



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasil, 27, 05, 09
Paulo
Maria de Fátima Pereira de Carvalho
Mat. Sinpe 751682

CC02/C06
Fls. 301

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

Processo nº 35411.004801/2005-18
Recurso nº 150.068 Voluntário
Matéria RETENÇÃO
Acórdão nº 206-01.592
Sessão de 06 de novembro de 2008
Recorrente FANEMA - FACULDADE DE MEDICINA DE MARÍLIA
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA - SP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2003 a 31/12/2004

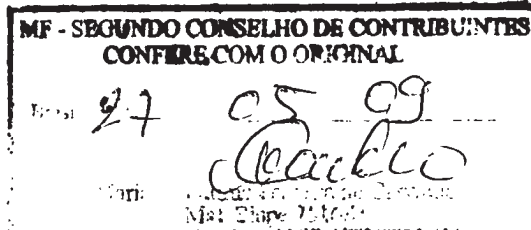
PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO - RETENÇÃO DOS 11% - CARACTERIZADA A CESSÃO DE MÃO DE OBRA - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ÔNUS DA TOMADORA DE SERVIÇOS.

O dever de reter os 11% é da tomadora de serviços, a presunção do desconto sempre se presume oportuna e regularmente realizado.

A FACULDADE DE MEDICINA DE MARÍLIA - FAMEMA foi criada pela Lei Estadual nº 8.898/1994, em regime especial, vinculada a Secretaria de Estado da Ciência Tecnologia e Desenvolvimento Econômico, gozando dos privilégios administrativos do Estado e auferindo vantagens tributárias e as prerrogativas processuais da Fazenda Pública.

No art. 3º da referida Lei assim está prescrito: “ A Faculdade assumirá os serviços atualmente prestados pela atual Faculdade de Medicina de Marília, bem como o patrimônio, os direitos e obrigações que vierem a lhe ser transferidos pelo Município e pela Fundação Municipal de Ensino Superior.”

O Hospital das Clínicas de Marília e os estabelecimentos a ele vinculados, até então mantidos pela FUMES, passam a ser mantidos pela FAMEMA, como órgão complementar da docência pesquisa e prestação de assistência à saúde da população.



O fato de a FUMES possuir certificado de entidade filantrópica não merece ser apreciado no caso em questão visto que a NFLD não ter sido lavrada em seu nome, mas sim, em nome da FAMEMA, autarquia de regime especial com personalidade jurídica própria para assumir obrigações.

Recurso Voluntário Negado.


Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da SEXTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.



ELIAS SAMPAIO FREIRE

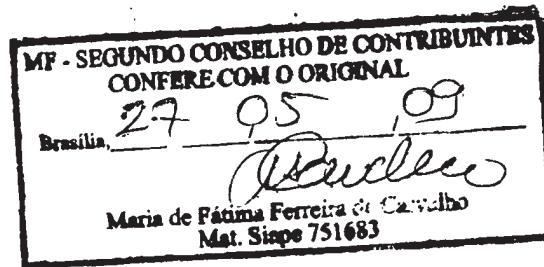
Presidente



ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Rogério de Lellis Pinto, Bernadete de Oliveira Barros, Cleusa Vieira de Souza, Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.



Relatório

A presente NFLD tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social, parcela a cargo da empresa sobre a contratação de pessoas jurídicas mediante cessão de mão de obra. O lançamento compreende competências entre o período de janeiro de 2003 a dezembro de 2004, fls.04 a 19.

Foram apurados os seguintes levantamentos pela contratação de serviços médicos especializados:

CAR – Centro de Diagnóstico Cardiovascular SC Ltda;

IMA – Instituto de Diagnóstico por Imagem de Marília SC Ltda;

OFT – Centro de Diagnóstico de Oftalmologia de Marília SC Ltda;

QUA - Quantum Assessoria em Física Médica SC Ltda.

Foi encaminhada ao órgão notificado, documento no sentido de esclarecer acerca da substituição da NFLD anteriormente encaminhada em que os valores apurados à título de juros encontravam-se incorretos, fls. 141 a 151.

Não conformationado com a notificação, a responsável solidária – FUNDAÇÃO MUNICIPAL DE ENSINO SUPERIOR DE MARÍLIA apresentou impugnação, fls. 153 a 177.

