



2º CC/IMF -
CONFERE C

Brasília, 20

03 09
Maria de Fátima Ferreira de Carvalho
Matr. Siape 751683

ATA
GINAL

CC02/C06
Fls. 189

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

Processo nº 35411.000486/2005-41
Recurso nº 141.280 Voluntário
Matéria RETENÇÃO
Acórdão nº 206-01.166
Sessão de 07 de agosto de 2008
Recorrente FACULDADE DE MEDICINA DE MARÍLIA
Recorrida SRP - SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2001 a 31/12/2002

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.

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.

Recurso Voluntário Negado.

2ª CCIMF
CONFERE
Brasília, 20
Maria de Fátima Ferreira de Carvalho
Matr. Siape 751683

ORIGINAL
03/10/09
Carvalho

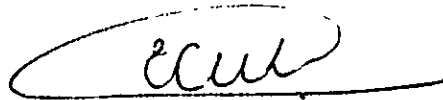
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da SEXTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos: I) em acolher o pedido de revisão para anular o Acórdão proferido pela 4ª Câmara de Julgamento do CRPS; II) em rejeitar as preliminares suscitadas; e III) no mérito, 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, Ana Maria Bandeira, Cleusa Vieira de Souza, Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira e Marcelo Freitas de Souza Costa (Suplente convocado).

2º CC/IMF - Sala Cullara
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 21/03/2005
Maria de Fátima Ferreira de Carvalho
Matr. Siape 751683

Relatório

Decisão proferida pela 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS, fls. 117 a 121, conheceu do recurso para anular a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD pela falta de cobertura de MPF quando da ciência do contribuinte. Os autos são encaminhados a este 2º Conselho de Contribuintes, por meio de pedido de revisão da Secretaria da Receita Federal do Brasil - Previdenciária, fls. 156 a 159, com vistas a obter a revisão do acórdão proferido, com base nos seguintes argumentos:

Houve violação a literal disposição do Decreto n° 3.969/2001, visto que o acórdão n° 2174/2005, confunde o ato administrativo do procedimento de fiscalizar regulado no instrumento Mandado de Procedimento Fiscal - MPF com o ato administrativo do procedimento de lançamento no documento de constituição do crédito (NFLD e AI), contrariando, assim, disposição de lei e Decreto, bem como o princípio jurídico fixado por meio de Parecer da Consultoria Jurídica do MPS, aprovado pelo Sr. Ministro.

O lançamento, que é o último ato privativo de AFPS foi realizado dentro do prazo de validade do MPF, sendo que o art. 16, do Decreto n° 3969/2001, trata da prorrogação do procedimento fiscal por meio do MPF complementar, mas tão somente para conclusão do procedimento fiscal, e não para cientificação do sujeito passivo.

Observa-se que nem a lei, nem o Decreto n° 3969/2001, determinam seja dada a cientificação da notificação do débito no prazo de vigência do MPF e conforme disposto no art. 22, da Lei n° 9784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, "Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente exigir." Assim, se não há lei que determine seja a cientificação do processo de constituição do crédito NFLD e AI concomitante ou dentro do prazo fixado no MPF, não cabe ao intérprete fazê-lo.

Pode-se observar que a IN n° 03/2005, que estabelece normas gerais de tributação previdenciária e de arrecadação, dispõe sobre a extinção do MPF, bem como sobre a cientificação do sujeito passivo em relação a NFLD e AI, conforme segue:

"Art. 589. O MPF se extingue:

I – pela conclusão do procedimento fiscal, com a emissão do Termo de encerramento da Auditoria Fiscal – TEAF (...)

Art. 594. O termo de Encerramento de Auditoria Fiscal – TEAF é emitido pelo AFPS, quando do término da Auditoria Fiscal e destina-se a cientificar o sujeito passivo da conclusão do procedimento fiscal.

Parágrafo Único. Constará do TEAF a expressa referência aos elementos examinados e aos créditos lançados. (...)

Art. 662. O sujeito passivo será cientificado da NFLD e do AI da seguinte forma:

I – pessoalmente, após a lavratura da NFLD ou do AI, comprovando-se o recebimento mediante assinatura do representante legal ou do mandatário;

II – por via postal ou por qualquer outro meio, com prova de recebimento tomada no domicílio tributário do sujeito passivo, ou

III – por edital, quando os meios previstos nos incisos I e II resultarem infrutíferos. (...)

§3º Na hipótese do inciso II do caput, o encaminhamento dos documentos deverá ser efetuado, preferencialmente, em até 3 dias após a lavratura da NFLD ou do AI, considerando-se cientificado o sujeito passivo na data do efetivo recebimento ou, se omitida a mencionada data do recebimento, 15 dias após a data da expedição da intimação.

§4º Os meios de intimação previstos nos incisos I e II do caput não estão sujeitos a ordem de preferência. (...)

Resta claro, que o MPF é o instrumento que visa dar conhecimento ao sujeito passivo quanto aos atos da ação/auditoria fiscal em si, cuja ciência deverá ser dada por ocasião do início do procedimento fiscal, e que o mesmo se extingue com o registro no termo próprio que é o TEAF, lavrado quando do término da auditoria para cientificar do sujeito passivo do término do procedimento.

O manual do contencioso, aprovado pela OI nº 04 de 25/03/2004, dispõe na letra “c” do item 9.5.5 – VÍCIOS PROCESSUAIS COM RELAÇÃO AO MPF:

“O MPF complementar emitido após o vencimento do MPF original – embora o art. 15 do Decreto 3696/2001 enumere a expiração de seu prazo de cumprimento como hipótese de extinção do MPF, o art. 16 do mesmo Decreto enuncia que tal expiração não implica nulidade dos atos praticados, podendo a autoridade responsável pela emissão do MPF extinto determinar a emissão de novo MPF para conclusão do procedimento fiscal. Assim, o MPF complementar emitido no curso da ação fiscal, mesmo que após o vencimento do MPF original ou dos complementares já emitidos, não invalida os atos praticados, inclusive os lançamentos, desde que exista MPF válido na data da lavratura da NFLD ou AI pelo AFPS. Dessa forma, havendo ciência prévia deste MPF complementar ao sujeito passivo antes do encerramento da ação fiscal, não deverá ser nulificado o lançamento.”

Que o entendimento demonstrado por meio do acórdão proferido no processo em questão, inviabilizaria se não todos, boa parte, dos lançamentos, visto que inviabilizaria a cientificação por via postal ou por edital, vez que a cientificação nesses casos, sempre ocorreria depois da extinção do MPF, uma vez que a emissão do TEAF (que constitui relatório integrante e necessário a autuação) extinguiria o MPF pelo posicionamento adotado no acórdão.

Não existiria na legislação qualquer dispositivo que determina a validade da ciência apenas dentro do prazo de cobertura do MPF, não sendo cabível, dessa forma, anular o procedimento por vício formal.

Não houve qualquer prejuízo ao contribuinte, haja vista ter sido cientificado tanto do início como do fim do procedimento, que resultou da lavratura da NFLD, tanto que apresentou defesa, e posteriormente o seu recurso dentro dos respectivos prazos, não havendo, portanto qualquer nulidade.



O MPF regula apenas relação entre as partes, fisco e contribuinte sob ação fiscal, sendo que as formalidades foram instituídas no interesse das partes, ao contrário da NFLD/AI que sustentam interesse público maior de caráter social. Assim, irregularidades, incorreções e omissões no MPF, devem ser sanadas, se e quando resultar em comprovado prejuízo para o contribuinte, caso contrário deve ser convalidado..

No mesmo sentido, relaciona diversas jurisprudências do Conselho de Contribuintes da Receita Federal, onde firmou-se o entendimento de que falhas no MPF não maculam o lançamento.

O decisório fere também o chamado princípio da Instrumentalidade das formas e dos atos processuais o princípio da finalidade da lei e do prejuízo.

Ademais, o acórdão viola também parecer da Consultoria Jurídica do MPS, que possui força vinculante no âmbito do CRPS, segundo ao art. 69 do Regimento Interno. Neste sentido, o Parecer MPS CJ nº 3014/2003, abraçou a tese de que "9. *Consoante uníssono entendimento jurisprudencial, a alegação de nulidade deve vir acompanhada da demonstração objetiva do prejuízo para a defesa, bem assim, sua influência na apuração da verdade substancial e seus reflexos na decisão da causa (...)*".

Requer seja revisto o Acórdão que gerou a nulidade do procedimento por falta de cobertura, conhecendo do recurso do recorrente para no mérito negar-lhe provimento.

Cientificada do pedido de revisão, fls. 175, a autuada apresentou contra-razões, onde alega em síntese:

Pretende o Instituto revisão sob o argumento de não observância das disposições legais por parte da fiscalização, não teria nenhuma consequência, muito menos nulificaria a autuação, sem nenhuma razão.

O INSS não traz fatos novos ou fundamentos novos a ensejar a pretendida revisão, insistindo apenas que não estaria vinculado ou obrigado a observar os prazos fixados em lei para o seu proceder.

Nestas condições é claro que não poderá ser conhecido o pedido de revisão, tendo lugar apenas quando surgem fatos novos e serem submetidos a apreciação da Augusta Câmara.

Inegavelmente, a fiscalização do sujeito passivo, mediante prévia expedição no MPF, com os requisitos retro enumerados, torna transparente a ação do fisco, ao mesmo tempo que confere segurança jurídica ao fiscalizado. Concorre para combater os atos de corrupção ativa e passiva em matéria de fiscalização, à medida que não mais ocorrerá visitas do agente fiscal ao seu exclusivo critério, nem mesmo poderá investigar matérias estranhas ao Interesse da Administração.

Tendo o MPF tornado-se juridicamente imprescindível à validade de todos os procedimentos fiscais relativos aos tributos e contribuições pela SRF, a sua falta importa nulidade do lançamento.

Tais componentes constituem infra estrutura do ato administrativo, seja ele vinculado ou discricionário, simples ou complexo, de império ou de gestão.

A inobservância dos atos preparatórios ou sua realização em desconformidade com a norma que disciplina o procedimento administrativo podem acarretar a nulidade do ato final, desde que se trate de operações essenciais ou de requisitos de legalidade do ato administrativo principal.

Havendo forma prescrita em lei, obriga-se o agente a observá-la, sob penas de nulidade do ato.

Por tais razões e reiterando todas as manifestações anteriores, roga seja negada a revisão pretendida.

É o relatório.

Voto

Conselheira ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Relatora

A Secretaria da Receita Previdenciária pede a revisão do Acórdão com fulcro no art. 60 da Portaria MPS n° 88/2004, que aprovou o Regimento Interno do CRPS. Destaca-se, porém, que a admissibilidade de revisão é medida extraordinária, sendo que só deve ser admitida nos casos de os Acórdãos do CRPS divergirem de pareceres da Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência Social, aprovados pelo Ministro da pasta, bem como do Advogado-Geral da União, ou quando violarem literal disposição de lei ou decreto, após a decisão houver a obtenção de documento novo de existência ignorada, ou ainda constatado vício insanável, nestas palavras:

“Art. 60. As Câmaras de Julgamento e Juntas de Recursos do CRPS poderão rever, enquanto não ocorrida a prescrição administrativa, de ofício ou a pedido, suas decisões quando:

I – violarem literal disposição de lei ou decreto;

II – divergirem de pareceres da Consultoria Jurídica do MPS aprovados pelo Ministro, bem como do Advogado-Geral da União, na forma da Lei Complementar n° 73, de 10 de fevereiro de 1993;

III - depois da decisão, a parte obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de assegurar pronunciamento favorável;

IV – for constatado vício insanável.

§ 1º Considera-se vício insanável, entre outros:

I – o voto de conselheiro impedido ou incompetente, bem como condenado, por sentença judicial transitada em julgado, por crime de prevaricação, concussão ou corrupção passiva, diretamente relacionado à matéria submetida ao julgamento do colegiado;

II – a fundamentação baseada em prova obtida por meios ilícitos ou cuja falsidade tenha sido apurada em processo judicial;

III – o julgamento de matéria diversa da contida nos autos;

IV – a fundamentação de voto decisivo ou de acórdão incompatível com sua conclusão.

§ 2º Na hipótese de revisão de ofício, o conselheiro deverá reduzir a termo as razões de seu convencimento e determinar a notificação das partes do processo, com cópia do termo lavrado, para que se manifestem no prazo comum de 30 (trinta) dias, antes de submeter o seu entendimento à apreciação da instância julgadora.

§ 3º O pedido de revisão de acórdão será apresentado pelo interessado no INSS, que, após proceder sua regular instrução, no prazo de trinta dias, fará a remessa à Câmara ou Junta, conforme o caso.

§ 4º Apresentado o pedido de revisão pelo próprio INSS, a parte contrária será notificada pelo Instituto para, no prazo de 30 (trinta) dias, oferecer contra-razões.

§ 5º A revisão terá andamento prioritário nos órgãos do CRPS.

§ 6º Ao pedido de revisão aplica-se o disposto nos arts. 27, § 4º, e 28 deste Regimento Interno.

§ 7º Não será processado o pedido de revisão de decisão do CRPS, proferida em única ou última instância, visando à recuperação de prazo recursal ou à mera rediscussão de matéria já apreciada pelo órgão julgador.

§ 8º Caberá pedido de revisão apenas quando a matéria não comportar recurso à instância superior.

§ 9º O não conhecimento do pedido de revisão de acórdão não impede os órgãos julgadores do CRPS de rever de ofício o ato ilegal, desde que não decorrido o prazo prescricional.

§ 10 É defeso às partes renovar pedido de revisão de acórdão com base nos mesmos fundamentos de pedido anteriormente formulado.

§ 11 Nos processos de benefício, o pedido de revisão feito pelo INSS só poderá ser encaminhado após o cumprimento da decisão de alçada ou de última instância, ressalvado o disposto no art. 57, § 2º, deste Regimento."

Entendo que a revisão do Acórdão no processo em questão é oportuna e perfeitamente pertinente e encontra amparo no inciso I do art. 60 da Portaria nº 88/2004, descrita acima.

Da análise dos autos, verifica-se que o acórdão objeto do pedido de revisão viola o Decreto nº 3.969/2001, que instituiu o Mandado de Procedimento Fiscal no âmbito da Secretaria da Receita Previdenciária. O referido Decreto estabelece, no art. 16, que a extinção do MPF por decurso de prazo não implica nulidade dos atos praticados, podendo a autoridade responsável pela emissão do Mandado extinto, determinar a emissão de novo MPF para a conclusão do procedimento fiscal.

No caso presente, constata-se a existência de Mandado de Procedimento Fiscal - MPF válido quando da lavratura do AI. Portanto, o lançamento está precedido de MPF. Apenas

a intimação do contribuinte se deu fora do prazo de validade do MPF. Porém, a intimação não se confunde com o lançamento, sendo aquela apenas um requisito da eficácia desse. E, de acordo com o art. 31, da Portaria nº 520/04, são nulos os lançamentos não precedidos do MPF, o que, conforme restou demonstrado, não é o caso presente.

O Conselho Pleno do CRPS, no exercício de sua competência, uniformizou a jurisprudência administrativa previdenciária sobre a matéria, nos termos do art. 14 da Portaria nº 88/2004, por meio do Enunciado nº 25/2006, transcrito a seguir:

"Enunciado 25 - A notificação do sujeito passivo após o prazo de validade do Mandado de Procedimento Fiscal - MPF, não acarreta nulidade do lançamento."

Na redação do referido Enunciado, acima transcrito, não há ressalva do tipo de ciência que será conferida ao contribuinte: pessoal, postal com aviso de recebimento ou por edital. Não havendo ressalva do tipo de ciência, não pode o intérprete, no caso a 4ª CaJ, reduzir o alcance de tal dispositivo.

De acordo com o disposto no art. 15 do Decreto nº 3.969/2001, que instituiu o MPF, este se extinguirá pela conclusão do procedimento fiscal, registrado em termo próprio; ou pelo decurso dos prazos. A conclusão do procedimento fiscal não pode, considerando o teor do Enunciado nº 25, ser interpretada como a ciência ao contribuinte, sendo este um requisito de eficácia do lançamento; mas deve ser interpretada como a lavratura do lançamento, pois esta é o requisito de existência do ato.

Quando efetivamente encerra um procedimento fiscal, o Auditor Fiscal tem duas possibilidades para cientificar o contribuinte: pessoalmente, ou pelo correio com aviso de recebimento, sem ordem de preferência entre estas. Entretanto, a lavratura do crédito tributário por meio do auto de infração ou da Notificação Fiscal tem que ocorrer em período coberto pelo MPF, no caso até 27/09/2003, fls. 113 a 114.

