



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

Processo n° 15586.000634/2009-42
Recurso n° 999.999 Voluntário
Acórdão n° 2403-00.901 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 1 de dezembro de 2011
Matéria OBRIGAÇÃO PRINCIPAL
Recorrente HOSPITAL MERIDIONAL S.A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2005

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - IRREGULARIDADE NA LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO - INOCORRÊNCIA.

Tendo o fiscal autuante demonstrado de forma clara e precisa os fatos que suportaram a autuação, oportunizando ao contribuinte o direito de defesa e do contraditório, bem como em observância aos pressupostos formais e materiais do ato administrativo, nos termos da legislação de regência, especialmente artigo 142 do CTN, não há que se falar em nulidade da autuação.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - RELATÓRIO DE REPRESENTANTES LEGAIS E VÍNCULOS - SUBSÍDIO PARA FUTURA AÇÃO EXECUTÓRIA.

Os Relatórios de Representantes Legais e de Vínculos são partes integrantes dos processos de lançamento e autuação e se destinam a esclarecer a composição societária da empresa no período do débito, listando todas as pessoas físicas e jurídicas representantes legais do sujeito passivo, indicando sua qualificação e período de atuação, a fim de subsidiarem futuras ações executórias de cobrança. Esses relatórios não são suficientes para se atribuir responsabilidade pessoal.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - ALIMENTAÇÃO - EMPRESA NÃO INSCRITA NO PROGRAMA DE ALIMENTAÇÃO DO TRABALHADOR - PAT - INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO.

O oferecimento de alimentação aos segurados empregados por empresa não inscrita no PAT - Programa de Alimentação do Trabalhador, integra o salário de contribuição e se constitui em fato gerador de contribuições sociais previdenciárias.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA - RETENÇÃO.

O contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de serviços e recolher a importância retida, nos termos do art. 31 da Lei 8.212/91, na redação da Lei n.º 9.711/98.

A empresa prestadora de serviços mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada que tenha valores retidos poderá compensar essas importâncias quando do recolhimento das contribuições previdenciárias incidentes sobre a folha de pagamento dos segurados a seu serviço.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - SOLIDARIEDADE - CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA.

A contratante de quaisquer serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, responde solidariamente com o executor pelas obrigações decorrentes desta Lei, em relação aos serviços prestados, não se aplicando, em qualquer hipótese, o benefício de ordem.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - DESCONSIDERAÇÃO DE VÍNCULO - SEGURADO EMPREGADO.

Quando a Auditoria-Fiscal constatar que o segurado contratado como contribuinte individual, trabalhador avulso, ou sob qualquer outra denominação, preenche as características de segurado empregado, previstas na Legislação, deverá desconsiderar o vínculo pactuado e efetuar seu correto enquadramento.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO - ACRÉSCIMOS LEGAIS - JUROS E MULTA DE MORA - ALTERAÇÕES DADAS PELA LEI 11.941/2009 - RECÁLCULO DA MULTA MAIS BENÉFICA - ART. 106, II, C, CTN

Até a edição da Lei 11.941/2009, os acréscimos legais previdenciários eram distintos dos demais tributos federais, conforme constavam dos arts. 34 e 35 da Lei 8.212/1991. A Lei 11.941/2009 revogou o art. 34 da Lei 8.212/1991 (que tratava de juros moratórios), alterou a redação do art. 35 (que versava sobre a multa de mora) e inseriu o art. 35-A, para disciplinar a multa de ofício.

Visto que o artigo 106, II, c do CTN determina a aplicação retroativa da lei quando, tratando-se de ato não definitivamente julgado, lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, princípio da retroatividade benigna, impõe-se o cálculo da multa com base no artigo 61 da Lei 9.430/96 para compará-la com a multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei 8.212/91 (presente no crédito lançado neste processo) para determinação e prevalência da multa de mora mais benéfica.

Ressalva-se a posição do Relator, vencida nesta Colenda Turma, na qual se deve determinar o recálculo dos acréscimos legais na forma de juros de mora (com base no art. 35, Lei 8.212/1991 c/c art. 61, § 3º Lei 9.430/1996 c/c art. 5º, § 3º Lei 9.430/1996) e da multa de ofício (com base no art. 35-A, Lei 8.212/1991 c/c art. 44 Lei 9.430/1996), com a prevalência dos acréscimos legais mais benéficos ao contribuinte.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de voto, em dar provimento parcial ao recurso para afastar a tributação do levantamento R04 – Retenção Tomasi Laboratório. Vencido o relator Conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Cid Marconi Gurgel de Souza. **NO MÉRITO**, por unanimidade de voto, em dar provimento parcial para determinar o recalcule do valor da multa de mora, de acordo com o disciplinado no art. 35 da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/2009, com prevalência da mais benéfica ao contribuinte. Vencidos os Conselheiros Cid Marconi Gurgel de Souza e Jhonatas Ribeiro da Silva na tributação do PAT

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Cid Marconi Gurgel de Souza, Igor Araújo Souza (suplente) e Jhonatas Ribeiro da Silva (suplente). Ausentes o Conselheiro Marthius Sávio Cavalcante Lobato e o Conselheiro Marcelo Magalhães Peixoto.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário, fls. 411 a 420, interposto pela Recorrente – HOSPITAL MERIDIONAL S.A., contra Acórdão nº 12-27.942 - 11ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento do Rio de Janeiro I - RJ I, fls. 384 a 406, que julgou procedente o Auto de Infração de Obrigações Principais - AIOP nº 37.220.123-7, fl. 01, no valor consolidado de R\$ 360.105,64 (trezentos e sessenta mil, cento e cinco reais e sessenta e quatro centavos).

O lançamento é referente às contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à:

- *Contribuição patronal devida sobre remuneração de segurados empregados e de segurados contribuintes individuais;*
- *Contribuição patronal devida sobre serviços executados mediante cessão de mão de obra ou empreitada, incidente sobre o valor bruto de nota fiscal ou fatura de prestação de serviços;*
- *Contribuição patronal relativamente a serviços prestados por cooperados através de cooperativas de trabalho;*
- *Contribuição para financiamento dos benefícios, concedidos em razão de incapacidade laborativa decorrente dos Riscos Ambientais do Trabalho — RAT, incidentes sobre a remuneração de segurados empregados;*
- *Compensação indevida de salário-família;*

O Relatório Fiscal, às fls. 157 a 169, com Anexos às fls. 170 a 350, destaca que foram apurados os códigos de levantamento:

- Levantamento ALI — SALÁRIO ALIMENTAÇÃO NÃO PAT

A empresa forneceu alimentação aos seus empregados, conforme comprovam os descontos na rubrica "125 — REFEIÇÃO" constantes das folhas de pagamento, mas, no ano de 2005 não esteve regularmente inscrita no PAT e, portanto, a alimentação fornecida aos seus empregados através da autogestão (serviço próprio), se constitui em fato gerador de contribuições previdenciárias. Na análise dos lançamentos contábeis apresentados verifica-se, na conta de despesa "ALIMENTAÇÃO E REFEIÇÃO", que existe reembolso de alimentação fornecida a pessoas jurídicas que funcionam dentro do hospital. Deste modo, a despesa escriturada na mencionada conta não se refere apenas às refeições fornecidas aos empregados do sujeito passivo.

- Levantamento PRO — PRO-LABORE DIRETORES

Sítios e Jardins Comercial Ltda, para realizar serviços de construção civil.

- Levantamento RO2 RETENÇÃO MERIDIONAL CONSTRUTORA

Contratação de serviços sujeitos à retenção da Lei 9711, de 21/11/1998 referidos à construção civil e executados mediante cessão de mão de obra ou empreitada, prestados pela empresa Meridional Construtora Ltda, para realizar serviços de construção civil.

- Levantamento RO3 — RETENÇÃO ATENAS

Contratação de serviços sujeitos à retenção da Lei 9711, de 21/11/1998 referidos à construção civil e executados mediante cessão de mão de obra ou empreitada, prestados pela empresa Atenas Consultoria & Serviços Ltda, para realizar serviços de construção civil. Para esta empresa o Hospital apresentou contratos tendo como objeto a execução de serviços com fornecimento de mão de obra e material, sendo o percentual de 11% da retenção aplicado sobre 50% do valor da nota fiscal.

