



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

Processo nº 37324.003559/2007-23
Recurso nº 249.856 Voluntário
Acórdão nº 2301-01.779 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 2 de dezembro de 2010
Matéria SALÁRIO INDIRETO: PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS
Recorrente TELE DESIGN SERVIÇOS E COMÉRCIO DE TELECOMUNICAÇÕES LTDA
Recorrida DELEGACIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA EM CAMPINAS - SP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/06/1996 a 31/12/2004

DESCARACTERIZAÇÃO DE VÍNCULO PACTUADO

É atribuída à fiscalização da SRP a prerrogativa de, seja qual for a forma de contratação, desconsiderar o vínculo pactuado e efetuar o enquadramento como segurados empregados da empresa contratante, desde que presentes os requisitos do art. 12, I, "a", da Lei n. 8.212/91.

Os elementos caracterizadores do vínculo empregatício estão devidamente demonstrados no relatório fiscal da NFLD.

A contratação de estagiário sem observar os requisitos legais gera vínculo empregatício e, consequentemente, a incidência de contribuição social previdenciária.

DECADÊNCIA

De acordo com a Súmula Vinculante nº 08, do STF, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 são inconstitucionais, devendo prevalecer, no que tange à decadência e prescrição, as disposições do Código Tributário Nacional.

Nos termos do art. 103-A da Constituição Federal, as Súmulas Vinculantes aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terão efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

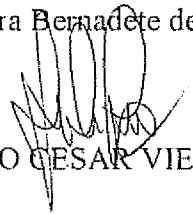
Na ocorrência de simulação, aplica-se o prazo decadencial previsto no art. 173, I, do CTN.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Crédito Tributário Mantido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso para declarar a decadência de parte do período com base artigo 173, I do CTN, vencidos os conselheiros Damião Cordeiro de Moraes, Edgar Silva Vidal e Adriano Gonzales Silvério que aplicavam o artigo 150, §4º do CTN e para excluir do lançamento as diferenças de contribuições decorrentes do re-enquadramento. Apresentará voto vencedor quanto à decadência a conselheira Bernadete de Oliveira Barros.



JULIO CESAR VIEIRA GOMES – Presidente



BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS – Redatora designada



DAMIÃO CORDEIRO DE MORAES - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Bernadete de Oliveira Barros, Leonardo Henrique Pires Lopes, Mauro José Silva, Adriano Gonzáles Silvério, Damião Cordeiro de Moraes e Julio Cesar Vieira Gomes (presidente).

Relatório

1. Trata-se de recurso voluntário interposto pela empresa TELE DESIGN SERVIÇOS E COMÉRCIO DE TELECOMUNICAÇÕES LTDA contra decisão de primeira instância que julgou procedente o lançamento fiscal de débito efetuado em desfavor da recorrente correspondente a contribuições previdenciárias para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa e de terceiros, no período de 01/06/1996 a 31/12/2004.

2. A referida decisão restou ementada nos termos que ora transcrevo abaixo:

*"PREVIDÊNCIA SOCIAL CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
CONTRATO DE ESTÁGIO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO.
PARICIPAÇÃO NOS LUCROS*

*São segurados obrigatórios da Previdência Social, na categoria de
segurados empregados, o estagiário que presta serviço à empresa
em desacordo com a Lei,*

*As parcelas pagas/creditadas à título de participação nos lucros ou
resultados da empresa a seus empregados, em desacordo com o
previsto em lei específica, integram a remuneração e o salário-de-
contribuição do segurado para fins da legislação previdenciária*

LANÇAMENTO PROCEDENTE"

3. Em seu recurso voluntário, o contribuinte aduziu, basicamente, os mesmos argumentos apresentados na defesa, conforme segue:

"4. Dentro do prazo regulamentar, o Agente Passivo protocolou defesa sob número 37324.013232/2006-89, onde alega, que parte do débito está abrangido pelo instituto da decadência, pois enquadra-se na modalidade de lançamento por homologação e deveria ter sido observado o disposto no CTN. Afirma, também, que as contribuições referentes aos Terceiros e RAT cujos fatos geradores ocorreram antes de 25/10/2001 devem ser excluídos do presente lançamento, já que estão dentro do período abarcado pela decadência,

4.1. Assegura que grande parte das empresas que exploram o mesmo ramo de atividade estão enquadradas no código FPAS 566 e CNAE 64 20-3 e que não houve motivação legal para que o enquadramento da atividade fosse alterado para FPAS 507 e CNAE 45 41-1;

4.2. Pondera que as contribuições incidentes sobre as verbas recebidas a título de pró-labores já foram quitadas e, como prova, anexam GFIP à impugnação,

4.3. Assevera que a gratificação paga em 03/1998 não tem natureza salarial e cita a Lei 8.212/91, artigo 29, § 9º, alínea 'e', item 7;

4.4. Aduz que as verbas referentes à participação nos lucros não é fato gerador de contribuições previdenciárias, com base na CF/88 (art. 7º, inciso I) e transcreve várias ementas de julgamentos ratificando seu entendimento, também, invoca a MP 794/94 para indicar que participação nos lucros não constitui salário de contribuição;

4.5. Considera que os contratos celebrados entre a empresa e os estagiários obedecem estritamente a disposição legal insculpida na Lei 6.494/77 e observa que não existe qualquer determinação de que o pagamento efetuado à estagiário deve constar de folhas de pagamento.

4.6. Insiste que os atos administrativos estão vinculados ao princípio da legalidade, porém, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade devem estar presentes em todos os procedimentos administrativos;

4.7. Por fim, requer que a exigibilidade do crédito notificado seja suspenso, com base no inciso III, artigo 151 do CTN." (fls. 1164/1165)

4. Em sede de contra-razões, o fisco pugnou pela manutenção do julgado recorrido, pois entende que o contribuinte não trouxe em seu recurso qualquer elemento novo, de fato ou de direito, capaz de alterar a decisão.

É o relatório.

Voto

Conselheiro DAMIÃO CORDEIRO DE MORAES, Relator

ADMISSIBILIDADE DO RECURSO

1. Conheço do recurso voluntário, uma vez que atende aos pressupostos de admissibilidade.



DECADÊNCIA

2. Preliminarmente, é importante que seja feita a análise da decadência, conforme requerido pelo contribuinte, tendo em vista que alguns créditos tributários constituídos já se encontram decaídos segundo o prazo quinquenal previsto no Código Tributário Nacional.

3. Sobre essa questão, cumpre dizer que, nas sessões plenárias dos dias 11 e 12/06/2008, respectivamente, o Supremo Tribunal Federal - STF, por unanimidade, declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24/07/91 e editou a Súmula Vinculante nº 08. Seguem transcrições:

"Parte final do voto proferido pelo Exmo Senhor Ministro Gilmar Mendes, Relator"

Resultam inconstitucionais, portanto, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91 e o parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei nº 1.569/77, que versando sobre normas gerais de Direito Tributário, invadiram conteúdo material sob a reserva constitucional de lei complementar.

Sendo inconstitucionais os dispositivos, mantém-se hígida a legislação anterior, com seus prazos quinquenais de prescrição e decadência e regras de fluência, que não acolhem a hipótese de suspensão da prescrição durante o arquivamento administrativo das execuções de pequeno valor, o que equivale a assentar que, como os demais tributos, as contribuições de Seguridade Social sujeitam-se, entre outros, aos artigos 150, § 4º, 173 e 174 do CTN

Diante do exposto, conheço dos Recursos Extraordinários e lhes nego provimento, para confirmar a proclamada inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei nº 1.569/77, frente ao § 1º do art. 18 da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional 01/69.

É como voto.

Súmula Vinculante nº 08.

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".

4. Os efeitos da Súmula Vinculante são previstos no artigo 103-A da Constituição Federal, regulamentados pela Lei nº 11.417, de 19/12/2006, *in verbis*:

"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 "

5. Ainda sobre o assunto, a Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, dispõe o que segue:

“Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências.

Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de 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 prevista nesta Lei.

§ 1º O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.”

6. Assim, como demonstrado, a partir da publicação na imprensa oficial, todos os órgãos judiciais e administrativos ficam obrigados a acatarem a Súmula Vinculante.

7. Dessa forma, afastado por inconstitucionalidade o artigo 45 da Lei nº 8.212/91, resta verificar qual regra de decadência prevista no Código Tributário Nacional - CTN se aplicar ao caso concreto.

8. Compulsando os autos, depreende-se do Termo de Encerramento da Auditoria Fiscal – TEAF, juntado às fls. 321/322, que houve recolhimento parcial, em face da totalidade das folhas de salários da empresa, sobre os valores lançados. E por esse motivo, tenho como certo que deva ser aplicada a regra do artigo 150, §4º, do CTN.

9. E considerando que a recorrente foi cientificada do lançamento fiscal em 30/10/2006, referente às contribuições do período de 01/06/1996 a 31/12/2004, ficam alcançadas pela decadência quinquenal as competências 06/1996 a 09/2001, restando mantidas as competências 10/2001 a 12/2004.

10. Em razão do exposto, excluo do lançamento fiscal as competências 06/1996 a 09/2001, estando compreendidas neste período as rubricas: levantamento “FP”; parte do levantamento “FPG”; parte do levantamento “PLG”; levantamento “GTE”; levantamento “PTL”; levantamento “SE”; parte do levantamento “SEG”; levantamento “AC” e parte do levantamento “ECG”. (fls. 343/344)

11. E considerando a existência de débito remanescente, passo a examinar as demais questões recursais.

DO LEVANTAMENTO “FPG”

12. Segundo consta do relatório fiscal, houve o recolhimento incorreto por parte do contribuinte no que se refere às contribuições destinadas a terceiros e para o RAT sobre a base do INSS:



"3 2 – LEVANTAMENTO 'FPG' – refere-se ao período de 01/1999 a 13/2004 – (nos cinco CNPJ da empresa) – São as BASES DE CÁLCULOS declaradas pelo contribuinte em suas folhas de pagamento e GFIP's (Bases do INSS, Descontado do Segurado ao INSS e deduções de salário Família e Maternidade) das remunerações pagas ou creditadas aos seus SEGURADOS. Os recolhimentos (GRPS's ou GPS's) existentes, as retenções (11%) e as compensações declaradas, foram utilizados para abatimento do débito conforme Demonstrado nos relatórios próprios. Portanto, estamos reclamando neste levantamento os valores das diferenças entre o Apurado e o Recolhido. As diferenças apontadas neste levantamento decorre basicamente do enquadramento equivocado do FPAS 566 e CNAE 64.20-3 (atividades de telecomunicações) adotado pelo contribuinte. Quando o correto seria FPAS 507 e CNAE 45.41-1 (instalações elétricas). Desta forma utilizou uma alíquota de 4,5% para terceiros e 1% para o RAT sobre a BASE DO INSS, enquanto o correto seria 5,8% para os terceiros e 3% para RAT sobre a BASE DO INSS " (fl.343)

13. E em consonância com a decisão de primeira instância, durante o procedimento fiscalizatório, o auditor fiscal concluiu que "esta empresa não desempenha atividades de telecomunicações, mas sim a infraestrutura para que a telecomunicação exista. Observamos que a atividade preponderante desenvolvida é a engenharia de rede; que consiste na instalação do cabeamento em ruas e avenidas, bem como o cabeamento interno, nas casas ou edifícios; que consiste nos estudos de viabilização e projetos, que consiste na ativação e ajuste do sinal, que consiste na informática e softwares para gerenciar assinantes, bem como outros controles e pesquisas; tendo sempre como objetivo final, a telecomunicação." (fl. 1.168)

14. Ainda nessa linha de raciocínio, o julgador alega que "conclusivamente, sua atividade preponderante enquadra-se no anexo XV (serviços de construção civil) da IN 100, no CNAE 45.4 obras de instalações, no subgrupo 45.41-1 Instalações Elétricas (serviço), na subclasse – colocação de cabos para instalações telefônicas, informáticas, comunicações; instalação de equipamentos telefônicos, caracterizando-se para o CNAE: 45.41-1 – instalações elétricas (alíquota de RAT= 3%) e consequentemente o FPAS, código 507 (alíquota de terceiros= 5,8%)" (fl. 1.168)

15. Sobre o assunto, o Decreto n.º 356, de 7 de dezembro de 1991, que aprovou o Regulamento da Organização e do Custeio da Seguridade Social, previa em seu artigo 26, § 1º, o conceito de atividade preponderante como sendo "a atividade econômica autônoma que ocupa o maior número de segurados empregados e trabalhadores avulsos na empresa ou estabelecimento a ela equiparado."

16. Posteriormente, referido Decreto foi revogado pelo Decreto n.º 2.173, de 05 de março de 1997, o qual manteve, em seu texto, a mesma previsão em relação aos trabalhadores (empregados e trabalhadores avulsos) considerados para efeito de atividade preponderante.

17. E com o advento do Decreto n.º 3.048, de maio de 1999, vigente até a presente data, foi mantida a mesma redação no artigo 202, parágrafo 3º, conforme demonstrado abaixo:

"Art 202 A contribuição da empresa, destinada ao financiamento da aposentadoria especial, nos termos dos arts 64 a 70, e dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do

trabalho corresponde à aplicação dos seguintes percentuais, incidentes sobre o total da remuneração paga, devida ou creditada a qualquer título, no decorrer do mês, ao segurado empregado e trabalhador avulso:

I - um por cento para a empresa em cuja atividade preponderante o risco de acidente do trabalho seja considerado leve,

II - dois por cento para a empresa em cuja atividade preponderante o risco de acidente do trabalho seja considerado médio, ou

III - três por cento para a empresa em cuja atividade preponderante o risco de acidente do trabalho seja considerado grave.

(...)

§ 3º Considera-se preponderante a atividade que ocupa, na empresa, o maior número de segurados empregados e trabalhadores avulsos.” (grifos nossos)

18. Dessa forma, entendo que para que o fisco pudesse proceder à troca do CNAE e do FPAS da empresa, deveria ter trazido aos autos elementos passíveis de comprovar que a atividade preponderante exercida pelo contribuinte enquadra-se em serviços de construção civil.

19. Além disso, conforme o Contrato Social, juntados às fls. 379/387, a empresa possui como objeto social “a prestação de serviços nas áreas de telecomunicações e de informática; no desenvolvimento e aperfeiçoamento de Software, sua locação e manutenção; a importação de máquinas e equipamentos relacionados ao seu objeto social”, não havendo qualquer referência de sua atuação na área de infraestrutura, ou de construção civil.

20. Nesse sentido, o contribuinte alega que, embora a autoridade fiscal declare que a atividade preponderante da empresa é a de obras e instalações, “o próprio objeto social, além de não prever esta atividade” também “não consta dos autos do processo administrativo qualquer aferição que demonstre qual a atividade preponderante exercida pela recorrente nos exercícios de 1996 a 2004”. (fl. 1.199)

21. O reenquadramento de empresa para efeito da cobrança do SAT, em razão do grau de risco, é prerrogativa do fisco, entretanto deve ser realizado mediante a observância das normas legais e após devidamente comprovadas as características de sua atividade. Por ser pertinente, peço vênias para citar o Acórdão nº 206-01042, proferido pela Conselheira Relatora Ana Maria Bandeira, ao apreciar o recurso nº 250885, na Sessão de 03/07/2008, que assim restou ementado:

DECADÊNCIA - ARTS 45 E 46 LEI Nº 8.212/1991 - INCONSTITUCIONALIDADE - STF - SÚMULA VINCULANTE. De acordo com a Súmula Vinculante nº 08, do STF, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 são inconstitucionais, devendo prevalecer, no que tange à decadência e prescrição, as disposições do Código Tributário Nacional. Nos termos do art. 103-A da Constituição Federal, as Súmulas Vinculantes aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terão efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à



administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

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." (grifei)

22. Ao proferir seu voto, a Conselheira, para chegar à conclusão de que a empresa exercia a atividade de telecomunicações e não outra, como lançado pelo agente fiscal, se utilizou da seguinte argumentação:

"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 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.

(...)

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." (g n)

23. E esse foi o meu entendimento ao analisar o caso concreto, tendo em vista que, conforme mencionado anteriormente, consta do Contrato Social da empresa que seu objeto social é a prestação de serviços nas áreas de telecomunicações e de informativa; no desenvolvimento e aperfeiçoamento de Software, sua locação e manutenção, a importação de máquinas e equipamentos relacionados ao seu objeto social; não havendo qualquer impedimento para que o contribuinte, na execução de seu objeto social, desempenhe outras atividades.

24. Assim, e a partir da leitura da peça informativa, entendo que restou configurado que o lançamento carece de embasamento fático e jurídico para a sua constituição, eis que ausentes as provas necessárias para demonstrar que a atividade principal da empresa é a de construção civil, já que cabe ao fisco o *onus probandi*. E o Código Tributário Nacional – CTN reza em seu artigo 142 que o lançamento do crédito tributário deve passar pela verificação da ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, procedimento esse que se configura em pressuposto de validade do procedimento fiscal.

25. Dessa forma, pelos motivos acima expostos, retiro esta rubrica do lançamento, tendo em vista que o contribuinte demonstrou que fez o recolhimento de acordo com a atividade exercida por sua empresa, conforme consta do contrato social.

DO LANÇAMENTO SOBRE A FOLHA DE PAGAMENTO DE ESTAGIÁRIOS

26. O contribuinte sofreu lançamento referente aos “LEVANTAMENTO ‘SEG’ – período de 01/1999 a 12/2004” e “LEVANTAMENTO ‘ECG’ – período de 07/1999 a 02/2004”, *in verbis*:

“3.7 LEVANTAMENTO ‘SEG’ – período de 01/1999 a 12/2004 – débitos nos CNPJ 0001, 0002, 0003 e 0004 – São as BASES DE CÁLCULOS (remunerações pagas ou creditadas aos ‘Estagiários’ em desacordo com a Lei nº 6.494/77) declaradas pelo contribuinte EM FOLHAS DE PAGAMENTOS DOS ESTAGIÁRIOS sem contudo apresentar seus Termos de Contrato do Estágio. Foi considerado como pagamentos aos segurados empregados, e estamos reclamando as contribuições Patronais, bem como a parte do segurado (calculando as alíquotas vigentes). Tal verba é Fato Gerador conforme inciso I do art. 28 da Lei nº 8.212/91. Para este Levantamento não existe Recolhimentos Previdenciários

(..)

3.9 LEVANTAMENTO ‘ECG’ – período de 07/1999 a 02/2004 – 11 competências com débitos no CNPJ da matriz – São as BASES DE CÁLCULOS (remunerações pagas ou creditadas aos ‘Estagiários’ em desacordo com a Lei nº 6.494/77) declaradas pelo contribuinte na conta ESTAGIÁRIOS – 314.07.001 – sem contudo, constar da Folha de Pagamento nem apresentar o Termo de Contrato do Estágio. Foi considerado como pagamentos aos segurados empregados, e estamos reclamando as contribuições Patronais, bem como a parte do segurado (calculando as alíquotas vigentes). Tal verba é Fato Gerador conforme inc. I do art. 214 do RPS (aprovado p/ decreto nº 3.048/99), inciso I do art. 28 da Lei nº 8.212/91. Para este Levantamento não existe Recolhimento Previdenciário” (fl. 344)



27. Nas palavras da autoridade julgadora de primeira instância “não foi apresentado qualquer instrumento jurídico que comprovasse a realização de estágio para o período do lançamento do crédito” e por esse motivo o fisco procedeu à “descaracterização dos prestadores de serviços na condição de estagiários para considera-los como segurados obrigatórios da Previdência Social na qualidade de segurados empregados, haja vista a presença dos requisitos da relação de emprego estampados no art. 3º da Consolidação da Leis Trabalhistas, quais sejam: não eventualidade, onerosidade, subordinação e pessoalidade.” (fl. 1.172)

28. A relação de estágio, à época dos fatos, encontrava-se regida pela Lei n.º 6.494, de 07 de dezembro de 1977 (revogada pela Lei n.º 11.788, de 2008), diversa da Consolidação das Leis Trabalhistas. Nos termos da lei, para que a relação de estágio seja configurada há a necessidade do termo de compromisso celebrado entre o estudante e a parte concedente, *in verbis*:

“Art. 1º As pessoas jurídicas de Direito Privado, os Órgãos da Administração Pública e as Instituições de Ensino podem aceitar, como estagiários, aluno regularmente matriculados e que venham frequentando, efetivamente, cursos vinculados à estrutura do ensino público e particular, nos níveis superior, profissionalizante de 2º Grau e Supletivo.

§ 1º - O estágio somente poderá verificar-se em unidades que tenham condições de proporcionar experiência prática na linha de formação, devendo, o estudante, para esse fim, estar em condições de estagiar, segundo o disposto na regulamentação da presente Lei.

§ 2º - Os estágios devem propiciar a complementação do ensino e da aprendizagem a serem planejados, executados, acompanhados e avaliados em conformidade com os currículos, programas e calendários escolares, a fim de se constituírem em instrumentos de integração, em termos de treinamento prático, de aperfeiçoamento técnico-cultural, científico e de relacionamento humano

(...)

Art. 3º A realização do estágio dar-se-á mediante termo de compromisso celebrado entre o estudante e a parte concedente, como interveniência obrigatória da instituição de ensino.” (g n)

29. E compulsando os autos, verifico que a empresa juntou ao processo documentos referentes a alguns dos estagiários enumerados pelo fisco às fls. 206/225, porém não apresentou os Termos de Compromisso celebrados entre o estudante e a parte concedente firmados no período não abrangido pela decadência, qual seja 10/2001 a 12/2004. E como o período compreendido entre 06/1996 e 09/2001 já foram excluídos do lançamento, a documentação apresentada pelo contribuinte torna-se ineficiente para demonstrar a inexistência do vínculo empregatício.

30. Dessa forma, não havendo o contribuinte demonstrado que a relação existente entre a empresa e as pessoas consideradas pela autoridade fiscal como segurado empregado, mantenho o lançamento com relação a essa rubrica.



CONCLUSÃO

31. Ante ao exposto, CONHEÇO do recurso voluntário, para, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL.

Sala das Sessões, em 2 de dezembro de 2010

DAMIÃO CORDEIRO DE MORAES

Voto Vencedor

Conselheira BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS, Redatora designada – **voto vencedor somente no tocante a decadência.**

Permito-me divergir do entendimento manifestado pelo Conselheiro Relator, em relação à aplicação do prazo decadencial previsto no art. 150, § 4º, do CTN..

Verifica-se dos autos que o fato gerador que ensejou a lavratura da NFLD em tela é o pagamento de remuneração dos segurados caracterizados como empregados pela fiscalização, cujo vínculo empregatício não foi reconhecido pela empresa.

Aplica-se o prazo decadencial previsto no art. 150 do CTN, apenas quando não for comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, o que não é o caso presente, já que a fiscalização constatou e comprovou a ocorrência dessa última situação, caso em que se aplica o prazo previsto no art. 173, do CTN, transcrito a seguir:

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

Julgados do Conselho de Contribuintes também se apresentam no mesmo sentido, ou seja, restando caracterizada nos autos a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, deixa de ser aplicado o § 4º do art. 150, para a aplicação da regra geral contida no art. 173, inciso I ambos do CTN.

Abaixo transcrevo, a título de exemplificação, as ementas de alguns acórdãos:

“1º Conselho – 8ª Câmara

Recurso 146870 – Acórdão 108-09631

Ementa. Assunto. Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Ano-calendário 1998

DECADÊNCIA. Para os tributos lançados por homologação, o início da contagem do prazo decadencial é o da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, nos termos do § 4º do artigo 150 do CTN. Configurados o dolo, fraude ou simulação, a contagem do prazo



decadencial é realizada nos termos do art. 173, inciso I, do CTN"

"1º Conselho – 7ª Câmara

Recurso 152994 – Acórdão 107-09311

Ementa Assunto Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário 1999, 2000 IRPJ DECADÊNCIA DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO

Nos lançamentos por homologação, a contagem do prazo decadencial, de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador, não se aplica aos casos de dolo, fraude ou simulação, nesses casos, a contagem do prazo decadencial segue a regra geral prevista no art. 173, I, do CTN.

CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS DECADÊNCIA FRAUDE. ART 173, I, DO CTN. INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 8212/91.

Em matéria de decadência, inclusive nos casos das contribuições sociais, a norma aplicável é o Código Tributário Nacional. Não pode a lei 8212/91, lei ordinária, veicular norma de decadência, afastando a regra expressa do CTN, formalmente lei complementar.

MULTA POR INFRAÇÃO QUALIFICADA

A falta de escrituração de parte expressiva das receitas, reiteradamente, em todos os meses de dois anos-calendário consecutivos, demonstra ter a autuada agido com dolo, caracterizando o evidente intuito de fraude, que dá ensejo à aplicação da multa por infração qualificada, no percentual de 150%."

Portanto, resta afastada a aplicação do § 4º do art. 150 para a aplicação do art. 173 inciso I, ambos do CTN.

No caso sob análise, constata-se que o contribuinte tomou ciência da NFLD em 30/10/2006, e o lançamento se refere ao período de 06/1996 a 12/2004.

Dessa forma, considerando o exposto acima, constata-se que se operara a decadência do direito de constituição do crédito nas competências compreendidas entre 06/96 a 11/00, inclusive, uma vez que, para a competência 12/00, a contribuição é devida somente a partir de 01/01, iniciando-se a contagem do prazo em 01/01/2002, que é o primeiro dia do exercício seguinte àquele que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos termos do dispositivo legal transcrito acima.

Portanto, o Fisco se encontra ainda no direito de cobrar as contribuições devidas lançadas nas competências 12/2000 a 12/2004, excluindo os décimos terceiros salários de 1996, 1997, 1998, 1999 e 2000.

Sala das Sessões, em 2 de dezembro de 2010



BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS

