



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFEL
Brasília, 24 03, 09
Maria Elina Ferreira Pinto
Mat. Siápe 752748

CC02/C06
Fls. 394

Processo nº 37280.001940/2005-40
Recurso nº 143.260 Voluntário
Matéria DIFERENÇA DE CONTRIBUIÇÃO
Acórdão nº 206-01.678
Sessão de 03 de dezembro de 2008
Recorrente Telemar Norte Leste S/A
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA - SRP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/03/2000 a 31/12/2002

PREVIDENCIÁRIO. CUSTEIO. NFLD. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. DECADÊNCIA. 05 ANOS. STF.

I - Na esteira da jurisprudência do STJ, bem como da Câmara Superior de Recursos Fiscais, e da própria sumula nº 8 do Egrégio STF é de 05 anos a decadência das contribuições sociais.

GRAU DE RISCO - ATIVIDADE PREPONDERANTE - REVISÃO DE AUTO-ENQUADRAMENTO - CRITÉRIOS - RAZOABILIDADE.

A revisão do auto-enquadramento efetuado pelas empresas quanto ao grau de risco é prerrogativa da auditoria fiscal. O critério utilizado pela auditoria fiscal para efetuar o reenquadramento de uma empresa deve se revestir da razoabilidade necessária para que reste demonstrado o auto-enquadramento incorreto da mesma.

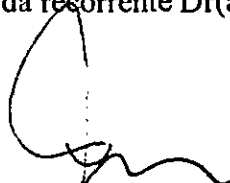
Recurso Voluntário Provido. *J*

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Processo nº 37280.001940/2005-40
Acórdão nº 206-01.678

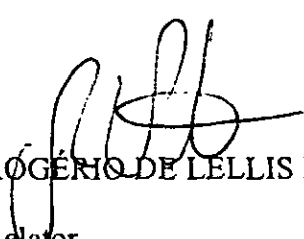
MF - SEGUNDO Cº	CONTRIBUÍNTES
CONTRIBUÍNTES	CC02/C06
Brasília, 24 03 09	Fs. 395
P/  Maria Eliana Ferreira Pinto Mat. SIAPE 752748	

ACORDAM os Membros da SEXTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES, por unanimidade de votos: I) em declarar a decadência das contribuições apuradas até a competência 06/2000; e II) no mérito, em dar provimento ao recurso. Ausente ocasionalmente o conselheiro Lourenço Ferreira do Prado. Fez sustentação oral o(a) advogado(a) da recorrente Dr(a). Tiago Conde Teixeira, OAB/DF nº 24259.



ELIAS SAMPAIO FREIRE

Presidente



ROGÉRIO DE LELLIS PINTO

Relator



Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Bernadete de Oliveira Barros, Cleusa Vieira de Souza, Ana Maria Bandeira e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

MP - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE		C02/C06
CONFIRMAÇÃO		Fs. 396
Brasília, 24	03, 09	
Maria Edna Ferreira Pinto Mat. Siage 752748		

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto pela empresa TELEMAR NORTE LESTE S/A, contra Decisão-Notificação de fls. retro, exarada pela extinta Secretaria da Receita Previdenciária, a qual julgou procedente a presente Notificação Fiscal de Lançamento de Débito, no valor originário de R\$ 62.858,91 (sessenta e dois mil oitocentos e cinquenta e oito reais e noventa e um centavos).

Segundo o Relatório Fiscal de fls. 37 e s., os fatos geradores do presente levantamento são os valores pagos a título de salário maternidade, sendo cobradas apenas as diferenças de GIRALT incidentes sobre tais valores, em decorrência do reenquadramento de alíquota, nos termos expostos pela autoridade fiscal.

Em seu recurso diz à empresa que as contribuições referentes às competências anteriores a julho de 2000 encontram-se decadentes.

No mérito diz que reenquadramento do grau de risco de sua atividade feito pela autoridade lançadora foi equivocado. Afirma que as atividades dos seus empregados operacionais foi indevidamente enquadradas nos CNAES nº 45.49-7 e nº 32.21-2.

Aduz que para considerar qual seria a atividade preponderante da Recorrente e aferição do grau de risco dela decorrente, a fiscalização ignorou os empregados do suporte bem como os que trabalham na área administrativa, o que acabou por considerar preponderante o grau de risco de grave, elevando indevidamente a alíquota correspondente ao GIRALT.

Suscita que na qualidade de sucessora, lhe seria inexigível a multa decorrente infrações cometidas pela empresa sucedida. Requer a realização de perícia para comprovar suas alegações, e encerra requerendo o provimento do seu recurso.

Apresentadas as contra-razões, onde se requer a manutenção do débito.

É o relatório.

Voto

Conselheiro ROGÉRIO DE LELLIS PINTO, Relator

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso interposto.

Sustenta o contribuinte em sede de preliminar, que o crédito tributário em questão, teria sido alcançado pela decadência, haja vista a extrapolação do quinquídio fixados pelo CTN, o que faz com razão.

Sem embargos, é sabido que a questão do prazo decadencial das contribuições sociais, foi objeto de constantes e ácidas discussões tanto no âmbito doutrinário, quanto jurisprudencial. Analisando a matéria, o E. STJ, por meio de seu plenário, fixou seu entendimento e em decisão unânime, reconhecendo a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº

MP - SEGUNDO COMANDO DE CONTRIBUINTES	
CONFIRMAÇÃO	
Brasília, 24 / 03 / 09	
Maria Edna Ferreira Pinto Mat. Siape 752748	

8.212/91, que fixa o prazo de 10 anos para a decadência das contribuições sociais, reconhecendo a prevalência do prazo quinquenal previsto no CTN.

Na esteira do entendimento exarado pelo STJ, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, em decisão plenária, e também de forma unânime, reconheceu o mesmo vício de constitucionalidade que pairava sobre as diretrizes insertas no art 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, entendendo que os prazos decadências das contribuições sociais, onde se incluem as previdenciárias, devem respeitar os limites temporais do CTN, norma geral a quem a Constituição atribui a prerrogativa de tratar o tema.

Eliminando as divergências interpretativas que impediam a aplicação prática dos prazos decadenciais fixados na norma Codificada em relação às contribuições previdenciárias, o STF acabou por editar a súmula vinculante nº 8, impondo a sua observância pelas demais instâncias judiciárias e administrativas. A referida súmula restou vazada nos seguintes termos:

"SÃO INCONSTITUCIONAIS O PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 5º DO DECRETO-LEI Nº 1.569/1977 E OS ARTIGOS 45 E 46 DA LEI Nº 8.212/1991, QUE TRATAM DE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO."

Assim é que, hoje resta inequívoca que a decadência das contribuições previdenciárias, encontram-se reguladas pelas normas e prazos fixados pelo Código Tributário Nacional, não devendo, portanto, qualquer observância às inconstitucionais previsões do art 45 e 46 da Lei nº 8.212/91.

Se encontra-se resolvida a aplicação do CTN no que tange a decadência das contribuições previdenciárias, o mesmo não se pode dizer em relação a qual regra deve ser aplicada, ou seja, em todas as situações a do § 4º do art 150, cuja contagem (para fins de homologação) se dá a partir da ocorrência do fato gerador, ou se o art. 173, I, que diz que o referido cálculo se inicia a partir do 1º dia do exercício seguinte aquele em que o débito poderia ser constituído.

Em verdade, as contribuições previdenciárias são inegavelmente tributos sujeitos a homologação por parte do Fisco, na medida em que a legislação previdenciária confere ao próprio contribuinte o dever de antecipar o recolhimento dos valores que lhe são reputados, justamente a situação definida no *caput* do art 150 do CTN.

Como efeito, mesmo em se tratando de tributos ditos homologáveis, parte da doutrina vem reconhecendo, na esteira da jurisprudência do próprio STJ (Resp nº 757922/SC), que a regra prevista no § 4º do art 150 do CTN, somente se aplicaria naquelas situações onde o contribuinte efetivamente tenha efetuado algum recolhimento, sobre o qual caberia então ao Fisco pronunciar-se em 05 anos, sob pena de, transcorrido esse prazo, não mais poder constituir o débito remanescente.

Para os defensores dessa tese, portanto, a contagem do prazo para que a Fazenda Pública efetue a referida homologação a partir da ocorrência do fato gerador, somente ocorre naquelas hipóteses em que o contribuinte tenha efetuado algum recolhimento. Do contrário, não havendo antecipação alguma por parte do contribuinte, não haveriam valores a serem homologados, e por consequência, incidindo a partir de então regra geral de decadência fixada no art. 173 do *Códex*.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES		
CONFER.		
Brasília	24	03 09
p/ Maria Edna Ferreira Pinto Mat. Siapc 752748		

Não obstante esse raciocínio, filio-me aqueles que acreditam que o fator preponderante para a aplicação da regra contida no mensurado § 4º do art. 150, diz respeito ao próprio regime jurídico do tributo, de forma que o fato da legislação conferir o dever de antecipação do recolhimento do tributo ao contribuinte, sem qualquer prévia verificação do Fisco, nos é suficiente para a incidência do mencionado dispositivo legal, sendo, em verdade, regra a regular a situação telada.

Desta feita, temos que a nosso ver, e na linha do que diz o abalizado professor Alberto Xavier, in Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro, 3ª Ed. Pág. 100, "o que é relevante, pois, é saber se, em face da legislação, o contribuinte tem ou não o dever de antecipar o pagamento," (...) "a linha divisória que separa o art. 150 § 4º do 173 do CTN está, pois, no regime jurídico do tributo (...)."

De qualquer forma, como se trata de lançamento referente à diferença de alíquotas, não se tem dúvidas quanto à aplicação do art. 150, § 4º, considerando o prazo de homologação a partir da ocorrência do fato gerador, o que nos leva a concluir que encontram-se decadentes as contribuições até a competência de 06/2000.

No que pertine as razões de mérito aduzidas na peça recursal, tendentes a questionar o reenquadramento da atividade preponderante da empresa bem como seu grau de risco, creio importante consignar que tal fato já foi objeto de apreciação deste Colegiado, que seguindo o voto da Ilustre Relatora, entendeu por incorreto o referido enquadramento, como se pode observar do Acórdão proferido nos autos do RV nº 150885, de interesse da própria Telemar.

Na esteira desse raciocínio, e apenas buscando a objetividade, peço vênias a ilustre Relatora daquele acórdão, para apoiar-me em suas razões e com elas fundamentar o presente voto, no seguinte sentido:

"No mérito, a recorrente demonstra seu inconformismo diante do procedimento fiscal que efetuou o reenquadramento quanto ao grau de risco de sua atividade preponderante, cujo auto-enquadramento fora feito no código CNAE 64.20-3 – Serviços de Telecomunicações.

A auditoria fiscal considerou que a recorrente exercia mais de uma atividade e concluiu que de todas as realizadas, a atividade preponderante seria a correspondente ao código CNAE 32.21-2 – Fabricação de Aparelhos e Equipamentos de Telefonia e Radiotelefonia e de Transmissores de Televisão e Rádio, cuja alíquota aplicável é de 3%.

É certo que cabe a auditoria fiscal efetuar o reenquadramento no correspondente grau de risco, se verificar que a maioria dos empregados da empresa exercem atividade diversa daquela em que a empresa tenha se enquadrado.

Em havendo mais de uma atividade, para efeitos do enquadramento no grau de risco, torna-se necessário verificar a atividade preponderante, ou seja, aquela em que se concentra o maior número de empregados de uma empresa.

Para apurar qual seria a atividade preponderante, a auditoria fiscal utilizou como critério a distribuição dos empregados em grupos, de;

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES	
CONFERE CONT. CIRC. 117	
Brasília,	24 / 03 / 09
P/ 	
Maria Berta Ferreira Pinto	
Mat. Siape 752748	

acordo com a atividade econômica exercida pelos mesmos. O parâmetro utilizado para a definição do enquadramento de cada empregado na atividade econômica tomou por base a Classificação Brasileira de Ocupações – CBO.

Após o enquadramento da totalidade dos empregados por atividade, a auditoria fiscal verificou aquela que concentraria a maior parte dos empregados, salientando que aqueles que foram enquadrados nas atividades de suporte, ou área meio, não foram considerados para fins de enquadramento.

A recorrente alega que a auditoria fiscal utilizou de mera presunção para efetuar o enquadramento.

A auditoria fiscal tem a prerrogativa de estabelecer critérios para chegar às suas conclusões. No entanto, deve pautar seus critérios nos princípios que regem a administração pública e, no caso presente, há que destacar a importância do princípio da razoabilidade.

Analisando-se o Estatuto Social da recorrente, têm-se no art. 2º o seu objeto social que é definido como “a exploração de serviços de telecomunicações e atividades necessárias ou úteis à execução desses serviços, na conformidade das concessões, autorizações e permissões que lhe forem outorgadas”.

A meu ver, da simples leitura do objeto social, infere-se que a recorrente possui como atividade principal os serviços de telecomunicações, os quais para serem executados demandam outras atividades.

A notificada é uma concessionária de serviços de telecomunicações e tais serviços foram objeto da Lei nº 9.472/1997 que dispôs sobre a organização dos serviços de telecomunicações, bem como a criação e funcionamento de um órgão regulador.

Dentre as disposições da lei encimada, cito o inciso I do art. 2º, o qual versa que é dever do Poder Público garantir, a toda a população, o acesso às telecomunicações, a tarifas e preços razoáveis, em condições adequadas.

O art. 3º que trata dos direitos do usuário, dispõe no inciso I a seguinte garantia: “acesso aos serviços de telecomunicações, com padrões de qualidade e regularidade adequados à sua natureza, em qualquer ponto do território nacional” A Lei nº 9.472/1997 dá a definição de serviços de telecomunicações, especificamente no artigo 60, §§ 1º e 2º, in verbis:

Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

MP - SEGUNDO COMISSÃO DE RECURSOS CONTRA TRIBUTANTES	
CONF	
Brasília.	24 03 09
21 Maria Edna Ferreira Pinto Mat. Siape 752748	

§ 2º Estação de telecomunicações é o conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação, seus acessórios e periféricos, e, quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementam, inclusive terminais portáteis.

Das disposições citadas, é possível concluir que as empresas prestadoras de serviços de telecomunicação para realizar seu objetivo, qual seja, oferecer à população o acesso aos serviços de telecomunicações necessitam realizar uma série de atividades dentre elas garantir os meios físicos para tanto.

No entanto, é de se verificar se as atividades correlatas à garantia de tais meios físicos são significativas a ponto de se tornar a atividade preponderante da recorrente.

Vale lembrar que a auditoria fiscal considerou como atividade preponderante da recorrente a Fabricação de Equipamentos Transmissores de Rádio e Televisão e de Equipamentos para Estações – CNAE 32.21-2, pois entendeu que entre suas atividades estava embutida a instalação e manutenção de sistemas de comunicações.

As disposições a respeito constantes da Lei nº 9.472/1997 levam a inferir que as empresas podem utilizar de meios físicos não necessariamente fabricados ou mantidos pelas mesmas, como se observa dos artigos abaixo transcritos:

Art. 73. As prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo terão direito à utilização de postes, dutos, condutos e servidões pertencentes ou controlados por prestadora de serviços de telecomunicações ou de outros serviços de interesse público, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis.

Parágrafo único. Caberá ao órgão regulador do cessionário dos meios a serem utilizados definir as condições para adequado atendimento do disposto no caput.

(...)

Art. 155. Para desenvolver a competição, as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo deverão, nos casos e condições fixados pela Agência, disponibilizar suas redes a outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo.

Não obstante a possibilidade de utilização de meios físicos de terceiros, ainda que a recorrente venha a fabricar seus próprios meios, pode a mesma terceirizar tais serviços, como efetivamente ocorreu, conforme demonstrado pela juntada nos autos de cópias de diversos contratos com essa finalidade (fls. 453 – Vol I/1026 – Vol III).

A tabela elaborada pela auditoria fiscal para fins de apuração da quantidade de empregados em cada atividade demonstra um número considerável de empregados classificados na área de suporte, os quais não são considerados para efeito de enquadramento.

2

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES CONFERE	
Brasília,	24 / 03 / 09
21 / 03 / 09 Maria Edna Ferreira Pinto Mat. Siage 752748	

De fato, existe a previsão para que os empregados das áreas de suporte não sejam considerados para fins de enquadramento. Entretanto, é razoável supor que a atividade fim de qualquer empresa concentre a grande maioria de seus empregados e a área meio corresponda a um percentual pequeno no total de empregados da empresa.

No caso da recorrente, observa-se que os empregados que a auditoria fiscal considerou integrantes da área de suporte, em alguns casos, suplantam em número os empregados da atividade considerada preponderante. Tal situação revela uma inconsistência, pois não é possível crer que a atividade considerada preponderante pela auditoria fiscal demande tal quantidade de empregados na área de suporte para que possa ser realizada.

A meu ver, o critério utilizado pela auditoria fiscal não se revestiu da razoabilidade necessária para demonstrar que o auto-enquadramento efetuado pela recorrente estaria incorreto. Ao contrário, de acordo com a legislação que trata da matéria, bem como com a documentação anexada aos autos, entendo que a recorrente é uma empresa que tem por atividade precípua a prestação de serviços de telecomunicações, devendo enquadrar-se no CNAE 64.20-3 - Serviços de Telecomunicações.

Assevere-se que a então 2ª Câmara de Julgamentos do CRPS - Conselho de Recursos da Previdência Social ao julgar notificações de mesmo objeto entendeu de igual maneira quanto ao enquadramento da recorrente no grau de risco."

Diante do exposto, voto no sentido de conhecer do recurso interposto, para acatar a preliminar aventada pelo Contribuinte, e reconhecer a decadência das contribuições até a competência de 06/2000, e no mérito dar-lhe provimento.

Sala das Sessões, em 03 de dezembro de 2008


ROGÉRIO DE LÉLLIS PINTO