



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

Processo nº 35582.002518/2007-43
Recurso nº 150.441 Voluntário
Matéria DESCARACTERIZAÇÃO DO VÍNCULO PACTUADO
Acórdão nº 206-01.752
Sessão de 03 de fevereiro de 2009
Recorrente CONTRASTE ENGENHARIA E AUTOMAÇÃO LTDA
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA

2ª CC/MF Sexta Câmara
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 17/06/09
Maria Edna Ferreira Pinto
Mat. Slape 762748

CC02/C06
Fls. 171

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/11/2001 a 31/12/2005

PREVIDENCIÁRIO. CUSTEIO. DESCARACTERIZAÇÃO DO VÍNCULO PACTUADO. DECADÊNCIA.

1 - É inconstitucional o artigo 45 da Lei nº 8.212/1991, que trata de decadência de crédito tributário. Súmula Vinculante nº 8 do STF.

Termo Inicial: (a) Primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, se não houve antecipação do pagamento (CTN, ART. 173, I); (b) Fato Gerador, caso tenha ocorrido recolhimento, ainda que parcial (CTN, ART. 150, § 4º).

No caso, trata-se de tributo sujeito a lançamento por homologação e houve antecipação de pagamento. Entretanto, em face da ocorrência, em tese, do ilícito tipificado no artigo 337-A, incisos I, II e III do Código Penal. Aplicável, portanto, a regra do art. 173, I do CTN.

2 - Presentes os pressupostos da relação de emprego entre a empresa contratante e a pessoa física prestadora de serviços, dissimulada como pessoa jurídica, deve ser considerado o vínculo laboral do obreiro com o tomador dos serviços, fundamentação: artigo 12, I, 'a' e 33 da Lei nº 8.212/91 c/c art. 229, § 2º do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99, com a alteração do Decreto nº 3.265/99.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da SEXTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos: I) em declarar a decadência das contribuições apuradas até a competência 11/2001; II) no mérito, em negar provimento ao recurso.



ELIAS SAMPAIO FREIRE

Presidente



CLEUSA VIEIRA DE SOUZA

Relatora

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

Relatório

Trata-se de Crédito Previdenciário lançado contra a empresa em epígrafe, constante da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito -NFLD nº 37.005.782-1 que, de acordo com o relatório fiscal de fls. 40/44 refere-se às contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à parte dos empregados, parte da empresa e financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente de riscos ambientais do trabalho, além das contribuições devidas a terceiros (FNDE, SALÁRIO EDUCAÇÃO, INCRA SENAC SESC e SEBRAE), no período de 11/2001 a 12/2005.

Segundo o referido relatório fiscal, constitui fato gerador das contribuições objeto do presente lançamento, os valores pagos ao segurado CLÉCIA THOMÉ NOGUEIRA RIBEIRO tida pela notificada como microempresário, porém a fiscalização constatou de forma consistente, a presença de elementos formadores da relação empregatícia.

Informa o citado relatório fiscal que a referida segurada é Sócia Gerente Responsável da empresa CSI Tecnologia Ltda e através da qual vem prestando serviços de consultoria e informática à Contraste Engenharia e Automação Ltda, ininterruptamente no período de 01/2002 a 12/2005, emitindo mensalmente e em ordem seqüencial notas fiscais por prestação de serviços em consultoria em informática, caracterizando trabalho exclusivo e habitual, bem como sua natureza não eventual e diretamente ligada à atividade fim da notificada. Em 08/03/2004 aludida empregada teve seu vínculo empregatício oficialmente reconhecido pela Contraste Engenharia e Automação Ltda, oportunidade em foi registrada em seus quadros de funcionários na função de Técnico profissional de Informática, conforme FRE nº 000200012, percebendo o piso mínimo da categoria e complementando sua remuneração contra emissão de notas fiscais de serviços da mencionada empresa.

