



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Processo n° 35465.001129/2005-75
Recurso n° 143.234 Voluntário
Matéria Caracterização Segurado Empregado: Contribuinte Individual.
Acórdão n° 205-01.378
Sessão de 02 de dezembro de 2008
Recorrente SHOW AUTOMÓVEIS E TRANSPORTES LTDA
Recorrida DRP SÃO PAULO - CENTRO / SP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
PERÍODO DE APURAÇÃO: 01/07/1991 a 30/06/1998
DECADÊNCIA.

O Supremo Tribunal Federal, através da Súmula Vinculante n° 08, declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei n° 8.212, de 24/07/91, devendo, portanto, ser aplicadas as regras do Código Tributário Nacional.

SEGURADO EMPREGADO. CARACTERIZAÇÃO.

Somente com a caracterização dos pressupostos da relação de emprego, previstos na Legislação, a fiscalização pode descaracterizar a relação adotada pela empresa e, conseqüentemente, exigir as contribuições previdenciárias pertinentes à relação de emprego.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

2º CC/MF - Quinta Câmara
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 26/03/09
Rosiene Aires Soares
Matr. 4198377

ACORDAM os membros da quinta câmara do segundo conselho de contribuintes, Por maioria de votos, com fundamento no artigo 173, I do CTN, acatar a preliminar de decadência de parte do período a que se refere o lançamento, vencido o Conselheiro Manoel Coelho Arruda Junior que aplicava o artigo 150, §4º e no mérito, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

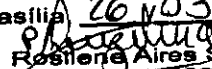

JULIO CÉSAR VIEIRA GOMES

Presidente


MARCELO OLIVEIRA

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Marco André Ramos Vieira, Damião Cordeiro de Moraes, Manoel Coelho Arruda Junior, Liege Lacroix Thomasi, Adriana Sato e Edgar Silva Vidal (Suplente).

2º CC/MF - Quinta Câmara
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília 26/03/09

Rosilene Aires Soares
Matr. 1198377

Relatório

Trata-se de recurso voluntário apresentado contra Decisão da Delegacia da Secretaria da Receita Previdenciária (DRP), São Paulo – Centro / SP, Decisão-Notificação (DN) 21.609/0130/1998, fls. 0228 a 0233, que julgou procedente o lançamento, efetuado pela Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (NFLD), por descumprimento de obrigação tributária legal principal, fl. 001.

Segundo a fiscalização, de acordo com o Relatório Fiscal (RF), fls. 043 a 044, o lançamento refere-se a contribuições destinadas à Seguridade Social, incidentes sobre a remuneração paga aos segurados empregados, correspondentes à contribuição da empresa, a contribuição para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho (GILRAT) e as contribuições devidas aos Terceiros.

Ainda segundo o RF, os valores da base de cálculo são oriundos a aferição indireta realizada, devido o Fisco ter considerado os locatários de veículos táxi da recorrente como empregados.

Os motivos que ensejaram o lançamento estão descritos no RF e nos demais anexos da NFLD.

Em 28/07/1998 foi dada ciência à recorrente do Termo de Início da Ação Fiscal (TIAF), fls. 040.

Em 05/08/1998 foi dada ciência à recorrente do lançamento, fls. 001.

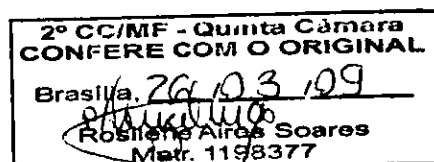
Contra o lançamento, a recorrente apresentou impugnação, fls. 065 a 074, acompanhada de anexos.

A DRP analisou o lançamento e a impugnação, julgando procedente o lançamento.

Inconformada com a decisão, a recorrente apresentou recurso voluntário, fls. 0238 a 0244, acompanhado de anexos.

No recurso, a recorrente alega, em síntese, que:

1. A decisão não verificou as provas anexadas;
2. O lançamento arbitrado foi realizado sem verificar o tempo em que o veículo está parado;
3. Os motoristas são autônomos;
4. O objeto social da recorrente é de locação de táxis;
5. Há legislação que conceitua o locatário de táxi como autônomo;



6. Não há subordinação na relação entre a recorrente e os motoristas;
7. O locatário assume os riscos da atividade econômica;
8. Ante o exposto, solicita que o recurso seja julgado procedente.

Posteriormente, a DRP emitiu contra-razões, fls. 0269 a 0272, onde, em síntese, mantém a decisão proferida, enviando o processo ao Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS).

A Quarta Câmara de Julgamento (CAJ), do Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS) analisou os autos e converteu o julgamento em diligência, fls. 0278 a 0281.

A fiscalização respondeu aos questionamentos, fls. 0297 a 0291.