A empresa notificada, também não conformationado com a notificação apresentou impugnação, fls. 178 a 199.

Foi exarada a Decisão-Notificação - DN que confirmou a procedência do lançamento, fls. 226 a 258.

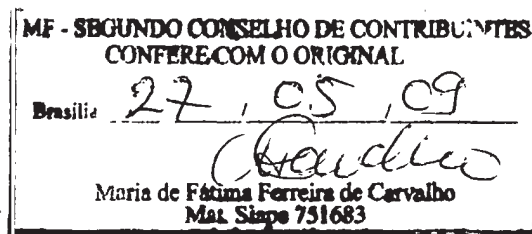
Não concordando com a decisão do órgão previdenciário, foi interposto recurso, conforme fls. 288 a 297, onde, em síntese a recorrente alegou o seguinte:

Ilegitimidade passiva da recorrente, visto que não possui nenhum servidor. Com efeito, a provisão de cargos depende exclusivamente de lei estadual, situação que não ocorreu até a presente data.;

Indevido o lançamento contra a recorrente, visto que não pode ser responsabilizada pelos funcionários da Fundação Municipal de Ensino Superior de Marília, entidade jurídica absolutamente distinta da recorrente, Autônoma, própria e que não se confunde com a Autarquia.

A Fundação em questão encontra-se ISENTA ou IMUNE, dos recolhimentos pretendidos, por força de expressas disposições legais, daí a pretensão da Fiscalização de, por não sendo devidos pela Fundação pretender sejam devidos por alguém, no caso a Autarquia Faculdade de Medicina de Marília.

No que concerne à isenção da Fundação destaca:



A FUMES foi criada pela Lei Municipal nº 1371/66, vindo a ser declarada de utilidade Pública em 1968, sendo que neste mesmo ano requereu seu competente registro no Conselho Nacional de Serviços Social, na forma do Decreto nº 1117/62.

Em 1977, o Decreto 1572, revogou a Lei 3577/59, estabelecendo determinadas condições para que as instituições continuassem a gozar da isenção fiscal. A FUMES cumprindo os requisitos, obteve o Certificado de Filantropia e a declaração de Utilidade Pública.

Pretendeu o Instituto que a FUMES não faria jus a isenção, sob a alegação de que o Certificado de Filantropia só foi emitido em 1983, enquanto a Declaração era de 1981. O requerimento foi formulado atempadamente, obtendo então a Declaração, portanto se ocorreu atraso na expedição, tal fato nada altera, pois o dispositivo é claro: tenha requerido ou venha a requerer o reconhecimento de Utilidade Pública Federal;

Ainda que assim não fosse, ainda que não houvesse a FUMES tomado a providência, ainda que não houvesse requerido sei reconhecimento, fato é desde 1968, a fundação possui Declaração Municipal de Utilidade Pública;

Destaca-se que, muito antes da exigência prevista no Decreto Lei 1577/77, já se encontrava a FUMES devidamente registrada no Conselho Nacional de Serviço Social. Contudo, com a edição desse diploma, de sorte a manter-se isenta, também cumpriu a exigência no tocante ao Certificado;

Ocorreu que por questões internas daquele conselho, O certificado somente foi expedido em 21/06/1983, porém como nele expresso, com validade a partir de 07/06/1977. Ou seja, nada mais fez o Conselho do que ratificar o reconhecimento;

E não se perca que o Instituto, inclusive na NFLD em questão, reconheceu, enfim não questionou estar a FUMES isenta dos recolhimentos, desde a sua criação;

Ora se compete ao Conselho tal certificado para fins de isenção, por força de expressa disposição legal, é evidente que não pode o INSS emiscuir-se na competência alheia e negar validade a ato de outra pasta, negar vigência à lei;

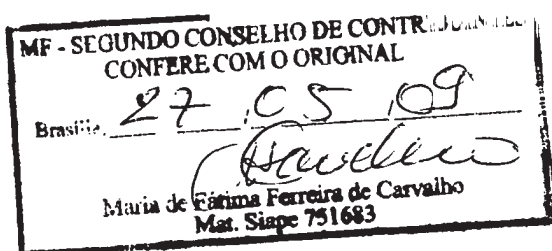
A FUMES é a única instituição médico hospitalar a prestar serviços gratuitos em toda a região;

Ademais, com o advento da Lei 8212/91, em seu art. 55 que abrigou expressamente a hipótese vertente, todos os requisitos por ele exigidos estão fielmente presentes como se comprova com a própria documentação atrelada a NFLD;

Por força do disposto no art. 206 do Decreto 3048/99, encontra-se, também isenta do recolhimento pretendido;

Outro fundamento para inexistência de débitos diz respeito ao art. 4º da Lei 9429/96, onde encontram-se extintos todos os débitos da natureza daquele objeto do procedimento de cobrança, com relação às entidades do caráter de Fundação;

Outro argumento para corroborar é a reunião realizada pelo plenário do CNAS, baixou resolução considerando entidade beneficente de assistência social, e daí isenta do



recolhimento aquelas que tenham percentual de atendimento na área de saúde, decorrente de convênio firmado com o SUS igual ou superior a 60% do total de sua capacidade instalada. Neste ponto, também a FUMES cumpriu o requisito, visto que 95% de sua capacidade hospitalar é destinada a convênio;

Pretende a fiscalização, por encontrar-se a FUMES isenta, transferir para terceiro, no caso a recorrente, débito existente;

Destaca, ainda, que ainda que fosse a recorrente responsável pelo recolhimento de contribuições previdenciárias dos funcionários da fundação, procede o recurso em questão, visto que estando a FUMES isenta e imune desses recolhimentos, não estando ela obrigada, da mesma forma, não estará a recorrente;

Reconhecido administrativamente pelo INSS não serem devidos recolhimentos, evidente que não houve transferência de nenhuma obrigação para que a executa, pois só se transfere obrigação existente, não inexistente;

Quanto ao mérito, muito embora nada deva a recorrente, a realidade é que os levantamentos são indevidos, ainda que contra a fundação fossem lançados;

NO mérito alega a inexistência de responsabilidade subsidiária pelo contrato mantido com a empresa FDG Engenharia e Construções.

Requer seja acolhido o presente recurso, para fins de arquivamento da NFLD.

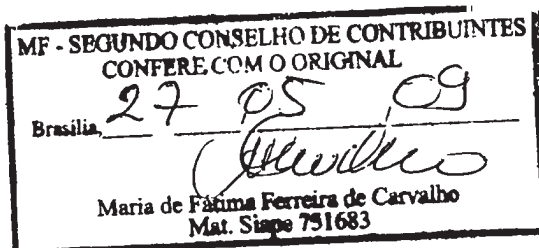
As alegações apresentadas pela responsável solidária FUMES – Fundação Municipal de Ensino Superior de Marília, repousam no argumento de encontrar-se imune, portanto dispensada do recolhimento de contribuições previdenciárias patronais. Já no mérito argumenta falta de fundamentação e diversos equívocos cometidos pelo agente fiscal, tentando demonstrar:

Em relação ao Centro de diagnóstico para as competências janeiro a agosto de 2003 e abril a dezembro de 2004, os serviços foram prestados pelos próprios sócios, visto que os médicos indicados pela fiscalização não prestavam serviços;

Com relação ao Centro de Diagnóstico de Oftalmologia de Marília, destaca-se que a recorrente mantém contrato de prestação de serviços, cujos procedimentos são executados por profissionais habilitados pelo CRM/SP, sendo que o recorrente também se utiliza do imóvel de forma gratuita. Não restaram comprovados a colocação de serviços médicos, mas apenas atividades médicas concernentes aos serviços realizados. Nesse sentido a instituição encontra-se dispensada da retenção;

No Instituto de Diagnóstico por imagem a alegação da fiscalização é que em verificação física não foram encontrados os sócios prestando serviços, mas estudantes e docentes. Em primeiro lugar os serviços eram prestados em duas unidades da contratante, razão porque não foram encontrados e segundo, por se tratar de um hospital escola, lógica é a presença de alunos e docentes;

O mesmo pode ser argumentado em relação a empresa Quantum. Não é porque conste de seu quadro terceiro, signifique que este encontra-se prestando serviços. Na verdade os serviços eram prestados pelos sócios, razão porque incabível a retenção.



Os médicos residentes e enfermeiros cumpriram a risca os dispositivos legais que disciplinam a matéria.

Inexiste responsabilidade solidária ou subsidiária com os demais órgãos pagadores, sejam eles FUNDAP e OSCIP.

