



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

Processo n° 13794.001155/2009-62
Recurso n° 999.999 Voluntário
Acórdão n° 2301-003.892 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 23 de janeiro de 2014
Matéria RETENÇÃO. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA
Recorrente CONCESSIONÁRIA ROTA 116 S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/08/2004 a 31/12/2004

CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA - RETENÇÃO 11%.

A empresa, como contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, fica obrigada a reter e recolher onze por cento sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviço.

SERVIÇOS DE CONSTRUÇÃO CIVIL PRESTADOS MEDIANTE EMPREITADA GLOBAL.

Não é devida a retenção de 11% sobre o valor bruto das notas fiscais de prestação de serviços emitidas por empresas prestadoras de serviços de construção civil por empreitada global. ART. 31 DA LEI Nº 8.212/91.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos: a) em dar parcial provimento ao recurso, a fim de excluir do lançamento as contribuições apuradas no levantamento CO1, nos termos do voto do Relator; b) em negar provimento ao recurso, em relação aos levantamentos CO3 e CO4, nos termos do voto do Relator; c) em negar provimento ao Recurso nas demais alegações da Recorrente, nos termos do voto do(a) Relator(a); II) Por maioria de votos: a) em negar provimento ao recurso, em relação ao levantamento CO2, nos termos do voto da Redatora. Vencidos os Conselheiros Fábio Pallaretti Calcini e Manoel Coelho Arruda Júnior, que votaram em dar provimento ao recurso neste item.

MARCELO OLIVEIRA - Presidente.

MANOEL COELHO ARRUDA JÚNIOR - Relator.

BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS – Redatora Designada

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: MARCELO OLIVEIRA (Presidente), WILSON ANTONIO DE SOUZA CORREA, LUCIANA DE SOUZA ESPINDOLA REIS, BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS, MANOEL COELHO ARRUDA JUNIOR, FABIO PALLARETTI CALCINI e eu, LUIZ TREZZI NETO, Chefe da Secretaria, a fim de ser realizada a presente Sessão Ordinária.

Relatório

O presente lançamento refere-se ao AIOP 37.210.908-0 que, tendo em vista a extinção da Secretaria da Receita Previdenciária do Ministério da Previdência Social e a consequente transferência dos processos administrativo-fiscais para a Secretaria da Receita Federal do Brasil, conforme art. 4º da Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007, recebeu nova numeração, passando a consubstanciar o processo de nº 13764.001155/2009-62.

Trata-se de crédito tributário lançado pela Fiscalização contra o interessado acima identificado relativo à retenção sobre a cessão de mão de obra prevista no art. 31 da lei 8.212/91, instituída pela lei 9.711/98, sobre o valor da mão de obra das notas fiscais emitidas pelo Consórcio Construtor Caminhos da Serra em face da Concessionária Rota 116, para o período de 08/2004 a 12/2004, conforme Relatório fiscal As fls. 56/74 (vol. I).

Ainda conforme o Relatório Fiscal:

Foram verificados, dentre outros documentos, os contratos celebrados entre o contribuinte fiscalizado e diversas empresas prestadoras de serviços, assim como as notas fiscais emitidas por estas, além das respectivas medições de serviços executados, quando existentes.

O principal prestador de serviços para a Concessionária, tanto em termos de volume de atividades quanto de valores recebidos é o Consórcio Construtor Caminhos da Serra (CCCS), decorrendo desta relação contratual o crédito previdenciário constituído.

A análise dos contratos entre aquelas duas empresas, conjuntamente com as respectivas medições de serviços e notas fiscais emitidas, permitiu avaliar as condições sob as quais os contratos foram cumpridos. Foram anexados pela fiscalização cópias dos referidos contratos, aditivos, medições e notas fiscais as fls. 81/330 (vol I, II).

Todas as notas fiscais relacionadas aos contratos firmados com o CCCS tem em sua descrição a discriminação de valores de mão de obra e equipamentos sem, contudo, haver esta separação também por serviços distintos quando fazem parte da mesma nota fiscal. Não foram feitos os destaques da retenção dos 11% aplicáveis na forma da legislação por entender a empresa que o referido contrato se deu por empreitada total, o que tornaria a retenção opcional e não obrigatória. Houve uma única exceção referente A nota fiscal 285, que apesar da falta de destaque, houve a retenção dos 11% e o recolhimento devido por parte do tomador.

