

**TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA**

**AJU: ASSESSORIA JURÍDICA**

**ORIGEM: PREFEITURA DE CASTRO ALVES**

**PROCESSO Nº 01720e21**

**PARECER Nº 00255-21**

**EMENTA: CONSULTA. DÚVIDA ACERCA DA RESPONSABILIDADE PELA RETENÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS NOS REGIMES DE EMPREITADA PARCIAL E INTEGRAL. RESPONSABILIDADE PRIMÁRIA DA CONTRATADA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO DECORRENTE DO PODER-DEVER DE FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO.**

1. Tanto para o regime de empreitada integral, como pra o de empreitada parcial, por não caracterizarem contrato de cessão de mão de obra, a responsabilidade primária pela retenção e repasse das contribuições sociais decorrentes de sua folha de empregados é da empresa contratada, ou seja, a empreiteira que efetivamente presta os serviços de engenharia ao Ente Público contratante.

2. Por outro lado, em conformidade com o entendimento do TST sobre a matéria, cristalizada na Súmula 331, o Ente Público contratante responde subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas inadimplidas, acaso constatada a conduta culposa, ou seja, negligência do Poder Público no seu dever de fiscalizar o contrato, exigindo a apresentação de certidões que atestem o cumprimento dessas obrigações. O mesmo raciocínio, portanto, é aplicado na seara trabalhista, com relação a eventual descumprimento, por parte da contratada, das obrigações previdenciárias, bem como no tocante ao FGTS dos empregados.

O Prefeito do MUNICÍPIO DE CASTRO ALVES, Senhor THIANCLE DA SILVA ARAÚJO, por meio do presente expediente, endereçado ao Presidente deste TCM, aqui protocolado sob o nº 01720e21, formula CONSULTA, com fulcro nos artigos 208 a 214 da Resolução TCM nº 1.392/2019, por meio da qual traz a lume os seguintes questionamentos:

- [...] 1. Nos contratos de empreitada total de construção de edificação e obra de infraestrutura, é facultado ao Município contratante realizar ou não, a retenção da contribuição social previdenciária de 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços?
2. E quanto à empreitada parcial, nos contratos de construção de edificação e obra de infraestrutura, a retenção é facultativa ou obrigatória?
3. Em caso de faculdade da retenção, haveria responsabilidade solidária com o contratado, pelo recolhimento das contribuições previdenciárias relativas à mão de obra empregada na construção?

Inicialmente, registre-se que os pronunciamentos desta Unidade, nos processos de Consulta, são confeccionados sempre em tese, razão pela qual não cabe analisar as particularidades do caso concreto apresentadas no ofício.

Na casuística, tendo em vista as peculiaridades de cada situação posta, esta Corte de Contas, mediante decisão do Tribunal Pleno ou da Câmara, pode emitir pronunciamento dissonante sobre o assunto ora tratado.

Antes mesmo de adentrar ao cerne da presente consulta, importante pontuar que a matéria que passará a ser tratada no presente opinativo é alvo de controvérsia entre os Tribunais pátrios, razão pela qual deve o Gestor Público adotar como paradigma os princípios da razoabilidade e proporcionalidade na tomada de decisões, cercado-se de todas as cautelas necessárias, de modo a evitar futuras condenações e penalidades decorrentes.

Dito isto, antes da vigência do novo regime de contribuição previdenciária sobre a receita bruta, a Lei federal nº 8.212/91 previa, e ainda prevê, a retenção e recolhimento, pelo contratante, da alíquota de 11% sobre o valor da nota fiscal ou fatura, nos casos de contratação de serviços prestados mediante cessão de mão de obra, verbis:

Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher, em nome da empresa cedente da mão de obra, a importância retida até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia, observado o disposto no § 5º do art. 33 desta Lei. ( Redação dada pela Lei nº 11.933, de 28 de abril de 2009)

[...]

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

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

[...]

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

[...]

Observa-se que, a despeito do caput do dispositivo supratranscrito fazer, especificamente, referência a serviços executados mediante cessão de mão de obra, o §3º do dispositivo adota um conceito bastante amplo do referido instituto, enquadrando como tal, o §4º enquadra, de forma expressa, a "empreitada de mão de obra".

Do mesmo modo, a Receita Federal do Brasil, ao regulamentar a questão, por meio da IN RFB nº 971/2009 previu, no art. 112, que ensejariam a retenção da contribuição, pelo contratante, tanto a contratação mediante cessão de mão de obra como a mediante empreitada:

Art. 112. A empresa contratante de serviços prestados **mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada, inclusive em regime de trabalho temporário, a partir da competência fevereiro de 1999, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços e recolher à Previdência Social** a importância retida, em documento de arrecadação identificado com a denominação social e o CNPJ da empresa contratada, observado o disposto no art. 79 e no art. 145. (g.n.)

Ao tratar das atividades específicas que ensejariam a retenção, nos arts. 117 e 118, a referida IN até chega a diferenciar aquelas prestadas mediante cessão de mão de obra (no art. 118) e as prestadas mediante cessão ou empreitada (art. 117), mas se pode observar que os serviços de construção civil foram incluídos no grupo do art. 117, o que significa que, mesmo se contratados mediante empreitada, dariam ensejo à retenção pelo contratante:

Art. 117. Estarão sujeitos à retenção, se contratados mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada, observado o disposto no art. 149, os serviços de:

I - limpeza, conservação ou zeladoria, que se constituam em varrição, lavagem, enceramento ou em outros serviços destinados a manter a higiene, o asseio ou a

conservação de praias, jardins, rodovias, monumentos, edificações, instalações, dependências, logradouros, vias públicas, pátios ou de áreas de uso comum;

II - vigilância ou segurança, que tenham por finalidade a garantia da integridade física de pessoas ou a preservação de bens patrimoniais;

III - construção civil, que envolvam a construção, a demolição, a reforma ou o acréscimo de edificações ou de qualquer benfeitoria agregada ao solo ou ao subsolo ou obras complementares que se integrem a esse conjunto, tais como a reparação de jardins ou de passeios, a colocação de grades ou de instrumentos de recreação, de urbanização ou de sinalização de rodovias ou de vias públicas;

[...]

Sucedem que, em decorrência do advento da Lei federal nº 12.546/2011, passou-se a prever o regime de contribuição previdenciária, pelas empresas, com base na receita bruta - regime este que foi sendo paulatinamente alargado. Atualmente, dispõe o art. 7º do referido diploma legal (atente-se, especialmente, quanto à redação dos incs. IV e VII do caput e §6º do dispositivo):

Art. 7º Contribuirão sobre o valor da receita bruta, excluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos, em substituição às contribuições previstas nos incisos I e III do caput do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, à alíquota de 2% (dois por cento): (Redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014)

[...]

§ 6º No caso de contratação de empresas para a execução dos serviços referidos no caput, mediante cessão de mão de obra, na forma definida pelo art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, e para fins de elisão da responsabilidade solidária prevista no inciso VI do art. 30 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, a empresa contratante deverá reter 3,5% (três inteiros e cinco décimos por cento) do valor bruto da nota fiscal ou da fatura de prestação de serviços. (Redação dada pela Lei nº 12.995, de 2014)

Destarte, nos termos do §6º do dispositivo em tela, na hipótese de contratação das empresas mencionadas no caput, mediante cessão de mão de obra, o contratante deverá reter e recolher 3,5% do valor da nota fiscal ou fatura - e não mais 11 %, portanto. Dentre as empresas mencionadas no caput, estão as de construção civil (enquadradas nos grupos 412, 432, 433 e 439 da CNAE 2.0, o que abrange praticamente todas elas) e de execução de obras de infraestrutura (enquadradas nos grupos 421, 422, 429 e 431 da CNAE 2.0., o que também abarca a grande maioria).

Nesse particular, há de se ressaltar que o §6º supra menciona apenas as contratações mediante cessão de mão de obra, nada dispondo quanto às contratações sob regime de empreitada - o que poderia colocar em cheque o recolhimento dos 3,5% nestes casos, dando-se azo ao recolhimento dos tradicionais 11 %, com o intuito de evitar possível responsabilização do Município pelo eventual recolhimento a menor.

Entretanto, malgrado a lógica do raciocínio supradelineado, esta não parece ser a posição adotada pela Receita Federal, expressa não apenas na Solução de Consulta nº 23 - Cosit, de janeiro de 2014, mencionada por SMSF às fls. 14, mas também - e de forma mais clara - na Solução de Consulta nº 326 - Cosit, de novembro de 2014:

"SERVIÇOS REFERIDOS NO CAPUT DO ART. 7º DA LEI Nº 12.546, DE 2011. CESSÃO DE MÃO DE OBRA. EMPREITADA. RETENÇÃO. A empresa contratante de serviços relacionados no caput do art. 7º da Lei nº 12.546, de 2011, deverá reter 3,5% (três inteiros e cinco décimos por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços da empresa contratada, se o serviço estiver relacionado no art. 117 da IN RFB nº 971, de 2009, e for prestado mediante cessão de mão de obra ou empreitada, ou se o serviço estiver relacionado no art. 118 da IN RFB nº 971, de 2009, e for prestado mediante cessão de mão de obra."

Com efeito, para a Receita Federal, apesar do §6º do art. 7º Lei federal nº 12.546/2011 mencionar apenas os serviços executados mediante cessão de mão de obra, deve-se enquadrar como tal também a empreitada, pois não faria mais sentido a retenção e o recolhimento na alíquota de 11% sobre o valor da nota se a empresa obedece ao novo regime de contribuição. Convém reproduzir os argumentos que levaram a Coordenação Geral de Tributação da Receita a tal solução:

"3. Observe-se que, o percentual de retenção (de 3,5%) previsto no § 6º do art. 7º da Lei nº 12.546, de 2011, apenas decorre da necessidade de harmonizar o percentual de retenção (de 11%) de que trata o art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991, incompatível, quando a empresa prestadora de serviço é tributada na forma do caput do art. 7º da Lei nº 12.546, de 2011 (Contribuição Patronal Receita Bruta - CPRB). Deveras, é cediço que a retenção de que trata o art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991, tem natureza jurídica de antecipação de pagamento de tributo devido pelo contratado, conforme se depreende pelo disposto no caput desse artigo e em seus §§ 1º e 2º. É por essa razão que o percentual de retenção envolvendo a prestação de serviço relacionados no caput do art. 7º da Lei nº 12.546, de 2011, mediante cessão de mão de obra nos termos do art. 31 de Lei nº 8.212, de 1991, é de 3,5% (três inteiros e cinco décimos por cento). Com efeito, não seria coerente fixar o mesmo percentual de retenção de 11% (onze por cento) na contratação de empresa sujeita à desoneração da contribuição sobre a folha de pagamento.

4. Conseqüentemente, pode-se afirmar que, à retenção de que trata o § 6º do art. 7º da Lei nº 12.546, de 2011, aplicam-se, no que couber, as disposições da

Instrução Normativa nº 971, de 13 de novembro de 2009, no que diz respeito à retenção de que trata o art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991.

5. É por essa razão que a Instrução Normativa RFB nº 1.436, de 2013, que dispõe sobre CPRB, estabelece (art. 9º, § 2º) que a retenção de que trata o § 6º do art. 7º da Lei nº 12.546, de 2011, aplica-se somente aos serviços listados nos arts. 117 e 118 da Instrução Normativa RFB nº 971, de 2009 sujeitos a essa contribuição. Esses artigos relacionam os serviços sujeitos à "retenção de 11%" de que trata o art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991.

5.1. O referido art. 117 da Instrução Normativa RFB nº 971, de 2009, relaciona serviços, cujo exercício sujeita a empresa contratada à retenção, se prestados mediante cessão de mão de obra ou empreitada e o art. 118 da mesma IN relaciona serviços, cujo exercício sujeita a empresa contratada à retenção, se prestados mediante cessão de mão de obra.

5.2. Conseqüentemente, de acordo com a normatização da retenção do § 6º do art. 7º da Lei nº 12.546, de 2011, realizada pela Instrução Normativa RFB nº 1.436, de 2013, a empresa contratante de serviços relacionados no caput desse artigo, deverá reter 3,5% (três inteiros e cinco décimos por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços da empresa contratada sempre que: a) o serviço estiver relacionado no art. 117 da Instrução Normativa RFB nº 971, de 2009, e for prestado mediante cessão de mão de obra ou empreitada; ou b) o serviço estiver relacionado no art. 118 da Instrução Normativa RFB nº 971, de 2009, e for prestado mediante cessão de mão de obra."

