



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

Processo nº 18186.002005/2007-96
Recurso nº 255.553 Voluntário
Acórdão nº 2803-00.340 – 3ª Turma Especial
Sessão de 19 de outubro de 2010
Matéria Contribuições Previdenciárias
Recorrente A. TELECOM S/A
Recorrida DRJ-SÃO PAULO I/SP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/12/2006

AFERIÇÃO INDIRETA. ARBITRAMENTO. NECESSIDADE DE OBTENÇÃO DE CLAREZA DE ELEMENTOS. VÍCIO FORMAL GRAVE. NULIDADE.

O Relatório Fiscal tem por finalidade demonstrar/explicitar, de forma clara e precisa, todos os procedimentos e critérios utilizados pela fiscalização na constituição do crédito previdenciário, possibilitando ao contribuinte o pleno direito da ampla defesa e contraditório

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. DECADÊNCIA. PRAZO QUINQUENAL.

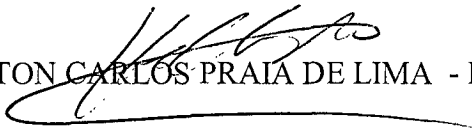
Em face da inconstitucionalidade declarada do art. 45 da Lei n. 8.212/1991 pelo Supremo Tribunal Federal diversas vezes, inclusive na forma da Súmula Vinculante n. 08, o prazo decadencial para a constituição dos créditos previdenciários é de 05 (cinco) anos, contados da data da ocorrência do fato gerador do tributo, nos termos do artigo 150, § 4º, ou do art. 173, ambos do Código Tributário Nacional, conforme o modalidade de lançamento.

Recurso Voluntário Provido

Crédito Tributário Exonerado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Turma Especial da Segunda Seção de Julgamento, em dar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado. Vencido(a) o(a) Conselheiro(a) Oseas Coimbra Junior.


HELTON CARLOS PRAIA DE LIMA - Presidente


GUSTAVO VETTORATO - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Eduardo de Oliveira, Oseas Coimbra Júnior, Carolina Siqueira Monteiro de Andrade, Amílcar Barca Júnior, Gustavo Vettorato e Helton Carlos Praia de Lima (presidente).

Relatório

O presente Recurso Voluntário apreciado busca a reforma da decisão proferida em primeira instância de julgamento administrativo (fls. 252-283), que julgou como totalmente procedente o lançamento constituído pela NFLD Debcad n. 37095.955-3 (fls. 01-39). A retro indicada NFLD constituiu créditos tributários oriundos da incidência das contribuições securitárias (previdenciárias) sobre verbas pagas pela Recorrente a funcionários terceirizados de telemarketing, enquadrados como Autônomos/Contribuintes Individuais, com base em programa de incentivo através de Cartão Eletrônico de Prêmios gerenciado por terceira empresa (Spirit Incentivo & Fidelização Ltda.). Os créditos lançados referem-se às competências de 07/2001 à 06/2006, apurados em ação fiscal do período de 01/1999 à 12/2006, e tomou por fonte de dados Livro Diário, Folha de Pagamento, GFIP's, Comproverantes de Recolhimento, Contratos, e outros, conforme Relatório Fiscal e demais demonstrativos constantes nos autos (fls. 35-39). A cientificação da NFLD foi em 01/08/2007 (fls. 01).

Em face da supra indicada NFLD, a Recorrente apresentou sua peça de impugnação apresentando as seguintes alegações em sua defesa: preliminar de nulidade por ausência de fundamentação legal de enquadramento dos beneficiários e clara descrição dos fatos geradores, no mérito, alegou impossibilidade de cobrança de contribuições sobre pagamento realizados a terceirizados e sobre prêmios.

Os autos seguiram para julgamento de primeiro grau administrativo, originando a decisão recorrida que negou provimento à impugnação, mantendo totalmente o lançamento, conforme a seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIARIAS

Período de apuração: 07/2001 a 06/2006

*CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SALÁRIO DE S
CONTRIBUIÇÃO.*



O salário-de-contribuição compreende a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, inclusive sob a forma de utilidades.

PRÊMIO NATUREZA REMUNERATORIA.

Verbas pagas a título de prêmio tem natureza remuneratória e devem integrar a base de cálculo de contribuição previdenciária.

Lançamento Procedente

Ao tomar ciência da decisão (fls. 284), a Recorrente apresentou Recurso Voluntário tempestivamente (fls. 288-313), em que repetiu as razões da impugnação, mas argüiu a nulidade a falta de apreciação dos argumentos expostos na impugnação, em especial quanto à incidência do art. 28, §9º, e, 7, da Lei n. 8212/1991.

O processo foi remetido originalmente ao 2º Conselho de Contribuintes, que teve suas atribuições absorvidas pela 2ª Seção de Julgamento do Conselho de Recursos Administrativos Fiscais do Ministério da Fazenda – CARF/MF, e no caso concreto de competência da presente 3ª Turma Especial, para apreciação e julgamento.

Após o recebimento por este relator, fora apresentado Memoriais por parte da Recorrente, que acresceu às demais alegações o pedido de reconhecimento de decadência dos créditos tributários referentes à fatos geradores ocorridos em momento além de cinco anos da constituição dos créditos.

Este é o relatório.

Voto

Conselheiro GUSTAVO VETTORATO, Relator

I - Ao caso, observa-se a tempestividade do recurso voluntário e o inconformismo com a decisão *a quo*, bem como a inexigibilidade do depósito recursal (Súmula Vinculante n. 21 do STF), o mesmo deve ser admitido e conhecido.

II - Em face à análise do Recurso e dos autos do processo, atenta-se à extinção de parte os créditos constituídos em razão da ocorrência de decadência, contudo por outros motivos, indiferente de futuros vícios ou nulidades que venham ser apontadas.

O Supremo Tribunal Federal, conforme entendimento sumulado e obrigatório à Administração Pública, emitiu a Súmula Vinculante de n.º 8, no julgamento proferido em 12 de junho de 2008, que pacificou o entendimento da inconstitucionalidade do art. 45 da Lei n.º 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 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.

Observe-se a NFLD é referente às fatos geradores não declarados em instrumentos próprios nos períodos de 07/2001 à 06/2006. Neste caso, apesar da natureza das contribuições tendentes ao lançamento por homologação, mas que os créditos foram levantados por meio de arbitramento, apuração em outros documentos, em face da não localização dos mesmos, o que torna-o em lançamento por ofício (art. 150, §4º, e 149, CF/1998), devendo-se seguir o disposto no art. 173, I, c/c art. 156, inciso V, do CTN, contando o prazo de 5(cinco) anos do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. A cientificação da NFLD foi em 01/08/2007, estarão extintos os créditos oriundos da incidência da norma tributária sobre fatos geradores anteriores à 1º.01.2002, ou seja, todos os créditos constituídos nas competências anteriores à 11/2001, incluindo essa e a 13/2001, estão caducos.

III – Quanto ao alegado na 1ª preliminar recursal, em que pese a não observância expressa ao apontamento ao art. 28, §9º, e, 7, da Lei n. 8.212/1991, não tem razão a Recorrente, pois a decisão *a quo* foi clara quanto à incidência das contribuições previdenciárias sobre as parcelas pagas aos colaboradores, acompanhada de entendimentos jurisprudenciais e legais, que são plenamente opostos à interpretação da Recorrente. A não manifestação palavra-por-palavra, não é equivalente a não apreciação, ainda mais quando apresentado o argumento contra-posto.

IV – Quanto ao alegado na 2ª preliminar recursal, em que apresenta argumentos de nulidade do lançamento por não conter fundamentação jurídica adequada para enquadrar os beneficiários dos créditos lançados nos Cartões Eletrônicos de Premiação como contribuintes individuais, em razão dos mesmos serem empregados diretos de terceiras empresas prestadoras de serviço, entendo que merece guarida por outros motivos.