Na verdade não é a data do TEAF que determina a invalidação da NFLD/AI, mas sim, a lavratura da NFLD em si, que só pode ocorrer dentro do prazo de validade do MPF.

A NFLD foi lavrada em 05/09/2003, tendo o TEAF sido emitido em 26/09/2003, fls. 01 e 47 (plano da existência). A cientificação ocorreu pessoalmente em 30/09/2003, fl. 01 (plano da eficácia). Os prazos concedidos à fiscalização para cientificação do contribuinte são impróprios, e a violação dos mesmos não enseja invalidação ou preclusão dos atos, mas apenas a possibilidade de responsabilidade na esfera administrativa funcional.

Ressalte-se que entendo não se tratar de mera rediscussão da matéria, tampouco de retroação da norma, mas de reforma da decisão (acórdão) proferida equivocadamente pela 4ª CaJ, vez que a referida decisão não observou o disposto no art. 16 do Decreto nº 3.969/2001.

Portanto, em manifestando o voto no sentido de acatar o pedido revisional, passo ao mérito, analisando as razões recursais trazidas pelo contribuinte quando da interposição do recurso a este conselho.

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 2001 a dezembro de 2002, fls.04 a 24.

Não conformado com a notificação, a recorrente apresentou impugnação, fls. 89 a 108.

Foi exarada a Decisão-Notificação - DN que confirmou a procedência do lançamento, fls. 111 a 125.

Não concordando com a decisão do órgão previdenciário, foi interposto recurso, conforme fls. 86 a 104, 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 nº 1572, revogou a Lei nº 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 seu reconhecimento, fato é desde 1968, a fundação possui Declaração Municipal de Utilidade Pública.

Destaca-se que, muito antes da exigência prevista no Decreto Lei nº 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 imiscuir-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 nº 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 nº 3048/99, encontra-se, também isenta do recolhimento pretendido.

Outro fundamento para inexistência de débitos diz respeito ao art. 4º da Lei nº 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.

Mesmo não tido argumentado de forma expressa na peça recursal o recorrente reitera os motivos apresentados na impugnação, quais sejam:

Os serviços foram prestados pelos próprios sócios, sem o concurso de empregados, o que exige a empresa da retenção dos 11%.

Os serviços de nefrologia deixaram de ser prestados em abril de 2001.

Requer sejam oficiadas as empresas em questão, bem como provar o alegado por meio de documentos e provas.

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

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.

Trazido todo o histórico acerca do recurso interposto, cabe-nos primeiramente julgar as preliminares suscitadas.

DAS PRELIMINARES

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 nº 39.877/94, fls. 30, que regulamenta a Lei nº 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 nº 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.

Neste raciocínio, os médicos residentes não estavam subordinados a FUMES, mas sim a FAMEMA responsável pela gestão e prestação de serviços médico hospitalares.

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. 146 a 147, 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. 46, intimando o contribuinte para que apresentasse todos os documentos capazes de comprovar o cumprimento da legislação previdenciária; e

- autuação dentro do prazo autorizado pelo referido mandato, com a emissão do TEAF, fls. 47 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.

A fiscalização previdenciária é competente para constituir os créditos tributários decorrentes dos fatos geradores de contribuições previdenciárias, conforme descrito no art. 1º da Lei nº 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 conseqüentes, 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, cumprimos de imediato a notificação fiscal de lançamento de débito de forma vinculada, constituindo o crédito previdenciário. O art. 243 do Decreto nº 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 2001 a dezembro de 2002, fls.04 a 24.

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;

NEF – Nefromed Serviços Médicos SC Ltda;

OFT – Centro de Diagnóstico de Oftamologia de Marília SC Ltda; e

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.

Brasília, 20/03/09

Maria de Fátima Ferreira de Carvalho
Matr. Siape 751683

“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 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.

2º CCIMF - Sexta - ORIGINAL
CONFERE COPIA
Brasília, 20/03/09
Mara de Fátima Ferreira de Carvalho
Mstr. Siapa 751683

CC02/C06
Fls. 206

CONCLUSÃO:

Voto no sentido de CONHECER DO PEDIDO DE REVISÃO para anular o Acórdão nº 2172/2005, e em substituição aquele voto pelo CONHECIMENTO do recurso para no mérito NEGAR-LHE PROVIMENTO.

Sala das Sessões, em 07 de agosto de 2008



ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA