

CC02/C06
Fls. 417

MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº 35380.000602/2006-18
Recurso nº 150.843 Voluntário
Matéria DESCARACTERIZAÇÃO DE VÍNCULO PACTUADO
Acórdão nº 206-01.589
Sessão de 06 de novembro de 2008
Recorrente FUNDAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO MÉDICO E HOSPITALAR
Recorrida SRP - BAURU/SP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1991 a 31/05/2001

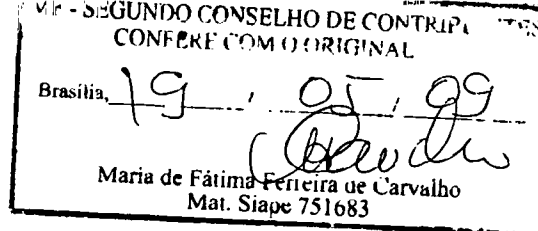
NORMAS PROCEDIMENTAIS. PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E AMPLA DEFESA. AUSÊNCIA INTIMAÇÃO CONTRIBUINTE PARA MANIFESTAÇÃO ACERCA DE ATOS PROCESSUAIS/DILIGÊNCIA REQUERIDA ANTES DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NULIDADE. É nula a decisão de primeira instância que, em detrimento aos princípios do devido processo legal e ampla defesa, é proferida sem a devida intimação do contribuinte do resultado de diligência requerida pela autoridade julgadora após interposição de impugnação.

Ao contribuinte é assegurado o direito de manifestar-se acerca de todos os atos processuais levados a efeito no decorrer do processo administrativo fiscal, que possam interferir diretamente na apreciação da legalidade/regularidade do lançamento.

Decisão de Primeira Instância Anulada.

Processo Anulado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.



ACORDAM os Membros da SEXTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES, por maioria de votos em anular a Decisão de Primeira Instância. Vencida a Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, que votou por não declarar a nulidade da decisão recorrida.

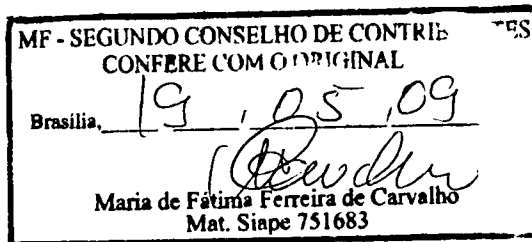
ELIAS SAMPAIO FREIRE

Presidente

RYCARDO HENRIQUE MAGALHÃES DE OLIVEIRA

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Rogério de Lellis Pinto, Bernadete de Oliveira Barros, Cleusa Vieira de Souza, Ana Maria Bandeira e Lourenço Ferreira do Prado.



Relatório

FUNDAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO MÉDICO E HOSPITALAR, contribuinte, pessoa jurídica de direito privado, já qualificada nos autos do processo em referência, recorre a este Conselho da decisão da então Gerência Executiva em Bauru/SP, DN nº 21.023.0/0258/2001, que julgou procedente o lançamento fiscal referente às contribuições sociais devidas pela notificada ao INSS, correspondentes à parte da empresa, dos segurados, do SAT e as destinadas a Terceiros (Salário Educação, INCRA, SESC, e SEBRAE), incidentes sobre as remunerações dos segurados empregados, assim caracterizadas as pessoas físicas que prestaram serviços à Fundação, em relação ao período de 01/1991 a 05/2001, conforme circunstanciadamente demonstrado no Relatório Fiscal, às fls. 125/136.

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD, lavrada em 28/06/2001, contra a contribuinte acima identificada, constituindo-se crédito no valor de R\$ 42.366.063,31 (Quarenta e dois milhões, trezentos e sessenta e seis mil e sessenta e três reais e trinta e um centavos).

De acordo com o Relatório Fiscal, a ilustre autoridade lançadora achou por bem caracterizar os prestadores de serviços, pessoas físicas, como segurados empregados, tendo em vista que do exame da documentação apresentada pela contribuinte, constatou-se a existência dos requisitos do vínculo empregatício entre aqueles e a contribuinte, inscritos no artigo 12, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 8.212/91, quais sejam, a não eventualidade, a subordinação, a pessoalidade e a remuneração.

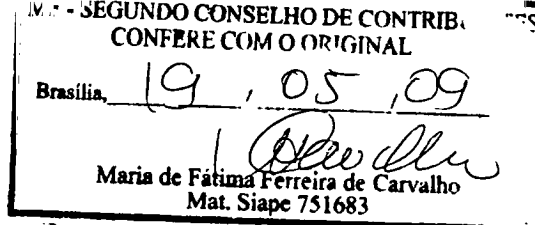
Informa o fiscal autuante que os fatos geradores das contribuições previdenciárias ora lançadas foram extraídos dos Livros Diários do período fiscalizado, mais precisamente das contas contábeis “Plantões” e “Contas Correntes – Docentes Prest. Ser. Conv.”.