Intimada sobre a diligência, a recorrente apresentou argumentos complementares, que alegam, em síntese, que:

1. A diligência não analisa as dúvidas da CAJ;
2. Reafirma, com argumentos, que os motoristas não são empregados, pois não há os requisitos da relação empregatícia;
3. Face ao exposto, impugna o relatório.

A recorrente apresentou decisões do CRPS, que apóiam seus argumentos, fls. 0316 a 0327.

A CAJ analisou o trâmite do processo e converteu, novamente, o julgamento em diligência, para que as dúvidas já apresentadas sejam esclarecidas, fls. 0328 a 0331.

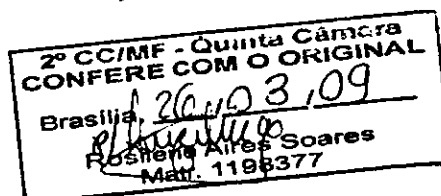
A DRP elaborou parecer, fls. 0333 a 0337.

Intimada sobre a diligência, a recorrente apresentou argumentos complementares, fls. 0350 a 0368, alegam, em síntese, que:

1. A diligência novamente não analisa as dúvidas da CAJ;
2. Há decisão da CAJ que vai ao encontro dos argumentos da recorrente;
3. Solicita provimento do recurso.

A DRP enviou o processo ao CRPS, para análise e decisão.

É o Relatório.



Voto

Conselheiro MARCELO OLIVEIRA, Relator

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

DAS QUESTÕES PRELIMINARES

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

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

Súmula Vinculante n.º 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 n.º 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.

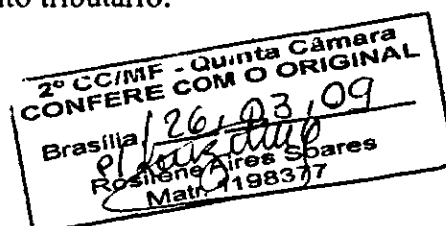
Uma vez não sendo mais possível a aplicação do art. 45 da Lei n.º 8.212, há que serem observadas as regras previstas no CTN.

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 08/1998 e o período do lançamento refere-se a fatos geradores ocorridos nas competências 07/1991 a 06/1998.

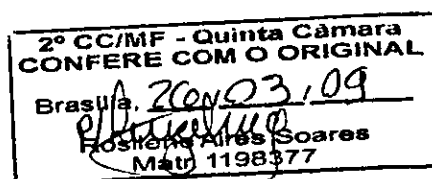
Logo, todas as competências anteriores a 12/1992 devem ser excluídas do presente lançamento.

Questão central presente no lançamento é a descaracterização dos segurados contribuintes individuais e sua caracterização como segurado empregado.

Para tanto, a fiscalização cita as características da relação de emprego:

- a) Onerosidade: diferença entre o pagamento da locação e o ganho do dia mais as despesas ocorridas;
- b) Habitualidade: trabalho diário; e
- c) Subordinação: a locação é feita para que o motorista exerça a atividade de transporte de passageiros por meio de táxi, sendo vedada a utilização para outro fim, sob pena do contrato ser rescindido. Acrescenta-se o fato de que o veículo circula com a identificação da empresa.

Para a caracterização do vínculo empregatício a fiscalização deve provar a ocorrência dos requisitos legais presentes na Legislação.



CLT:

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

Lei 8.212/1991:

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;

Decreto 3.048/1999:

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;

Portanto, fica claro que há características que devem estar presentes na realização do trabalho, e demonstradas pela fiscalização, para que se defina se o trabalhador é empregado.

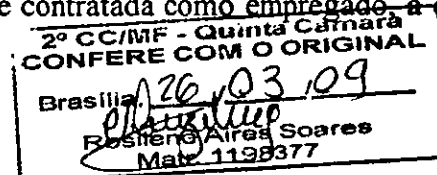
Observa-se que houve uma ampliação do conceito de empregado, com inclusão do trabalhador rural por imposição constitucional, porém, os pressupostos básicos foram mantidos, ou seja:

- a) Ser pessoa física;
- b) Prestação de serviço de natureza não eventual;
- c) Trabalhar para empregador (empresa urbana ou rural);
- d) Prestar serviço sob dependência do empregador (subordinação);
- e) Receber salário (remuneração) pelo serviço prestado.

Para maior clareza, analisaremos cada pressuposto.

a) 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 personalidade.**

b) 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.

c) Trabalhar para Empregador (Empresa):

Para a CLT, empregador e empresa são usados como sinônimos. A legislação previdenciária utiliza apenas a expressão "...presta serviço de natureza rural ou urbana à empresa...". Portanto, empresa é o empregador, pessoa física ou jurídica, que contrata, dirige e remunera o trabalho.

