



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS**  
**SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO**

**Processo n°** 35380.000602/2006-18  
**Recurso n°** 150.843 De Ofício e Voluntário  
**Acórdão n°** **2301-003.078 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**  
**Sessão de** 19 de setembro de 2012  
**Matéria** NFLD - Contribuições Previdenciárias  
**Recorrente** FUNDAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO MÉDICO E HOSPITAL  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS**

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

**DECADÊNCIA PARCIAL**

De acordo com a Súmula Vinculante nº 08 do Supremo Tribunal Federal, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991 são inconstitucionais, devendo prevalecer as disposições da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional, no que diz respeito a prescrição e decadência.

Havendo pagamento antecipado do tributo exigido no lançamento, aplica-se o prazo quinquenal previsto no artigo 150, § 4º, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional.

**CARACTERIZAÇÃO DE CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS COMO SEGURADOS EMPREGADOS.**

Para que seja considerado, o contribuinte individual, como segurado empregado, é necessário que ele possua cumulativamente as seguintes características: subordinação, não eventualidade, onerosidade e pessoalidade. A ausência de qualquer um desses requisitos acaba inevitavelmente descaracterizando a relação jurídica de emprego.

No caso dos autos, faltando o requisito da pessoalidade não há que se falar em relação de emprego entre os contribuintes individuais e o sujeito passivo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, : I) Por unanimidade de votos: a) em negar provimento ao recurso de ofício, nos termos do voto do Relator; II) Por maioria de votos: a) em dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Conselheiros Bernadete de Oliveira Barros e Marcelo Oliveira, que negavam provimento ao recurso. Impedido: Mauro José Silva, com base no Art. 43 do RICARF.

Marcelo Oliveira - Presidente.

Adriano Gonzales Silvério - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira (Presidente), Wilson Aantonio de Souza Correa, Bernadete de Oliveira Barros, Leonardo Henrique Pires Lopes, Mauro José Silva e Adriano Gonzales Silvério.

## Relatório

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito nº 35.137.386-1, a qual exige contribuições sociais a cargo da empresa, destinadas ao custeio Seguridade Social, ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho e as destinadas a outras Entidades e Fundos (FNE, INCRA, SESC E SEBRAE), incidentes sobre as remunerações pagas aos trabalhadores autônomos, os quais, após a conclusão dos trabalhos fiscais, foram caracterizados como segurados empregados, o que resultou, após ser revertido o valor total recolhido a título de autônomo como empregado, na constituição da diferença do crédito previdenciário, relativo ao período de 01/1991 a 05/2001.

Nesse sentido, informa o Relatório Fiscal de fls. 125 a 136 que: *“Os fatos geradores do presente lançamento foram apurados com base nas remunerações pagas aos segurados considerados trabalhadores autônomos pela Entidade extraídas dos lançamentos contábeis realizados nas contas “Plantões” e “Contas Correntes — Docentes Prest. Serv. Conv.”, localizadas nos Livros Diário referentes ao período da prestação de serviços (relacionados no item 3 - Elementos examinados), Relatórios de Serviços Prestados e Relatórios de Plantões Médicos, emitidas pela Entidade ora notificada, nos quais verificamos o tipo do serviço prestado e sua correspondente remuneração.”*

Com a realização da fiscalização, foi constatada a seguinte situação fática: *“Esta fiscalização observou que a Entidade conforme artigo 4º e seus Estatutos - **“São finalidades básicas da Fundação colaborar para a melhoria das condições gerais e administrativas do Hospital das Clínicas e da Faculdade de Medicina da UNESP em Botucatu, para que possam atingir os objetivos definidos peia própria Faculdade de Medicina de Botucatu da UNESP. ”... que em seu artigo 5º, “A fundação atuará, para efeitos do artigo quarto, mediante ‘subvenções governamentais, auxílios recebidos, convênios e/ou contratos com Instituições públicas ou privadas.’... que em seu artigo 13º “A Diretoria Executiva compete: X - Contratar serviços, pessoal e criar comissões de caráter permanente ou transitório, para consecução das atividades inerentes aos objetos da Fundação, ouvido o Conselho de Curadores;”... que em seu artigo 16º “O regime Jurídico do Pessoal da Fundação será o da Consolidação das Leis do Trabalho CLT. ”, deixando claro o seu campo de atuação e o regime de contratação do seu pessoal”.** (Grifo original)*

Dando continuidade os trabalhos de fiscalização, a D. Autoridade Fiscal, ao examinar a possível configuração dos requisitos necessários para a caracterização dos segurados autônomos como empregados, concluiu que: *“De tal análise, elencamos os segurados que prestaram serviços não-eventuais, visando atender as atividades normais da Entidade conforme prevê os seus Estatutos, relacionadas diretamente com os seus fins previstos em seus atos constitutivos. A situação encontrada pela fiscalização é de que a prestação de serviços é feita de forma continuada, não esporádica, com subordinação e pagamento mensal de remuneração, constituindo-se em necessidade permanente da Entidade para finalidade em que foi criada, atendendo as necessidades da Faculdade de Medicina e do Hospital das Clínicas. Os docente e os mesmos como plantonistas deste Hospital de forma continuada e inofismável, documentos anexos, subordinam-se as normas do mesmo, ou seja sob sua direção e comando na determinação da atuação concreta do profissional, controle na prestação do serviço e, ainda, na possibilidade de aplicação de penalidades pelo descumprimento de suas obrigações; mediante remuneração para tanto. Enfim: o tempo de duração do trabalho, bem como o fato de ser intercalado, por si só, não afastam a natureza empregatícia da relação jurídica. Portanto, tem-se por configurada a subordinação de tais trabalhadores, posto que participam integralmente do processo da Entidade, cumprindo funções indispensáveis e só através deles poder realizar seus fins.”*

O sujeito passivo apresentou impugnação sustentando, em síntese, a ocorrência de litispendência, haja vista a existência de ações judiciais discutindo o vínculo empregatício dos médicos que prestavam serviços à Impugnante, bem como a ausência do preenchimento dos requisitos necessários para a configuração do vínculo empregatícios nos termos do artigo 3º da CLT.

Em 31/08/2001, foi expedido Ofício nº 316/2001 solicitando, no prazo de 3 (três) dias, a juntada da cópia do Convênio firmado entre UNESP e FAMESP, citado no arrazoado da Impugnação. Em atendimento ao referido ofício, o sujeito passivo protocolou petição requerendo a juntada do Convênio, conforme se denota das fls. 274 a 331.

Em 20/11/2001, a Diretoria de Arrecadação Gerência Executiva em Bauru/SP proferiu decisão (fls. 338/354) que julgou procedente o lançamento do crédito previdenciário constituído por meio do NFLD nº 35.137.386-1. Em face desse r. julgado, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário, objetivando reformar o r. decisório de 1ª Instância Administrativa.

A 2ª Câmara de julgamento do Conselho de Recursos da Previdência Social converteu o julgamento em diligência, determinando-se a remessa dos autos do presente processo fiscal à Divisão de Assuntos Jurídicos do CRPS, para que este Órgão se pronunciasse sobre a matéria ora debatida, sobretudo no que se refere aos provimentos judiciais proferidos nas ações trabalhistas que examinam o vínculo empregatício dos médicos.

Em parecer de fls. 388/390, a Divisão de Assuntos Jurídicos do CRPS opinou no sentido de dar provimento ao Recurso Voluntário do sujeito passivo, para julgar improcedente o lançamento tributário.

Por entender que a matéria discutida nos autos envolveria questão previdenciária de relevante interesse público, o Ministério da Previdência Social também foi chamado a se manifestar sobre o tema, nos termos do artigo 309 do Decreto 3.048/1999. Assim, em 02/09/2003, expediu a Informação AJ/CRPS nº 533/2002, por meio da qual se

pronunciou no sentido de que o mérito do assunto julgado deveria ser enfrentado pelos membros da 2ª Câmara de Julgamento, sem a participação ministerial para a solução da lide.

A 2ª Câmara de Julgamento encaminha novamente o processo em referência à Divisão de Assuntos Jurídicos, em virtude da conclusão de "ser equivocada o entendimento consubstanciado nos Pareceres/CJ MPAS nº 956/97 e 1544/98, vez que, diante do óbice constitucional, não é lícita a vinculação de segurados a órgãos da Administração Pública direta e indireta como "empregados" fossem sem a previa aprovação em concurso público e, por conseguinte, do lançamento fiscal efetuado sob tal fundamento."

Em resposta, a Divisão de Assuntos Jurídicos proferiu novo parecer concordando com a conclusão da Informação DAJ/AO nº 306/2003, emitida no processo oriundo da NFLD nº 32.282.119-1, no sentido de que "306/2003, emitida no processo oriundo da NFLD nº 32.282.119-1, no sentido de que "...o assunto deve ser enfrentado, no mérito, pelos membros da Segunda CAJ, sem a participação ministerial para a solução da lide."

Em 20/02/2006, o sujeito passivo foi intimado a, dentro do prazo 10 (dez) dias, se manifestar sobre os pareceres supramencionados. Assim, em 06/03/2006, o sujeito passivo protocolou a sua manifestação.

Após, o 2ª Conselho de Contribuintes proferiu acórdão no sentido de conhecer do Recurso Voluntário e anular a decisão de primeira instância, ante a ocorrência de vícios de cerceamento de defesa, por conta da falta de intimação sobre diligência realizada.

Por conta disso, a Delegacia da Receita Federal do Brasil realizou novo julgamento, no qual foi proferido novo v. acórdão que manteve parcialmente o lançamento do crédito previdenciário lançado na NFLD nº 35.137.386-1.

Objetivando a reforma da decisão *a quo* o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário a esse Conselho, por meio do qual reitera os argumentos já despendidos anteriormente.

Diante da parcial manutenção do crédito tributário consignado na NFLD nº 35.137.386-1, também, a DRJ recorre de ofício ao presente CARF, tendo em vista o valor ultrapassar o limite de alçada.

É o relatório.

## **Voto**

Conselheiro Adriano Gonzales Silvério

Os recursos são tempestivos e não há óbices para seus respectivos conhecimentos.

### **Decadência**

Passo ao exame preliminar da decadência, matéria devolvida a esse Conselho por força de Recurso de Ofício.

De acordo com a Súmula Vinculante nº 08, do STF, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 são inconstitucionais, devendo prevalecer, no que tange à decadência e prescrição, as disposições do Código Tributário Nacional.

Nos termos do art. 103-A da Constituição Federal, as Súmulas Vinculantes aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terão efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Verifica-se que a fiscalização lavrou a NFLD discutida com amparo na Lei 8.212, de 24 de julho de 1991 que, em seu art. 45, dispõe que o direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, entendendo que apenas lei complementar pode dispor sobre prescrição e decadência em matéria tributária, nos termos do artigo 146, III, 'b' da Constituição Federal, negou provimento por unanimidade aos Recursos Extraordinários nº 5596664, 559882, 559943 e 560626, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei nº 8212/91.

Na oportunidade, foi editada a Súmula Vinculante nº 08 na respeito do tema, publicada em 20/06/2008, transcrita abaixo:

**Súmula vinculante 8** “São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”

Cumpre ressaltar que o art. 62, da Portaria 256/2009, que aprovou o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, veda o afastamento de aplicação ou inobservância de legislação sob fundamento de inconstitucionalidade. Porém, determina, no inciso I do § único, que o disposto no caput não se aplica a dispositivo que tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal:

**Art. 62.** Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

*Parágrafo único.* O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

*I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou”*

Portanto, em razão da declaração de inconstitucionalidade dos arts 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 pelo STF, restaram extintos os créditos cujo lançamento tenha ocorrido após o prazo decadencial e prescricional previsto nos artigos 173 e 150 do Código Tributário Nacional.

É necessário observar ainda que as súmulas aprovadas pelo STF possuem efeitos vinculantes, conforme se depreende do art. 103-A e parágrafo da Constituição Federal, que foram inseridos pela Emenda Constitucional nº 45/2004, *in verbis*:

**Art. 103-A.** O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional,

*aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.*

*§1º A Súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.*

*§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.*

*§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (g.n.).”*

Da leitura do dispositivo constitucional acima, conclui-se que a vinculação à súmula alcança a administração pública e, por conseqüência, os julgadores no âmbito do contencioso administrativo fiscal.

Ademais, nos termos do artigo 64-B da Lei 9.784/99, com a redação dada pela Lei 11.417/06, as autoridades administrativas devem se adequar ao entendimento do STF, sob pena de responsabilidade pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.

*“Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal”*

Afastado, pois, o prazo previsto originalmente no citado artigo 45, cabe agora verificar o prazo aplicável, se aquele do 150, § 4º ou 173, inciso I, ambos da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional.

Temos adotado a posição doutrinária e jurisprudencial no sentido de que havendo **pagamento antecipado** por parte do contribuinte, em relação ao fato gerador posto em discussão, deve incidir o prazo decadencial quinquenal previsto no mencionado artigo 150, § 4º. Nesse sentido a decisão proferida pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, na sistemática de recurso repetitivo, nos autos do Recurso Especial 973.733/SC, a qual deve ser atendida, por força do disposto no artigo 62-A Portaria 256/2009, que aprovou o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais:

*“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO.*

*DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.*

*1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incoorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: **REsp 766.050/PR**, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; **AgRg nos EREsp 216.758/SP**, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e **EREsp 276.142/SP**, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).*

*2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).*

*3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponível, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).*

*5. In casu, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação ex lege de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos atos imponíveis ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.*

6. *Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo.*

7. *Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.”*

No caso dos autos a autoridade fiscal, conforme se apura às fl. 68 verificou durante o procedimento fiscalizatório os pagamentos efetuados mediante GPS, considerando, assim, a totalidade da folha de salários do sujeito passivo, efetuando o lançamento das diferenças encontradas. Assim, a meu ver, não há dúvidas, pois, de que houve pagamento antecipado e, portanto, deve incidir o prazo quinquenal do artigo 150, § 4º da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional. Nesses termos a r. decisão recorrida:

*“Assim, da análise da NFLD em foco, com ciência do contribuinte datada de 28/06/2001 e constituindo contribuições sociais que remontam ao período compreendido entre janeiro/1991 a maio/2001, aplico ao caso a regra específica do § 4º do artigo 150, mormente porque a antecipação dos recolhimentos é evidenciada selos anexos da Notifica do Fiscal, e afastado do lançamento as contribuições sociais nela vertidas até a competência maio/1996, consoante novel entendimento.”*

Sabendo-se que na espécie o período verificado está compreendido entre janeiro de 1991 a maio de 2001 e que a ora recorrente foi intimada da NFLD em 28 de junho de 2001, verifica-se que está decaído o período de janeiro de 2000 a maio de 1996, razão pela qual nego provimento ao recurso de ofício.

### **Relação de vínculo empregatício**

Em relação à parte não decaída, verifica-se que, por se tratar de cobrança de contribuição previdenciária incidente sobre a remuneração de segurados contribuintes individuais caracterizados, pela D. Fiscalização, como segurado empregado, o cerne da questão reside, assim, em saber se os prestadores de serviços enquadram-se ou não na figura jurídica de empregado previsto no artigo 3º da CLT, para efeitos da incidência das contribuições sociais a cargo da empresa, nos moldes como cobrado por meio desse lançamento.

Segundo o relatório fiscal, essa contribuição previdenciária é devida tendo em vista a constatação do seguinte: *“A situação encontrada pela fiscalização é de que a prestação de serviços é feita de forma continuada, não esporádica, com subordinação e pagamento mensal de remuneração, constituindo-se em necessidade permanente da Entidade para finalidade em que foi criada, atendendo as necessidades da Faculdade de Medicina e do Hospital das Clínicas. Os docentes e os mesmos como plantonistas deste Hospital de forma continuada e insofismável, documentos anexos, subordinam-se as normas do mesmo, ou seja, sob sua direção e comando na determinação da atuação concreta do profissional, controle na prestação do serviço e, ainda, na possibilidade de aplicação de penalidades pelo descumprimento de suas obrigações, mediante remuneração para tanto. Enfim, o tempo de duração do trabalho, bem como o fato de ser intercalado, por si só, não afastam a natureza empregatícia da relação jurídica.”*

À vista dos argumentos esposados no relatório fiscal, percebe-se claramente que, para fundamentar a incidência da contribuição previdenciária em julgamento, a Fiscalização examinou a presença de todos os requisitos necessários para a caracterização do segurado empregado que se encontra disposto no artigo 3º da CLT que prevê:

*“Art. 3º Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.”*

Para que seja considerado, o prestador de serviços, como empregado nos termos da legislação trabalhista, é necessário que ele possua cumulativamente as seguintes características: subordinação, não eventualidade, onerosidade, pessoalidade e que ele seja pessoa física. A ausência de qualquer um desses requisitos anteriormente citado, acaba inevitavelmente descaracterizando a relação jurídica de emprego.

Partindo dessa premissa básica e analisando os autos constatei, porém, a inexistência de um dos requisitos necessários para enquadrar os segurados contribuintes individuais como segurados empregados, qual seja, a pessoalidade.

Isso acontece porque, conforme se denota do Convênio firmado entre a Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho e a Fundação para o Desenvolvimento Médico e Hospitalar - recorrente (fls. 292 a 298), verifica-se que as suas normas estabelecem (Cláusula 11ª, inciso I, alínea “d”) que caberia a UNESP indicar à FAMESP a equipe de docentes especialistas que iria atuar nos plantões, conforme se depreende dos trechos extraídos do mencionado convênio. Veja-se:

*“CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA – DAS OBRIGAÇÕES DA UNESP*

*São obrigações da UNESP:*

*(...)*

*d) indicar à FAMESP, por intermédio dos Departamentos de Ensino da Faculdade de Medicina e aprovação de sua Congregação, bem como com aprovação do Conselho de Administração do Hospital, a equipe de plantonistas especialistas que deverá atuar nos plantões;”*

Apura-se que a prestação de serviços em plantões não era, à época dos fatos, realizada de forma constante por determinado médico, mas por qualquer membro pertence à equipe especializada indicada pela UNESP, o que demonstra, ante a ausência de prova em contrário, que qualquer docente do grupo de especialistas poderia ser colocado à disposição do sujeito passivo para efetuar o atendimento hospitalar.

Isso releva, a meu ver, que o sistema de atendimento de plantões não se vinculava a determinado profissional da área médica, ou seja, *intuitu personae*, mas sim a qualquer um indicado pela UNESP. Para o sujeito passivo bastava que o profissional fosse indicado pela Universidade para prestar o atendimento na modalidade de plantão.

Com base nisso, não vejo, *in casu*, a pessoalidade no atendimento dos plantões, em relação aos membros da equipe, pois qualquer um poderia ser substituído. Por conta da ausência desse requisito, tenho que a relação de emprego sustentada no NFLD não pode ser mantida, pois não foram preenchidos todos os requisitos do artigo 3º da CLT.

Corroborando todo o exposto, cabe ainda registrar que, em decorrência do trâmite de processos trabalhistas que não reconheceram o vínculo empregatício dos docentes, a

Assessoria Jurídica da Previdência opinou pelo total procedência do Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, conforme se vê abaixo:

*“Em outra Demanda, cujos Reclamantes são ARISTIDES AUGUSTO PALHARES NETO e FRANCISCO HABERMANN, também contra a interessada e a UNESP, proc 582/99 (fls. 248/253), destacamos alguns trechos: “Os reclamantes, médicos, estão vinculados à 2ª Reclamada, e o vínculo que os une é celetista.” ... “Aristides foi vinculado em 21/05/1992 (fl. 216).” ... “Francisco foi admitido em 31/12/69 (fls. 30 e 216).” Agora, querem o reconhecimento de um segundo vínculo de emprego, com a 1ª reclamada, respondendo a 2ª solidariamente.” ... “Querem-no porque realizam plantões e acham que, por receberem a remuneração a eles corresponde da 1ª reclamada, a quem estariam subordinados, com esta há a formação de outro vínculo de emprego, paralelo ao vínculo de emprego já existente.” ... “O trabalhador, inclusive o médico, pode ter mais de um emprego. A lei o permite, desde que haja compatibilidade de horários, é obvio, e desde que haja, em casos como o destes autos, observância do art. 37, II, XI, XVI e XVII, da Constituição federal.”... “Têm os reclamantes dois empregos, um com a 2ª reclamada e outro com a 1ª? ... “Não, têm apenas um emprego, com a 2ª reclamada.” ... “Dizer que os plantões têm o condão de fazer nascer um novo emprego é algo que não encontra amparo na lei.””*

Diante da não comprovação cumulativa de todos os requisitos previstos no artigo 3º da CTL, sobretudo o da personalidade, não há como admitir a existência de vínculo empregatício.

Ante o exposto, **VOTO** no sentido de **CONHECER** os recursos de ofício e voluntário e, no mérito, **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso fazendário e **DAR INTEGRAL PROVIMENTO** ao recurso do sujeito passivo, cancelando-se, assim, integralmente o crédito constituído nesse lançamento.

Adriano Gonzales Silvério - Relator