Esclarece, ainda, a fiscalização que, em relação ao período de 01/1991 a 12/1998, encontram-se lançadas as diferenças de contribuições referentes aos segurados empregados, tendo em vista que a contribuinte recolheu os tributos concernentes aos pretensos autônomos, ora caracterizados como empregados.

Inconformada com a Decisão recorrida, a contribuinte apresentou Recurso Voluntário, às fls. 367/377, procurando demonstrar sua improcedência, desenvolvendo em síntese as seguintes razões.

Após breve relato a propósito da ação fiscal levada a efeito na Fundação, bem como das atividades desenvolvidas pela contribuinte, insurge-se contra a exigência consubstanciada na peça vestibular do feito, aduzindo para tanto que o fiscal autuante, ao caracterizar os prestadores de serviços autônomos como segurados empregados, além de malferir os preceitos legais que regulamentam a matéria, contrariou decisão judicial, atraindo para si competência exclusiva da Justiça do Trabalho.

Contrapõe-se ao lançamento em comento, por entender não haver a devida comprovação da existência dos requisitos necessários à caracterização do vínculo empregatício entre os prestadores de serviços, pessoas físicas-autônomos, e a FAMESP, de maneira a



fundamentar a pretensão fiscal, não tendo a autoridade lançadora se aprofundado no exame dos documentos ofertados pela contribuinte durante a fiscalização, os quais seriam capazes de rechaçar qualquer entendimento a respeito da relação laboral, apoiado em meras subjetividades, a partir de critérios discricionários.

Assevera que, na pior das hipóteses o vínculo empregatício se dá entre os prestadores de Serviços e a Universidade do Estado de São Paulo – UNESP, eis que os pagamentos são oriundos de verbas extra-orçamentárias federais e estaduais do SUS e IAMSPE, repassadas à UNESP a partir de convênios, que, por sua vez, repassa a FAMESP tais valores, igualmente, com amparo em convênios. Em outras palavras, entende que a notificada somente distribui os pagamentos aos autônomos (médicos e profissionais liberais), os quais são selecionados pela UNESP.

Opõe-se ao procedimento utilizado pelo fiscal autuante na apuração do crédito previdenciário em comento, por ter deixado de individualizar cada espécie de pagamento, admitindo como idênticas receitas distintas, quais sejam, prestação de serviços em plantões e aqueles fora dos plantões.

Reitera pedido de reconhecimento de litispendência, com o fito de sobrestar o presente feito até que a Justiça do Trabalho se manifeste em definitivo nos autos dos processos trabalhistas que tratam da mesma matéria fática e jurídica versada nos autos do processo administrativo em epígrafe.

Por fim, requer o conhecimento e provimento do seu recurso, para desconsiderar a Notificação Fiscal de Lançamento de Débitos, tornando-a sem efeito e, no mérito, sua absoluta improcedência.

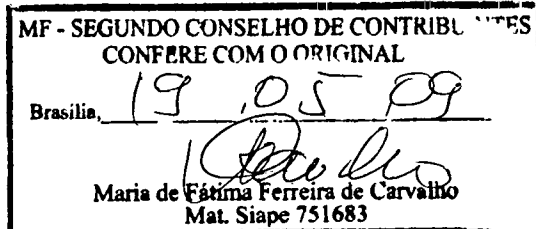
A então Secretaria da Receita Previdenciária, apresentou contra-razões, às fls. 381/382, em defesa da decisão recorrida, propondo a sua manutenção.

Incluído na pauta de 27/05/2002, a então 2ª Caj do CRPS entendeu por bem converter o julgamento em diligência, conforme decisão de fls. 383/385, encaminhando o processo à Divisão de Assuntos Jurídicos do CRPS, para manifestação em relação à matéria posta nos autos, especialmente quanto às decisões decorrentes das ações trabalhistas contra a recorrente.

Em atendimento à solicitação da 2ª Câmara do Conselho de Recursos da Previdência Social, a Assessoria Jurídica/RJ elaborou Informação, AJ/CRPS nº 533/2002, às fls. 388/390, propondo a decretação da insubsistência do feito em face das decisões judiciais exaradas nos autos dos processos trabalhistas movidos por vários prestadores de serviços contra a empresa, onde não fora reconhecido o vínculo empregatício.

Por sua vez, a Divisão de Assuntos Jurídicos proferiu Despacho, DAJ/JMC nº 0875/2003, às fls. 396/400, concluindo que "...o assunto deve ser enfrentado, no mérito, pelos membros da Segunda CAJ, sem a participação ministerial para a solução da lide."

Reincluído em pauta, em 31/01/2006, a egrégia 2ª Caj, novamente, determinou a conversão do julgamento em diligência para que a contribuinte fosse intimada do resultado da diligência anterior, oportunizando-lhe manifestar a propósito das conclusões insculpidas na Informação Fiscal da Assessoria Jurídica/RJ, bem como no Despacho da DAJ.



Instada a se manifestar a respeito da diligência supra, a contribuinte apresentou suas razões, às fls. 408/411, insurgindo-se contra o Despacho do Chefe da Divisão de Assuntos Jurídicos da Previdência Social, reiterando as alegações anteriormente suscitadas, as quais foram corroboradas pela Assessoria Jurídica do CRPS, impondo seja dado provimento a seu recurso voluntário, julgando improcedente o lançamento fiscal.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro RYCARDO HENRIQUE MAGALHÃES DE OLIVEIRA, Relator

Presentes os pressupostos de admissibilidade, sendo tempestivo e dispensada do recolhimento do depósito recursal, por força de decisão judicial, conhecimento do recurso e passo à análise das alegações recursais.

Não obstante as razões de fato e de direito ofertadas pela contribuinte durante todo longo processo administrativo fiscal, especialmente no seu recurso voluntário, bem como as contra-razões da SRP em defesa da manutenção do crédito previdenciário, há nos autos vício sanável, ocorrido no decorrer do PAF, o qual precisa ser saneado, antes mesmo de se adentrar ao mérito da questão, com o fito de se restabelecer a garantia do devido processo legal.

Com efeito, ainda que a recorrente não tenha suscitado em suas razões recursais, do exame dos elementos que instruem o processo conclui-se que a fiscalização, e bem a assim a autoridade julgadora de primeira instância, cercearam o direito de defesa da contribuinte, senão vejamos.

Consoante se positiva da análise dos autos, após a apresentação da defesa da contribuinte, o julgador recorrido achou por bem converter o processo em diligência para que o fiscal autuante examinasse as razões e documentos colacionados aos autos naquela oportunidade, conforme documento (Diligência Fiscal), às fls. 332.

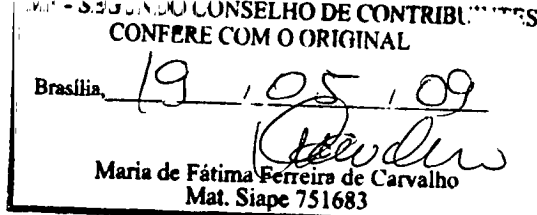
Em atendimento à diligência requerida pela autoridade previdenciária, o ilustre AFPS autuante elaborou Informação Fiscal, às fls. 333/337, refutando as razões contidas na defesa da então impugnante, propondo a manutenção do lançamento fiscal em sua plenitude.

Ocorre que, ao arrepio do princípio do devido processo legal, mais precisamente da ampla defesa, a contribuinte não fora intimada para manifestar-se a respeito do resultado da diligência, ferindo-lhe, assim, seu sagrado direito a ampla defesa, inscrito no artigo 5º, inciso LV, da CF, *in verbis*:

“Art. 5º.

[...].

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”



A corroborar este entendimento a Lei nº 9.784/99, que regulamenta o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, em seus artigos 26 e 28, assim preceitua:

“Art. 26. O órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determinará a intimação do interessado para ciência da decisão ou a efetivação de diligências.

Art. 28. Devem ser objeto de intimações os atos do processo que resultem para o interessado em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrições ao exercício de direito e atividades e os atos de outra natureza, de seu interesse.”

Na mesma linha de raciocínio, para não deixar dúvidas quanto a nulidade da decisão de primeira instância, o artigo 59, inciso II, do Decreto nº 70.235/72, estabelece o seguinte:

“Art. 59. São nulos:

[...].

II – os despachos e decisões proferidos por autoridades incompetentes ou com preterição do direito de defesa;” (grifamos).

Por sua vez, a doutrina pátria não discrepa deste entendimento, senão vejamos:

“Especificamente, no processo administrativo fiscal, há previsão para a observância do contraditório e da ampla defesa, já que a Lei nº 9.784/99, e seu artigo 2º, inciso X, prescreve “[...]”. Também o Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes determina, em seu artigo 18, § 7º, a abertura de vista à parte contrária no caso de apresentação de esclarecimentos ou documentos pela outra parte.

[...] Assim, se, na fase de instrução, são trazidos, aos autos, dados ou documentos colhidos externamente, sem conhecimento do contribuinte, a este deve ser concedido o prazo do citado art. 44 para manifestação. De igual forma, se o julgamento é convertido em diligência ou perícia, seja a requerimento da parte, seja por determinação de ofício da autoridade julgadora, com vistas a contemplar a instrução do processo, é cogente a oitiva das partes (interessado e Procurador da Fazenda Nacional) após encerrada a instrução.” (NEDER, Marcos Vinícius / LÓPEZ, Maria Teresa Martinez – Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado – São Paulo: Dialética, 2002 – pág. 41).

Igualmente, a jurisprudência administrativa é mansa e pacífica nesse sentido, conforme faz certo o julgado dos Conselhos de Contribuintes, com sua ementa abaixo transcrita:

“Normas Processuais – Ofensa aos Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa – Nulidade. Manifestando-se o autuante após a impugnação, deve ser dada ciência dessa manifestação ao contribuinte, com abertura de prazo para sobre ela se manifestar, em atenção aos princípios do contraditório e da ampla defesa. [...] Processo que se anula a partir da manifestação fiscal posterior à impugnação,

A handwritten mark, possibly a signature or initials, located at the bottom right of the page.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 19.05.09
Maria de Fátima Ferreira de Carvalho
Mat. Siage 751683

exclusive." (1ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes, Acórdão nº 101-93.294 – D.O.U. de 12/03/2001).

Na hipótese vertente, com mais razão a exigência da intimação da contribuinte para manifestação acerca do resultado da diligência requerida pela autoridade julgadora se faz presente na medida em que, posteriormente à apresentação da impugnação, submetido o processo ao exame do fiscal autuante, este trouxe aos autos novas razões de fato e de direito em defesa a manutenção do crédito originalmente lançado.

Imperioso ressaltar que o Relatório Fiscal foi corroborado pela fiscalização com novos argumentos, face as razões e documentos ofertados pela contribuinte em sua defesa inaugural, impondo a este o conhecimento dessas novas alegações que ratificaram a exigência fiscal em comento, tendo em vista seu sagrado direito a ampla defesa, o qual garante a recorrente manifestar-se a respeito de todos os atos processuais levados a efeito no decorrer do processo administrativo que possa atingir-lhe em seu patrimônio.

Observe-se, que ao negar à contribuinte o direito de se manifestar a propósito do resultado da diligência requerida pela autoridade julgadora recorrida, estaríamos, de certa forma, criando e/ou admitindo as contra-razões da impugnação, figura processual que só é contemplada pela legislação previdenciária, vigente à época, quando da interposição do recurso voluntário. Ou seja, a notificada oferece sua impugnação e o julgador de primeira instância submete ao fiscal autuante as razões ali consignadas para que ele as examine, acolhendo-as ou não. Em outras palavras, efetivamente, não deixa de ser contra-razões de impugnação.

Assim, tratando-se, como de fato se trata, de diligência, deve a contribuinte tomar conhecimento de seu resultado para se manifestar a respeito, se assim achar por bem, sobretudo quando inexistente na legislação de regência a figura do processual das “contra-razões de impugnação”, não podendo o julgador inovar o que a legislação não contempla, ou mesmo ampliá-la de maneira a acobertar novos atos processuais.

Nessa esteira de entendimento, deixando o julgador recorrido de intimar/cientificar a contribuinte do resultado da diligência requerida, para devida manifestação, após a apresentação de sua impugnação e antes de proferida a decisão, incorreu em cerceamento do direito de defesa da notificada, em total afronta ao princípio do devido processo legal, o que enseja a nulidade da decisão recorrida, bem como de todos os atos subsequentes, devendo o presente processo ser remetido a origem para intimar a autuada das razões da fiscalização consubstanciadas na Informação Fiscal, às fls. 333/337, para que seja proferida nova decisão pela autoridade julgadora de primeira instância na boa e devida forma.

Por todo o exposto, estando a Decisão recorrida em dissonância com os dispositivos constitucionais/legais que regulam a matéria, VOTO NO SENTIDO DE CONHECER DO RECURSO VOLUNTÁRIO E ANULAR A DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, pelas razões de fato e de direito acima esposadas.

Sala das Sessões, em 06 de novembro de 2008


RYCARDÓ HENRIQUE MAGALHÃES DE OLIVEIRA