Indiferentemente do entendimento jurisprudencial do atual CARF e antigo 2º Conselho de Contribuintes entenderem pela incidência de contribuições previdenciárias sobre os pagamentos de prêmios aos funcionários em programas de incentivo por meio de Cartões Eletrônicos fornecidos por terceiras empresas¹ (ex. Spirit Incentivo & Fidelização Ltda.), o caso presente trás uma configuração diferente. A premiação pelo rendimento e produtividade é paga a funcionários empregados das empresas terceirizadoras de mão-de-obra, fato relatado pela autoridade fiscal (fls. 36, item 2.1.3), ao contrário dos casos em que tal premiação é realizada aos próprios funcionários.

Assim, o enquadramento puro e simples dos beneficiários do programa de incentivo como autônomos (arts. 12,V, 21, e 22,III, da Lei n. 8.212/1992), sem a análise dos contratos de prestação de serviço de telemarketing, bem como da relação com seus

¹ AC n. 205-01.457 e AC n. 205.01.456, da Quinta Câmara do 2º Conselho de Contribuintes, Rel. Cons. Liege Lacroix Thomasi, sessão de 03.12.2008.

empregados. Esses beneficiários, *a priori*, são empregados das empresas prestadoras de serviço de telemarketing a serviço da Recorrente. Ou seja, o que o agente fiscal tentou buscar foi uma possível estrutura de triangulação de pagamentos de verbas salariais, contudo deixou de desconsiderar as empresas prestadoras de serviço de telemarketing,

Em suma, a NFLD, indiretamente, está responsabilizando a Recorrente por funcionários terceirizados, a qual é regulada pelo art. 31, da Lei n. 8.212/1992, em que define a responsabilidade de retenção de 11% sobre o valor da fatura por serviços de cessão de mão-de-obra (terceirização).

É claro que o disposto no art. 31, da Lei n. 8.212/1992, não elide o dever do Fisco em averiguar possíveis distorções e irregularidades, contudo deve obedecer parâmetros claros de fiscalização e prova. O agente fiscal tem um dever-poder de provar os fatos por ele alegados (art. 9º, do Dec. 70.235/1972), bem como tem instrumentos inquisitórios para a consecução desse objetivo.

Quando é lido o instrumento os contratos base do lançamento, este Relator não conseguiu averiguar referências aos contratos de cessão de mão-de-obra para a prestação de serviços de telemarketing. Inclusive, esses últimos sequer foram requeridos no TIAD (fls 30-32), ou em outro de natureza complementar, o que seria natural ao verificar que tal programa de incentivo era direcionado aos funcionários terceirizados, bem como seria possível à fiscalização requerer às empresas terceirizadas documentos que comprovassem suas alegações. Os indicados contratos apenas foram apresentados voluntariamente pela Recorrente em impugnação.

Não prospera alegação da decisão *a quo* de que não seria necessária a análise de tais documentos, bastando os contrato de prestação do serviço de distribuição de prêmios para enquadramento dos empregados das empresas prestadoras de serviço de telemarketing como contribuintes individuais da Recorrente. Observe-se que com a apresentação dos contratos com estas últimas verifica-se a existência de várias outras relações jurídicas envolvidas, geradoras de inúmeras questões não esclarecidas pela NFLD questionada, nem pelo Acórdão. Entre as questões estão:

- a) Não poderia a fiscalização ter solicitado cópias dos contratos de prestação de serviço de telemarketing (cessão de mão-de-obra) e demais documentos a eles vinculados? Em caso negativo, não poderia tê-los requeridos às empresas contratadas? Por que ele não realizou tais procedimentos se eles são permitidos pelo art. 33, §1º, da Lei n. 8.212/1992?
- b) Caso sejam os pagamentos realizados a título de prêmios de produtividade passíveis de incidência de contribuições previdenciárias, a Recorrente ou a empregadora deveria também realizar a retenção das contribuições previdenciárias de encargo dos funcionários que os receberam, conforme determina o art. 21, da Lei n. 8.212/1992? Nesse caso, quem deveria reter? Sem contar nos efeitos dessas contribuições não lançadas e referidas nos benefícios previdenciários desses funcionários?
- c) O contrato entre a Recorrida e a empresa Spirit Incentivo & Fidelização Ltda., em sua cláusula de objeto e demais, apenas fala que o programa de incentivos será destinado aos funcionários da Assist Telefônica S/A

(Recorrida) em nada definindo para funcionários de terceiras prestadoras de serviço de telemarketing. Então, como se deu a desconsideração e quais provas que se basearam para incluir funcionários de terceiras prestadoras como prestadores autônomos da Recorrente?

- d) Por que a fiscalização não considerou a possibilidade de responsabilidade solidária da Recorrente perante os empregados das empresas fornecedoras de mão-de-obra, em face de uma possível ingerência remuneratória daquela nos funcionários desta? Ou seja, a autoridade fiscal deixou de definir devidamente os responsáveis pelas contribuições sociais desses funcionários terceirizados, ao arrepio do disposto nos arts. 134 a 137 do CTN?

Tais dúvidas abalam a presunção de certeza do lançamento e referem-se diretamente aos procedimentos que não foram adotados pela fiscalização para elucidação precisa dos fatos ocorridos sobre os quais incidem a norma de incidência tributária, nem a descrição do evento de subsunção destas.

O arbitramento, ou aferição indireta, conforme dispõe o art. 32, §5º, da Lei n. 8.212/1991 é um instrumento legal que deve ser utilizado quando os meios probatórios disponíveis ao agente fiscal chegam ao seu limite. Limite esse que não foi apontado, caso contrário os questionamentos acima não seriam tão flagrantes. Ainda, o art. 37, da mesma lei, torna-se mais presente e com alcance maior, no caso de arbitramento, pois exige do agente autuador a descrição máxima dos fatos geradores, inclusive de forma detalhada quais foram os procedimentos e métodos de apuração aplicados, além de expor os motivos de sua utilização. Bastou a apresentação pela recorrente dos contratos firmados entre a Recorrente, a Spirit Incentivo & Fidelização Ltda., e as demais prestadoras de serviços, para que se demonstra-se a falta de clareza da motivação do lançamento. Em consequência, além da certeza do ato administrativo ser abalada irremediavelmente, há claro prejuízo à ampla defesa e contraditório: como o contribuinte pode se defender plenamente de ataques realizados de forma titubeante e em mui fraca luz?

Ou seja, sobre os fatos em que simplesmente o Agente Fiscal apenas disse se seria uma relação de emprego ou de prestação de serviço autônomo, não há uma verdadeira motivação clara, o porquê decidiu enquadrar todos os funcionários de empresas prestadoras de serviços mediante de cessão de mão-de-obra como contribuintes individuais. Em consequência, gera uma dissonância quanto à norma material aplicada ao fato.

Tais questões ou falhas geram vício formal insanável de parte do processo administrativo onde não se demonstra a clareza dos motivos fáticos e jurídicos fundantes sobre os quais as dúvidas pairam, por confronto ao art. 37, da Lei n. 8.212/1991, e do art. 11, III, de Dec. n. 70235/1972. Entendimento presente tanto da doutrina e da jurisprudência administrativa e judicial:

NORMAS PROCEDIMENTAIS. ARBITRAMENTO. AUSÊNCIA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL NO ANEXO NFLD. VÍCIO INSANÁVEL. NULIDADE. A indicação dos dispositivos legais que amparam a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito-NFLD é requisito essencial à sua validade, e a sua ausência ou fundamentação genérica, especialmente no relatório Fundamentos Legais do Débito-FLD, determina a nulidade do lançamento, por caracterizar-se como vício formal insanável, nos termos do artigo 37 da Lei nº8.212/91, c/c artigo 11, inciso III, do Decreto nº70.235/72. 5

RELATÓRIO FISCAL DA NOTIFICAÇÃO. OMISSÕES. O Relatório Fiscal tem por finalidade demonstrar/explicitar, de forma clara e precisa, todos os procedimentos e critérios utilizados pela fiscalização na constituição do crédito previdenciário, possibilitando ao contribuinte o pleno direito da ampla defesa e contraditório.

Omissões ou incorreções no Relatório Fiscal, relativamente aos critérios de apuração do crédito tributário levados a efeito por ocasião do lançamento fiscal, que impossibilitem o exercício pleno do direito de defesa e contraditório do contribuinte, enseja a nulidade da notificação.

Processo Anulado.

(Acórdão n. 206-01.372, Rel. Cons. Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, 6ª Câmara do 2º Conselho de Contribuintes, DOU 24.03.2009)

EXECUÇÃO FISCAL. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO. MENÇÃO AO DISPOSITIVO LEGAL INFRINGIDO. NECESSIDADE. SUBEMPREENTEIRA. ARBITRAMENTO.

1. Em se tratando de imposição fiscal, certas formalidades, ainda que mínimas, são necessárias, a fim de resguardar o direito de defesa do contribuinte.

2. Não havendo sonegação de dados pelo contribuinte, inadmissível o critério de arbitramento, só possível a mingua de elementos informativos.

(TRF4, AC 95.04.41649-7, Segunda Turma, Relatora Tânia Terezinha Cardoso Escobar, DJ 24/09/1997)

Por esses motivos acima, verifica-se que o processo administrativo tributário em questão é nulo por vício formal (art. 59, II, do Dec. 70235/1972), ao não demonstrar claramente os fundamentos fáticos e legais da aferição indireta e desconsideração dos contratos apresentados sem fazer análise conjunta entre eles. Deve o lançamento ser oportunamente refeito, conforme o art. 173, II, do CTN, de forma que sejam sanadas as faltas e questões formais supra mencionadas.

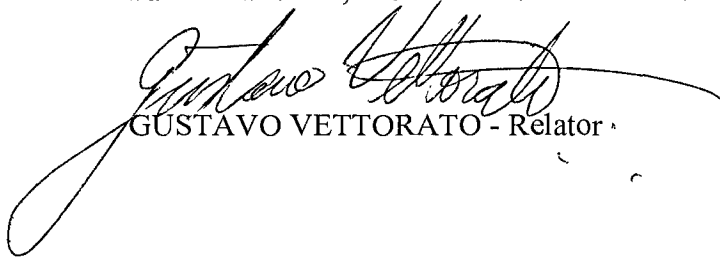
V - Pelo exposto, voto por CONHECER do recurso da notificada, para no mérito CONCEDER-LHE TOTAL PROVIMENTO, reformando a decisão recorrida, declarando e decretando do lançamento a nulidade por:

- a) vício material da NFLD objeto do presente processo administrativo no que tange os crédito tributários oriundos de fatos geradores das competências anteriores à 11/2001, incluindo essa e a 13/2001, por decadência;
- b) vício formal da NFLD objeto do presente processo administrativo no que tange fatos geradores não alcançados pela decadência, em razão da não demonstração clara dos fundamentos fáticos e legais da aferição indireta, conforme

 7

demonstrados no presente voto, devendo o lançamento ser feito, conforme o art. 173, II, do CTN, de forma que sejam sanados as faltas e vícios formais.

Sala das Sessões, em 19 de outubro de 2010



GUSTAVO VETTORATO - Relator

Declaração de Voto

Conselheiro OSÉAS COIMBRA

O presente voto vista não abrange a parte referente a decadência reconhecida, onde adiro totalmente ao voto do e. Relator.

Do relatório fiscal – fls 35 e ss, extraímos:

O valor tributável foi aferido com base nos valores nominais das notas fiscais de serviços e ou faturas de serviços, emitidas pela empresa SPIRIT INCENTIVO & FIDELIZAÇÃO LTDA., e conforme consta nos lançamentos do razão analítico da empresa A. TELECOM S/A, a qual não apresentou após solicitação através do "TIAD (Termo de Intimação para Apresentação de Documentos) específico em 03/07/2007, a lista dos segurados Contribuintes Autônomos (Operador de Telemarketing), beneficiados com os respectivos valores pagos mensalmente por meio do Cartão Eletrônico de Premiação fornecido pela empresa SPIRIT INCENTIVO & FIDELIZAÇÃO LTDA

...

Constituem fatos geradores dos tributos ora lançados, os valores pagos aos segurados Contribuintes Autônomos por meio do Cartão Eletrônico de Premiação, fornecido pela empresa SPIRIT INCENTIVO & FIDELIZAÇÃO LTDA., CNPJ 04.182.84810001-30, utilizado para premiar, a título de incentivo à performance e produtividade, os Operadores de Telemarketing de

empresas terceirizadas, que prestaram serviços à empresa A. TELECOM S/A, CNPJ 03.498.89710001-13

...

As contribuições previdenciárias devidas pelos segurados Contribuintes Autônomos foram aferidas pela alíquota de 11% (retenção) a partir de 04/2003, visto que o sujeito passivo, não incluiu nas folhas de pagamento de Contribuintes Autônomos os valores pagos mensalmente e individualmente através do Cartão Eletrônico de Premiação e também não lançou em títulos próprios de sua contabilidade, de forma discriminada, impossibilitando assim a apuração real, motivos pelos quais foram lavrados os respectivos autos de infração(...)

Sobre os fatos relatados, a empresa traz em sua impugnação – fls 44:

A Impugnante contratou a Spirit Incentivo & Fidelização, empresa especializada em marketing de incentivo, para desenvolvimento e operacionalização de campanhas motivacionais direcionadas aos seus operadores de telemarketing.

Todas as campanhas eram elaboradas de acordo com os critérios pré-estabelecidos pela Impugnante, conforme firmado nos contratos de prestação de serviços celebrados com a Spirit e, ainda, tinham período de duração previamente fixado.

Conforme abaixo restará demonstrado, todos os procedimentos para a distribuição dos prêmios eram fixados rigidamente pela Impugnante, de maneira a evitar qualquer vinculação a remuneração dos trabalhadores, garantindo, desta forma, que a natureza deste instrumento de incentivo não fosse desvirtuada.

...

Outrossim, a fim de aumentar a motivação dos participantes, eram criadas decorações especiais nos ambientes de trabalho, relacionadas com o tema da premiação, sendo, inclusive, organizadas grandes festas e shows para divulgação destas campanhas.. É evidente, portanto, que tais programas de premiação tinham como objetivo estimular os trabalhadores e não remunerá-los pela prestação de serviços.

Trecho da Decisão Notificação, resume a situação: 

Verifica-se que os prêmios foram pagos pela notificada a operadores de telemarketing, empregados de empresas terceirizadas que lhe prestavam serviços. Em razão de não possuírem vínculo empregatício com a impugnante, foram considerados segurados autônomos.

*Não há no presente caso descaracterização ou constatação de irregularidade da terceirização existente. Os segurados beneficiários dos prêmios em questão têm relação empregatícia com as empresas prestadoras de serviços que são remuneradas pela impugnante para a prestação de serviços de telemarketing. No entanto, o **pagamento dos prêmios não faz parte desse contrato, mas é objeto de contrato específico com empresa contratada para desenvolver campanha envolvendo sistema de premiação com cartão de débito ou "vale compra"**.*

Diante do declarado, surge uma dúvida – os prêmios em questão se resumiriam a decorações especiais, festas e shows, ou seriam pagos em pecúnia?

O próprio recorrente esclarece – fls 55:

Por fim, insta destacar que os prêmios poderiam variar entre "prêmio cartão", que equivaleria a concessão de prêmio em pecúnia, e "prêmio brinde", que compreende a concessão de utilidades, a serem escolhidas pelo trabalhador premiado.(...) É evidente que não há qualquer proporção entre os serviços prestados e os prêmios concedidos, eis que podem variar de brindes como bonés e camisetas a computadores e televisões.

No entanto não esclarece acerca dos valores pagos de uma forma ou de outra, enquanto o relatório fiscal informa o débito em questão se refere somente a pagamentos feitos “por meio do Cartão Eletrônico de Premiação” – pecúnia, o que está em sintonia com o alegado pela recorrente.

Também o anexo I do contrato 02-031397-SP determina que uma das espécies de premiação aos teleatendentes e auditores – Premiação MISTER QUALIDADE, consistirá em “45 prêmios entre as 3 operações no valor de R\$ 10,00 cada, durante os 4 meses de campanha” – fls 127.

Às fls 188 temos a descrição do perfil dos funcionários abrangidos no contrato.

TELEMARKETING — -Faixa etária de 18 a 30 anos, sexo 70% feminino, Possuem o segundo grau completo e maior parte cursa a faculdade, tem necessidade de reconhecimento constante e de identificação com o universo Telefônica.

Às fls 101 temos o contrato firmado com SPIRIT, trazendo as rubricas pertinentes. Não há determinação sobre como os prêmios seriam pagos, se pecúnia ou outra forma. O contrato apresentado sequer encontra-se assinado. ↵

Às fls 149 temos o contrato 01-034576.00, assinado, mas não datado, cuja cláusula assim estatui:

CLÁUSULA PRIMEIRA -OBJETO

1.1. O presente contrato tem por objeto a prestação de serviços concernentes a sistema de premiação com cartão de débito ou "vale compra", visando incentivar e recompensar os funcionários pela performance na venda de plano de manutenção da Assist.

O art. 28 da lei 8.212/91 informa o conceito de salário de contribuição:

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

III - para o contribuinte individual: a remuneração auferida em uma ou mais empresas ou pelo exercício de sua atividade por conta própria, durante o mês, observado o limite máximo a que se refere o § 5º; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

A leitura da legislação informa que qualquer retribuição ao trabalho prestado, em regra, considera-se salário de contribuição, independentemente do título utilizado.

O § 9º do mesmo artigo traz as exclusivas hipóteses de pagamentos que, excepcionalmente, não integram o salário de contribuição. Nesse rol não se encontram valores referentes a prêmios por desempenho, sendo irrelevante que tais valores sejam pagos através de terceiros, pois ocorrem por conta e ordem da recorrente.

Temos então que os pagamentos de prêmios e incentivos por aumento de produtividade também se enquadram como rendimentos sujeitos à contribuição social, não se confundindo com a hipótese de participação nos lucros e resultados, a qual demanda estrita observância a específicos critérios legais, o que não ocorre in casu.

A situação descrita deixa claro que os valores pagos a SPIRIT INCENTIVO & FIDELIZAÇÃO LTDA e, repassados aos terceirizados, não se enquadram nas exceções trazidas no §9º, tratando-se de remuneração, portanto sujeita a incidência de contribuição à seguridade social.

Esgotando o assunto, temos três grupos de empresas envolvidas.

A. TELECOM ----- > SPIRIT

A. TELECOM ----- > TERCEIRIZADAS

Uma vez demonstrada a natureza remuneratória dos valores pagos, cumpre definir qual empresa é a responsável pelos reflexos previdenciários.

De plano descarto a responsabilidade das empresas Atento, Telefutura, Action Line, Contractors, Criativa, Dedic e Adedo, que prestam serviços de terceirização de mão-de-obra, uma vez que não há elementos que demonstrem sua participação na contratação entre A.TELECOM e SPIRIT. 

A empresa SPIRIT foi contratada para a “prestação de serviços de criação e desenvolvimento de campanhas de incentivos à vendas para os funcionários de telemarketing da ASSIST, contemplando planejamento, lançamento e gerenciamento”. – contrato fls. 100, essa intermediação não gera, a nosso sentir, responsabilidade previdenciária pelo que acordado.

Os favorecidos/premiados prestam serviço à A TELECOM, e SPIRIT é apenas um meio de gerir um sistema de premiação e repassar os valores aos contratados daquela. A recorrente, através da SPIRIT, determina o pagamento de um *plus*, um prêmio pela qualidade ou quantidade do serviço prestado – tudo fora da relação das empresas fornecedoras de mão-de-obra com seus empregados.

Sobre a habitualidade dos pagamentos, temos que a remuneração pode ser em dinheiro ou, em se tratando de ganhos habituais, em utilidades, como alimentação, vestuário, habitação, ou outras prestações in natura. Desse modo, a questão da habitualidade para fins de incidência de contribuições previdenciárias somente é relevante quando a parcela paga não for em dinheiro – art. 28 da lei 8.212/91.

Assim sendo, concluímos que houve pagamento a SPIRIT INCENTIVO & FIDELIZAÇÃO LTDA cujos valores foram repassados aos segurados terceirizados da recorrente, nos termos desta, como contraprestação de serviços prestados, evidenciando-se a natureza remuneratória de tais verbas, com conseqüente repercussão nas contribuições previdenciárias.

Tenho como correto o enquadramento como contribuinte individual, uma vez que não há que se falar de relação empregatícia com A Telecom, por falta dos requisitos para tal.

A lei 8.212/91 enquadra como contribuinte individual “*quem presta serviço de natureza urbana ou rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego;*”.

Na matéria ora sob exame, a dúvida que poderia pairar seria quanto a eventualidade do serviço prestado.

Como já exposto, temos que o serviço é prestado a A. TELECOM e se resume a prestação de um serviço diferenciado, com metas específicas pré-determinadas, que extrapolam e não se confundem com o acordado na relação recorrente/terceirizadoras/terceirizados. Quando este serviço extraordinário é prestado a A. TELECOM, surge o prêmio como sua contraprestação.

Sendo o serviço prestado, com as metas atingidas, é efetivado o devido pagamento. Esse *plus* remuneratório se dá em razão de critérios estabelecidos por A Telecom e Spirit, sem intermediação das empresas fornecedoras de mão-de-obra, que sequer fiscalizam, tarefa de Telecom e Spirit – fls 107 – cláusula quarta .

Exemplificando, imaginemos que A Telecom contrate Telemarketing S/A para a disponibilização de 10 atendentes com salário de R\$ 500,00 a cada profissional e para atendimento de até 100 chamadas/dia. Diante desse quadro, A Telecom determina, por livre e exclusiva iniciativa, que o atendente que ultrapassar 120 chamadas/dia receberá R\$ 60,00 – qual a natureza dessa verba?

O serviço prestado, smj, é o diferencial qualitativo ou quantitativo, que está fora da relação Terceirizadora x Terceirizado, pois nada foi acordado entre eles nesse sentido, (

as terceirizadoras não pagam “prêmios” aleatórios – repisa-se que as regras são determinadas por A Telecom e não pelas terceirizadoras.

Temos então um serviço prestado e uma remuneração paga. Podemos falar em relação de emprego? Entendo que não, haja vista a evidente ausência de subordinação, pois não há imposição de atingimento das metas, ou seja, quem não se destaca, simplesmente não é premiado, não existindo assim dependência econômica direta de A Telecom na relação trabalhista. Não vislumbro pessoalidade, pois a atividade é prestada por funcionário gerenciado por Telemarketing S/A, que se responsabiliza por disponibilizar um número certo de atendentes, sejam eles quem for.

Também entendo como caracterizada a eventualidade, pois se sequer há obrigatoriedade da prestação do serviço qualificado, este pode ser alcançado em um, dois, três meses ou nunca, ficando assim demonstrada sua descontinuidade, ante seu caráter esporádico. Não há como se falar em habitualidade numa atividade volitiva, onde o alcance da meta dependerá exclusivamente do ânimo de cada um.

Finalizando, entendimento diferente abriria escancaradas portas à fraude, pois bastaria a contratação de funcionários através de prestadoras de serviços, com salários ínfimos, para que a contratante final pudesse complementá-los sem quaisquer ônus tributário - pois não seriam nem empregados, nem contribuintes individuais - e não creio que essa seja a melhor exegese do que consta no ordenamento jurídico atual.

Registre-se que a empresa não trouxe elementos que demonstrassem a parcela paga a SPIRIT INCENTIVO & FIDELIZAÇÃO LTDA a título de remuneração por seus serviços e a não apresentação da relação dos beneficiados e respectivos valores, requerida nos TIAD's de fls 31 e 32, emitidos em 16.04.2007 e 03.07.2007 respectivamente, respaldam o procedimento adotado pela fiscalização, que indicou de maneira clara como apurou as bases de cálculo – fls 35/36 – fato não impugnado.

Ante o exposto, voto por conhecer do recurso e, no mérito, dou-lhe parcial provimento para declarar a decadência referente às competências anteriores à 11/2001, inclusive e 13/2001, mantendo tudo o mais que consta da presente NFLD.

Sala das Sessões, em 19 de outubro de 2010


OSÉAS COIMBRA JÚNIOR