Ressalta, ainda, o auditor fiscal que a situação fática encontrada ao analisar os lançamentos contábeis e seus respectivos comprovantes “documentos de caixa”, além do já relatado, é da existência das condições e caracteres configuradores do vínculo empregatício, visto que a referida “microempresária” realiza de forma habitual e com exclusividade serviços diretamente ligados a atividade fim da empresa contraste. Ressalta, mais, que a referida segurada mesmo após seu registro oficial como empregada da contratada continuou emitindo notas fiscais de serviços como forma de complemento de seu salário.

Informa, outrossim, o auditor fiscal que as contribuições levadas a efeito na presente notificação foram apuradas por aferição indireta, uma vez que tiveram como base de cálculo os valores contidos nas notas fiscais de serviços e/ou os respectivos lançamentos contábeis, notadamente aqueles efetuados nas contas 4.10.30.107 – Serviços Prestados p/ P. Jurídica; 4.02.01.00.0.00.054 – Despesas Comissões s/ Vendas; 4.04.02.00.0.00.081 – Empresas Prestadoras de Serviços e 4.-4.02.00.0.00.147 – Colaboradores Terceirizados, cujos valores foram confrontados com os documentos que lhe deram origem.

Tempestivamente a empresa notificada apresentou impugnação às fls. 52/68 arguindo em preliminar a decadência do direito de constituir o crédito relativo às competências 11 e 12/2001, nos termos do artigo 173 do CTN; no mérito, trouxe, em síntese, os seguintes argumentos:

Que o débito ora lançado é nulo, já que a autoridade administrativa além de ter agido desprovido de amparo legal, excedeu as atribuições que lhe são conferidas, pois a autoridade fiscal não pode sobrepor-se à competência constitucionalmente assegurada ao Poder Judiciário, para efeitos de desconsiderar a personalidade jurídica de empresas prestadoras de serviços, legalmente constituídas, presumir vínculo empregatício entre seus sócios e a empresa contratante do serviço. Não lhe cabendo arbitrar vínculo trabalhista e considerar que a empresa preenche os requisitos da relação de emprego, nem desconsiderar a personalidade jurídica legalmente constituída. Alegou que tal postura viola frontalmente o Princípio da Segurança das Relações Jurídicas, constituindo vínculo empregatício, advindo daí várias implicações legais.

Argumentou que por mera presunção de vínculo empregatício entre a impugnante e o sócio da pessoa jurídica, a autoridade administrativa não pode tachar esta como devedora fiscal, sem que se obtenha previamente decisão judicial neste sentido, com a produção incontestada e ampla de todos os meios de prova admitidos legalmente. Também não pode, por mera suposição de existência de relação de emprego, ser presumida a ocorrência do fato gerador, que deve ser sempre demonstrado pela atividade investigadora da fiscalização.

Ademais, pela própria gravidade de que se reveste a desconsideração da personalidade jurídica, é indubitável que essa medida só poderá ser aplicada quando estiver efetivamente comprovada a dissimulação, ou seja, a intenção de esconder uma operação por meio de manipulação de documentos e fatos, bem como a ilicitude da conduta, o que não foi demonstrado nesta NFLD pela autoridade fiscal.

Alegou, outrossim, que os documentos anexados à presente notificação são inidôneos a ensejar o vínculo empregatício, posto que os serviços prestados não se revestem das características inerentes ao contrato de trabalho, vez que foram **não-pessoais, esporádicos, não-exclusivos, não subordinados**, que a característica da não pessoalidade é claramente verificada pela simples razão de que a prestadora de serviços é uma empresa, pessoa jurídica e não pessoa física, não devendo a autoridade fiscal arbitrariamente desconsiderar a personalidade jurídica da empresa contratada para o fim de imputar vínculo empregatício.

Enfim, para que ensejasse a pretendida relação de emprego e, por conseqüência, o lançamento do presente débito, competia à autoridade fiscalizadora comprovar os elementos caracterizadores da citada relação, ônus do qual não se desincumbiu.

Alegou, mais, que é descabida a adoção do método por aferição indireta, pois a fiscalização teve a sua disposição, durante todo o período da fiscalização, uma equipe de pessoas para atender a seus pedidos de documentos e informações, tendo a autoridade fiscal verificado, notas fiscais, contratos de prestação de serviços, lançamentos contábeis. Que em momento algum houve por parte da impugnante, recusa ou sonegação de qualquer informação ou documento que justificasse o procedimento por aferição indireta.

A Secretaria da Receita Previdenciária no Estado do Rio de Janeiro, por meio da Decisão – Notificação nº 17.401.4/0290/2007, julgou procedente o lançamento, trazendo a decisão a seguinte ementa:

"CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. CARACTERIZAÇÃO DE SEGURADOS EMPREGADOS.

Verificada a prestação de serviços por segurados que preenchem os requisitos do art. 12, inciso I, alínea a da Lei 8212/91, não importando qual tenha sido a forma de contratação, é competente o auditor fiscal do INSS para lançar as contribuições devidas e incidentes sobre a remuneração paga.

O contrato de trabalho, sendo um contrato realidade, não está vinculado ao aspecto formal, eis que prevalecem as circunstâncias reais em que são prestados dos serviços.

LANÇAMENTO PROCEDENTE."

Intimada da decisão e com ela não se conformando a empresa interpôs Recurso a este conselho, conforme razões expendidas às fls. 96/116, em que reitera todas razões aduzidas em sua impugnação, frisando que o procedimento adotado pela autoridade fiscal é flagrantemente ilegal, vez que além de não possuir atribuição para desconsiderar o contrato celebrado entre as partes, fê-lo sem apontar o dispositivo legal supostamente violado, já que tal desconsideração só é admitida nas hipóteses expressamente previstas em lei.

Argumentou que a desconsideração de atos, negócios e personalidade jurídicos é competência das autoridades judiciárias, não cabendo à alçada da autoridade administrativa. Portanto o agente obrou em flagrante ilicitude.

Alegou, ainda, que não existe fato gerador para o lançamento fiscal ora combatido, posto que não houve qualquer pagamento de verba com característica salarial. Insistiu na tese de que, para que ensejasse a pretendida relação de emprego e, por conseqüência, o lançamento do presente débito, competia à autoridade fiscalizadora comprovar os elementos caracterizadores da citada relação, quais sejam pessoalidade, habitualidade da prestação de serviços, exclusividade subordinação, onerosidade, ônus do qual não se desincumbiu. Não é provar um desses elementos isoladamente que se tem a caracterizado o vínculo de emprego.

Argumentou, mais, que a não pessoalidade é claramente verificada, pela simples razão de que a prestadora dos serviços é uma pessoa jurídica; que os serviços eram prestados visando a um determinado projeto, não existindo a permanência ou a continuidade; como também não se encontra presente a subordinação, já que os riscos dessa atividade são assumidos pela empresa contratada, não sendo tais serviços de responsabilidade da contratante. Concluiu requerendo o direito de sustentar oralmente suas razões, bem como a reforma da decisão, para julgar improcedente o lançamento mencionado na NFLD nº 37.005.782-1.

Não houve depósito recursal obrigatório, nos termos da legislação em vigor, em virtude de a empresa encontra-se amparada por decisão judicial prolatada em Mandado de Segurança nº 2007.51.01.008992-9, concedendo a segurança para o prosseguimento do recurso sem o correspondente depósito recursal de 30%.

A Secretaria da Receita Previdenciária ofereceu contra-razões.

É o Relatório.

Voto

Conselheira CLEUSA VIEIRA DE SOUZA, Relatora

Presentes os pressupostos de admissibilidade, porquanto o recurso é tempestivo dispensado do depósito recursal prévio, nos termos da legislação pertinente, em virtude de a empresa encontra-se amparada por decisão judicial prolatada em Mandado de Segurança nº 2007.51.01.008992-9, concedendo a segurança para o prosseguimento do recurso sem o correspondente depósito recursal.

Em sede de preliminar o contribuinte argúi a decadência do direito de constituição do crédito relativo às contribuições relativas às competências 11 e 12/2001. Nesse sentido vale esclarecer que até a seção de julgamento realizada no mês de maio/2008, esta Câmara de Julgamento, bem como esta Conselheira mantinha o entendimento de que a constituição do crédito previdenciário, aplicava-se as disposições contidas na Lei nº 8212/91, art. 45 que determina: "*o direito de a Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se em após dez anos a contar do 1º dia do exercício seguinte àquele que o crédito poderia ter sido constituído*".

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal - STF em julgamento proferido em 12 de junho de 2008, declarou a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/1991, tendo inclusive no intuito de eximir qualquer questionamento quanto ao alcance da referida decisão, editado a Súmula Vinculante de nº 8, senão vejamos:

Súmula Vinculante nº 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".

No REsp 879.058/PR, DJ 22.02.2007, a 1ª Turma do STJ pronunciou-se nos termos da seguinte ementa:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO RECORRIDO ASSENTADO SOBRE FUNDAMENTAÇÃO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. TRIBUTÁRIO.

TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. TERMO INICIAL: (A) PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE AO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR, SE NÃO HOUE ANTECIPAÇÃO DO PAGAMENTO (CTN, ART. 173, I); (B) FATO GERADOR, CASO TENHA OCORRIDO RECOLHIMENTO, AINDA QUE PARCIAL (CTN, ART. 150, § 4º). PRECEDENTES DA 1ª SEÇÃO.

1. omissis

2. omissis

Brasília, 17/06/09
Maria Edna Ferreira Pinto
Mat. Slape 752748

3. O prazo decadencial para efetuar o lançamento do tributo é, em regra, o do art.173, I, do CTN, segundo o qual 'direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado '.

4. Todavia, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação — que, segundo o art. 150 do CTN, 'ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa' e 'opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa' —, há regra específica. Relativamente a eles, ocorrendo o pagamento antecipado por parte do contribuinte, o prazo decadencial para o lançamento de eventuais diferenças é de cinco anos a contar do fato gerador, conforme estabelece o § 4º do art. 150 do CTN. Precedentes da 1ª Seção: ERESP 101.407/SP, Min. Ari Pargendler, DJ de 08.05.2000; ERESP 278.727/DF, Min.Franciulli Netto, DJ de 28.10.2003; ERESP 279.473/SP, Min. Teori Zavascki, DJ de 11.10.2004; AgRg nos ERESP 216.758/SP, Min. Teori Zavascki, DJ de 10.04.2006.

5. No caso concreto, todavia, não houve pagamento. Aplicável, portanto, conforme a orientação acima indicada, a regra do art. 173, I, do CTN.

6. Recurso especial a que se nega provimento.”

É ainda, no REsp 757.922/SC, DJ 11.10.2007, a 1ª Turma do STJ, mais uma vez, pronunciou-se nos termos da ementa colacionada:

“EMENTA CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ARTIGO 45 DA LEI 8.212/91. OFENSA AO ART. 146, III, B, DA CONSTITUIÇÃO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. TERMO INICIAL: (A) PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE AO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR, SE NÃO HOUVE ANTECIPAÇÃO DO PAGAMENTO (CTN, ART. 173, I); (B) FATO GERADOR, CASO TENHA OCORRIDO RECOLHIMENTO, AINDA QUE PARCIAL (CTN, ART. 150, § 4º). PRECEDENTES DA 1ª SEÇÃO.

1. "As contribuições sociais, inclusive as destinadas a financiar a seguridade social (CF, art. 195), têm, no regime da Constituição de 1988, natureza tributária. Por isso mesmo, aplica-se também a elas o disposto no art. 146, III, b, da Constituição, segundo o qual cabe à lei complementar dispor sobre normas gerais em matéria de prescrição e decadência tributárias, compreendida nessa cláusula inclusive a fixação dos respectivos prazos. Conseqüentemente, padece de inconstitucionalidade formal o artigo 45 da Lei 8.212, de 1991, que fixou em dez anos o prazo de decadência para o lançamento das contribuições sociais devidas à Previdência Social" (Corte Especial, Argüição de Inconstitucionalidade no REsp n.º 616348/MG) 2. O prazo decadencial para efetuar o lançamento do tributo é, em regra, o do art.

173, I, do CTN, segundo o qual "o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado".

3. Todavia, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação — que, segundo o art. 150 do CTN, "ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa" e "opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa" —, há regra específica. Relativamente a eles, ocorrendo o pagamento antecipado por parte do contribuinte, o prazo decadencial para o lançamento de eventuais diferenças é de cinco anos a contar do fato gerador, conforme estabelece o § 4º do art. 150 do CTN. Precedentes jurisprudenciais.

4. No caso, trata-se de contribuição previdenciária, tributo sujeito a lançamento por homologação, e não houve qualquer antecipação de pagamento. Aplicável, portanto, a regra do art. 173, I, do CTN.

5. Recurso especial a que se nega provimento."

É a orientação também defendida em doutrina:

"Há uma discussão importante acerca do prazo decadencial para que o Fisco constitua o crédito tributário relativamente aos tributos sujeitos a lançamento por homologação. Nos parece claro e lógico que o prazo deste § 4º tem por finalidade dar segurança jurídica às relações tributárias da espécie. Ocorrido o fato gerador e efetuado o pagamento pelo sujeito passivo no prazo do vencimento, tal como previsto na legislação tributária, tem o Fisco o prazo de cinco anos, a contar do fato gerador, para emprestar definitividade a tal situação, homologando expressa ou tacitamente o pagamento realizado, com o que chancela o cálculo realizado pelo contribuinte e que supre a necessidade de um lançamento por parte do Fisco, satisfeito que estará o respectivo crédito. É neste prazo para homologação que o Fisco deve promover a fiscalização, analisando o pagamento efetuado e, entendendo que é insuficiente, fazendo o lançamento de ofício através da lavratura de auto de infração, em vez de chancelá-lo pela homologação. Com o decurso do prazo de cinco anos contados do fato gerador, pois, ocorre a decadência do direito do Fisco de lançar eventual diferença. A regra do § 4º deste art. 150 é regra especial relativamente à do art. 173, I, deste mesmo Código. E, em havendo regra especial, prefere à regra geral. Não há que se falar em aplicação cumulativa de ambos os artigos." (Leandro Paulsen, *Direito Tributário, Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*, Ed. Livraria do Advogado, 6ª ed., p. 1011).

"Ora, no caso da homologação tácita, pela qual se aperfeiçoa o lançamento, o CTN estabelece expressamente prazo dentro do qual se deve considerar homologado o pagamento, prazo que corre contra os interesses fazendários, conforme § 4º do art. 150 em análise. A consequência — homologação tácita, extintiva do crédito — ao transcurso in albis do prazo previsto para a homologação expressa do

pagamento está igualmente nele consignada" (Misabel A. Machado Derzi, Comentários ao CTN, Ed. Forense, 3a ed., p. 404).

No caso em exame, embora se tratando de lançamento por homologação, em face da ocorrência de simulação, aplica-se a regra do art. 173, I do CTN. Portanto, na data da ciência da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito, que se deu em 13/03/2007, as contribuições apuradas referentes à competência 11/2001 já se encontravam fulminadas pela decadência, razão porque deve ser excluída do presente lançamento. Contudo, em relação à competência 12/2001, em face de seu vencimento em 02/2002, o prazo decadencial começa a fluir a partir de 01/01/2003, nos termos do citado artigo 173, não operando, nesse caso, a decadência.

Superada a preliminar suscita, passo à análise das razões de mérito. Conforme relatado, trata-se de Crédito Previdenciário lançado contra a empresa em epígrafe, constante da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito -NFLD n° 37.005.782-1 que, de acordo com o relatório fiscal de fls. 40/44 refere-se às contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à parte dos empregados, parte da empresa e financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente de riscos ambientais do trabalho, além das contribuições devidas a terceiros (FNDE, SALÁRIO EDUCAÇÃO, INCRA SENAC SESC e SEBRAE), no período de 11/2001 a 12/2005, tendo como fato gerador das contribuições objeto do presente lançamento, os valores pagos ao segurado CLÉCIA THOMÉ NOGUEIRA RIBEIRO tida pela notificada como microempresário, porém a fiscalização constatou de forma consistente, a presença de elementos formadores da relação empregatícia.

Em sua impugnação, bem como em suas razões de recurso, a recorrente aduz que é descabida a adoção do método por aferição indireta, pois a fiscalização teve a sua disposição, durante todo o período da fiscalização, uma equipe de pessoas para atender a seus pedidos de documentos e informações, tendo a autoridade fiscal verificado, notas fiscais, contratos de prestação de serviços, lançamentos contábeis. Que em momento algum houve por parte da impugnante, recusa ou sonegação de qualquer informação ou documento que justificasse o procedimento por aferição indireta.

A SRP, por outro lado, na fundamentação da Decisão-Notificação, o procedimento de aferição indireta para apuração do montante devido deveu-se pela constatação do encobrimento de fatos geradores. Isto porque, ao registrar segurados empregados como pessoas jurídicas, a impugnante se esquivou da forma real de tributação previdenciária, deixando, por esse motivo, a contabilidade da empresa de registrar o movimento real de remuneração dos segurados empregados.

Nesse sentido, há que se considerar que, quando a base de cálculo não é obtida na documentação específica que registra as ocorrências relacionadas à remuneração dos segurados empregados, quais sejam, folhas de pagamento, RAIS ou GFIP e como a ação fiscal se deu na tomadora dos serviços, a apuração do salário de contribuição, com base nas notas fiscais de serviços foi obtida por meios indiretos e, conseqüentemente, o lançamento efetuado por arbitramento.

É certo, que seja pela sonegação de informações e/ou documentos, ou a sua apresentação de forma deficiente, seja pela descon sideração da contabilidade pela fiscalização, a legislação previdenciária, no art. 33 §§ 3º e 6º prevê a possibilidade do procedimento de arbitramento da base de cálculo, observadas as normas para tal procedimento, como a necessidade dele se utilizar, bem como a indicação dos fundamentos legais que o autorizam. No presente caso, tais procedimentos foram observados.

Também sustenta, a recorrente, a tese de que para que ensejasse a pretendida relação de emprego e, por consequência, o lançamento do presente débito, competia à autoridade fiscalizadora comprovar os elementos caracterizadores da citada relação, quais sejam pessoalidade, habitualidade da prestação de serviços, exclusividade subordinação, onerosidade, ônus do qual não se desincumbiu. Nesse ponto, nada obstante o esforço e os bons argumentos da recorrente, não há como negar a existência dos elementos caracterizadores da relação de emprego e a possibilidade de a autoridade lançadora, uma vez constatada tais situações, efetuar o enquadramento como segurado empregado, nos termos do art. 229, § 2º do Regulamento da Previdência Social –RPS, aprovado pelo Decreto nº 3048/99 (*in verbis*).

“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.”;

§ 2º , se o Auditor fiscal da Previdência Social constatar que o segurado contratado como contribuinte individual, trabalhador avulso, ou sob qualquer outra denominação, preenche as condições referidas no inciso I do art. 9º (elementos que caracterizam a relação de emprego), deverá desconsiderar o vínculo pactuado e efetuar o enquadramento como segurado empregado.”

Não há, portanto, que se falar em ilegalidade do procedimento fiscal ora em comento, posto que é uma atividade administrativa vinculada, sendo que o presente lançamento, além do dispositivo do Regulamento acima transcrito, foi efetuado com suporte nos artigos 12, I, ‘a’, 33 e 37, da Lei nº 8.212/91 *“In verbis”*:

LEI Nº 8.212/91

“Art. 12. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

I - como empregado:

a) aquele que presta serviço de natureza urbana ou rural à empresa, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração, inclusive como diretor empregado;

(...).

Art. 33. Ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas "a", "b" e "c" do parágrafo único do art. 11, bem como as contribuições incidentes a título de substituição; e à Secretaria da Receita Federal - SRF compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas "d" e "e" do parágrafo único do art. 11, cabendo a ambos os órgãos, na esfera de sua competência, promover a respectiva cobrança e aplicar as sanções previstas legalmente. (Redação alterada pela Lei n° 10.256/01).

(...).

Art. 37. Constatado o atraso total ou parcial no recolhimento de contribuições tratadas nesta Lei, ou em caso de falta de pagamento de benefício reembolsado, a fiscalização lavrará notificação de débito, com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, conforme dispuser o regulamento. (Ver art. 64 da Lei n° 9.532/97).

Em que pesem os argumentos da recorrente no sentido de que a não personalidade é claramente verificada, pela simples razão de que a prestadora dos serviços é uma pessoa jurídica, vale lembrar que, conforme bem demonstrado pela autoridade lançadora, os serviços foram prestados diretamente pela pessoa física; de fato, não foi a pessoa jurídica que agiu, mas tão-somente serviu de escudo, a fim de que não se relacionassem diretamente, o empregador com o segurado.

Com relação aos demais elementos caracterizadores da relação de emprego que a recorrente insiste em negar sua presença, por tudo mais que consta do relatório fiscal, esses elementos restaram sobejamente demonstrados: a Onerosidade resta patente, eis que se trata de trabalho remunerado, a habitualidade, pela regularidade de emissão das notas fiscais em seqüência, que comprovam a freqüência com que os serviços são executados, e, pela continuidade desses serviços, além do fato de que estes estão ligados à atividade –fim da empresa contratante, restou plenamente demonstrada a não eventualidade. Portanto, não que se falar na ausência de continuidade.

Com relação à subordinação, restou, também demonstrado que a segurada coloca, sua força de trabalho à disposição deste, de forma não eventual, submetendo às ordens, em face à prestação de labor com exclusividade à recorrente, com sujeição a horário e submissão a ordem do empregador, restando assim, evidente, o elemento SUBORDINAÇÃO.

Por tais razões entendo que estão presentes os requisitos autorizadores do enquadramento efetuado nos termos do artigo 12, inciso I da lei 8.212/91, acima transcrito.

Quanto a questão pertinente ao parágrafo único do art. 116 do CTN, seria relevante para a validade da presente atuação caso a fiscalização tivesse adotado tal dispositivo legal como fundamento de sua atuação. Contudo, em nenhum momento do REFISC há a invocação do referido comando do dispositivo legal para a atuação levada a efeito, que de fato exige regulamentação específica para sua adoção.

Ademais, no presente caso, o fato de ter sido desconsiderada a personalidade jurídica do prestador de serviços, não significa desconstituir a pessoa jurídica. Com efeito, o entendimento adotado pelo AFPS se mostra coerente, correto e irretocável, na medida em que a situação fática apurada acenava para uma realidade oposta a que alega o contribuinte.

Dessa maneira, correto é lançamento, porquanto observou todos os requisitos legais para a sua constituição, especialmente aqueles do art. 37, da Lei n.º 8.212/91 e assim, a despeito da argumentação apresentada pelo recorrente, não vejo nela qualquer fundamento que possa levar à desconstituição do crédito previdenciário ora atacado, uma vez que se encontra revestido das formalidades legais exigidas para a sua constituição.

Isto posto; e

CONSIDERANDO tudo mais que dos autos consta,

CONCLUSÃO: pelo exposto, **VOTO** no sentido de **CONHECER DO RECURSO**, acolher a preliminar de decadência, das contribuições relativas à competência 11/2001, para excluí-la do presente lançamento e no mérito **NEGAR-LHE PROVIMENTO**.

Sala das Sessões, em 03 de fevereiro de 2009



CLEUSA VIEIRA DE SOUZA