



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

Processo n° 14489.000119/2008-17
Recurso n° 259.238 Voluntário
Acórdão n° **2803-00.667 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 14 de abril de 2011
Matéria Contribuições Previdenciárias
Recorrente INSTITUTO CLÍNICO RIO GUANABARA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/10/1994 a 30/10/1997

SEGURADO EMPREGADO. ENQUADRAMENTO. ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA RELAÇÃO DE EMPREGO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO.

A fiscalização deve demonstrar presentes os requisitos legais para a caracterização do segurado na categoria de empregado, consoante art. 12 da lei 8.212/91

Recurso Voluntário Provido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Relator(a).

assinado digitalmente

Helton Carlos Praia de Lima - Presidente.

assinado digitalmente

Oséas Coimbra - Relator.

Processo nº 14489.000119/2008-17
Acórdão n.º **2803-00.667**

S2-TE03
Fl. 227

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Helton Carlos Praia de Lima, Eduardo de Oliveira, Wilson Antônio de Souza Corrêa, Oséas Coimbra Júnior, Amílcar Barca Teixeira Júnior, Gustavo Vettorato.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra decisão da Delegacia da Secretaria da Receita Federal do Brasil de Julgamento, que manteve a notificação fiscal entregue ao contribuinte em 02.09.2002, referente a contribuições devidas em razão de pagamentos efetuados a pessoas jurídicas, após desconsideração pelo AFPS e enquadramento como segurados empregados.

Às fls 60 temos termo de revelia com data de 18.09.2002. Às fls 73, em 21.01.2003, a APS Irajá informa que houve impugnação apresentada em 17.09.2002, tempestiva portanto, havendo o prosseguimento do feito e lavrada DN em 15.01.2004 e dado ciência ao contribuinte em 16.02.2004.

Às fls 90, em razão da não apresentação de recurso, temos novo Termo de Trânsito em julgado, de 19.03.2004. Às fls 212, o Chefe da Sarec - DRFB-P/RJ Norte intima o contribuinte a apresentar o comprovante original do protocolo do recurso, que está acostado às fls 216, apresentando a data de 16.03.2004, sendo o recurso tempestivo e enviado a este Conselho.

A Decisão-Notificação – fls 76 e ss, conclui pela improcedência da impugnação apresentada, mantendo a Notificação lavrada. Inconformada com a decisão, apresenta resumido recurso voluntário, alegando o seguinte :

- Foi autuada sem qualquer base legal por não ter apresentado contratos por escrito com algumas das empresas que lhe prestavam serviços. O código civil não exige a forma escrita para o reconhecimento da validade dos contratos, segundo arts. 82 e 129 da Lei 3.071 de 01.01.1916 (Código Civil Antigo), e 104, III e 107 da Lei 10.406 de 10/01/2002, Código Civil Novo),
- Prescrição do crédito tributário em cinco anos.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Oséas Coimbra

DA DECADÊNCIA

A súmula vinculante do STF, nº 08 traz:

“São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

Com a decisão do Pretório Excelso, a questão passa a ser decidida com base nos artigos art. 150, § 4 e 173, ambos do Código Tributário Nacional – CTN.

Transcrevemos o artigo 173 :

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

A jurisprudência pátria já assentou que a aplicabilidade deste artigo seria nas hipóteses de inexistência de pagamento antecipado ou na ocorrência de fraude ou dolo, conforme transcrevemos.

“Ementa: II. Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN.” (STJ. REsp 395059/RS. Rel.: Min. Eliana Calmon. 2ª Turma. Decisão: 19/09/02. DJ de 21/10/02, p. 347.)

...

“Ementa: Em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, a fixação do termo a quo do prazo decadencial para a constituição do crédito deve considerar, em conjunto, os arts. 150, § 4º, e 173, I, do Código Tributário Nacional.

Na hipótese em exame, que cuida de lançamento por homologação (contribuição previdenciária) com pagamento antecipado, o prazo decadencial será de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador.

.... Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN.” (STJ. EREsp 278727/DF. Rel.: Min. Franciulli Netto. 1ª Seção. Decisão: 27/08/03. DJ de 28/10/03, p. 184.)

