



2ª CC/MF - Sexta Câmara
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 07/04/2008
Maria de Fátima Ferreira de Carvalho
Matr. Sisppe 751683

CC02/C06
Fls. 163

MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUENTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº	35416.000729/2007-63
Recurso nº	143.173 Voluntário
Matéria	ÓRGÃO PÚBLICO - DESCARACTERIZAÇÃO DO VÍNCULO PACTUADO
Acórdão nº	206-00.394
Sessão de	13 de fevereiro de 2008
Recorrente	MUNICÍPIO DE OURINHOS - PREFEITURA MUNICIPAL
Recorrida	SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA EM MARÍLIA - SP

MF-Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial de...
de 13 / 02 / 08
Rubrica

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/10/1997 a 31/12/1998

Ementa: CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS - DECADÊNCIA.

O direito de o fisco apurar e constituir os créditos referentes às contribuições previdenciárias estabelecidas na Lei nº 8.212/1991 extingue-se após 10 (dez) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído, conforme dispõe o inciso I do art. 45 da citada lei.

MÉDICO PLANTONISTA - VÍNCULO - SEGURADO EMPREGADO.

Vinculam-se ao Regime Geral de Previdência Social, na condição de segurado empregado, os médicos plantonistas.

TAXA DE JUROS SELIC - PREVISÃO LEGAL.

A aplicação da taxa de juros SELIC sobre o valor das contribuições não recolhidas em época própria encontra fundamento de validade no art. 34 da Lei nº 8.212/1991.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da SEXTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por maioria de votos: I) em rejeitar a preliminar de decadência. Vencidos os Conselheiros Rogério de Lellis Pinto e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira. II) em rejeitar a preliminar de nulidade argüida de ofício. Vencidos os conselheiros Rogério de Lellis Pinto, Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira e Daniel Ayres Kalume Reis. III) em negar provimento ao recurso. Vencidos os conselheiros Rogério de Lellis Pinto, Daniel Ayres Kalume Reis e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, que votaram por dar provimento ao recurso. Apresentará voto divergente o conselheiro Rogério de Lellis Pinto. Fez sustentação oral o advogado da recorrente Dr. Carlos Alberto Barbosa Ferraz



ELIAS SAMPAIO FREIRE

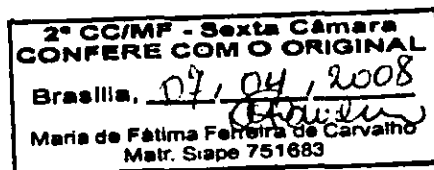
Presidente



ANA MARIA BANDEIRA

Relatora

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



Relatório

Trata-se de lançamento de contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à contribuição dos empregados, da empresa e à destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho.

O Relatório Fiscal (fls 25/31) informa que foram considerados fatos geradores de contribuições previdenciárias, os valores pagos a médicos plantonistas.

A notificada firmou convênio com a Santa Casa de Misericórdia de Ourinhos, com anuência de seu corpo clínico, para implantação e funcionamento 24 horas do sistema médico-hospitalar de atendimento às urgências e emergências.

As condições do referido convênio estão transcritas às folhas 25/26 e a auditoria fiscal verificou que, de acordo com a legislação de regência, o médico plantonista é segurado obrigatório do RGPS – Regime Geral de Previdência Social, na condição de segurado empregado. Assim, concluiu por considerar os referidos profissionais como segurados empregados vinculados à Municipalidade.

Tal conclusão ocorreu em razão da auditoria fiscal ter verificado as condições da prestação dos serviços e que, apesar do convênio firmado entre a Prefeitura Municipal e a Santa Casa, é a primeira quem efetua os pagamentos diretamente aos plantonistas pelo serviço prestado, sem qualquer repasse à Santa Casa. Também foi verificado que os RPA – Recibo de Pagamento a Autônomo eram emitidos pela Prefeitura Municipal de Ourinhos.

Às folhas 32/79 constam planilhas onde a auditoria fiscal discrimina os pagamentos efetuados, individualmente e por competência, bem como efetua o cálculo das contribuições dos segurados.

A notificada apresentou defesa tempestiva (fls. 112/124) onde alega que os médicos mencionados sequer foram contratados pelo Município de Ourinhos, mas admitidos pela Santa Casa de Misericórdia e se encontram vinculados àquela entidade benemerente, prestando serviços apenas no ambiente laboral do Hospital e sob a supervisão exclusiva do ente filantrópico.

Conclui que o Município de Ourinhos não pode ser considerado sujeito passivo da obrigação lançada e, ainda que tais profissionais possam ser considerados empregados, seriam vinculados ao nosocômio e não à Prefeitura.

Alega que a conclusão do relatório fiscal é equivocada, pois os profissionais foram contratados à luz das regras do Código Civil Brasileiro para locação de mão-de-obra, não sendo regidos pelas leis trabalhistas. Os mesmos seriam profissionais liberais, sem vínculo empregatício e que receberam seus honorários por meio de empenho, não constituindo tais pagamentos salários ou vencimentos pagos em folha de pagamento normal do quadro permanente do Município.

Entende que o fato de efetuar o pagamento diretamente aos profissionais não desnatura a natureza de repasse de verba conveniada que se faz muito mais em razão de descalabros administrativos que a auditoria da saúde realizou na Santa Casa, resultando em decreto de intervenção administrativa.

Argumenta que a lei previdenciária não vincula os segurados do INSS com base na origem do pagamento salarial que lhes foi feito, mas sim pela efetiva caracterização do contrato de trabalho, escrito ou verbal, que haja pactuado com a pessoa na condição efetiva de empregado, enquadrado na regra da CLT.

Afirma que é inconstitucional exigir do contribuinte o pagamento de juros de mora com base na taxa SELIC.

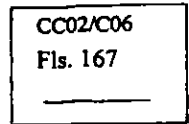
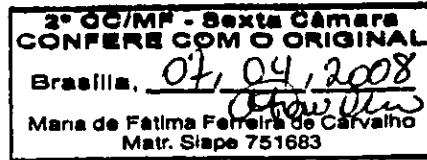
Por fim, alega que há que se reconhecer que os fatos geradores das contribuições lançadas relativamente às competências de janeiro de 1997 até dezembro de 1998 estariam fulminados pela decadência.

Pela Decisão-Notificação n.º 21.423.4/088/2007 (fls. 130/142), o lançamento foi considerado procedente.

Contra tal decisão, a notificada apresentou recurso tempestivo (fls. 147/157), onde efetua repetição das alegações já apresentadas em defesa.

Em contra-razões (fls. 160/161), a SRP manteve a decisão recorrida.

É o Relatório. /



Voto

Conselheira ANA MARIA BANDEIRA, Relatora

O recurso é tempestivo e está desacompanhado de depósito recursal previsto no § 1º do art. 126 da Lei nº 8.213/1991, em virtude da condição de órgão público da recorrente. Assim, os requisitos para admissibilidade estão cumpridos.

A recorrente apresenta preliminar de ocorrência de decadência do direito de lançar o presente crédito.

As contribuições previdenciárias são uma espécie de tributo sujeito ao lançamento por homologação. De acordo com o § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional, nos casos de lançamento por homologação, o sujeito passivo antecipa o pagamento, e a contagem do prazo decadencial tem início na data de ocorrência do fato gerador. Tal dispositivo estabelece que o prazo é de cinco anos, se a lei não fixar prazo à homologação.

No que tange às contribuições previdenciárias em comento, o artigo 45, inciso I, da Lei n.º 8.212/91 é que estabeleceu o prazo mencionado no CTN, onde o direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após dez anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído. Não obstante a polêmica existente a respeito da constitucionalidade de tal dispositivo legal, o mesmo não foi inquinado de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Não há dúvidas a respeito da natureza tributária das contribuições sociais, entretanto, ainda que o Código Tributário Nacional tenha status de lei complementar, existe legislação específica para tratar a matéria, qual seja, a Lei nº 8.212/91 e tal diploma legal estabelece o prazo decadencial de dez anos.

A meu ver, não é possível aplicar o disposto no Código Tributário Nacional em detrimento do art. 45, inciso I da Lei nº 8.212/91, uma vez que tal dispositivo encontra-se em plena vigência no ordenamento jurídico pátrio.

Como o controle da constitucionalidade no Brasil é exercido, em regra, pelo Poder Judiciário, não cabe ao julgador no âmbito administrativo, pelo Princípio da Legalidade, deixar de aplicar lei vigente.

Assim, rejeito a preliminar apresentada.

No mérito, a recorrente alega a inexistência de vínculo empregatício entre a mesma e os médicos plantonistas.

A legislação previdenciária, ao longo do tempo, sem considerou que os médicos plantonistas, pela natureza do trabalho realizado, enquadram-se perante do RGPS – Regime Geral de Previdência Social na condição de segurados empregados.

A Instrução Normativa SRP nº 03/2005, vigente à época do lançamento assim dispunha:

Art. 6º - Deve contribuir obrigatoriamente na qualidade de segurado empregado:

(...).

XXVI - o médico ou o profissional da saúde, plantonista, independentemente da área de atuação, do local de permanência ou da forma de remuneração;"

Portanto, a meu ver, claro está que a vinculação do médico plantonista se dá na condição de segurado empregado. No caso, a controvérsia restante se dá em torno de quem figuraria como empregador, a Prefeitura Municipal de Ourinhos ou a Santa Casa de Misericórdia do Município.

A peculiaridade do presente caso, reside no fato de a Prefeitura Municipal, com fins de dar cumprimento à obrigação constitucional de oferecer serviços de atendimento à saúde da população, ter efetuado convênio com a Santa Casa de Misericórdia, no sentido de manter serviços de pronto socorro vinte e quatro horas, durante todos os dias, inclusive, sábados, domingos e feriados.

Ocorre que a Municipalidade, não obstante o convênio efetuado, tomou para si o ônus de pagar diretamente os médicos plantonistas.

Ora, as exigências a serem cumpridas pelos médicos plantonistas são as atribuídas pela própria Municipalidade no instrumento de convênio.

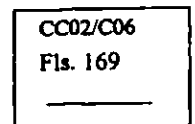
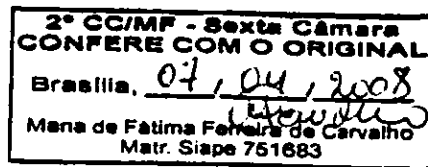
É certo que o convênio firmado contém obrigações de ambas as partes. Caso a Santa Casa de Misericórdia recebesse do Município os valores totais pela manutenção do convênio e esta, efetuasse o pagamento aos médicos plantonistas, não restariam dúvidas a respeito da vinculação dos mesmos àquela entidade, uma vez que esta, como beneficiária dos valores decorrentes do convênio, é que seria responsabilizada, no caso de execução irregular ou deficiente do mesmo.

Ao efetuar os pagamentos diretamente aos plantonistas, o Município trouxe para si a vinculação com os mesmos, partindo do princípio de que o poder de exigir está intrinsecamente vinculado à quem suportou o ônus do pagamento.

Não se pode dizer que, no caso em tela, a subordinação dos médicos plantonistas se daria com a Santa Casa, conforme quer fazer crer a recorrente, pois é a Prefeitura que determina a forma da prestação dos serviços e efetua diretamente o pagamento aos segurados.

A recorrente ainda alega seria inconstitucional a aplicação da taxa de juros SELIC sobre as contribuições ora lançadas.

A incidência da SELIC está prevista no art. 34 da Lei nº 8.212/1991 e é matéria que já se encontra sumulada no âmbito do Segundo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, especificamente na Súmula nº 3, publicada em no DOU em 26/09/2007, abaixo: ✕



"Súmula nº 3

É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - Selic para títulos federais."

Diante de todo o exposto, concluo que as argumentações trazidas pela recorrente não foram suficientes para desconstituir o presente lançamento que deve prevalecer.

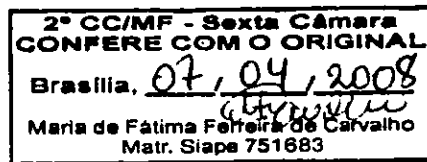
Nesse sentido e considerando tudo o mais que dos autos consta.

Voto por CONHECER do recurso, REJEITAR AS PRELIMINARES APRESENTADAS e NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Sala das Sessões, em 13 de fevereiro de 2008


ANA MARIA BANDEIRA



Voto Vencido

Conselheiro ROGERIO DE LELLIS PINTO, Relator

Em que pese o brilhante trabalho desenvolvido pela ilustre Conselheira Relatora, ousou dissentir de seu entendimento, nos seguintes termos.

Sem embargos, a análise do procedimento fiscal em baila nos mostra que o lançamento engloba contribuições previdenciárias incidentes sobre as remunerações auferidas por segurados que, na verdade, no entendimento da fiscalização detinham vínculo empregatício com o Município Recorrente.

A Notificada questiona em sua peça recursal, justamente a legalidade ou competência da fiscalização da SRP em declarar a existência de vínculo de emprego em relação a empregados e sócios de empresas legalmente constituídas, o que, a seu ver, seria reservado apenas ao Poder Judiciário. No entanto, falta-lhe razão aqui.

Em verdade, não se pode negar que no desenrolar de sua atividade, o agente público a serviço do Fisco Previdenciário não está, por efeito do princípio da primazia da realidade, necessariamente vinculado aos elementos formais apurados no contribuinte, sendo-lhe mais do que facultade, mas um dever aquilatar a verdade material, levantando e descortinando vícios e fraudes, procedendo com o enquadramento de situações fáticas à moldura legal, sempre que assim lhe restar convicto, ainda que abstraindo-se do eventual tratamento conferido pelo contribuinte aquela relação, e independente de provocação Judicial.

Nada há que se discutir que essa atuação não representa violação a competência jurisdicional, na medida em que a legislação tributária expressamente confere atribuição à autoridade fiscal para impor “sanções” sobre os atos ilícitos e viciados verificados no contribuinte, permitindo a aplicação da norma tributária material (art. 149, IV do CTN), ainda que alheia à formalidade da situação encontrada. Portanto, é certo que a autoridade do Fisco-Previdenciário, no intuito de aplicar a norma previdenciária ao caso em concreto, detém autonomia ou poderes para caracterizar um pacto laboral onde o contribuinte entendia ou simulava não haver, e para tanto, está perfeitamente autorizada a desconsiderar atos, negócios e personalidade jurídica onde se apresentam manobras e condutas demonstradamente ilegais, com intuítos inequivocamente evasivos.

Calha deixar consignado que o parágrafo único do art. 116 do CTN, não é, em absoluto, fundamento legal que possa sustentar a caracterização ora discutida, como entende a autoridade fiscal. Com efeito, o discutido parágrafo, que trouxe a possibilidade expressa de desconsideração de atos ou negócios na esfera tributária, depende de regulamentação para sua aplicação prática, o que ainda não ocorreu, sendo que qualquer ato fiscal que se baseie em tal dispositivo, estará fada ao insucesso, posto pela atual inaplicabilidade.

Nesse diapasão, insta mencionar que ao considerar um pacto laboral onde o contribuinte entendia ou simulava não haver, a fiscalização da Secretária da Receita Previdenciária – SRP, não está a invadir a competência outorgada à Justiça do Trabalho, na medida em que sua ação não está voltada para fins relacionados ao direito trabalhista, mas sim ao cumprimento fiel e irrestrito da legislação previdenciária, e encontra respaldo legal no § 2º do artigo 229 do Dec. Nº 3.048/99, que assim giza: *J*

"Art. 229: (omissis).

§ 1º Os Auditores Fiscais da Previdência Social terão livre acesso a todas as dependências ou estabelecimentos da empresa, com vistas à verificação física dos segurados em serviço, para confronto com os registros e documentos da empresa, podendo requisitar e apreender livros, notas técnicas e demais documentos necessários ao perfeito desempenho de suas funções, caracterizando-se como embaraço a fiscalização qualquer dificuldade oposta à consecução do objetivo."

Cumpre-nos observar que, ainda que para fins previdenciários, quando a fiscalização da SRP caracteriza trabalhadores como segurados empregados, embora legítima, sua atuação é incidental, e adentra num campo que não é propriamente o seu, o das relações de trabalho, afeto ao direito privado, socorrendo-se nos elementos do vínculo empregatício a ela inerentes, elementos esses que, diga-se, não podem ser alterados pela autoridade fiscal.

Justamente por ser atuação excepcional, a caracterização de vínculo empregatício somente há de ser promovida e aceita na estrita hipótese de restar fielmente comprovada a presença dos elementos legais que lhe conferem essência, de forma a permitir ter-se a certeza da existência da relação de labor. Isso, por óbvio, significa impor ao Agente Fazendário a cautela e o dever de evidenciar nos autos do procedimento fiscal, por meio de provas robustas e não refutadas, e não apenas por entendimentos pessoais, que a relação encontrada efetivamente é de emprego, até porque o ônus de provar a ocorrência do fato gerador, ressalvadas as hipóteses de sua inversão (o que não é o caso), cabe sempre ao Fisco (art. 333, I do CPC, arts. 142, 149 e 194 do CTN).

Nesse caminho de ideal, cabe a auditoria fiscal, ao efetuar o enquadramento de segurados empregados, proceder a exposição dos fatos de forma que se possa vislumbrar inequivocamente se tratar de uma relação de emprego e não de uma mera prestação de serviços. Somente diante de um juízo desprovido de dúvidas e incertezas poderá prevalecer a caracterização de vínculo laboral e o lançamento nele baseado.

Em verdade, o Relatório Fiscal deve trazer em seu bojo a narrativa resumida de todos os fatos apurados durante a fiscalização, e demonstrar que na relação encontrada, acha-se presentes todos os requisitos do pacto laboral, devendo ter o cuidado de expor todos os motivos de sua convicção. Assim é que o lançamento que vise a caracterização de vínculo de emprego, deve partir sempre de uma minudada e circunstanciosa narrativa dos fatos verificados em ação fiscal, com uma exposição clara e precisa dos elementos que levaram a concluir pela presença de relação de emprego, nos termos que lhe exige o art. 37 da Lei nº 8.212/91, bem como o art. 142 do CTN. No REFISC deve constar os motivos e os fatos determinantes do lançamento, acompanhada sempre dos elementos probatórios que sustentam o entendimento fiscal, ou seja, o relatório deve expor e os documentos comprovar.

Não basta, portanto, para a regularidade do lançamento, uma sucinta menção ao porque da lavratura da Notificação, ou mesmo a dispositivos legais esparsos e genéricos, ou ainda requisitos com ligação ao que se apurou. É necessário que da demonstração possa se extrair haver correlação entre o fato apurado e a hipótese legal que ampara, ou que dá suporte à cobrança do tributo, já que só se "*pode impor ao contribuinte o ônus da exação quando houver estrita adequação entre o fato e a hipótese legal de incidência do tributo, ou seja, sua descrição típica*" (Resp. nº 437991/RS Recurso Especial 2002/0063964-6).

No caso trazido pela presente NFLD, a douta autoridade lançadora declara e afirma a existência de vínculo empregatício entre a Recorrente e os sócios das empresas indicadas no relatório fiscal. Contudo, em que pese o criterioso trabalho desenvolvido pela inclita autoridade lançadora, creio que os elementos motivadores da caracterização ora promovida carecem de substratos que lhe imprimam a certeza necessária quanto a presença simultânea de todos os requisitos da relação empregatícia, insertos no art. 3º, da CLT e art. 12, I "a" da Lei nº 8.212/91.

Na esteira desse raciocínio, lembremos que tanto a lei trabalhista quanto a previdenciária adotam os mesmos requisitos para que a relação de emprego reste configurada, quais sejam: habitualidade e continuidade, pessoalidade, onerosidade e subordinação. Somente a existência simultânea de tais elementos é que se pode afirmar que a relação jurídica analisada envolva vínculo empregatício.

De todos os requisitos acima narrados, voltemos nossa atenção para a subordinação, dado ser ela o elemento essencial para se aferir a natureza da prestação de qualquer serviço. Em verdade, para apurar a existência de subordinação ou se o grau em que ela ocorre está a afastar a livre prestação dos serviços pelo contratante, submetendo-o a um poder de comando que ultrapassa a fronteira do mero gerenciamento dos serviços, não é tarefa das mais fáceis, e exige uma análise circunstanciada de cada caso. Nesse sentido, por reunir particularidades quase imperceptíveis, a constatação de sua presença na relação fiscalizada demanda um esforço que mereceria sempre uma análise em separado de cada pessoa envolvida, com conjugação de provas testemunhais (formal) e documentais, afastando-se de qualquer juízo lastreado em presunções.

A fiscalização entende haver subordinação no caso em baila, pelo fato de que os pagamentos teriam sido efetuados diretamente e não por intermédio da entidade contratante, o que em si não quer dizer muito, e não impõe uma vinculação direta com o Recorrente.

Merece destaque ainda, o fato de que a subordinação encontrada pela i. Relatora, não se situa nos mesmos argumentos declinados pela fiscalização, ou seja, a exposição fiscal não foi suficiente para aferir a presença do vínculo empregatício, o que já nos é suficiente para reconhecer a precariedade do levantamento.

Entendo que ao desconsiderar um pacto existente entre uma entidade de serviços médicos e a Recorrente, e fazer nascer uma considerável obrigação para esta última, caberia aos Auditores Fiscais efetivamente demonstrar a existência de relação de emprego de forma mais clara, mais exaustiva. Sua omissão nesse ponto, não pode ser esquecida ou desprezada por nós, já que o ato administrativo consubstanciado no lançamento, que é o objeto do controle de legalidade exercido por este E. Conselho, não se mostra adequado às exigências legais.

A exposição fática deficiente, sem a clareza necessária que lhe é exigida, impede-nos inclusive de constatar se realmente existia uma relação empregatícia no caso em estudo, representando vício de natureza material, uma vez que se trata de não identificar e demonstrar adequadamente a ocorrência do fato gerador, justificador da imposição fiscal.

Esse tem sido o posicionamento deste Egrégio Conselho, como se observa dos arestos abaixo transcritos:

"(...) A descrição defeituosa dos fatos impede a compreensão dos mesmos, e, por consequência, das infrações correspondentes, sendo,

portanto, vício material, pois mitiga, indevidamente, a participação do contribuinte na instauração do litígio, mediante a apresentação da impugnação..” (Recurso n. 131.449, Acórdão n. 108-07556, 8ª Câmara, Relator Conselheiro Mário Junqueira Franco Júnior, sessão de julgamento de 15/10/2003)

“PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RECURSO EX OFFICIO – É nulo o Ato Administrativo de Lançamento, formalizado com inegável insuficiência na descrição dos fatos, não permitindo que o sujeito passivo pudesse exercitar, como lhe outorga o ordenamento jurídico, o amplo direito de defesa, notadamente por desconhecer, com a necessária nitidez, o conteúdo do ilícito que lhe está sedo imputado. Trata-se, no caso, de nulidade pro vício material, na medida em que falta conteúdo ao ato, o que implica inoccorrência da hipótese de incidência.” (Recurso n. 132.213, Acórdão n. 101-94049, 1ª Câmara, Relator Conselheiro Sebastião Rodrigues Cabral, sessão de julgamento de 06/12/2002).

“LANÇAMENTO – NULIDADE - VÍCIO MATERIAL – DECADÊNCIA - Nulo o lançamento quando ausentes a descrição do fato gerador e a determinação da matéria tributável, por se tratar de vício de natureza material. Aplicável o disposto no artigo 150, § 4º, do CTN. (RV 138595, Acórdão no. 102-47201, 2ª. Câmara do 1º. Conselho, julgado em 10-11-2005).”

Ante o exposto, voto no sentido de **CONHECER DO RECURSO**, para **DAR-LHE PROVIMENTO**, e declarar a nulidade da NLFD, por vício material, nos termos da fundamentação supra.


ROGERIO DE LELLIS PINTO