

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

Processo nº 11516.003551/2007-16
Recurso nº 147.587 Voluntário
Acórdão nº 2401-01.209 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 8 de junho de 2010
Matéria CONTRIBUIÇÕES - RETENÇÃO SOBRE CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA
Recorrente ELETROSUL CENTRAIS ELÉTRICAS S/A
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA - SRP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/10/2000 a 31/12/2001

EXECUÇÃO DE OBRA DE CONSTRUÇÃO CIVIL POR EMPREITADA GLOBAL. APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INEXISTÊNCIA DO DEVER DE RETENÇÃO.

Comprovando-se a execução, por empresa construtora, de obra de construção civil sob modalidade contratual de empreitada integral, descabe a exigência da retenção prevista no art. 31 da Lei n. 8.212/1991.

INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO DE EFETUAR A RETENÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE FATURAS DE SERVIÇOS PRESTADOS MEDIANTE CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. LANÇAMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES NÃO RETIDAS EM NOME DO TOMADOR DE SERVIÇOS. DESNECESSIDADE DE FISCALIZAÇÃO PRÉVIA NA EMPRESA PRESTADORA.

Ao deixar de reter as contribuições incidentes sobre as faturas de prestação de serviço executados mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada, a empresa contratante passa a responder pelo tributo não retido, independentemente de fiscalização prévia no prestador.

EMPRESA CONSTRUTORA. CARACTERIZAÇÃO PARA FINS DA LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA. OBJETO SOCIAL CONTEMPLANDO ATIVIDADES DE CONSTRUÇÃO CIVIL. CADASTRO NO CREA.

A empresa cadastrada no Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura - CREA, que carregue nos seus atos constitutivos objeto social contendo atividades de construção civil é considerada empresa construtora para fins de aplicação da legislação previdenciária.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE.

1
11/06/2010

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por unanimidade de votos: I) em rejeitar a preliminar de nulidade da decisão da primeira instância; e II) no mérito, em dar provimento parcial ao recurso para que sejam excluídos do lançamento as seguintes bases de cálculo, originados das faturas relativas ao contrato efetivado entre a notificada e a CAMARGO CORREIA: R\$ 189.900,00 (10/2000), R\$ 93.688,85 (12/2000), R\$ 942.943,74 (04/2001), R\$ 2.451.653,73 (06/2001), R\$ 1.320.121,24 (06/2001), R\$ 377.177,50 (06/2001) e R\$ 94.294,37 (08/2001).



ELIAS SAMPAIO FREIRE - Presidente



KLEBER FERREIRA DE ARAÚJO - Relator

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros Elias Sampaio Freire, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Kleber Ferreira de Araújo, Cleusa Vieira de Souza, Marcelo Freitas de Souza Costa e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

Trata o presente processo administrativo fiscal da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD, DEBCAD nº 35.712.425-1, lavrada contra o sujeito passivo já qualificado nos autos, mediante a qual são apuradas contribuições que deixaram de ser retidas, pela notificada, incidentes sobre as notas fiscais/faturas emitidas por empresa que lhe prestou serviço mediante cessão ou empreitada de mão-de-obra, conforme preceitua o art. 31 da Lei nº 8.212, de 24/07/1991.

O crédito em questão reporta-se às competências de 10/2000 a 12/2001 e assume o montante, consolidado em 31/08/2004, de R\$ 1.577.642,76 (um milhão, quinhentos e setenta e sete mil, seiscentos e quarenta e dois reais e setenta e seis centavos).

De acordo com o relatório fiscal, fls. 26/32, a notificada, não comprovou que a empresa prestadora de serviços CAMARGO CORREIA EQUIPAMENTOS E SISTEMAS S/A, fosse registrada no CREA como construtora e nem que a mesma tivesse assumido a responsabilidade direta e total pela obra, por esse motivo deveria ter efetuado a retenção e recolhimento da contribuição previdenciária no percentual de 11% das notas fiscais de prestação de serviço.

O sujeito passivo apresentou impugnação, fls. 40/49, cujas razões não foram acatadas pelo órgão de julgamento da SRP, que declarou procedente o lançamento, fls. 239/245.

