



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

Processo nº 36202.003040/2005-05
Recurso nº 148.292 Voluntário
Acórdão nº 2402-00.253 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de outubro de 2009
Matéria REMUNERAÇÃO DE SEGURADOS. DESCONSIDERAÇÃO DE PACTO
Recorrente UNIÃO FEDERAL - TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO ESPÍRITO SANTO
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA - SRP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/1998 a 30/04/2000

DECADÊNCIA.

O Supremo Tribunal Federal, através da Súmula Vinculante nº 08, declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24/07/91, devendo, portanto, ser aplicadas as regras do Código Tributário Nacional.

DESCONSIDERAÇÃO DE VÍNCULO. SEGURADO EMPREGADO.

Somente quando o Fisco constatar que o segurado contratado como contribuinte individual, trabalhador avulso, ou sob qualquer outra denominação, preenche as características de segurado empregado, previstas na Legislação, poderá desconsiderar o vínculo pactuado e efetuar seu correto enquadramento.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, para, nas preliminares, excluir do lançamento as contribuições apuradas anteriormente a competência 12/1999, com fundamento no artigo 173, I do CTN, vencidos os Conselheiros Rogério de Lellis Pinto e Cleusa Vieira de Souza, que votaram em aplicar o §4º, Art. 150 do CTN. No mérito, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.



MARCELO OLIVEIRA
Presidente e Relator

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros: Marcelo Oliveira, Ana Maria Bandeira, Rogério de Lellis Pinto, Lourenço Ferreira do Prado, Cleusa Vieira de Souza (Convocada) e Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira (Convocada).



A Segunda Câmara de Julgamento (CAJ), do Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS), analisou os autos e converteu o julgamento em diligência para, em síntese, que a fiscalização verificasse se o serviço foi prestado por equipe.

A fiscalização respondeu aos questionamentos, afirmando, em síntese, que fez diligência e anexou documentos, fls. 0412.

A recorrente apresentou novos argumentos, fls. 0426 a 0442, onde alega, em síntese, que:

- 1. Os serviços foram prestados por equipe;*
- 2. Engenheiros diversos assinaram as medições;*
- 3. O titular da empresa prestadora e mais dois engenheiros prestaram serviços à recorrente, conforme demonstram documentos;*
- 4. Cita os documentos e os engenheiros que os assinaram, fls. 0433 a 0436;*
- 5. Portanto, não ocorreu a pessoalidade no serviço prestado;*
- 6. Não há habitualidade no serviço prestado;*
- 7. Os documentos anexados comprovam os argumentos da recorrente;*
- 8. Diante do exposto, requer a procedência da manifestação, para que seja dado provimento ao recurso.*

Posteriormente, a DRP enviou o processo ao Conselho, para análise e decisão, fls. 0485.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcelo Oliveira, Relator

Sendo tempestivo, CONHEÇO DO RECURSO e passo ao exame das questões preliminares.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES

Preliminarmente, devemos verificar a ocorrência, ou não, da decadência.

O Supremo Tribunal Federal, conforme entendimento sumulado, Súmula Vinculante de nº 8, no julgamento proferido em 12 de junho de 2008, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212 de 1991, nestas palavras:

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”.

Conforme previsto no art. 103-A da Constituição Federal, a Súmula de nº 8 vincula toda a Administração Pública, devendo este Colegiado aplicá-la.

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.

Uma vez não sendo mais possível a aplicação do art. 45 da Lei nº 8.212, há que serem observadas as regras previstas no CTN.

A decadência está arrolada como forma de extinção do crédito tributário no inciso V do art. 156 do CTN.

A decadência decorre da conjugação de dois fatores essenciais: o decurso de certo lapso de tempo e a inércia do titular de um direito.

Esses fatores resultarão, para o sujeito que permaneceu inerte, na extinção de seu direito material.

Em Direito Tributário, a decadência está disciplinada no art. 173 e no art. 150, § 4º, do CTN (este último diz respeito ao lançamento por homologação). A decadência, no Direito Tributário, é modalidade de extinção do crédito tributário.

CTN:

Art. 173. 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;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento."

Por não haver recolhimentos a homologar, a regra relativa à decadência - que deve ser aplicada ao caso - encontra-se no art. 173, I: o direito de constituir o crédito extingue-se em cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia ter sido efetuado o lançamento.