Assim, para a Receita Federal, se o serviço de construção civil estiver incluído no inc. III do art. 117 da IN RFB nº 971/2009, deve haver a retenção e o recolhimento, pelo contratante, na alíquota de 3,5%, ainda que a contratação tenha sido por empreitada (excetuando a contratação de empreitada total - cujo conceito traremos adiante - caso em que a contratante não precisa reter, mas é responsável solidária, nos termos do art. 149, II, da IN supracitada). Trata-se da regra geral, válida para as contratações feitas por pessoas privadas.

Isso, a princípio, responderia a dúvida suscitada pelo Consulente, não fosse a peculiaridade desta ser integrante da Administração Pública, o que altera o panorama. Isto porque haverá casos de contratação sob regime de empreitada em que a Administração Pública não terá qualquer responsabilidade primária (incluindo a responsabilidade pela retenção). Dispõe a redação atual do art. 71 da Lei federal nº 8.666/93:

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)

Da inteligência do dispositivo, depreende-se que a regra especial para a Administração Pública é de que o contratado é responsável por todos os encargos, inclusive previdenciários, apenas respondendo, solidariamente, pelos encargos previdenciários decorrentes dos contratos de cessão de mão de obra previstos no art. 31 da Lei federal nº 8.212/91, dispositivo este transcrito no início deste parecer. Apesar do conceito amplo de cessão de mão de obra empregado pelo referido dispositivo, tem-se diferenciado a empreitada de construção civil mediante cessão de mão de obra, prevista no art. 31, das empreitadas de obra pública, totais ou parciais, que estariam previstas no inc. VI do art. 30 do mesmo diploma legal:

Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas: (Redação dada pela Lei nº 8.620, de 5.1.93):

(...)

VI - o proprietário, o incorporador definido na Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, o dono da obra ou condômino da unidade imobiliária, qualquer que seja a forma de contratação da construção, reforma ou acréscimo, são solidários com o construtor, e estes 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; (Redação dada pela Lei 9.528, de 10.12.97)

Nesse sentido, imprescindível salientar o posicionamento adotado em recente parecer AGU/MS 08/2006 da Consultoria-Geral da União, aprovado pelo Advogado-Geral da União e pelo Presidente da República:

"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)"

Portanto, a AGU, ao resolver conflito entre a Previdência e entidades públicas federais, restringiu a responsabilidade destas, quanto à retenção, aos serviços de construção executados mediante cessão de mão de obra, sendo que, quanto aos serviços de engenharia no qual a construtora assume a responsabilidade integral pela obra, a Administração Pública estaria "isenta" da responsabilidade pela retenção e recolhimento, em função do que prevê o art. 71 da Lei federal nº 8.666/93.

O nosso Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento da Medida Cautelar nº 15410 / RJ, parece ter seguido a mesma linha:

"5. In casu, verifica-se a existência de peculiaridade (o contratante da obra é a Administração Pública) e a plausibilidade, prima facie, dos argumentos formulados no recurso especial, notadamente aquele que pugna pela violação do artigo 71, § 2º, da Lei 8.666/93 (com a redação dada pela Lei 9.032/95), uma vez que:

(i) "a responsabilidade da Administração Pública por débitos previdenciários limita-se ao contrato de prestação de serviços/cessão de mão-de-obra, sendo inaplicável ao contrato de obra pública";

(ii) "a Lei 9.032/95, dando nova redação ao art. 71, § 2º, da Lei 8.666/93, não instituiu a responsabilidade do Poder Público em relação a débitos previdenciários para todas as espécies de contratos celebrados, mas apenas para aqueles que tivessem por objeto a prestação de 'serviços executados mediante cessão de mão-de-obra', visto que a nova redação faz expressa remissão ao art. 31, da Lei nº 8.212/91, que cuida desta espécie de contrato";



(iii) "no contrato de obra pública, o Poder Público, na condição de dono da obra, tem como única obrigação básica a de pagar o preço, sem interferir no gerenciamento dos empregados da contratada, que sequer atuam nas dependências da Administração";

