução de obra mediante cessão de mão de obra - art. 31, Lei 8.212/91- **a responsabilidade do contratante público é tão só pela retenção (portanto obrigado tributário, não devedor solidário) sendo que nos contratos de obra não tem a administração qualquer responsabilidade pelas contribuições previdenciárias.**

3.Penso que é exata a interpretação realizada pelo parecer em causa vez que reflete a melhor compreensão dos textos legais, podendo ser aprovado com os efeitos vinculantes para a administração (art. 40, § 1º da Lei Complementar 73/ 93) vez que contêm diferentes órgãos no interior da Administração e cabe à Advocacia-Geral da União pacificar as controvérsias havidas.

4.Observo, contudo, a despeito da convicção das proposições ora submetidas à apreciação, que esse entendimento recomenda redobrar os cuidados e eventualmente reiterar iniciativas junto aos tribunais trabalhistas para afastar a aplicação da Súmula 331 do TST (item IV) de acordo com o qual a administração (direta e indireta) fica responsável subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas do empregador por ela

³ DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010)

(...)

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

(...)

§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

(...)

⁴ LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

contratado em caso de inadimplemento deste, o que, de sua vez, implicará em responsabilidade tributária correspondente pelas contribuições previdenciárias devidas - e nessa hipótese, pelo menos com respeito aos contratos de obra, serão inteiramente indevidas pela Administração.

(...)

ASSUNTO: Contribuições previdenciárias. Contrato administrativo. Definição da responsabilidade tributária da contratante (Administração Pública) e do contratado (empregador) pelas contribuições previdenciárias relativas aos empregados deste. Lei nº 8.666/93, art. 71. Obras públicas. Contratação da construção, reforma ou acréscimo (Lei nº 8.212/91, art. 30, VI) ou serviço executado mediante cessão de mão-de-obra (Lei nº 8.212/91, art. 31). Distinção. Lei nº 9.711/98. Retenção.

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. ADMINISTRATIVO. CONTRATOS. OBRAS PÚBLICAS. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA E RETENÇÃO. DEFINIÇÃO.

I - Desde a Lei nº 5.890/73, até a edição do Decreto-Lei nº 2.300/86, a Administração Pública respondia pelas contribuições previdenciárias solidariamente com o construtor contratado para a execução de obras de construção, reforma ou acréscimo de imóvel, qualquer que fosse a forma da contratação.

II - Da edição do Decreto-Lei nº 2.300/86, até a vigência da Lei nº 9.032/95, a Administração Pública não respondia, nem solidariamente, pelos encargos previdenciários devidos pelo contratado, em qualquer hipótese. Precedentes do STJ.

III - A partir da Lei nº 9.032/95, até 31.01.1999 (Lei nº 9.711/98, art. 29), a Administração Pública passou a responder pelas contribuições previdenciárias solidariamente com o cedente de mão-de-obra contratado para a execução de serviços de construção civil executados mediante cessão de mão-de-obra, nos termos do artigo 31 da Lei nº 8.212/91 (Lei nº 8.666/93, art. 71, § 2º), não sendo responsável, porém, nos casos dos contratos referidos no artigo 30, VI da Lei nº 8.212/91 (contratação de construção, reforma ou acréscimo).

IV - Atualmente, a Administração Pública não responde, nem solidariamente, pelas obrigações para com a Seguridade Social devidas pelo construtor ou subempreiteira contratados para a realização de obras de construção, reforma ou acréscimo, qualquer que seja a forma de contratação, desde que não envolvam a cessão de mão-de-obra, ou seja, desde que a empresa construtora assuma a responsabilidade direta e total pela obra ou repasse o contrato integralmente (Lei nº 8.212/91, art. 30, VI e Decreto nº 3.048/99, art. 220, § 1º c/c Lei nº 8.666/93, art. 71).

V - Desde 1º.02.1999 (Lei nº 9.711/98, art. 29), a Administração Pública contratante de serviços de construção civil executados mediante cessão de mão-de-obra deve 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 contratada, cedente da mão-de-obra (Lei nº 8.212/91, art. 31).

(...)

Conclui-se que, na vigência do Decreto-Lei nº 2.300 de 1986, a Administração Pública não responde solidariamente, em nenhuma hipótese, pelas contribuições previdenciárias. Após a entrada em vigor da Lei nº 9.032 de 1995, o artigo 30, VI da Lei de Custeio da Seguridade Social é inaplicável ante a norma específica referente a licitações e contratos públicos tão somente para as hipóteses de contratação de obras de construção civil por empreitada global (Decreto-Lei nº 2.300 de 1986 e Lei nº 8.666 de 1993). Neste caso, considera-

se que não há a cessão de mão obra, já que o prestador de serviços assume toda a responsabilidade pela obra.

Por fim, as disposições contidas na Lei nº 8.666 de 1993 não são aplicáveis ao caso concreto, tendo em vista ser a natureza do Recorrente, como sindicato, de pessoa jurídica de direito privado e não ente da administração pública.

Pelos fundamentos apontados, resta claro que, após várias diligências, análise de documentos e oportunidades concedidas ao contribuinte, a conclusão apontada é que o lançamento efetuado seguiu estritamente o comando legal e normativo, não havendo qualquer reparo em relação ao que foi decidido pela autoridade julgadora de primeira instância.

Do exposto, nada a prover neste tópico.

Da Cobrança de Juros de Mora sobre a Multa de Ofício

O Recorrente solicita a exclusão da cobrança de juros de mora sobre a multa de ofício, nos termos dos artigos 161 do CTN⁵ e 61, § 3º da Lei nº 9.430 de 1996⁶.

Tal matéria não demanda maiores considerações uma vez que já se encontra pacificada neste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, inclusive objeto da Súmula nº 108, abaixo reproduzida, de observância obrigatória por parte dos seus membros a teor da disposição contida no artigo 72 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF)⁷, aprovado pela Portaria MF Nº 343, de 09 de junho de 2015:

Súmula CARF nº 108

Aprovada pelo Pleno em 03/09/2018

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício. **(Vinculante, conforme Portaria ME nº 129 de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).**

Do Cancelamento da Multa em Caso de Decisão por Voto de Qualidade (Artigo 112, do CTN)

⁵ Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica na pendência de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito.

⁶ Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso. (Vide Decreto nº 7.212, de 2010)

§ 1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento. (Vide Medida Provisória nº 1.725, de 1998) (Vide Lei nº 9.716, de 1998)

⁷ Art. 72. As decisões reiteradas e uniformes do CARF serão consubstanciadas em súmula de observância obrigatória pelos membros do CARF.

O Recorrente solicita que, no caso de empate de votos, deve ser adotado o posicionamento mais favorável ao contribuinte em respeito ao artigo 112 do CTN⁸, cancelando-se o Auto de Infração ou, ao menos, subsidiariamente, cancelando a multa a ele veiculada.

Preliminarmente, cumpre consignar não ser cabível ao caso em análise a aplicação da disposição contida no artigo 112 CTN para que a imputação da infração ou de penalidade ser feita de forma mais benéfica, pois não há dúvida no fato impositivo.

Conforme consta do Relatório Fiscal, o auto de infração lavrado decorreu da constatação, pela autoridade fiscal, que cabia ao Sindicato notificado a responsabilidade pela execução da obra de construção civil e pela matrícula CEI - Cadastro Específico do INSS, que contratou diretamente com outras empresas, a construção do edifício onde hoje abriga sua sede; logo, a partir de 01/02/1999, data em que a Lei nº 9.711 de 1998 fixou para produzir os efeitos da alteração que trouxe ao artigo 31 da LOSS/91, deveria o Sindicato reter 11% (onze por cento) sobre os serviços contidos em nota fiscal, fatura ou recibo e recolher a importância retida em nome e no CNPJ da empresa contratada.

Por sua vez, a Lei nº 14.689 de 2023⁹, alterou o artigo 25 e incluiu os seguintes dispositivos ao Decreto nº 70.235 de 1972¹⁰:

Art. 2º O Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 14-B. (VETADO)”

“Art. 25.

§ 9º-A. Ficam excluídas as multas e cancelada a representação fiscal para os fins penais de que trata o art. 83 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na hipótese de julgamento de processo administrativo fiscal resolvido favoravelmente à Fazenda Pública pelo voto de qualidade previsto no § 9º deste artigo.

(...)

“Art. 25-A. Na hipótese de julgamento de processo administrativo fiscal resolvido definitivamente a favor da Fazenda Pública pelo voto de qualidade previsto no § 9º do art. 25 deste Decreto, e desde que haja a efetiva manifestação do contribuinte para pagamento no prazo de 90 (noventa) dias, serão excluídos, até a data do acordo para

⁸ LEI Nº 5.172, DE 25 DE OUTUBRO DE 1966. Denominado Código Tributário Nacional. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.

Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

I - à capitulação legal do fato;

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;

IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.

⁹ LEI Nº 14.689, DE 20 DE SETEMBRO DE 2023. Disciplina a proclamação de resultados de julgamentos na hipótese de empate na votação no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf); dispõe sobre a autorregularização de débitos e a conformidade tributária no âmbito da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Fazenda, sobre o contencioso administrativo fiscal e sobre a transação na cobrança de créditos da Fazenda Pública; altera o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, e as Leis nºs 6.830, de 22 de setembro de 1980 (Lei de Execução Fiscal), 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 13.988, de 14 de abril de 2020, 5.764, de 16 de dezembro de 1971, 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e 10.150, de 21 de dezembro de 2000; e revoga dispositivo da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002.

¹⁰ DECRETO Nº 70.235, DE 6 DE MARÇO DE 1972. Dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências.

pagamento, os juros de mora de que trata o art. 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995.

§ 1º O pagamento referido no **caput** deste artigo poderá ser realizado em até 12 (doze) parcelas, mensais e sucessivas, corrigidas nos termos do art. 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, e abrangerá o montante principal do crédito tributário.

§ 2º No caso de não pagamento nos termos do **caput** ou de inadimplemento de qualquer das parcelas previstas no § 1º deste artigo, serão retomados os juros de mora de que trata o art. 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995.

(...)

Como visto da reprodução acima, no caso do julgamento do processo se dar por voto de qualidade favorável à Fazenda Pública, ficam excluídas as multas e cancelada a representação fiscal. Por tratar-se de evento futuro e incerto, não há como esta relatora se manifestar sobre tal pedido neste momento, uma vez que, se ocorrer a situação descrita, necessariamente será aplicado a determinação expressa no referido dispositivo legal.

Nada a prover neste ponto.

Do Pedido de Ciência do Patrono e Sustentação Oral

Quanto à demanda acerca da ciência do patrono do contribuinte, os incisos I, II e III do artigo 23 do Decreto nº 70.235 de 1972 disciplinam integralmente a matéria, configurando as modalidades de intimação, atribuindo ao fisco a discricionariedade de escolher qualquer uma delas.

Nesse sentido, o § 3º estipula que os meios de intimação previstos nos incisos do caput do artigo 23 não estão sujeitos a ordem de preferência. De tais regras, conclui-se pela inexistência de intimação postal na figura do procurador do sujeito passivo. Assim, a intimação via postal, no endereço de seu advogado, não acarretaria qualquer efeito jurídico de intimação, pois estaria em desconformidade com o artigo 23, inciso II e §§ 3º e 4º, do Decreto nº 70.235 de 1972.

Ademais a matéria já se encontra sumulada no âmbito do CARF, sendo portanto de observância obrigatória por parte deste colegiado, nos seguintes termos:

Súmula CARF nº 110

Aprovada pelo Pleno em 03/09/2018

No processo administrativo fiscal, é incabível a intimação dirigida ao endereço de advogado do sujeito passivo. (**Vinculante**, conforme Portaria ME nº 129 de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).

Jurisprudência e Decisões Administrativas

Oportuno deixar consignado que no que concerne à interpretação da legislação e ao entendimento jurisprudencial, nos termos do artigo 100 do Código Tributário Nacional (CTN), somente devem ser observados os atos para os quais a lei atribua eficácia normativa, o que não se aplica ao presente caso.

No âmbito administrativo cabe ao Conselheiro do CARF observar no julgamento dos recursos as súmulas aprovadas pelas Turmas e pelo Pleno da CSRF e também as decisões definitivas proferidas pelo STF e STJ, após o trânsito em julgado do recurso afetado para julgamento como representativo da controvérsia, consoante disposição contida no artigo 62 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

§ 1º O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Redação dada pela Portaria MF nº 39, de 2016)

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal;

b) Decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento realizado nos termos dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, na forma disciplinada pela Administração Tributária; (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)

c) Dispensa legal de constituição ou Ato Declaratório da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda, nos termos dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

d) Parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, nos termos dos arts. 40 e 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; e

e) Súmula da Advocacia-Geral da União, nos termos do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993. (Redação dada pela Portaria MF nº 39, de 2016)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)

Conclusão

Por todo o exposto e por tudo mais que consta dos autos, vota-se em negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Débora Fófano dos Santos