



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

Processo n° 16045.000360/2007-18
Recurso n° 260.413 Voluntário
Acórdão n° **2301-02.319 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 24 de agosto de 2011
Matéria CARACTERIZAÇÃO SEGURADO EMPREGADO: CONTRIBUINTE INDIVIDUAL
Recorrente HOSPITAL SÃO LUCAS DE TAUBATÉ S/C
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/07/1998 a 30/12/2006

Ementa: DECADÊNCIA PARCIAL

De acordo com a Súmula Vinculante nº 08, do STF, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 são inconstitucionais, devendo prevalecer, no que tange à decadência e prescrição, as disposições do Código Tributário Nacional.

Nos termos do art. 103-A da Constituição Federal, as Súmulas Vinculantes aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terão efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

SIMULAÇÃO

Na ocorrência de simulação, aplica-se o prazo decadencial previsto no art. 173, do CTN.

MULTA DE MORA. APLICAÇÃO. OBSERVÂNCIA DA NORMA MAIS BENÉFICA. MULTA LIMITADA A 20%.

As contribuições sociais previdenciárias estão sujeitas à multa de mora, na hipótese de recolhimento em atraso devendo observar o disposto na nova redação dada ao artigo 35, da Lei 8.212/91, combinado com o art. 61 da Lei nº 9.430/1996, se for mais benéfica ao contribuinte.

PROFISSIONAL DE MEDICINA. VÍNCULO EMPREGATÍCIO NÃO CONFIGURADO. IMPOSSIBILIDADE DE PRESUNÇÃO.

O reconhecimento do vínculo empregatício entre o Hospital e o profissional de medicina depende de prova cabal da subordinação. Via de regra, não se presume a subordinação do médico.

Recurso Voluntário Provido em Parte
Crédito Tributário Mantido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, I) Por maioria de votos: a) em dar provimento parcial ao recurso, nas preliminares, para excluir do lançamento, devido à regra decadencial expressa no I, Art. 173 do CTN, as contribuições apuradas até a competência 12/2001, anteriores a 01/2002, nos termos do voto do (a) Relator (a). Vencidos os Conselheiros Leonardo Henrique Pires Lopes e Damião Cordeiro de Moraes, que votaram em dar provimento parcial ao Recurso, pela aplicação da regra expressa no § 4º, Art. 150 do CTN. Os Conselheiros Adriano Gonzáles Silvério e Marcelo Oliveira acompanharam a votação por suas conclusões; b) em manter a aplicação da multa. Vencido o Conselheiro Mauro José Silva, que votou pelo afastamento da multa; c) em dar provimento parcial ao Recurso, no mérito, para que seja aplicada a multa prevista no Art. 61, da Lei nº 9.430/1996, se mais benéfica à Recorrente, nos termos do voto do(a) Redator(a) designado. Vencidos os Conselheiros Bernadete de Oliveira Barros e Marcelo Oliveira, que votaram pela manutenção da multa aplicada; II) Por voto de qualidade: a) em dar provimento parcial ao recurso, no mérito, na questão da desconsideração dos vínculos pactuados e enquadramentos como segurados empregados - somente em relação aos trabalhadores que atuam nos setores da UTIadulto, plantão UTI neonatal, plantão centro cirúrgico e laudos exames eletrocardiográficos emergenciais - nos termos do voto do Redator designado. Vencidos os Conselheiros Bernadete de Oliveira Barros, Leonardo Henrique Pires Lopes e Mauro José Silva, que votaram em negar provimento ao recurso. O Conselheiro Marcelo Oliveira acompanhou a votação por suas conclusões, pela ausência de comprovação de subordinação; III) Por unanimidade de votos: a) em rejeitar às demais preliminares; b) em negar provimento às demais alegações apresentadas pela Recorrente, nos termos do voto do(a) Relator(a). Redator designado: Damião Cordeiro de Moraes.

Marcelo Oliveira - Presidente.

Bernadete de Oliveira Barros- Relatora.

Damião Cordeiro De Moraes - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira (Presidente), Adriano Gonzales Silverio, Bernadete De Oliveira Barros, Damião Cordeiro De Moraes, Mauro Jose Silva, Leonardo Henrique Pires Lopes.

Relatório

Trata-se de crédito previdenciário lançado contra a empresa acima identificada, referente às contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à contribuição dos empregados, à da empresa, à destinada ao financiamento dos benefícios decorrentes dos riscos ambientais do trabalho e aos terceiros.

Conforme o relatório fiscal (fls. 76), o fato gerador das contribuições apuradas ocorreu com a prestação de serviços, à notificada, de médicos considerados segurados empregados pela fiscalização, por ter sido constatada a presença dos requisitos caracterizadores da relação de emprego.

O agente notificante informa que as contribuições ora lançadas foram apuradas a partir dos documentos auditados, e que foi constatada a presença dos quatro elementos essenciais na caracterização do empregado, quais sejam, personalidade, não eventualidade, subordinação e onerosidade.

A autoridade fiscal esclarece que, em todo o período auditado, ocorreu apenas uma contratação de profissional médico como segurado empregado do nosocômio, para a função de Coordenador da UTI ADULTO, e mais nenhuma outra contratação de "médico segurado empregado", principalmente para o Departamento de Emergência, porém sempre ocorreram pagamentos por serviços prestados (horas de plantão / laudos emitidos / supervisão), sendo que estes pagamentos eram feitos aos médicos como "autônomos - contribuinte individual" ou "cooperados".

Informa que as demais formas de contratação (por meio de cooperativa de trabalho - UNIMED e por outras pessoas jurídicas), e que também foram desconsideradas pela fiscalização, foram objeto de lançamento em outras Notificações.

A notificada impugnou o débito e a Secretaria da Receita Federal do Brasil, por meio do Acórdão 17-22.635, da 8ª Turma da DRJ/SPOII, (fls. 454), julgou o lançamento procedente.

Inconformada com a decisão, a recorrente apresentou recurso tempestivo (fls. 480), alegando, em síntese, o que se segue.

Preliminarmente, alega inexigibilidade do depósito prévio e decadência de parte do débito.

No mérito, reafirma a incompetência da Receita Federal do Brasil e da extinta fiscalização previdenciária para estabelecer vínculo empregatício.

Observa que a Lei 11.457/2007, citada no acórdão recorrido, não inclui, no rol de atribuições dos auditores fiscais, a competência para estabelecer-se vínculo empregatício, e reafirma que não é possível que seja verificada uma relação de emprego através de uma mera análise de elementos contábeis, tal como pretende o agente fiscal.

Transcreve o art. 114, da Constituição da República, para demonstrar que é reservado à Justiça do Trabalho a competência exclusiva de dirimir as questões relativas às relações de emprego, realizando tal labor através de uma análise minuciosa da relação entre as partes, com o auxílio de provas tanto documental quanto testemunhal, com respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Em relação ao art. 229, do Decreto 3.048/91, sustenta que é incabível a superação da determinação encontrada em norma hierarquicamente inferior à Constituição Federal, originária da fundamentação da primeira

Alega, ainda, nulidade da NFLD, argumentando que a ausência de indicação das alíquotas e bases de cálculos referentes às contribuições lançadas e a precariedade dos fundamentos do crédito fiscal cerceou o direito de defesa do contribuinte.

Destaca que não há, no DAD, a partir da competência 02/99, qualquer indicação das alíquotas ou da base de cálculo utilizadas para os lançamentos que compõem o suposto crédito fiscal, e sustenta que não basta, conforme afirmado pelo I. Julgador no acórdão recorrido, a indicação de tais elementos no Relatório Fiscal, pois o DAD é o relatório componente da NFLD no qual devem ser discriminados tais elementos.

Salienta que a inexistência de médicos na condição de empregados, ou, nas palavras do I. Auditor, a ocorrência de uma única contratação de profissional médico como empregado segurado, não é razão para afirmar que a entidade não possui corpo clínico, vez que nem só de médicos é formado o corpo clínico de um hospital, mas também de enfermeiros, e uma diversa gama dos mais variados profissionais, dentre empregados, cooperados e autônomos.

Assevera que os médicos são profissionais liberais e a legislação pátria faculta-lhes a opção de exercerem suas especialidades de maneira autônoma, independente de uma casa de saúde ou integrando seu corpo clínico, havendo, todavia, especialidades que necessitam do espaço fornecido por um nosocômio para que sejam eficazmente exercitadas e em decorrência dessa verdadeira relação mutualística é que são firmados convênios entre médicos e hospitais.

Frisa que o Fisco não juntou à NFLD elementos probatórios suficientes que justificassem a caracterização e lançamento do suposto débito como decorrente de vínculo empregatício, atribuído arbitrariamente a todos os médicos prestadores de serviços ao nosocômio, sendo que tal fato não corresponde à realidade da Recorrente, visto que o quadro de funcionários se tomaria incompatível com o porte do estabelecimento, caracterizado pelo exorbitante número de empregados.

Defende que o mínimo necessário à Recorrente defender-se adequadamente, seria a análise e argumentação individualizada em relação a cada médico considerado como empregado, explicitando porque a Fiscalização entende que, naquele caso específico, estariam presentes os elementos para a caracterização do vínculo empregatício.

Repete que a fiscalização considerou que um mesmo profissional, Dr. Arthur Querido Marcondes, nas competências de 01 a 03/2004, prestou serviços à recorrente nas condições empregado e contribuinte individual, ao passo que, na competência 08/01 2001, o Dr. Nelson Panno Valise, segundo o I. Auditor, apresentou dois vencimentos diferentes para o desempenho de uma única função, plantonista do centro cirúrgico, algo inadmissível para um empregado do nosocômio notificado.

Insiste na realização da diligência, argumentando que os médicos caracterizados como empregados pela fiscalização podem já ter efetuado o pagamento das contribuições previdenciárias (parte do segurado) incidentes sobre sua remuneração no limite estabelecido, e que as quantias já recolhidas não foram identificadas pela Fiscalização quando da autuação.

Traça um paralelo entre trabalhadores autônomos e empregados, e conclui que faz-se imprescindível que todas as características previstas nos normativos legais sejam demonstradas, de forma inequívoca, ao se afirmar a existência de relação de emprego, não bastando, como se procedeu no caso em tela, a formulação de meras alegações teóricas desacompanhadas de documentos aptos a lhe servirem de prova.

Discorre sobre cada um dos elementos caracterizadores da relação de emprego tentando demonstrar a ausência de vínculo empregatício entre os médicos apontados pela fiscalização e o Hospital ora recorrente.

Reitera que a multa aplicada possui caráter confiscatório e que taxa SELIC é inaplicável ao caso presente.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Bernadete de Oliveira Barros, Relatora.

O recurso é tempestivo e não há óbice para o seu conhecimento.

Da análise do recurso apresentado, registro o que se segue.

Preliminarmente, a recorrente alega inexigibilidade do depósito prévio.

De fato, plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar os Recursos Extraordinários ns. 390.513 e 389383, declarou a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do artigo 126 da Lei n. 8.213/91, cujos acórdãos possuem a seguinte ementa:

“RECURSO ADMINISTRATIVO – DEPÓSITO - §§ 1º E 2º DO ARTIGO 126 DA LEI Nº 8.213/1991 – INCONSTITUCIONALIDADE. A garantia constitucional da ampla defesa afasta a exigência do depósito como pressuposto de admissibilidade de recurso administrativo.”

A situação acima aplica-se ao caso concreto e o efeito *erga omnes* somente se daria após a publicação de Resolução do Senado Federal conforme dispõe o inciso X do artigo 52 da Constituição Federal.

