



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA**

Processo nº 35013.003123/2004-70
Recurso nº 145.798 Voluntário
Matéria DESCARACTERIZAÇÃO DE VÍNCULO PACTUADO
Acórdão nº 206-00.763
Sessão de 07 de maio de 2008
Recorrente FUNDAÇÃO BAHIANA DE CARDIOLOGIA
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2000 a 01/02/2001

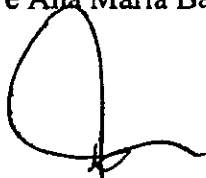
PREVIDENCIÁRIO. CUSTEIO. DESCARACTERIZAÇÃO.
ARBITRAMENTO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO
FUNDAMENTO LEGAL. NULIDADE. VÍCIO FORMAL.

I. É nula, em decorrência de vício formal, a lavratura de NFLD
amparada em procedimento arbitrado sem a indicação do
correspondente fundamento legal que o autoriza.

Processo Anulado. *f*

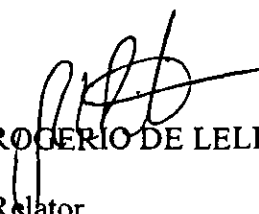
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. *f*

ACORDAM os Membros da SEXTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos em anular, por vício formal, a NFLD. Votaram pelas conclusões as Conselheiras Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Bernadete de Oliveira Barros e Ana Maria Bandeira.



ELIAS SAMPAIO FREIRE

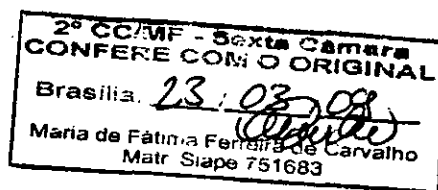
Presidente



ROGERIO DE LELLIS PINTO

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Elaine Cristina Monteiro e Silva Viera, Bernadete de Oliveira Barros, Daniel Ayres Kalume Reis, Ana Maria Bandeira, Cleusa Vieira de Souza e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.



Relatório

Trata-se Recurso Voluntário interposto pela **FUNDAÇÃO BAHIANA DE CARDIOLOGIA**, contra Decisão Notificação exarada pela extinta Secretaria da Receita Previdenciária, a qual julgou procedente a presente NFLD no valor originário de R\$ 296.133,09 (duzentos e noventa e seis mil e cento e trinta e três reais e nove centavos).

Conforme o relatório fiscal (fls. 79 a 93), o fato gerador das contribuições apuradas ocorreu com a prestação de serviços, à notificada, de médicos considerados segurados empregados pela fiscalização por terem sido constatada a presença dos requisitos caracterizadores da relação de emprego.

Em seu recurso, a empresa alega em preliminar a decadência do débito, alegando que a I.Julgadora, de forma desarrazoada, fugiu do tema proposto, pois em nenhum momento a Recorrente requereu qualquer declaração de inconstitucionalidade, e sim que fosse extinta a exigência fiscal em face do disposto no § 4º, do art. 150 e no inciso I, do art. 173, ambos do CTN.

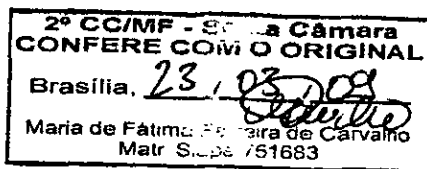
Diz que faz jus a imunidade consagrada no art. 195 §7º da Constituição Federal, transcrevendo o citado artigo e que, embora o legislador constitucional tenha empregado a expressão isenção, o texto da norma consagra verdadeira imunidade, na medida em que este instituto caracteriza-se fundamentalmente pela previsão normativa constitucional.

Reafirma que possui direito adquirido à isenção, já que atendia, à época de sua constituição, 1989, aos requisitos legais exigidos no Decreto-Lei 1.572/77 e que mesmo preenchendo os requisitos do art. 55 da Lei 8.212/91, requereu no INSS a isenção, que foi concedida pelo Órgão Previdenciário apenas em 12/08/1996.

Também em preliminar, alega incompetência do INSS para definir a natureza dos negócios jurídicos firmados pelo FBC e dos auditores fiscais para desqualificar contratos de natureza civil e atribuir aos mesmos natureza trabalhista, transcrevendo o art. 114 da Constituição Federal para demonstrar suas alegações.

No Mérito, faz um breve histórico sobre a Fundação Bahiana de Cardiologia e seu funcionamento, ressaltando que grande parte dos médicos que prestam serviço na Fundação são efetivamente vinculados a UFBA e/ou disponibilizados à UFBA/HUPES pela Secretaria de Saúde do Estado da Bahia – SESAB, e outros tantos prestam serviço por meio das suas pessoas jurídicas, o que por si só descaracteriza o repugnante vínculo trabalhista atribuído pelo Autuante/Recorrido.

Esclarece que cada grupo de médicos atuantes num mesmo setor elege o coordenador que vai coordená-los sem que haja de pronto qualquer interferência da FBC, sendo que as escalas de atendimento, embora preestabelecidas pela equipe médica de cada setor, servem apenas como referenciais aos médicos ali indicados, podendo haver substituição entre eles, em função de necessidades pessoais dos médicos como, por exemplo, doença, curso, congresso, etc, o que decepa, por completo, a idéia de vínculo empregatício, por total inexistência de subordinação entre a atuada e os médicos encaminhados pelas Empresas Prestadoras de Serviço.



Argumenta que não há como considerar tais médicos como empregados da notificada, uma vez que tais profissionais encontram-se também, nos mesmos dias e horários, sob escala da UCCV/HUPES, e que as escalas feitas pela UCCV/HUPES eram e são disponibilizadas para a FBC nos termos do convênio celebrado, que reza que os empregados de uma instituição não transferem responsabilidades, quando cedidos, para a entidade conveniada.

Destaca que não há pagamento de salário, mas sim retribuição direta pela prestação de serviços, e que o vínculo existente dos médicos com a UFBA e/ou SESAB descarta a existência de outro vínculo com a FBC, visto que na grande maioria dos casos os profissionais exercem atividades cumulativas de professor e médico, com 40h e 20h respectivamente, totalizando 60 horas semanais, seja prestando serviço a UFBA ou a FBC, o que configura a insubsistência da tese lançada pelo fiscal autuante.

Questiona a incidência da Taxa Selic, que a seu ver seria inaplicável aos débitos tributários, por ausência de fomento jurídico, pois vem acarretar séria sobrecarga fiscal e transcreve acórdão do STJ sobre a inconstitucionalidade e ilegalidade da taxa SELIC para fins tributários.

A extinta SRP apresentou contra-razões, onde pugna pela manutenção do débito.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro ROGERIO DE LELLIS PINTO, Relator .

Recurso tempestivo, presentes todos os demais requisitos de admissibilidade, vamos a sua análise.

O contribuinte inicia sua insurreição, pleiteando a decadência do crédito fiscal, em discussão, o que acredito faz com razão.

Com efeito, tem sido constante a discussão da decadência das contribuições sociais tanto no âmbito doutrinário, quanto no âmbito jurisprudencial. Nesse ideal, é sabido que o E. STJ recentemente, por meio de seu plenário, e em decisão unânime, declarou a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/91, que fixa o prazo de 10 anos para a decadência das contribuições sociais, reconhecendo o prazo quinquenal para esses fins, muito embora o Pretório Excelso, guardião maior do texto Constitucional, ainda não tenha enfrentado definitivamente o tema.

Em verdade, creio que uma análise técnica e isenta da matéria em discussão, tal qual aquela realizada pelo STJ, nos leva a reconhecer que, de fato, o art. 45 da Lei nº 8.212/91, padece de irremediável vício de constitucionalidade, já que trata de matéria de alçada de Lei Complementar, o que nos leva a aplicação do prazo decadencial previsto no *Códex Tributário*, qual seja 05 anos.

Desse modo, entendo que o crédito fiscal ora discutido, encontra-se decadente, já que além do prazo de 05 anos fixados pelo CTN, devendo ser excluído do procedimento fiscal.

Não obstante a decadência do direito do Fisco em constituir o presente débito, tenho comigo razão acompanha a empresa no que tange a omissão do fundamento de direito que autoriza o procedimento arbitrado, como será demonstrado.

Da análise do procedimento fiscal em baila, extrai-se que o lançamento engloba contribuições previdenciárias incidentes sobre as remunerações auferidas por segurados que, no entendimento da i. fiscalização, detinham vínculo empregatício direto com o Recorrente. Contudo, o cerne da questão que se pretende ser analisado por esta Casa, situa-se em verificar efetivamente se trataria ou não de procedimento fiscal arbitrado, e na esteira do posicionamento adotado por este Relator, quando do julgamento ora atacado, acredito sim que a douta autoridade fiscal valeu-se de tal expediente para efetuar o lançamento, sem no entanto, ter o cuidado de indicar o fundamento de direito que o ampara, o que torna a NFLD nula.

Sem embargos, o lançamento arbitrado previsto nos parágrafos do art. 33 da Lei nº 8.212/91, tem como uma de suas variantes a aferição indireta do tributo, procedimento este, definido pelo art. 596 da IN 03/2005, como sendo o que dispõe a SRP para apuração indireta da base de cálculo das contribuições sociais.

Aferir indiretamente significa que os subsídios comuns de que deve se valer à fiscalização para a busca da base de cálculo do tributo de obrigação do contribuinte sob ação fiscal, seja por não merecerem fé, seja por não espelharem a realidade material ou mesmo por outros, não encontram-se aptos a revelá-la, de forma que a sua apuração somente poderá se dar por elementos indiretos que indiquem aquilo que deve ser tributado.

A busca da base de cálculo por meio da aferição indireta, muito embora seja essencial para muitos atos de fiscalização, é, em verdade, procedimento excepcional, que visa a demonstração daquilo que não se conseguiu apurar de forma normal, ainda que seja desconsiderando contabilidade, documentos ou requalificando determinadas situações jurídicas.

Nos caso dos autos, a ilustre autoridade lançadora entendeu que os pagamentos direcionados as pessoas que enumera, na verdade representam remuneração por serviços prestados mediante vínculo empregatício, apurando o tributo lançado a partir das Notas Fiscais e ou RPA's de prestação de serviços emitidas por estas pessoas. Sem dúvida que esse procedimento se traduz em aferição indireta, já que significa valer-se de valores pagos, que, em tese, visava não remunerar, mas pagar por serviços prestados, portanto, há uma desqualificação da natureza desse pagamento e da própria relação jurídica encontrada.

Sem embargos, quando se admite que certo pagamento representa na verdade remuneração e não simplesmente contraprestação decorrente de mera prestação de serviços, o que ocorre é uma requalificação de uma situação que formalmente se apresenta diversa, esta desprezando-se sua natureza formal, e igualmente, o caráter com que foi lançado contabilmente. Essa requalificação da relação jurídica encontrada, ainda que lastreada em uma situação circunstanciadamente narrada, representa presumir que os valores das NF's ou RPA's emitidas pelos supostos prestadores de serviços e pagas pela Notificada representam remuneração, é sim um procedimento arbitrado.

É preciso destacar ainda que o entendimento acima declinado já foi acolhido por este Conselho, quando do julgamento proferido nos autos do Recurso Voluntário nº 145059, que por maioria, decidiu pela nulidade da NFLD, com essas mesmas peculiaridades. Vale, *l*

assim, trazer a colação, trecho do voto divergente lançado naqueles autos pelo ilustre Conselheiro Rycardo Oliveira, nos seguintes termos:

"(...) observe-se que o crédito previdenciário ora constituído fora apurado por aferição indireta, tendo em vista que os valores considerados como remuneração não foram extraídos de forma direta/precisa da contabilidade da recorrente, mas sim a partir dos repasses efetuados às empresas que forneciam os prestadores de serviços, caracterizados como contribuintes individuais, por conseguinte, documento indireto, em virtude da desconsideração da personalidade jurídica daquelas empresas.

Na esteira desse entendimento, cumpre observar que a fiscalização levará a efeito a aferição indireta/arbitramento quando os valores admitidos/presumidos como base de cálculo das contribuições lançadas não forem extraídos dos documentos específicos utilizados para o devido registro dos fatos geradores dos tributos em comento, quais sejam, folhas e/ou recibos de pagamentos, RAIS, GFIP's, dentre outros.

Mais a mais, tratando-se de ação fiscal realizada na tomadora de serviços, não há dúvidas da utilização de documentos indiretos para apuração do crédito previdenciário, eis que a escrituração contábil das prestadoras de serviços sequer foi analisada, presumindo-se como remuneração dos contribuintes individuais os valores das Notas Fiscais de serviços. À rigor, além da personalidade jurídica, a contabilidade de referidas empresas, igualmente, foi desconsiderada.


Com efeito, constata-se que o fiscal autuante, na apuração do crédito tributário, edificou uma presunção legal, lançando valores que entendeu devidos, considerando, ainda, repasses a empresas prestadoras de serviços como remunerações dos contribuintes individuais, invertendo, assim, o ônus da prova ao contribuinte.

No entanto, sabemos que a presunção legal, como o próprio nome indica, somente poderá ser levada a efeito quando estiver expressamente inserta na legislação de regência."

Desta feita, por tratar-se de aferição indireta, acredita este Relator que a NFLD padece realmente de vício insanável já que não está indicado o dispositivo legal que autoriza tal expediente, nos termos já consagrados por este Conselho.

Diante do Exposto, voto no sentido de **CONHECER DO RECURSO**, e declarar a nulidade por vício formal, acima indicada.

Sala das Sessões, em 07 de maio de 2008



ROGERIO DE LELLIS PINTO