- Levantamento R04 — RETENÇÃO TOMMASI LABORATÓRIO

Contratação de serviços sujeitos à retenção da Lei 9711, de 21/11/1998, relacionados à saúde, prestados por empresa da área da saúde e executados mediante cessão de mão de obra. O laboratório Henrique Tommasi Netto Análises Clínicas Ltda — Tommasi laboratório realizou exames laboratoriais para o Hospital Meridional, conforme comprovam notas fiscais. Em diligência ao hospital foi constatado que esse laboratório ocupa um espaço próprio no prédio do hospital, com equipamentos adequados para a realização de exames e com equipes próprias de funcionários atendendo 24 horas por dia, sendo, inclusive esses funcionários que realizam todas as coletas feitas nos usuários/pacientes do sujeito passivo. Na análise da contabilidade, bem como na análise das notas fiscais emitidas verifica-se que o laboratório não paga qualquer aluguel pela ocupação do espaço no hospital, embora exista contrato de locação celebrado entre as partes. Assim, conclui-se que o Laboratório Tommasi realiza serviços de saúde com cessão de mão de obra, pois coloca à disposição do Hospital Meridional e em suas dependências, funcionários que realizam serviços contínuos na área de saúde, serviços esses que se constituem em necessidade permanente do hospital.

- Levantamento DPJ — DESCONSIDERAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA FOCUS

Em 01/04/2004, o Hospital Meridional formalizou contrato de prestação de serviços de assessoria e gestão administrativa e comercial com a empresa Focus Consultores Independentes S/S Ltda, CNPJ 06.185.710/0001-10. A data de abertura dessa empresa,

*constante no cartão do CNPJ, acessado através do site da Receita Federal do Brasil na Internet é 06/04/2004, ou seja, a empresa foi criada alguns dias após a assinatura do contrato. Através de consulta ao DCBC — Demonstrativo da Composição da base de Cálculo do CNIS/ Cadastro Nacional de Informações Sociais da DATAPREV da empresa Focus foi verificado que a mesma declarou em GFIP, no período de 04/2004 a 05/2005, apenas a segurada Jacqueline Romero Benjamim, categoria 11 — contribuinte individual empresário. No banco de dados da Receita Federal do Brasil e através da Consulta Valores a Recolher x Valores Recolhidos — CCORGFIP foi verificado que, a partir de 06/2005, a Focus tem declarado GFIP sem movimento, ou seja, ausência de fato gerador para a Previdência Social e para o FGTS. Analisando os fatos contábeis relacionados à Focus e constantes da contabilidade do Hospital Meridional nos anos de 2004 e 2005, coluna "Histórico" dos lançamentos verifica-se que, exceto pela NF 32, que pode inclusive ter sido cancelada, todas as notas emitidas pela Focus, no período de 05/2004 a 12/2005, foram por serviços prestados ao hospital. No item 2.1 da cláusula segunda do já mencionado contrato entre o Hospital e a Focus consta que "Obriga-se a CONTRATADA a assessorar a Diretoria Administrativa CONTRATANTE, bem como a executar a gestão administrativa, financeira, operacional e comercial desse, mantendo, diariamente 2 (dois) profissionais, à disposição do CONTRATANTE, que desempenharão as funções de GERENTE ADMINISTRATIVO e GERENTE COMERCIAL". Através da análise de relatórios de viagem emitidos em 07/03/2005 e em 05/04/2005, Jacqueline Benjamim, com carimbo do Hospital Meridional como Gerente Administrativa, presta contas de despesas de viagens realizadas em curso de pós-graduação. Em 02/05/2005 Jacqueline Benjamim Scarpelli foi admitida como empregada do Hospital Meridional, na função de Gerente Administrativa, conforme folha de pagamento de maio/2005. No relatório de viagem elaborado por Jacqueline Benjamim em 09/05/2005, nessa data já empregada registrada no hospital, consta o mesmo carimbo seu como Gerente Administrativa do Hospital Meridional. Importante esclarecer que Jacqueline Romero Benjamim e Jacqueline Benjamim Scarpelli são a mesma pessoa, conforme fica comprovado a partir do PIS.... No contrato celebrado entre o Hospital Meridional e a Focus reza a contratação de dois profissionais. Porém a própria Focus, quando presta informações à Previdência Social através de GFIP, declara a existência apenas da segurada Jacqueline. Desta forma, essa segurada é que será considerada como tendo prestado a totalidade dos serviços ao hospital.... A situação alcançada pela Auditoria Fiscal obedece ao critério legal do artigo 229, §2º do Regulamento de Previdência Social, aprovado pelo Decreto 48/99, que também dispõe acerca de segurado empregado no artigo 90, I "a". **Eis que restou constatada a existência de vínculo***

empregatício entre o Hospital Meridional e Jacqueline, haja vista estarem presentes os pressupostos caracterizadores da relação de emprego que são: não eventualidade, subordinação jurídica, pessoalidade e onerosidade. Ou seja, Jacqueline ficava diariamente à disposição do hospital, na função de gerente administrativa, função essa que se manteve quando ela foi admitida como empregada, recebendo salário ainda que através de notas fiscais.

A **ciência do AIOP** ocorreu em **09.07.2009**, às fls. 01.

O **período objeto do AIOP**, conforme o Relatório Discriminativo do Débito, às fls. 17, é de **01/2005 a 12/2005**.

A **Recorrente apresentou impugnação**, às fls. 353 a 363, com Anexos às fls. 370 a 382.

A **Recorrida** analisou a autuação e a impugnação, **julgando procedente a autuação**, nos termos do **Acórdão nº 12-27.942 - 11ª Turma** da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento do Rio de Janeiro I - RJ I, fls. 384 a 406, conforme Ementa a seguir:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2005

CONTRIBUIÇÕES INCIDENTES SOBRE REMUNERAÇÃO DE SEGURADOS EMPREGADOS - AJUDA ALIMENTAÇÃO

Incide contribuição previdenciária sobre alimentação quando concedida aos empregados da empresa sem adesão ao Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT, instituído pela Lei 6321, de 14/04/76.

CARACTERIZAÇÃO DE SEGURADO EMPREGADO

Cabe ao Auditor da Receita Federal do Brasil caracterizar segurado empregado quando constatar os pressupostos de que trata o art. 12, I, da Lei nº 8.212/91, incidindo as contribuições previdenciárias sobre a remuneração paga ou creditada ao mesmo.

CONTRIBUIÇÕES SOBRE REMUNERAÇÃO DE SEGURADOS EMPREGADOS

São devidas as contribuições previdenciárias patronais e as destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho - GILRAT incidentes sobre as remunerações pagas aos segurados empregados, quando não recolhidas pela empresa na época oportuna.

CONTRIBUIÇÕES SOBRE REMUNERAÇÃO DE SEGURADO CONTRIBUINTE INDIVIDUAL

São devidas as contribuições previdenciárias patronais incidentes sobre as remunerações pagas a contribuinte individual quando não recolhidas pela empresa na época oportuna.

RETENÇÃO DE 11% DO VALOR DA NOTA FISCAL OU FATURA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.

A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra tem a responsabilidade de reter 11% do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida em nome da empresa cedente de mão de obra, tornando-se responsável pelos valores não retidos, nos termos do artigo 31 da Lei 8212/91, a partir da redação dada pela Lei 9711/98.

SERVIÇOS PRESTADOS POR COOPERADOS POR INTERMÉDIO DE COOPERATIVA DE TRABALHO.

É devida contribuição patronal relativamente a serviços prestados por cooperados através de cooperativas de trabalho.

GLOSA DE SALÁRIO FAMÍLIA

São devidos à Previdência Social os valores que a empresa pagou a seus empregados indevidamente e/ou a maior a título de salário família ou que se compensou a maior quando do recolhimento das contribuições previdenciárias através de Guias de Recolhimento da Previdência Social - GPS.

RELATÓRIO DE REPRESENTANTE LEGAIS

A relação dos representantes legais é peça necessária à instrução do processo administrativo de débito.

PEDIDO DE DILIGÊNCIA - INDEFERIMENTO

Indefere-se o pedido de diligência quando esta se mostra prescindível.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Acórdão

*Acordam os membros da **11a** Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, considerar IMPROCEDENTE A IMPUGNAÇÃO, MANTENDO O CRÉDITO TRIBUTÁRIO EXIGIDO.*

Intime-se para pagamento do crédito mantido no prazo de 30 dias da ciência, salvo interposição de recurso voluntário ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, em igual prazo,

conforme facultado pelo art. 33 do Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972, alterado pelo art. 12 da Lei n.º 8.748, de 09 de dezembro de 1993 e pelo art. 32 da Lei 10.522, de 19 de julho de 2002.

À unidade competente para dar ciência ao interessado **do inteiro teor**.

Sala de Sessões, em 22 de dezembro de 2009.

Ademais, **a decisão de primeira instância**, às fls. 405 a 406, **considerou como matérias não impugnadas pelo Contribuinte os relativos aos levantamentos:** (1) GLO — GLOSA DE SALÁRIO FAMÍLIA; (2) COO — SERVIÇOS DE COOPERATIVA DE TRABALHO; (3) Levantamento PRO — PRO-LABORE DIRETORES; (4) Levantamento ADT — ADIANTAMENTO SEM DESCONTO; (5) Levantamento AGB — ALUGUEL GARANTIA BANDES.

51. A empresa em nenhum momento questionou os levantamentos GLO — GLOSA DE SALÁRIO FAMÍLIA e COO — SERVIÇOS DE COOPERATIVA DE TRABALHO

52. Logo, são considerados como matérias não impugnadas, nos termos do artigo 17 do Decreto 70.235/72, que dispõe:

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante. (Redação dada pela Lei nº9.532,

53. Conforme já exposto neste voto, as assertivas genéricas da impugnação não podem ser levadas em consideração, pois não atendem aos requisitos legais aplicáveis estabelecidos pelo Decreto 70.235/1972. **Assim, os lançamentos abaixo, também constituem matéria não impugnada nos termos do Decreto 70235/72:**

Levantamento PRO — PRO-LABORE DIRETORES

Levantamento ADT — ADIANTAMENTO SEM DESCONTO

Levantamento AGB — ALUGUEL GARANTIA BANDES

Inconformada com a decisão de 1ª instância, **a Recorrente apresentou Recurso Voluntário**, fls. 411 a 420, onde alega em apertada síntese:

Em sede Preliminar.

(i) Da exclusão dos co-responsáveis;

(ii) Dos vícios formais da Ação Fiscal

Quando da realização da ação fiscal, a agente fiscal apontou diversos dispositivos como infringidos os dispositivos referentes aos segurados empregados e trabalhadores avulsos dispostos na Lei 8.212/91, c/c o disposto no Decreto 3048/99 e Lei 10.666/2003, contudo,

olvidou-se de individualizar as infrações cometidas, tendo inclusive se equivocado ao relacionar o inciso I do artigo 30 da Lei 8212/91, dispositivo legal relacionado aos sócios diretores, considerados contribuintes individuais e não empregados como aparentemente relacionado no auto de infração, o que torna, por si só, nulo todo o procedimento fiscal, haja vista não poder ter no corpo do Auto de Infração fundamentação legal equivocada, sem relação com o fato autuado.

(...) Não obstante os equívocos supra mencionados, temos ainda a intenção atécnica de penalizar o recorrente com base em Instrução Normativa, INSS/DC 003/2005 in casu, quando indiscutível que o instrumento legal hábil para capitulação de infrações à legislação tributária é a Lei no seu sentido estrito.

No Mérito.

(iii) PAT – Programa de alimentação do trabalhador

Em relação ao programa de alimentação ao trabalhador, a própria agente fiscal reconheceu no seu relatório às fls 2/11, a adesão do recorrente ao referido Programa, haja vista inclusive ter mencionado a apresentação de comprovante de inscrição datado de 30/06/01.

Entretanto, sem fundamentos aparentes, optou por considerar a inscrição do recorrente como insuficiente para comprovação de adesão no Programa de Alimentação do Trabalhador.

Ora, não vislumbramos na Legislação vigente quaisquer outros requisitos, além da adesão inicial ao programa conforme, em termos, está sendo questionado pela autuante.

Ademais, temos o entendimento já corroborado, inclusive pelo STJ, que a própria inscrição no PAI" seria dispensável para fins de fruição do benefício.

(iv) Contrato de prestação de serviços sujeitos à retenção de 11%

Segundo informado pela própria agente fiscal, foram desconsiderados os contratos de prestação de serviços firmados pelo recorrente. Em suma eles foram desnaturados pelo Fisco que os considerou como sendo contratos de cessão de mão-de-obra, o que não é a verdade dos fatos.

Ora, em nenhum momento ficou caracterizada pelos prestadores dos serviços contratados a colocação de trabalhadores à disposição do recorrente. Cabe ressaltar que o simples fato de os serviços contratados terem sido prestados no estabelecimento do recorrente, por si só, como

faz parecer a ilustre autuante, não tem o poder de configurar ou enquadrar os serviços prestados em cessão de mão-de-obra.

Segundo o próprio STJ, quando comprovado recolhimento das contribuições previdenciárias pela empresa prestadora de serviços, a tomadora afastará a sua responsabilidade solidária sobre os recolhimentos autuados. Assim, é imprescindível para a defesa do recorrente que a fiscalização individualize as contribuições ora cobradas, permitindo assim que o recorrente prove a inexistência da alegada infração.

Logo, constitui verdadeiro óbice ao direito de ampla defesa, a relação de praticamente todos os dispositivos legais existentes como sendo os supostamente infringidos pelo recorrente, o que impede a apresentação de prova do recolhimento por parte da empresa terceirizada das contribuições cobradas pela autuante.

Assim não há como prosperar a alegação fiscal de que os serviços contratados pelo recorrente tenham sido prestados sob o formato de cessão de mão-de-obra, em especial àqueles prestados pelo Laboratório Tommasi e pela Focus Consultores.

Posteriormente, os autos foram enviados ao Conselho, para análise e decisão,
fls. 422.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro , Relator

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 422.

Avaliados os pressupostos, passo para as Questões Preliminares e ao Mérito.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES***(i) Da exclusão dos co-responsáveis;***

Analisemos.

Preliminarmente, quanto à solicitada exclusão de pessoas do rol de representantes legais cabe esclarecer que esta relação, anexada aos autos pela Fiscalização, não tem como escopo incluir pessoas físicas e jurídicas no pólo passivo da obrigação tributária, mas sim listar todas as pessoas representantes legais do sujeito passivo que, eventualmente, poderão ser responsabilizadas na esfera judicial, na hipótese de futura inscrição do débito em dívida ativa, pois o chamamento dos responsáveis só ocorre em fase de execução fiscal, em consonância com a legislação, e após se verificarem infrutíferas as tentativas de localização de bens da própria empresa.

A responsabilização somente ocorrerá por ordem judicial, nas hipóteses previstas na lei e após o devido processo legal. O débito foi lançado somente contra a pessoa jurídica e, neste momento, demais pessoas não sofrerão restrições em seus direitos. Assim, esta

discussão é inócua na esfera administrativa, sendo mais apropriada na via da execução judicial, na hipótese de convocação dos listados, por decisão judicial, para satisfação do crédito.

Portanto, não há razão para a exclusão destes Relatórios REPLEG – Relatório de Representantes Legais e VÍNCULOS – relação de Vínculos dos autos.

(ii) Dos vícios formais da Ação Fiscal

Quando da realização da ação fiscal, a agente fiscal apontou diversos dispositivos como infringidos os dispositivos referentes aos segurados empregados e trabalhadores avulsos dispostos na Lei 8.212/91, c/c o disposto no Decreto 3048/99 e Lei 10.666/2003, contudo, olvidou-se de individualizar as infrações cometidas, tendo inclusive se equivocado ao relacionar o inciso I do artigo 30 da Lei 8212/91, dispositivo legal relacionado aos sócios diretores, considerados contribuintes individuais e não empregados como aparentemente relacionado no auto de infração, o que torna, por si só, nulo todo o procedimento fiscal, haja vista não poder ter no corpo do Auto de Infração fundamentação legal equivocada, sem relação com o fato autuado.

(...) Não obstante os equívocos supra mencionados, temos ainda a intenção atécnica de penalizar o recorrente com base em Instrução Normativa, INSS/DC 003/2005 in casu, quando indiscutível que o instrumento legal hábil para capitulação de infrações à legislação tributária é a Lei no seu sentido estrito.

Analisemos.

Não obstante a argumentação do Recorrente, não confiro razão ao mesmo pois, de plano, nota-se que o procedimento fiscal atendeu a todas as determinações legais, não havendo, pois, nulidade por vício insanável e tampouco cerceamento de defesa.

Foi realizada auditoria-fiscal que resultou no lançamento do Auto de Infração de Obrigação Principal – AIOP, de contribuições destinadas à Seguridade Social correspondente a parte patronal e a de segurados.