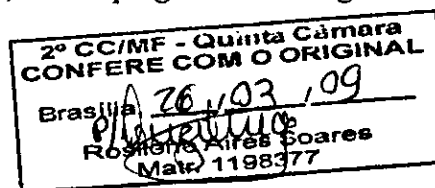
d) Subordinação (Dependência) a Empregador:

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:

- 1) Dirigir e comandar a execução da obrigação contratual pelo empregado;
- 2) Controlar o cumprimento dessa obrigação;
- 3) 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.

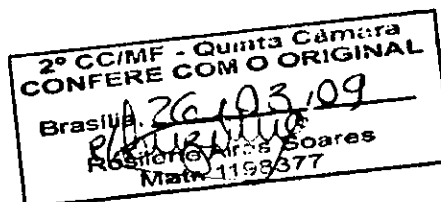
A lei não exige que o trabalho seja executado no estabelecimento do empregador. Pode ser feito na residência do empregado, desde que exista a sujeição pessoal. Se o empregador determina o conteúdo de cada prestação de trabalho, pouco importa o lugar onde ele é realizado.

e) 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.

Para o empregado que satisfaz o ônus do trabalho não é aceita a alegação do trabalho gratuito.



Esclarecidos os pressupostos básicos da relação de emprego, salientamos, também, a necessidade da fiscalização demonstrar o que alega, como determinado pela legislação.

CTN:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Lei 8.212/1991:

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.

Conseqüentemente, cabe a este julgador confrontar os motivos do lançamento com sua fundamentação e com as questões presentes no recurso da recorrente.

A fiscalização descaracterizou o serviço prestado por, segundo a recorrente, contribuintes individuais e os caracterizou como serviço prestado por segurados empregados.

Na análise da fundamentação contida no RF verificamos que a conceituação da subordinação dos trabalhadores com a recorrente apresenta equívoco.

Como já citado, a subordinação expressa na legislação para a conceituação de vínculo empregatício caracteriza-se pelo poder de mando no serviço realizado: como, quanto, onde, quando fazer ou não fazer.

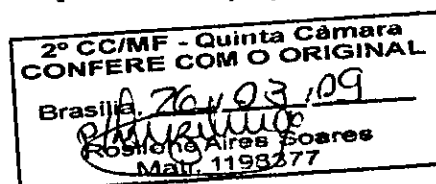
A vedação de que os locatários utilize os veículos em outras atividades, que não a de transporte de passageiros por meio de táxi, não caracteriza a subordinação jurídica empregatícia prevista na legislação.

Muito menos a circulação com veículo com a identificação da empresa.

Portanto, verificamos que a fiscalização não conseguiu, pelos fundamentos contidos no lançamento, provar o que afirma.

Assim, verificamos que a fiscalização não esclarece e não comprova, com argumentos e documentos, a existência da relação empregatícia, especialmente sobre a subordinação, ponto fundamental para a diferenciação entre segurados contribuintes individuais e segurado empregado.

Por todo o exposto, não foi comprovado pela fiscalização, como é seu dever, a existência da relação empregatícia.



Destarte, restou prejudicado o direito de defesa da recorrente, pois foi lhe imputado lançamento sem a descrição clara e precisa de seu fato gerador, prejudicando seu direito de defesa.

Lei 8.212/1991:

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.

Sobre nulidade, a legislação determina motivos e atos a serem praticados em caso de decretação de nulidade.

Decreto 70.235/1972:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

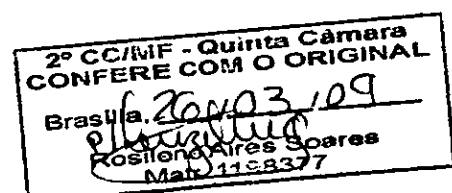
§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

Art. 61. A nulidade será declarada pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade.

Portanto, por ser autoridade julgadora competente para a decretação da nulidade, por estar claro que o RF foi elaborado preterindo o direito de defesa da recorrente e por ser o RF parte integrante primordial do lançamento, decido pela nulidade do processo.

Por todo exposto e em respeito ao § 3º, do Art. 59, do Decreto 70.235/1972, analisarei o mérito.



MÉRITO

Analisando o mérito, verificamos que há fato relevante.

Na descrição do serviço prestado, seja pela recorrente, seja pela fiscalização, fica claro que o risco da atividade econômica é do locatário dos veículos.

Característica extremamente reveladora da diferença entre segurados empregados e segurados contribuintes individuais é justamente essa, o segurado empregado não assume o risco da atividade econômica.

Diferentemente no caso do segurado contribuinte individual, que a assume, como, por exemplo, no presente caso, em que a obrigação dos locatários de veículos é com o aluguel, não com o trabalho e sua produtividade, lucratividade.

Conseqüentemente, não há procedência na caracterização desses segurados como empregados.

CONCLUSÃO

Em razão do exposto,

Voto pelo provimento do recurso, na forma do voto.

Sala das Sessões, em 02 de dezembro de 2008


MARCELO OLIVEIRA

Relator