A unidade descentralizada da Receita Previdenciária, apresenta contra-razões destacando que a peça recursal não traz qualquer fato novo que pudesse ensejar a reforma da decisão.

É o relatório.

Voto

Conselheira ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Relatora

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 299. Pressupostos superados, passo ao exame das questões preliminares ao mérito.

DAS PRELIMINARES AO MÉRITO

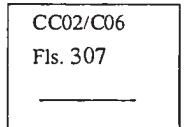
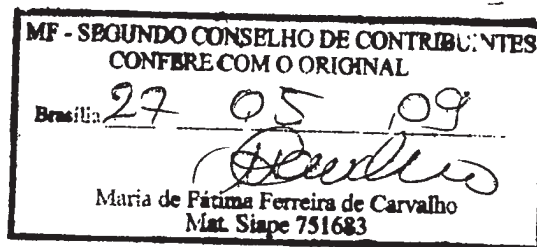
Em primeiro lugar, quanto a preliminar de que ilegítimo o recorrente para figurar no pólo passivo do lançamento em questão, razão não confiro ao recorrente.

Conforme descrito no relatório fiscal a autarquia FACULDADE DE MEDICINA DE MARÍLIA – FAMEMA foi criada pela Lei Estadual nº 8.898/1994, em regime especial, vinculada a Secretaria de Estado da Ciência Tecnologia e Desenvolvimento Econômico, gozando dos privilégios administrativos do Estado e auferindo vantagens tributárias e as prerrogativas processuais da Fazenda Pública.

No art. 3º da referida Lei assim está prescrito: “A Faculdade assumirá os serviços atualmente prestados pela atual Faculdade de Medicina de Marília, bem como o patrimônio, os direitos e obrigações que vierem a lhe ser transferidos pelo Município e pela Fundação Municipal de Ensino Superior.”

O Hospital das Clínicas de Marília e os estabelecimentos a ele vinculados, até então mantidos pela FUMES, passam a ser mantidos pela FAMEMA, como órgão complementar da docência, pesquisa e prestação de assistência à saúde da população.

No art. 6º, ainda da mesma lei, resta descrita a autonomia da autarquia em relação a gestão administrativa, financeira e patrimonial, exercendo suas competências nos assuntos inerentes ao pessoal, organização de serviços e controle interno, bem como, elaboração do orçamento, gerir a receita e os recursos adicionais, administrar bens e celebrar contratos e convênios.



Institui em seu art. 13 o Quadro de Pessoal Permanente e em Comissão, fixados em lei, com acesso mediante concurso público.

Revogou a Lei Estadual nº 9236/66, que havia criado a Faculdade de Medicina de Marília, até então mantida pela FUMES.

Conforme descrito nas disposições transitórias o pessoal docente, técnico e administrativo em exercício na Faculdade, mantida pela FUMES, passam com a concordância do Município e da própria fundação a prestar serviços a FAMEMA, mantido o regime jurídico e os direitos até então assegurados.

Descreve ainda, que os ditos servidores da FUMES, ao final de 60 dias, poderiam optar por permanecer na FAMEMA, mediante concurso público. E enquanto não estabelecido, para o pessoal do Estado, o Regime Jurídico Único, os servidores da Faculdade serão regidos pela CLT.

Tais questões são ratificadas pelo Decreto 39.877/94, fls. 30, que regulamenta a Lei 8.898/94, em especial o § 1º e 2º que dispõem que a assunção dos direitos e obrigações trabalhistas pela autarquia especial recém criada vigorará a partir do afastamento desses empregados, autorizado pelo Município e pela entidade mantenedora da Faculdade, combinado com a opção individual de permanência na autarquia, até a realização de concurso público.

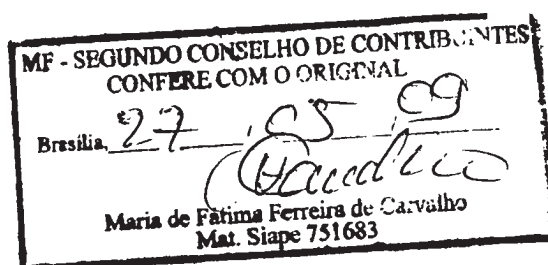
Tais dispositivos abrangem os empregados da FUMES que prestam serviços no Hospital das Clínicas de Marília da Secretaria de Estado da Saúde, que até então era administrado pela FUMES por força do convênio, e em estabelecimentos a este vinculados, para atividades de ensino, pesquisas e assistência.