Inconformada, a empresa interpôs recurso voluntário, fls. 248/251, no qual transcreve cláusulas dos contratos firmados com a empresa CAMARGO CORREIA EQUIPAMENTOS E SISTEMAS S/A, para comprovar que os mesmos foram executados sob a modalidade de empreitada total,

Afirma que juntou a Certidão de Registro da Pessoa Jurídica, além do estatuto social desta, tudo para comprovar que se trata de empresa que ostenta a condição de construtora.

Conclui que na espécie não pode ser exigida a retenção de contribuições, posto que se trata de hipótese onde se deve aplicar o instituto da responsabilidade solidária.

Embora não haja previsão normativa nesse sentido, a empresa CAMARGO CORREIA EQUIPAMENTOS E SISTEMAS S/A foi cientificada da decisão *a quo* e resolveu também apresentar manifestação, fls. 553/566, no qual afirma que:

a) teve suprimido o seu direito de defesa na primeira instância, por isso é nula a decisão;

b) há nos autos documento comprovando a sua condição de empresa construtora com registro no CREA;

c) outra prova que afasta a aplicação da retenção é que o próprio INSS efetuou a matrícula das obras a tendo como responsável, situação que somente poderia ocorrer com empresa construtora contratada para execução de empreitada global;

d) o lançamento em questão não pode prosperar posto que se trata de duplicidade de cobrança, haja vista que as contribuições relativas à mão-de-obra utilizada nas obras da Eletrobrás foram devidamente adimplidas.

Ao final, pugna pela realização de novo julgamento de primeira instância, o qual deverá considerar seus argumentos, e, se assim não se entender, que seja declarada a nulidade da NFLD.

Em função das alegações apresentadas após a decisão *a quo*, o órgão de julgamento da SRP decidiu determinar a realização de diligência fiscal, modo que a autoridade lançadora pudesse se pronunciar quanto à manutenção do lançamento.

Em sua manifestação, fls. 579/582, o Auditor afirma que, malgrado tenha sido apresentado comprovante de registro da empresa prestadora no CREA, não é possível o enquadramento da mesma como construtora perante a legislação previdenciária.

Transcreve dispositivos normativos que trazem o conceito de empresa construtora, para concluir que somente terá esse enquadramento aquela em que conste como objeto social "indústria de construção civil". Observa que nos documentos acostados, fls. 254 a 256 e 258 a 260, visualiza-se que a empresa CAMARGO CORREIA, embora carregue no bojo de seu objeto social atividades específicas vinculadas à área de construção civil, não apresenta, como exige a norma, a atividade de "indústria da construção civil".

Ressalta ainda que inexistente contrato direto entre a ELETROSUL e a CAMARGO CORREIA, o que de fato se verifica é a contratação de um consórcio formado pelas empresas ABB, SIEMENS e CAMARGO CORREIA.

Os autos seguiram para a Quarta Câmara de Julgamento do CRPS, a qual converteu o julgamento em diligência para que as empresas tomadora e prestadora fossem cientificadas da manifestação fiscal emitida após a decisão de primeira instância.

Ambas as empresas se manifestaram, fls. 599/503 e 610/616, reafirmando as suas alegações quanto à inexigibilidade da retenção em razão do enquadramento da prestadora como empresa construtora e também pelo fato das obras terem sido executadas pelo regime de empreitada total.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Kleber Ferreira de Araújo, Relator

O recurso apresentado pela ELETROBRÁS S/A merece conhecimento, posto que preenche os requisitos de tempestividade e legitimidade, além de que a recorrente juntou guia comprobatória do depósito prévio.

A empresa CAMARGO CORREIA, embora não figurasse inicialmente no pólo passivo da NFLD, por ter sido cientificada da decisão de primeira instância, por ser interessada no deslinde da causa, posto que, em tese, poderia ser acionada em ação regressiva pela contratante, merece ter as suas razões apreciadas. Além de que o próprio CRPS determinou que fosse dada ciência da manifestação fiscal às duas empresas.

Todavia, o pedido da prestadora para que a decisão de primeira instância seja anulada, em razão de não ter sido cientificada da NFLD para que pudesse apresentar sua defesa, deve ser indeferido.

Já está pacificado o entendimento nessa corte administrativa de que não é necessário que se faça prévia auditoria ou mesmo que se cientifique a empresa prestadora do procedimento fiscal para apuração de créditos decorrentes da falta de retenção de contribuições incidentes sobre notas fiscais/faturas de prestação de serviço mediante cessão de mão-de-obra.

Isso decorre diretamente do que estatui o § 5.º do art. 33 da Lei n. 8.212/1991¹, que traz presunção legal de que, havendo a obrigação de reter a contribuição, a responsabilidade perante a Previdência Social pela quitação do tributo não retido desloca-se unicamente para a empresa tomadora dos serviços.

Ultrapassadas essas questões preliminares, passemos a análise de mérito que se resume em verificar a ocorrência de hipótese de obrigatoriedade de retenção para a situação posta à análise.

Alega o fisco que inexistiu contrato firmado diretamente pela empresa CAMARGO CORREIA e a notificada, posto que a contratação da execução da obra foi firmada com um consórcio em que figuraram também as empresas SIEMENS e ABB.

Analisando os autos verifico que a NFLD refere-se a dois contratos a saber:

a) Contrato n. 81210005 – firmado entre a ELETROSUL e o CONSÓRCIO ABB-SIEMENS-CCES, em regime de empreitada integral, para execução da obra de implantação da subestação CAXIAS;

¹ § 5º O desconto de contribuição e de consignação legalmente autorizadas sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa a isso obrigada, não lhe sendo lícito alegar omissão para se eximir do recolhimento, ficando diretamente responsável pela importância que deixou de receber ou arrecadou em desacordo com o disposto nesta Lei.

b) Contrato n. 81200077 – firmado entre a ELETROSUL e a empresa CAMARGO CORREIA EQUIPAMENTOS E SISTEMAS S/A, em regime de empreitada integral, para execução da obra de implantação da subestação LONDRINA.

Verifica-se, assim, que para o contrato listado no item “b” acima, não há o que se falar contratação de consórcio, posto que o ajuste foi firmado diretamente entre a notificada e a empresa CAMARGO CORREIA.

Para o outro contrato, há uma particularidade que nos ajudará na análise da situação. É que cada uma das empresas consorciadas emitiam suas faturas de forma independente e a tomadora dos serviços efetuava a retenção previdenciária sobre aquelas emitidas pelas empresas ABB Ltda e SIEMENS, todavia, não se verificou o mesmo procedimento em relação as faturas originadas da CAMARGO CORREIA.

Embora formalmente houvesse a contratação de um consórcio para execução da obra por empreitada global, o que se observa na realidade é que houve a contratação de três empresas distintas para construção de uma subestação elétrica, inclusive com tratamento tributário distinto entre as mesmas.

A legislação previdenciária prevê a obrigatoriedade de retenção para atividade de construção civil, conforme preconiza o item III do § 2. do art. 219 do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto n. 3.048/1999², todavia, para as obras de construção civil realizadas por empresa construtora sob o regime de empreitada total, foi mantida a sistemática de responsabilidade solidária, nos termos do art. 220, “caput” e § 1., do RPS³

Vê-se, portanto, que no contrato com o consórcio a tomadora dos serviços considerava o contrato ora de empreitada total, quando deixava de reter a contribuição da empresa CAMARGO CORREIA, ora de empreitada parcial, ao efetuar a retenção para as duas outras empresas. Não é admissível que na contratação de um consórcio parte das empresas consorciadas tenha tratamento tributário de sub-empiteira, enquanto para outras venha a se considerar o contrato como de empreitada total.

² Art. 219. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão ou empreitada de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços e recolher a importância retida em nome da empresa contratada, observado o disposto no § 5º do art. 216.

(...)

§ 2º Enquadram-se na situação prevista no caput os seguintes serviços realizados mediante cessão de mão-de-obra:

I - limpeza, conservação e zeladoria;

II - vigilância e segurança;

III - construção civil;

(...)

³ Art. 220. O proprietário, o incorporador definido na Lei nº 4.591, de 1964, o dono da obra ou condômino da unidade imobiliária cuja contratação da construção, reforma ou acréscimo não envolva cessão de mão-de-obra, são solidários com o construtor, e este e aqueles com a subempreiteira, pelo cumprimento das obrigações para com a seguridade social, ressalvado o seu direito regressivo contra o executor ou contratante da obra e admitida a retenção de importância a este devida para garantia do cumprimento dessas obrigações, não se aplicando, em qualquer hipótese, o benefício de ordem.

§ 1º Não se considera cessão de mão-de-obra, para os fins deste artigo, a contratação de construção civil em que a empresa construtora assuma a responsabilidade direta e total pela obra ou repasse o contrato integralmente.

Nesse sentido, entendo que, a despeito de outras discussões que serão travadas mais adiante, como o enquadramento ou não da CAMARGO CORREIA como construtora, eu já posso concluir que para o Contrato n. 81210005 – firmado entre a ELETROSUL e o CONSÓRCIO ABB-SIEMENS-CCES, acertou o fisco quando lançou os valores que deixaram de ser retidos das faturas emitidas pela CAMARGO CORREIA, posto que não há de se considerar o regime de execução da obra como de empreitada integral, haja vista o acima disposto.

Passemos à verificação do outro contrato. Não tenho dúvida, a partir dos termos constantes do instrumento colacionado, que se trata de ajuste para execução de obra de construção civil por empreitada global, qual seja a construção de uma subestação elétrica na cidade de Londrina. O item 3 da cláusula primeira não deixa dúvidas, eis o texto:

A caracterização geral do objeto do EMPREENDIMENTO apresentada nesta Cláusula não limita, de forma alguma, a responsabilidade da CONTRATADA em executar todos os serviços e fornecer todas as instalações, equipamentos, mão-de-obra e materiais requeridos pelos DOCUMENTOS DE CONTRATO, de forma a se obter um perfeito acabamento e desempenho de todo o EMPREENDIMENTO contratado.

Portanto, para que ocorra a inexigibilidade da retenção em relação ao contrato sob referência o requisito faltante é a comprovação de que a empresa prestadora ostenta a condição de construtora.

O agente do fisco entendeu que, nos atos constitutivos da CAMARGO CORREIA inexistiria a atividade de “indústria da construção civil”, por esse motivo não haveria a possibilidade de enquadrá-la, perante a legislação previdenciária, como empresa construtora, o que impossibilitaria a mesma de firmar contrato para execução de obra de construção civil por empreitada global.

Começemos pela transcrição do conceito de empresa construtora constante nas normas previdenciárias, o qual extraio da Instrução Normativa – INSS/DC n. 100/2003⁴, vigente à época do lançamento e que repeti a mesma conceituação de normas pretéritas:

Analisando a Certidão de Registro de Pessoa Jurídica fornecida pelo CREA – Paraná, fls. 254/256, não tenho dúvidas de que se está diante de uma empresa construtora, mormente quando se depara com o objetivo social ali descrito, do qual transcrevo as atividades que nos interessam nesse momento:

(...) os serviços de engenharia e detalhamento de engenharia, decorrentes de sua especialidade, o fornecimento de subestações, incluindo material e mão-de-obra, o fornecimento de linhas de transmissão, incluindo material e mão-de-obra, o fornecimento de sistemas de automação; o fornecimento de

⁴ Art. 427. Considera-se:

(...)

XX - empresa construtora, a pessoa jurídica legalmente constituída, cujo objeto social seja a indústria de construção civil, com registro no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (CREA), na forma do art. 59 da Lei nº 5.194, de 24 de dezembro de 1966;

(...)

sistemas para abastecimento de energia em geral, para os segmentos de geração, transmissão e distribuição, inclusive material e mão-de-obra.