Por fim, tal matéria foi submetida ao crivo da 1ª. Seção do Superior Tribunal de Justiça, através de Recurso Especial representativo de controvérsia – RESP 973.733, conforme art. 543-C do normativo processual e, segundo a nova redação do art. 62-A do Regimento interno do CARF, de reprodução obrigatória pelos Conselheiros. Reproduzimos excerto da ementa:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

(...)

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de. desarrazoado prazo decadencial decenal(...)

grifamos

Do relatório DAD – Discriminativo Analítico do Débito, constata-se a não ocorrência de pagamentos referentes as rubricas *sub examine*, justificando a aplicabilidade do art. 173.

Como a presente notificação se refere às competências 10/1994 a 10/1997, tendo sido dado ciência ao contribuinte em 02.09.2002, aplicando-se o art. 173 do CTN temos que considerar decadentes as competências anteriores a 12/1996, inclusive.

Ante o exposto, acato a preliminar de decadência, nos termos do voto proferido.

NO MÉRITO

Do período não decadente, temos que o anexo de fls 48 e ss aponta as seguintes empresas cujos pagamentos foram considerados pagamentos a empregados:

1. Castro e Garcia Serv. Med. Ltda
2. Viva Consultoria Médica Ltda – anexadas 03 notas fiscais ref Serviços prestados Dra. Maria Armanda
3. Schiavini e Schiavini Serv. Méd
4. Policlínica da Penha Ltda
5. Ortopedia/Ortodontia Assoc. Ltd – anexada uma nota fiscal

Referente a essas prestadoras, essas foram as razões do Auditor autuante para considerar que se tratava de pagamentos a empregados e não a pessoas jurídicas:

Constituem fatos geradores das contribuições apuradas os pagamentos feitos às diversas "Prestadoras de Serviços", conforme considerações do contribuinte acima qualificado. Tais pagamentos foram encontrados nos diversos Livros Contábeis (Diários), examinados. As supostas empresas prestadoras de serviços médicos contudo, não apresentaram os contratos de prestações de serviços firmados entre as partes.

Cabe esclarecer ainda que algumas das Prestadoras de Serviços, foram constituídas por ex-empregados do Instituto Clínico Rio Guanabara Ltda, como é o caso por exemplo da VIVA CONSULTORIA DE SERVIÇOS MÉDICOS LIDA, CNPJ 68.602.168/0001- 00, estabelecida à R. Pereira da Silva, 492 bloco I apto 1701, cep 22221-140, Laranjeiras, cujo a sócia Maria Armanda Esteves de S. Pinheiro, foi empregada do Instituto Clínico, no período de 02/05/87 a 02/03/94, conforme cópia da rescisão anexa ao presente lançamento.

Apesar de notificada para apresentação dos contratos pactuados, o contribuinte em questão não os apresentou.

Somos sabedores da existência da figura das empresas prestadoras de serviços médicos; contudo sabemos também que para qualquer relação profissional de serviço, faz-se necessário o contrato firmado entre as partes.

Tendo em vista a falta de apresentação do elemento primordial na relação acima descrita,(contrato), bem como a falta de apresentação pelo Instituto Clínico das GFIP) dos Prestadores de Serviços, das guias de recolhimentos dos valores retidos sobre as prestações de serviços foi lavrado o presente débito.

(...)

VIVA CONSULTORIA DE SERVIÇOS MÉDICOS LIDA

CNPJ: 68.602.168.0001-00

END.: R. PEREIRA DA SILVA, 492 BLOCO I APTO 1702
LARANJEIRAS

O prestador de serviço acima qualificado apresenta a seguinte situação no seu C. Corrente:

Não foi possível encontrar responsáveis cadastrados, existem recolhimentos inexpressivos para o período de 08/94 a 03/2000, 04/2000 a 06/2002 sem recolhimentos, GFIP com valores inexpressivos para o período de 01/99 a 07/99, GFIP (SEM MOVIMENTO) para o período de 08/99 a 11/99, sem GFIP para o período de 12/99 a 06/2002;

CASTRO E GARCIA SERVIÇOS MÉDICOS LIDA

CNN: 68.656.909.0001-36

END.: R. SANTO AFONSO, 44 SALA 404

O prestador de serviço apresenta recolhimentos inexpressivos para o período de 08/94 a 03/2000, sem recolhimentos para as compet. 04 e 06/2000, sem recolhimentos para o período de 08/2000 a 02/2002; e falta de entrega de GFIP;

