ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 19515.003693/2009-67

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

Processo nº	19515.003693/2009-67
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	**2401-005.720 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de	11 de setembro de 2018
Matéria	CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente	HERBALIFE INTERNATIONAL DO BRASIL LTDA
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. DECADÊNCIA. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. ANTECIPAÇÃO DE PAGAMENTO. OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO ARTIGO 150, § 4º, DO CTN. SÚMULA CARF Nº 99. OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA.

O prazo decadencial para a constituição dos créditos previdenciários é de 05 (cinco) anos, nos termos dos dispositivos legais constantes do Código Tributário Nacional, tendo em vista a declaração da inconstitucionalidade do artigo 45 da Lei nº 8.212/91, pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos dos RE's nºs 556664, 559882 e 560626, oportunidade em que fora aprovada Súmula Vinculante nº 08, disciplinando a matéria. *In casu,* aplicou-se o prazo decadencial insculpido no artigo 150, § 4º, do CTN, eis que restou comprovada a ocorrência de antecipação de pagamento, por tratar-se de salário indireto, tendo a contribuinte efetuado o recolhimento das contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração reconhecida (salário normal), na esteira da jurisprudência consolidada neste Colegiado, consagrada na Súmula CARF nº 99. Mais a mais, consta do TEAF e do Relatório Fiscal que no decorrer da ação fiscal a autoridade fazendária examinou *Comprovantes de Recolhimento*, além de outros documentos, o que nos leva a concluir pela existência de pagamentos parciais realizados pela contribuinte.

EMPRESA DE "MARKETING MULTINÍVEL". RELAÇÃO JURÍDICA DA EMPRESA COM OS DISTRIBUIDORES DE PRODUTOS. RELAÇÃO DE TRABALHO. INEXISTÊNCIA. PAGAMENTOS DE BÔNUS. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.

Não se verifica, no presente caso, que a relação jurídica entre a empresa de "marketing multinível" que fabrica e comercializa produtos com seus distribuidores (compradores) possui natureza de relação de trabalho, muito

menos a de emprego. A relação jurídica entre as partes é puramente comercial, inexistindo relação de trabalho.

Entende-se por salário de contribuição, para o segurado contribuinte individual, a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma. Portanto, inexistindo relação de trabalho e por conseqüência, remuneração pelo trabalho, torna-se insustentável a exigência de contribuição previdenciária sobre bônus pagos aos distribuidores (compradores) da empresa fornecedora dos produtos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, dar provimento ao recurso voluntário. Vencidos os conselheiros Francisco Ricardo Gouveia Coutinho, José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro e Miriam Denise Xavier que davam provimento parcial ao recurso apenas para declarar a decadência até 08/04.

(assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier - Presidente

(assinado digitalmente)

Rayd Santana Ferreira - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Cleberson Alex Friess, Andrea Viana Arrais Egypto, Francisco Ricardo Gouveia Coutinho, Rayd Santana Ferreira, Jose Luis Hentsch Benjamin Pinheiro, Matheus Soares Leite, Luciana Matos Pereira Barbosa e Miriam Denise Xavier.

Relatório

HERBALIFE INTERNACIONAL DO BRASIL LTDA., contribuinte, pessoa jurídica de direito privado, já qualificada nos autos do processo em referência, recorre a este Conselho da decisão da 14ª Turma da DRJ em São Paulo/SP, Acórdão nº 16-24.728/2010, às e-fls. 172/183, que julgou procedente o lançamento fiscal, concernente às contribuições previdenciárias devidas ao INSS, referente à cota patronal, incidentes sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas aos segurados contribuintes individuais, em relação ao período de 01/2004 a 12/2004, conforme Relatório Fiscal, às fls. 34/39 e demais documentos que instruem o processo, consubstanciado no Auto de Infração abaixo relatado:

Conforme depreende do Relatório Fiscal, as remunerações foram pagas a título de rendimentos (lucros de revenda) de distribuidores independentes, também chamados de "Descontos sobre valor de Venda", mas que, na realidade, são valores pagos a contribuintes individuais, denominados "supervisores" que participam do resultado de vendas de produtos de outros contribuintes individuais, considerados pela empresa como "distribuidores" ou "supervisores" de nível mais baixo.

Referido relatório afirma ainda que os contribuintes individuais "distribuidores" cadastram-se junto à empresa, por indicação de outro contribuinte individual, "distribuidor ou supervisor". Aprovado o cadastro, o "distribuidor" só pode adquirir os produtos da empresa através de quem o indicou, "primeiro supervisor qualificado em linha ascendente", ou seja, ou adquire produtos que já pertencem àquele supervisor" ou da empresa, por intermédio deste. A partir do momento em que o "distribuidor" indica outras pessoas, ele se toma supervisor e passa não somente a adquirir produtos com preço estabelecido pelo seu volume de vendas e de seus indicados "distribuidores", mas também recebe valores resultantes das vendas destes últimos, seja diretamente, pela diferença entre o valor de aquisição da Herbalife e venda posterior ao "distribuidor" (Lucro no varejo, segundo o plano de vendas e marketing), seja por pagamento direto pela Herbalife quando os produtos forem adquiridos diretamente pelo supervisor de nível inferior (Lucro no Atacado), sendo estes últimos, os valores considerados na autuação.

De acordo com a Fiscalização, os valores pagos aos contribuintes individuais, chamados de "supervisores", em qualquer nível em que se encontre, na "pirâmide", constituem remuneração como contraprestação pelos serviços prestados de venda de produtos para e pela empresa, seja para o consumidor final, seja para "distribuidores", seja para "supervisores" de nível inferior, e de indicar outras pessoas que venderão produtos e cujos lucros de venda serão repartidos entre a "Herbalife", seus "supervisores" e distribuidores.

Esclarece ainda o Relatório Fiscal que não se deve acolher as alegações da empresa (resposta ao Temo de Intimação n°3) de que essas remunerações teriam sido objeto de análise pela Fiscalização, em período anterior (janeiro a dezembro de 1999), nos termos do Relatório Fiscal da NFLD 35.002.906-7, uma vez que, naquela ação fiscal, não foram analisadas as DIRF e DIPJ que serviram de base de dados para o presente lançamento. Alerta também que: *"... a única menção aos "Descontos sobre o valor de venda" daquele relatório trata, no item 3.2.2, do valor pago a menor pelo "supervisor" ou "distribuidor" quando adquire os produtos para, com venda por preço maior do que o da aquisição, possa auferir lucro (Lucro Varejo, segundo o plano de vendas e marketing da empresa).*

Por fim, informa a Fiscalização que foram localizados, na conta contábil "2111-2.1.08.01.004- Comissões a Pagar", totais lançados de mesmo valor dos totais dos anexos do Relatório Fiscal e com históricos relativos a pagamento de "comissões".

A contribuinte, regularmente intimada, apresentou impugnação, requerendo a decretação da improcedência do feito.

Por sua vez, a Delegacia Regional de Julgamento em São Paulo/SP entendeu por bem julgar procedente o lançamento, conforme relato acima.

Regularmente intimada e inconformada com a Decisão recorrida, a autuada, apresentou Recurso Voluntário, às e-fls. 180/208, procurando demonstrar sua improcedência, desenvolvendo em síntese as seguintes razões:

Após breve relato das fases processuais, bem como dos fatos que permeiam o lançamento, primeiramente aduz sobre a necessidade do julgamento em conjunto da presente demanda com os PAF´s n° 19515.003692/2009-12 (AI n" 37.160.511-3) e 19515003694/2009-10 (Al n" 37.160.513-0).

De forma preliminar, afirma que as contribuições previdenciárias referentes aos meses janeiro a agosto de 2004 estão cobertas pela decadência, uma vez que os fatos geradores antecederam mais de cinco anos contados retroativamente a 23/09/2009, conseqüentemente qualquer obrigação acessória devida neste período está igualmente fulminada pela decadência.

Esclarece ter apurado, recolhido e declarado em GFIP, mês a mês, contribuições previdenciárias sobre os pagamentos a contribuintes individuais por serviços prestados, elaborando tabela para comprovação.

Ressalta que neste caso estão presentes todas as condições impostas pelo Parecer PGFN/CAT 1.617/2008 para cômputo do prazo decadencial à luz do artigo 150, § 49, do CTN.

Quanto ao mérito, primeiramente versa sobre as características do seu canal de vendas, nos seguintes termos:

> *Egrégio Conselho, o que se deseja aqui é demonstrar que o negócio Herbalife é absolutamente singular e de maneira nenhuma' se amolda a um simples contrato de prestação de serviços. Os distribuidores independentes realmente compram e revendem os produtos que levam a marca da Recorrente. Raros são os que pleiteiam sua devolução e subseqüente ressarcimento e os que o fazem só conseguem se seguirem `a risca as normas e procedimentos da empresa, dentre as quais a de o produto objeto de devolução ainda ostentar qualidade para posterior comercialização. Neste sentido, pede-se licença para juntar alguns comprovantes que demonstram o procedimento de recompra de produtos pela Recorrente.*
>
> *O sistema de vendas diretas da Recorrente denomina-se multinível, posto que os distribuidores independentes não lucram apenas com as revendas a varejo dos produtos adquiridos da empresa, mas também auferem lucros de atacado e, além disso, percebem ganhos denominados royalties e bônus. Todos esses proventos variam de valor dependendo do atingimento de determinados resultados, podendo mesmo não ser pagos a quem, a despeito de ter se dedicado ao negócio Herbalife, não tenha atingido tais resultados. Ademais, é importante pontuar que 0 distribuidor independente em nenhum momento é obrigado a comprar os produtos da Recorrente ou a dedicar-se ao seu*

> *negócio Herbalife, tanto menos a trabalhar "x" ou "y" horas por mês. Se ele simplesmente nada fizer, continuará sendo um distribuidor independente até o fim do período de validade de seu contrato. Se resolver desistir do negócio, poderá devolver os produtos que adquiriu. Como está dito na página 35 do Plano de Vendas & Marketing e Normas de Conduta, "A oportunidade de ser um Distribuidor Independente é inteiramente voluntária*
>
> *Nota-se, portanto, que o distribuidor independente não trabalha para a Recorrente. Ele é seu parceiro comercial. Ele compra os produtos da Recorrente e os revende no mercado, a consumidores finais. Os produtos portanto, passam a ser do distribuidor e, portanto, é impossível que, em se tratando de bens próprios, haja prestação de serviços de venda a terceiros. como equivocadamente se grafou no AIIM.*

Explicita sobre o lucro no varejo e no atacado, tem-se que o lucro no varejo decorre da compra do produto por um preço inferior ao sugerido para a venda ao consumidor final, ou seja trata-se de um desconto dado ao distribuidor que varia de 25% a 50%, equivocando-se a autuação ao afirmar que o lucro advém da venda a outro distribuidor.

Quanto ao lucro no atacado, tem-se que um distribuidor que esteja qualificado para obter um desconto superior ao de um distribuidor que esteja em sua linha descendente pode comprar o produto da Impugnante e revendê-lo ao distribuidor descendente, auferindo o lucro de uma revenda no atacado, situação que também ocorre quando o distribuidor na linha descendente adquire o produto diretamente da empresa; Nesse ponto, a recorrente demonstra por meio de tabelas como são distribuídos os percentuais de vendas: a Herbalife fica sempre com 50%, enquanto que os outros 50% são repassados ao distribuidor que fez a compra diretamente da Herbalife, o qual, por falta de qualificação, deve repassar parte desse percentual aos distribuidores de sua linha ascendente. Portanto, trata-se, se verdadeiros ganhos comerciais e não de ganhos decorrentes de contraprestação por serviços prestados.

Afirma que a própria fiscalização admitiu tratar o lucro no atacado de repartição de ganhos obtidos com a venda de produtos da recorrente.

Alega não poder chamar de serviço uma atividade de compra, revenda e rateio de lucros, não havendo que se falar que os distribuidores prestam serviços de indicação de outras pessoas que serão distribuidores, para posterior repartição dos lucros entre Herbalife distribuidores e supervisores. Ou seja, fica evidente que o recebimento de lucro no atacado não está diretamente ligado a qualquer esforço que esse distribuidor realize em prol da contribuinte, mas sim, e exclusivamente, ao atingimento dos objetivos necessários à qualificação desse distribuidor como apto a receber os tais lucros no atacado.