O Anexo XV da citada IN, que apresenta a discriminação de obras e serviços de construção civil no grupo 45 do CNAE é suficiente para esclarecer que dentre há atividades elencadas no objetivo social da empresa CAMARGO CORREIA que se enquadram no conceito de obra de construção civil, senão vejamos:

45.3 OBRAS DE INFRA-ESTRUTURA PARA ENGENHARIA ELÉTRICA E DE TELECOMUNICAÇÕES

45.32-2 Construção de estações e redes de distribuição de energia elétrica)

4532-2/01 Construção de estações e redes de distribuição de energia elétrica (OBRA)

Esta subclasse compreende:

-construção de plantas hidrelétricas nucleares, termoeletricas, inclusive estações e sub-estações;

-construção de linhas de transmissão e distribuição de energia elétrica, inclusive o serviço de eletrificação rural;

-construção de linhas de eletrificação para ferrovias e metropolitano

Portanto, verificando-se que no objetivo social da empresa consta atividades que se enquadram como construção civil, além de que o CREA forneceu autorização para execução de projeto de relativo a essas atividades, não há como se desconsiderar tais evidências, para se basear unicamente numa interpretação literal da norma, que cita genericamente o termo “indústria de construção civil”.

Reconheço, então, que, embora a descrição do objetivo social da empresa prestadora não cite a expressão normativa referida, os elementos constantes nos autos deixam claro que se trata de empresa construtora para fins da legislação previdenciária.

Nesse sentido ao Contrato n. 81200077 – firmado entre a ELETROSUL e a empresa CAMARGO CORREIA EQUIPAMENTOS E SISTEMAS S/A, em regime de empreitada integral, para execução da obra de implantação da subestação LONDRINA, descabe a exigência das contribuições lançadas, posto que ao mesmo deve-se aplicar a sistemática da responsabilidade solidária entre construtor e proprietário.

Vamos às outras questões.

Não se sustenta a alegação recursal de que, se o INSS forneceu a matrícula para as obras em questão considerando a existência de empreitada global, não poderia o fisco desconsiderar tal fato e exigir a retenção. É que o fornecimento da matrícula na maioria dos requerimentos era feita eletronicamente, portanto baseado unicamente na declaração da empresa construtora. Mesmo nos casos de matrícula efetuada nas repartições fiscais, é lógico, que não há como se aferir o cumprimento integral das normas de regência, providência que somente é cumprida em posterior ação fiscal ou quando da regularização da obra.

Por fim, também não acato a alegação de dúplice cobrança das contribuições lançadas, posto que os elementos constantes dos autos não nos permitem chegar a tal

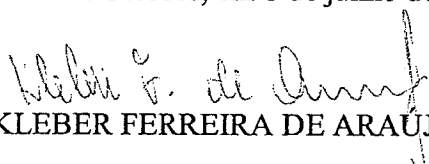
conclusão, uma mera análise das Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social – GFIP e dos recolhimentos efetuados que foram colacionados não são suficientes para que se ateste a regularidade integral das obras de construção civil.

Digo mais, caso houvesse a necessidade de se fiscalizar toda a documentação do prestador de serviço, para, só então se poder notificar a empresa tomadora pela falta de retenção, não haveria sentido em ter se criado essa nova e eficiente sistemática de arrecadação para o setor de prestação de serviço, criando-se ao mesmo tempo barreiras quase que intransponíveis para realização dos créditos decorrentes.

Diante do exposto, voto por afastar preliminar de nulidade da decisão de primeira instância e, no mérito, pelo provimento parcial do recurso para que sejam excluídos os valores originados das faturas relativas ao contrato efetivado entre a notificada e a CAMARGO CORREIA, os quais foram lançados conforme a tabela abaixo:

Competência	Base de cálculo (R\$)
10/2000	189.900,00
12/2000	93.688,85
04/2001	942.943,74
06/2001	2.451.653,73
06/2001	1.320.121,24
06/2001	377.177,50
08/2001	94.294,37

Sala das Sessões, em 8 de junho de 2010


KLEBER FERREIRA DE ARAÚJO - Relator



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
QUARTA CÂMARA - SEGUNDA SEÇÃO

Processo nº: 1516.003551/2007-16

Recurso nº: 147.587

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no parágrafo 3º do artigo 81 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009, intime-se o(a) Senhor(a) Procurador(a) Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto à Quarta Câmara da Segunda Seção, a tomar ciência do Acórdão nº 2401-01.209.

Brasília, 05 de julho de 2010

ELIAS SAMPAIO FREIRE
Presidente da Quarta Câmara

Ciente, com a observação abaixo:

☐ Apenas com Ciência

☐ Com Recurso Especial

☐ Com Embargos de Declaração

Data da ciência: -----/-----/-----

Procurador (a) da Fazenda Nacional