POLICLINCA DA PENHA LIDA

CNPJ: 78.408.254.0001-17

END.: AV. BRAZ DE PINA, 997

O prestador de serviço não possui recolhimentos para o período de 11/94 a 03/2002, sem entrega de GF11' para o período de 01/99 a 03/2002, sem co-responsáveis cadastrados no INSS;

SCHRTINI E SCHIAVINI SERVIÇOS MÉDICOS LIDA

CNPJ: 31.108.558.0001-19

END.: AV 28 DE SETEMBRO, 44 SALA 512

O prestador de serviço não possui recolhimentos para o período de 10/94 a 06/2002, sem entrega de GFIP para o período de 01/99 a 06/2002, no cadastro de responsáveis aparece a SRA NADJA DE ARAÚJO SCHIAVINI E O SR JOÃO LUIZ SCITIAVINI, sem endereço residencial;

ORTOPEDIA E ORTODONTIA ASSOCIADOS LTDA

CNPJ: 00.677.993.0001-30

END.: R. MUNIZ BARRETO, 501 SALA 305 BOTAFOGO

O prestador de serviços não apresenta em seu C. Correntes recolhimentos para o INSS, para o período de 01/95 a 04/96, recolhimentos inexpressivos para o período de 05/96 a 13º/96, recolhimentos inexpressivos para o período de 01/97 a 12/97,

sem recolhimentos para a compet. 13º/97, recolhimentos inexpressivos para o período de 01/98 a 12/98, sem recolhimentos para a compet. 13º/98, recolhimentos inexpressivos para o período de 01/99 a 12/99, sem recolhimentos para a compet. 13º/99, recolhimentos inexpressivos para o período de 01/2000 a 12/2000, sem recolhimentos para a compet. 13º/2000, recolhimentos inexpressivos para o período de 01/2001 a 03/2001, sem recolhimentos para o período de 04/2001 a 06/2002, GFIP (SEM MOVIMENTO) para o período de 02 a 06/2002.

O presente débito trata da desconsideração das pessoas jurídicas acima, para caracterizar os pagamentos efetivados como remuneração a segurados empregados.

Para a desconsideração de Pessoa Jurídica – PJ, se faz necessário prova robusta de que a relação jurídica não se perfaz entre Tomador ↔ Prestador, e sim entre tomador e Pessoas Físicas.

O enquadramento realizado pelo AFPS traz mais um ingrediente complicador pois, além de desconsiderar a PJ, enquadra os segurados como empregados.

Apesar do aparente conformismo apresentado na impugnação e reforçado no recurso quanto a este aspecto, já que questionado apenas a desconsideração da PJ em razão da falta de contrato, salta aos olhos o vício aqui presente.

O art. 37 da lei 8.212/91 assim determina:

*Art. 37 Constatado o atraso total ou parcial no recolhimento de contribuições tratadas nesta Lei ou em caso de falta de pagamento de benefício reembolsado, a fiscalização lavrará notificação de débito **com discriminação clara e precisa dos fatos geradores**, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, conforme dispuser o regulamento*

Trata-se de enquadramento de segurados como empregados, sendo que, em relação às empresas retrocitadas, forçoso reconhecer que sequer o nome dos segurados reenquadrados foram apresentados, com exceção da segurada Dra. Maria Armanda, vinculada a empresa Viva Consultoria Médica Ltda.

O enquadramento como segurado empregado, deve apresentar o que consta da lei 8.212/91, senão vejamos:

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;

(...)

Do exposto, temos que se fazia necessária a apresentação dos segurados que deveriam ser enquadrados como empregados, ou uma indicação clara a quem se referia, além de uma apresentação que explanasse uma relação de emprego com suas características legais.

Demonstra-se assim que deveria constar um mínimo de lastro probatório a indicar as premissas exigidas em lei, o que não foi feito.

A não indicação dos requisitos necessários ao enquadramento como segurado empregado fulmina o auto lavrado, configurando vício material insanável.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto por conhecer do recurso para declarar a decadência referente às competências anteriores à 12/1996, inclusive e, no mérito, dou-lhe provimento.

assinado digitalmente

Oséas Coimbra - Relator.