O autuado foi cientificado por AR em 19/06/2009, fls. 331, apresentando a defesa conforme fls. 334/342. Anexa os seguintes documentos: para comprovar capacidade postulatória, GPSs, notas fiscais e GFIPs, fls. 343/789 (vol IV). Alega o autuado, em síntese [fls. 800 e ss]:

[...] A fiscalização desconsiderou a empreitada por preço global enquadrando-a como cessão de mão de obra, pelo fato do objeto do contrato ser bastante amplo, além dos serviços realizados serem de natureza contínua e imprevisíveis.

4.1.2. Alega que o fator imprevisibilidade em relação ao momento da realização da obra não afasta o enquadramento do contrato como de empreitada por preço global, visto que os valores e serviços já estão pré determinados.

4.1.3. O completo conhecimento do objeto licitado somente é possível quando se tratar de obras novas pois em reformas ou serviços de manutenção, a imprevisibilidade é uma constante, visto que, por mais profundo que seja o levantamento do estado atual do objeto, novas interferências tendem a surpreender o profissional no decorrer da execução do serviço, necessitando muitas vezes ampliações, complementações ou adaptações, o que não afasta o contrato de empreitada por preço global.

4.1.4. O contrato de empreitada por preço global é o contrato compatível com o tipo de obra ou serviço.

4.1.5. Entende não ser aplicável o conceito de cessão de mão de obra ao contrato firmado na forma descrita na IN 100.

4.1.6. Por ser empreitada total a retenção é opcional e não obrigatória.

4.2. Da ilegalidade da retenção de 11% sobre o faturamento das empresas contratadas mediante empreitada por prep global
4.2.1. Nos valores constantes nas notas fiscais referentes aos serviços prestados não foram retidos os 11% do INSS diante da ausência de previsão legal. Cita o artigo 31 da Lei 8.212/91 na redação da lei 9.129/95.

4.2.2. Existe uma exceção ao disposto na lei 8.212/91 no que concerne retenção de 11% pela tomadora de serviços nos contratos de empreitada por preço global, citando julgado a respeito.

4.2.3. A empreitada por preço global é aquela em que se ajusta a execução através de preço certo, embora reajustável, previamente estabelecido para a totalidade da obra, sendo que não se caracteriza este tipo de contrato por cessão de mão de obra, pois neste caso a construtora contratada assume a responsabilidade direta e total da obra.

4.2.4. A imprevisibilidade do momento em que ocorrerá o determinado tipo de serviço não descaracteriza a natureza de empreitada por preço global, visto que os valores e serviços já foram previamente determinados.

4.2.5. Esta matéria já está pacificada nos tribunais e no presente caso está caracterizada a inexistência de cessão de mão de obra, coadunando-se com a decisão do referido acórdão.

4.2.6. A impugnante não efetuou a retenção dos 11%, pagando integralmente a nota fiscal, sendo certo que o CCCS recolheu as

contribuições previdenciárias devidas, como demonstram os documentos anexos.

4.2.7. A legislação previdenciária determina que na contratação d- obra de construção civil mediante empreitada total ha duas formas para o tomador se elidir da responsabilidade solidária pelo recolhimento das contribuições previdenciárias pelo prestador, conforme prevê a IN 03 de 14/07/2005:

a) mediante a comprovação documental pelo prestador dos recolhimentos das contribuições previdenciárias (art. 190)

b) através da retenção de INSS sobre as faturas ou notas fiscais emitidas pelo prestador, complementada pela obtenção junto ao prestador da documentação comprobatória do gerenciamento dos riscos ocupacionais (art. 191)

4.2.8. Conclui-se portanto que a retenção de 11% é uma faculdade conferida pela legislação previdenciária ao contratante dos serviços de construção civil por empreitada total que pode substituir a exigência das comprovações e documentos acima mencionados para fins de elisão da responsabilidade solidaria. Assim, é ilegal a exigência do INSS de retenção dos 11% pelo impugnante.

Em 25 de fevereiro de 2010, a 15ª Turma da DRJ/RJ1 prolatou acórdão que julgou procedente o auto de infração lavrado [fls. 797 e ss]:

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2004 CESSÃO DE
MÃO DE OBRA. RETENÇÃO DE 11%. OBRIGAÇÃO LEGAL
IMPOSTA AO TOMADOR DOS SERVIÇOS.*

A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher no mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente da mão-de-obra.

O desconto de contribuição e de consignação legalmente autorizadas sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa a isso obrigada, não lhe sendo licito alegar omissão para se eximir do recolhimento, ficando diretamente responsável pela importância que deixou de receber ou arrecadou em desacordo com o disposto na lei 8.212/91.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

No dia **16/03/2010**, o Sujeito Passivo foi cientificado do Acórdão n. 12-28.814 [fls. 823], tendo interposto recurso voluntário, em **15/10/2010** [fls. 825 e ss]. Em suma, a Recorrente repisou os argumentos dispostos na impugnação.

Por força de ordem judicial que determinou o julgamento do feito administrativo no prazo de 30 [trinta] dias, o processo foi incluído na pauta de julgamento de janeiro de 2014.

É o relatório.

CÓPIA

Voto Vencido

Conselheiro Manoel Coelho Arruda Júnior - Relator

Preenchido o requisito extrínseco da tempestividade, conheço do recurso interposto e passo ao exame das matérias suscitadas pela Recorrente.

I EMPREITADA POR PREÇO GLOBAL E A RETENÇÃO DE 11%

Como dito no relatório, trata-se de crédito tributário lançado pela Fiscalização contra o interessado acima identificado relativo à retenção sobre a cessão de mão de obra prevista no art. 31 da lei 8.212/91, instituída pela lei 9.711/98, sobre o valor da mão de obra das notas fiscais emitidas pelo Consórcio Construtor Caminhos da Serra em face da Concessionária Rota 116, para o período de 08/2004 a 12/2004, conforme Relatório fiscal As fls. 56/74 (vol. I).

Ainda conforme o Relatório Fiscal:

Foram verificados, dentre outros documentos, os contratos celebrados entre o contribuinte fiscalizado e diversas empresas prestadoras de serviços, assim como as notas fiscais emitidas por estas, além das respectivas medições de serviços executados, quando existentes.

O principal prestador de serviços para a Concessionária, tanto em termos de volume de atividades quanto de valores recebidos é o Consórcio Construtor Caminhos da Serra (CCCS), decorrendo desta relação contratual o crédito previdenciário constituído.

A análise dos contratos entre aquelas duas empresas, conjuntamente com as respectivas medições de serviços e notas fiscais emitidas, permitiu avaliar as condições sob as quais os contratos foram cumpridos. Foram anexados pela fiscalização cópias dos referidos contratos, aditivos, medições e notas fiscais as fls. 81/330 (vol I, II).

Todas as notas fiscais relacionadas aos contratos firmados com o CCCS tem em sua descrição a discriminação de valores de mão de obra e equipamentos sem, contudo, haver esta separação também por serviços distintos quando fazem parte da mesma nota fiscal. Não foram feitos os destaques da retenção dos 11% aplicáveis na forma da legislação por entender a empresa que o referido contrato se deu por empreitada total, o que tornaria a retenção opcional e não obrigatória. Houve uma única exceção referente A nota fiscal 285, que apesar da falta de destaque, houve a retenção dos 11% e o recolhimento devido por parte do tomador.

A acusação fiscal afirma, ainda, que [fls. 64]:

[...] Verifica-se que o OBJETO do contrato é bastante amplo, englobando desde prestação de serviços diversos, como os descritos em e), f) e g) por exemplo, ate a execução de projetos, de obras "definidas" (praga de pedágio, postos da PRE, por exemplo) e obras "genéricas" (estruturas de contenção que forem necessárias) e outras atividades.

O conceito aplicado acima para as obras tratando-as como "definidas" e "genéricas" refere-se ao grau de clareza na identificação precisa do que se quer construir e o seu resultado desejado.

Desta forma, a construção das praças de pedágio pode ser considerada como uma obra definida por se explicitar de forma bastante transparente o objetivo no momento de sua contratação.

*De modo contrario, executar "obras de contenção **que forem necessárias**" sugere uma atividade de natureza contínua e de prazo, número, proporções e localização indeterminadas.*

Tal critério é importante quando se leva em conta as definições sobre o que são a empreitada e a cessão de mão de obra, já apresentadas no item 11 e destacadas abaixo no texto da IN 100: (grifos da fiscalização)

Delineada a acusação, importante apresentar o conceito de empreitada por preço global e cotejar esse com o objeto dos contratos que arrimaram o auto de infração.

I.1 Empreitada global

A Lei de Licitações define no artigo abaixo transcrito, os regimes de execução:

Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993

“Art. 6º VIII - execução indireta - a que o órgão ou entidade contrata com terceiros sob qualquer dos seguintes regimes:

a) empreitada por preço global - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total;

b) empreitada por preço unitário - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas;

c) (Vetado)

d) tarefa - quando se ajusta mão-de-obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais;

e) empreitada integral - quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e

operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada;”

Entende-se como empreitada, quando o contratado executará a prestação da obra ou serviço de engenharia, compreendendo o fornecimento do material e as despesas necessárias ao cumprimento da prestação, cabendo ao contratante a remuneração das despesas decorrentes e o lucro auferido pelo contratado.

O regime de execução disciplina a forma de apuração do valor a ser pago à contratada pela prestação do serviço, gerando modalidades de empreitada, diretamente influenciadas pelo critério para apuração do valor da remuneração devida da contratante à contratada. Quando na modalidade de empreitada por preço global, o contrato definirá o valor devido ao particular tendo em vista a prestação de todo o serviço e quando na modalidade de empreitada por preço unitário o valor será fixado pelas unidades executadas.

Na categoria de contrato de obras e serviços, a Lei de Licitações admite a empreitada por preço global, a empreitada por preço unitário, a tarefa e a empreitada integral, conforme determina o artigo abaixo transcrito:

“Art. 10 - As obras e serviços poderão ser executadas nas seguintes formas:

I - execução direta;

II - execução indireta, nos seguintes regimes:

a) empreitada por preço global;

b) empreitada por preço unitário;

c) (Vetado)

d) tarefa;

e) empreitada integral.”

Para o Tribunal de Contas da União, a empreitada por preço global é utilizada quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total. Seu uso se verifica, geralmente, em contratações de objetos mais comuns, quando os quantitativos de materiais empregados são pouco sujeitos a alterações durante a execução da obra ou da prestação dos serviços e podem ser aferidos mais facilmente.¹

Ou seja a empresa contratada receberá o valor certo e total para execução de toda a obra. Será responsável pelos quantitativos e o valor total só será alterado se houver modificações de projetos ou das condições pré-estabelecidas para execução da obra, sendo as medições feitas por etapas dos serviços concluídos. O pagamento, no entanto, poderá ser efetuado parceladamente, nas datas prefixadas, na conclusão da obra ou de cada etapa, conforme ajustado entre as partes. É comum nos contratos de empreitada por preço global a exigência da especificação de preços unitários, tendo em vista a obrigação da empresa

contratada de aceitar acréscimos ou supressões nos quantitativos dentro dos limites legais (1º, Art. 65).

Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 “Art. 65 - § 1º - O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.”

Os regimes de empreitada diferenciam-se basicamente pela forma de pagamento, pois, enquanto que na empreitada por preço unitário os pagamentos são decorrentes de medições das unidades executadas de serviços contratados, pagas pelos respectivos preços unitários, na empreitada por preço global, os pagamentos são feitos obedecendo-se o cronograma físico-financeiro, consolidados pelas devidas medições, para os itens efetivamente entregues ou executados.

A empreitada por preço global deve ser adotada quando for possível definir previamente no projeto, com boa margem de precisão, as quantidades dos serviços a serem executados; enquanto que a empreitada por preço unitário deve ser preferida para objetos que, por sua natureza, não permitam a precisa indicação dos quantitativos orçamentários. Nas empreitadas por preço global, os editais devem especificar, de forma objetiva, as regras para as medições, a exemplo de pagamentos após cada etapa concluída do empreendimento ou de acordo com o cronograma físico-financeiro da obra, em atendimento ao que dispõe o art. 40, inciso XIV, da Lei 8.666/93. **Logo, deve existir ampla fundamentação e demonstração da escolha do regime de execução, pelos Gestores Públicos.**

Assim, por tratarem-se de contratos públicos, regidos por legislação específica, decorrentes de processo licitatório válido e legítimo, qualquer pretensão de descaracterizar o regime de execução desse contrato público deverá, necessariamente, atacar os fundamentos de validade do próprio certame.

Por fim, é sabido que nos casos de serviços de construção civil por empreitada global, não se aplica a retenção, nos termos do contido no art. 185, inc. II, da IN INSS/DC nº 100/2003, vigente à época dos fatos geradores, *in verbis*:

Lei n. 8.212/91

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

INSS/DC nº 100/2003

“Art. 185. Não se aplica o instituto da retenção: (...)

II a empreitada total, quando a empresa construtora assume a responsabilidade direta e total por obra de construção civil ou repasse o contrato integralmente a outra construtora, aplicando-

se, neste caso, o instituto da solidariedade, conforme disposições previstas da Seção III do Capítulo X deste Título.”

“Art. 427. Considera-se:

(...)

XX empresa construtora, a pessoa jurídica legalmente constituída, cujo objeto social seja a indústria de construção civil, com registro no CREA, na forma do art. 59 da Lei nº5.194, de 1966; (...)

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

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

Feitos esses apontamentos, deverão ser analisados os contratos de forma pontual.

Levantamento CO1 (item 13.1):

"Contrato de Empreitada por Preço Global para a recuperação e ampliação das Rodovias RJ- 104, RJ-116, RJ-160, RJ-164 e RJ-166, recuperação de 1,7Km da RJ-104, 138,60Km da RJ-116, 4,6Km da RJ-160, 6,00Km da RJ-164 e 12,90Km da RJ-166 e implantação das praças de pedágio."

Contrato assinado em 14/02/2001, com aditivos posteriores, tendo por OBJETO a execução dos serviços, nas rodovias acima citadas, previstos no Edital de Licitação CN 001/99 DER-RJ conforme relacionados no item 1.2 do mesmo.

Cinge-se a acusação fiscal aos seguintes argumentos [fl. 64]:

Verifica-se que o OBJETO do contrato é bastante amplo, englobando desde prestação de serviços diversos, como os descritos em e), 0 e 0 por exemplo, até a execução de projetos, de obras "definidas" (praga de pedágio, postos da PRE, por exemplo) e obras "genéricas" (estruturas de contenção que forem necessárias) e outras atividades.

O conceito aplicado acima para as obras tratando-as como "definidas" e "genéricas" refere-se ao grau de clareza na identificação precisa do que se quer construir e o seu resultado desejado.

Desta forma, a construção das praças de pedágio pode ser considerada como uma obra definida por se explicitar de forma

bastante transparente o objetivo no momento de sua contratação.

*De modo contrario, executar "obras de contenção **que forem necessárias**" sugere uma atividade de natureza contínua e de prazo, número, proporções e localização indeterminadas.*

Realizando-se o cotejo, não vislumbro que os argumentos da fiscalização tenham o condão de afastar os fundamentos para a contratação por empreitada por preço global.

Levantamento CO2 (item 13.2):

"Contrato de Empreitada por Preço Global para conservação e manutenção das Rodovias RJ- 104 e RJ-116 que fazem entre si, de um lado como CONTRATANTE Concessionária ROTA 116 e de outro, como CONTRATADO Consórcio Construtor Caminhos da Serra."

Contrato firmado em 21/09/2001, com aditivos posteriores, tendo por OBJETO, na forma de sua cláusula primeira "a execução dos serviços de conservação e manutenção, incluindo roçada, capina, limpeza e desobstrução dos elementos das Rodovias RJ-104 do Km 0 ao Km 1,7 e RJ-116 do Km 0 ao Km 38,6, compreendendo seus trevos, pavimento, obras de arte especiais, obras de arte correntes, drenagem 'superficial, acessos, refúgios, intercessões, acostamentos, áreas lindeiras, sinalização (pinturas, placas, pórticos e taxas), dispositivos de segurança do tráfego (defensas) e demais componentes do corpo estradal, além de manutenção corretiva e preventiva predial e dos elementos de contenção de taludes, ao longo dos seus 140,3 Km, conforme previsão do Edital 001/99."

Realizando-se o cotejo, não vislumbro que os argumentos da fiscalização tenham o condão de afastar os fundamentos para a contratação por empreitada por preço global.

Levantamento CO3 (item 13.3):

"Contrato de Prestação de Serviços para atendimento a incidentes nas Rodovias RJ-104 e RJ-116 que fazem entre si, de um lado como CONTRATANTE Concessionária ROTA 116 e de outro, como CONTRATADO Consórcio Construtor Caminhos da Serra."

Contrato celebrado em 01/10/2002, com aditivos posteriores, tendo por OBJETO, em sua cláusula primeira "o atendimento em casos de incidentes das Rodovias RJ-104 do Km 0 ao Km 1,7 e RJ-116 do Km 0 ao Km 138,6, mantendo equipe e equipamentos nas 24 horas do dia, nos 365 dias do ano, conforme previsão do Edital 001 199."

Os valores de mão de obra e equipamentos foram discriminados em contrato e constam nas notas fiscais respectivas. Relativamente aos serviços prestados, ainda que não explicitamente definidos no contrato, mas que, em última instância, foram prestados sempre visando atender aos usuários, a análise das medições e notas fiscais relacionadas permitiu verificar a relação principal dos mesmos, conforme descrição sumária nos relatórios de medição e corroborada pelas notas fiscais:

"Atendimento a incêndio, deslizamento de terra, derramamento de carga, remoção de animais, entre outros, visando à limpeza de emergência das pistas."

Em relação ao referido contrato, entendo que a acusação fiscal demonstrou a perfeita subsunção do fato à norma [art. 31, Lei n. 8212/91]. Ressalte-se, inclusive, que houve retenção do valor constante da Nota Fiscal n. 285.

Levantamento CO4 (item 13.4):

"Contratos de Prestação de Serviços que, entre si fazem, de um lado como CONTRATANTE, Concessionária ROTA 116 e, de outro como CONTRATADA Consórcio Construtor Caminhos da Serra."

Este subitem comporta um conjunto de quatro contratos, assinados em 01/01/2004, e aditivos posteriores, tendo por OBJETO consolidado a prestação de serviços de atendimento a usuários, 24 horas, 'com fornecimento de mão de obra, equipamentos e veículos do tipo Guincho Pesado com torre e lança, Ambulância e Caminhão Pipa nas bases I, em Cachoeiras de Macacu e III, em Duas Barras.

Todas as notas fiscais relacionadas aos contratos firmados com o CCCS tem em sua descrição, a discriminação de valores de mão de obra e equipamentos, sem, contudo, haver esta separação também por serviços distintos quando fazem parte da mesma nota fiscal. Não foram feitos os destaques da retenção dos 11% aplicáveis na forma da legislação e após intimação para esclarecimentos sobre a falta da referida retenção, a empresa apresentou termo assinado por seu superintendente, admitindo não realizá-la por entender que o contrato com o CCCS se deu por empreitada total, o que tornaria a retenção opcional não obrigatória.

A única exceção, diz respeito à nota fiscal no. 285, relacionada ao contrato citado em 13.4, em que, apesar da falta de destaque, houve a retenção dos 11% e o recolhimento devido, por parte do tomador, confirmados na contabilidade e pela GPS apresentada.

Em relação ao referido contrato, entendo que a acusação fiscal demonstrou a perfeita subsunção do fato à norma [art. 31, Lei n. 8212/91]. Ressalte-se, inclusive, que houve retenção do valor constante da Nota Fiscal n. 285.

II CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto por DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso voluntário interposto, para que sejam afastados do lançamento os levantamentos CO1 e CO2, do relatório fiscal [fl. 71].

É como voto.

Manoel Coelho Arruda Júnior - Relator

Voto Vencedor

Conselheira Bernadete de Oliveira Barros – Redatora Designada.

Permito-me divergir do entendimento do Conselheiro Relator, pelas razões a seguir expostas

O Relator vota por excluir do lançamento o levantamento CO2, por entender que os argumentos da fiscalização não teriam o condão de afastar os fundamentos para a contratação por empreitada por preço global.

Ocorre que, conforme bem observado pelo Relator em seu voto, nos casos de serviços de construção civil por empreitada global, não se aplica a retenção, nos termos do contido no art. 185, inc. II, da IN INSS/DC nº 100/2003, vigente à época dos fatos geradores, *in verbis*:

Lei n. 8.212/91

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

INSS/DC nº 100/2003

“Art. 185. Não se aplica o instituto da retenção: (...)

II a empreitada total, quando a empresa construtora assume a responsabilidade direta e total por obra de construção civil ou repasse o contrato integralmente a outra construtora, aplicando-se, neste caso, o instituto da solidariedade, conforme disposições previstas da Seção III do Capítulo X deste Título.”

“Art. 427. Considera-se:

(...)

XX empresa construtora, a pessoa jurídica legalmente constituída, cujo objeto social seja a indústria de construção civil, com registro no CREA, na forma do art. 59 da Lei nº5.194, de 1966; (...)

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

a) total, quando celebrado exclusivamente com empresa construtora, definida no inciso XX, que assume a

responsabilidade direta pela execução de todos os serviços

necessários à realização da obra, compreendidos em todos os projetos a ela inerentes, com ou sem fornecimento de material;”

Portanto, conforme normativos vigentes à época, nos casos de empreitada total na construção civil, a retenção é facultativa e não obrigatória, podendo ser utilizada para elidir a responsabilidade solidária.

Nos casos de construção civil com empreitada parcial, entendo que a retenção é obrigatória, com ou sem cessão de mão-de-obra.

Contudo, para a empreitada total na construção civil, entendo que cabe apenas a responsabilidade solidária, nos termos do art. 30, VI, da Lei 8.212/91.

O conceito de empreitada total trazida na IN 100, transcrito acima, é o contrato celebrado **exclusivamente** com empresa construtora que assume a responsabilidade direta pela obra, incluindo todos os serviços a ela inerentes, desde todos os projetos, com ou sem fornecimento de material.

Considera-se também empreitada total o repasse integral do contrato, desde que na transferência seja mantida as mesmas características do contrato original, principalmente o preço e o objeto.

O art. 185, da citada instrução normativa, dispõe que **não** está sujeita à retenção a empreitada total, quando a empresa construtora assume a responsabilidade direta e total por obra de construção civil.

O mesmo normativo legal determina, no art. 32, que, na contratação de empreitada total, a matrícula da obra será de responsabilidade da contratada.

Não restou comprovado, nos autos, que o objeto do levantamento CO2 trata-se de empreitada total na construção civil, pois não consta número de matrícula CEI para a suposta obra objeto do contrato, de responsabilidade da contratada

Da leitura do contrato de prestação de serviços (fls. 209), verifica-se que seu objeto é a execução de serviços de conservação e manutenção, incluindo roçada, capina, limpeza e desobstrução dos elementos das rodovias ali indicadas.

A alínea “e”, da cláusula oitava, do referido contrato, estabelece que é obrigação da contratada fornecer mão de obra direta e indireta e, consta do Parágrafo Quarto (fls. 217), que a contratante poderá determinar a retirada de pessoas contratadas para a execução dos trabalhos que entender despreparadas para a execução dos mesmos, ou mesmo que a presença seja considerada indesejável pela contratante.

Portanto, conclui-se que trata de serviços prestados com cessão de mão de obra, e não serviço de construção civil por empreitada global, devendo, portanto, sofrer a retenção de que trata o art. 31, da Lei 8.212/91.

Nesse sentido,

VOTO por manter o levantamento CO2 no lançamento.

CÓPIA