



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

Processo nº 10120.009950/2007-71
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2302-002.730 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de setembro de 2013
Matéria Auto de Infração: obrigações principais
Recorrente MUNICÍPIO DE SENADOR CANEDO - PREFEITURA MUNICIPAL
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/03/2007

DECADÊNCIA.

A DRJ já havia aplicado o disposto no art. 150, §4º do CTN razão pela qual, nesta parte, o recurso não foi conhecido.

VÍCIO DO LANÇAMENTO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO. SANEAMENTO. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO.

No caso posto a exame, embora o sujeito passivo tenha reiterado o pedido de reabertura de novo prazo de defesa ante o desconhecimento dos valores apurados, por não ter o auditor fiscal enviado os documentos impressos, resta claramente demonstrado nos autos que o suposto vício foi devidamente saneado com a notificação via Ofício nº 0359/2008 (fls. 250 e 316) garantindo-lhe a ampla defesa, tal como prescrito na Constituição Federal (art. 5º, inciso LV).

DOS FATOS GERADORES. RELAÇÃO DE EMPREGO CARACTERIZADA.

Para configurar uma relação de emprego a norma pressupõe a existência de quatro requisitos: i) ser pessoa física; ii) prestar serviços de caráter não eventual; iii) estar subordinado ao

empregador e, por fim; iv) receber salário como contraprestação dos serviços prestados. (art. 3º da CLT).

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. ÓRGÃOS PÚBLICOS. SERVIDORES NÃO EFETIVOS. FILIAÇÃO OBRIGATÓRIA AO RGPS.

São segurados obrigatórios do RGPS os servidores estaduais não efetivos, os ocupantes, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, os ocupantes de cargo temporário ou de emprego público, assim como os servidores civis ocupantes de cargo efetivo não amparados por regime próprio de previdência social.

TAXA SELIC

A matéria já foi amplamente discutida no Segundo Conselho de Contribuintes. Na ocasião foi sedimentado o entendimento segundo o qual é possível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa SELIC, vide a Súmula nº 3 CARF

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS

O exame da matéria por este Colegiado restringe-se ao crédito tributário exigido, não se estendendo ao exame da procedência ou não do encaminhamento de representação fiscal e/ou sobrestar eventual oferecimento de denúncia crime pelo Ministério Público ao Judiciário.

Recurso Voluntário IMPROVIDO

Crédito Tributário MANTIDO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da Segunda Turma da Terceira Câmara da Segunda Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, por unanimidade de votos em conhecer parcialmente do recurso e na parte conhecida negar-lhe provimento, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

Liege Lacroix Thomasi - Presidente da Turma

Juliana Campos de Carvalho - Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Liége Lacroix Thomasi (Presidente de Turma), Bianca Delgado Pinheiro, André Luís Mársico Lombardi, Arlindo da Costa e Silva e Juliana Campos de Carvalho Cruz.

Relatório

Refere-se o auto de infração a cobrança de contribuições sociais incidentes sobre as remunerações pagas aos empregados contratados (cota patronal e a parte dos segurados não retida) destinadas à Seguridade Social e as destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho (SAT/RAT), no período de 01/2002 a 03/2007, no valor de R\$ 11.085.291,62 (onze milhões, oitenta e cinco mil, duzentos e noventa e um reais e sessenta e dois centavos).

Nos termos do Relatório Fiscal de fls. 61/64, constituíram fatos geradores das contribuições previdenciárias as remunerações pagas aos empregados contratados para o Programa de Saúde Família, contidas nas Ordens de Pagamento apresentadas pelo contribuinte em meio digital (padrão não MANAD), nas folhas-de-pagamento e nas GFIP do período.

Acrescenta o auditor que foram considerados todos os recolhimentos constantes das GPS e os créditos lançados em LDC e NFLD, conforme DAD e RDA anexos. Aduziu, ainda, que a omissão verificada no registro de qualquer empregado, contribuinte individual ou trabalhador avulso em folha-de-pagamento ou em GFIP, configura, em tese, o ilícito tipificado no art. 337-A do Código Penal (sonegação de contribuição previdenciária).

Intimado, o sujeito passivo apresentou impugnação (fls. 73/97), de forma tempestiva, alegando:

- a) Cerceamento de defesa, uma vez que, ao receber a notificação, o Auditor Fiscal lhe entregou um CD que, segundo o notificante, continha todos os discriminativos do débito e demais documentos integrantes da ação fiscal necessários à análise do crédito previdenciário, mas, ao abrir o arquivo, verificou que não havia nada gravado, ficando, assim, sem acesso às informações necessárias à elaboração de sua defesa o que prejudicou a sua defesa.
- b) Que após constatar que o CD estava em branco, o contribuinte entrou em contato com o auditor notificante, que, em reunião ocorrida em 25/10/07, confirmou o ocorrido, mas concluiu por não entregar outro CD em razão do longo tempo já decorrido do prazo para apresentação de defesa;
- c) Que os fatos supracitados podem ser comprovados pela declaração anexa (fl. 113) firmada por uma servidora municipal que esteve presente na reunião do dia 25/10/07, na sede da Secretaria de Finanças da Prefeitura Municipal, com a presença do Auditor João Luiz de Queiroz;
- d) Em razão do ocorrido, pleiteou a notificação do Auditor para que providenciasse a entrega de novo CD contendo todas as informações sobre o presente lançamento, bem como, sendo-lhe, na oportunidade, reaberto o prazo para apresentação de impugnação;
- e) Que outro vício processual foi verificado no lançamento fiscal no que diz respeito à forma de sua ciência, visto que não foi expedido ofício por pessoa devidamente competente, comunicando o encaminhamento das autuações, na forma exigida pelo art.

662, §6º da Instrução Normativa INSS/DC — nº 003, de 14/07/2005, pelo que requereu a nulidade do lançamento;

f) Argüiu, ainda, a ilegalidade da taxa SELIC, bem como, a inaplicabilidade da multa às pessoas jurídicas de direito público, de acordo com o art. 239 do RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99;

g) Que o relatório fiscal seria amplo e genérico, não permitindo qualquer compreensão mais detalhada do caso,

h) Que é infundada a alegação fiscal de crime de sonegação fiscal, visto que não houve nenhuma intenção dolosa por parte do impugnante e que o período do lançamento fiscal é distinto da atual administração cujo mandato se deu a partir de 2005;

i) Que a fiscalização não comprovou a existência da relação de emprego entre os profissionais de saúde e o Município de Senador Canedo e que foram contratados sem vínculo empregatício sendo, portanto, regidos pelo Código Civil e não pela CLT, conforme contratos de prestação de serviços juntados por amostragem (fls. 114/241).

j) Pleiteou, ao final, a produção dos meios de prova em direito admitidos, bem como a juntada de novos documentos, perícia etc.

Encaminhados os autos para julgamento, os membros da DRJ/BSA, visando à preservação do princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório, converteram o julgamento em diligência. Por causa disso, os autos retornaram à DRF de origem para que o Auditor notificante emitisse informação conclusiva sobre os fatos narrados pelo contribuinte na Impugnação. Sendo confirmado, determinou que o agente fazendário providenciasse a entrega de todos os relatórios e discriminativos integrantes da presente NFLD ao contribuinte, observando-se as disposições do art. 662, §6º da Instrução Normativa INSS/DC — nº 003, de 14/07/2005, com reabertura do prazo para Impugnação (Despacho de 08/02/2008 — fls. 244/245).

Às fls. 250 consta o Ofício de nº 0359/2008/GAB/DRF/GOI encaminhando ao Sr. Prefeito cópias das Notificações Fiscais de Lançamento de Débito — NFLDs nºs. 37.093.638-8, 37.093.639-6, 37.093.641-8, 37.093.642-6 e 37.093.644-2, bem como, TEAF — Termo de Encerramento de Ação Fiscal, resultante da ação fiscal realizada junto a Prefeitura Municipal — C.N.P.J. 25.107.525/0001-51. Cópia do AR à fls. 316.

De acordo com as informações de fls. 570/571, em atendimento ao despacho de fls. 244/245, foram entregues ao contribuinte todos os relatórios e discriminativos constantes na presente NFLD, (fls. 252 a 569) e, observando o contido no § 6º do Art. 662, da Instrução Normativa INSS/DC 003 de 14/07/2005, foi entregue o ofício do Sr. Delegado Fiscal de Goiânia, (fls. 250), ao Prefeito Municipal de Senador Canedo, Sr. Vanderlan Vieira Cardoso, enviado por via postal conforme nº RC 23602193 5 BR.

Além disso, foi entregue também um CD acompanhado de cópia do recibo de entrega de Arquivos Digitais onde consta o código de Identificação do arquivo, (35f7fec5-3ce25cd7-aab190ec-5f9d7ff4), (fls. 251), contendo planilhas com relação dos empregados do Programa de Saúde Familiar — PSF, constando nomes dos empregados, competência em que houve pagamento, valores pagos e histórico do pagamento. Foi anexado ao processo, cópia do recibo da entrega dos Arquivos Digitais citados acima.

Em relação ao vício insanável alegado pelo Impugnante, aduziu a autoridade fiscal que o não encaminhamento inicial do ofício ao poder público municipal, nos termos do art. 662, §6º, da

IN/003/2005, não se constituiu vício insanável, visto ter sido corrigido e não lhe ter causado qualquer prejuízo, considerando o Princípio da Instrumentalidade das Formas e dos Atos Processuais, em consonância com o disposto no art. 55 da Lei nº 9.784/99;

Não consta intimação do sujeito passivo para manifestar-se sobre a resposta do notificante às fls. 570/571.

Ao retornar o processo para a DRJ/BSA, os membros da 5ª Turma considerando a alegação do Impugnante no sentido de que a fiscalização não teria comprovado a existência da relação de emprego entre os profissionais de saúde e o Município de Senador Canedo então contratados como contribuintes individuais (profissionais liberais) - conforme contratos de prestação de serviços juntados por amostragem (fls. 114/241) - e ressaltando que no Relatório Fiscal não houve menção específica dos elementos caracterizadores do vínculo empregatício dos segurados cuja remuneração gerou as contribuições lançadas na presente NFLD, foi novamente convertido o julgamento em diligência para que a autoridade fazendária examinasse não só as referidas alegações, como também, os contratos anexados por amostragem (fls. 114/241) pelo Impugnante, elaborando, ao final, Relatório Fiscal complementar discriminando os pressupostos do vínculo empregatício verificados entre os prestadores de serviço ora questionados e a Prefeitura Municipal de Senador Canedo. (fls. 578/581).

Tendo em vista o ofício de nº 0359/2008/GAB/DRF/GOI (fls. 250), o contribuinte apresentou nova impugnação (fls. 584/650), alegando:

- a) Que no dia 30/04/2008, o Município recebeu por AR o ofício de nº 0359/2008/GAB/DRF/GOI encaminhando as cópias das Notificações Fiscais de lançamento de Débito – NFLD nºs 37.093.638-8, 37.093.639-6, 37.093.641-8, 37.093.642-6 e 37.093.644-2, entendendo ser reabertura de prazo, visto que em 10/10/2007 o Auditor Federal entregou ao Município de Senador Canedo estas NFLDs, com um CD em branco, sem os discriminativos necessários para a análise dos créditos previdenciários apurados e sem cópia de todos os documentos que compõem legalmente a fiscalização;
- b) Que outro vício processual foi verificado no lançamento fiscal no que diz respeito à forma de sua ciência, visto que não foi expedido ofício por pessoa devidamente competente comunicando o encaminhamento das autuações, na forma exigida pelo art. 662, §6º da Instrução Normativa INSS/DC — nº 003, de 14/07/2005, pelo que requereu a nulidade do lançamento;
- c) Argüiu, ainda, a ilegalidade da taxa SELIC e a inaplicabilidade da multa às pessoas jurídicas de direito público, de acordo com o art. 239 do RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99;
- d) No que se refere aos juros, ressaltou a Súmula nº 121 do Supremo Tribunal Federal que diz ser vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada.
- e) No tocante a multa, não poderia concordar com a sua aplicação posto que o Decreto 3.048/99, que regulamenta a Previdência Social, estabeleceu textualmente no seu artigo 239, § 9º, que as multas impostas calculadas como percentual do crédito por motivo de recolhimento fora do prazo, não se aplicariam às pessoas jurídicas de direito público;

f) Que das 05 (cinco) Notificações de Lançamento de Débito (NFLDs nºs 37.093.638-8, 37.093.639-6, 37.093.641-8, 37.093.642-6 e 37.093.644-2), em apenas três o Auditor Fiscal aplicou a multa, inferindo, com isso, tratar-se de um erro que deve ser corrigido sob pena de nulidade;

g) Que o relatório fiscal seria amplo e genérico, não permitindo qualquer compreensão mais detalhada do caso;

h) Que é infundada a alegação fiscal de crime de sonegação fiscal, visto que não houve nenhuma intenção dolosa por parte do impugnante e, ainda, que o período do lançamento fiscal é distinto da atual administração cujo mandato se deu a partir de 2005;

i) Que não teria como prosperar a iniciativa do Fiscal em considerar os prestadores de serviços - pessoas físicas - como segurados empregados, em vista do disposto no art. 3º da CLT. Ressaltou que a relação de emprego não nasce de uma simples dedução decorrente de análise contábil ou mesmo em um simples preenchimento de uma guia para recolhimento das contribuições previdenciárias. Os contratos de prestação de serviço anexo à presente defesa (doe. 02 - juntados por amostragem, considerando o grande volume de papéis e o fato de que a grande maioria trata de renovações contratuais ocorridas ao longo desses últimos 5 anos), demonstram de maneira incontestada que a relação jurídica havida com o Impugnante é de um contrato de prestação de serviços, regulado não pela CLT, mas pelo Código Civil;

j) Que a fiscalização não comprovou a existência da relação de emprego entre os profissionais de saúde e o Município de Senador Canedo e que foram contratados sem vínculo empregatício sendo, portanto, regidos pelo Código Civil e não pela CLT, conforme contratos de prestação de serviços juntados por amostragem (fls. 114/241);

k) Pleiteou, ao final, a produção dos meios de prova em direito admitidos, assim como, a juntada de novos documentos, perícia etc.

Em resposta à 2ª diligência solicitada às fls. 578/581, foi elaborado relatório complementar de fls. 660/661, esclarecendo o agente fazendário o que segue:

a) Que o enquadramento dos Profissionais de Saúde e dos Agentes Comunitários de Saúde como empregados encontra-se definido pelas normas legais vigentes, conforme Art. 6º, incisos XXVI, XXIX, alínea "b", e §§ 10 e 11, da Instrução Normativa SRP — nº 03, de 14/07/2005;

b) Que a caracterização como empregados dos profissionais de saúde, médicos, plantonistas e agentes comunitários de saúde planilhados às fls. 317/569 não foi definida por enquadramento próprio da fiscalização, mas com base nas normas legais supracitadas, reforçadas pelos contratos de credenciamentos juntados por amostragem pelo Impugnante, onde, em vários deles, estão presentes os elementos caracterizadores do vínculo empregatício contidos no art. 3º da CLT. Cita o fato de que em alguns contratos constam a exigência para o credenciado de cumprir uma carga horária de 40 horas semanais;

c) Concluiu pela manutenção integral do débito, uma vez que restou caracterizada, a existência da natureza não eventual dos serviços prestados, mediante salário, e da subordinação à Secretaria Municipal de Saúde.

O contribuinte intimado (fls. 662), apresentou manifestação às fls. 664/670 afirmando:

- a) Que o notificante tentou, na nova diligência, justificar o enquadramento dos prestadores de serviços da área de saúde como empregados do Município, com base no art. 6º, incisos XXVI, XXIX, alínea "b", e §§10 e 11, da Instrução Normativa SRP — nº 03, de 14/07/2005; destacou, porém, que em relação aos médicos ou profissionais de saúde, só serão segurados obrigatórios se plantonistas forem, conforme inciso XXVI da norma citada e curiosamente omitido pelo douto Fiscal, não sendo esse o caso em questão;
- b) Que o enquadramento dos referidos credenciados é perfeitamente possível como contribuintes individuais;
- c) Que em relação aos agentes comunitários de saúde, somente após a Emenda Constitucional nº 51/2006 tornou-se obrigatório o enquadramento como segurados empregados dos Municípios, sendo possível o contrato de credenciamento até fevereiro/2006;
- d) Que os contratos, juntados por amostragem, demonstram que a relação jurídica havida com o Impugnante é de um contrato de prestação de serviços regulado pelo Código Civil, não pela CLT, com a cláusula de que *"Nenhum vínculo empregatício decorrerá do credenciamento pactuado"*;
- e) Que não cabe à fiscalização previdenciária configurar uma relação de emprego, competência adstrita ao Poder Judiciário Trabalhista;
- f) Que os ditos profissionais (odontólogos, agentes de saúde, médicos, enfermeiros) são credenciados pelo Município e contratados na forma de prestação de serviços, sem vínculo empregatício;
- g) Que mesmo que se admitisse a relação de emprego, o Município, por ser pessoa jurídica de direito público, estaria atuando de forma ilegal, pois o ingresso da Administração Pública só se faz mediante concurso público;
- h) Que a fiscalização não observou que o Município tem Regime Próprio de Previdência;
- i) Citou ainda o Parecer INSS/DC — nº 2.324, de 30/10/2000, que se constitui em uma manifestação da Consultoria do MPAS — Ministério da Previdência e Assistência Social em cujo teor recomenda ao Setor de Arrecadação e Fiscalização do INSS pautar-se numa atitude mais cautelosa ao enquadrar determinada prestação de serviços como relação de emprego, nos casos de médicos de entidades hospitalares, devendo ser criteriosamente verificada a presença dos elementos evidenciadores do vínculo empregatício.
- j) Ao final, pleiteou a declaração de nulidade do presente lançamento.

À fl. 657 consta a intimação da Prefeitura sobre o relatório complementar de fls. 660/661 (resposta da 2ª diligência). Em manifestação (fls. 659/665), afirmou:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 02/10/2013 por JULIANA CAMPOS DE CARVALHO CRUZ, Assinado digitalmente em 15/10/2013 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 02/10/2013 por JULIANA CAMPOS DE CARVALHO CRUZ

Impresso em 17/10/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

- a) Que em relação aos médicos ou profissionais de saúde (art. 6º, XXVI), só serão segurados empregados os plantonistas, não sendo o caso em questão;
- b) Que em relação aos agentes comunitários de saúde, somente após a Emenda Constitucional nº 51/2006 tornou-se obrigatório o enquadramento dos mesmos como segurados empregados dos Municípios. Assim afirmou que até fevereiro de 2006 era perfeitamente possível o contrato de credenciamento, tal como realizado pelo Município;
- c) Que a relação de emprego não nasce por uma simples dedução decorrente de análise contábil ou mesmo num simples preenchimento de uma guia para recolhimento das contribuições previdenciárias;
- d) Que os contratos juntados por amostragem demonstram de maneira incontestável que a relação jurídica havida com o Impugnante é de um contrato de prestação de serviços, regulado não pela CLT, mas pelo Código Civil. Portanto, uma relação de trabalho;
- e) Que a terceira cláusula dos contratos anexados estabelecem expressamente: *"Nenhum vínculo empregatício decorrerá do credenciamento ora pactuado "*;
- f) Que se admitisse a relação de emprego, o Município, por ser pessoa jurídica de direito público, estaria atuando de forma ilegal, pois o ingresso na Administração Pública só se poderia fazer mediante concurso público. Desse modo, para o Município contratar qualquer servidor sob a égide estatutária ou mesmo celetista, teria que fazê-lo mediante concurso para provimento dos cargos disponíveis, conforme estabelece o artigo 37, inciso II da Constituição Federal;
- g) Cita o Parecer do INSS/DC 2.324, de 30.10.2000, afirmando haver uma recomendação expressa dirigida ao setor de Arrecadação e Fiscalização do INSS no sentido pautar-se por uma atitude mais cautelosa ao enquadrar determinada prestação de serviços como relação de emprego;
- h) Neste sentido, não teria como prevalecer o débito ora impugnado, pois prevalecendo o entendimento equivocadamente da fiscalização, numa hipótese absurda, o Município estaria agindo contra a norma constitucional já mencionada e demais dispositivos legais infra-constitucionais citados. Desse modo, pleiteou a anulação da ação fiscal.

No julgamento de 1º grau (fls. 674/691), a DRJ-Brasília/DF manteve parcialmente o crédito tributário sob os seguintes fundamentos:

- a) O Órgão Público é equiparado à empresa, nos termos do art. 15. I, da Lei n.º 8.212/91. Incidem contribuições para a Seguridade Social sobre as remunerações pagas aos servidores efetivos na qualidade de segurados empregados;
- b) Em relação aos vícios processuais, dando-se cumprimento à 1ª diligência fiscal determinada por esta 5ª Turma de Julgamentos, todas as falhas foram devidamente saneadas, com o reenvio dos relatórios e discriminativos integrantes desta NFLD ao notificado, por meio de ofício expedido pelo Sr. Delegado Regional, e, ainda, tendo sido reaberto o prazo para impugnação;
- c) Sendo constatado o pagamento parcial das parcelas e considerando o prazo

decadencial de cinco anos para a constituição do crédito tributário, contados do fato

gerador, consoante estabelecido no §4º do art. 150 do CTN, impõe-se a retificação do presente lançamento para excluir as competências de 01/2002 a 09/2002.

d) Uma vez caracterizados os pressupostos do segurado empregado, são devidas as contribuições previdenciárias pertinentes à relação de emprego;

e) As contribuições sociais arrecadadas em atraso ficam sujeitas aos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, de caráter irrelevável.

f) O Decreto nº 6.042, de 12/02/2007, dando nova redação ao §92 do art. 239 do RPS, restabeleceu a obrigatoriedade de aplicação da multa moratória às pessoas jurídicas de direito público;

g) A prova documental deve ser apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual.

Nos termos do art. 34, inciso I, do Decreto nº 70.235/72, em vista da exoneração do valor em quantia superior ao previsto no art. 1º da Portaria MF nº 03/08, foram os autos reencaminhados de ofício para o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais para reexame da matéria.

Intimado em 31/03/2009 (fls. 703), o sujeito passivo apresentou recurso voluntário em 28/04/2009 (fls. 708/722) alegando:

a) Decadência, nos termos do art. 150, §4º CTN, permanecendo a cobrança apenas no período de Outubro/2002 a Março/2007;

b) Que é infundada a alegação fiscal de crime de sonegação fiscal, visto que não houve nenhuma intenção dolosa por parte do Impugnante e, ainda, que o período do lançamento fiscal é distinto da atual administração cujo mandato se deu a partir de 2005;

c) Que a manifestação proferida no recurso, apesar de adentrar no mérito da questão, não envolve os valores apurados na presente NFLD, até porque não teve o Município de Senador Canedo acesso aos mesmos;

d) Reiterou o pedido preliminar de reabertura de prazo para apresentação de defesa no mérito do levantamento, pois em relação aos valores apurados não teve o Recorrente condições de se defender.

e) Que os contratos de prestação de serviço anexo à defesa (juntados por amostragem, considerando o grande volume de papéis e o fato de que a grande maioria trata de renovações contratuais ocorridas ao longo desses últimos 5 anos), demonstram de maneira incontestada que a relação jurídica havida com o Recorrente é de um contrato de prestação de serviço, regulado não pela CLT, mas pelo Código Civil.

f) Nos termos do art. 114 do CTN, foge à esfera da fiscalização da Autarquia a competência para configurar uma relação de emprego, porquanto esta competência estaria adstrita ao Poder Judiciário Trabalhista;

e) Que de acordo com o Parecer INSS/ DC 2.324, de 30.10.2000, há uma recomendação expressa dirigida ao setor de Arrecadação e Fiscalização do INSS no sentido pautar-se por uma atitude mais cautelosa ao enquadrar determinada prestação de serviços como relação de emprego.

f) Pleiteou, ao final, a produção dos meios de prova em direito admitidos, bem como a juntada de novos documentos, perícia, etc.

Eis o relatório.

Voto

Conselheira Juliana Campos de Carvalho Cruz, Relatora.

Trata-se de auto de infração lavrado em face do Município por ter deixado de recolher as contribuições previdenciárias devidas pelos segurados (não retidas) e pela empresa (parte patronal) à Seguridade Social e as destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho (SAT/RAT), no valor de R\$ 11.085.291,62 (onze milhões, oitenta e cinco mil, duzentos e noventa e um reais e sessenta e dois centavos).

1 - DECADÊNCIA:

A DRJ já se manifestou a respeito aplicando o disposto no art. 150, §4º do CTN e, na oportunidade, excluiu as parcelas 01/2002 a 09/2002. Logo, nesta parte, não conheço do recurso.

2 - DO VÍCIO DO LANÇAMENTO:

Alega o Município que a manifestação proferida no recurso, apesar de adentrar no mérito da questão, não envolve os valores apurados na presente NFLD, até porque não teve o Município de Senador Canedo acesso aos mesmos. Por causa disso, reiterou pedido preliminar de reabertura de prazo para apresentação de defesa em relação aos valores apurados.

As imperfeições processuais mencionadas pela Recorrente não procedem.

Às fls. 250 consta o Ofício de nº 0359/2008/GAB/DRF/GOI encaminhado ao Sr. Prefeito com cópias das Notificações Fiscais de Lançamento de Débito — NFLDs nºs. 37.093.638-8, 37.093.639-6, 37.093.641-8, 37.093.642-6 e 37.093.644-2, bem como, do TEAF — Termo de Encerramento de Ação Fiscal, resultante de ação fiscal realizada junto a Prefeitura Municipal — C.N.P.J. 25.107.525/0001-51. Cópia do AR à fls. 316.

Esta notificação foi resultado da 1ª diligência determinada pela 5ª Turma da DRJ/BSA.

Posteriormente, o contribuinte apresentou nova impugnação ressaltando, inclusive, a reabertura do prazo por entender que naquele momento estava recebendo as cópias das Notificações Fiscais de Lançamento de Débito — NFLD nºs 37.093.638-8, 37.093.639-6, 37.093.641-8, 37.093.642-6 e 37.093.644-2 relacionadas ao malsinado CD (em branco) anteriormente entregue pelo auditor fiscal.

Analisando os autos do processo administrativo, consta às fls. 73/97 a primeira Impugnação anexada pelo sujeito passivo. Após o recebimento do Ofício nº 0359/08, o protocolo de uma segunda Impugnação. Mais adiante, em decorrência de uma segunda diligência determinada pela DRJ/BSA (caracterização dos profissionais de saúde como empregados), foi interposta uma terceira manifestação (fls. 659/665).

O suposto vício processual provocado pela entrega do CD em branco, sem os discriminativos necessários à elaboração da defesa, foi sanado com o envio, pelo Correio, dos documentos impressos de forma que possibilitou o Município apresentar a defesa que lhe cabia.

Nos termos expostos pelo art. 59, inciso II do Decreto nº 70.235/72, são nulos os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa. Eis a transcrição da norma:

"Art. 59. São nulos:

...

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa."

Todavia, em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração. Eis o disposto no art. 55 da Lei nº 9.784/99:

"Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração."

No caso posto a exame, embora o sujeito passivo tenha reiterado o pedido de reabertura de novo prazo de defesa ante o desconhecimento dos valores apurados, por não ter o auditor fiscal enviado os documentos impressos, resta claramente demonstrado nos autos que o suposto vício foi devidamente saneado com a notificação via Ofício nº 0359/2008 (fls. 250 e 316) garantindo-lhe a ampla defesa tal como prescrito na Constituição Federal (art. 5º, inciso LV).

Assim é que o envio dos demais relatórios e discriminativos possibilitou o Município ter ciência a todas as bases-de-cálculo utilizadas, valores lançados e créditos considerados, por competência, além do Relatório Fundamentos Legais do Débito - FLD, por período e rubrica, razão pela qual reputo inconsistente a alegação do sujeito passivo.

3 - DOS FATOS GERADORES:

De acordo com o relatório fiscal de fls. 61/64 constituíram fatos geradores das contribuições previdenciárias as remunerações pagas aos empregados (médicos e demais profissionais da saúde) contratados para o Programa de Saúde Família, contidas nas Ordens de Pagamento apresentadas pelo contribuinte em meio digital (padrão não MANAD), verificadas, ainda, as folhas-de-pagamento e as GFIP do período.

Em sua defesa, o Recorrente afirmou que os contratos de prestação de serviço por ela anexados (por amostragem considerando o grande volume de papéis e o fato de que a grande maioria trata de renovações contratuais ocorridas ao longo desses últimos 5 anos), demonstravam de maneira inconteste que a relação jurídica havida com os contratados é de natureza civil, não trabalhista.

Para analisarmos a problemática imprescindível a interpretação do art. 3º da CLT. De acordo com esta norma considera-se empregado toda pessoa física que presta serviço de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Para configurar uma relação de emprego a norma pressupõe a existência de quatro requisitos: i) ser pessoa física; ii) prestar serviços de caráter não eventual; iii) estar subordinado ao empregador e, por fim, iv) receber salário como contraprestação dos serviços prestados.

Neste sentido, determina o art. 12, inciso I da Lei nº 8.212/91:

"Art. 12 - São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

I - como empregado:

a) aquele que presta serviço de natureza urbana ou rural à empresa, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração, inclusive como diretor empregado."

Pois bem! A análise dos contratos de credenciamento e dos aditivos acostados às fls. 114/173 e 603/650 servirá de baliza para legitimar (ou não) a presente ação fiscal. Diante da semelhança que se encontram, a título exemplificativo vejamos aquele anexado à fls. 609 (Contrato de Credenciamento nº 827/02 do médico Pedro Uriel Gonçalves Lima):

" CLÁUSULA PRIMEIRA — fica o (a) Dr.º (a) PEDRO URIEL GONÇALVES LIMA, credenciado a prestar serviços técnicos científicos e especializados na Secretaria Municipal de Saúde, pelo período de 10 (Dez) meses, iniciando seus efeitos em 01 de Março de 2002 e terminado em 31 de Dezembro de 2002...

CLÁUSULA SEGUNDA — Os serviços a serem prestados pelo CREDENCIADO, obedecerão os critérios previamente elaborado pelo Setor competente da Secretaria Municipal de Saúde, visando desenvolver Ações Básicas de Saúde no Município, tais como: Atendimento Básico, Consultas com exames, Consultas com observação, Pequenas e média cirurgias e outros procedimentos.

CLÁUSULA TERCEIRA — O valor total do contrato é estimado em R\$ 39.000,00 (Trinta e nove mil e oitocentos reais), que será pago em parcela mensal, mediante apresentação de relatório comprobatório da prestação do serviços; perfazendo um total de 48 horas semanais na especialidade de clinica medica,

*...
CLAUSULA SEXTA — Este contrato poderá ser rescindido mediante aviso prévio de (trinta) dias, bem como ser prorrogado ou modificado, por comum acordo, entre as partes através do Termo Aditivo. "*

Da leitura destas cláusulas, infere-se a existência de todos os requisitos estabelecidos no art. 3º da CLT, vejamos:

i) Ser pessoa física = Dr. Pedro Uriel Gonçalves Lima;

ii) Prestar serviços de caráter não eventual/continuativo = serviços técnicos científicos e especializados pelo período de 10 meses podendo ser prorrogado - perfazendo um total de 48 horas semanais na especialidade de clinica médica;

iii) Estar subordinado ao empregador = Secretaria Municipal de Saúde - Município de Senador Canedo)

iv) Receber salário como contraprestação dos serviços prestados = o valor total do contrato é estimado em R\$ 39.000,00 (Trinta e nove mil e oitocentos reais), que será pago em parcela mensal.

Como bem dito pelo julgador singular, à fl. 686, para haver o vínculo laboral, é necessário que o trabalho prestado tenha caráter de permanência, ainda que por um período determinado, necessário aos objetivos da contratante, o que não resta dúvidas no caso em discussão, em que os segurados (profissionais da área de saúde e agentes comunitários de saúde) foram contratados para execução do Programa Saúde da Família, a ser desenvolvido em perfeita consonância com as diretrizes estabelecidas pela Secretaria Municipal de Saúde e pelo Ministério da Saúde.

Vale dizer, embora tenha a Recorrente afirmado que os profissionais de saúde, credenciados pelo Município e contratados na forma de prestação de serviços, sem vínculo empregatício não prestaram serviços de forma exclusiva para o Município, não trouxe aos autos provas que validem a sua afirmação. Pelo que foi observado, constam nos presentes tão somente os contratos de credenciamento perante o sujeito passivo, sem qualquer demonstração de outros supostos empregadores.

Sendo assim, caracterizada a relação de emprego, certa a cobrança aqui efetivada.

4 - QUANTO AO REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA A QUE ESTÁ SUBMETIDO O MUNICÍPIO DE SENADOR CANEDO.

Dispõe o Recorrente que por existir regime próprio de previdência, conforme Lei Municipal nº 767, de 23 de Novembro de 2001, tais profissionais não poderiam contribuir para a Seguridade Social.

Até a promulgação da Emenda Constitucional nº 20/98, a norma constitucional não promovia qualquer distinção, para fins de contribuição à Seguridade Social, entre os servidores públicos ocupantes de cargo efetivo e os de cargo em comissão da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, atribuindo à lei a competência para dispor sobre a aposentadoria em cargos ou empregos temporários.

"Constituição Federal de 1988

Art. 40. O servidor será aposentado:

I - por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrentes de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, e proporcionais nos demais casos;

II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço;

III - voluntariamente:

a) aos trinta e cinco anos de serviço, se homem, e aos trinta, se mulher, com proventos integrais;

b) aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais;

c) aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte e cinco, se mulher, com proventos proporcionais a esse tempo;

d) aos sessenta e cinco anos de idade, se homem, e aos sessenta, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.

§1º - Lei complementar poderá estabelecer exceções ao disposto no inciso III, "a" e "c", no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas.

§2º - A lei disporá sobre a aposentadoria em cargos ou empregos temporários.

§3º - O tempo de serviço público federal, estadual ou municipal será computado integralmente para os efeitos de aposentadoria e de disponibilidade."

Com a publicação da Emenda Constitucional nº 20/98, profundas alterações foram promovidas nas regras previdenciárias de todos os entes federativos, incluídas suas autarquias e fundações, assentando expressamente que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios **somente poderiam instituir regime próprio de previdência social – RPPS para os servidores titulares de cargo efetivo** (de caráter contributivo) cuja investidura haveria de ser mediante aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos:

"Constituição Federal de 1988

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (grifos nossos)

Art. 40 - Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98) (grifos nossos)

...

§13 - Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

Desse modo, não é difícil concluir que o regime próprio de previdência social – RPPS, tal qual exposto pelo Recorrente, é reservado, exclusivamente, **aos servidores titulares ocupantes de cargos efetivos**, ou seja àqueles que ingressaram no serviço público por meio de prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos.

Ainda que ao Município seja facultada a criação de RPPS, seu direito restringe-se aos servidores titulares de cargo efetivo de modo que os ocupantes de cargo em comissão, função pública e temporários permaneceram compulsória e automaticamente filiados ao Regime Geral de Previdência Social.

De mais a mais, importante ressaltar que tal compreensão encontra amparo no art. 1º, inciso V da Lei nº 9.717/98, a qual prescreveu as regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal, *in litteris*:

"Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998.

Art. 1º Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal deverão ser organizados, baseados em normas gerais de contabilidade e atuária, de modo a garantir o seu equilíbrio financeiro e atuarial, observados os seguintes critérios:

...

