



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

Processo nº 36624.000238/2006-49
Recurso nº 151.215 Voluntário
Matéria Descaracterização de Contrato de Prestação de Serviços
Acórdão nº 205-01.059
Sessão de 03 de setembro de 2008
Recorrente DAMOVO DO BRASIL S/A
Recorrida DRP SÃO PAULO - SP

2º CC/MF - 0300
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 09 / 12 / 08
Isis Sousa Moura
Matr. 4295

CC02/C05
Fls. 615

MF-Segundo Conselho de Contribuintes
Publicação no Diário Oficial da União
de 02 / 02 / 2009
Rubrica

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

PERÍODO DE APURAÇÃO: 01/01/2002 a 31/10/2005

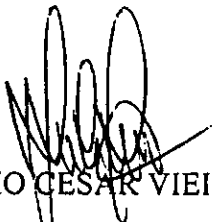
**CARACTERIZAÇÃO DE VINCULO EMPREGATÍCIO
DEMONSTRANDO A REALIDADE DE FATO DO VINCULO
EXISTENTE.**

Cabe a fiscalização desconsiderar os atos e os negócios jurídicos que não retratam a realidade dos fatos, embasada nos artigos 118 e 149 do CTN que prevêem a primazia da realidade sobre os atos jurídicos realizados.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da quinta câmara do segundo conselho de contribuintes, Por unanimidade de votos, rejeitadas as preliminares suscitadas e no mérito, por maioria de votos, negado provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Conselheiros Damião Cordeiro de Moraes e Manoel Coelho Arruda Junior. Ausência justificada da Conselheira Renata Souza Rocha.



JULIO CESAR VIEIRA GOMES

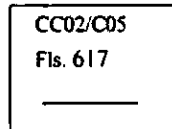
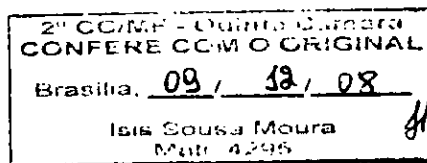
Presidente



ADRIANA SATO

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Marco André Ramos Vieira, Damião Cordeiro de Moraes, Marcelo Oliveira, Manoel Coelho Arruda Junior e Liege Lacroix Thomasi.



Relatório

A presente NFLD tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social, parcela devida pelos segurados empregados e a cargo da empresa, incluindo a relativa ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incapacidade laborativa em virtude dos riscos ambientais do trabalho, e a relativa a Terceiros, sobre a remuneração paga aos segurados empregados assim enquadrados pela fiscalização previdenciária que desconsiderou os contratos firmados pela Recorrente com pessoas jurídicas ou contribuintes individuais.

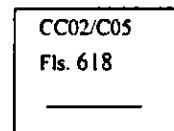
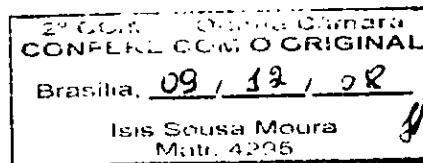
A Recorrente foi devidamente cientificada do Mandado de Procedimento Fiscal (fls.77), dos Mandados de Procedimento Fiscal Complementares (fls.78/81), dos TIAD (fls.82/90) e do TEAF (fls.91/92).

O Recorrente apresentou impugnação tempestiva com documentos (fls. 306/539) e a autuação foi julgada procedente conforme a decisão notificação de fls. 542/557.

Em 01/12/2006 a Recorrente foi devidamente intimada da Decisão Notificação (fls.561), e, inconformada com a decisão, interpôs recurso (fls.567/591), dentro do prazo regulamentar, devidamente instruído com o depósito recursal, alegando em síntese:

- Preliminarmente, que a conduta da Auditora Fiscal em exigir recolhimento previdenciário com base em seu entendimento particularizado acerca das relações de trabalho extrapola a competência da Previdência Social; e, ilegitimidade passiva *ad causam* vez que a Recorrente não admitiu os prestadores de serviços;
- Inexistência de vínculo empregatício face o grau d escolaridade dos trabalhadores e a ausência de subordinação jurídica entre os trabalhos prestados;
- Obscuridade do relatório fiscal;
- Cerceamento ao direito defesa;
- A Lei 11.196/05 fulmina toda e qualquer repercussão apontada pela Auditora Fiscal na área de prestação de serviços em informática e o conseqüente cálculo de contribuições sociais devidas à Previdência Social;
- Por fim, requer o acolhimento dos fundamentos da impugnação, reconhecendo-se a insubsistência da exigência fiscal da NFLD, com o conseqüente e integral cancelamento do debito fiscal.

Juntadas as contra-razões, vieram os autos para julgamento.



Voto

Conselheira ADRIANA SATO, Relatora

Sendo tempestivo, CONHEÇO DO RECURSO e passo ao exame das questões suscitadas pela Recorrente.

Quanto ao procedimento da fiscalização e formalização do lançamento também não se observou qualquer vício. Foram cumpridos todos os requisitos do artigo 11 do Decreto nº 70.235, de 06/03/72, *verbis*:

Art. 11. A notificação de lançamento será expedida pelo órgão que administra o tributo e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do notificado;

II - o valor do crédito tributário e o prazo para recolhimento ou impugnação;

III - a disposição legal infringida, se for o caso;

IV - a assinatura do chefe do órgão expedidor ou de outro servidor autorizado e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

A recorrente foi devidamente intimada de todos os atos processuais que trazem fatos novos, assegurando-lhe a oportunidade de exercício da ampla defesa e do contraditório, nos termos do artigo 23 do mesmo Decreto.

Art. 23. Far-se-á a intimação:

I - pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 10.12.1997)

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 10.12.1997)

III - por edital, quando resultarem improficuos os meios referidos nos incisos I e II. (Vide Medida Provisória nº 232, de 2004)

O Relatório Fiscal demonstrou de forma clara e precisa que os prestadores de serviços (ST, Gilvan e Hexa) prestavam serviços correspondentes à atividade fim da Recorrente (serviços de informática), demonstrando também a habitualidade com a descrição dos serviços prestados e o pagamento mensal (habitual) maqueados através de Notas Fiscais. Mencionados serviços prestados não se enquadram a Lei 11.196/2005 haja vista que os serviços prestados, de acordo com a descrição nas Notas Fiscais, não são intelectuais, vez que exigem, no máximo, conhecimentos técnicos (prestação de serviços em informática).

No que tange à empresa MF (prestadora de serviços de transportes) ficou comprovado que o motorista utilizava somente o carro da contratante (Recorrente), cumpria horário, a alimentação era custeada pela Recorrente, e, os pagamentos iniciaram-se em dezembro/2003, portanto, antes do início da vigência do contrato de prestação de serviços (02/2003), caracterizando a existência de relação de emprego.

Cabe a fiscalização desconsiderar os atos e os negócios jurídicos que não retratam a realidade dos fatos, embasada nos artigos 118 e 149 do CTN, que preveem a primazia da realidade sobre os atos jurídicos realizados,

Art. 118 – A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se:

I – da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos;

II – dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos

Art. 149 – O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

(...)

VII – quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação.

Essa atribuição da fiscalização é reforçada quando se trata do correto enquadramento dos segurados empregados, para fins de cobrança da contribuição previdenciária devida.

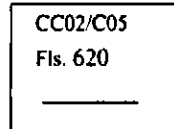
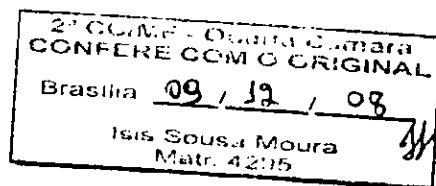
Nesse sentido, dispõe o artigo 33 da Lei nº 8.212/91 :

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.

Mencionada atribuição passou a ser do Ministério da Previdência Social, por força do artigo 1 da Lei 11.098/2005. Para que a fiscalização da Secretaria da Receita Previdenciária – SRP possa efetuar o lançamento das contribuições previdenciárias; é necessário que se enquadre corretamente os segurados obrigatórios. O artigo 12, I “a” da Lei 8.212/91 prevê:

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.*

Assim, a alegação da Recorrente de que a Auditora Fiscal não pode desconsiderar atos ou negócios jurídicos, não merece prosperar, vez que o Auditor Fiscal da Previdência Social, no exercício de atividade vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, prevista no art. 142 do CTN, ao 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, RPS, deverá desconsiderar o vínculo pactuado e efetuar o enquadramento como segurado empregado [art. 229, § 2º, do RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 1999, Redação dada pelo Decreto nº 3.265, de 29/11/99]:

RPS - ART. 229 , §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 caput do art. 9º, deverá desconsiderar o vínculo pactuado e efetuar o enquadramento como segurado empregado

Uma vez caracterizado o vínculo empregatício existente entre a Recorrente e os seus prestadores de serviços, a fiscalização considerou como salário-de-contribuição as Notas Fiscais juntadas aos autos.

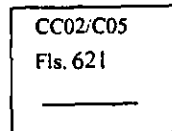
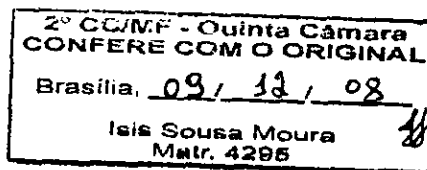
Nesse sentido, considera-se como salário-de-contribuição:

Lei 8.212/1991:

Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:

I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa;

Assim, de acordo com os princípios basilares do direito processual, cabe ao autor provar fato constitutivo de seu direito, por sua vez, cabe à parte adversa a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, o que não restou comprovado pela Recorrente.



CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto por NEGAR PROVIMENTO ao recurso.

Sala das Sessões, em 03 de setembro de 2008


ADRIANA SATO
Relatora