Desta forma, conforme o artigo 37 da Lei nº 8.212/91, foi lavrado **AIOP nº 37.220.123-7** que, conforme definido nos artigos 460, 467 e 468 da IN RFB nº 971/2009, é o documento constitutivo de crédito relativo às contribuições devidas à Previdência Social e a outras importâncias arrecadadas pela RFNB, apuradas mediante procedimento fiscal:

- Lei nº 8.212/91

Art. 37. Constatado o não-recolhimento total ou parcial das contribuições tratadas nesta Lei, não declaradas na forma do art. 32 desta Lei, a falta de pagamento de benefício reembolsado ou o descumprimento de obrigação acessória, será lavrado auto

de infração ou notificação de lançamento. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

- IN RFB nº 971/20095

Art. 460. São documentos de constituição do crédito tributário relativo às contribuições de que trata esta Instrução Normativa:

I - Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social (GFIP), é o documento declaratório da obrigação, caracterizado como instrumento hábil e suficiente para a exigência do crédito tributário;

II - Lançamento do Débito Confessado (LDC), é o documento por meio do qual o sujeito passivo confessa os débitos que verifica;

III - Auto de Infração (AI), é o documento constitutivo de crédito, inclusive relativo à multa aplicada em decorrência do descumprimento de obrigação acessória, lavrado por AFRFB e apurado mediante procedimento de fiscalização;

IV - Notificação de Lançamento (NL), é o documento constitutivo de crédito expedido pelo órgão da Administração Tributária;

V - Débito Confessado em GFIP (DCG), é o documento que registra o débito decorrente de divergência entre os valores recolhidos em documento de arrecadação previdenciária e os declarados em GFIP; e

Art. 467. Será lavrado Auto de Infração ou Notificação de Lançamento para constituir o crédito relativo às contribuições de que tratam os arts. 2º e 3º da Lei nº 11.457, de 2007.

Art. 468. A autoridade administrativa competente para a lavratura do Auto de Infração pelo descumprimento de obrigação principal ou acessória, nos termos dos arts. 142 e 196 da Lei nº 5.172, de 1966 (CTN), e art. 6º da Lei nº 10.593, de 6 de dezembro de 2002, é o AFRFB que presidir e executar o procedimento fiscal.

Parágrafo único. Considera-se procedimento fiscal quaisquer das espécies elencadas no art. 7º e seguintes do Decreto nº 70.235, de 1972, observadas as normas específicas da RFB.

(grifo nosso)

Pode-se elencar as etapas necessárias à realização do procedimento:

- *A autorização por meio da emissão de TIPF – Termo de Início do Procedimento Fiscal, o qual contém o Mandado de Procedimento Fiscal – MPF- F, com a competente designação do Auditor-Fiscal responsável pelo cumprimento do procedimento, bem como a intimação para que o contribuinte para que apresentasse*

todos os documentos capazes de comprovar o cumprimento da legislação previdenciária;

- *A atuação dentro do prazo autorizado pelo referido Mandado, com a apresentação ao contribuinte dos fatos geradores e fundamentação legal que constituíram a lavratura do auto de infração ora contestado, com as informações necessárias para que o autuado pudesse efetuar as impugnações que considerasse pertinentes:*

a. IPC - Instruções para o Contribuinte (que tem a finalidade de comunicar ao contribuinte como regularizar seu débito, como apresentar defesa e outras informações);

b. DAD – Discriminativo Analítico do Débito (Este relatório discrimina, por estabelecimento, levantamento, competência e item de cobrança, os valores originários das contribuições devidas pelo sujeito passivo, as alíquotas utilizadas, os valores já recolhidos, anteriormente confessados ou objeto de Auto, as deduções legalmente permitidas e as diferenças existentes. Na coluna DIVERSOS estão compreendidos os créditos provenientes de GRPS, AI ou LDC associados a somente um levantamento.);

c. DSD – Discriminativo Sintético do Débito (Este relatório discrimina sinteticamente, por estabelecimento, competência e levantamento, as contribuições objeto da apuração, atualização monetária, multa e juros devidos pelo sujeito passivo.);

d. RL – Relatório de Lançamentos (Este relatório relaciona os lançamentos efetuados nos sistemas específicos para apuração dos valores devidos pelo sujeito passivo, com observações, quando necessárias, sobre sua natureza ou fonte documental.);

e. FLD- Fundamentos Legais do Débito (Este relatório informa ao contribuinte os dispositivos legais que fundamentam o lançamento efetuado, de acordo com a legislação vigente à época de ocorrência dos fatos geradores.);

f. REPLEG - Relatório de Representantes Legais (Este relatório lista todas as pessoas físicas e jurídicas representantes legais do sujeito passivo, indicando sua qualificação e período de atuação).

g. VÍNCULOS - Relatório de Vínculos (Este relatório lista todas as pessoas físicas ou jurídicas de interesse da administração previdenciária em razão de seu vínculo com o sujeito passivo, representantes legais ou não, indicando o tipo de vínculo existente e o período correspondente.);

h. REFISC – Relatório Fiscal.

Neste íterim, cabe destacar que no Relatório FLD - Fundamentos Legais do Débito, o qual informa ao contribuinte os dispositivos legais que fundamentam o lançamento efetuado, de acordo com a legislação vigente à época de ocorrência dos fatos geradores, consta corretamente o artigo 30, I, Lei 8.212/1991 uma vez que é o dispositivo que determina a obrigação de a empresa recolher a contribuição a que se refere o art. 22, IV, Lei 8.212/1991, assim como as contribuições incidentes sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregadas e contribuintes individuais a seu serviço, uma vez

que o objeto deste AIOP foi lançar as contribuições relacionadas no Relatório Fiscal, às fls. 157 a 169.

Cumpre-nos esclarecer ainda, que o lançamento fiscal foi elaborado nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional, especialmente a verificação da efetiva ocorrência do fato gerador tributário, a matéria sujeita ao tributo, bem como o montante individualizado do tributo devido.

De plano, o art. 142, CTN, estabelece que:

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.”

Analisando-se o AIOP nº 37.220.123-7, tem-se que foi cumprido integralmente os limites legais dispostos no art. 142, CTN.

Outrossim, não se materializa a hipótese aduzida pela Recorrente de que a Auditora-Fiscal teve intenção "atécnica" de penalizar a Recorrente com base na Instrução Normativa 03/2005. Anota-se que a Instrução Normativa 03/2005 foi utilizada apenas para explicar o critério de aferição indireta utilizado, matéria atinente a Instrução Normativa, visto que a fundamentação legal da aferição indireta encontra-se no Relatório de Fundamentos Legais do Débito, assim como a fundamentação legal das contribuições previdenciárias incidentes sobre as remunerações de segurados empregados.

Ademais, não compete ao Auditor-Fiscal agir de forma discricionária no exercício de suas atribuições. Desta forma, em constatando a falta de recolhimento, face a ocorrência do fato gerador, cumpri-lhe lavrar de imediato a notificação fiscal de lançamento de débito de forma vinculada, constituindo o crédito previdenciário. O art. 243 do Decreto 3.048/99, assim dispõe neste sentido:

Art.243. Constatada a falta de recolhimento de qualquer contribuição ou outra importância devida nos termos deste Regulamento, a fiscalização lavrará, de imediato, notificação fiscal de lançamento com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, de acordo com as normas estabelecidas pelos órgãos competentes.

No Mérito.

(iii) PAT – Programa de alimentação do trabalhador

Em relação ao programa de alimentação ao trabalhador, a própria agente fiscal reconheceu no seu relatório às fls 2/11, a adesão do recorrente ao referido Programa, haja vista inclusive ter mencionado a apresentação de comprovante de inscrição datado de 30/06/01.

Entretanto, sem fundamentos aparentes, optou por considerar a inscrição do recorrente como insuficiente para comprovação de adesão no Programa de Alimentação do Trabalhador.

Ora, não vislumbramos na Legislação vigente quaisquer outros requisitos, além da adesão inicial ao programa conforme, em termos, está sendo questionado pela autuante.

Ademais, temos o entendimento já corroborado, inclusive pelo STJ, que a própria inscrição no PAT seria dispensável para fins de fruição do benefício.

Analisemos.

Conforme o constatado no Relatório Fiscal, às fls. 157 a 169, a Recorrente fornece alimentação aos empregados sem estar inscrita no Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT), requisito este disposto expressamente na legislação:

3.1. A empresa forneceu alimentação aos seus empregados, conforme comprovam os descontos na rubrica "125-REFEIÇÃO" constantes das folhas de pagamentos.

A alimentação fornecida pela empresa, quando de acordo com o Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT, não integra o salário-de-contribuição para incidência de contribuições previdenciárias.

O PAT é um programa instituído por lei, destinado a melhorar o estado nutricional do trabalhador visando, antes de tudo, promover a saúde e prevenir as doenças profissionais decorrentes de uma alimentação deficiente, sendo uma conquista social importante para todos os trabalhadores.

Para comprovar a regularidade da empresa junto ao PAT esta auditoria fiscal fez as seguintes solicitações, através do Termo de Início do Procedimento Fiscal - TIPF e do Termo de Intimação Fiscal - TIF 01:

a) TIPF - "Comprovante(s) de adesão ao Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT, inclusive com identificação dos segurados beneficiados";

b) TIF 01 - "Recadastramento da empresa no Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT, obrigatório no ano de 2004";

c) TIF 01 - "Valor da utilidade "alimentação" fornecida, individualizada por empregado".

O sujeito passivo apresentou comprovante de inscrição no PAT, postado em 30/06/2001 (doc 001 anexo), documento esse que não é suficiente para comprovar a regularidade no programa durante o ano de 2005.

Na Relação Anual de Informações Sociais - RAIS, ano-base 2005, o campo referente à informação relacionada ao PAT consta como "NÃO" (doc 002 anexo).

Por conseguinte, no ano de 2005 o sujeito passivo não esteve regularmente inscrito no PAT e, portanto, a alimentação fornecida aos seus empregados através da autogestão (serviço próprio), se constitui em fato gerador de contribuições previdenciárias.

Na análise dos lançamentos contábeis apresentados **verifica-se, na conta de despesa "ALIMENTAÇÃO E REFEIÇÃO", que existe reembolso de alimentação fornecida a pessoas jurídicas que funcionam dentro do hospital.** Deste modo, a despesa escriturada na mencionada conta não se refere apenas às refeições fornecidas aos empregados do sujeito passivo. (gn)

A Lei nº 6.321, de 14 de abril de 1976, que trata do Programa de Alimentação do Trabalhador:

Art.3º. Não se inclui como salário de contribuição a parcela paga 'in natura' pela empresa, nos programas de alimentação aprovados pelo Ministério do Trabalho.

O Decreto nº 5, de 14 de janeiro de 1991, que regulamenta a Lei nº6.321/76:

Art. 1º. A pessoa jurídica poderá deduzir, do imposto de renda devido, valor equivalente a aplicação da alíquota cabível do imposto de renda sobre a soma das despesas de custeio realizadas, no período-base, em Programas de Alimentação do Trabalhador, previamente aprovados pelo Ministério do Trabalho e Previdência Social - MTPS nos termos deste regulamento.

(...) § 4º para os efeitos deste Decreto, entende-se como prévia aprovação pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social, a apresentação de documento hábil a ser definido em Portaria dos Ministros do Trabalho e Previdência Social, da Economia, Fazenda e Planejamento e da Saúde.

(...)

Art. 4º. Para a execução dos programas de alimentação do trabalhador, a pessoa jurídica beneficiária pode manter serviço próprio de refeições, distribuir alimentos e firmar convênio com entidades fornecedoras de alimentação coletiva, sociedades

civis, sociedades comerciais e sociedades cooperativas. (Redação dada pelo Decreto n. 0 2.101, de 23 de dezembro de 1996).

Art. 6º. Nos programas de alimentação do trabalhador, previamente aprovados pelo Ministério do Trabalho e da Previdência: Social a parcela paga natura' pela empresa não tem natureza salarial, não se incorpora à remuneração para quaisquer efeitos, não constitui base de incidência de contribuição previdenciária ou do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e nem se configura como rendimento tributável do trabalhador.

Desta forma, de acordo com a legislação de regência do PAT, o fornecimento de alimentação não integra o salário-de-contribuição para fins de incidência de contribuições previdenciárias, quando, nos termos da Lei nº 6.321, de 1976, atenda os requisitos do programa de alimentação previamente aprovado pelo Ministério do Trabalho.

Conforme o disposto na legislação previdenciária, art. 28, § 9º, c, Lei 8.212/1991, o fornecimento de alimentação integra o salário-de-contribuição para fins de incidência de contribuições previdenciárias quando não atenda os requisitos do programa de alimentação aprovado pelo Ministério do Trabalho.

(Lei 8.212/1991) Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:

(...)

§ 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente: (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

(...)

c) a parcela "in natura" recebida de acordo com os programas de alimentação aprovados pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social, nos termos da Lei nº 6.321, de 14 de abril de 1976;

Ademais, embora existam decisões judiciais em sentido contrário, o Poder Judiciário também apresenta posicionamentos neste sentido da exigibilidade da contribuição previdenciária:

TRIBUTÁRIO: EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PAGAMENTOS A FUNCIONÁRIOS DO BANCO. ACORDO COLETIVO. HABITUALIDADE E FINALIDADE. NATUREZA JURÍDICA. REMUNERAÇÃO. INCIDÊNCIA. EXIGIBILIDADE. LANÇAMENTO. DECADÊNCIA PARCIAL.

I - Os pagamentos habituais efetuados pelo banco aos seus funcionários empregados, tais como ajuda de custo para supervisor de contas, prêmio produção, salário, licença prêmio, gratificação semestral, auxílio creche-babá e ajuda de custo

aluguel/alimentação/transporte compõem a remuneração e integram o salário de contribuição, donde exigível a contribuição previdenciária sobre tais verbas (Lei CF, art. 201 § 11º Lei 8212/91, art. 28, I). II - O acordo coletivo e a convenção coletiva de trabalho não têm o condão de afastar a lei, dispondo sobre a natureza jurídica de verbas percebidas pelo empregado, nem tampouco exclui-las da incidência da contribuição previdenciária. (TRF3 — REO — REMESSA EX-OFFICIO 429742 - Processo nº 98030621629 SP. Decisão 28/05/2002. 2º Turma. Relatora Des. Marianina Galante. DJU 28/02/2002).

Por fim, a Recorrente argumenta que a legislação exige apenas a inscrição no PAT e que a Empresa já havia então cumprido este requisito, em 2001, não sendo exigível a apresentação anual de inscrição no PAT.

Em que pese tal argumento da Recorrente, o mesmo não prospera porque a Portaria 66, de 19/12/2003 e a Portaria 81 de 27/04/2004 obrigaram o recadastramento no PAT no ano de 2004, recadastramento este que não foi comprovado à Auditora-Fiscal, apesar de solicitado por Termos específicos para este fim.

Portaria nº 66, 19.12.2003

Dispõe sobre o recadastramento das pessoas jurídicas beneficiárias, fornecedoras e prestadoras de serviços de alimentação coletiva do Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT).

A SECRETÁRIA DE INSPEÇÃO DO TRABALHO E O DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE SEGURANÇA E SAÚDE NO TRABALHO, no uso da atribuição, que lhes foi conferida pelo art. 34, parágrafo único do Regimento Interno da Secretaria de Inspeção do Trabalho, aprovado pela Portaria nº 766 de 2000, RESOLVEM:

Art. 1º As pessoas jurídicas beneficiárias do Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT) deverão recadastrar-se, no período de 1º de março a 30 de maio de 2004.

Parágrafo único. O recadastramento das pessoas jurídicas beneficiárias deverá ser efetuado por meio eletrônico, utilizando o formulário constante da página do Ministério do Trabalho e Emprego na internet (www.mte.gov.br/pat).

Art. 2º As pessoas jurídicas fornecedoras e prestadoras de serviços de alimentação coletiva do Programa de Alimentação do Trabalhador deverão recadastrar-se, no prazo de 2 de janeiro a 28 de fevereiro de 2004.

§ 1º O recadastramento das pessoas jurídicas fornecedoras deve ser efetuado por meio eletrônico, utilizando o formulário constante da página do Ministério do Trabalho e Emprego na Internet (www.mte.gov.br/pat).

§ 2º O cadastramento das pessoas jurídicas prestadoras de serviços de alimentação coletiva deverá ser efetuado por meio de formulário próprio obtido nas Delegacias Regionais do Trabalho e encaminhado juntamente com a documentação nele especificada diretamente ao Ministério do Trabalho e Emprego.

Art. 3º O não-cadastramento no Programa de Alimentação do Trabalhador no prazo estipulado implicará o cancelamento automático do registro ou inscrição.

Art. 4º A cópia do comprovante de cadastramento deverá ser mantida nas dependências da empresa, à disposição da Fiscalização Federal.

Art. 5º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

Portaria nº 81, 27.05.2004

Dispõe sobre a prorrogação do prazo para cadastramento de pessoas jurídicas Beneficiárias no Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT).

A SECRETÁRIA DE INSPEÇÃO DO TRABALHO E O DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE SEGURANÇA E SAÚDE NO TRABALHO, no uso da competência regimentar, prevista no art. 33, inciso XXVI, combinado com o art. 34, Parágrafo Único do Regimento Interno da Secretaria de Inspeção do Trabalho, aprovado pela Portaria nº 766, de 2000, e considerando o disposto no art. 9º do Decreto nº05, de 14 de janeiro de 1991, RESOLVEM:

Art. 1º Prorrogar por 90 (noventa) dias., a partir de 1º de junho de 2004, o prazo do **recadastramento** de pessoas jurídicas beneficiárias do Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT), estabelecido pela Portaria nº 66/2003.

Art. 2º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.
(gn)

Desta forma, não prospera a argumentação da Recorrente pois a legislação aponta expressamente a incidência de contribuição previdenciária na parcela "in natura" recebida em desacordo com os programas de alimentação aprovados pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social Programa de Alimentação do Trabalhador.

(iv) Contrato de prestação de serviços sujeitos à retenção de 11%

Segundo informado pela própria agente fiscal , foram desconsiderados os contratos de prestação de serviços firmados pelo recorrente. Em suma eles foram desnaturados pelo Fisco que os considerou como sendo contratos de cessão de mão-de-obra, o que não é a verdade dos fatos.

Ora, em nenhum momento ficou caracterizada pelos prestadores dos serviços contratados a colocação de trabalhadores à disposição do recorrente. Cabe ressaltar que o simples fato de os serviços contratados terem sido prestados no estabelecimento do recorrente, por si só, como faz parecer a ilustre autuante, não tem o poder de configurar ou enquadrar os serviços prestados em cessão de mão-de-obra.

Segundo o próprio STJ, quando comprovado recolhimento das contribuições previdenciárias pela empresa prestadora de serviços, a tomadora afastará a sua responsabilidade solidária sobre os recolhimentos autuados. Assim, é imprescindível para a defesa do recorrente que a fiscalização individualize as contribuições ora cobradas, permitindo assim que o recorrente prove a inexistência da alegada infração.

Logo, constitui verdadeiro óbice ao direito de ampla defesa, a relação de praticamente todos os dispositivos legais existentes como sendo os supostamente infringidos pelo recorrente, o que impede a apresentação de prova do recolhimento por parte da empresa terceirizada das contribuições cobradas pela autuante.

Assim não há como prosperar a alegação fiscal de que os serviços contratados pelo recorrente tenham sido prestados sob o formato de cessão de mão-de-obra, em especial àqueles prestados pelo Laboratório Tommasi e pela Focus Consultores.

Analisemos.

(iv.1) Em relação ao levantamento R04 - RETENÇÃO TOMMASI LABORATÓRIO

Conforme o Relatório Fiscal, às fls. 161 a 162, considerou-se que a contratação dos serviços referidos à saúde, prestados pelo laboratório Henrique Tommasi Netto Análises Clínicas Ltda — Tommasi laboratório, uma empresa da área da saúde, foram executados mediante cessão de mão de obra:

3.8. Contratação de serviços sujeitos à retenção da Lei 9.711, de 21/11/1998, relacionados à saúde, prestados por empresa da área da saúde e executados mediante cessão de mão de obra.

São considerados como empresa que atua na área de saúde os serviços de complementação diagnóstico-terapêutica, prestados por laboratórios de exames clínicos, de radiodiagnóstico e clínicas de fisioterapia, entre outras atividades afins.

O laboratório Henrique Tommasi Netto Análises Clínicas Ltda. – Tommasi Laboratório realizou exames laboratoriais para o Hospital Meridional, conforme comprovam notas fiscais anexas (docs 054 a 061), emitidas pelo seu estabelecimento localizado à Rua General Osório em Vitória / ES, CNPJ 28.133.312/0001-92.

Em diligência ao hospital foi constatado que esse laboratório ocupa um espaço próprio no prédio do hospital, com equipamentos adequados para a realização de exames e com equipes próprias de funcionários atendendo 24 horas por dia. Inclusive são esses funcionários que realizam todas as coletas feitas nos usuários/pacientes do sujeito passivo.

Na análise da contabilidade, bem como na análise das notas fiscais emitidas, verifica-se que o laboratório não paga qualquer aluguel pela ocupação do espaço no hospital, embora exista contrato de locação celebrado entre as partes (doc 062 anexo).

Assim, conclui-se que o Laboratório Tommasi realiza serviços de saúde com cessão de mão de obra, pois coloca à disposição do Hospital Meridional e em suas dependências, funcionários que realizam serviços contínuos na área da saúde, serviços esses que se constituem em necessidade permanente do hospital.

Para lançamento no SAFIS do valor de 11% incidente sobre as notas fiscais emitidas pelo laboratório, foi criado o levantamento "R04 - RETENÇÃO TOMMASI LABORATÓRIO".

Cabe ressaltar que, tanto para este item (3.8) quanto para o item anterior (3.7) deste relatório fiscal, a retenção instituída pela Lei 9.711/1998 sempre se presumirá feita, oportuna e regularmente, pelo responsável pelo seu recolhimento à Receita Federal do Brasil, no caso o Hospital Meridional, não lhe sendo lícito alegar qualquer omissão para se eximir da obrigação, permanecendo responsável pelo recolhimento das importâncias que deixou de descontar ou de reter.

De plano, o art. 31, Lei 8.212/1991 dispõe acerca da retenção de onze por cento incidente sobre os serviços executados mediante cessão de mão-de-obra:

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 2009). (Produção de efeitos).

§1º O valor retido de que trata o caput, que deverá ser destacado na nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, será compensado pelo respectivo estabelecimento da empresa cedente da mão-de-obra, quando do recolhimento das contribuições destinadas à Seguridade Social devidas sobre a folha de pagamento dos segurados a seu serviço. (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).

§ 1º O valor retido de que trata o caput deste artigo, que deverá ser destacado na nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, poderá ser compensado por qualquer estabelecimento da empresa cedente da mão de obra, por ocasião do recolhimento das contribuições destinadas à Seguridade Social devidas sobre a folha de pagamento dos seus segurados. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§2º Na impossibilidade de haver compensação integral na forma do parágrafo anterior, o saldo remanescente será objeto de restituição. (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).

§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).

I-limpeza, conservação e zeladoria; (Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998).

II-vigilância e segurança; (Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998).

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

IV-contratação de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. (Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998).

§5º O cedente da mão-de-obra deverá elaborar folhas de pagamento distintas para cada contratante. (Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998).

§ 6º Em se tratando de retenção e recolhimento realizados na forma do caput deste artigo, em nome de consórcio, de que tratam os arts. 278 e 279 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, aplica-se o disposto em todo este artigo, observada a participação de cada uma das empresas consorciadas, na forma do respectivo ato constitutivo. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)” (gn)

Neste diapasão, o art. 219, § 2º, XXIV, Decreto 3.048/1999 dispõe que o serviço de saúde realizado mediante cessão de mão-de-obra se sujeita à retenção de onze por cento do valor bruto da nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços e recolher a importância retida em nome da empresa contratada:

“Art. 219. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão ou empreitada de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços e recolher a importância retida em nome da empresa contratada, observado o disposto no § 5º do art. 216. (Redação dada pelo Decreto nº 4.729, de 2003)

§1º Exclusivamente para os fins deste Regulamento, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade fim da empresa, independentemente da natureza e da forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, entre outros.

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

I-limpeza, conservação e zeladoria;

II-vigilância e segurança;

III-construção civil;

IV-serviços rurais;

V-digitação e preparação de dados para processamento;

VI-acabamento, embalagem e acondicionamento de produtos;

VII-cobrança;

VIII-coleta e reciclagem de lixo e resíduos;

IX-copa e hotelaria;

X-corte e ligação de serviços públicos;

XI-distribuição;

XII-treinamento e ensino;

XIII-entrega de contas e documentos;

XIV-ligação e leitura de medidores;

XV-manutenção de instalações, de máquinas e de equipamentos;

XVI-montagem;

XVII-operação de máquinas, equipamentos e veículos;

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

Autenticado digitalmente em 22/12/2011 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 22/12/2011 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 05/01/2012 por CID MARCO NI GURGEL DE SOUZA, Assinado digitalmente em 06/02/2012 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI
Impresso em 03/05/2012 por ANTONIA IRISMAR OLIVEIRA GUIMARAES - VERSO EM BRANCO

XVIII-operação de pedágio e de terminais de transporte;

XIX-operação de transporte de cargas e passageiros;

XIX-operação de transporte de passageiros, inclusive nos casos de concessão ou sub-concessão; (Redação dada pelo Decreto nº 4.729, de 2003)

XX-portaria, recepção e ascensorista;

XXI-recepção, triagem e movimentação de materiais;

XXII-promoção de vendas e eventos;

XXIII-secretaria e expediente;

XXIV-saúde; e

XXV-telefonia, inclusive telemarketing.

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

§4º O valor retido de que trata este artigo deverá ser destacado na nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços, sendo compensado pelo respectivo estabelecimento da empresa contratada quando do recolhimento das contribuições destinadas à seguridade social devidas sobre a folha de pagamento dos segurados.

§5º O contratado deverá elaborar folha de pagamento e Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social distintas para cada estabelecimento ou obra de construção civil da empresa contratante do serviço.

§6º A empresa contratante do serviço deverá manter em boa guarda, em ordem cronológica e por contratada, as correspondentes notas fiscais, faturas ou recibos de prestação de serviços, Guias da Previdência Social e Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social com comprovante de entrega.

§7º Na contratação de serviços em que a contratada se obriga a fornecer material ou dispor de equipamentos, fica facultada ao contratado a discriminação, na nota fiscal, fatura ou recibo, do valor correspondente ao material ou equipamentos, que será excluído da retenção, desde que contratualmente previsto e devidamente comprovado.

§8º Cabe ao Instituto Nacional do Seguro Social normatizar a forma de apuração e o limite mínimo do valor do serviço contido no total da nota fiscal, fatura ou recibo, quando, na hipótese do parágrafo anterior, não houver previsão contratual dos valores correspondentes a material ou a equipamentos.

§9º Na impossibilidade de haver compensação integral na própria competência, o saldo remanescente poderá ser compensado nas competências subseqüentes, inclusive na relativa à gratificação natalina, ou ser objeto de restituição, não sujeitas ao disposto no § 3º do art. 247. (Redação dada pelo Decreto nº 4.729, de 2003)

§10. Para fins de recolhimento e de compensação da importância retida, será considerada como competência aquela a que corresponder à data da emissão da nota fiscal, fatura ou recibo.

§11. As importâncias retidas não podem ser compensadas com contribuições arrecadadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social para outras entidades.

§12º O percentual previsto no caput será acrescido de quatro, três ou dois pontos percentuais, relativamente aos serviços prestados pelos segurados empregado, cuja atividade permita a concessão de aposentadoria especial, após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente. (Incluído pelo Decreto nº 4.729, de 2003" (gn)

Ademais, a Auditoria-Fiscal, às fls. 161 a 162, constatou que o Laboratório Tommasi ocupa um espaço próprio no prédio do hospital, com equipamentos adequados para a realização de exames e com equipes próprias de funcionários atendendo 24 horas por dia. Inclusive são esses funcionários que realizam todas as coletas feitas nos usuários/pacientes do sujeito passivo.

Ou seja, a Auditoria-Fiscal concluiu que o Laboratório Tommasi realiza serviços de saúde com cessão de mão de obra, pois coloca à disposição do Hospital Meridional e em suas dependências, funcionários que realizam serviços contínuos na área da saúde, serviços esses que se constituem em necessidade permanente do hospital. De modo que o Relatório Fiscal, às fls. 157 a 169, apontou estes fatos relacionados à prestação de serviços do Laboratório Tommasi que não foram contestados pela Recorrente, fatos caracterizadores da cessão de mão de obra.

Anote-se que tanto em sede de Recurso Voluntário, às fls. 411 a 420, quanto em sede de Impugnação, às fls. 353 a 363, a Recorrente se posiciona no sentido de apenas conceituar a cessão de mão-de-obra sem debater os fatos descritos no Relatório Fiscal e constantes dos contratos de prestação de serviços.

Portanto, correta a interpretação fática da Auditoria-Fiscal em face da ocorrência da cessão de mão-de-obra nas prestações de serviços originadas do Laboratório Tommasi que geraram o Levantamento **R04 — RETENÇÃO TOMMASI LABORATÓRIO.**

(iv.2) *Em relação ao levantamento DPJ —
DESCONSIDERAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA FOCUS*

Analisemos.

Conforme o Relatório Fiscal, às fls. 162 a 165, restou constatada a existência de vínculo empregatício entre o Hospital Meridional e Jacqueline Benjamim, haja vista estarem presentes os pressupostos caracterizadores da relação de emprego que são: não eventualidade, subordinação jurídica, pessoalidade e onerosidade. Ou seja, Jacqueline ficava diariamente à disposição do hospital, na função de gerente administrativa, função essa que se manteve quando ela foi admitida como empregada, recebendo salário ainda que através de notas fiscais.

Necessário destacar que, embora a situação verificada tenha ocorrido desde 04/2004, a caracterização de Jacqueline como empregada, e conseqüente desconsideração da pessoa jurídica Focus junto ao Hospital Meridional, está se dando no período de 01 a 04/2005 e 12/2005.

- Levantamento DPJ — DESCONSIDERAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA FOCUS

Em 01/04/2004, o Hospital Meridional formalizou contrato de prestação de serviços de assessoria e gestão administrativa e comercial com a empresa Focus Consultores Independentes S/S Ltda, CNPJ 06.185.710/0001-10. A data de abertura dessa empresa, constante no cartão do CNPJ, acessado através do site da Receita Federal do Brasil na Internet é 06/04/2004, ou seja, a empresa foi criada alguns dias após a assinatura do contrato. Através de consulta ao DCBC — Demonstrativo da Composição da base de Cálculo do CNIS/ Cadastro Nacional de Informações Sociais da DATAPREV da empresa Focus foi verificado que a mesma declarou em GFIP, no período de 04/2004 a 05/2005, apenas a segurada Jacqueline Romero Benjamim, categoria 11 — contribuinte individual empresário. No banco de dados da Receita Federal do Brasil e através da Consulta Valores a Recolher x Valores Recolhidos — CCORGFIP foi verificado que, a partir de 06/2005, a Focus tem declarado GFIP sem movimento, ou seja, ausência de fato gerador para a Previdência Social e para o FGTS. Analisando os fatos contábeis relacionados à Focus e constantes da contabilidade do Hospital Meridional nos anos de 2004 e 2005, coluna "Histórico" dos lançamentos verifica-se que, exceto pela NF 32, que pode inclusive ter sido cancelada, todas as notas emitidas pela Focus, no período de 05/2004 a 12/2005, foram por serviços prestados ao hospital. No item 2.1 da cláusula segunda do já mencionado contrato entre o Hospital e a Focus consta

que "Obriga-se a CONTRATADA a assessorar a Diretoria Administrativa CONTRATANTE, bem como a executar a gestão administrativa, financeira, operacional e comercial desse, mantendo, diariamente 2 (dois) profissionais, à disposição do CONTRATANTE, que desempenharão as funções de GERENTE ADMINISTRATIVO e GERENTE COMERCIAL".

Através da análise de relatórios de viagem emitidos em 07/03/2005 e em 05/04/2005, Jacqueline Benjamim, com carimbo do Hospital Meridional como Gerente Administrativa, presta contas de despesas de viagens realizadas em curso de pós-graduação. Em 02/05/2005 Jacqueline Benjamim Scarpelli foi admitida como empregada do Hospital Meridional, na função de Gerente Administrativa, conforme folha de pagamento de maio/2005. No relatório de viagem elaborado por Jacqueline Benjamim em 09/05/2005, nessa data já empregada registrada no hospital, consta o mesmo carimbo seu como Gerente Administrativa do Hospital Meridional. Importante esclarecer que Jacqueline Romero Benjamim e Jacqueline Benjamim Scarpelli são a mesma pessoa, conforme fica comprovado a partir do PIS.... No contrato celebrado entre o Hospital Meridional e a Focus reza a contratação de dois profissionais. Porém a própria Focus, quando presta informações à Previdência Social através de GFIP, declara a existência apenas da segurada Jacqueline. Desta forma, essa segurada é que será considerada como tendo prestado a totalidade dos serviços ao hospital.... A situação alcançada pela Auditoria Fiscal obedece ao critério legal do artigo 229, §2º do Regulamento de Previdência Social, aprovado pelo Decreto 3048/99, que também dispõe acerca de segurado empregado no artigo 9º, I "a". Eis que restou constatada a existência de vínculo empregatício entre o Hospital Meridional e Jacqueline, haja vista estarem presentes os pressupostos caracterizadores da relação de emprego que são: não eventualidade, subordinação jurídica, pessoalidade e onerosidade. Ou seja, Jacqueline ficava diariamente à disposição do hospital, na função de gerente administrativa, função essa que se manteve quando ela foi admitida como empregada, recebendo salário ainda que através de notas fiscais.

De plano, temos que o art. 12, I, a, Lei 8.212/1991 c/c art. 9º, I, Decreto 3.048/1999 c/c art. 229, § 2º, Decreto 3.048/1999 dispõe acerca da hipótese de caracterizar o contribuinte individual como segurado empregado:

Lei 8.212/199 –

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;

Decreto 3.048/1999 –

Art.9º São segurados obrigatórios da previdência social as seguintes pessoas físicas:

I-como empregado:

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

Decreto 3.048/1999 –

Art.229. O Instituto Nacional do Seguro Social é o órgão competente para:

(...)

§2ºSe o Auditor Fiscal da Previdência Social constatar que o segurado contratado como contribuinte individual, trabalhador avulso, ou sob qualquer outra denominação, preenche as condições referidas no inciso I do caput do art. 9º, deverá desconsiderar o vínculo pactuado e efetuar o enquadramento como segurado empregado. (Redação dada pelo Decreto nº 3.265, de 1999)

Portanto, constata-se que a Auditora-Fiscal, às fls. 157 a 169, descreveu a situação fática que levou à descaracterização, para fins previdenciários, do contrato de prestação de serviços da empresa FOCUS com a Recorrente, posto que demonstrado ter sido a empresa FOCUS aberta exclusivamente para a prestação de serviços à Recorrente através da segurada Jacqueline Romero Benjamim, uma vez que esta era a única segurada da empresa FOCUS e que, a partir da contratação da mesma pelo Hospital a empresa FOCUS passou a apresentar GFIP sem movimento, ou seja, passou a não ter mais qualquer segurado.

Deste modo, conforme o Relatório Fiscal às fls. 157 à 169, restou caracterizada a relação empregatícia entre a Recorrente e a segurada Jacqueline Benjamim, com fulcro no art. 12, I, a, Lei 8.212/1991 c/c art. 9º, I, Decreto 3.048/1999 c/c art. 229, § 2º, Decreto 3.048/1999.

Diante do exposto, não prospera a argumentação da Recorrente.

MULTA DE MORA

Esta Colenda Turma de Julgamento vem se posicionando reiteradamente, por maioria, em relação ao recálculo dos acréscimos legais, para que se **recalcule a multa de mora, com base na redação dada pela lei 11.941/2009 ao artigo 35 da Lei 8.212/91, com a prevalência da mais benéfica ao contribuinte:**

A multa de mora aplicada teve por base o artigo 35 da Lei 8.212/91, que determinava aplicação de multa que progredia conforme a fase e o decorrer do tempo e que poderia atingir 50% na fase administrativa e 100% na fase de execução fiscal.

Ocorre que esse artigo foi alterado pela Lei 11.941/2009, que estabeleceu que os débitos referentes a contribuições não pagas nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que estabelece multa de 0,33% ao dia, limitada a 20%.

Visto que o artigo 106, II, c do CTN determina a aplicação retroativa da lei quando, tratando-se de ato não definitivamente julgado, lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, princípio da retroatividade benigna, impõe-se o cálculo da multa com base no artigo 61 da Lei 9.430/96 para compará-la com a multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei 8.212/91 (presente no crédito lançado neste processo) para determinação e prevalência da multa mais benéfica.

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Ressalva-se a posição do Relator, posição vencida nesta Colenda Turma, na qual se deve determinar o recálculo dos acréscimos legais na forma **de juros de mora** (com base no art. 35, Lei 8.212/1991 c/c art. 61, § 3º Lei 9.430/1996 c/c art. 5º, § 3º Lei 9.430/1996) **e da multa de ofício** (com base no art. 35-A, Lei 8.212/1991 c/c art. 44 Lei 9.430/1996), com a **prevalência dos acréscimos legais mais benéficos ao contribuinte.**

Processo nº 15586.000634/2009-42
Acórdão n.º 2403-00.901

S2-C4T3
Fl. 439

CONCLUSÃO

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso, **NO MÉRITO DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO**, para que se recalcule a multa de mora, com base na redação dada pela lei 11.941/2009 ao artigo 35 da Lei 8.212/91, com a prevalência da mais benéfica ao contribuinte.

É como voto.

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro

Voto Vencedor

Conselheiro Cid Marconi Gurgel de Souza, Redator Designado.

I – DA NÃO CARACTERIZAÇÃO DA CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA NO LEVANTAMENTO R04 — RETENÇÃO TOMMASI LABORATÓRIO:

O crédito tributário presente no AIOP nº 37.220.123-7 foi constituído através de alguns levantamentos, dentre os quais o Levantamento R04 relativo à retenção Tommasi Laboratório.

Segundo o relatório fiscal, o referido levantamento refere-se a serviços de saúde, prestados por empresa da área e executados mediante cessão de mão de obra. No caso em tela, a auditoria verificou que o laboratório Henrique Tommasi Netto Análises Clínicas Ltda — Tommasi Laboratório, realizou exames laboratoriais para o Hospital Meridional, conforme comprovam notas fiscais.

Constatou-se ainda que esse laboratório ocupa um espaço próprio no prédio do hospital com equipamentos adequados para a realização de exames e com equipes próprias de funcionários atendendo 24 horas por dia, sendo, inclusive, esses funcionários as pessoas que realizavam todas as coletas feitas nos usuários/pacientes do sujeito passivo.

Diante dos fatos, a fiscalização entendeu que houve a prestação de serviços de saúde com cessão de mão de obra, tendo em vista que o laboratório coloca à disposição do recorrente funcionários para realizarem serviços contínuos na área de saúde, serviços esses que se constituem em necessidade permanente do hospital, tendo sido este o mesmo entendimento firmado pelo eminente relator Paulo Maurício Pinheiro Monteiro.

Entretanto, entendo que o caso deve ser analisado sob o prisma da realidade fática.

É certo que o serviço de saúde encontra-se na lista dos serviços que serão tributados mediante cessão de mão de obra, *in verbis*:

Lei n 8.212/91

Art.31 – (...)

§ 1º O valor retido de que trata o caput deste artigo, que deverá ser destacado na nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, poderá ser compensado por qualquer estabelecimento da empresa cedente da mão de obra, por ocasião do recolhimento das contribuições destinadas à Seguridade Social devidas sobre a folha de pagamento dos seus segurados. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

(...)

§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).

I - limpeza, conservação e zeladoria; (Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998).

II - vigilância e segurança; (Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998).

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

IV - contratação de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. (Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998).

Decreto n 3.048/99 – Regulamento Previdência Social

Art.219.A empresa contratante de serviços executados mediante cessão ou empreitada de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços e recolher a importância retida em nome da empresa contratada, observado o disposto no § 5º do art. 216. (Redação dada pelo Decreto nº 4.729, de 2003)

(...)

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

I - limpeza, conservação e zeladoria;

II - vigilância e segurança;

III - construção civil;

IV - serviços rurais;

V - digitação e preparação de dados para processamento;

VI - acabamento, embalagem e acondicionamento de produtos;

VII - cobrança;

VIII - coleta e reciclagem de lixo e resíduos;

IX - copa e hotelaria;

X - corte e ligação de serviços públicos;

XI - distribuição;

XII - treinamento e ensino;

XIII - entrega de contas e documentos;

XIV - ligação e leitura de medidores;

XV -manutenção de instalações, de máquinas e de equipamentos;

XVI - montagem;

XVII - operação de máquinas, equipamentos e veículos;

XVIII - operação de pedágio e de terminais de transporte;

XIX - operação de transporte de passageiros, inclusive nos casos de concessão ou sub-concessão; (Redação dada pelo Decreto nº 4.729, de 2003)

XX - portaria, recepção e ascensorista;

XXI - recepção, triagem e movimentação de materiais;

XXII - promoção de vendas e eventos;

XXIII - secretaria e expediente;

XXIV - saúde;e

XXV - telefonia, inclusive telemarketing.

(...)

§ 4º O valor retido de que trata este artigo deverá ser destacado na nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços, sendo compensado pelo respectivo estabelecimento da empresa contratada quando do recolhimento das contribuições destinadas à seguridade social devidas sobre a folha de pagamento dos segurados.

No caso em tela, a auditoria e o relator do recurso voluntário entenderam que o Hospital Meridional, ora Recorrente, recebe serviços do Laboratório Tommasi e que tal prestação ocorre por cessão de mão-de-obra, considerando que os funcionários do laboratório ficam à disposição do Hospital para a coleta de sangue e demais exames.

Entretanto, acredito que houve um equívoco quando da lavratura do Auto de Infração em epígrafe, tendo em vista que não ficou constatado que a prestação de serviço realizada ocorreu mediante cessão de mão-de-obra.

O que a legislação considera cessão de mão-de-obra?

Segundo a Lei n 8.212/91, a cessão de mão de obra é, *ipsis litteris*:

Art.31 – (...)

(...)

§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). Destacou-se.

Desse modo, sendo o serviço contínuo, realizado nas dependências da empresa contratante ou nas de terceiros, executado através de pessoas físicas à disposição desta, ele será considerado cessão de mão-de-obra.

A prestação de serviços (exames) nas dependências do recorrente não pode ser executada mediante cessão de mão-de-obra, pois a presença desse laboratório tem como objetivo principal facilitar a vida do paciente do hospital, o qual, ao invés de recorrer à outro local para coletar seu sangue, por exemplo, já poderá usufruir de uma estrutura interna no local de seu atendimento médico.

Além disso, cabe destacar que a equipe do laboratório não fica disponível tão somente ao Hospital Meridional, mas também a outros pacientes que queiram realizar exames e não estejam sendo atendidos pelos profissionais do referido hospital.

Sendo assim, diante da exposição acima, entendo que o levantamento R04 - TOMMASI LABORATÓRIO deverá ser afastado da incidência da contribuição previdenciária sob a alíquota de 11% nos moldes do art.31, *caput*, da Lei n 8.212/91, tendo em vista que o fisco não conseguiu provar a ocorrência dessa prestação de serviço mediante cessão de mão-de-obra.

É como voto.

Cid Marconi Gurgel de Souza.