Arrazoa que nem todo pagamento efetuado por pessoa jurídica a pessoa física decorre de prestação de serviço. Nesse sentido, cita doutrina e art. 195, inciso I, alínea "a", da Constituição Federal. Aduz que a fiscalização incorreu em erro na autuação, visto que não há incidência de contribuição previdenciária sem que ocorra remuneração por serviços, e por isso o Auto de Infração é improcedente.

Esclarece a diferença entre os lucros no atacado (rebates de desconto) e as remunerações por serviços, tece-se breves linhas sobre os demais valores pagos pela

Recorrente aos distribuidores independentes que a tanto se qualificam. É que a Recorrente paga valores denominados royalties e bônus aos distribuidores independentes. Sobre tais rubricas, a Recorrente não só retém a contribuição previdenciária dos distribuidores como recolhe a parte da empresa, declarando tudo em GFIP, em DIPJ e em DIRF, como aliás mencionou o respeitável acórdão recorrido, em seu item 4.12., todavia em flagrante confusão com os lucros no atacado, referidos anteriormente.

Por fim, requer o conhecimento e provimento do seu recurso, para decretar a decadência do Auto de Infração, tornando-o sem efeito e, no mérito, a sua absoluta improcedência.

Não houve apresentação de contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rayd Santana Ferreira - Relator

Presente o pressuposto de admissibilidade, por ser tempestivo, conheço do recurso e passo ao exame das alegações recursais.

PRELIMINARES

JULGAMENTO EM CONJUNTO

Aduz sobre a necessidade do julgamento em conjunto da presente demanda com os PAF´s n° 19515.003692/2009-12 (AI n" 37.160.511-3) e 19515003694/2009-10 (Al n" 37.160.513-0).

Entendo superada tal alegação, posto que os processos encontram-se apensados e serão julgados na mesma sessão.

DA DECADÊNCIA

A contribuinte firma que as contribuições previdenciárias referentes aos meses janeiro a agosto de 2004 estão cobertas pela decadência, uma vez que os fatos geradores antecederam mais de cinco anos contados retroativamente a 23/09/2009, conseqüentemente qualquer obrigação acessória devida neste período está igualmente fulminada pela decadência.

Esclarece ter apurado, recolhido e declarado em GFIP, mês a mês, contribuições previdenciárias sobre os pagamentos a contribuintes individuais por serviços prestados, elaborando tabela para comprovação.

Ressalta que neste caso estão presentes todas as condições impostas pelo Parecer PGFN/CAT 1.617/2008 para cômputo do prazo decadencial à luz do artigo 150, § 49, do CTN.

Em decorrência do julgamento dos Recursos Extraordinários n° 556.664, 559.882, 559.943 e 560.626 o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 8, publicada no D.O.U. de 20/06/2008, nos seguintes termos:

> *São inconstitucionais o parágrafo único do art. 5° do Decreto-Lei n° 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei n° 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.*

De acordo com a Lei 11.417/2006, após o Supremo Tribunal Federal editar enunciado de súmula, esta terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, a partir de sua publicação na imprensa oficial. Assim, a nova súmula alcança todos os créditos pendentes de pagamento e constituídos após o lapso temporal de cinco anos.

Indispensável ao deslinde da controvérsia, mister se faz elucidar, resumidamente, as espécies de lançamento tributário que nosso ordenamento jurídico contempla, como segue.

Primeiramente destaca-se o **lançamento de ofício ou direto**, previsto no artigo 149 do CTN, onde o fisco toma a iniciativa de sua prática, por razões inerentes a natureza do tributo ou quando o contribuinte deixa de cumprir suas obrigações legais. Já o **lançamento por declaração ou misto**, contemplado no artigo 147 do mesmo Diploma Legal, é aquele em que o contribuinte toma a iniciativa do procedimento, ofertando sua declaração tributária, colaborando ativamente. Ao fim, **o lançamento por homologação**, inscrito no artigo 150 do Códex Tributário, em que o contribuinte presta as informações, calcula o tributo devido e promove o pagamento, ficando sujeito a eventual homologação por parte das autoridades fazendárias.

Dessa forma, estando as Contribuições Previdenciárias sujeitas ao lançamento por homologação, defende parte dos julgadores e doutrinadores que a decadência a ser aplicada seria aquela constante do artigo 150, § 4º, do CTN, levando-se em consideração a natureza do tributo atribuída por lei, independentemente da ocorrência de pagamento, entendimento compartilhado por este conselheiro.

Ou seja, a regra para os tributos submetidos ao lançamento por homologação é o artigo 150, § 4º, do Código Tributário, o qual somente não prevalecerá nas hipóteses de ocorrência de dolo, fraude ou conluio, o que ensejaria o deslocamento do prazo decadencial para o artigo 173, inciso I, do mesmo Diploma Legal.

Não é demais lembrar que o lançamento por homologação não se caracteriza tão somente pelo pagamento. Ao contrário, trata-se, em verdade, de um procedimento complexo, constituído de vários atos independentes, culminando com o pagamento ou não.

Observe-se, pois, que a ausência de pagamento não desnatura o lançamento por homologação, especialmente quando a sujeição dos tributos àquele lançamento é conferida por lei. E, esta, em momento algum afirma que assim o é tão somente quando houver pagamento.

Não fosse assim, o que se diria quando o contribuinte apura prejuízos e não tem nada a recolher, ou mesmo quando encontra-se beneficiado por isenções e/ou imunidades, onde, em que pese haver o dever de elaborar declarações pertinentes, informando os fatos geradores dos tributos dentre outras obrigações tributárias, deixa de promover o pagamento do tributo em razão de uma benesse fiscal?

Cabe ao Fisco, porém, no decorrer do prazo de 05 (cinco) anos, contados do fato gerador do tributo, nos termos do artigo 150, § 4º, do CTN, proceder à análise das informações prestadas pelo contribuinte homologando-as ou não, quando inexistir concordância. Neste último caso, promover o lançamento de ofício da importância que apurar devida.

Aliás, como afirmado alhures, a regra nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação é o prazo decadencial insculpido no artigo 150, § 4º, do CTN, o qual dispôs

expressamente os casos em que referido prazo deslocar-se-á para o artigo 173, inciso I, na ocorrência de dolo, fraude ou simulação comprovados. Somente nessas hipóteses a legislação específica contempla a aplicação de outro prazo decadencial, afastando-se a regra do artigo 150, § 4º. Como se constata, a toda evidência, a contagem do lapso temporal em comento independe de pagamento.

Ou seja, comprovando-se que o contribuinte deixou efetuar o recolhimento dos tributos devidos e/ou promover o auto-lançamento com dolo, utilizando-se de instrumentos ardilosos (fraude e/ou simulação), o prazo decadencial será aquele inscrito no artigo 173, inciso I, do CTN. Afora essa situação, não se cogita na aplicação daquele dispositivo legal. É o que se extrai da perfunctória leitura das normas legais que regulamentam o tema.

Por outro lado, alguns julgadores e doutrinadores entendem que somente aplicar-se-ia o artigo 150, § 4º, do CTN quando comprovada a ocorrência de recolhimentos relativamente ao fato gerador lançado, seja qual for o valor. Em outras palavras, a homologação dependeria de antecipação de pagamento para se caracterizar, e a sua ausência daria ensejo ao lançamento de ofício, com observância do prazo decadencial do artigo 173, inciso I.

Ressalta-se, ainda, o entendimento de outra parte dos juristas, suscitando que o artigo 150, 4º, do Código Tributário Nacional, prevalecerá quando o contribuinte promover qualquer ato tendente a apuração da base de cálculo do tributo devido, seja pelo pagamento, escrituração contábil, declaração do imposto em documento próprio, etc. Melhor elucidando, o contribuinte deverá adotar algum procedimento com o fito de apurar o tributo para que pudesse se cogitar em "homologação".

Afora posicionamento pessoal a propósito da matéria, por entender que as Contribuições Sociais Previdenciárias deve observância ao prazo decadencial do artigo 150, § 4°, do Códex Tributário, independentemente de antecipação de pagamento, salvo quando comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, o certo é que a partir da alteração do Regimento Interno do CARF (artigo 62-A), introduzida pela Portaria MF nº 586/2010, os julgadores deste Colegiado estão obrigados a "reproduzir" as decisões do STJ tomadas por recurso repetitivo, razão pela qual deixaremos de abordar aludida discussão, mantendo o entendimento que a aplicação do dispositivo legal retro depende da existência de recolhimentos do mesmo tributo no período objeto do lançamento, na forma decidida por aquele Tribunal Superior nos autos do Resp n° 973.733/SC, assim ementado:

> *PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543C, 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 qüinqüenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) contase 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 inocorre, 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, encontrase 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 qüinqüenal da aludida regra decadencial regese 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, revelandose 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 fatos imponíveis 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 qüinqüenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo.

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

Na esteira desse raciocínio, uma vez delimitado pelo STJ e, bem assim, pelo Regimento Interno do CARF que nos lançamentos por homologação a antecipação de pagamento é indispensável à aplicação do instituto da decadência, nos cabe tão somente nos quedar a aludida conclusão e constatar ou não a sua ocorrência.

Entrementes, a controvérsia em relação a referido tema encontra-se distante de remansoso desfecho, se fixando agora em determinar o que pode ser considerado como

antecipação de pagamento das contribuições, sobretudo em face das diversas modalidades e/ou procedimentos adotados por ocasião do lançamento fiscal.

Para afastar qualquer dúvida a esse respeito foi editada a Súmula CARF n° 99, que assim dispõe:

> *Para fins de aplicação da regra decadencial prevista no art. 150, § 4°, do CTN, para as contribuições previdenciárias, caracteriza pagamento antecipado o recolhimento, ainda que parcial, do valor considerado como devido pelo contribuinte na competência do fato gerador a que se referir a autuação, mesmo que não tenha sido incluída, na base de cálculo deste recolhimento, parcela relativa a rubrica especificamente exigida no auto de infração.*

Essa súmula é de observância obrigatória, nos termos do "caput" do art. 72 do Regimento Interno do CARF, inserto no Anexo II da Portaria MF n.º 343, de 09/06/2015.

Em suma, despiciendas maiores elucubrações a propósito da matéria, uma vez que a simples análise dos autos nos leva a concluir pela existência de antecipação de pagamento, **por trata-se de contribuições incidentes sobre as remunerações pagas ou creditadas aos segurados contribuintes individuais não constantes nas GPS e GFIP, portanto, diferenças de contribuições, eis que a contribuinte promoveu o recolhimento das contribuições incidentes sobre a remuneração reconhecida (salário normal), fato relevante para a aplicação do instituto, nos termos da decisão do STJ acima ementada, a qual estamos obrigados a observar.**

Mais a mais, como se extrai do Relatório Fiscal do Auto de Infração, no decorrer da ação fiscal a autoridade fazendária examinou as *Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do tempo de Serviço e Informações à Previdência Social - GFIP e às Guias da Previdência Social - GPS*, além de outros documentos, o que nos leva a concluir pela existência de pagamentos parciais realizados pela contribuinte.

Assim, é de manter a ordem legal no sentido de adotar o prazo decadencial inscrito no artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, em face do recolhimento parcial das contribuições previdenciárias em relação ao período ora debatido.

Por clareza ao debate, para aqueles que entendem que o pagamento antecipado deve guardar relação com o fato gerador, ou seja, recolhimento referente a contribuinte individual. Vale explicitar que nos autos não a documentação probatório específica quanto a esta rubrica. No entanto, durante todo o procedimento fiscal a contribuinte ventila essa afirmação, sendo que em nenhum momento a fiscalização contesta. Assim, fato incontroverso.

Destarte, tendo a fiscalização constituído o crédito previdenciário em **23/09/2009**, com a devida ciência da contribuinte constante do AR (fl. 72), a exigência fiscal resta parcialmente fulminada pela decadência, relativamente aos fatos geradores ocorridos no período anteriores a competência **09/2004 (Setembro/2004),** ou seja, **de 01/2004 a 08/2004**, os quais se encontram fora do prazo decadencial inscrito no dispositivo legal supra, impondo seja decretada a improcedência parcial do feito.

MÉRITO

NEGÓCIO HERBALIFE - LUCRO NO ATACADO - MARKETING MULTINÍVEL

Primeiramente cabe esclarece quais as vertentes sobre a resolução do lançamento, são elas:

> *se as atividades desempenhadas pelos consultores configuram-se como prestação de serviços à Herbalife, estamos diante de uma hipótese de incidência tributária, onde o "lucro no atacado" pago a eles constitui remuneração, fato gerador das contribuições sociais previdenciárias, com razão a autoridade lançadora; ou*
>
> *caso se conclua ser mera relação mercantil, ganho comercial, estaríamos fora da hipótese de incidência das contribuições, conforme defendido pela contribuinte.*

A recorrente, rebatendo as contribuições aqui exigidas, expôs todo o funcionamento de seu canal de vendas ("negócio herbalife"), diferenciando todas as "operações da cadeia" e, enfatizando sempre que a relação entre ela e os consultores independentes é, e sempre foi, comercial (de compra e revenda).

Explicita que a receita líquida da recorrente se resume a 50% (cinqüenta por cento) de todas as vendas efetuadas. Tal receita jamais oscila, não importando se o produto é vendido (i) pela própria contribuinte para o consultor varejista ou atacadista ou (ii) em nome da Recorrente, mas para o consultor atacadista. Ressalte-se, nesse sentido que, quando a venda é efetuada em nome da Recorrente, mas em prol do consultor atacadista, a recorrente repassa a quem de direito, de acordo com o seu plano de marketing, o valor sobressalente à sua receita líquida própria. Justamente por isso, em todos os noventa e um países em que a Recorrente tem atividades, inclusive no Brasil, os valores referentes às vendas efetuadas em seu nome, mas para o consultor independente, são contabilizados como redução de receita, não como despesa. Isto porque, de fato, trata-se de verdadeira receita de terceiros que a Recorrente repassa a quem de direito.

Explica que o ganhos comerciais são o "lucro no varejo" e o "lucro no atacado", que são caracterizados por descontos outorgados pela Herbalife ao consultor, transcrevendo trechos do Manual para explicar como esses ganhos são obtidos.

Ressalta que apesar de o "lucro no atacado" envolver repasse financeiro ao consultor, feito pela Herbalife, ele configura ganho comercial baseado em desconto.

Assevera que os ganhos decorrentes de serviços, denominados royalties e bônus, decorrentes "das atividades de captação, desenvolvimento, treinamento e motivação das equipes de vendas", dependem da qualificação e têm correlação direta com os volumes de venda, que servem de base para o cálculo dos próprios ganhos.

Arrazoa que o consultor ao assinar o contrato e se tornar um consultor independente, constrói um verdadeiro negócio para si e para sua família, acostando aditamentos contratuais para demonstrar a transferência do negócio Herbalife a sucessores familiares dos Consultores.

Expõe que o consultor qualificado ao desconto pode comprar o produto da Herbalife e revender aos seus consultores descendentes com o desconto que estes têm direito de adquirir (geralmente, menor que o da ascendente), ou pode permitir que eles comprem diretamente da Herbalife com o desconto menor, e esta devolve ao consultor ascendente a diferença do desconto que caberia a ele, sob a forma de ganho, por isso, "o lucro no atacado" é também denominado "desconto remanescente".

Argumenta que a indicação de outras pessoas, nem o volume de vendas efetuado por estas, qualificam o consultor que as indicou para níveis maiores de desconto.

Acrescenta que se trata de ganho comercial, que pode ser auferido sem qualquer repasse de valores pela recorrente, nos casos em que o consultor descendente compra diretamente do consultor ascendente. Dessa forma, afirma que há equívoco da fiscalização ao relatar que "lucro no atacado" são valores pagos aos distribuidores em função do volume de vendas, e, portanto, não há prestação de serviço pelo consultor quer seja para qualificação ao nível maior de desconto, quer seja para percepção do "lucro no atacado", inclusive porque, o consultor precisa manter anualmente a qualificação que lhe permite auferir esses ganhos, senão retorna ao status que seu volume de pontos alcançar, podendo inclusive ser ultrapassado por um consultor que estava abaixo dele na organização, evidenciando que a percepção do "lucro no atacado" não tem a ver com a indicação de pessoas para sua equipe.

Arrazoa que nem todo pagamento efetuado por pessoa jurídica a pessoa física decorre de prestação de serviço. Nesse sentido, cita doutrina e art. 195, inciso I, alínea "a", da Constituição Federal. Aduz que a fiscalização incorreu em erro na autuação, visto que não há incidência de contribuição previdenciária sem que ocorra remuneração por serviços, e por isso o Auto de Infração é improcedente.

Insurge-se quanto a fundamentação da decisão de piso com base Estatuto do Vendedor Direto, constante do site da Associação Brasileira de Vendas Diretas (‚ABEVD'), norma orientativa, não restritiva, e que, quando refletida na prática de cada uma de suas associadas, admite particularidades. E, se bem se compreendeu os tipos de receita auferidos pelos consultores dependentes da Recorrente, expostos no item 16 e seguintes desta peça, notar-se-á que a estrutura de ganhos da Recorrente situa-se exatamente dentro dos patamares sugeridos pela norma da ABEVD utilizada pela ilustre Relatoria, na modalidade multinível: os ganhos comerciais (lucros no atacado e no varejo) decorrem da venda dos produtos e os ganhos remuneratórios (royalties e bônus) decorrem da captação, treinamento, motivação e retenção de outros consultores independentes.

Deveras, a autoridade Julgadora utilizou de norma que não se aplica ao caso concreto, uma vez que, além de ser genérica, trata da contraprestação pelo agenciamento de novos consultores, que, como já se viu, é remunerado pela Recorrente por meio de bônus e royalties.

Aduz não ser possível prosperar o entendimento da autoridade Julgadora de ‚que os valores pagos a título de 'lucro no atacado' aos consultores independentes decorrem da prestação de serviços de venda, e de divulgação dos produtos da empresa', uma vez que: (i) a lógica do lucro no atacado é exatamente inversa. Isso é, não há prestação de serviços de venda ou divulgação de produtos do consultor em prol da Recorrente. Na realidade, a atividade de Recorrente que é em prol dos consultores independentes.

Ademais, também não prospera o entendimento da autoridade julgadora de que o lucro no atacado seria um "*plus ao serviço prestado pelo consultor de nível superior, como forma de que este atraia mais consultores a sua rede de vendas, e por fim aumente as vendas da própria Herbalife, (...) apenas revenderia seus produtos aos consultores,* ***uma vez que obteria o mesmo percentual de desconto****.(...) A pr{tica do 'lucro por atacado' abre caminho para que a* ***Herbalife venda diretamente a consultores da linha descendente*** *de um consultor independente, incentivando-os a atrair mais pessoas à rede,* ***e aumentarem seu volume de compras diretamente da Herbalife***".

Afirma que não existe o interesse do consultor em linha ascendente de fomentar as compras dos consultores em linha descente, a fim de garantir a sua qualificação para auferir o lucro no atacado, por toda sistemática da empresa na requalificação anual.

Explicita que o lucro no atacado não possui natureza remuneratória. Trata-se de um ganho comercial do consultor independente a ele repassado pela Recorrente. Por assim ser, não pode tal rubrica sofrer a incidência de contribuição previdenciária

Argumenta que embora o consultor não esteja obrigado a se dedicar ao negócio Herbalife e trabalhar determinadas horas por dia, aqueles que evoluem na escala e obtêm lucro no atacado, acabam se dedicando e prestando serviços com habitualidade. Aponta que pessoas naturais que assim exercem sua atividade comercial, com intuito de lucro são equiparadas a pessoas jurídicas para fins fiscais, conforme art. 150, § 1o, II, do Regulamento do Imposto de Renda. Nesse sentido, transcreve jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF).

A situação ora em debate, se encaixa no sistema de compensação multinível (marketing multinível/marketing de rede), que se trata de uma estratégia empresarial de distribuição de bens e serviços, onde a divulgação dos produtos se dá pela indicação "boca a boca" feita por distribuidores independentes. Por esse trabalho, tais distribuidores recebem bônus, que seriam utilizados nas milionárias campanhas de propaganda tradicional. Além da indicação dos produtos, os distribuidores poderão indicar outros distribuidores e, assim, construir uma organização de escoamento de produtos com possibilidades de ganhos ilimitados.

Antes mesmo de se adentrar ao mérito da questão, cumpre trazer à baila alguns apontamentos acerca da matéria (marketing multinível), por não estarmos tão habituados ao tema.

O marketing multinível também tratado, às vezes, como marketing de rede, teve origem nos EUA, nos idos dos anos 1940. Desde então, passou por vários ciclos, adaptou-se a diferentes momentos da economia mundial e se espalhou por diversos países. No Brasil, há vários modelos de negócios já consolidados baseados nesse formato e hoje é a atividade profissional principal (em alguns casos, a única) de muita gente.

Os negócios do tipo multinível baseiam o seu sistema de comercialização em dois pilares fundamentais: a **venda direta e a criação de uma rede**. A **venda direta** consiste em ir diretamente aos consumidores para oferecer e vender os produtos ou serviços da empresa, de uma forma pessoal ou através do uso da Internet. Enquanto a **criação de uma rede** consiste em convidar outras pessoas para que participem como Distribuidores Independentes na empresa de multinível, na qual estás associado. Se aceitarem entrar na empresa, passarão a formar parte da rede e vai ganhar uma vantagem por cada venda feita pelos distribuidores recrutados.

Vale esclarecer ainda, que não podemos confundir o MMN (marketing multinível) com as pirâmides. A primeira é uma atividade legalizada, baseada na comercialização de produtos e serviços, baseando-se em princípios e fundamentos éticos e legais e pode gerar bons rendimentos aos parceiros, dependendo, é claro, dos resultados de cada um. Já as pirâmide*s* financeiras são negócios totalmente distintos do marketing multinível. Elas são esquemas ilegais de movimentação financeira.

Portanto, estamos diante de um negócio legal.

Feitas às considerações encimadas, passamos a expor o nosso entendimento.

Apesar de estarmos falando de uma matéria não usual, esta já foi apreciada por este Egrégio Conselho, pela 1º Turma Ordinária da 3º Câmara da 2º Seção de Julgamento, em sessão de 06 de novembro de 2014, acórdão de nº 2301-004.218. Por oportuno, transcreve-se o voto do ilustre Relator Wilson Antonio de Souza Correa, no tocante a matéria aqui discutida:

DA INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO DE TRABALHO ENTRE A RECORRENTE E SEUS DISTRIBUIDORES E COMPRADORES DE SEUS PRODUTOS

Em síntese a Recorrente diz que faz parte do grupo FLP – Forever Living Products, que por sua vez fabrica e comercializa produtos de saúde e outros do gênero. E, como integrante do grupo FLP atua na área de vendas diretas e utiliza um 'Plano de Marketing Único', que incentiva e apóia a compra e o uso dos seus produtos através de uma rede de compradores.

Explica que a rede de compradores funciona com indicação de outros compradores, sendo assim: A é comprador e indique B, para que indique C e assim sucessivamente, sendo que o primeiro, ou seja, A, recebe sobre as suas compras na FLP e sobre as compras dos indicados sucessivamente, formando uma rede, onde quem é o primeiro recebe mais, já que todas as compras a ele serão contabilizadas.

Neste planejamento todos os compradores para comprarem e venderem mais têm que realizar mais indicação de compradores e fazer um trabalho forte de marketing, sendo que a tarefa principal não é o marketing sim a venda, para eles, distribuidores, sendo que o primeiro é um mero instrumento para realização do segundo, razão pela qual se revela impróprio o entendimento da decisão de piso ao comparar este procedimento com a venda direta que aduz o estatuto do vendedor.

Desta forma, explicita, os valores pagos aos distribuidores pela Recorrente não se refere a venda, mas sim a compra por ele realizada, não esquecendo cada qual pertencer a uma rede de compradores o que possibilita a variação de ganhos, ou seja, quanto mais distribuidores ele tiver, mais ele terá de bonificação.

Assim, poderemos resumir o ponto nodal da questão, pois para a Fiscalização os valores pagos aos prestadores de serviços têm como base as vendas por eles realizadas e para a Defendente os valores pagos têm como base as compras realizadas por seus contratantes/compradores. É como se ela estivesse bonificando os seus compradores, ou seja, quanto mais compra, mais recebe bônus e ela é paga por seus distribuidores para gerir este 'Plano de Marketing Único', ainda que seja 1 real ao mês.

O contrato apresentado nos autos não deixa dúvida quanto a sua literalidade de que a prestadora de serviço é a Recorrente que também é remunerada, ainda que seja 1 real por mês. E onde ela ganha nesta transação comercial? Na venda do produto por ela produzido e no marketing gratuito do seu produto.

Para a Recorrente não há legislação que tribute a operação acima e não pode a fiscalização, por analogia enquadrar os distribuidores como contribuintes individuais.

Aduz também a Recorrente que os prêmios distribuídos por ela não podem ser considerados como pagamento de contraprestação de serviço, isto porque os valores que transitam pelo patrimônio dela a título de VAR, são devolvidos na forma de prêmio.

Registro minhas reverências ao projeto elaborado pela Recorrente, eis que de fato ele não contraria nenhuma

legislação, mas o tenho como desfigurado pelo simples fato de os distribuidores não serem distribuidores e sim vendedores, conforme o Estatuto do vendedor que o conceitua como uma pessoa que participa do sistema de distribuição de uma empresa de venda direta. Podendo ser agente comercial independente, contratado por empreitada, revendedor ou distribuidor independente, representante empregado ou por conta própria, franqueado ou similar.

Assim, não vejo razão à Recorrente, também neste quesito.

DO ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES LANÇADAS – BONIFICAÇÕES

A Recorrente alega que a base de cálculo utilizada pela Fiscalização está equivocada, eis que a sua operação realizada pelo seu Plano de Marketing Único é diferenciado de uma rede de vendedores/distribuidores, pois o vendedor que se encontra no topo da lista é beneficiado por compras indireta de outros distribuidores/compradores/vendedores.

Como dito acima, o planejamento foi elaborado e se admitíssemos o projeto estaríamos diante de distribuidores conforme consta no contrato e não vendedores, conforme é a realidade fática.

Sendo considerados vendedores a operação cai na vala comum e neste sentido a base de cálculo acompanha a regra geral, havendo como base as vendas realizadas como um todo.

Entretanto, quando trata das BONIFICAÇÕES, onde informa a Fiscalização que observou divergências entre os valores declarados na DIRF como rendimento do trabalho sem vínculo empregatício e os informados na GFIP da Recorrente, sendo incluindo na base da cálculo do lançamento, o que julgo indevido, eis que ausente a comprovação de fato gerador que possa justificar.

Veja, a bonificação declarada e que não consta na DIRF não representa um fato ou conjunto de fatos a que o legislador vincula o nascimento da obrigação jurídica de pagar um tributo determinado.

Alguns doutrinadores do direito tributário propõem distinguir fato descrito na hipótese legal (hipótese de incidência) e fato imponível. Nesse sentido, a definição de Geraldo Ataliba é precisa: "Tal é a razão pela qual sempre distinguirmos estas duas coisas, denominando hipótese de incidência ao conceito legal (descrição legal, hipotética de um fato, estado de fato, ou conjunto de circunstâncias de fato) e fato imponível, efetivamente acontecido num determinado tempo ou local, configurando rigorosamente a hipótese de incidência".

O Código Tributário Nacional do Brasil (CTN) utiliza a expressão fato gerador tanto no momento que se refere ao que Geraldo Ataliba chamou de hipótese de incidência tanto quanto ao fato imponível, deixando para que o intérprete da norma reconheça o significado referido segundo o contexto em que se encontra. O CTN faz menção ao fato gerador nos artigos 114 e

> *115. De acordo com o texto do artigo 114 do CTN, fato gerador da obrigação principal é a hipótese definida em lei como necessária e suficiente para o surgimento da obrigação tributária.*
>
> *Por sua vez, o artigo 115 diz que fato gerador da obrigação acessória é a hipótese que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal.*
>
> *Nesta seara, vejo que as bonificações não estão rigorosamente incluídas em hipótese de incidência, razão pela qual excluo do lançamento, conforme requerido pelo Recorrente.*
>
> *Com razão em parte.*

Face a isto, a conclusão do ilustre Relator, consoante voto parcialmente acima transcrito, foi no sentido de, naquele caso, dar parcial provimento ao recurso voluntário para "*reconhecer que não deve compor a base de cálculo as bonificações pagas ao vendedores/empregados por ausência de comprovação do fato gerador*", decisão esta que foi acompanhada por unanimidade pelos demais Conselheiros daquela Colenda Turma.

Com a devida vênia ao entendimento exarado pelo ilustre Conselheiro Wilson Antonio de Souza Correa, venho discordar que há uma relação de trabalho, ou até mesmo de emprego, pois os chamados "Consultores"/"Distribuidores" não podem ser considerados como "Vendedores", o que daria ensejo a incidência de contribuição previdenciária, considerando-os como contribuintes individuais, ou ainda, como empregados.

Nesse sentido, em 16 de fevereiro de 2016, quando da apreciação do processo nº 16832.000057/201036, o qual sobreveio o acórdão nº 2402-004.992, a 2º Turma Ordinária da 4º Câmara da 2º Seção de Julgamento deste Conselho, com a relatoria do Conselheiro Natanael Vieira dos Santos, acordaram por unanimidade em dar provimento ao recurso voluntário, por compreenderem que não há que se falar em exigibilidade da contribuição social previdenciária porque as "bonificações", não têm como contrapartida prestação de serviços à recorrente por Distribuidores/Vendedores de produto por ela fornecidos. Vejamos a ementa:

> *Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias*
>
> *Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2005*
>
> *SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. SEGURADOS CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS.*
>
> *Entende-se por salário de contribuição dos segurados contribuintes individuais a remuneração por eles auferida em uma ou mais empresas ou pelo exercício de suas atividades por conta própria.*
>
> *A empresa é obrigada a recolher, nos prazos definidos em lei, as contribuições previdenciárias a seu cargo, incidentes sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados contribuintes individuais a seu serviço.*
>
> *CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE. APLICÁVEL À RELAÇÃO PREVIDENCIÁRIA Assim como na relação trabalhista, também na relação previdenciária é aplicável o princípio da primazia da realidade, segundo o qual, a verdade dos fatos impera sobre*

> *qualquer contrato formal, ou seja, caso haja conflito entre o que está escrito e o que ocorre de fato, prevalece o que ocorre de fato, de sorte que sua realização no âmbito tributário ocorre com a aplicação do princípio da verdade material, o qual permite que no processo administrativo o julgador busque a verdade, ainda que, para isso, tenha que se valer de outros elementos além daqueles trazidos aos autos pelos interessados.*
>
> *Recurso Voluntário Provido.*

Analisando a operação comercial da recorrente, me filio ao entendimento acima, pela não incidência de contribuições previdenciárias sobre os valores pagos a título de "lucros no atacado" aos "consultores" dos produtos da recorrente.

Verifica-se que na modelagem de negócio da contribuinte, conforme demonstrado pelo Relatório Fiscal e pelos instrumentos contratuais acostados aos autos, é que os consultores autorizados adquirem produtos com desconto da recorrente para revendê-los e parte do valor, como obrigação da recorrente com os seus consultores, são repassados a estes, em conformidade com os critérios estabelecidos.

Explico.

Ao atingir determinado nível de qualificação, o consultor independente se torna um verdadeiro **atacadista**. A Recorrente, por sua vez, conhecedora das limitações destes consultores independentes que **não possuem estrutura logística -** *estrutura básica para a correta armazenagem dos produtos (que, no caso da Recorrente, por se tratar de produtos alimentícios, exige maiores cuidados), veículo para fazer o transporte de quantidades maiores, contrato com transportadora, dentre outros* – e **financeira** – *disponibilidade de caixa para comprar, armazenar e transportar o produto até o consumidor fina*l -, para operacionalizar sua atividade comercial, a Recorrente toma para si tais responsabilidades e garante o ganho comercial advindo da operação de venda para o consultor independente.

Trata-se de verdadeira **reserva de mercado**, assegurada pela Recorrente, e **concretizada pelo repasse do lucro no atacado** para o consultor para tanto qualificado. Com isso, a peticionante garante que o consultor qualificado para auferir lucro no atacado não se oponha à aquisição do produto diretamente a ela, o que poderia facilmente ocorrer se não lhe fosse dada a garantia de que seu ganho seria mantido. Nessa esteira, a Recorrente assegura também que: **(i)** não haverá falta de produto no mercado, por conta de eventual indisponibilidade de caixa de algum consultor; **(ii)** os produtos ficarão armazenados de maneira correta e conforme exigido pela legislação pertinente; **(iii)** os produtos chegarão ao destino com rapidez e segurança; **(iv)** os lucros no atacado serão repassados no prazo correto e a quem de direito, quando há mais de um consultor beneficiado pela mesma operação de venda. E, o ponto mais importante para a saúde do ,negócio Herbalife, assegura tratativas pacíficas entre a empresa e seus consultores, evitando atritos comerciais.

Entendo, portanto, que a relação jurídica entre a contribuinte, uma empresa de "marketing multinível", que fabrica e comercializa produtos de nutrição, controle de peso, entre outros do gênero, com seus consultores não possui natureza de relação de trabalho, muito menos a de emprego.

A relação jurídica entre as partes, no que concerne o lucro no atacado, é puramente comercial, inexistindo relação de trabalho.

Neste sentido, como muito bem destacou o ilustre Conselheiro Natanael Vieira dos Santos, no voto do acórdão nº 2402-004.992, que peço vênia para substanciar os fundamentos já expostos, senão vejamos:

> *(...) não somente pelo que se plasma nos instrumentos analisados, mas também pela realidade dos fatos, apenas para argumentar, sabe-se que, assim como na relação trabalhista, também na relação previdenciária é aplicável o princípio da primazia da realidade, de forma que o que vale é a ocorrência real dos fatos e não o que está escrito. Assim, mesmo que não fossem textualmente compreendidos os instrumentos envolvidos, dado ao que não se constata nenhuma prestação de serviço dos beneficiários dos bônus para a recorrente, tomando-se por fundamento o princípio da primazia da realidade, não há o que se falar em ocorrência do fato gerador da contribuição social previdenciária ora exigida.*
>
> *Com supedâneo nesse princípio significa dizer: mesmo que fosse considerada a existência de uma relação prestacional entre a empresa e os beneficiados (compradores e vendedores), mesmo assim, reitere-se, o referido bônus daquela relação não decorreria, uma vez que os ditos pagamentos consubstanciam-se ou decorrem de mera devolução de valores colocados sob a guarda e/ou administração da recorrente pelos distribuidores autorizados.*
>
> *Do até aqui apontado, o que se constata dos autos é a inocorrência do fato gerador das contribuições ora exigidas, eis que em momento algum se verificou o pagamento por prestação de serviço remunerado pelos segurados, razão pela qual não deve subsistir o lançamento em análise, de sorte que não há caracterização da ocorrência da situação fática da obrigação tributária.*

Ora, entende-se por salário de contribuição, para o segurado contribuinte individual, a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma. Portanto, inexistindo relação de trabalho e por conseqüência, remuneração para retribuir o trabalho, torna-se insustentável a exigência de contribuição previdenciária sobre o "lucro no atacado" pago aos consultores (compradores) da empresa fornecedora dos produtos.

Assim, no presente caso, não há que se falar em exigibilidade da contribuição social previdenciária porque os valores pagos, como já demonstrado, não têm como contrapartida prestação de serviços a recorrente por Consultores/Vendedores de produtos por ela fornecidos. Tratando-se de uma relação puramente mercantil.

Por todo o exposto, estando o Auto de Infração, *sub examine,* em dissonância com as normas legais que regulamentam a matéria, VOTO NO SENTIDO DE CONHECER DO RECURSO VOLUNTÁRIO para decretar a decadência relativamente aos fatos geradores ocorridos no período anteriores a competência **09/2004 (Setembro/2004),** ou seja, **de 01/2004 a 08/2004** e, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO**,** pelas razões de fato e de direito acima esposadas.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Rayd Santana Ferreira