(iv) "tal não ocorre no contrato de prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra, em que as atividades normais da Administração, outrora desempenhadas por servidores públicos efetivos, passam a ser realizadas de forma contínua por empregados de empresa contratada pelo Poder Público, em geral nas próprias dependências da Administração, o que faz com que esta gerencie diretamente o desempenho laboral";

(v) a Súmula da Jurisprudência Uniforme do TST nº 331 é no sentido de que "o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993)"; por sua vez, a Orientação Jurisprudencial do Tribunal Pleno do TST nº 191 consigna que, "diante da inexistência de previsão legal, o contrato de empreitada entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora"; e

(vi) "seja do ponto de vista da literalidade do disposto no art. 71, § 2º, na redação dada pela Lei 9.032/95, que faz expressa remissão ao art. 31, da Lei 8.212/91, seja do ponto de vista da interpretação histórica e teleológica deste dispositivo, combinado com o disposto no art. 30, inciso VI, da mesma lei, a única conclusão possível é aquela segundo a qual a atribuição da responsabilidade por débitos previdenciários ao Poder Público restringiu-se aos contratos de prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra, de sorte que é incabível a responsabilização da Administração Pública nas hipóteses de contratos que tiverem por objeto a realização de obra pública, cuja previsão encontra-se no art. 30, inciso VI, da Lei 8.212/91".

6. Outrossim, vislumbra-se o periculum in mora, em face da assertiva do requerente de que "sem o reconhecimento do efeito suspensivo ao presente recurso, o Município não conseguirá renovar sua Certidão Positiva de Débito com efeito de Negativa", sendo certo que: "caso o Município do Rio de Janeiro não disponha da Certidão Positiva com efeito de Negativa, restará comprometida a liberação de recursos oriundos de diversos convênios e contratos de financiamento mediante abertura de crédito, firmados entre o ente municipal e órgãos da Administração Pública Federal, o que irá comprometer sobremaneira e de imediato a continuidade destas intervenções".

7. Medida cautelar procedente, atribuindo-se efeito suspensivo ao Recurso Especial 1.124.699/RJ até seu julgamento."

Como não poderia deixar de ser, diante do parecer vinculante da AGU, a Cosit, na Solução de Consulta nº 14 de outubro de 2013, definiu:

"CONSTRUÇÃO CIVIL. OBRA. ÓRGÃO PÚBLICO. EMPREITADA TOTAL. RETENÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA. A contratação, por órgão

público, de obra de construção civil sob regime de empreitada por preço unitário constitui-se em empreitada total, o que implica dizer da inexistência da responsabilidade solidária do contratante e da não retenção previdenciária de que tratam os artigos 31 da Lei nº 8.212, de 1991, e 7º, parágrafo 6º da Lei nº 12.546, de 2011."

Mas a Administração não precisará reter não apenas nos casos de "empreitada total", como também nos casos de "empreitada parcial" - o que importa é que o objeto do contrato envolva um todo, ou parte de um todo, e não a cessão de mão de obra para a execução de serviços de engenharia. Os conceitos de empreitada total e parcial são tratados no art. 322 da IN RFB nº 971/2009, verbis:

Art. 322. Considera-se:

(...)

XXVII - 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 XIX, 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;

b) parcial, quando celebrado com empresa construtora ou prestadora de serviços na área de construção civil, para execução de parte da obra, com ou sem fornecimento de material;

(...)

§ 1º Será também considerada empreitada total:

I - o repasse integral do contrato, na forma do inciso XXXIX do caput;

II - a contratação de obra a ser realizada por consórcio, constituído de acordo com o disposto no art. 279 da Lei nº 6.404, de 1976, desde que pelo menos a empresa líder seja construtora, conforme definida no inciso XIX do caput;

III - a empreitada por preço unitário e a tarefa, cuja contratação atenda aos requisitos previstos no art. 158.

§ 2º Receberá tratamento de empreitada parcial:

I - a contratação de empresa não registrada no Crea ou de empresa registrada naquele Conselho com habilitação apenas para a realização de serviços específicos, como os de instalação hidráulica, elétrica e similares, ainda que essas empresas assumam a responsabilidade direta pela execução de todos os serviços necessários à realização da obra, compreendidos em todos os projetos a ela inerentes, observado o disposto no inciso III do art. 26;

II - a contratação de empresa não registrada no Crea ou no CAU ou de empresa registrada nesses Conselhos com habilitação apenas para a realização de serviços específicos, como os de instalação hidráulica, elétrica e similares, ainda que essas empresas assumam a responsabilidade direta pela execução de todos os serviços necessários à realização da obra, compreendidos em todos os projetos a ela inerentes, observado o disposto no inciso III do art. 26;(Redação dada pela Instrução Normativa RFB nº 1.477, de 3 de julho de 2014)

III - a contratação de consórcio que não atenda ao disposto no inciso II do § 1º;

IV - a reforma de pequeno valor, definida no inciso V do caput;

V - aquela realizada por empresa construtora em que tenha ocorrido faturamento de subempreiteira diretamente para o proprietário, dono da obra ou incorporador, ainda que a subempreiteira tenha sido contratada pela construtora.

A disposição acima pode ser complementada pelo art. 158 e pelo art. 149, do mesmo diploma, que dizem respeito à Administração Pública:

Art. 158. Nas licitações, o contrato com a Administração Pública efetuado pelo regime de empreitada por preço unitário ou por tarefa, conforme disposto nas alíneas "b" e "d" do inciso VIII do art. 6º da Lei nº 8.666, de 1993, será considerado de empreitada total, quando se tratar de contratada empresa construtora definida no inciso XIX do art. 322, admitindo-se o fracionamento de que trata o § 1º do art. 24 e observado, quanto à solidariedade, o disposto no inciso IV do § 2º do art. 151, entendendo-se por:

I - empreitada por preço unitário, aquela em que o preço é ajustado por unidade, seja de parte distinta da obra ou por medida (metro, quilômetro, dentre outros);

II - tarefa, a contratação para a execução de pequenas obras ou de parte de uma obra maior, com ou sem fornecimento de material ou locação de equipamento, podendo o preço ser ajustado de forma global ou unitária.

Parágrafo único. As contratações da Administração Pública que não se enquadrarem nas situações previstas neste artigo, ficam sujeitas às normas de retenção previstas nesta Instrução Normativa.

Art. 149. Não se aplica o instituto da retenção:

I - à contratação de serviços prestados por trabalhadores avulsos por intermédio de sindicato da categoria ou de OGMO;

II - à empreitada total, conforme definida na alínea "a" do inciso XXVII do caput e no § 1º, ambos do art. 322, aplicando-se, nesse caso, o instituto da solidariedade, conforme disposições previstas na Seção III do Capítulo IX deste Título, observado o disposto no art. 164 e no inciso IV do § 2º do art. 151;

III - à contratação de entidade beneficente de assistência social isenta de contribuições sociais;

IV - ao contribuinte individual equiparado à empresa e à pessoa física;

V - à contratação de serviços de transporte de cargas, a partir de 10 de junho de 2003, data da publicação no Diário Oficial da União do Decreto nº 4.729, de 9 de junho de 2003;

VI - à empreitada realizada nas dependências da contratada;

VII - aos órgãos públicos da administração direta, autarquias e fundações de direito público quando contratantes de obra de construção civil, reforma ou acréscimo, por meio de empreitada total ou parcial, observado o disposto no inciso IV do § 2º do art. 151, ressalvado o caso de contratarem serviços de construção civil mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada, em que se obrigam a efetuar a retenção prevista no art. 112.

Portanto, para concluir, nas hipóteses de contratação, pela Administração Pública, de serviços de engenharia civil, deverá haver a retenção de 3,5% (nos casos dos serviços de engenharia incluídos no caput do art. 7º da Lei federal nº 12.546/2011) quando houver a cessão de mão de obra inserida no objeto contratual. Quando a contratação foi por empreitada total ou parcial, assim entendidas aquelas em que a empresa construtora assume a responsabilidade direta e total pela obra ou repasse o contrato integralmente, na forma do disposto nos arts. 158 e 322 da IN RFB nº 971/2009, não haverá necessidade de retenção, pois a responsabilidade pelo recolhimento dos encargos previdenciários será do contratado.

Por isso, parece-nos que o texto da Portaria SF nº 50/2014 (com a redação dada pela Portaria nº 17/2015) encontra-se bem formulado, ao prever que:

Art. 1º - Nas contratações de serviços, executados mediante cessão de mão-de-obra, na forma estabelecida pelo art. 31, da Lei nº 8.212, de 1991, que envolvam as atividades elencadas nos arts. 7º "caput"; e art. 8º, § 3º, ambos da Lei nº 12.546, de 2011, observadas as regras estabelecidas na Instrução Normativa RFB nº 1.436, de 2013, em especial, mas não se limitando, ao art. 9º do citado normativo infralegal, os responsáveis pelas unidades orçamentárias contratantes deverão reter 3,5% (três inteiros e cinco décimos por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, a título de contribuição para a seguridade social.

§ 1º A retenção a que se refere o "caput" deste artigo encontra respaldo no § 6º, do art. 7º; e § 5º, do art. 8º, da Lei nº 12.546 de 2011, com a redação das Leis nº 12.995 de 2014 e 12.844, de 2013, respectivamente.

§ 2º O conceito de cessão de mão de obra não se confunde com o conceito de empreitada definido no artigo 116 da Instrução Normativa RFB nº 971, de 13 de novembro de 2009.

§ 3º Deverão ser observadas as alterações na legislação federal relativas à contribuição para a seguridade social, em especial quanto à forma de recolhimento e retenção.

Por outro lado, o fato de o empreiteiro contratado ser o responsável primário pela retenção e repasse dos encargos previdenciários junto à Receita Federal, não afasta a responsabilidade subsidiária do Ente Público contratante de fiscalização do cumprimento dessas obrigações.

Assim sendo, de modo a evitar futuras condenações em sede de reclamações trabalhistas, as quais podem acarretar prejuízo ao erário, o Ente Público contratante deve cumprir seu papel fiscalizatório, exigindo, periodicamente, a apresentação de certidões negativas, que atestem a regularidade fiscal, trabalhista e previdenciária da empresa contratada.

Destarte, uma vez evidenciado o descumprimento dessas obrigações por parte da contratada para com seus empregados, o ente contratante deve providenciar a suspensão dos pagamentos, sem prejuízo da aplicação de sanções previstas na Lei nº 8.666/93, sob pena de restar caracterizada a denominada culpa in vigilando por parte da Administração Pública. Esse é o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho sobre a matéria, consoante se depreende da inteligência da Súmula nº 331:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais

da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Malgrado a súmula 331, em destaque, não faça menção expressa às consequências de eventual inadimplemento no tocante às obrigações de retenção e repasse das contribuições previdenciárias, por constituir competência da Justiça do Trabalho em sede de reclamação trabalhista compelir o empregador a adimplir com tal dever legal, deve-se aplicar o mesmo raciocínio, estampado no inciso V da súmula em destaque, para com as verbas trabalhistas inadimplidas.

Ante o exposto, em resposta aos questionamentos formulados pelo Prefeito de Castro Alves, orienta esta Assessoria Jurídica no seguinte sentido:

1. Tanto para o regime de empreitada integral, como pra o de empreitada parcial, por não caracterizarem contrato de cessão de mão de obra, a responsabilidade primária pela retenção e repasse das contribuições sociais decorrentes de sua folha de empregados é da empresa contratada, ou seja, a empreiteira que efetivamente presta os serviços de engenharia ao Ente Público contratante.

2, Por outro lado, em conformidade com o entendimento do TST sobre a matéria, cristalizada na Súmula 331, o Ente Público contratante responde subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas inadimplidas, acaso constatada a conduta culposa, ou seja, negligência do Poder Público no seu dever de fiscalizar o contrato, exigindo a apresentação de certidões que atestem o cumprimento dessas obrigações. O mesmo raciocínio, portanto, é aplicado na seara trabalhista, com relação a eventual descumprimento, por parte da contratada, das obrigações previdenciárias, bem como no tocante ao recolhimento do FGTS dos empregados.

É o parecer. Salvo Melhor Juízo.

Salvador, 16 de fevereiro de 2021.



Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia

**BERNARDO FERNANDES VIEIRA**  
**Assessor Jurídico**