V- cobertura exclusiva a servidores públicos titulares de cargos efetivos e a militares, e a seus respectivos dependentes, de cada ente estatal, vedado o pagamento de benefícios, mediante convênios ou consórcios entre Estados, entre Estados e Municípios e entre Municípios;"

Portanto, a existência de Regime Próprio de Previdência Social, na hipótese, não é suficiente para ilidir a cobrança, porquanto os profissionais integrantes do Programa de Saúde da Família mencionados no relatório fiscal não são servidores efetivos do ente federado, logo, sua filiação ao RGPS é obrigatória.

5 - DA TAXA SELIC - INCONSTITUCIONALIDADE:

Dispõe o art. 161, §1º do CTN que o crédito não integralmente pago no vencimento será acrescido de juros de mora calculados à taxa de um por cento ao mês, se a lei não dispuser de modo diverso.

Com efeito, as contribuições destinadas à Seguridade Social possuem legislação específica para disciplinar a matéria. De acordo com o art. 34 da Lei nº 8.212/91, até o advento da Lei nº 11.941/09 – MP 449/08, as contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo INSS, incluídas ou não em notificação fiscal de lançamento, pagas com atraso, objeto ou não de parcelamento, ficam sujeitas aos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia -

SELIC, a que se refere o art. 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, incidentes sobre o valor atualizado (a incidência dos juros começa a fluir da **data de vencimento do tributo**), e multa de mora, todos de caráter irrelevável. Vide transcrição da norma:

“Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991

Art. 34. As contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo INSS, incluídas ou não em notificação fiscal de lançamento, pagas com atraso, objeto ou não de parcelamento, ficam sujeitas aos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, a que se refere o art. 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, incidentes sobre o valor atualizado, e multa de mora, todos de caráter irrelevável. (Restabelecido com redação alterada pela MP nº 1.571/97, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97)” grifo nosso

A matéria já foi amplamente discutida no Segundo Conselho de Contribuintes. Na ocasião foi sedimentado o entendimento segundo o qual é possível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa SELIC, vide a Súmula nº 3 CARF:

“SÚMULA CARF nº 3:

É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic para títulos federais.”

Isto posto, não vislumbro qualquer ilegalidade na cobrança da taxa SELIC. O que faz a Receita Federal, como órgão administrativo sujeito ao princípio da legalidade tal qual exposto no art. 37 da Constituição Federal, é aplicar a norma insculpida no art. 161, §1º do CTN c/c art. 34 da Lei nº 8.212/91.

A legislação em exame não foi objeto de declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, seja em controle difuso (com posterior publicação da Resolução Senatorial) ou concentrado. Logo, não é atribuição do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF assim reconhecer. Eis a Súmula nº 2 do CARF:

“Súmula CARF nº 2:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”

6 - REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS:

Acrescenta o auditor que foram considerados todos os recolhimentos constantes das GPS e os créditos lançados em LDC e NFLD, conforme DAD e RDA anexos. Aduziu, ainda, que a omissão verificada no registro de empregado, contribuinte individual ou trabalhador avulso em folha-de-pagamento ou em GFIP, configura, em tese, o ilícito tipificado no art. 337-A do Código Penal (sonegação de contribuição previdenciária).

Em defesa, afirmou a Recorrente que não tem procedência a alegação de crime de sonegação fiscal a ele imputada.

A emissão pelo auditor fiscal da Representação Fiscal para Fins Penais está amparada pelo art. 132 da IN nº 971/09 cuja norma determina a obrigação do agente fazendário, ao se deparar com fato que se adapta perfeitamente a descrição do tipo legal do art. 168-A do Código Penal, elaborar referido documento e encaminhá-lo ao Ministério Público para a análise, para este, se assim entender, oferecer denúncia ao Poder Judiciário. A sua tarefa resume-se na verificação da tipicidade da conduta, sem perquirir a respeito dos demais elementos do fato típico, da antijuricidade e da culpabilidade:

"Art. 132. A falta de recolhimento, no prazo legal, das importâncias retidas configura, em tese, crime contra a Previdência Social previsto no art. 168-A do Código Penal, introduzido pela Lei nº 9.983, de 14 de julho de 2000, ensejando a emissão de Representação Fiscal para Fins Penais (RFFP)."

Desse modo, o exame da matéria por este Colegiado restringe-se ao crédito tributário exigido, não se estendendo ao exame da procedência ou não do encaminhamento de representação fiscal e/ou sobrestar eventual oferecimento de denúncia crime pelo Ministério Público ao Judiciário. Sendo assim, descabe julgar eventual ilicitude da conduta, tal como pretendido pelo sujeito passivo.

Por todo o exposto,

CONHEÇO parcialmente do Recurso Voluntário, deixando de apreciar o prazo decadencial disposto no art. 150, §4º do CTN, uma vez que a DRJ já se manifestou neste sentido excluindo as competências 01/2002 a 09/2002 e na parte conhecida (período remanescente 10/2002 a 03/2007), NEGOU PROVIMENTO, mantendo inalterado o crédito tributário.

É como voto.

Sala das Sessões, de 17 de Setembro de 2013

Juliana Campos de Carvalho Cruz - Relatora