O mesmo decreto estabelece que o prédio e equipamentos do Hospital das Clínicas de Marília, que à época estava em uso pela Faculdade de Medicina até então mantida pela FUMES, pertence à Secretaria de Saúde do Estado, que autoriza a cessão de uso das instalações À autarquia especial FAMEMA.

Dessa forma, a partir da Lei 8.898/1994, que estadualizou a Faculdade de Medicina de Marília, que era mantida pela FUMES, criando a autarquia de regime especial – FAMEMA, dita autarquia assumiu toda a atividade de docência.

A mesma lei ainda destaca que a FAMEMA, mediante convênio firmado, passou a exercer as atividades de assistência à saúde (médico hospitalar) no Hospital das Clínicas, até então exercida pela FUMES, visto que o hospital foi integrado À autarquia.

Da análise preliminar, poder-se-ia inferir que a FUMES continuou a exercer a administração do pessoal que prestava serviços a FAMEMA, visto a contabilização realizada, porém, de uma análise mais própria, e considerando o convênio celebrado entre a Autarquia e a Fundação em 17/12/1998 restou estabelecido:



A FAMEMA se responsabiliza pelo pagamento do pessoal da FUMES colocado à sua disposição, ou seja sob sua responsabilidade, depositando em conta pessoal os vencimentos e vantagens e repassando à FUNDAÇÃO os valores correspondentes aos encargos sociais, que recolherá aos respectivos órgãos arrecadadores;

A FUMES recolherá os encargos sociais correspondentes à FOPAG de acordo com as normas trabalhistas e previdenciárias;

A FUMES poderá contratar funcionários mediante realização de concurso público, e colocá-los à disposição da FAMEMA, que arcará com a responsabilidade pelos salários e encargos sociais procedendo a inclusão dos mesmos em sua folha de pagamento;

Os recursos do SUS, provenientes da prestação de serviços e repassados pelo Ministério da Saúde, constituem em recursos da autarquia;

Ou seja, a autarquia era efetivamente responsável pelo recolhimento dos encargos sociais.

Com base em tudo que foi relatado pela autoridade fiscal em seu relatório e de tudo mais contido nos autos restou, demonstrado que a FAMEMA, autarquia regularmente criada e com autonomia de gestão administrativa e financeira passou desde a sua criação a gerir todo o pessoal colocado a sua disposição, inclusive os antigos empregados da FUMES.

Entendo que o fato de a FUMES possuir certificado de entidade filantrópica não merece ser apreciado no caso em questão visto que a NFLD não ter sido lavrada em seu nome, mas sim, em nome da FAMEMA, autarquia de regime especial com personalidade jurídica própria para assumir obrigações.

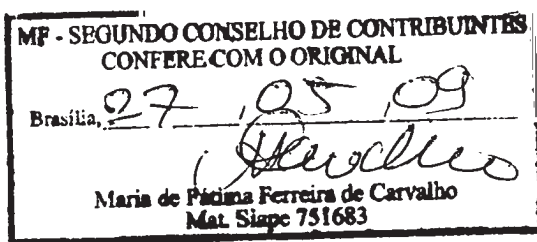
Mesmo se considerarmos que parte dos contratados da FAMEMA, anteriormente prestavam serviços a FUMES, o princípio da primazia da realizada determina que a partir do momento que passaram a prestar serviços a autarquia. Passou a este órgão a responsabilidade sob os mesmos.

Ademais, mesmo sem analisar o mérito da filantropia, não há que se falar em transferência de isenção da FUMES para FAMEMA, sendo que esta deve arcar com todas as obrigações previdenciárias e trabalhistas.

Portanto, com relação ao mérito, quanto ao argumento de ser imprópria a NFLD, eis que a sua lavratura se deu em nítida afronta a disposição legal, frise-se que pela análise dos documentos presentes no presente processo, o procedimento fiscal atendeu todas as determinações legais, quais sejam:

Autorização por meio da emissão do Mandato de Procedimento Fiscal – MPF- F e complementares fls. 98 a 101, com a competente designação do auditor fiscal responsável pelo cumprimento do procedimento.

Intimação para a apresentação dos documentos conforme Termos de Intimação para Apresentação de Documentos – TIAD, fls. 102 a 104, intimando o contribuinte para que apresentasse todos os documentos capazes de comprovar o cumprimento da legislação previdenciária.



Autuação dentro do prazo autorizado pelo referido mandato, com a emissão do TEAF, fls. 105 e apresentação ao contribuinte dos fatos geradores e fundamentação legal que constituíram a lavratura da NFLD ora contestado, com as informações necessárias para que o autuado pudesse efetuar as impugnações que considerasse pertinentes.

Com base nestes fatos, quanto à alegação do recorrente de que o procedimento fiscal encontra-se eivado de nulidade, por não atender aos ditames legais, provocando o cerceamento de defesa, não lhe confiro razão.

Tanto a FUMES como a FAMEMA são responsáveis pelos débitos, aquela como primeira contratante e executora dos serviços, que por força de lei acabaram por repassados a FAMEMA após a sua criação.

Ademais, a fiscalização previdenciária é competente para constituir os créditos tributários decorrentes dos fatos geradores de contribuições previdenciárias, conforme descrito no art. 1º da Lei 11.098/2005:

“Art. 1º Ao Ministério da Previdência Social compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento, em nome do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, e das contribuições instituídas a título de substituição, bem como as demais atribuições correlatas e consequentes, inclusive as relativas ao contencioso administrativo fiscal, conforme disposto em regulamento.”

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, cumpra-se 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:

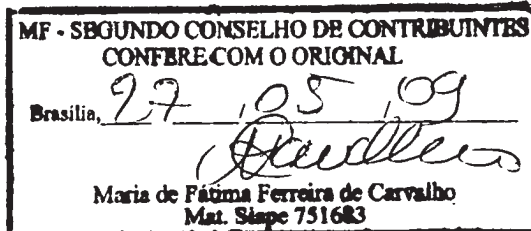
“Art. 243. Constatada a falta de recolhimento de qualquer contribuição ou outra importância devida nos termos deste Regulamento, a fiscalização lavrará, de imediato, notificação fiscal de lançamento com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que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

Superadas as preliminares suscitadas, passo a análise do mérito.

DO MÉRITO

A presente NFLD tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social, parcela a cargo da empresa sobre a contratação de pessoas jurídicas mediante cessão de mão de obra. O lançamento compreende competências entre o período de janeiro de 2003 a dezembro de 2004, fls.04 a 19.

Foram apurados os seguintes levantamentos pela contratação de serviços médicos especializados:



CAR – Centro de Diagnóstico Cardiovascular SC Ltda;

IMA – Instituto de Diagnóstico por Imagem de Marília SC Ltda;

OFT – Centro de Diagnóstico de Oftalmologia de Marília SC Ltda;

QUA - Quantum Assessoria em Física Médica SC Ltda.

Observa-se que as empresas relacionadas por prestarem serviços relativos ao exercício de profissão regulamentada não estariam sujeitas à retenção de 11%, desde que os serviços fossem prestados pessoalmente pelos sócios das sociedades civis, sem concurso de empregados ou auxiliares, devendo inclusive fazer constar na nota fiscal.

Ressalta-se que, conforme informado pelo auditor e não rebatido pela empresa por meio de provas, não constava das notas fiscais a informação acima, nem tampouco foi apresentado qualquer documento que satisfizesse a obrigação.

Foram, ainda observados pela fiscalização que os serviços foram prestados em sua maioria no estabelecimento da empresa contratante, e que a única empresa cujo contrato determinava a prestação de serviços no estabelecimento da contratada (OFT), cedeu seu único prédio a empresa tomadora dos serviços.

Quanto à empresa IMA, prevê no item 2.7, a substituição do pessoal que venha a ser necessário, seja por demissão, aposentadoria etc, descreve que os serviços eram prestados com a ajuda de empregados.

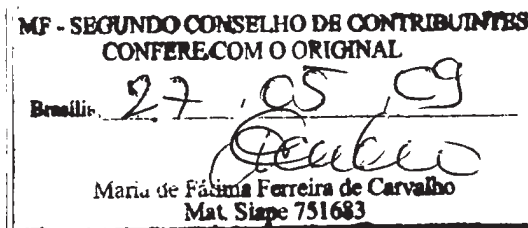
Com relação à empresa QUA, observa-se a inclusão no contrato de equipe técnica, cujo responsável por atender a empresa tomadora não é sócio da empresa contratada.

Por fim, a empresa CAR, ao participar do processo licitatório, anexou relação da equipe técnica e contratos de prestação de serviços com médicos que não compõem o quadro societário da prestadora, sendo que foram contratados exclusivamente para prestar serviços nas dependências da Fundação Municipal.

OU seja, pelo que restou demonstrado da análise da legislação aplicável a FAMEMA e a FUMES, em sendo devida a retenção a FAMEMA é a responsável pelo seu recolhimento, visto a autonomia de gestão a ela inerente.

O procedimento adotado pelo AFPS na aplicação da presente NFLD seguiu a legislação previdenciária, conforme fundamentação legal do débito. O instituto da retenção de 11% está previsto no art. 31 da Lei nº 8.212/1991, com redação conferida pela Lei nº 9.711/1998, nestas palavras:

“Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente da mão-de-obra, observado o disposto no § 5º do art. 33. (Redação dada pela MP nº 1.663-15, de 22/10/98 e



convertida no art. 23 da Lei nº 9.711, de 20/11/98). Vigência a partir de 01/02/99, conforme o art. 29 da Lei nº 9.711/98."

A recorrente tomou serviços que envolveram cessão de mão-de-obra, prova disso são os contratos, as notas fiscais analisados durante o procedimento fiscal, bem como no relatório fiscal da NFLD.

O relatório fiscal fez o cotejamento entre a documentação e a descrição das contratações mediante cessão de mão-de-obra. Desse modo, a recorrente deveria ter retido o valor de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal/fatura e recolher a importância até o dia dois do mês subsequente à emissão da respectiva nota fiscal/fatura.

De acordo com o previsto no art. 33, § 5º da Lei nº 8.212/1991, o desconto sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa, sendo a responsabilidade direta de quem tinha o dever de realizá-lo.

"Art. 33 (...).

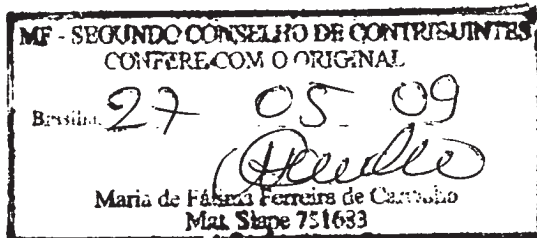
§5º O desconto de contribuição e de consignação legalmente autorizadas sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa a isso obrigada, não lhe sendo lícito alegar omissão para se eximir do recolhimento, ficando diretamente responsável pela importância que deixou de receber ou arrecadou em desacordo com o disposto nesta Lei."

No caso da retenção de 11% não há que se falar em solidariedade, tampouco em benefício de ordem, como alega a recorrente, pois o comando legal impôs a responsabilidade à tomadora de serviços, assim como o fez em relação ao desconto dos segurados empregados. Essa é uma presunção legal absoluta que milita em favor da fiscalização previdenciária.

Ao contrário dos argumentos trazidos pelo recorrente, entendo que no caso de retenção há duas obrigações: a primeira, acessória, que é o desconto dos 11%; a segunda é a principal, que é o recolhimento das contribuições retidas. Uma vez que as contribuições previdenciárias são tributos, o objeto da retenção dos 11% também possui natureza tributária, haja vista ser uma antecipação das contribuições, possuindo natureza de substituição tributária.

Caso a fiscalização sempre tivesse o encargo de diligenciar para fiscalizar a prestadora, não haveria sentido na criação da substituição tributária. A retenção é exigência legal, e como bem asseverado, surgiu para facilitar a arrecadação tributária.

Não entendo cabível a demonstração, nos presentes autos, de que a prestadora já efetuara todos os recolhimentos para fins de elisão da responsabilidade pela retenção. Não há como afastar a responsabilidade pela retenção e posterior recolhimento haja vista ser uma presunção absoluta, no meu entender. Perante a Fazenda Pública a obrigada pela retenção será sempre a tomadora, nada impedindo que entre a recorrente e a prestadora de serviços se instaure ação regressiva de natureza civil. Caso a recorrente efetue o recolhimento da retenção de 11% e a prestadora comprove que houve recolhimentos a maior do que o devido, caberá a compensação ou a restituição, mas esta questão não deve ser resolvida nos presentes autos, devendo ser instaurado, se for o caso, o procedimento próprio de restituição.



Ademais, mesmo que se adotasse tal tese, não restou comprovado nos autos ter a prestadora dos serviços executados mediante cessão de mão de obra e empreitada, recolhido a totalidade das contribuições. Em momento posterior, durante procedimento fiscal instaurado na empresa recorrente, ficou constatado descumprimento de preceito legal quanto à obrigação de reter e recolher os 11% da mão de obra contratada por meio de empreitada parcial. Dessa forma, o auditor tem a obrigação funcional de proceder ao lançamento, como bem o fez.

Por fim, a IN 100/2003, é clara em seu art. 157, acerca da possibilidade de não se exigir a retenção os serviços prestados diretamente pelos sócios de atividades regulamentadas, desde que cumpridos determinados preceitos, o que não foi o caso da recorrente.

“Da Dispensa da Retenção

Art. 157. A contratante fica dispensada de efetuar a retenção, quando:

I - o valor correspondente a onze por cento dos serviços contidos em cada nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços for inferior ao limite mínimo estabelecido pelo INSS para recolhimento em documento de arrecadação;

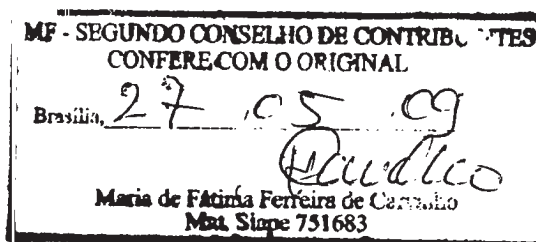
II - a contratada não possuir empregados, o serviço for prestado pessoalmente pelo titular ou sócio e o seu faturamento do mês anterior for igual ou inferior a duas vezes o limite máximo do salário-de-contribuição, cumulativamente;

III - a contratação envolver somente serviços profissionais relativos ao exercício de profissão regulamentada por legislação federal, ou serviços de treinamento e ensino definidos no inciso X do art. 155, desde que prestados pessoalmente pelos sócios, sem o concurso de empregados ou outros contribuintes individuais.

§ 1º Para comprovação dos requisitos previstos no inciso II do caput, a contratada apresentará à tomadora declaração assinada por seu representante legal, sob as penas da lei, de que não possui empregados e o seu faturamento no mês anterior foi igual ou inferior a duas vezes o limite máximo do salário-de-contribuição.

§ 2º Para comprovação dos requisitos previstos no inciso III do caput, a contratada apresentará à tomadora declaração assinada por seu representante legal, sob as penas da lei, de que o serviço foi prestado por sócio da empresa, profissional de profissão regulamentada, ou, se for o caso, profissional da área de treinamento e ensino, e sem o concurso de empregados ou outros contribuintes individuais ou consignando o fato na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços.

§ 3º Para fins do disposto no inciso III do caput, são serviços profissionais regulamentados pela legislação federal, entre outros, os prestados por administradores, advogados, aeronautas, aeroviários, agenciadores de propaganda, agrônomos, arquitetos, arquivistas, assistentes sociais, atuários, auxiliares de laboratório, bibliotecários, biólogos, biomédicos, cirurgiões dentistas, contabilistas, economistas domésticos, economistas, enfermeiros, engenheiros, estatísticos,



farmacêuticos, fisioterapeutas, terapeutas ocupacionais, fonoaudiólogos, geógrafos, geólogos, guias de turismo, jornalistas profissionais, leiloeiros rurais, leiloeiros, massagistas, médicos, meteorologistas, nutricionistas, psicólogos, publicitários, químicos, radialistas, secretárias, taquígrafos, técnicos de arquivos, técnicos em biblioteconomia, técnicos em radiologia e tecnólogos."

Pelo exposto entendo que no período objeto do presente lançamento, possuía a empresa a obrigação legal de reter 11% do valor da nota fiscal ou fatura em se tratando de serviços executados mediante cessão de mão de obra, dessa forma, correto encontra-se o presente lançamento.

CONCLUSÃO:

Voto no sentido de CONHECER do recurso para no mérito NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Sala das Sessões, em 06 de novembro de 2008


ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA