



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15504.001255/2009-32
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2401-009.602 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 09 de junho de 2021
Recorrente EMPRESA DE INFORMATICA E INFORMACAO DO MUNICIPIO DE BH S/A
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. CONSTRUÇÃO CIVIL. RETENÇÃO DE 11%.

A prestação de serviços na área de construção civil seja por cessão de mão-de-obra, seja por empreitada, está sujeita a retenção de 11% (onze por cento) de acordo com o artigo 31 da Lei 8212/91, na redação dada pela Lei 9.711/98.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(documento assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier – Presidente

(documento assinado digitalmente)

Rayd Santana Ferreira – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: José Luis Hentsch Benjamin Pinheiro, Matheus Soares Leite, Rodrigo Lopes Araújo, Rayd Santana Ferreira, Andréa Viana Arrais Egypto e Miriam Denise Xavier.

Relatório

EMPRESA DE INFORMATICA E INFORMACAO DO MUNICIPIO DE BH S/A, contribuinte, pessoa jurídica de direito privado, já qualificada nos autos do processo em referência, recorre a este Conselho da decisão da 9ª Turma da DRJ em Belo Horizonte/MG, Acórdão nº 02-25.642/2010, às e-fls. 928/935, que julgou procedente o lançamentos fiscal, referente às contribuições sociais correspondentes aos valores não retidos (onze por cento) sobre os serviços que lhe foram prestados pelas empresas, em relação ao período de 01/2004 a

12/2004, conforme Relatório Fiscal, às e-fls. 18/20, consubstanciados no DEBCAD n.º 37.128.694-8.

Segundo consta do relatório fiscal, constitui-se de contribuições correspondentes aos valores não retidos (onze por cento) pela contribuinte sobre os serviços de engenharia de rede e instalação de pontos de rede lógico-elétricos (construção civil) que lhe foram prestados pelas empresas Componente Eletrônica Ltda, no período de 01/2004 a 12/2004 e Cobra Tecnologia S/A, na competência 11/2004 (NF 063961).

Informa a autoridade lançadora que para a apuração do débito foram examinadas as notas fiscais emitidas pelas empresas contratadas, registradas na contabilidade da contribuinte, bem como os contratos de prestação de serviços. Ressalta que o destaque da retenção passou a ser feito nas notas fiscais dos serviços apenas a partir de maio de 2005.

Explicita, também, que a contribuinte passou a reter e recolher os 11 % da contratada Componente Eletrônica Ltda a partir de 01/2005 e, em relação à empresa Cobra Tecnologia S/A, as retenções foram realizadas e recolhidas no ano de 2004, à exceção do mês 11/2004, no tocante à nota fiscal n.º 063961.

A contribuinte, regularmente intimada, apresentou impugnação, requerendo a procedência do seu pedido.

Por sua vez, a Delegacia Regional de Julgamento em Belo Horizonte/MG entendeu por bem julgar procedente o lançamento, conforme relato acima.

Regularmente intimada e inconformada com a Decisão recorrida, a autuada, apresentou Recurso Voluntário, às e-fls. 271/285, procurando demonstrar sua improcedência, desenvolvendo em síntese as seguintes razões:

Após breve relato das fases processuais, bem como dos fatos que permeiam o lançamento, repisa às alegações da impugnação, motivo pelo qual adoto o relatório da decisão de piso, senão vejamos:

Que as notas fiscais examinadas são decorrentes de serviços de engenharia de rede, com fornecimento de equipamentos e material para instalação de rede elétrica e lógica em órgãos da administração pública municipal, contratados por meio de processo licitatório, sendo o regime de execução a empreitada por preço global.

Aduz que, em razão disso, entendia à época, que o contrato não vislumbrava empreitada de mão de obra e muito menos cessão de mão de obra e, sim, empreitada global, devendo, a seu ver, prevalecer o instituto da responsabilidade solidária.

Informa que não reteve e nem recolheu as contribuições previdenciárias, mas exigiu das empresas contratadas os comprovantes de recolhimentos, anexados à peça defensiva, como meio de demonstrar que os valores devidos ao Fisco foram recolhidos.

Transcreve o artigo 31 da Lei n.º 8.212, de 1991, e os artigos 216 e 219 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Dec. 3.048, de 1999, enfatizando que os contratos celebrados visavam o serviço final e não a mão de obra para a realização deste.

Salienta que o Regulamento discorre sobre a empreitada de mão de obra e não sobre serviço de construção civil por empreitada, disposto no Código Civil.

Ressalta que a Ordem de Serviço (OS) n.º 209, editada pelo INSS em 20 de maio de 1999, veio para esclarecer dúvidas surgidas com a mudança trazida pela Lei n.º 9.711/98, e disciplinou que, nos contratos de construção civil por empreitada total, prevalecia o instituto da responsabilidade solidária, podendo esta ser elidida com a retenção prévia sobre as notas fiscais de faturamento. Reproduz diversos artigos da referida OS.

Discorre que adotou o conceito de empreitada por preço global estabelecido na Lei n.º 8.666/93 para definir, nos casos destes autos, a incidência ou não da retenção fiscal sobre os contratos celebrados. Afirma que seu entendimento foi reforçado pela previsão contida no artigo 173 da Constituição Federal, que dispõe sobre a responsabilidade solidária das empresas públicas com a empresa construtora contratada por empreitada total.

Alega que, dessa forma, diante de vários conceitos sobre a empreitada na construção civil, não fez a retenção, mas exigiu a cópia dos recolhimentos realizados pelas contratadas quanto às obrigações tributárias, entendendo que, na situação, estória vigente a responsabilidade solidária.

Aduz, por cautela, caso o entendimento da Receita seja pela procedência do feito fiscal, que ele seja desconstituído tendo em vista os documentos anexados, demonstrando que as empresas contratadas recolheram as contribuições devidas, não havendo base legal para nova cobrança de tais tributos, sob pena de incorrer em verdadeira bitributação.

Colaciona jurisprudência, onde a retenção é considerada uma sistemática de arrecadação e não nova contribuição.

Assevera que, se não houve descumprimento da responsabilidade de recolher os tributos por parte das empresas contratadas, não há como transferir para a Impugnante " a obrigação de recolher o que já está pago, incorrendo em pena, inclusive de excesso de exação, até porque, não existe, para as tomadoras de serviços, a figura da compensação. "

Por fim, requer o conhecimento e provimento do seu recurso, para desconsiderar o Auto de Infração, tornando-o sem efeito e, no mérito, sua absoluta improcedência.

Não houve apresentação de contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rayd Santana Ferreira, Relator.

Presente o pressuposto de admissibilidade, por ser tempestivo, conheço do recurso e passo ao exame das alegações recursais.

DA RETENÇÃO

Versam os autos sobre valores não retidos pela empresa fiscalizada e, por conseguinte, não recolhidos à Seguridade Social, equivalentes a 11 % da remuneração de serviços que lhe foram prestados mediante cessão de mão de obra ou empreitada, no ano de 2004.

A retenção e o recolhimento de 11 % sobre o valor de serviços contidos em Notas Fiscais, Faturas ou Recibos é exigível da empresa tomadora desses serviços desde a competência 02/1999, quando entraram em vigor as alterações introduzidas pela Lei n.º 9.711, de 20/11/1998, no art. 31 da Lei n.º 8.212/1991.

Com as alterações citadas, a retenção, dotada de natureza jurídica de substituição tributária, consubstancia-se no procedimento por meio do qual a empresa tomadora dos serviços retém 11% (onze por cento) e recolhe as importâncias retidas em nome da empresa prestadora contratada até o dia do vencimento, no mês seguinte ao da emissão da Nota Fiscal, Fatura ou Recibo.

O valor da retenção destacado na NF/FAT/REC é compensado pela prestadora contratada quando do recolhimento das contribuições previdenciárias calculadas sobre a sua folha de pagamento, sendo-lhe facultado o direito de pedir a restituição.

No caso dos presentes autos os serviços prestados pertencem à área de construção civil. Argumenta a contribuinte que em razão disso e também de terem sido contratados pelo regime de empreitada pelo preço global, entendeu imperar o instituto da responsabilidade solidária e, assim, deixou de reter as importâncias ora exigidas.

Sem razão a recorrente!

Isto porque a legislação tributária é clara ao dispor que, na construção civil, observados os conceitos e a classificação existentes, aplica-se a retenção de 11 %, em caráter obrigatório, à contratação de serviços e de obra por empreitada. Neste sentido versa o artigo 31 da Lei n.º 8.212/91, *in verbis*:

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.

O Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto n.º 3.048/99, estabelece:

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.

§1º Exclusivamente para os fins deste Regulamento, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade fim da empresa, independentemente da natureza e da forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário na forma da Lei n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, entre outros.

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

[...]

III -construção civil;

[...]

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

[...]

Conforme depreende-se da legislação encimada, no caso de construção civil, a retenção é sempre devida, independentemente se o serviço foi contratado mediante cessão de mão de obra ou empreitada parcial.

Com isso, em que pese a previsão legal, a norma manteve a contratação de serviços de engenharia mediante contrato de **empreitada total/global**, em tese, de fora da sobredita sistemática.

Para melhor elucidar a questão, ainda vale salientar o conceito adotado pela legislação previdenciária, no que tange à contratação por empreitada total.

Disponha o artigo 427, inciso XXVIII, alínea "a", da Instrução Normativa INSS/DC n.º 100, de 18 de dezembro de 2003, vigente à época dos fatos geradores que o contrato por empreitada total era aquele celebrado **exclusivamente com empresa construtora**, sendo esta 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 n.º 5.194, de 24 de dezembro de 1966.

No mesmo sentido dispõe a Ordem de Serviço DAF n.º 209, de 20 de maio de 1999, invocada pela própria recorrente, senão vejamos:

4. CONTRATO POR EMPREITADA NA CONSTRUÇÃO CIVIL, para fins deste ato, é aquele celebrado por empresas proprietárias, donas de obra ou incorporadoras, com empresa 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**.

(grifamos)

Disponha o artigo 427, inciso XXVIII, alínea "a", da Instrução Normativa INSS/DC n.º 100, de 18 de dezembro de 2003, vigente à época dos fatos geradores que o contrato por empreitada total era aquele celebrado exclusivamente com empresa construtora, sendo esta 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 n.º 5.194, de 24 de dezembro de 1966.

Sendo assim, **não sendo** a Componente Eletrônica Ltda e a Cobra Tecnologia S/A **empresas construtoras**, não haveria que se cogitar de contratação por empreitada total e, por conseguinte, da aplicação da responsabilidade solidária.

Ademais, apenas por amor ao debate, s.m.j., não foram apresentados os contratos específicos, apenas modelo. Da mesma sorte, aquele apresentado não detém características a autorizar concluir pelo regime de empreitada global.

Não sendo o bastante, a partir de 01/01/2004, a PRODABEL passou a reter e recolher o INSS (11%) devido sobre as notas fiscais emitidas pela empresa Cobra Tecnologia S/A, embora, nas notas fiscais não havia o registro dos destaques dos valores de retenção. Exceção para a NFF 063961, de 03/11/2004, que também não houve destaque do valor a ser retido e também não houve a retenção pelo Tomador (PRODABEL). Já para os serviços prestados pela empresa Componente Eletrônica Ltda., as retenções somente foram realizadas e recolhidas a partir de 01/01/2005, o que reforça a tese aqui defendida.

DO BIS IN IDEM

Pleiteia a recorrente que sejam aproveitados os recolhimentos feitos pelas prestadoras dos serviços, sob pena de ocorrer a bitributação.

Em relação ao tema, uma vez que a contribuinte simplesmente repisa as alegações da defesa inaugural, peço vênia para transcrever excertos da decisão recorrida e adotá-los como razões de decidir, por muito bem analisar as alegações suscitadas pela autuada e documentos acostados aos autos, *in verbis*:

Ressalta-se que, consoante o § 5º do art. 33 da Lei n.º 8.212, de 1991, com a criação dessa nova sistemática de arrecadação, a retenção, por parte do tomador de serviços a isso obrigado, sempre se presumirá feita, oportuna e regularmente, não lhe sendo lícito alegar qualquer omissão para se eximir da obrigação, permanecendo responsável pelo recolhimento das importâncias que deixar de reter. -

Dessa forma, na substituição tributária, o substituto é responsável direto pelo recolhimento do tributo, vez que a obrigação já nasce em seu nome. A relação do contribuinte substituto é de sujeição passiva direta, não cabendo, assim, neste auto de infração, o aproveitamento dos valores recolhidos pelas empresas prestadoras dos serviços.

Essas são as razões de decidir do órgão de primeira instância, as quais estão muito bem fundamentadas, motivo pelo qual, após análise minuciosa da demanda, compartilho das conclusões acima esposadas.

Assim, escorreita a decisão recorrida devendo nesse sentido ser mantido o lançamento, uma vez que a contribuinte não logrou infirmar os elementos colhidos pela Fiscalização que serviram de base para constituição do crédito previdenciário, atraindo pra si o *ônus probandi* dos fatos alegados. Não o fazendo razoavelmente, não há como se acolher a sua pretensão.

DA MULTA

Apenas a título de observação, saliento que a decisão de piso já se manifestou acerca do advento da Medida Provisória 449, em vigor desde 04/12/2008, convertida na Lei n.º 11.941, de 27 de maio de 2009, entendendo que deve ser observado o exposto na Portaria Conjunta PGFN/RFB n.º 14.

Por todo o exposto, estando o lançamento *sub examine* em consonância com os dispositivos legais que regulam a matéria, **VOTO NO SENTIDO DE CONHECER DO RECURSO VOLUNTÁRIO** e, no mérito, **NEGAR-LHE PROVIMENTO**, pelas razões de fato e de direito acima esposadas.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Rayd Santana Ferreira