



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

Processo nº 16095.000282/2008-39
Recurso nº 163.600 Voluntário
Acórdão nº 2301-002.917 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de junho de 2012
Matéria NFLD - Representação Comercial Caracterização segurado empregado
Recorrente OREMA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1996 a 30/11/2005

DECADÊNCIA PARCIAL.

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.

No caso dos autos a autoridade fiscal descaracterizou a relação de prestação de serviços das empresas de representação comercial para efetuar a caracterização de seus sócios como segurados empregados do autuado. Sob essa ótica efetuou o lançamento das contribuições previdenciárias apenas em relação a quatro segurados, os quais foram qualificados como empregados. Assim, considerando a totalidade da folha de salários do autuado (demais segurados empregados, contribuintes individuais etc.), depreende-se dos autos que houve outros pagamentos a título de contribuição previdenciária o que atrai o prazo quinquenal do artigo 150, § 4º da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional.

VÍNCULO EMPREGATÍCIO. REPRESENTAÇÃO COMERCIAL.

Somente quando verificados a subordinação, onerosidade e não eventualidade é que será reconhecido o vínculo empregatício entre tomador e prestador de serviços.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, I) Por maioria de votos: a) em dar provimento parcial ao Recurso, nas preliminares, para excluir do lançamento as contribuições apuradas até a competência 02/2001, anteriores a 03/2001, devido à aplicação da regra decadencial expressa no § 4º, Art. 150 do CTN, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Conselheiros Mauro José Silva e Bernadete de Oliveira Barros, que votaram pela aplicação do

I, Art. 173 do CTN; II) Por voto de qualidade: a) em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Redator. Vencidos os Conselheiros Bernadete de Oliveira Barros, Mauro José Silva e Adriano Gonzáles Silvério, que negavam provimento ao recurso. Redator: Leonardo Henrique Pires Lopes

Marcelo Oliveira - Presidente.

Adriano Gonzales Silvério - Relator.

Leonardo Henrique Pires Lopes – Redator designado.

EDITADO EM:

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira (Presidente), Damião Cordeiro de Moraes, Bernadete de Oliveira Barros, Leonardo Henrique Pires Lopes, Mauro José Silva e Adriano Gonzales Silvério.

Relatório

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito nº 35.819.706-6, a qual exige contribuições sociais a cargo da empresa e as contribuições previdenciárias relativas a parte dos segurados, destinadas ao custeio Seguridade Social, ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, incidentes sobre as importâncias pagas a pessoas jurídicas prestadoras de serviços caracterizadas como empregados.

Relata o Relatório Fiscal de fls. 84 a 87 que: *“As contribuições devidas foram calculadas sobre as importâncias pagas / creditadas a: Prestadores de serviços pessoas jurídicas, caracterizados na ação fiscal como empregados, que estão devidamente discriminados no "Anexo I e II", deste relatório; Serviram de base para o levantamento do débito os Livros Diários n. 28 a 50 e as Notas Fiscais de Serviços emitidas pelas empresas: Paulo Frederico Hilgenberg, inscrita no CNPJ sob n. 63.952.865/0001-78, serviços de vendas efetuados pelo sócio gerente da empresa Paulo Frederico Hilgenberg, A. C. H. Representações de Tintas e Anilinas Ltda Me, inscrita no CNPJ: sob n. 55.485.544/0001-82, serviços de vendas efetuado pelo Antonio Carlos Hespanhol, Orgler Representações S/C Ltda, inscrita no CNPJ: sob n. 67.009.241/0001-72, serviços de vendas efetuados pelo sócio gerente Cláudio José Orgler, Marprint Representações Ltda, inscrita no CNPJ: sob n. 64.025.992/0001-94, serviços de vendas efetuados pelo Mário Malandrin Andrijic, todos eles prestaram serviços de Vendas de Produtos de fabricação, e ou comercialização da Notificada, como tintas de impressão para folhetos de propagandas e Caixas de acondicionamento de produtos. Os valores estão discriminados em Notas Fiscais de Serviços para pagamento de Comissões sobre*

vendas. Além das Notas Fiscais de Serviços serviram para lavratura do débito os Livros Diários e Razões. Não foram apresentadas as Notas Fiscais de Serviços referente ao período de janeiro de 1996 a junho de 1997. A fiscalização lançou o débito com base em lançamentos contábeis no período da falta de Notas Fiscais."

Segue ainda dizendo que: *"Quanto a descaracterização dos prestadores de serviços pessoas jurídicas, cabe-nos esclarecer que: a descaracterização das pessoas jurídicas prestadoras de serviços, como tal, bem como o conseqüente enquadramento desses prestadores de serviços como segurados empregados, deve-se à presença, nessas contratações, dos requisitos legais da definição de "empregado" de que tratam os art. 2º e 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho-CLT, c/c o art. 12, inciso I, alínea "a" e art. 15, inciso I, ambos da Lei n.º 8212, de 24/07/91. De acordo com os dispositivos legais acima citados, 05 (cinco) são os requisitos presentes na definição de empregado: a) pessoa natural (física); b) trabalho assalariado; c) trabalho não eventual; d) pessoalidade ("intuito personae"); e) dependência, subordinação."*

O sujeito passivo apresentou impugnação sustentando, em síntese, a extinção do crédito previdenciário lançado em decorrência da ocorrência da decadência, inadequado arbitramento dos valores pagos como salário, a inexistência de relação jurídica empregatícia entre ela e as empresas prestadoras de serviços, cabendo, assim, apenas a Justiça do Trabalho considerar a existência ou não da relação de emprego.

Após a apresentação da impugnação, foi verificada a presença de erro ocorrido no registro da fundamentação legal que apontava o lançamento por meio de aferição indireta. Em diligência, o Fisco esclareceu que o respectivo lançamento não fora efetivado por meio de arbitramento ou aferição indireta, mas sim pelas informações registradas na contabilidade da empresa.

Em face disso, abriu-se prazo para que o sujeito passivo apresentasse adendo a sua defesa no prazo de 15 (quinze) dias, a qual foi apresentada tempestivamente com a alegação de que a NFLD é nula por não respeitar o direito da ampla defesa e do contraditório, bem como a nulidade do aditivo, pois foi lavrado fora do prazo do Mandado de Procedimento Fiscal.

A instância *a quo* julgou improcedente a impugnação e conseqüentemente manteve a integralidade da autuação.

Objetivando a reforma da decisão *a quo* o sujeito passivo interpôs recurso voluntário a esse Conselho, por meio do qual reitera os argumentos já despendidos anteriormente.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Adriano Gonzales Silvério

O recurso é tempestivo e não há óbice para seu conhecimento.

Decadência

Por se tratar a decadência de matéria prejudicial ao mérito, passo apreciar preliminarmente essa questão.

Nesses termos, cabe salientar que, 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.

Verifica-se que a fiscalização lavrou a NFLD discutida com amparo na Lei 8.212, de 24 de julho de 1991 que, em seu art. 45, dispõe que o direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, entendendo que apenas lei complementar pode dispor sobre prescrição e decadência em matéria tributária, nos termos do artigo 146, III, 'b' da Constituição Federal, negou provimento por unanimidade aos Recursos Extraordinários nº 5596664, 559882, 559943 e 560626, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei nº 8212/91.

Na oportunidade, foi editada a Súmula Vinculante nº 08 na respeito do tema, publicada em 20/06/2008, transcrita abaixo:

Súmula vinculante 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”

Cumpre ressaltar que o art. 62, da Portaria 256/2009, que aprovou o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, veda o afastamento de aplicação ou inobservância de legislação sob fundamento de inconstitucionalidade. Porém, determina, no inciso I do § único, que o disposto no caput não se aplica a dispositivo que tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal:

“Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou”

Portanto, em razão da declaração de inconstitucionalidade dos arts 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 pelo STF, restaram extintos os créditos cujo lançamento tenha ocorrido após o prazo decadencial e prescricional previsto nos artigos 173 e 150 do Código Tributário Nacional.

É necessário observar ainda que as súmulas aprovadas pelo STF possuem efeitos vinculantes, conforme se depreende do art. 103-A e parágrafo da Constituição Federal, que foram inseridos pela Emenda Constitucional nº 45/2004, *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.

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

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (g.n.).”

Da leitura do dispositivo constitucional acima, conclui-se que a vinculação à súmula alcança a administração pública e, por consequência, os julgadores no âmbito do contencioso administrativo fiscal.

Ademais, nos termos do artigo 64-B da Lei 9.784/99, com a redação dada pela Lei 11.417/06, as autoridades administrativas devem se adequar ao entendimento do STF, sob pena de responsabilidade pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.

“Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal”

Afastado, pois, o prazo previsto originalmente no citado artigo 45, cabe agora verificar o prazo aplicável, se aquele do 150, § 4º ou 173, inciso I, ambos da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional.

Temos adotado a posição doutrinária e jurisprudencial no sentido de que havendo **pagamento antecipado** por parte do contribuinte, em relação ao fato gerador posto em discussão, deve incidir o prazo decadencial quinquenal previsto no mencionado artigo 150,

§ 4º. Nesse sentido a decisão proferida pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, na sistemática de recurso repetitivo, nos autos do Recurso Especial 973.733/SC, a qual deve ser atendida, por força do disposto no artigo 62-A Portaria 256/2009, que aprovou o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

*1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: **REsp 766.050/PR**, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; **AgRg nos EREsp 216.758/SP**, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e **EREsp 276.142/SP**, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).*

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponível, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).

5. In casu, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação ex lege de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos atos impositivos ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.

6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo.

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.”

No caso dos autos a autoridade fiscal descaracterizou a relação de prestação de serviços das empresas de representação comercial para efetuar a caracterização de seus sócios como segurados empregados do autuado. Sob essa ótica efetuou o lançamento das contribuições previdenciárias apenas em relação a quatro segurados, os quais foram qualificados como empregados. Assim, considerando a totalidade da folha de salários do autuado (demais segurados empregados, contribuintes individuais etc.), depreende-se dos autos que houve outros pagamentos a título de contribuição previdenciária o que, a meu ver, atrai o prazo quinquenal do artigo 150, § 4º da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional.

Sabendo-se que na espécie o período verificado está compreendido entre janeiro de 1996 a novembro de 2005 e que a ora recorrente foi intimada da NFLD em 22 de março de 2006 (fls. 249), verifica-se que está decaído o período de janeiro de 1996 a fevereiro de 2001.

Competência para verificar existência de vínculo empregatício

No mérito, alega a recorrente que o Fisco não teria competência para verificar a existência de vínculo empregatício entre a empresa e seus funcionários, cabendo essa atividade à Justiça do Trabalho.

Esse tema já está sufragado no âmbito de nossos Tribunais, os quais reconhecem a possibilidade de a autarquia previdenciária averiguar a existência ou não de vínculo empregatício no exercício de sua atividade fiscalizadora. Nesse sentido o julgado abaixo do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ART. 535 DO CPC. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. PRESUNÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA DO TÍTULO EXECUTIVO. PREQUESTIONAMENTO DOS ARTS. 333 DO CPC, 142 DO CTN, 82, 115, 129 E 131 DO CC/16 E 3º DA CLT. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL COMPROVADA EM PARTE. 1. O Tribunal a quo, ainda que de modo conciso, decidiu a questão ao afirmar que o documento apresentado pela recorrida, no sentido de provar a existência de serviço eventual, foi o mesmo utilizado pela autarquia para efetuar o lançamento do débito tributário.

razão pela qual não vejo qualquer prática irregular ocorrida no momento da notificação que pudesse ensejar a nulidade da NFLD em questão. Nesse sentido, transcreve-se a redação dos citados dispositivos legais, verbis:

“Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

I – a qualificação do autuado;

II – o local, a data e a hora da lavratura;

III – a descrição do fato;

IV – a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V – a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI – a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.”

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

I – a qualificação do notificado;

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

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

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

O sujeito passivo foi devidamente intimado de todos os atos processuais, assegurando-lhe a oportunidade de exercício da ampla defesa e do contraditório, nos termos do artigo 23 do mesmo Decreto.

“Art. 23. Far-se-á a intimação:

I – pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar; (Redação dada pela Lei nº 9.535, de 10.12.1997)

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

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

A decisão recorrida também atendeu às prescrições que regem o processo administrativo fiscal: enfrentou as alegações pertinentes do recorrente, com indicação precisa dos fundamentos e se revestiu de todas as formalidades necessárias. Não contém, portanto, qualquer vício que suscite sua nulidade.

“Art. 31. A decisão conterá relatório resumido do processo, fundamentos legais, conclusão e ordem de intimação, devendo referir-se, expressamente, a todos os autos de infração e notificações de lançamento objeto do processo, bem como às razões de defesa suscitadas pelo impugnante contra todas as exigências. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 9.12.1993).”

Portanto, em razão do exposto e nos termos das regras disciplinadoras do processo administrativo fiscal, não se identificam vícios capazes de tornar nulo quaisquer dos atos praticados:

“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.”

Por essa razão, não acolho a alegação de nulidade da autuação.

Relação de vínculo empregatício

Em relação à parte não decaída, verifica-se que, por se tratar de cobrança de contribuição previdenciária incidente sobre os valores pagos às pessoas jurídicas prestadoras de serviços de representação comercial caracterizadas, pela D. Fiscalização, como segurado empregado, o cerne da questão reside, assim, em saber se os prestadores de serviços enquadram-se ou não na figura jurídica de empregado previsto no artigo 3º da CLT, para efeitos da incidência das contribuições sociais a cargo da empresa.

Segundo o relatório fiscal, essa contribuição previdenciária é devida tendo em vista a constatação do seguinte: *“Quanto a descaracterização dos prestadores de serviços pessoas jurídicas, cabe-nos esclarecer que: A descaracterização das pessoas jurídicas prestadoras de serviços, como tal, bem como o conseqüente enquadramento desses prestadores de serviços como segurados empregados, deve-se à presença, nessas contratações, dos requisitos legais da definição de “empregado” de que tratam os art. 2º e 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho-CLT, c/c o art. 12, inciso I, alínea “a” e art. 15, inciso 1, ambos da Lei n.º 8212, de 24/07/91. De acordo com os dispositivos legais acima citados, 05 (cinco) são os requisitos presentes na definição de empregado: a) pessoa natural (física); b) trabalho assalariado; c) trabalho não eventual; d) pessoalidade (“intuito personae”); e) dependência, subordinação.”*

À vista dos argumentos esposados no relatório fiscal, percebe-se que, para fundamentar a incidência da contribuição previdenciária em julgamento, a Fiscalização examinou, sob a sua ótica, a presença dos requisitos necessários para a caracterização do segurado empregado que se encontra disposto no artigo 3º da CLT que prevê:

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

Para que seja considerado o prestador de serviços, como segurado empregado é necessário que ele possua cumulativamente as seguintes características: subordinação, não eventualidade, onerosidade e pessoalidade. A ausência de qualquer um dos requisitos anteriormente citados acaba inevitavelmente descaracterizando a relação jurídica de trabalho.

O Relatório Fiscal demonstra que os sócios das empresas prestadoras de serviços desempenhavam pessoalmente a comercialização das mercadorias, de forma não eventual e mediante remuneração.

A relação verificada foi a de que, a despeito de existir as pessoas jurídicas, as quais contratavam com a recorrente os serviços de representação comercial, os sócios dessas empresas é que desempenhavam os serviços, de forma continuada a comercialização de tintas para impressão, anilinas e outros produtos industrializados pela autuada.

É certo, porém, que a representação comercial, segundo as disposições da Lei nº 4.886/65, que a regulamenta, dispõe que a prestação dos serviços pode ser exercida tanto por pessoa física como pessoa jurídica. Desconsiderando as pessoas jurídicas prestadoras dos serviços teríamos, pelo momento e requisitos até então descritos, pessoas físicas prestando serviços sem vínculo empregatício, portanto, na qualidade de segurados contribuintes individuais.

Todavia, falta-nos a análise do requisito relativo à subordinação, característica marcante nas relações de emprego e que mantém, na órbita da representação comercial uma tênue diferença.

Nesse sentido ressalta Fábio Ulhoa Coelho, em sua obra Manual de Direito Comercial (Saraiva, 12ª ed., p. 424):

“Inexiste qualquer vínculo de emprego entre o representado e o representante comercial autônomo. A subordinação deste àquele tem caráter exclusivamente empresarial, ou seja, cinge-se à organização do exercício da atividade econômica. O representante comercial autônomo é um comerciante, pessoa física ou jurídica. Como tal, ele estrutura e dirige um negócio próprio, ainda que exíguo e simples. Na organização de sua atividade comercial, ele sofre considerável ingerência do representado, mas que diz respeito apenas à forma de exploração do negócio, não à pessoa do representante. Caso as relações não se verifiquem desta maneira, ou seja, em existindo uma subordinação que extrapole o aspecto meramente negocial para alcançar a pessoa mesma do representante, então não haverá contrato mercantil, mas de trabalho, sujeito a um regime jurídico substancialmente diverso.”

Como se vê dos ensinamentos doutrinários a subordinação intrínseca à representação comercial diz respeito à exploração da atividade econômica, tais como áreas de atuação, informar sobre pedidos efetuados, cota de produtividade etc. Passando a subordinação a atingir a pessoa do representante estaremos diante da relação empregatícia.

Voltando ao caso concreto, foi comprovado nos autos que o sujeito passivo realizava o controle integral da atividade realizada, na medida em que cumpria com todos os gastos relativos a despesas de hospedagem, refeições, combustível, cabendo aos representantes

prestar contas desses gastos. A recorrente, portanto, assume todo o risco da atividade econômica desenvolvida, já que segundo a Lei nº 4.886/65 a única remuneração prevista é a comissão, sendo que o representante deve desenvolver por si próprio as suas atividades.

Outros elementos constantes dos autos levam a esse conclusão, tais como: i) em relação a Mario Malandrin Andrijic da empresa Marprint Representações Ltda. a recorrente descontava nas Notas Fiscais valores relativos a plano de saúde; ii) nos contratos anexados está previsto uma espécie de “aviso-prévio” ao representante quando houver a rescisão do contrato, calculo pela aplicação de 1/3 sobre a somatória dos últimos três meses de valores pagos, ou seja, 1 salário.

Assim, tenho que foram comprovados todos os requisitos previsto no artigo 3º da CLT, sobretudo a subordinação, razão pela qual não merece acolhida a irresignação recursal.

Ante o exposto, **VOTO** no sentido de **CONHECER** o recurso voluntário e, no mérito, **DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO**, para acolher a preliminar de decadência e decotar do lançamento, pela aplicação da regra prevista no artigo 150, § 4º do CTN, as competências compreendidas entre janeiro de 1996 a fevereiro de 2001, incluindo-se este último.

Adriano Gonzales Silvério - Relator

Voto Vencedor

Conselheiro Leonardo Henrique Pires Lopes, Redator Designado

A Lei nº 4.886/1965 estabelece no seu art. 27 o seguinte:

Art. 27. Do contrato de representação comercial, além dos elementos comuns e outros a juízo dos interessados, constarão obrigatoriamente:
(...).

i) exercício exclusivo ou não da representação a favor do representado;

Ora, se a exclusividade é uma condição que pode existir ou não no contrato de representação comercial, segundo a própria lei que disciplina o instituto, não pode ser esta a tônica a descaracterizar aquele negócio jurídico para fins de enquadramento como relação de emprego.

Por outro lado, a exclusividade não implica, por si só, a subordinação.

A orientação do prestador dos serviços é inerente a qualquer contrato de trabalho, seja ele decorrente de relação empregatícia ou não. O que diferencia a subordinação é o direcionamento pelo tomador dos serviços também dos meios de produção, da forma de trabalhar, dos meios e técnicas empregadas pelo obreiro.

Subordinação só há quando existe também poder de direção do contratante sobre o contratado, quando o primeiro pode intervir na atividade do segundo.

No caso dos autos, os profissionais gozam de liberdade técnica, mas estariam sujeitos às normas administrativas que regem os serviços.

Além disso, a previsão de prestação de contas no contrato de representação está contida no art. 28 da Lei nº 4.886/1965, para o qual “*o representante comercial fica obrigado a fornecer ao representado, segundo as disposições do contrato ou, sendo este omissivo, quando lhe for solicitado, informações detalhadas sobre o andamento dos negócios a seu cargo, devendo dedicar-se à representação, de modo a expandir os negócios do representado e promover os seus produtos*”.

Tal previsão não é apenas autorizada como até mesmo recomendada, pois a mediação de negócios de terceiros expõe o nome e a marca utilizados por este, além de ser totalmente compatível com contratos desta natureza em que se requer resultados na atuação da contratada.

Ora, qualquer prestador de serviços, inclusive quando é pessoa jurídica, submete-se às regras administrativas estipuladas pelo contratante, o que não significa subordinação. Trabalhar nos moldes da empresa contratante, conforme seu horário de funcionamento, determinação de prazos para entrega etc, são condições que podem ser estipuladas pela empresa contratante sem que isso figure vínculo empregatício, pois as técnicas a serem empregadas na atividade serão por ela escolhidas.

A existência de reembolso das despesas feitas aos profissionais também não implica a existência de relação de trabalho, já que a composição do preço pode ser feita livremente pelas partes.

Deste modo, entendo que não há vínculo empregatício, devendo ser provido o recurso neste ponto.