No lançamento, a ciência do sujeito passivo ocorreu em 05/2005 e o período do lançamento refere-se a fatos geradores ocorridos nas competências 02/1998 a 04/2000.

Logo, todas as competências até 11/1999 devem ser excluídas do presente lançamento.

Esclarecemos que a competência 12/1999 não deve ser excluída porque a exigibilidade das contribuições constantes em fatos geradores que ocorreram nessa competência somente ocorrerá a partir de 01/2000, quando poderia ter sido efetuado o lançamento.

Por todo o exposto, acato parcialmente a preliminar ora examinada e passo ao exame do mérito.

DO MÉRITO

Quanto ao mérito devemos analisar os motivos da fiscalização e confrontá-los com a legislação, para chegar a conclusão sobre a correção, ou não, do procedimento.

Decreto 3.048/1999:

Art.229. O Instituto Nacional do Seguro Social é o órgão competente para:

...

§2ºSe 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 caput do art. 9º, deverá desconsiderar o vínculo pactuado e efetuar o enquadramento como segurado empregado.

...

Art. 9º São segurados obrigatórios da previdência social as seguintes pessoas físicas:

I - como empregado:

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

Nota-se, assim - a partir da transcrição do dispositivo legal que autoriza o uso dessa competência (desconsideração do vínculo pactuado e enquadramento como segurado empregado) - que há a necessidade da fiscalização verificar condições para efetuar essa desconsideração.

Portanto, a fiscalização deve constatar a ocorrência das seguintes condições:

1. *O segurado deve ser pessoa física;*
2. *A prestação de serviço deve ser de natureza não eventual;*
3. *O segurado deve trabalhar para empregador (empresa urbana ou rural);*
4. *O segurado deve prestar serviço sob dependência do empregador (subordinação);*
5. *O segurado deve receber salário (remuneração) pelo serviço prestado.*
6. *Para maior clareza, analisaremos alguns pressupostos.*
7. *Pessoa Física:*

O contrato de trabalho é “*intuitu personae*” no que diz respeito ao empregado, isto é, levando em consideração a pessoa que é contratada como empregado, **a qual não pode fazer-se substituir por outra**. A prestação de serviço deve ser cumprida pelo próprio empregado, posto que é indelegável por tratar-se de obrigação de fazer. Caso o empregado se faça substituir por outra pessoa, **inexistirá o elemento pessoalidade**.

Nesse sentido, verificamos, pelos documentos anexados, que não foi só uma pessoa que prestou os serviços de fiscalização da obra.

Vários segurados participaram do serviço, portanto, não há como caracterizar a pessoalidade.

Prestação de Serviço de Natureza não eventual:

Entende-se por serviço prestado em caráter não eventual aquele relacionado direta ou indiretamente com as atividades normais da empresa.

Significa que só se considera empregado quando o serviço por ele prestado for de natureza permanente. A eventualidade não deve ser confundida com a frequência, com a jornada ou com o horário de trabalho. Diz respeito tão-somente à **natureza do serviço**. Por exemplo: um bombeiro hidráulico, contratado para realizar reparos na rede hidráulica de um banco, exerce uma atividade, realiza um serviço de natureza eventual em relação à atividade bancária, mesmo que compareça ao serviço pontualmente, no mesmo horário dos demais empregados, durante qualquer tempo de que necessite para terminar o seu trabalho.

Entretanto, um trabalhador daquele banco que exerça o cargo de auditor interno, mesmo que compareça ao serviço em dias alternados e não esteja sujeito ao horário e à frequência dos demais empregados executa serviço de natureza não eventual. Representa uma necessidade ligada à atividade bancária. Ele realiza um trabalho relacionado com a atividade do banco.

O serviço prestado pela empresa contratada não se caracteriza como uma necessidade ligada à atividade exercida pelo tribunal.

Portanto, não há como manter a desconsideração do pacto também por esse motivo.

Subordinação (Dependência) a Empregador:

A dependência a que a lei se refere não é econômica, embora ela se faça presente e até se presume na maioria dos contratos de trabalho. Mas essa dependência econômica não é pressuposto em todos os contratos. Há pessoas economicamente independentes que são empregadas.

Por outro lado, também não é a simples subordinação técnica, em que o tomador do serviço pode e exige que a sua execução **obedeça a determinados requisitos de ordem técnica**, mesmo porque em muitos casos ela nem poderia ocorrer. Um advogado que fosse empregado de pessoa leiga em direito, certamente não teria subordinação técnica.

Da mesma forma, o avicultor, obrigado na criação de aves, em decorrência de contrato de parceria, **a cumprir determinadas exigências técnicas** do parceiro abatedor, tais como, peso mínimo para abate, ração específica, instalações com características pré-estabelecidas, exclusividade de fornecimento etc, **terá caracterizado a subordinação técnica, mas não o vínculo empregatício.**

A dependência reconhecida pela lei e pela jurisprudência é a jurídica. Por força do contrato firmado com a empresa, o empregado se obriga a cumprir suas determinações, isto é, em função do contrato de trabalho, onde está sujeito a receber ordens, em decorrência do poder de direção do empregador.

A subordinação é o **estado de sujeição** em que se coloca o empregado em relação ao empregador, **aguardando ou executando suas ordens.**

A subordinação estabelecida na lei deve ser entendida como o direito do empregador de **dirigir e fiscalizar** a prestação do trabalho e dispor dos serviços contratados como melhor lhe aprouver. Com efeito, se o empregador dirige a prestação do trabalho e o empregado está íntima e pessoalmente ligado ao trabalho, esse estará sob a dependência daquele, a cujas ordens deve obedecer, como ao seu superior hierárquico. Assim, o direito do empregador de definir, no curso da relação contratual e nos limites do contrato, a modalidade de atuação concreta do trabalho (faça isto, não faça aquilo; suspenda tal serviço, inicie outro).

Segundo Délio Maranhão, da subordinação resulta para o empregador o poder de:

Dirigir e comandar a execução da obrigação contratual pelo empregado;

Controlar o cumprimento dessa obrigação;

Aplicar penas disciplinares (advertência, suspensão, dispensa) quando o empregado não satisfaz devidamente, a prestação a que se obriga, ou se comporta de modo incompatível com a confiança que está na base do contrato.

A dependência é **pessoal**, isto é, não passa da pessoa do empregado; não atinge os seus familiares. O poder de mando não vai além do contrato de trabalho; tem limite no que se relaciona a trabalho e no tempo de vigência da relação de emprego.

A lei não exige que o trabalho seja executado no estabelecimento do empregador. Pode ser feito na residência do empregado, desde que exista a sujeição pessoal. Se o empregador determina o conteúdo de cada prestação de trabalho, pouco importa o lugar onde ele é realizado.

Somente a obrigação de comparecimento a horário específico e o estabelecimento de penalidades caso o contrato não seja cumprido de forma correta não caracterizam a subordinação, ainda mais em atividade para exercício de fiscalização de obra.

Para que se faça a fiscalização de obra de forma correta há a necessidade de certa independência, pois há responsabilidades sobre os termos firmados.

Portanto, não há razão nos motivos da fiscalização.

Receber Salário (Remuneração) pelo Serviço Prestado:

A CLT, em seu art. 3º, ao conceituar empregado, utiliza a expressão mediante salário; a legislação previdenciária utiliza a expressão remuneração.

Assim, podemos concluir que a relação de emprego é onerosa, isto é, o empregado tem o ônus físico de prestar serviço ou estar à disposição do empregador e este tem o ônus de remunerar o empregado, seja em espécie ou em utilidade.

Como já demonstrado, vários segurados da prestadora prestaram serviço à recorrente, portanto não há como conceituar todo o valor presente nas notas fiscais como salário de um segurado.

Assim, não há razão no posicionamento da fiscalização.

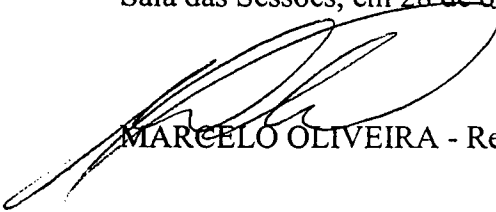
Por todo exposto, não há possibilidade de desconsiderar o pacto firmado e conceituar o segurado como empregado.

CONCLUSÃO

Em razão do exposto,

Voto pelo provimento do recurso.

Sala das Sessões, em 28 de outubro de 2009


MARCELO OLIVEIRA - Relator