Ocorre que o Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria 256, de 22/06/2009, prevê, em seu artigo 62, parágrafo único, inciso I, o seguinte:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Portanto, com amparo no dispositivo acima, acato a preliminar de inexigibilidade do depósito prévio.

Ainda em preliminar, a recorrente alega decadência do débito lançado até 07/2002.

Observa-se que a fiscalização lavrou a presente NFLD com amparo na Lei 8.212/91 que, em seu art. 45, dispõe que o direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, entendendo que apenas lei complementar pode dispor sobre prescrição e decadência em matéria tributária, nos termos do artigo 146, III, b da Constituição Federal, negou provimento por unanimidade aos Recursos

Extraordinários nº 556664, 559882, 559943 e 560626, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei n. 8212/91,.

Na oportunidade, foi editada a Súmula Vinculante nº 08 a respeito do tema, publicada em 20/06/2008, transcrita abaixo:

Súmula Vinculante 8 “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”

Conforme já exposto acima, o art. 62, da Portaria 256/2009 veda o afastamento de aplicação ou inobservância de legislação sob fundamento de inconstitucionalidade. Porém, determina, no inciso I do § único, que o disposto no caput não se aplica a dispositivo que tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal:

Portanto, em razão da declaração de inconstitucionalidade dos arts 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 pelo STF, restaram extintos os créditos cujo lançamento tenha ocorrido após o prazo decadencial e prescricional previsto nos artigos 173 e 150 do Código Tributário Nacional.

É necessário observar ainda que as súmulas aprovadas pelo STF possuem efeitos vinculantes, conforme se depreende do art. 103-A e parágrafos da Constituição Federal, que foram inseridos pela Emenda Constitucional nº 45/2004. *in verbis*:

Art. 103-A. *O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.*

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (g.n.).”

Da leitura do dispositivo constitucional acima, conclui-se que a vinculação à súmula alcança a administração pública e, por conseqüência, os julgadores no âmbito do contencioso administrativo fiscal.

Ademais, no termos do artigo 64-B da Lei 9.784/99, com a redação dada pela Lei 11.417/06, as autoridades administrativas devem se adequar ao entendimento do STF, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.

“Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal”

O fato gerador que ensejou a lavratura da NFLD em tela é o pagamento de remuneração dos segurados caracterizados como empregados pela fiscalização, cujo vínculo empregatício não havia sido reconhecido pela empresa.

Aplica-se o prazo decadencial previsto no art. 150 do CTN, apenas quando não for comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, o que não é o caso presente, já que restou caracterizada a ocorrência dessa última situação.

Verifica-se, da análise dos autos, que o contribuinte tomou ciência da NFLD em 12/07/2007, e o lançamento se refere ao período de 07/1998 a 12/2006. Portanto, operara-se a decadência do direito de a Fazenda Pública cobrar o presente débito no período 07/98 a 12/01, inclusive, nos termos do art. 173, do CTN, transcrito a seguir:

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 à 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.

Em que pese o entendimento desta Conselheira de que, para a competência 12/2001, o tributo poderia ter sido recolhido em 01/2002, iniciando-se a contagem do prazo em 01/01/2003, que é o primeiro dia do exercício seguinte àquele que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos termos do dispositivo legal transcrito acima, deixo de aplicá-lo tendo em vista o disposto no art. 62-A, do Regimento deste CARF, que obriga a todos os Conselheiros reproduzir as decisões definitivas de mérito proferidas pelo STJ, julgados na sistemática do art. 543-C

Dessa forma, considerando o exposto acima e considerando que o STJ julgou, em maio de 2009, o Recurso Especial 973.933 – SC como recurso repetitivo, constata-se que se operara a decadência do direito de constituição do crédito para as competências anteriores a 12/2001, inclusive, motivo pelo qual acato, em parte, a preliminar de decadência.

A recorrente alega, ainda, nulidade da NFLD, argumentando que a ausência de indicação das alíquotas e bases de cálculos referentes às contribuições lançadas e a precariedade dos fundamentos do crédito fiscal cerceou o direito de defesa do contribuinte.

Destaca que não há, no DAD, a partir da competência 02/99, qualquer indicação das alíquotas ou da base de cálculo utilizadas para os lançamentos que compõem o suposto crédito fiscal, e sustenta que não basta, conforme afirmado pelo I. Julgador no acórdão recorrido, a indicação de tais elementos no Relatório Fiscal, pois o DAD é o relatório componente da NFLD no qual devem ser discriminados tais elementos.

Contudo, a NFLD que foi entregue ao contribuinte, juntamente com todos os relatórios e discriminativos que a integram, possuem todas as informações necessárias para o exercício da ampla defesa do notificado.

O DAD discrimina, por competência, as bases de cálculos apuradas e os valores lançados e o RL informa, de forma clara, quais os fatos geradores considerados e o RDA lista todos os recolhimentos efetuados e considerados para abater o valor do débito.

O Relatório Fiscal, parte integrante da NFLD, está claro e preciso, trazendo quais as alíquotas foram utilizadas na apuração do débito e informando que trata-se de diferença de contribuição, já que houve recolhimento de contribuição previdenciária, parte da empresa, para quase todo o período.

No item 15.1 a autoridade lançadora deixa claro que o débito se refere apenas às contribuições ao SAT e aos Terceiros, tendo sido aplicadas as alíquotas de 2% e 5,8%, respectivamente, sobre as bases de cálculo, apuradas a partir dos valores constantes dos Livros Diário e Razão.

A autoridade lançadora junta, ainda, extensa documentação que comprova suas afirmações, como cópias de recibos de pagamento, de contratos, de Mapas de Médicos, e outros documentos de caixa.

Assim, verifica-se que a NFLD foi lavrada de acordo com os dispositivos legais e normativos que disciplinam a matéria, tendo o agente notificante demonstrado, de forma clara e precisa, a ocorrência do fato gerador da contribuição previdenciária, fazendo constar, nos relatórios que compõem a Notificação, os fundamentos legais que amparam o procedimento adotado e as rubricas lançadas.

O Relatório Fiscal traz todos os elementos que motivaram a lavratura da NFLD e o relatório Fundamentos Legais do Débito – FLD, encerra todos os dispositivos legais que dão suporte ao procedimento do lançamento, separados por assunto e período correspondente, garantindo, dessa forma, o exercício do contraditório e ampla defesa à notificada.

Dessa forma, todos os elementos necessários para a elaboração de defesa pelo contribuinte encontram-se nos autos, motivo pelo qual rejeito a preliminar de nulidade por cerceamento de defesa.

No mérito, a notificada defende o entendimento de que a caracterização de vínculos empregatícios extrapola a competência da Receita Federal do Brasil e da extinta

fiscalização previdenciária e que somente a Justiça do Trabalho é competente para reconhecer vínculo empregatício, conforme art. 114 da Carta Magna.

Contudo, restou comprovada, nos autos, a ocorrência de todos os requisitos necessários para a caracterização da relação de emprego, exigidos pelo art. 12, I, "a" da Lei n.º 8.212/91 c/c art. 9.º, I, "a", do RPS, aprovado pelo Decreto n.º 3.048/99, quais sejam, a não-eventualidade (habitualidade), a remuneração e a subordinação.

Aplica-se portanto, ao caso, o artigo 9º, da Consolidação das Leis do Trabalho, que considera nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos nela contidos

E como o parágrafo 2.º do art. 229 do Decreto 3.048/99, permite ao Auditor Fiscal desconsiderar o vínculo pactuado, a Auditoria, ao verificar a ocorrência dos requisitos da relação de emprego, agiu em conformidade com ditames legais e enquadrando corretamente os trabalhadores como empregados da notificada para efeitos da legislação previdenciária.

Esse enquadramento será automático sempre que estiverem presentes, na prestação do serviço, os pressupostos da relação de emprego, quais sejam, a remuneração, a habitualidade e a subordinação, porque a lei assim determina, mesmo que no contrato formalizado entre as partes esteja definido de forma diversa, pois a relação de emprego não é aferida pelos elementos formais do ajuste, mas do conteúdo emergente de sua execução.

Dessa forma, ao contrário do que entende a recorrente, desde que presentes os requisitos do art. 12, I, "a", da Lei n.º 8.212/91, pode sim o Auditor Fiscal desconsiderar a contratação do segurado como contribuinte individual para considerá-lo como empregado da contratante, exclusivamente para fins de recolhimento da contribuição previdenciária, pois houve a ocorrência do fato gerador.

Da análise dos fatos apresentados, verifica-se a existência de uma simulação no procedimento de contratação de mão de obra adotado pela notificada.

Na definição de Clóvis Beviláqua, a simulação é uma declaração enganosa da vontade, visando produzir efeito diverso do ostensivamente indicado (Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado – 15ª Edição).

Segundo Orlando Gomes, ocorre simulação quando em um negócio jurídico, como é o caso de um contrato de trabalho, se verifica intencional divergência entre a vontade real e a vontade declarada, com o fim de enganar terceiro (Introdução ao Estudo do Direito – 7ª Edição).

E, de acordo com o art. 118, inciso I do CTN, a definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos.

Assim, em respeito ao Princípio da Verdade Material e pelo poder-dever de buscar o ato efetivamente praticado pelas partes, a Administração, ao verificar a ocorrência de simulação, pode superar o negócio jurídico simulado para aplicar a lei tributária aos verdadeiros participantes do negócio.

A recorrente defende, ainda, que a caracterização da relação de emprego é ato **privativo do Poder Judiciário.**

Contudo, tal entendimento não encontra respaldo na jurisprudência deste Conselho de Contribuintes e de nossos tribunais, conforme julgados cujos trechos transcrevo abaixo:

TRF 1ª Região - Apelação Cível 94.01.13621-1/MG DJ 12/04/2002

“Salienta-se ainda que é desnecessária qualquer declaração judicial prévia para anular os atos jurídicos entre as partes, já que seus reflexos tributários existem independentemente da validade jurídica dos atos praticados pelos contribuintes, nos termos do artigo 118, I, do Código Tributário Nacional.

Ademais, a questão central dos autos cinge-se à repercussão para os efeitos tributários do ato simulado, ou seja, de sua ineficácia para fins de dedução de tais prejuízos.

Uma vez comprovada que o sujeito passivo agiu com dolo, fraude ou simulação, como de fato o foi no caso em tela, a autoridade administrativa tem plenos poderes para efetuar a glosa da dedução de imposto ilegitimamente realizada pela Autora, nos termos do art. 149, inciso VII, do CTN...”

Nesse sentido, cita-se o entendimento de Heleno Tôrres em sua obra Direito Tributário e Direito Privado – Autonomia Privada, Simulação, Elusão Tributária – Ed. Revista dos Tribunais – 2003 – pág. 371:

“Como é sabido, a Administração Tributária não tem nenhum interesse direto na desconstituição dos atos simulados, salvo para superar-lhes a forma, visando a alcançar a substância negocial, nas hipóteses de simulação absoluta. Para a Administração Tributária, como bem recorda Alberto Xavier, é despidendo que tais atos sejam considerados válidos ou nulos, eficazes ou ineficazes nas relações privadas entre os simuladores, nas relações entre terceiros ou nas relações entre terceiros com interesses conflitantes. Eles são simplesmente inoponíveis à Administração, cabendo a esta o direito de superação, pelo regime de desconsideração do ato negocial, da personalidade jurídica ou da forma apresentada, quando em presença do respectivo “motivo” para o ato administrativo: o ato simulado”

Portanto, na presença de simulação, a auditoria fiscal tem o dever-poder de não permanecer inerte, pois tais negócios são inoponíveis ao fisco no exercício da atividade plenamente vinculada do lançamento, que no caso em tela encontra respaldo ainda no artigo 149, inciso VII do CTN que dispõe o seguinte:

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;

Vale ressaltar que a matéria aqui tratada já foi objeto do Parecer da Consultoria Jurídica, nº 1.544/98, cujos trechos transcrevo a seguir:

16. No tocante às NFLD referentes à incidência de contribuição social cujos fatos geradores são o pagamento aos autônomos,

qualificados como empregados, colaciona-se o entendimento já exposto nos precedentes supra-mencionados desta Consultoria.

17. A Diretoria de Arrecadação e Fiscalização - DAF, por intermédio de relatórios fiscais anexos às NFLD em epígrafe afirmara:

(...) verifica-se que na prestação desses serviços há pessoalidade, subordinação, cumprimento de horário de trabalho e remuneração, caracterizando, assim, de forma incontestável, o vínculo empregatício e a conseqüente condição de segurados empregados, conforme Art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), Art. 12, inciso I, alíneas a e b, da Lei nº 8.212, de 24.07.91 e Art. 10, inciso I, alínea a, do Decreto nº 612, de 21.07.92, conforme, já dissemos anteriormente, análise das folhas de pagamento e que não houve desconto da parte de segurados;

(...)

20. É comum a ocorrência de fraude neste tipo de sociedade, posto as cooperativas de trabalho não poderem atuar como intermediadoras de mão-de-obra. Esta intermediação, conforme a Súmula 331 de Tribunal Superior do Trabalho, somente é possível quando se tratar de serviços especializados ligados à atividade-meio e desde que inexistam a pessoalidade e a subordinação, garantida a responsabilidade solidária do tomador de serviços no caso de inadimplemento da empresa interposta. Verifica-se no Relatório Fiscal a existência dos requisitos caracterizadores do vínculo empregatício. Trata-se, pois, de embuste para burlar a legislação trabalhista e para o não recolhimento das contribuições devidas. Aplica-se portanto, o artigo 9º, da Consolidação das Leis do Trabalho, que considera nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos nela contidos.

(...)

26. De tal princípio decorre que mesmo sendo nulo o ato de contratação de autônomos, houve a ocorrência do fato gerador da contribuição social para a seguridade social a cargo das empresas incidentes sobre a folha de salários, bem como a cargo dos trabalhadores.

27. Para o direito Tributário, havendo a ocorrência do fato gerador, tem-se nascida a obrigação tributária. Destarte, ocorrido o recebimento da remuneração, o contribuinte deve recolher o referido encargo previdenciário.

28. Não é possível a equiparação de autônomos a servidores públicos. Todavia, é possível que a fiscalização não reconheça como válido o ato de contratação de autônomos. Assim, como houve remuneração paga ao trabalhador contratado, ocorrerá o fato gerador da contribuição social para a seguridade social incidente sobre a folha de salários, nos termos do artigo 195, inciso I, da Constituição da República.

(...)

31. *Momento algum pretendeu o INSS considerar a descaracterização do autônomo como fato gerador. Despontava-se inapropriada a afirmação de que o Ilustríssimo Senhor Fiscal de Contribuições Previdenciárias confundiu-se, adotando a caracterização de trabalhadores como segurados, como se fosse essa observação o fato gerador da contribuição por ele apontada, incorrendo assim, em erro conceitual elementar, data venia.*

32. *As contribuições sociais são uma das cinco espécies tributárias e estão delineadas no artigo 149 da Constituição da República. Dentre outras sub-espécies dessa exação existe a Contribuição Social para financiamento da Seguridade Social prevista também no artigo 195 do Permissivo Constitucional. Essas contribuições por seu turno, subdividem-se em cinco previstas constitucionalmente, dentre as quais estão aquela a cargo dos empregadores incidente sobre a folha de salários.*

(...)

35. *Faz-se necessário primeiro a demonstração do vínculo laboral para que se possa considerar a remuneração da mão-de-obra como fato gerador do tributo ora em comento. Assim, caracterizado o vínculo empregatício é consequência pura a identificação do fato gerador. O relatório fiscal anexo à NFLD é na verdade um silogismo em que a descaracterização dos ditos cooperados representa a premissa menor. O silogismo pode ser apresentado da seguinte maneira:*

(...)

39. *Portanto, não é a caracterização do dito cooperado como segurado especial que autoriza a constituição do crédito tributário, mas sim a constatação por parte do INSS de tais pessoas que desempenham o trabalho de forma subordinada. Diante dessa realidade, como já dito, com base no princípio da primazia da realidade que norteia as relações trabalhistas é que se identifica a hipótese constitucional da incidência da norma ao fato para fins de nascimento da obrigação tributária principal.*

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; (grifos editados).

Restou demonstrado, pela fiscalização, que os expedientes utilizados pela recorrente tinham por objetivo simular negócio jurídico, ou seja, a contratação de mão de obra, no qual a intenção das partes é uma, a forma jurídica adotada é outra.

Ademais, conforme os Acórdãos trazidos na decisão recorrida, os nossos Tribunais já vêm decidindo que o Fisco pode autuar empresa se esta deixar de recolher contribuições previdenciárias em relação às pessoas que ela julgue com vínculo empregatício e, caso discorde, a empresa dispõe do acesso à Justiça do Trabalho afim de questionar a existência do vínculo.

Nesse sentido, não houve extrapolação de competência, uma vez que a empresa ainda pode recorrer à justiça do Trabalho.

A notificada entende que a fiscalização não comprovou a existência dos elementos caracterizadores da relação de emprego.

Entretanto, a autoridade notificante constatou que os médicos que prestavam serviços à recorrente como autônomos na verdade enquadravam-se no art. 12, inciso I, alínea "a", da Lei 8.212/91, citada acima, sendo, portanto, segurados empregados do Hospital.

A fiscalização verificou que o Hospital, no período auditado, contratou apenas um médico, sendo que todos os outros que lhe prestaram serviços no período foram considerados autônomos pela empresa.

A recorrente alega que o mínimo necessário a sua adequada defesa seria a análise e argumentação individualizada em relação a cada médico considerado como empregado, explicitando porque a Fiscalização entende que, naquele caso específico, estariam presentes os elementos para a caracterização do vínculo empregatício.

Porém, observa-se, da leitura do Relatório Fiscal, que foi exatamente essa a conduta adotada pela autoridade lançadora, que individualizou cada médico caracterizado como empregado, e expôs separadamente, para cada um deles, os motivos pelos quais entendeu que houve a ocorrência dos elementos caracterizadores da relação de emprego, elaborando uma relação dos médicos por área/setor de trabalho e a forma de contratação.

A fiscalização constatou, e demonstrou nos autos, que os médicos listados prestam serviços de forma direta, habitual, remunerada, pessoal e subordinada à notificada.

Os serviços eram executados com controle da carga horária (inclusões nos MAPAS), caracterizando, assim, a pessoalidade, e a subordinação jurídica, a onerosidade e a pessoalidade destes trabalhadores para com o HOSPITAL SÃO LUCAS é claramente identificada, eis que os mesmos trabalham para a Contratante com cobertura de 24 horas ininterruptas de trabalho, no caso dos plantões, e/ou tarefas estipuladas, com remuneração fixa e previamente pactuada.

Os médicos exerciam funções de plantonistas, supervisores, e emitiam laudos de exames realizados no Hospital, ou seja, as atividades desenvolvidas pelos médicos caracterizados como segurados empregados, quais sejam, plantões em UTIs, supervisão, entre outras, são matérias da competência de um hospital.

E diante da existência de uma posição jurisprudencial de que é vedada a terceirização da atividade fim da empresa, não há como vislumbrar que atividade do nosocômio seja exercida por terceiros sem vínculo com a recorrente.

Dessa forma, a fiscalização demonstrou a presença de subordinação, pessoalidade, onerosidade e não-eventualidade, requisitos necessários à caracterização do vínculo de emprego e caracterizou a pessoa física, enquadrada como autônomo pela empresa, como segurado empregado da recorrente.

E, segundo o Ministro Carlos Veloso “*Corre em favor do ato administrativo a presunção da legitimidade. Assim, se o lançamento fiscal previdenciário aponta a existência de empregados e não trabalhadores autônomos, cumpre ao contribuinte ilidir, mediante prova, essa presunção*” (TRF AC. 101.404-MG, Min. Carlos Veloso – DJU 05/09/85, pág. 14800).

Dessa forma, o agente fiscal, ao constatar a existência dos elementos caracterizadores da relação de emprego e a falta do recolhimento da contribuição devida incidente sobre a remuneração paga a segurados empregados, lavrou corretamente a presente NFLD.

A recorrente insiste na realização da diligência, argumentando que os médicos caracterizados como empregados pela fiscalização podem já ter efetuado o pagamento das contribuições previdenciárias (parte do segurado) incidentes sobre sua remuneração no limite estabelecido, e que as quantias já recolhidas não foram identificadas pela Fiscalização quando da autuação.

Todavia, a autoridade notificante ressalta, no item 15.1 do Relatório Fiscal, que apenas as rubricas Seguro Acidente do Trabalho, SAT, e Terceiros, TER, incidiram sobre a remuneração de todos os médicos, conforme relatado no subitem 14.1, sendo que as exceções apontadas foram atingidas pela decadência quinquenal.

Assim, não há necessidade de diligência para se verificar o recolhimento da contribuição dos segurados, já que tal rubrica não integra a presente NFLD.

Não tendo sido demonstrada pela recorrente a necessidade da realização de perícia, não se pode acolher a alegação de cerceamento de defesa pelo seu indeferimento.

A notificada reafirma que a fiscalização considerou que um mesmo profissional, Dr. Arthur Querido Marcondes, nas competências de 01 a 03/2004, prestou serviços à recorrente nas condições empregado e contribuinte individual, ao passo que, na competência 08/01 2001, o Dr. Nelson Panno Valise, segundo o I. Auditor, apresentou dois vencimentos diferentes para o desempenho de uma única função, plantonista do centro cirúrgico, algo inadmissível para um empregado do nosocômio notificado.

Quanto ao segurado Nelson Panno Valise, a recorrente não demonstrou que houve equívoco na remuneração do referido segurado, uma vez que nada impede que o profissional médico tenha recebido o pagamento em duas parcelas.

Da mesma forma, a recorrente não comprovou que o segurado Arthur Querido Marcondes, nas competências janeiro a março de 2004, tenha prestado serviços ao Hospital notificado na condição de segurado contribuinte individual.

Já a fiscalização constatou a prestação de serviços do referido segurado na condição de empregado.

A empresa alega ainda que a aplicação da taxa SELIC é inconstitucional e que a multa moratória possui natureza confiscatória.

Contudo, cumpre salientar que a utilização da Taxa SELIC para atualizações e correções dos débitos apurados encontra respaldo no art. 34, da Lei 8.212/91 e a multa ~~encontra-se amparada no art. 35 do mesmo diploma legal.~~

Vale observar que, conforme entendimento fixado no Parecer CJ 771/97, “o guardião da Constituição Federal é o Supremo Tribunal Federal, cabendo a ele declarar a inconstitucionalidade de lei ordinária. Se o destinatário de uma lei sentir que ela é inconstitucional, o Pretório Excelso é o órgão competente para tal declaração. Já o administrador ou servidor público não pode se eximir de aplicar uma lei porque o seu destinatário entende ser inconstitucional quando não há manifestação definitiva do STF a respeito”.

Ademais, o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 256/2009, veda aos Conselhos de Contribuintes afastar aplicação de lei ou decreto sob fundamento de inconstitucionalidade, conforme disposto em seu art. 62.

E o Conselho Pleno, no exercício de sua competência, uniformizou a jurisprudência administrativa sobre tais matérias, por meio dos Enunciados 02/2007 e 03/2007, transcritos a seguir:

Enunciado nº 02:

O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária.

Enunciado nº 03:

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 com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic para títulos federais.

Nesse sentido e

Considerando tudo o mais que dos autos consta;

VOTO no sentido de **CONHECER DO RECURSO** e, no mérito, **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL**, para excluir do débito, por decadência, os valores lançados nas competências compreendidas entre 07/98 a 12/01, inclusive.

É como voto.

Bernadete de Oliveira Barros - Relatora

Voto Vencedor

Conselheiro Damião Cordeiro de Moraes – Redator Designado

DA MULTA APLICADA

Trata-se de recurso voluntário interposto pelo HOSPITAL SÃO LUCAS DE TAUBATÉ SC LTDA em face da decisão que manteve o lançamento de débito devido ao fato de a empresa ter deixado de declarar em GFIPs as remunerações pagas a título de serviços prestados por médicos e por médicos cooperados.

Sobre a multa aplicada, cumpre ressaltar que, em respeito ao art. 106 do CTN, inciso II, alínea “c”, deve o Fisco perscrutar, na aplicação da multa, a existência de penalidade menos gravosa ao contribuinte. No caso em apreço, esse cotejo deve ser promovido em virtude das alterações trazidas pela Lei nº 11.941/2009 ao art. 35 da Lei nº 8.212/1991, que instituiu mudanças à penalidade cominada pela conduta da Recorrente à época dos fatos geradores.

Assim, identificando o Fisco benefício ao contribuinte na penalidade nova, essa deve retroagir em seus efeitos, conforme ocorre com a nova redação dada ao art. 35 da Lei nº 8.212/1991 que assim dispõe:

“Art. 35. Os débitos com a União decorrentes das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, não pagos nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora e juros de mora, nos termos do art. 61 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996.”

E o supracitado art. 61, da Lei nº 9.430/96, por sua vez, assevera que:

“Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

(...)

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.”

Confrontando a penalidade retratada na redação original do art. 35 da Lei nº 8.212/1991 com a que ora dispõe o referido dispositivo legal, vê-se que a primeira permitia que a multa atingisse o patamar de cem por cento, dado o estágio da cobrança do débito, ao passo que a nova limita a multa a vinte por cento.

Sendo assim, diante da inafastável aplicação da alínea “c”, inciso II, art. 106, do CTN, conclui-se pela possibilidade de aplicação da multa prevista no art. 61 da Lei nº 9.430/1996, com a redação dada pela Lei nº 11.941/2009 ao art. 35 da Lei nº 8.212/1991, se for mais benéfica para o contribuinte.

DA INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO

Conforme relatado na sessão de julgamento, o recorrente se insurge contra o lançamento efetuado em razão da caracterização de segurados empregados dos profissionais médicos que exerciam funções de plantonistas, supervisores e laudistas do Departamento de

“MÉDICO RELAÇÃO DE EMPREGO. ÔNUS DA PROVA. O médico encontra-se enquadrado na categoria dos profissionais liberais, quais sejam, aqueles que exercem, profissionalmente, com liberdade de concepção, independência de opinião e autonomia de execução, atividades que demandem a aplicação de conhecimentos técnicos e científicos. Tal peculiaridade, conquanto não implique em óbice ao acolhimento do pedido de reconhecimento de vínculo de emprego entre as partes, transfere para o reclamante o ônus de provar que a prestação de serviços era subordinada. Inexistindo prova nos autos tendente a evidenciar a existência de subordinação na relação travada entre o profissional e o hospital em cujas dependências este se ativava, mostra-se inviável reconhecer o vínculo de emprego postulado”. (TRT da 10ª Região. 00189-2007-007-10-00-5 RO. Rel. Desembargador André R. P. V. Damasceno. DEJT 17/04/2009).

“VÍNCULO DE EMPREGO – MÉDICO – Não é empregado, mas sim autônomo, o profissional que pode se fazer substituir por outro no trabalho em clínica médica. Aonde a personalidade não é configurada (mormente quando elevado é o nível do trabalhador), não há como presumir a subordinação jurídica, sob pena desta Justiça especializada agasalhar indesejado enriquecimento sem causa” (TRT da 2ª Região. RO 54228. Rel. Juiz Ricardo Verta Ludovice . DOESP 17/10/2003).

“VÍNCULO DE EMPREGO - MÉDICO PLANTONISTA - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS INSCRITOS NOS ARTS. 2º E 3º DA CLT - NÃO CONFIGURAÇÃO. Verificado que o Reclamante, como médico cumpria alguns poucos plantões semanais na emergência do hospital, recebendo integralmente e apenas os valores das consultas pagas pelos pacientes que ali atendia, inclusive podendo se fazer substituir por outros cadastrados na empresa, em tal relação não estão presentes os requisitos inscritos nos arts. 2.º e 3.º da CLT, o que obsta o reconhecimento do almejado liame empregatício. Relações jurídicas desta natureza se apresentam marcadas pela autonomia do profissional, liberal que é por excelência, não a desnaturando o fato deste sujeitar-se a normas de organização interna do estabelecimento, de modo que os direitos e obrigações delas decorrentes se situam na órbita civil” (TRT da 10ª Região. 01205-2008-013-10-00-0 RO. Juiz do Trabalho Convocado João Luis Rocha Sampaio. DEJT 23/10/2009)

Esclarece-se que o médico está enquadrado na categoria dos profissionais liberais, aqueles que exercem profissionalmente, com liberdade de concepção, independência de opinião e autonomia de execução, atividades que demandem a aplicação de conhecimentos técnicos e científicos. É certo que tal peculiaridade não obsta o reconhecimento de vínculo de emprego. Todavia, transfere para a administração tributária o ônus de provar que a prestação de serviços se deu de forma subordinada.

Sobre a subordinação dos profissionais médicos nas unidades emergenciais e de tratamento intensivo, o voto do Juiz do Trabalho Convocado João Luis Rocha Sampaio no RO 01205-2008-013-10-00-0 dispõe da seguinte forma: “Convém salientar que normas de organização dos serviços não importa, necessariamente, em submissão a controle diretivo ou disciplinar, sobretudo quando envolve emergência de unidade hospitalar, cujas peculiaridades da atividade impõem, por sua própria natureza, rígido padrão de funcionamento. Significa dizer que não detêm aptidão para afetar e descaracterizar a autonomia que usufruem os profissionais médicos. Os dados coligidos deixam entrever a ausência de subordinação no liame travado entre as partes, cumprindo acentuar que a coordenação exercida pelo Reclamado se mostra insuscetível de desnaturar a real índole da relação mantida entre as partes. Tudo sinaliza na direção de que existiu, na realidade, autêntica parceria entre as partes, na medida em que o Autor, valendo-se da estrutura do Hospital e da projeção deste perante a comunidade local, auferia os ganhos provenientes dos pagamentos efetuados pelos pacientes que para ali acorriam e por ele eram atendidos, isto sem a necessidade de arcar com os custos da manutenção de um consultório próprio. [...] O visível propósito das partes, por conseguinte, como aflora claro dos autos, foi no sentido de se vincularem a contrato de caráter autônomo, desvestido de subordinação e dependência. Tal quadro apresenta-se divorciado da situação abstratamente definida nos arts. 2.º e 3.º da CLT, donde exsurge a convicção de que não se configura, na espécie, liame empregatício. A índole civil da avença afigura-se, diante disso, marcante e patente” (TRT da 10ª Região. DEJT 23/10/2009).

A existência de controle da carga horária (por meio do “MAPAS DOS MÉDICOS”), como indicativo de subordinação e pessoalidade, não é determinante para caracterização da relação de emprego. De modo geral, as escalas de trabalho não são fatores indicativos do vínculo de emprego. Sob este ponto, o trecho do voto do Desembargador Francisco Ferreira Jorge Neto, no precedente supracitado, é esclarecedor: “A subordinação compreende o poder de o empregador em dirigir, punir e controlar a prestação pessoal dos serviços. Havia escalas de trabalho, o que é patente, tendo em vista a necessidade prévia da presença do trabalhador, face às próprias peculiaridades da Reclamada. Escalas não são fatores indicativos do vínculo de emprego. A existência de vários horários de trabalho, os quais se alteraram ao longo da prestação dos serviços, vem a indicar a atuação do médico na formulação dos seus horários nas próprias escalas. A ausência de qualquer tipo de punição caso em que o profissional não pudesse ir ao trabalho na sua escala, o que é patente pela visão global do relato do Sr. José Juarez. Portanto, não se tem a presença do poder diretivo do empregador em relação à Reclamante”. (TRT da 2ª Região. 02037.2009.316.02.00-8.RO Rel. Desembargador Francisco Ferreira Jorge Neto. DOESP 08/04/2011).

Além da contratação direta do contribuinte com pessoas jurídicas de direito privado regularmente constituídas, bem como cooperativas médicas, foram acostados aos autos diversos memorandos em que os próprios médicos comunicam aos seus superiores a substituição do profissional plantonista, o que demonstra a ausência dos elementos caracterizadores de uma relação de trabalho, quais sejam a subordinação e pessoalidade.

Como é cediço, na atuação fiscal das contribuições sociais previdenciárias, o agente público deve ater-se também à legislação e à jurisprudência trabalhista sobre a matéria. Assim, para se configurar a incidência da contribuição, primeiramente deve-se verificar a presença dos elementos ensejadores da relação empregatícia.

Como visto, na espécie, do próprio teor das informações trazidas nos autos, pode-se depreender que os profissionais do contribuinte efetivamente prestaram serviços de forma autônoma para a pessoa do recorrente. Impõe-se pontuar que o fato de os médicos laborarem na atividade-fim do sujeito passivo, ante as especificidades próprias da profissão de

médico, também não caracteriza per si vínculo empregatício, até porque não há vedação legal para contratação de autônomos na atividade fim de hospitais, conforme acima exposto.

Por fim, diante das provas dos autos, entendo que ser indevida a exação sobre os pagamentos realizados aos médicos que trabalhavam no plantão UTI adulto, plantão UTI neonatal e plantão centro cirúrgico.

Assim, conclui-se que, quanto aos profissionais das áreas de plantão UTI adulto, plantão UTI neonatal, plantão centro cirúrgico e laudos exames eletrocardiográficos emergenciais, nem a autuação fiscal, nem o acórdão recorrido lograram êxito em provar a condição de segurados empregados do contribuinte. Com relação a estes profissionais médicos plantonistas e intensivistas, não há como se presumir a subordinação jurídica.

Ante a inexistência de provas e a demonstração pormenorizada do vínculo empregatício por parte do auditor-fiscal, tem-se por parcialmente insubsistente a desconsideração da relação jurídica existente entre recorrente e prestadores de serviços, mantendo a exação no que diz respeito as atividades de coordenador de setor e do conselho interdepartamental.

CONCLUSÃO

Ante ao exposto, CONHEÇO do recurso voluntário, para, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, nos termos abaixo:

- a) aplicar a multa prevista no art. 35 da Lei n.º 8.212/91 combinado com o art. 61, §2º da Lei nº 9.430/96, se benéfica ao contribuinte;
- b) desconsiderar a caracterização de vínculo empregatício com relação aos trabalhadores que atuam nos setores da UTI adulto, plantão UTI neonatal, plantão centro cirúrgico e laudos exames eletrocardiográficos emergenciais.

(assinado digitalmente)

Damião Cordeiro de Moraes - Redator designado