



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 35464.004392/2003-64
Recurso De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 2202-009.346 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de novembro de 2022
Recorrentes MONSANTO DO BRASIL LTDA.
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1995 a 31/12/2000

REEXAME NECESSÁRIO. NÃO CONHECIMENTO.

Com a publicação do Decreto nº 70.235/1972, art. 34, inc. I e da Portaria MF nº 63, de 9/2/2017, o limite de alçada para que se recorra de ofício da decisão tomada pela DRJ passou para R\$ 2.500.000,00, o que impede o conhecimento de recurso de ofício no qual a desoneração do sujeito passivo tenha sido inferior a este novo valor. Nos termos da Súmula CARF nº 103, para fins de conhecimento de recurso de ofício, aplica-se o limite de alçada vigente na data de sua apreciação em sede recursal.

CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Somente ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa, nos termos dos artigos 10 e 59, ambos do Decreto nº 70.235/72.

Tendo sido observados os ditames legais, não comprovado prejuízo ou vício ensejador de nulidade dos lançamentos, afasta-se a alegação trazida na peça recursal.

DECADÊNCIA. REGRA GERAL. INAPLICABILIDADE.

Nas hipóteses de falta de pagamento ou em que estiver evidenciada a ocorrência de dolo, fraude, conluio ou simulação, a contagem do prazo de que dispõe o Fisco para efetuar o lançamento é disciplinada pelo artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, que fixa como termo inicial o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

INTIMAÇÃO DOS ADVOGADOS. SÚMULA CARF Nº 110. IMPOSSIBILIDADE.

Não encontra acolhida a pretensão de que as intimações no processo administrativo fiscal sejam dirigidas aos advogados da parte, conforme Súmula CARF nº 110.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. DESCARACTERIZAÇÃO DE PACTO. REQUISITOS. SEGURADO EMPREGADO.

Quando o Fisco constatar e demonstrar que o segurado que exerça atividade, sob qualquer denominação, preenche as características de segurado empregado, previstas na Legislação, deve desconsiderar o vínculo pactuado e efetuar seu correto enquadramento.

PROVA PERICIAL. INDEFERIMENTO. AVALIAÇÃO DO JULGADOR. NECESSIDADE E VIABILIDADE.

Como destinatário final da perícia, compete ao julgador avaliar a prescindibilidade e viabilidade da produção da prova técnica, não tendo ela por finalidade suprir as deficiências probatórias das partes. Não demonstrada a necessidade de conhecimento técnico e especial para a produção de prova, a realização de exame pericial é dispensável

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso de ofício, e em negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Mário Hermes Soares Campos, - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Sonia de Queiroz Accioly - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Mário Hermes Soares Campos (Presidente), Martin da Silva Gesto, Sara Maria de Almeida Carneiro Silva, Ludmila Mara Monteiro de Oliveira, Leonam Rocha de Medeiros, Samis Antônio de Queiroz, Sonia de Queiroz Accioly e Christiano Rocha Pinheiro.

Relatório

Trata-se de recursos de ofício e voluntário (fls. 2.317 e ss) interpostos em face do R. Acórdão proferido pela 13ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo (fls. 2.267 e ss) que manteve em parte o lançamento tributário.

A Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD lavrada contra a empresa em referência na qualidade de sucessora por incorporação da empresa BRASKALB AGROPECUÁRIA BRASILEIRA LTDA., CNPJ: 53.734.760/0001-99 teve como fatos geradores pagamentos de comissões a empresas de representação comercial e contribuintes individuais (autônomos) que exerciam a função de vendedores. Os contribuintes individuais, considerados pelo Recorrente como prestadores de serviços pessoa jurídica e segurados autônomos foram caracterizados pela fiscalização, para fins previdenciários, como segurados empregados.

Segundo o Acórdão:

DA NOTIFICAÇÃO

Trata-se de crédito lançado pela fiscalização, contra a empresa acima identificada que, de acordo com o Relatório Fiscal e Anexos de fls. 82/ 135, elaborado pelo AGROPECUARIA BRASILEIRA LTDA., CNPJ: 53.734.760/0001-99 e refere-se a contribuições previdenciárias devidas à Seguridade Social, incidentes sobre a remuneração dos segurados empregados, correspondentes à parte dos empregados, da empresa, do financiamento da complementação das prestações por acidentes do trabalho (para as competências até 06/97), às destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho - CNAE e, as destinadas aos Terceiros (INCRA e Salário Educação), no montante de R\$ 6.942.818,41 (seis milhões, novecentos e quarenta e dois mil e oitocentos e dezoito reais e quarenta e um centavos), consolidado em 26/ 11/2003.

2. Informa, ainda, o Relatório Fiscal que:

2.1. As contribuições lançadas incidem sobre as remunerações pagas aos segurados considerados indevidamente pela empresa como sócios de empresas de Representação Comercial Autônoma e segurados autônomos (contribuintes individuais) discriminadas nos Livros Diário e Razão.

2.2. O crédito constituído tem como fatos geradores pagamento de comissões a empresas de representação comercial, cujo sócios tinham sido funcionários da mesma, demitidos em 14.03.96 e exercendo a função de vendedores, lançados na conta Comissões de Supervisão e Vendas.

2.3. Na análise das Notas Fiscais e contratos de Representação Comercial foram identificados, além dos empregados demitidos, autônomos (pessoas físicas) e outras pessoas jurídicas prestando o mesmo tipo de serviço. Em ambos os casos a empresa reembolsava despesas de viagens, combustíveis, refeições, dias de campo e palestras, além de pagar a título de ajuda de custo ou adiantamento, valores fixos mensais sob a justificativa de que o representante comercial autônomo não dispunha de recursos financeiros para exercer a representação comercial.

2.4. Que não foram apresentados todos os documentos solicitados, e que da análise dos comprovantes dos lançamentos contábeis e daqueles em que o histórico permitiu identificar foi verificado que os pagamentos de ajuda de custo (viagens, combustível, refeições, etc) eram feitos através de depósito em conta corrente mediante solicitação de remessa de numerário e posteriormente era apresentada Nota Fiscal das despesas incorridas; no caso de adiantamento de comissão eram apresentadas Notas Fiscais sequenciais, com lançamentos em contas do ativo circulante e quando as comissões eram pagas, os valores adiantados eram descontados e contabilizados nas contas de despesa.

2.5. Dos requisitos para a caracterização da relação de emprego:

a) Pessoaalidade: serviço prestado na pessoa dos sócios; alguns representantes eram empregados e outros tomaram-se empregados; anexada Nota Fiscal de serviços de gráfica referente a pagamento de cartões de visita em nome dos segurados pagos pela empresa; anexada cópia de planilha de ordem de crédito em conta corrente onde estão relacionadas as pessoas e não as empresas;

b) Não eventualidade: implícita; a atividade de venda está relacionada com as atividades normais da empresa;

c) Subordinação Jurídica: os pagamentos de adiantamento de comissão e ajuda de custo comprovam a onerosidade e subordinação jurídica; a cláusula 9º da parte II do contrato de Representação Comercial (em anexo) prevê que as despesas da representação correrão por conta do representante e o parágrafo único da cláusula 2º que o representante poderá trabalhar para outras empresas, porém em ambos os casos ficou constatado que as determinações não correspondiam à realidade, pois a emissão de notas fiscais sequenciais e a ajuda de custo, adiantamento de comissões, pagamentos de despesas diversas comprovam que a representação comercial não era autônoma; os anexos V e VI contém exemplos de como eram contabilizadas a ajuda de custo e adiantamento de comissões, em valores fixos mensais feitos em contas de ativo

circulante e de como era justificada a despesa mediante notas diversas entre o ativo circulante e as contas de despesas; nas solicitações de remessa de numerário (em anexo) consta o número do supervisor, empregado da empresa, designado para supervisionar o trabalho dos representantes comerciais.

2.6. O § 2º do an. 229 do Decreto 3048/99 (transcrito), confere ao Auditor Fiscal da Previdência Social competência para efetuar enquadramento como segurado empregado a fim de constituir crédito tributário decorrente das relações de emprego.

2.7. É aplicável à relação previdenciária o princípio da primazia da realidade, que significa que os fatos relativos ao contrato de trabalho devem prevalecer em relação a aparência que, formal ou documentalmente possam oferecer. Os fatos devem prevalecer sobre o contido nos documentos.

2.8. Foram considerados empregados todos os representantes comerciais que se identificaram com as ocorrências demonstradas e considerado como salário de contribuição as comissões e as despesas incorridas e reembolsadas pela empresa, conforme os critérios especificados (descreve como foram feitos os lançamentos, seus respectivos códigos e períodos, bem como descrição do conteúdo de cada um dos Anexos que serviram de base para o levantamento).

DA IMPUGNAÇÃO

3. A teor do contido às fls. 389, a empresa interpôs defesa tempestiva de fls. 177/236, acompanhada de documentos às fls. 237/387.

3.1. Inicialmente faz um breve relato do lançamento em questão concluindo pela insubsistência do débito.

Preâmbulo necessário dos fatos

3.2. Dentre outras atividades previstas no contrato social, a impugnante atua na área de vendas de sementes, especialmente de milho e de sorgo híbridos, contando para isso, com o trabalho de profissionais vendedores com formação em agronomia ou em técnicas agrícolas.

3.3. Num primeiro momento contava com mão-de-obra com vínculo de emprego, passando a adotar posteriormente a contratação de empresas de representação comercial. Mantém ainda um departamento de vendas composto por mão-de-obra com vínculo de emprego concomitantemente com uma grande equipe de representantes comerciais autônomos.

3.4. Não mantém relação jurídica de emprego com nenhum sócio das empresas de representação comercial autônomas, mantendo com estas, relação jurídica nos estritos termos da lei 4886/65 alterada pela lei 8.420/92. Aponta também não ter relação jurídica de emprego com qualquer contribuinte individual referido na NF LD em questão.

3.5. A empresa somente contrata pessoa jurídica para atuar como representante comercial e nega veementemente a afirmação do Auditor Fiscal de que mantém relação jurídica de representação comercial com pessoas físicas (autônomos).

3.6. O Auditor Fiscal não trouxe prova hábil que evidencie vínculo de emprego direto com os sócios das empresas de representação comercial e não demonstrou ser a prestação de serviços habitual, assalariada, com subordinação jurídica e a pessoalidade.

3.7. Em razão das peculiaridades e das exigências técnicas do produto comercializado pela impugnante, é obrigada a socorrer-se de mão-de-obra especializada, ou seja com conhecimentos de agronomia e de técnicas agrícolas, que também atue junto ao mercado consumidor divulgando o produto através de eventos, tais como feiras promocionais e palestras, bem como dê assessoramento técnico àqueles que adquirem essas sementes, orientando a melhor época para plantio, os cuidados com a terra, as técnicas de plantio, pois para germinarem carecem de um grande número de cuidados e de conhecimentos técnicos especializados.

3.8. Apresentadas justificativas para o adiantamento de comissões e ajuda de custo: 1) boa parte das vendas com sementes são financiadas pela impugnante e têm o seu

pagamento postergado para data posterior à colheita; 2) que a sazonalidade das colheitas conduz à irregular venda de sementes que se concentra a determinados períodos do ano; 3) que nos termos do art. 32 da lei de representação comercial, o representante somente adquire direito às comissões quando do pagamento dos pedidos ou propostas, ficando privado de ganhos durante longos períodos do ano. A disponibilização de linhas de crédito, que foram contabilizadas ora como adiantamento de comissões ora como ajuda de custo, foram contratadas com grande parte de representantes comerciais via aditamento ao respectivo contrato de representação comercial e são fruto da vontade das partes contratantes não encontrando qualquer óbice no ordenamento jurídico pátrio.

3.9: Sobre os títulos constantes do Anexo II do relatório da NFLD em questão (manutenção e utilização de veículos; Combustíveis; Viagens, conduções e estadas, Lanches e refeições; Telefone, telex e correios; Outras despesas; Palestras técnicas; Dias de Campo; Impressos e materiais de expediente; Viagens e estadia- ajuda de custos;..Conduções) não incidem qualquer contribuição social pelos motivos:

- referem-se a valores reembolsados, devolvidos a título de indenização/ressarcimento de despesas tidas na participação de eventos promovidos pela impugnante;
- não são habituais, conforme demonstrado pelo exame das datas disponibilizadas em conta corrente;
- não foram contratadas no âmbito da representação comercial;
- não encontram-se lastreados por contrato de trabalho

Da Decadência

3.10. Requer que seja observado o prazo decadencial de cinco anos a contar retroativamente a partir de 27.11.03, data da intimação da autuação com base nos seguintes argumentos:

- a natureza jurídica das contribuições sociais é de tributo;
- necessidade de lei complementar conforme o disposto no art. 146, III, b da Constituição Federal;
- considerando a natureza tributária das contribuições sociais seu prazo decadencial também se submete a norma constitucional, devendo, portanto, obedecer o prazo estabelecido no Código Tributário Nacional, art. 173 por ter sido esse diploma recepcionado pela Constituição Federal como lei complementar;
- transcreve entendimento do Supremo Tribunal Federal - STF, Plenário, RE 148754-2/RJ, excerto do voto do Min. Carlos Velloso, jun.93;
- que o art. 45 da Lei 8.212/91 é inconstitucional porque invadiu matéria reservada à lei complementar.

3.11. Cita declarações do Pleno do TRF da 4ª Região e do Supremo Tribunal Federal para corroborar seu entendimento da questão.

Da Impossibilidade da Lavratura da NFLD/ Da nulidade absoluta da NFLD

3.12. A fiscalização não expôs de maneira clara e precisa como apurou os valores lançados na Notificação especialmente porque não identifica os valores dos salários de contribuição de cada um dos prestadores de serviços de representação comercial que supostamente deveriam ser enquadrados como empregados da impugnante.

3.13. Deveria ter sido mencionado o valor mensal da remuneração de cada segurado para que a impugnante pudesse discutir o acerto ou não da decisão do Fiscal e para que os trabalhadores possam vir a ser beneficiados pelos recolhimentos cobrados na NFLD em questão, fechando as portas ao enriquecimento ilícito do INSS.

3.14. A fiscalização não se atém ao preenchimento do requisito previsto no art. 142 do Código Tributário Nacional, que é a data de ocorrência do fato gerador e a determinação de matéria tributável; que o ato administrativo é vinculado e a extrapolação do âmbito de permissão legal é considerado injurídico e que a autoridade administrativa não poderia praticar ato discricionário ou ainda arbitrário como ocorre na presente NFLD.

3.15. O lançamento deve mencionar de maneira minudente a origem do mesmo para que seja possível o atendimento do princípio do contraditório, sob pena de nulidade. Deve mencionar os trabalhadores que serão beneficiados pelas contribuições cobradas para que essas tenham reflexo em seu tempo de contribuição para efeitos de aposentadoria, sob pena de enriquecimento ilícito do INSS.

3.16. Que a NFLD não trata de diferenças de contribuição previdenciária, quando então os trabalhadores envolvidos já teriam constado da folha de pagamentos e da Guia de Informações a Previdência-GFIP, mas trata de declaração de vínculo de emprego em que os envolvidos nunca constaram de nenhum documento emitido pela empresa.

3.17. A mudança na realidade da prestação de trabalho (com vínculo de emprego para autônomo), ainda que tenha se operado de forma contínua, por si só não configura fraude, consoante concluiu equivocadamente o Auditor Fiscal no relatório fiscal.

3.18 Deve ser declarada a total nulidade da NFLD sob pena de violação direta e frontal aos artigos 194, inciso V e 195, inciso I, da CF/88 e art. 142 do CTN.

Da Incompetência da Fiscalização

a) Incompetência para desconsideração das Pessoas Jurídicas

3.19. Afora a falta de competência da Fiscalização do INSS para declarar vínculo de emprego, visto ser de competência exclusiva da Justiça Especializada do Trabalho, ao lavrar a presente NFLD, o Auditor Fiscal afrontou outras regras fundamentais do direito pátrio, como por exemplo: 1) o princípio constitucional da legalidade (inciso II, do art. 5º da CF/88) por falta de amparo legal para a Fiscalização do INSS desconsiderar personalidade jurídica de empresa; 2) por ocasião dos fatos apurados não havia expressa previsão legal para tal desconsideração; 3) ainda que se aplique ao caso a legislação atual que admite a desconsideração da pessoa jurídica, v.g. o art. 50 do atual Código Civil Brasileiro, esse diploma legal é claro ao determinar que essa é atividade jurisdicional, e portanto, atividade privativa de juiz; 4) restaram ofendidos todos os dispositivos da lei de representação comercial na medida em que tiveram sua vigência negada (Lei 4.886/65 modificada pela Lei 8.420/92).

3.20. A desconsideração da personalidade jurídica, para ser decretada há necessidade, por consequência, do preenchimento de uma série de condições, sendo que a primeira dessas, é sem dúvida, a competência do agente para a prática de ato com tal gravidade.

3.21. Argumenta, com base no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor(transcrito),que cabe ao Juiz, em determinado caso concreto, desconsiderar a personalidade jurídica quando verificar a existência das condições determinadas nesse diploma legal e isso quando se tratar de relação de consumo, situação que não se confunde com o presente caso.

3.22. Além de citar o entendimento de ilustres Professores e Magistrados para sustentar sua argumentação de que somente ao Juiz cabe a decretação da desconsideração da pessoa jurídica,se reporta também ao art. 50 do Novo Código Civil, Lei 10.406/2002.

3.23. O Auditor Fiscal agiu amparado pelo §2º, do art. 229 do Decreto 3.048/99 com redação dada pelo Decreto 3.265, norma infra-legal que não tem o condão de obrigar a impugnante ou outro contribuinte qualquer na medida em que a Carta Magna no inciso II do seu art. 5º dispõe que: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, sendo inequívoco que não existe norma legal que autorize o mencionado §2º, do art. 229 do Decreto 3.048/99, dispor o que dispôs.

3.24. Além disso, a permissão para “desconsiderar o vínculo pactuado” não pode levar o Auditor Fiscal a concluir que pode decidir desconsiderar a personalidade jurídica, pois a norma em questão é clara no sentido de que o que pode ser desconsiderado é o vínculo pactuado entre um empregador e um segurado (pessoa física, portanto), contratado como contribuinte individual, trabalhador avulso ou sob qualquer outra denominação (bolsista, aprendiz, grumete, por exemplo).

3.25. Não existe no relatório fiscal nenhum elemento que evidencie que as pessoas jurídicas que representavam comercialmente a impugnante foram constituídas com a intenção de burlar as leis sociais.

3.26. Mesmo para o Poder Judiciário desconsiderar a personalidade jurídica deve observar os requisitos fixados pela lei, assim, a título de ilustração, deve haver prova de ocorrência de abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.

3.27. Cita jurisprudência e solicita o reconhecimento da insubsistência da NFLD em função do descabimento da desconsideração da personalidade jurídica.

b) Incompetência para a declaração do vínculo de emprego

3.28. A fiscalização entendeu que os empresários que constituem as pessoas jurídicas prestadoras de serviço de representação comercial devem ser consideradas empregados para os fins previdenciários, porém não apresenta prova hábil quantos aos elementos reais/fáticos caracterizadores de uma relação de emprego (pessoalidade, subordinação jurídica, não eventualidade, onerosidade), de modo que a NFLD deve ser considerada totalmente nula neste ponto. -

3.29. O Auditor Fiscal invadiu esfera de competência da Justiça do Trabalho declarando a existência de vínculo empregatício entre os prestadores de serviço e a impugnante

3.30. Cita o art. 114 da Constituição Federal/88, Instrução de Serviços nº SAF 299.4 de 15.04.70, entendimento do ministro do E.STF Aldir Passarinho, julgados do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e STJ e decisões das Cortes Trabalhistas.

3.31. A fiscalização fundamentou a autuação no art. 229, §2º do Decreto 3.048/99, o qual, ainda que de forma inconstitucional possibilita o Auditor Fiscal a desconsideração do vínculo civil para a caracterização de vínculo de emprego; todavia, o dispositivo legal somente entrou em vigor em julho de 1999 e anteriormente ao Decreto 3048/99 o Auditor Fiscal não tinha amparo legal para esse procedimento.

3.32. Patente a nulidade do lançamento pois além da fiscalização ter exacerbado sua esfera de competência fundamentou a NFLD em legislação posterior aos fatos em debate.

Da Inexistência dos Vínculos de Emprego Apontados

1) Inexistência de subordinação jurídica ou dependência hierárquica

3.33. Que os argumentos do Auditor Fiscal referentes a adiantamento de comissão e ajuda de custo e da forma de sua contabilização, de que determinações legais do Contrato de Representação Fiscal não correspondem à realidade e a existência de um supervisor do trabalho dos representantes comerciais não tem força probatória, permitindo apenas concluir pela existência de dependência econômica e jamais pela existência de subordinação jurídica ou dependência hierárquica entre a impugnante e os sócios das representantes comerciais.

3.34. Citando que o entendimento da jurisprudência e da doutrina jurídica é de que a dependência econômica não é condição necessária e suficiente para caracterizar a subordinação jurídica ou dependência hierárquica e que a sua determinação tem sido o principal critério para a caracterização do contrato de trabalho, conclui que os elementos de convicção apontados no relatório fiscal não se prestam a esse fim, porquanto:

- pagamentos à título de adiantamento de comissão e de ajuda de custo: ainda que tenham sido feitos diretamente na conta dos sócios não permitem concluir que estes são trabalhadores juridicamente subordinados à impugnante.

- ainda que seja verídico, o que não restou demonstrado robustamente no relatório fiscal, que a cláusula 9ª, da parte II, do contrato de representação comercial que prevê que as despesas decorrentes da representação correrão por conta do representante e de que o parágrafo único da cláusula segunda que aponta que o representante poderá trabalhar para outras empresas, não foram observadas, não leva a conclusão da

existência de subordinação hierárquica de modo a afastar a autonomia da representação comercial.

- que a emissão de notas sequenciais e o fato de a impugnante ter antecipado comissões e tê-las contabilizado como pagamentos à título de ajuda de custo ou mesmo reembolso de despesas não permite concluir pela existência de subordinação jurídica.

- os anexos V e VI se destinam a demonstrar como era contabilizada a ajuda de custo e o adiantamento de comissão.

- a solicitação de remessa de numerário, onde consta o número do supervisor, que o Auditor Fiscal supôs erroneamente ser funcionário designado para supervisionar o trabalho dos representantes comerciais não consiste prova hábil pois, a forma como é feita tal solicitação consiste de documento padronizado usado à época pelos representantes comerciais para solicitação de numerários que não tem natureza salarial, vez que tais títulos estão abrangidos pelo objeto dos lícitos contratos de representação comercial, não consistindo assim salário.

- que a argumentação de que a documentação já mencionada levou a fiscalização a entender que a representação não é autônoma; pois evidencia a exclusividade e que o risco da atividade econômica está sendo assumido pela representada deve ser afastado, pois já está pacificado o entendimento de que a exclusividade da prestação de trabalho não é elemento característico do vínculo de emprego, o direito pátrio admite que a representada assuma despesas tidas pelo representante comercial sem que isso implique que esse tenha assumido o risco da atividade de modo a descaracterizar a autonomia do trabalho conforme segue:

- a lei 4.886/65 não faz distinção entre contrato de representação comercial e contrato de agência. Cita doutrina.

Considerando:

- a regra hermenêutica de que quem pode o mais pode o menos;

- que o contrato de agência e de distribuição também são formas de trabalho autônomo com base no disposto no art. 710 do Código Civil Brasileiro

- é negocial a assunção de todas as despesas com agência ou distribuição sem perda da autonomia da forma de trabalho (art. 713 do CCB)

3.35. O Relatório Fiscal embora tenha mencionado os requisitos do art. 3º da CLT, o Auditor Fiscal não verificou “in loco” quais atividades e o nível de subordinação a que se sujeitavam os prestadores de serviço.

3.36. A fiscalização não observou as reais atividades desenvolvidas pelos prestadores de serviço nem se deu conta de que são altamente especializados e que a subordinação jurídica só poderia ser cabalmente demonstrada em ação trabalhista perante a Justiça Especializada do Trabalho após regular instrução com o exame de provas documentais e principalmente pela oitiva de testemunhas.

3.37. Alega ainda que a fiscalização não constituiu provas robustas, não tem competência para reconhecer relação de emprego, que o fato dos sócios recolherem 20% de contribuição previdenciária sobre o pró-labore já representa declaração de vontade tácita quanto a assunção da condição de trabalhador sem vínculo de emprego, de que os sócios são profissionais liberais altamente habilitados, e que pela própria natureza da sociedade civil prestam serviços a seus clientes, são qualificados e independentes para formar empresa dessa natureza e que deve ser declarada total insubsistência dos débitos apontados.

1) Ausência de vínculo em relação a ex-empregados

3.38. Não há lei que proíba ex-empregados da impugnante de constituírem uma empresa e oferecerem seu serviço a ela, aliás procedimento normal de pequenas empresas onde os sócios buscam serviços através de contatos pessoais.

3.39. A fiscalização não precisou no relatório fiscal quantos e quais prestadores foram apontados como ex-empregados.

3) Dos contratos de serviços celebrados entre as partes

3.40. A fiscalização considerou que as cláusulas relativas a obrigação das partes se reunirem para discutir o andamento dos serviços atestaria existência de subordinação.

3.41. Por serem serviços altamente especializados é normal tal procedimento. A fiscalização confunde poder de mando com poder de saber o que se passa.

3.42. Pagamento de despesas não configura vínculo, mesmo porque todo profissional liberal é reembolsado de xerox, quilometragem e outros custos.

3.43. A impugnante nunca teve intenção de fraudar o INSS até porque tem milhares de empregados e recolhe altas cifras à Previdência Social.

3.44. Os contratos de prestação de serviços visam buscar pessoal altamente especializado no mercado, pois a venda de sementes exige bom conhecimento técnico tanto do mercado quanto do produto.

3.45. Se a impugnante quiser vender o produto deverá investir no treinamento de representantes, bem como na divulgação daquele em feiras, exposições, demonstrações. O ramo é bastante competitivo e exige a abertura de linhas de crédito para os consumidores em razão da sazonalidade já comentada.

3.47. A prestação de serviços de representação comercial está regulada pela lei nº 4.886/65 com as modificações da lei nº 8.249/92 e foi desconsiderada pelo Auditor Fiscal.

4) Inexistência de pessoalidade

3.48. O fato de ex-empregados passarem a representar comercialmente a impugnada e vice-versa não tem o condão de afastar a pessoalidade vez que deve prevalecer a realidade para se fixar a natureza jurídica da relação de trabalho.

3.49. Quanto a planilha gráfica da ordem de crédito nº 42 de 05.1.1.96 referente a emissão de cheque nº 15819 é certo que as pessoas indicadas são de fato empregados da impugnante que foram regularmente registrados e é certo que nada existe em aberto à título de contribuições sociais com relação aos mesmos.

3.50. Quanto aos demais prestadores a fiscalização não apresenta elemento de convicção e não justifica a caracterização do vínculo de emprego com base no requisito "pessoalidade".

3.51. Verifica-se que a NFLD carece de provas acerca da existência da pessoalidade na prestação de serviços, inconcebível na situação em análise onde todos os prestadores são pessoas jurídicas, o que por si só demonstra a impessoalidade na execução das tarefas.

3.52. Os relatórios de serviços dos prestadores demonstra a inexistência de horário ou jornada de trabalho.

3.53. Os contratos de prestação de serviços são claros a respeito da não pessoalidade pois permitem que a contratada substitua o sócio ou empregado que estiver executando o trabalho.

5) Da remuneração dos serviços

3.54. Os representantes não são remunerados regularmente e não cumprem metas de produtividade. Os valores pagos são bastante variáveis, dependem da efetiva realização de serviços o que demonstra o não mascaramento da relação de emprego, já que um empregado, mesmo disfarçado (como afirma equivocadamente o INSS), não aceitaria receber remuneração menor em um mês em relação ao mês anterior.

3.55. Inexiste valor fixo ou mínimo de remuneração, e muito menos metas e controle de produtividade o que demonstra a autonomia do prestador de serviços e descaracteriza a relação de emprego.

6) Inexistência de exclusividade

3.56. Na alegação de exclusividade a fiscalização se fundamenta na existência de notas fiscais em sequência numérica e cronológica, no entanto não fez prova do fato acostando a NFLD as referidas notas. .

3.57. Se os prestadores laboram para terceiros, o que se comprova pela ausência de notas sequenciais inexistente o contrato de trabalho subordinado.

3.58. A exclusividade não é elemento característico do vínculo de emprego, portanto dispensável o exame do suposto requisito para a análise da relação jurídica de trabalho entre as partes.

7) Inexistência de habitualidade

3.59. A legislação civil não impede a contratação de serviços de maneira habitual e não limita as hipóteses de contratação a casos incertos ou fortuitos.

3.60. A fiscalização se equivocou ao intuir que a impugnante teria contratado serviços correspondentes ao seu objeto social, levando a conclusão de existência de vínculo empregatício. Primeiro porque os prestadores exercem atividade de apoio em áreas técnicas específicas, diante da complexidade das atividades de consultoria desenvolvidas. Segundo porque, a impugnante possui milhares de empregados atuando nos serviços objeto de seu contrato social, não tendo interesse em manter colaboradores exercendo as mesmas atividades em condições diversas das estabelecidas em sua estrutura organizacional. Terceiro porque, ainda que correto o entendimento do INSS, nenhuma lei faz exigência de que a transferência de serviços de uma empresa para outra seja somente de atividade apoio.

3.61. A contratação de prestadores de serviços de representação comercial somente poderia ser considerada ilegal se fraudulenta, ou seja, se os trabalhadores cedidos estiverem subordinados ao tomador de serviços e preencherem os demais requisitos de vínculo de emprego, o que não foi apurado pela fiscalização, demonstrando a nulidade da NFLD.

Do equívoco na base de cálculo utilizada

3.62. A base de cálculo não corresponde à remuneração dos prestadores de serviços, visto aquela estar estabelecida no art. 195, inciso I da CF/88 alterado pela Emenda 20/98 (transcrito).

3.63. A base de cálculo utilizada pela fiscalização, conforme Discriminativo Analítico do Débito corresponde ao faturamento das empresas prestadoras de serviços, pretende-se cobrar incidência sobre valores não recebidos pelos trabalhadores, uma vez que a remuneração dos sócios é ajustada internamente sem interferência da Monsanto.

3.63. O pró-labore e demais rendimentos são apurados após a dedução dos custos administrativos e fiscais.

3.64. Não foram visitados os prestadores de serviços para obtenção e análise dos documentos. Também evidencia as imperfeições dos valores utilizados:

- a fiscalização tomou por base para apuração do salário de contribuição os valores das Notas Fiscais, no entanto as prestadoras, pessoas jurídicas legalmente constituídas tem gastos com encargos sociais, despesas administrativas, impostos e contribuições sociais;
- as referidas empresas efetuam contribuições sobre o pró-labore;
- como pessoas jurídicas visam o lucro; _
- todos os seus gastos estão agregados ao total cobrado, inclusive e principalmente o lucro;
- a fiscalização tem procedimento equivocado ao considerar o valor da Nota Fiscal como base de cálculo, em razão de que, o salário de contribuição tem como base o efetivo pagamento do pró-labore aos sócios e não o faturamento bruto.

3.65. Deve ser anulada a NFLD ou na pior das hipóteses retificada a base de cálculo.

Da insubsistência dos débitos relativos à “parte empregado” (segurado)

3.66. A fiscalização apontou dívidas relativas à “parte empregado”, entretanto a Constituição preconiza em seu art. 195 (transcrito) que o custeio da seguridade será financiado por toda a sociedade e que o plano de seguridade social estabelecido na Constituição tem por premissa o princípio da isonomia inserto no art. 5º, caput(transcrito).

3.67. A parte do empregado que deve ser suportada pela empresa, segundo entendimento da fiscalização, além da parte legal a que constitucionalmente está incumbida, por força da garantia prevista no inciso II, do art. 5º (transcrito) também violenta os princípios do Direito Previdenciário a teor do que dispõe o parágrafo único do art. 194 da Carta da República (transcrito).

3.68. O ato de imputar à empresa a obrigação de custear, inclusive a parte do empregado é ilegal e inconstitucional.

Do valor do Débito

3.69. Impugna-se totalmente o valor do debito da NFLD que deverá ser anulada.

3.70. Deve ser revisto o valor da NFLD em razão de a fiscalização não ter descontado valores já recolhidos pelos prestadores de serviços,

3.71. Todos os sócios recebem pro-labore sobre o qual recolhem as contribuições devidas à Previdência Social.

Conclusão

3.72. Espera seja acolhida a presente defesa julgando insubsistente o débito apurado. .

3.73. Requer a concessão do prazo de 90 dias para a juntada de documentos comprobatórios da tese acima e inclusive para aditamento da presente defesa.

3.74. Requer que todas as notificações seja expedidas somente ao patrono da impugnante.

DA IMPUGNAÇÃO COMPLEMENTAR

4. Apresenta adendo de defesa e faz juntada de documentos às fls. 399/2083, PT nº 35464002982/2004-33 protocolizada em 22/09/2004.

4.1. Reitera todos os termos de sua defesa e destaca que não há no relatório fiscal e documentos que o instruem qualquer prova hábil da presença dos requisitos da relação de emprego entre os sócios das empresas de representação comercial.

4.2. A Braskalb sempre contratou representantes comerciais pessoas jurídicas regularmente constituídas, fato não refutado pelo Auditor Fiscal, mas jamais se utilizou do trabalho de representante comercial pessoa física, não fazendo prova em sentido contrário a documentação que instrui a NFLD. ,

4.3. Conforme documentos que instruem a NFLD os pagamentos sempre foram feitos na forma de depósito em conta corrente de titularidade de pessoas jurídicas, jamais na conta corrente dos sócios de empresas de representação comercial.

4.4. Há um comprovante de depósito bancário instruindo a NFLD e que fora efetivado na conta corrente da pessoa física José Gilmar Gonçalves, no valor de R\$ 347,37 porque referida pessoa era de fato empregado conforme Ficha de Registro de Empregado (doc. Anexo) e não sócio de empresa de representação comercial como afirma o Auditor Fiscal, sendo que a importância fora depositada à título de devolução/reembolso de despesas por serviços externos.

4.5. Dos demais comprovantes de depósitos bancários acostados na NFLD, verifica-se que referem-se a depósitos feitos nas contas correntes de titularidade das empresas de representação comercial. Ainda que tenha havido pagamento diretamente para algum dos sócios das empresas de representação comercial não é prova hábil da existência de vínculo de emprego, que só pode ser firmada através da verificação da presença de

todos os requisitos do vínculo de emprego, o que em nenhum momento foi demonstrado pelo Auditor Fiscal.

4.6. Com base na autonomia da vontade das partes contratantes, a Braskalb pactuou com alguns dos seus representantes comerciais lícitos contratos de empréstimos pelos quais disponibilizou recursos financeiros aos mesmos, sempre garantidos pela emissão de correspondente Nota Promissória, para serem devolvidos devidamente acrescidos de juros (vide cópias dos aditamentos aos contratos de representação comercial, bem como as cópias dos aditamentos a contratos de representação comercial)

4.7. Tais pactos foram ajustados em consonância com a liberdade de contratação conferida pela lei às empresas envolvidas e não tem o condão de fundamentar a desconsideração da pessoa jurídica dessas empresas de representação comercial. Quando muito evidenciam lícita dependência econômica entre as partes contratantes que nem de longe se confunde com a subordinação hierárquica própria do vínculo de emprego.

4.8. Pelos aludidos contratos de empréstimos a Braskalb disponibilizou, normalmente em parcelas mensais fixas, a título oneroso, vez que cobrava juros, recursos em pecúnia para que as pessoas jurídicas que a representavam na venda sazonal de sementes de milho e sorgo híbridos para os fazendeiros consumidores que se encontravam dispersos em grandes áreas, pudessem fazer frente às altas despesas inerentes à representação comercial, consoante explicado na defesa apresentada.

4.9. Declara refutadas as alegações do item 5.2.2. do Relatório Fiscal, sendo certo que não se sustentam tendo em vista as cópias que acompanham a presente petição e que requer sejam juntadas aos autos, ou seja, as cópias: 1) dos contratos de representação comercial, 2) dos respectivos aditamentos dos contratos de representação comercial, 3) das notas fiscais de serviços emitidas pelos representantes comerciais, 4) dos distratos e 5) solicitações de remessas de numerários.

4.10. A Monsanto disponibilizou ao Auditor Fiscal todos os documentos e livros contábeis da Braskalb solicitados, sendo certo inclusive que tais documentos estão a disposição da fiscalização, para sanar qualquer dúvida que se apresente quanto a matéria em discussão.

4.11. Quanto ao item 5.2.3 do Relatório Fiscal: a legislação, pátria não obsta que os representantes comerciais pactuem, nos termos da legislação civil, empréstimos com a representada nos exatos termos em que restou contratado entre a Braskalb e diversos representantes comerciais

4.12. Todos os pagamentos a qualquer título feito às pessoas jurídicas que representavam comercialmente a Braskalb eram sempre feitos mediante solicitação formal, notadamente quando a título de pagamento de comissão por vendas realizadas, através de um formulário padrão "Solicitação de Remessa de Numerário" constituindo prática administrativa de controle de pagamentos que nem de longe induz relação jurídica de emprego.

4.13. Quanto aos reembolsos de despesas de viagens, combustíveis, refeições, dias de campo e palestras também não induzem vínculo de emprego, pois além de não demonstrarem nenhum dos requisitos próprios do vínculo de emprego, é certo que eram pagos de forma claramente não habitual, afastando o caráter remuneratório dos mesmos. A verificação da eventualidade é demonstrada pelo exame detalhado do anexo II do Relatório Fiscal.

4.14. Os reembolsos tem natureza indenizatória vez que realizados para indenizar as pessoas jurídicas que representaram comercialmente a Braskalb pelo desempenho de atribuições definidas contratualmente, (cláusula 8ª), que estão inseridas na liberdade de contratação das empresas envolvidas e não induzem relação jurídica de vínculo de emprego em que pesem tenham sido contabilizadas como Ajuda de Custo ou Adiantamento de Comissões.

Da demonstração da inexistência da suposta prova da Pessoalidade

(referente item 6.1. do Relatório Fiscal)

4.15. É óbvio que o serviço contratado só poderia ser prestado por um sócio ou mesmo por preposto das empresas de representação comercial, fato que não autoriza concluir pela existência de vínculo de emprego.

4.16. A Nota Fiscal de serviços da empresa Gráfica e Editora Magister Ltda. referente a pagamentos realizados pela confecção de cartões de visita não constitui prova de vínculo de emprego porque não induz a presença de nenhum dos requisitos do vínculo de emprego e porque se refere a pagamento realizado a terceiro e não a representante comercial.

Da não eventualidade

4.17. O auditor Fiscal supõe que estaria implícita uma vez que a atividade de venda está relacionada com as atividades normais da empresa. Equivoca-se, porquanto a não eventualidade é conceito jurídico que está relacionado com a habitualidade (continuidade) com que é realizada a prestação de trabalho.

Da subordinação jurídica

4.18. Referindo-se ao item 6.3. do Relatório Fiscal, reitera todos os termos da sua impugnação ressaltando que nenhum dos elementos apontados são hábeis para fundamentar a subordinação jurídica ou dependência hierárquica.

4.19. Junta cópia dos autos de ação de cobrança pelo rito sumário onde o representante comercial Enio Abatti & Cia. Ltda. deduz pretensão de títulos e valores com fundamento na lei de representação comercial autônoma (nos termos da Lei 4.886/65 com as modificações introduzidas pela Lei nº 8.420/92), que demonstra que a relação jurídica havida entre a empresa Enio Abatti & Cia. Ltda. e a Braskalb consistiu autêntica e inatacável relação de representação comercial autônoma.

4.20. Extrai dos Anexos do Relatório Fiscal os valores pagos ao representante comercial Enio Abatti e requer, por amostragem ajuntada das inclusas cópias de documentos relativos aos representantes comerciais listados, que demonstram que a Braskalb manteve relação jurídica exclusiva de representação comercial em condições idênticas à relação comercial havida com a empresa Enio Abatti & Cia. Ltda.

4.21. Reitera que todas as notificações sejam expedidas ao patrono da impugnante: Antonio Carlos Vianna de Barros - Av. Pedroso de Moraes, 1201 - São Paulo/SP - CEP 05419-001. l

DA PRIMEIRA DILIGÊNCIA FISCAL

5. Em vista das alegações supra sintetizadas e da juntada de documentos, sugerimos a remessa dos autos ao AFPS Notificante para apreciação das alegações da defendente, conforme despacho de fls. 2.084/2.098.

5.1. Como resultado da diligência, o Auditor Fiscal emite relatório constante de fls. 2100/2103, informando o que segue:

5.1.1. Informamos que só foram apreciados a impugnação tempestiva e os documentos anexados a mesma. Os demais documentos juntados de forma intempestiva e sem demonstração fundamentada da ocorrência das condições previstas no § 1º do art. 9º da Portaria MPAS nº 520 de 19/05/2004, não foram objeto de análise.

5.1.2. Em relação aos valores constantes do anexo II do relatório Fiscal, interpretamos esses valores como pagamento de salário uma vez que eram pagos, num primeiro momento como ajuda de custo ou adiantamento (contas do ativo nº 1.1.3.07.02) num valor fixo mensal (anexo V e aditamentos contratuais) sem comprovação de gastos e posteriormente o segurado apresentava notas de gastos diversos (lanches e refeições, combustível, viagens e estadia, etc), justificando a despesa independentemente de sua vinculação com a prestação de serviços. Sem falar na previsão contratual (art. 9º) de que as despesas de representação correrão por conta do contratado, que como vê não ocorre na prática.

5.1.3. A empresa quer fazer crer que a representação é autônoma, mas o representante não possui recursos para exercê-la, pois esta é a justificativa encontrada pela notificada para realizar pagamentos aos representantes via ajuda de custo e/ou adiantamento. Se a representação é autônoma não pode o representante depender da empresa, ainda que de forma sazonal, mesmo porque, teoricamente, ele deveria prestar serviços para outras empresas e, ao se constituir uma empresa, o empresário assume o risco da atividade econômica, o que também se provou não ser o caso aqui.

5.1.4. Em relação às alegações da empresa de que deveriam ser abatidos os valores já recolhidos pelos prestadores de serviço esclarecemos que a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias apuradas nesta NFLD (sujeito passivo) é da notificada e não dos prestadores de serviço e que a legislação previdenciária prevê os institutos de compensação e da restituição de valores recolhidos indevidamente e que caso estes contribuintes manifestem interesse poderão fazê-lo e, portanto, não há que se confundir o sujeito passivo e nem segurado empregado com contribuinte individual.

5.1.5. Com relação às alegações da falta de individualização da caracterização do vínculo de emprego, cabe esclarecer que a documentação destinada à verificação da ocorrência dos fatos geradores e da apuração dos valores devidos foi insistentemente solicitada à notificada, como se pode observar nos Termos de Intimação para Apresentação de Documentos - TIAD emitidos em 29/04/2003, em 07/05/2003 e em 21/10/2003.

5.1.6. A empresa não disponibilizou todos os documentos, o que motivou a lavratura do Al nº 35.620.383-2, depois de se conceder maior prazo para a apresentação de documentos.

5.1.7. Ao não disponibilizar todos os documentos solicitados pretende, ao questionar insistentemente a falta de individualização sem comprovar os lançamentos reputados de ofício, no mínimo que a fiscalização adivinhe. Dessa forma não pode prosperar a argumentação de que faltaram elementos para a caracterização dos segurados como empregados, mesmo porque a apuração dos fatos geradores ocorreu com base na documentação apontada no relatório fiscal e nos documentos anexos ao mesmo e não arbitrariamente como quer a impugnante.

5.1.8. Acrescente-se o fato de que os fatos geradores ocorreram no período de 01/1995 a 12/2000 e a fiscalização foi realizada no período de 07/02 a 11/03 e no estabelecimento centralizador da empresa incorporadora impossibilitando a verificação in loco dada à extemporaneidade dos fatos.

5.1.9. A impugnante cai em grave contradição ao afirmar que é inverídica a afirmação de que mantém relação jurídica de representação comercial com pessoas físicas (autônomos). Basta observar a documentação juntada pela fiscalização às fls. 157 onde constam cópias de uma solicitação de remessa de numerário e comprovante de depósito em conta corrente do segurado Sergio Pedro Nesello contendo observação de que: "O RCT prefere ficar como pessoa física, no momento" e o próprio desconto do Imposto de Renda comprovam a situação. São fatos como este que demonstram a falta de organização e de controle sobre sua documentação.

5.1.10. Ressalte se ainda que a notificada não demonstrou atender ao previsto no artigo 5º da Lei 4.886/65 que determina que: "Somente será devida remuneração, como mediador de negócios comerciais, a representante comercial devidamente registrado". Em nenhum documento analisado pela fiscalização, sejam os contratos de representação comercial, sejam as notas fiscais emitidas pelos representantes comerciais verificamos haver registro ou que este era exigido quando do pagamento das comissões. A empresa em sua defesa não apresentou documentação que comprovasse tal fato e quando instada a fazê-lo limitou-se a informar que deixara de apresentar os Registros no Conselho Regional de Representação Comercial, pois estes documentos são de guarda exclusiva dos próprios representantes (vide anexo).

5.1.11. Ainda em relação aos contratos de representação analisados cumpre observar que estes não estão registrados e a maioria não é datado.

5.1.12. Sem contar o fato já mencionado dos adiantamentos e ajudas de custo onde se demonstrou serem pagamentos sem vinculação com vendas realizadas.

5.1.13. Todas as Relações Anuais de Informações Sociais -RAIS anexadas pela empresa ao processo demonstram que as representantes comerciais não têm funcionários, o que reforça os elementos de convicção apontados pela fiscalização.

5.1.14. Na análise do contrato de representação comercial em conjunto com a Lei nº 4.886/65 constata-se a presença de elementos caracterizadores da subordinação jurídica, que compreende o poder de dar ordens, dirigir e fiscalizar o serviço de profissionais, dentre os quais citamos: a) demarcação de território (poder de dirigir) - an. 27 "d";

b) obrigatoriedade da informação sobre o andamento dos negócios a seu cargo (poder de fiscalizar) - art. 28;

c) não poderá agir em desacordo com as instruções do representado (poder de dar ordens) - art. 29.

5.1.15. No caso em tela, ao não se comprovar que os representantes possuíam registro no Conselho Regional, ao efetuar pagamentos desvinculados da realização de vendas sob o título de comissão e ao se custear a manutenção da atividade econômica de um ente que não consegue suportar o risco da mesma, eis que a relação jurídica descobre-se do manto protetor da Lei 4.886/65 e com ela a subordinação jurídica.

DA SEGUNDA DILIGÊNCIA

6. Foi solicitada nova diligência fiscal, conforme despacho de fls. 2110/2111, e emitido relatório de diligência constante de fls. 2114/2120 que informa:

6.1. Diligenciamos à empresa com o intuito de verificar os elementos que ela alegou estarem à disposição e após emissão de dois Termos de Intimação para Apresentação de Documentos - TIAD e da concessão de prazo de dois meses para apresentação, a empresa só apresentou uma pequena parte da documentação além de não prestar os devidos esclarecimentos solicitados nos TIADS, resultando nos Autos de Infração nºs 37.010.669-5, pela não apresentação de documentos; nº 37.010.670-9 por não prestar as informações na forma solicitada e nº 37.010.671-7 por não incluir segurados nas folhas de pagamento. Tais ocorrências evidenciam o que foi alegado nos itens 7 a 10 do relatório fiscal da primeira diligência.

6.2. Foram anexados a este processo, cópias dos Mandados de Procedimento Fiscal - MPF e dos TIAD emitidos na mencionada diligência.

6.3. A verificação dos documentos apresentados durante a diligência bem como aqueles juntados intempestivamente pela defesa permitiu-nos corroborar as informações até então prestadas e acrescentar as constatações descritas a seguir:

- a empresa não conseguiu demonstrar os pagamentos de comissões relacionados com as vendas realizadas pelos representantes conforme o solicitado no anexo II dos TIADS (fls. 2166);

- a empresa anexou ao processo vários documentos repetidos demonstrando falta de critério e organização, como por exemplo, a anexação de contratos repetidos (fls. 1153 a 1161, 1132 a 1139, 1162 a 1166, 1326 a 1339, 1340 e 1343) a inclusão de Notas de período posterior ao da NFLD e contratos sem assinatura como no caso do segurado Luiz Antonio Pissolato.

- em relação aos adiantamentos concedidos, verificamos que todas as Notas Fiscais emitidas pelos representantes no valor de R\$ 3.500,00, bem como os comprovantes de depósitos bancários no valor de R\$ 3.447,50 não se referem a comissões apuradas e sim ao perdão da dívida contraída (adiantamento), ou melhor, o salário recebido. Nas páginas 563 a 592 constam exemplos desses adiantamentos. Verificamos que TODOS os representantes foram contemplados com estes adiantamentos os quais, a empresa até

o presente não demonstrou seu abatimento das comissões e nem os pagamentos e apropriações contábeis dos juros previstos nos aditamentos aos contratos;

- em relação aos contratos de representação comercial autônoma apresentados e analisados à luz da Lei 4886/65, permitiu-nos verificar as seguintes evidências de uma relação de emprego:

a) apesar do artigo 38 da Lei 4886/65 prever: "Não serão prejudicados os direitos dos representantes comerciais quando, a título de cooperação, desempenhem, temporariamente, a pedido do representado encargos ou atribuições diversos dos previstos no contrato de representação (g.n), verifica-se ao analisar a cláusula 8" do item II ("Das Obrigações do Representante") do Contrato de Representação Comercial, obrigações que subordinam juridicamente o chamado representante às ordens da representada e de forma continua, tais como:

- "Plantio, condução, colheita e envio de resultados do Programa ELEGE, conforme instruções da REPRESENTADA".

- "Participar em DIAS DE CAMPO, realizar PALESTRAS TÉCNICAS e reuniões promovidas pela REPRESENTADA, quando convidado e de acordo com o Plano Anual de Marketing". (g.n.)

b) observa-se, nestes exemplos, que o chamado representante não dispõe de sua autonomia para exercer a representação comercial autônoma, pois age de acordo com as instruções da representada. Além disso, a cláusula 7" do mesmo item II do contrato prevê que o chamado representante deve: "Acompanhar as cobranças das duplicatas representativas das vendas que agenciou, comunicando à representada, em tempo hábil, qualquer anomalia indicativa de inadimplência ou insolvência". Ora apesar, de ser seu interesse a concretização do pedido (efetivo pagamento), jamais poderia ser uma obrigação sua acompanhar a cobrança das duplicatas, pois esta é função da contratada e de seus funcionários.

c) já o parágrafo único do já mencionado item II prevê que: "A aceitação dos pedidos de compra, com cessão e venda dos produtos aos clientes agenciados pelo representante, são de exclusiva competência e critério da representada" (g.n.). Dessa forma toma-se patente que a aceitação da venda a crédito e a respectiva emissão de duplicatas, a cobrança das mesmas é de interesse somente da representada.

6.4. Relaciona os diversos contratos de representação comercial que não foram apresentados.

6.5. Tal ocorrência, ao descumprir o artigo 27 da Lei 4.886/65 desconfigura a representação comercial autônoma.

6.6. O Parecer da Consultoria Jurídica nº 1.083/97 adotou o entendimento de descaracterizar o Contrato de Representação Comercial quando este possuir as características da relação de emprego (nos casos em que há um contrato).

6.7. Do que foi exposto, evidencia-se que ao não atender os aspectos formais previstos na Lei 4.886/65 tais como a existência de registro dos representantes nos conselhos regionais, a exigência de contrato e de seus aspectos formais, da subordinação do representante à representada previstos em suas cláusulas, somados às evidências apresentadas por esta auditoria de que estes segurados não assumiram o risco da atividade econômica, permitem-nos retificar a relação de emprego até aqui constatada.

6.8. Das despesas reembolsadas: estes valores não representam um reembolso de despesas incorridas durante a realização de um trabalho e sim a justificativa de valores pagos a título de ajuda de custo, ou seja, eram valores pagos PELO trabalho e não PARA o trabalho. Tomemos como exemplo o ocorrido com o segurado Marcelo de Azevedo Bernardes: o aditamento ao contrato de Representação Comercial (M.AB. Representações) datado de 01/04/98, prevê cláusula de ajuda de custo mensal no valor de R\$ 800,00 de 04/1998 a 03/1999 totalizando R\$ 9.600,00 sob a alegação de que o representante não dispõe, neste ato, de recursos financeiros suficientes para exercer a representação comercial nos termos acordados no contrato. Contabilmente a empresa

MAB já recebia ajuda de custo mensal de R\$ 800,00 desde 09/97. Em 08/04/98, após ter recebido ajuda de custo no valor de R\$ 800,00 nos meses de 09/97 a 04/98 (8 meses), deu baixa nestas ajudas de custo recebidas que constavam na conta de adiantamento (conta contábil 12998) no valor de R\$ 6.400,00 com uma nota fiscal de refeições emitida em 07/04/98 no valor de R\$ 800,00 e mais 7 (sete) notas fiscais de consumo de combustível (álcool, gasolina e diesel) também datadas de 07/04/98 no valor de R\$ 5.600,00. Tais valores não condizem com a realidade.

6.9. Em relação ao item 9c acreditamos não haver necessidade por entender que o relatório fiscal e anexos atendem os normativos mencionados.

6.10. Em relação ao item 10 informamos não haver necessidade de revisão pois o referido ato encontra-se com a validade vencida.

DA ABERTURA DE PRAZO PARA MANIFESTAÇÃO

7. Em razão das referidas diligências e em atenção ao princípio do contraditório e da ampla defesa, a empresa foi cientificada da reabertura de prazo para manifestação por meio do Ofício DRFB /SP-Su1/ SEREC nº 1462/200.7 de 08/10/2007, fls. 2.173, cuja ciência ocorreu em 19/10/2007 de acordo com o Aviso de Recebimento (AR) de fls.2.174.

7.1. Verifica-se também, de acordo com despacho de fls. 2.177, que foi concedida vistas do processo ao representante legal da empresa em 29/ 10/2007.

7.2. A empresa apresentou manifestação tempestiva, a teor do despacho de fls. 2.185, alegando em síntese:

Da decadência

7.2.1. Agora não há mais dúvidas quanto ao prazo decadencial de 5 anos, tendo em vista que o STJ já pacificou o tema, assim como o STF tem declarado inconstitucional o artigo 45 da Lei nº 8.212/91.

7.2.2. A NFLD lavrada encontra-se atingida pela decadência em relação ao período de 01/1995 a 10/1998.

Da incompetência da fiscalização -

7.2.3. Não há competência legal para que a fiscalização desconsidere a personalidade jurídica de empresas de representantes comerciais sem prévia autorização judicial, de acordo com disposições da Lei nº 11.196 de 21/11/2005, posterior à defesa apresentada.

Mérito

7.2.4. Há contratos de empréstimos pelos quais a Braskalb disponibilizou recursos aos representantes, normalmente em parcelas mensais fixas, a título oneroso, vez que cobrava juros.

7.2.5. O fato de haver nos contratos determinadas instruções não implica em subordinação jurídica, pois qualquer prestador de serviços deve assumir compromissos com o contratante e realizar seu serviço de acordo com o acordado.

7.2.6. Não existe base legal ou fática para dizer que um representante comercial não poderia jamais ter como obrigação acompanhar a cobrança dos clientes.

7.2.7. A impugnante apresentou os contratos de representação por amostragem, sendo que os demais seguiam a mesma linha de raciocínio. Ainda que não sejam localizados contratos escritos, esse fato não altera a realidade fática e a relação de representação comercial.

7.2.8. No mais reitera-se o contido na defesa apresentada.

Conclusão

7.3. Pede o acolhimento das preliminares de decadência e incompetência, ou que seja julgada insubsistente a NFLD lavrada, ou ao menos reduzido seu valor de acordo com os argumentos expostos. '

7.3.1. Requer que todas as notificações sejam expedidas somente ao patrono da impugnante: Antonio Carlos Vianna de Barros, Av. Pedroso de Moraes, 1201 - São Paulo/SP - CEP 05419-001.

DA RESOLUÇÃO Nº 115/2008

8. Os julgadores da 13ª Turma da DRJ/SP 1 resolvem converter o julgamento em diligência proferindo a Resolução nº 115 de 06/05/2008, juntada às fls. 2188/2193, que solicita à fiscalização que proceda ao cálculo da contribuição previdenciária referente a parte do segurado empregado, relativamente aos levantamentos DP1, DP3, DP5 e DP6 enquadrando-as nas respectivas faixas salariais.

8.1. Em razão das disposições da Instrução Normativa SRP nº 03 de 14/07/2005 (citadas), a Turma de Julgamento considera que devem ser levados em consideração os valores recebidos pelos prestadores de serviço na qualidade de contribuintes individuais e respectivos recolhimentos para fins de observância do limite do salário-de-contribuição.

8.2. Para tanto solicita-se ao Auditor Fiscal elaboração de planilha contendo o nome da cada empregado, respectivo NIT, o salário de contribuição de cada um deles (soma dos levantamentos DP1/DP3 + levantamentos DP5/DP6), competência a competência, enquadramento na faixa salarial, GPS's recolhidas e respectivos salário-de-contribuição como contribuinte individual, soma dos salários-de-contribuição como empregado e contribuinte individual, limite do salário-de-contribuição do período, valor da contribuição calculada com a aplicação de alíquota correspondente ao enquadramento anterior respeitado o limite do salário-de-contribuição, para atendimento do disposto no art. 92, § 2º inciso III, §§ 5º e 6º da IN SRP nº 03/2005.

8.3. Em atendimento à referida Resolução o Auditor Fiscal emite Relatório de Encerramento de Diligência, fls. 2.195 a 2.228, alegando entre outras coisas que:

- O aproveitamento das contribuições dos segurados, mesmo nos termos da IN 03/2005, só seria cabível mediante a apresentação dos documentos relacionados nos incisos I e II do art. 81 do referido ato.

- Ocorre que a defendente, apesar de fartamente alegar a juntada, comprovou tão somente as contribuições do segurado Fernando Luiz da Rocha Pereira conforme folhas 251, 253, 256 e 259 deste processo. Dessa forma estes recolhimentos foram deduzidos conforme demonstrado no Anexo I.

- O anexo II demonstra as retificações que devem ser feitas nos valores apurados em virtude do cálculo realizado, conforme discriminado na coluna "Valor a Reduzir" de acordo com o respectivo levantamento.

8.4. De acordo com o Termo de encerramento de Diligência, fls. 2.228, foi dada ciência ao contribuinte do encerramento da Diligência, das decisões proferidas no processo de NFLD e Relatório de Encerramento de Diligência e seus anexos.

8.5. De acordo com o AR de fls. 2.229 o contribuinte recebeu os documentos em 11/09/2008 e não se manifestou a respeito.

9. É o relatório.

O R. Acórdão foi proferido aos 19/11/2008 com a seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS

PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1995 a 31/12/2000

CARACTERIZAÇÃO DO SEGURADO EMPREGADO

Constatados os requisitos necessários para a configuração de vínculo empregatício, deve ser desconsiderado o vínculo pactuado e efetuado o enquadramento como segurado empregado.

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PARTE DOS EMPREGADOS.

A empresa é obrigada a arrecadar as contribuições dos segurados a seu serviço, descontando-as da respectiva remuneração, e a recolher o produto arrecadado, nos prazos definidos em lei. Se não o fez deve então suportar o ônus conforme preconizado no § 5º do art. 33 da Lei nº 8.212/91.

DECADÊNCIA.

Declarada pelo STF, a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, por meio da Súmula vinculante nº 8, a matéria passa a ser regida pelo Código Tributário Nacional, que determina o prazo de 5 (cinco) anos para a constituição e cobrança do crédito tributário.

INCONSTITUCIONALIDADE

A declaração de inconstitucionalidade de lei ou atos normativos federais, bem como de ilegalidade destes últimos, é prerrogativa outorgada pela Constituição Federal ao Poder Judiciário.

DAS INTIMAÇÕES.

As intimações devem ser encaminhadas ao domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo.

Lançamento Procedente em Parte

Extrai-se do R. Acórdão interposição de Recurso de Ofício (fls. 2268), por conta de exoneração de parte do crédito tributário em razão da declaração da decadência parcial, consoante trecho abaixo reproduzido:

10.1 1. Nesse caso, não havendo pagamento a ser homologado, o lançamento deve ser feito de ofício, aplicando-se em relação à decadência a regra geral prevista no art. 173, inc. I do CTN.

(...)

10.13. Isto posto, no caso em análise, conclui-se pelo reconhecimento do prazo de decadência com relação a apuração do crédito relativo ao período de 01/1995 a 11/1997, devendo, portanto, serem excluídos os valores lançados nessas competências na observância do disposto no inc. V, do art. 156 do CTN:

(...)

10.14. Ressalte-se que será mantida a competência 12/ 1997 devido ao fato de que o prazo estipulado para o recolhimento da contribuição vencer na competência 01/1998.

Doutro lado, o Colegiado de Piso fez constar a retificação da autuação pela Autoridade Fiscal, assinalando que (fls. 2304/2305):

DA RETIFICAÇÃO DO DÉBITO

Retificado o débito levantado em face das razões já expostas foi emitido o DADR - Discriminativo Analítico do Débito Retificado, anexo a este, contendo os valores , excluídos pela DRJ em razão da decadência (período de 01/1995 a 11/1997), pelo Auditor Fiscal, em diligência, conforme Anexo II de fls. 2.226/2.227 e saldo das contribuições apuradas nas competências mantidas, sendo que o montante do crédito tributário lançado na NFLD - Notificação Fiscal de Lançamento de Débito passou a ser de R\$ 1.897.367,89 (valor originário) conforme abaixo demonstrado:

CRÉDITO LANÇADO ORIGINAL = R\$ 3.171.561,39

CREDITO EXONERADO = R\$ 1.274.193,50

CRÉDITO MANTIDO = R\$ 1.897.367,89

Após a decisão de 1ª instância, foi acostada manifestação do Recorrente a respeito da diligência (fls. 2311/2314) protocolizada em 18/09/2008, oportunidade em que o Recorrente

pleiteia novamente a declaração da decadência; a declaração de nulidade da autuação retificada, por preterição ao direito de defesa e reitera defesa já apresentada.

O Recorrente assinala que: *“No relatório da diligência elaborado em 08/09/2008, a fiscalização informou que realizou novamente o cálculo da contribuição que seria devida pelos segurados incluídos na NFLD, observando o teto do salário-de-contribuição, pelo que a fiscalização elaborou planilhas (Anexos I e II) retificando o valor do débito.*

No entanto, a impugnante observa que os cálculos da fiscalização não são claros, primeiro porque abordou período decaído; e segundo porque o Discriminativo Analítico do Débito - DAD não foi refeito e nem foi reaberto prazo de defesa para a empresa se manifestar novamente sobre o valor total que adora seria o correto para a NFLD segundo a própria fiscalização.

Assim, de rigor sejam refeitos os cálculos e seja reapresentado o Discriminativo Analítico do Débito - DAD da NFLD, reabrindo o prazo de defesa da empresa

Cientificado da decisão de 1ª Instância, aos 18/02/2009 - quarta-feira, (fls. 2.309), o contribuinte apresentou o presente recurso voluntário em 20/03/2009 - sexta-feira, (fls. 2.317 e ss), insurgindo-se contra o R Acórdão e pleiteando:

1 – a declaração da decadência com fundamento no §4º, do art. 150, do CTN, e não lastreado no art. 173, I, do CTN, de 12/1997 a 10/1998;

2 – a declaração de nulidade da NFLD, por não identificar os valores dos salários de contribuição de cada um dos prestadores de serviços de representação comercial. Assina que: *“não havendo a identificação do salário de contribuição individualizado dos sócios de empresas de representação comercial que, equivocadamente, foram declarados empregados da recorrente, há de ser declarada nula a NFLD por impedir que os mesmos possam vir a se beneficiar das contribuições ora exigidas. (...)em uma interpretação inicial do art. 195, inciso I, da CF/88, verifica-se a necessidade da existência de relação vinculativa, ainda que indireta, entre o pagamento da contribuição previdenciária pelo empregador e o benefício experimentado por seus empregados. Por todos estes motivos, deve ser declarada a total nulidade da NFLD ora em debate, sob pena de violação, direta e frontal, aos artigos 194, inciso V e 195, inciso I, da CF/88, e artigo 142 do CTN.”*

3 – declaração de nulidade da autuação por incompetência da fiscalização para desconsiderar pessoa jurídica. Assinala que *“No caso sob exame, entretanto, o Auditor Fiscal desconsiderou a pessoa jurídica de um grande número de empresas de representação comercial para aplicar penalidades a um terceiro, neste caso a Monsanto do Brasil Ltda., em franco desrespeito aos contornos da Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica”.*

4 – declaração de nulidade da autuação, ao enfoque que a Autoridade Fiscal era incompetente para declarar vínculo de emprego. Ressalta que: *“A Fiscalização do INSS entendeu por bem desconsiderar a personalidade jurídica das empresas de representação comercial indicadas na NFLD guerreada e concomitantemente autuar a recorrente por ter concluído que os sócios dessas empresas, na realidade, mantinham vínculo de emprego com aquela, justificando que os valores pagos a essas pessoas jurídicas a título de comissão por vendas e a título de reembolsos com despesas diversas e de adiantamentos deveriam ser considerados remuneração paga a empregado para efeitos de incidência de contribuição previdenciária.(...) Não se pode admitir a caracterização de vínculo de emprego por "lote", presumindo-se que centenas de pessoas estariam na mesma condição e que esta condição seria a de empregado.(...)”*

A competência para reconhecer vínculo empregatício é da Justiça do Trabalho. Isso não pode ficar a mercê do agente fiscal e previdenciário.”

5 – a declaração de nulidade da autuação, ao fundamento de que a base de cálculo das contribuições lançadas não corresponde à remuneração dos prestadores de serviços;

6 – a reforma da decisão de piso, e cancelamento da autuação, ao fundamento de não manter relação jurídica de emprego direta com os sócios das empresas de representação comercial autônomas, e que os valores adiantados não tem natureza salarial;

7 – a reforma da decisão de piso e cancelamento da autuação, ao enfoque de inexistir vínculo empregatício entre o Recorrente e os sócios das empresas prestadoras de serviços de representação comercial – inexistente a subordinação jurídica ou dependência hierárquica; ausente vínculo empregatício com ex-empregados; inexistente elemento pessoalidade. Assinala que *“Note-se que os representantes comerciais não são remunerados regularmente, e não cumprem metas de produtividade. Verifica-se que os valores destinados a cada prestador de serviços são bastante variáveis, e dependem exclusivamente da efetiva realização de serviços em determinado período. Outro fator importante a ser ressaltado a este respeito reside exatamente na variação dos valores pagos aos prestadores de serviços através das notas fiscais, a qual demonstra o não mascaramento de relação de emprego, já que um empregado, ainda que disfarçado (como afirma equivocadamente o INSS), não aceitaria receber remuneração menor. em um mês em relação ao mês anterior”*. Alega a inexistência de exclusividade e de habitualidade. *“Finalmente, a recorrente pede vênia para rechaçar o argumento de que os representantes comerciais seriam empregados apenas porque, alguns deles, não comprovaram registro no órgão competente. (...) Assim, por todos os ângulos que se analise o caso, improcedente a NFLD por absoluta ausência dos vínculos de emprego presumidos.”*

Diante do acima exposto, pede-se e espera-se seja acolhido o presente recurso, reformando-se a decisão de primeira instância administrativa afim de que seja reconhecida a total nulidade da autuação ora em debate.

Protesta a recorrente pela produção de todas as provas admitidas em direito, prova documental, notadamente a exibição e juntada posterior de documentos, realização de perícia e tantas quantas forem às provas necessárias para a real apuração da verdade material..

Requer-se, finalmente, que todas as decisões e notificações sejam expedidas somente ao patrono da recorrente:

Junta documentos.

Esse, em síntese, o relatório

Voto

Conselheira Sonia de Queiroz Accioly, Relatora.

Do Recurso de Ofício

Antes de adentrar ao mérito, é preciso verificar o preenchimento dos pressupostos de admissibilidade do recurso de ofício.

Examinando os autos, verifica-se que o reexame necessário foi interposto após exoneração de crédito tributário, em valor superior a R\$ 1.000.000,00 (imposto mais multa), limite então estabelecido pelo art. 1º da Portaria MF nº 03/08, com amparo no inciso I do art. 34 do Decreto nº 70.235/72.

O limite para o reexame de ofício foi majorado pela Portaria MF nº 63, de 10/2/2017, que revogou a Portaria MF nº 03/08:

Art. 1º - O Presidente de Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) recorrerá de ofício sempre que a decisão exonerar sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa, em valor total superior a R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais).

Tratando-se de norma de ínsito caráter processual, deve ser aplicada de imediato aos julgamentos em curso, nos termos da Súmula nº 103 do CARF:

Súmula CARF nº 103: Para fins de conhecimento de recurso de ofício, aplica-se o limite de alçada vigente na data de sua apreciação em segunda instância.

Considerando que a exoneração fiscal foi de R\$ 1.274.193,50, valor inferior ao limite, não conheço do recurso de ofício.

Do Recurso Ordinário

Sendo tempestivo, conheço do recurso e passo ao seu exame.

Preliminarmente, observa-se que uma das tempestivas manifestações do Recorrente, relativa a última diligência retificadora do lançamento, não foi objeto de exame pelo Colegiado de Piso, porquanto acostada aos autos em momento posterior à decisão do colegiado.

Entretanto, considerando que as alegações são reiterativas, a exceção da afirmação de nulidade por falta de retificação do DAD (que será examinada nesta oportunidade), não se observa prejuízo à defesa, ensejador da declaração de nulidade do acórdão ou da instrução processual.

Analisando o tema nulidades, a Professora Ada Pellegrini Grinover (As Nulidades do Processo Penal, 6º ed., RT, São Paulo, 1997, pp.26/27) afirma que o “*princípio do prejuízo constitui, seguramente, a vigia mestra do sistema de nulidades e decorre da idéia geral de que as formas processuais representam tão somente um instrumento para correta aplicação do direito*”.

Isso implica considerar que o contribuinte precisa comprovar eventual prejuízo nas alegações de vícios que possam ensejar nulidade do ato.

Doutro lado, equivoca-se o Recorrente quando alega a não retificação do DAD.

A Autoridade Fiscal apresentou DADR – Discriminativo Analítico de Débito Retificado (fls. 2243 e ss), e sobre a diligência fiscal foi oportunizada regular defesa ao Recorrente, conforme determinado na Resolução nº 115, termo de encerramento da diligência e AR expedida (fls. 2200 e ss, 2240 e 2241). Soma-se a isso os Anexos I e II acostados aos autos com o relato fiscal (fls. 2208 e ss) que detalham a retificação promovida no lançamento tributário.

Ausente demonstração de prejuízo relativo à retificação do lançamento, com redução do crédito lançado, e calcado no relato fiscal e anexos elaborados, com detalhamento das exclusões e retificação no DAD (fls. 2243 e ss – DADR), ou de dúvida concreta relativa aos fatos geradores dos tributos lançados, observa-se a ausência de vício ensejador de nulidade.

As demais alegações insertas nessa manifestação de fls. 2311/2314, protocolizada em 18/09/2008, foram examinadas e afastadas no Julgamento de 1ª Instância.

Das nulidades

O Recorrente alega vício na autuação decorrente de:

- a declaração de nulidade da NFLD, por não identificar os valores dos salários de contribuição de cada um dos prestadores de serviços de representação comercial;

Ao contrário do aduzido na r. decisão de fls, basta uma simples leitura da NFLD para concluir que a fiscalização não expôs de maneira clara e precisa como apurou os valores lançados na Notificação, especialmente porque não identifica os valores dos salários de contribuição de cada um dos prestadores de serviços de representação comercial que supostamente deveriam ser enquadrados como empregados da ora recorrente.

(...)

E nem se diga, como pretendido, que a empresa deixou de apresentar todos os documentos contábeis e que ela tem em sua posse documentos que individualizariam o débito. Isto porque a fiscalização sequer apontou nos anexos da NFLD a individualização daqueles pretensos "empregados" cujos documentos teve acesso ! Ou seja, nem mesmo parcialmente, em relação aos documentos apresentados, houve a individualização do débito, o que era obrigação inarredável da fiscalização. Assim sendo, torna-se, praticamente impossível discutir o acerto ou não do Sr. Fiscal ao caracterizar determinado sócio de empresa de representação comercial como prestador de serviços empregado da recorrente, pois não houve identificação nenhuma dos valores pagos a cada um desses pretensos empregados.

Limitou-se a fiscalização, no Discriminativo do Débito, a apontar mensalmente o faturamento bruto de cada uma das empresas prestadoras de serviços, sem individualizar, nem mesmo parcialmente, as quantias destinadas aos trabalhadores apontados indevidamente como empregados.

- declaração de nulidade da autuação por incompetência da fiscalização desconsiderar pessoa jurídica, com ofensa ao art. 50, do CC e ao art. 28, do CDC;
- declaração de nulidade da autuação, ao enfoque que a Autoridade Fiscal era incompetente para declarar vínculo de emprego;
- a declaração de nulidade da autuação, ao fundamento de que a base de cálculo das contribuições lançadas não corresponde à remuneração dos prestadores de serviços

Inicialmente, vejamos como o R. Acórdão afastou as alegações de vícios relativas à autuação.

Da alegada nulidade da NFLD

10.15. Ao contrário do que alega a impugnante, a fiscalização expõe de maneira clara e precisa os critérios que utilizou para apuração da base de cálculo no item 10 do Relatório Fiscal, complementado pelos Anexos.

10.16. O Auditor Fiscal afirma em seu relatório, que a empresa não apresentou todos os comprovantes de lançamentos contábeis solicitados, o que ocasionou a lavratura do Auto de Infração nº 35.620.383-2 e impossibilitou a identificação de todos os beneficiários. Manifesta-se também a respeito dessa questão em seu Relatório Fiscal de Diligência, fls. 2101, itens 7, 8, 9, 10 e 11.

10.17. Em sua impugnação complementar a empresa alega que os documentos estariam à disposição da fiscalização, e o Auditor Fiscal ao diligenciar a empresa, em seu Relatório Fiscal da segunda diligência, informa que foi apresentada pequena parte da documentação solicitada em TIAD após a concessão de prazo de dois meses para apresentação dos documentos. Foi lavrado novo Auto de Infração pela não apresentação de documentos, Debcad nº 37.010.669-5.

10.18. A falta de individualização dos segurados e respectivos salários-de-contribuição não impossibilita de nenhuma forma a discussão do débito e não se configura de maneira alguma em cerceamento de defesa, mesmo porque os documentos em questão estão de posse da empresa notificada, o que lhe permite a contradição do lançamento.

10.19. A fiscalização atendeu aos requisitos do art. 142 do CTN, visto que identificou o fato gerador e determinou a matéria tributável (remuneração paga a representantes comerciais composta por comissões, adiantamentos de comissões, ajudas de custo) determinando por competência, o valor do salário de contribuição apurado.

10.20. No presente lançamento, o Auditor Fiscal, observou, fielmente, todos os requisitos expressos na lei, como da essência do ato vinculado, pois formalizou o lançamento de débito, para o qual tem competência legal, o praticou com a finalidade de constituir o crédito previdenciário, declarando existente a obrigação, na forma legal da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito.

10.21. Ao contrário do que alega a impugnante, a interpretação do art. 195, inciso I da CF, não comporta existência de relação vinculativa entre o pagamento da contribuição previdenciária e o benefício experimentado. Tão somente estabelece o financiamento da seguridade social por meio de recursos provenientes, dentre outros, das contribuições sociais devidas pelo empregador sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados a qualquer título ao segurado empregado.

(...)

10.70. Outra alegação da Impugnante é que a base de cálculo utilizada pela fiscalização corresponde ao faturamento das empresas prestadoras de serviços e não valores recebidos pelos trabalhadores.

10.71. Pelas razões expostas nos itens 10.44. a 10.65 deste Acórdão, pode-se afirmar que os valores foram pagos em retribuição aos serviços prestados por pessoas físicas, os sócios das empresas de representação comercial, cujas provas apresentadas demonstraram ser empregados da Impugnante.

Correta a posição do Colegiado de 1ª Instância.

À NFLD foram anexadas Instruções ao Recorrente (IPC), Discriminativo Analítico e Sintético de Débito (DAD e DSD), os Fundamentos Legais do Débito (FLD), Relatório Fiscal (RFISC), dentre outros documentos, suficientes a detalhar as regras matrizes de incidência tributária, permitindo o amplo conhecimento da imputação e a defesa.

Posteriormente, na retificação da NFLD, a Autoridade lançadora acostou os Anexos I e II, que trazem informações detalhadas, por competência, para cada um dos empregados, discriminados nominalmente.

Doutro lado, é de se observar que o procedimento fiscal é uma fase oficiosa em que a fiscalização atua com poderes amplos de investigação, tendo liberdade para interpretar os elementos de que dispõe para efetuar o lançamento. Nessa fase, o Fisco submete-se à regra geral do ônus da prova prevista no Processo Civil – que serve como fonte subsidiária ao processo

administrativo fiscal. Como, ainda, não há processo instaurado, mas tão-somente procedimento, não cabe falar em direito de defesa.

Antes da impugnação não há litígio, não há contraditório e o procedimento é levado a efeito, de ofício, pelo Fisco, de forma a restarem afastadas de plano as alegações de ofensa ao contraditório e ou cerceamento ao direito de defesa

Na peça de defesa apresentada, percebe-se, com absoluta clareza, que o Recorrente demonstra ter identificado e compreendido as infrações apontadas no lançamento, , ainda mais considerando que o ato atacado, além de consignar as normas legais infringidas, contém a descrição do fato gerador tributário, permitindo ao contribuinte apresentar defesa com contestação especificada dos fatos.

Não constatada preterição ao direito à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal do Recorrente e tendo o lançamento sido lavrado por autoridade competente, além da ausência de mínimo prejuízo demonstrado, viga mestre das situações ensejadoras de nulidade, não se verifica nos autos possibilidade capaz de nulificar o lançamento, respeitado que fora o art. 5º do Decreto nº 70.235/72.

Não há, pois, aqui, nulidade a ser declarada/decretada, restando afastada a alegação do item 2 relatado nesse voto, no que toca ao Recurso apresentado.

O Recorrente ainda alega nulidade ao enfoque de incompetência da autoridade lançadora à desconsideração da personalidade jurídica das empresas prestadoras de serviços ou à declaração de vínculo empregatício.

Melhor sorte não guarda o Recorrente.

Não houve desconsideração da personalidade jurídica e sim requalificação dos negócios jurídicos.

Não há óbice para que a autoridade lançadora **requalifique certos negócios ou situações jurídicas, formalmente existentes empresas entre e trabalhadores, vez que os arts. 118, 121 e 142 do CTN, cc art. 229, §2º do RPS**, permitem a **busca da realidade subjacente a quaisquer formalidades jurídicas**, com fulcro na constatação concreta e material da situação legalmente necessária à ocorrência do fato gerador, visando à apuração e cobrança do tributo efetivamente devido, exatamente como ocorreu nos presentes autos.

O Recorrente alega a inaplicabilidade do art. 229, §2º do RPS, ao fundamento de que só entrara em vigor em jun/1999.

Equivoca-se o Recorrente, na medida em que o CTN, de 1966, já permitia a busca da sujeição passiva tributária, com abstração da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos. O §2º, do art. 229, do RPS veio apenas reforçar o comando legal. Mas mesmo que assim não fosse, sendo o §2º, do art. 229, do RPS norma procedimental, atinge todos os processos em andamento, no estado em que se encontrarem. Sendo assim, sem razão o Recorrente.

Vejamos trechos do R. Acórdão Recorrido (fls. 2292 e ss):

10.25. Identificada na prestação de serviços dos representantes comerciais a presença de pressupostos que caracterizam a relação de emprego, tais trabalhadores foram enquadrados, para fins previdenciários como segurados empregados em obediência ao disposto no artigo 12, inciso I, alínea “a” da Lei nº 8.212/91:

(...)

10.26. No exercício da atividade fiscal, o Auditor deve interpretar a norma jurídica tributária, verificar a situação fática e proceder a subsunção do fato a norma.

10.27. Certamente é seu dever proceder ao enquadramento do trabalhador numa das categorias de segurados previstas no art. 12 da Lei nº 8.212/91, retro-transcrito, pois de acordo com a classificação varia o quantum previdenciário a ser exigido.

10.28. Assim sendo, o art. 229, § 2º do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99 dispôs:

Art. 229.

§2º Se o Auditor Fiscal da Previdência Social constatar que o segurado contratado como contribuinte individual, trabalhador avulso, ou sob qualquer outra denominação, preenche as condições referidas no inciso I do caput do art. 99, deverá desconsiderar o vínculo pactuado e efetuar o enquadramento como segurado empregado.

10.29. Ressalte-se que o ato administrativo é vinculado e obrigatório, portanto a fiscalização, ao constatar a existência da relação empregatícia entre a empresa fiscalizada e as pessoas físicas que lhe prestam serviços tem o dever de proceder ao lançamento para fins de exigir as contribuições previdenciárias devidas pelo empregador.

(...)

10.32. Importante que se esclareça que não há que se falar em desconsideração da pessoa jurídica. O presente processo determina relação de emprego entre a notificada e os sócios das empresas de representação comercial, tendo em vista que estes prestaram serviços de forma direta, remunerada, subordinada, habitual e pessoal.

10.33. Assim sendo, não se verifica na situação ora apresentada, afronta ao estabelecido no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, ou ainda ao art. 50 do Novo Código Civil, Lei nº 10.406/2002, na medida em que se está desvinculando a pessoa física, que embora sócia de pessoa jurídica, prestou serviços na qualidade de segurado empregado a Impugnante.

10.34. Nota-se também, que a impugnante ao considerar a fiscalização incompetente para realizar o presente lançamento confunde competência para lançar contribuições previdenciárias devidas, incidentes sobre a remuneração de sócios de empresas de representação comercial que prestavam serviços à impugnante em condições onde foram constatados os pressupostos de relação empregatícia, e competência para a declaração de vínculo empregatício, esta sim de competência exclusiva da Justiça do Trabalho.

(...)

10.36. Em sua manifestação de fls. 2.179/2.184, a Impugnante alega que a fiscalização é incompetente para a desconsideração da personalidade jurídica em face do disposto no art. 129 da Lei nº 11.196 de 21/11/2005.

10.37. Dita lei trata do Regime Especial de Tributação para a Plataforma de Exportação de Serviços de Tecnologia da Informação - Repes, conforme dispõe seu art. 1º abaixo transcrito:

(...)

10.39. Desta forma, em face do exposto, deixa-se de responder as alegações da Impugnante relativas ao artigo 129 da Lei nº 11.196 de 21/11/2005 (fls. 2182), tendo em vista que a atividade de Representação Comercial não está contemplada nesse diploma legal.

10.40. Existem nos autos elementos suficientes para que se confirme a conclusão da fiscalização pela existência de vínculo empregatício entre os segurados em questão e a notificada, conforme se verifica a seguir.

Correto o R. Acórdão de Piso.

Como já apontado, não houve desconsideração de personalidades jurídicas ou declaração de vínculos empregatícios. Houve sim, requalificação dos **negócios ou situações jurídicas, formalmente existentes entre empresas e trabalhadores,** o que resultou na presente autuação.

Nesse sentido, Acórdão da C. CSRF nº 9202-001.390, que traz a seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/10/2001 a 31/12/2004

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. DESCARACTERIZAÇÃO DE PACTO. REQUISITOS. SEGURADO EMPREGADO.

Quando o Fisco constatar e demonstrar que o segurado que exerça atividade, sob qualquer denominação, preenche as características de segurado empregado, previstas na Legislação, deve desconsiderar o vínculo pactuado e efetuar seu correto enquadramento.

Mais uma vez, não constatada preterição ao direito à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal do Recorrente e tendo o lançamento sido lavrado por autoridade competente, além da ausência de mínimo prejuízo demonstrado, viga mestre das situações ensejadoras de nulidade, não se verifica nos autos possibilidade capaz de nulificar o lançamento, respeitado que fora o art. 59 do Decreto nº 70.235/72.

Não há, pois, aqui, nulidade a ser declarada/decretada, restando afastada as alegações dos itens 3 e 4 relatados nesse voto, no que toca ao Recurso apresentado.

Por fim, o Recorrente alega nulidade decorrente de erro na base de cálculo. Assinala que a base de cálculo das contribuições lançadas não corresponde à remuneração dos prestadores de serviços.

O Recorrente ressalta que:

Todavia, consoante ressaltado anteriormente, verifica-se do Discriminativo Analítico do Débito que a base de cálculo utilizada pela fiscalização corresponde ao faturamento das empresas prestadoras de serviços.

Em outras palavras, está se pretendendo cobrar importâncias incidentes sobre valores que não são recebidos pelos trabalhadores, uma vez que a remuneração de cada sócio dos prestadores de serviços é ajustada internamente, sem nenhuma interferência da Monsanto.

Ainda, a remuneração ajustada nas empresas para seus sócios. não corresponde de maneira alguma ao seu faturamento, pois o pro-labore e demais rendimentos distribuídos nos prestadores de serviços são, obviamente, apurados após a dedução dos custos administrativos e fiscais da empresa (DESPESAS QUE FORAM DESCONSIDERADAS NA R. DECISÃO RECORRIDA).

Sendo evidente que o Auditor Fiscal desprezou tão relevantes critérios torna-se imprescindível a insubsistência da NFLD, eis que não foram visitados os prestadores de serviços para a obtenção e análise de documentos. Também evidencia as imperfeições dos valores utilizados pela fiscalização:

(...)

Nesses termos, deve ser anulada a NFLD em questão, ou, na pior das hipóteses, retificada a base de cálculo utilizada equivocadamente pela fiscalização.

Vejamos como o Colegiado de Piso (fls. 2301) examinou a alegação:

10.66. Neste ponto devem ser analisadas algumas questões levantadas com relação à base de cálculo utilizada para o cálculo das contribuições devidas.

10.67. Considera a Impugnante que os reembolsos não têm natureza remuneratória vez que realizados para indenizar os representantes comerciais pelo desempenho das atribuições definidas contratualmente na cláusula 8a.

10.68. A fiscalização, por sua vez, informa que esses valores (anexo II do relatório fiscal) eram pagos num primeiro momento como ajuda de custo ou adiantamento, num valor fixo mensal, sem comprovação de gastos e que posteriormente eram apresentadas notas que não tinham vinculação com a prestação de serviços.

10.69. Desta forma, os pagamentos em questão devem ser considerados salário de contribuição, uma vez que a Impugnante se limitou a alegações genéricas e não apresentou quaisquer provas que pudessem contradizer as afirmações da fiscalização.

10.70. Outra alegação da Impugnante é que a base de cálculo utilizada pela fiscalização corresponde ao faturamento das empresas prestadoras de serviços e não valores recebidos pelos trabalhadores.

10.71. Pelas razões expostas nos itens 10.44. a 10.65 deste Acórdão, pode se afirmar que os valores foram pagos em retribuição aos serviços prestados por pessoas físicas, os sócios das empresas de representação comercial, cujas provas apresentadas demonstraram ser empregados da Impugnante.

10.72. Ainda, conforme se extrai dos autos, os alegados custos administrativos eram suportados pela Impugnante, como telefone, correio, combustíveis, manutenção e utilização de veículos, etc. e também, essas empresas de representação não tinham despesas com folhas de pagamento, uma vez que não tinham empregados.

10.73. A obrigação do custeio pela empresa da parte que caberia ao empregado não é ilegal ou inconstitucional visto que cabia a ela efetuar o desconto. Se não o fez deve então suportar o ônus conforme preconizado no § 5º do art. 33 da Lei nº 8.212/91, abaixo transcrito, não podendo a Previdência Social ser prejudicada por tal omissão.

(...)

10.84. Os autos foram convertidos em diligência para que a Fiscalização procedesse ao cálculo da contribuição previdenciária referente a parte do segurado empregado, relativamente aos levantamentos DP1, DP3, DP5 e DP6 enquadrando-as nas respectivas faixas salariais e descontando os valores já recolhidos pelos representantes comerciais.

10.85. Como resultado da diligência o Auditor Fiscal elaborou planilhas às fls. 2.196/2.225, que demonstra o enquadramento na faixa salarial de cada um dos representantes comerciais de acordo com a remuneração recebida na competência e às fls. 2.226/2.227 estão calculados os valores a serem deduzidos em cada levantamento em virtude do enquadramento realizado por faixa salarial e deduzidos valores de GPS's apresentadas pela Impugnante.

Como se observa, a alegação é de nulidade, mas diz respeito a afirmação meritória, bem examinada e afastada pelo Colegiado de Piso.

Não se trata de lançar sobre o faturamento de empresas, mas de requalificar os fatos, para compreender que os valores percebidos tem, em verdade, natureza jurídica salarial, sendo uma contraprestação aos serviços prestados pelas pessoas físicas, de fato empregadas do Recorrente.

A respeito da temática, mais uma vez, não foi constatada preterição ao direito à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal do Recorrente e tendo o lançamento sido lavrado por autoridade competente, além da ausência de mínimo prejuízo demonstrado, viga mestre das situações ensejadoras de nulidade, não se verifica nos autos possibilidade capaz de nulificar o lançamento, respeitado que fora o art. 59 do Decreto nº 70.235/72.

Não há, pois, aqui, nulidade a ser declarada/decretada, restando afastada a alegação de nulidade inserta no item 5 relatado nesse voto, no que toca ao Recurso apresentado.

Da Decadência

A decisão de piso declarou decadentes os períodos de 01/1995 a 11/1997, aplicando o art. 173, I, do CTN para a contagem do prazo decadencial.

Agora, o Recorrente pleiteia a declaração da decadência com fundamento no §4º, do art. 150, do CTN, para os períodos de 12/1997 a 10/1998.

Vejamos como fundamentou a questão o R. Acórdão (fls. 2289/2290) recorrido:

10.3. Deve-se ressaltar que restou configurada no presente processo a decadência das contribuições lançadas referentes ao período 01/1995 a 11/1997, nos termos da Súmula Vinculante do STF nº 8, publicada em 20/06/2008, que assim determinou:

(...)

10.9. Observe-se que de acordo com o art. 150, § 4º, o lançamento por homologação tem como pressuposto básico a antecipação do pagamento da obrigação surgida com a ocorrência do fato gerador, tendo a Fazenda Pública que se pronunciar em 5 anos a contar da sua ocorrência, ou do contrário, considerar homologado e extinto o crédito.

10.10. No entanto, de acordo com o DAD - Discriminativo Analítico do Débito, verifica-se que não houve qualquer recolhimento de contribuição previdenciária incidente sobre o fato gerador em questão, mesmo porque a empresa não considerou a verba lançada como integrante do salário-de-contribuição.

10.1 1. Nesse caso, não havendo pagamento a ser homologado, o lançamento deve ser feito de ofício, aplicando-se em relação à decadência a regra geral prevista no art. 173, inc. I do CTN.

(...)

10.14. Ressalte-se que será mantida a competência 12/ 1997 devido ao fato de que o prazo estipulado para o recolhimento da contribuição vencer na competência 01/1998.

Vejamos.

O Recorrente afirma ser *incontroverso que que nesses meses a empresa lançou outros fatos geradores em seus documentos declaratórios, de modo que houve o pagamento de tributo e cabia à autoridade homologar o valor informado e recolhido, o que não ocorreu, acarretando a extinção do pretense crédito tributário após 5 anos do fato gerador* “.

Não obstante, examinando toda a instrução processual, observa-se que para o período de 12/1997 a 10/1998 inexistia qualquer indicação de recolhimento de contribuições previdenciárias ou a terceiros.

Alegar e não provar é o mesmo que não alegar.

Nesse sentido, correto posicionamento do colegiado de 1º grau no sentido da aplicação do regramento do art. 173, I, do CTN à contagem de prazo decadencial.

Pois bem.

Considerando a cientificação da autuação aos 27/11/2003 (fls. 02), e considerando a aplicação do art. 173, I, do CTN, cumpre afastar ocorrência da decadência para a infração tributária descrita para os períodos de 12/1997 a 10/1998, requerida pelo Recorrente.

Decorrente do pedido de declaração da decadência, o Recorrente afirma que :

No relatório da diligência elaborado em 08/09/2008, a fiscalização informou que realizou novamente o cálculo da contribuição que seria devida pelos segurados incluídos na NFLD, observando o teto do salário-de-contribuição, pelo que a fiscalização elaborou planilhas (Anexos I e II) retificando o valor do débito.

No entanto, a impugnante observa que os cálculos da fiscalização não são claros, primeiro porque abordou período decaído; e segundo porque o Discriminativo Analítico do Débito - DAD não foi refeito e nem foi reaberto prazo de defesa para a empresa se manifestar novamente sobre o valor total que agora seria o correto para a NFLD segundo a própria fiscalização.

Assim, de rigor sejam refeitos os cálculos e seja reapresentado o Discriminativo Analítico do Débito - DAD da NFLD, reabrindo o prazo de defesa da empresa

Desnecessário o atendimento do pleito do Recorrente. Considerada a decadência já declarada pelo Colegiado de Piso, as competências decaídas serão excluídas do cômputo de eventual cobrança administrativa ou judicial.

Equivoca-se o Recorrente quando alega a não retificação do DAD.

Como já demonstrado, a Autoridade Fiscal apresentou DADR – Discriminativo Analítico de Débito Retificado (fls. 2243 e ss), e sobre a diligência fiscal foi oportunizada regular defesa ao Recorrente, conforme determinado na Resolução nº 115, termo de encerramento da diligência e AR expedida (fls. 2200 e ss, 2240 e 2241). Soma-se a isso os Anexos I e II acostados aos autos com o relato fiscal (fls. 2208 e ss), detalham a retificação promovida no lançamento tributário.

Aliás, no curso da instrução, o Recorrente foi instado a apresentar manifestação por diversas vezes, sendo até mesmo oportunizado exame de complementação de defesa, apresentado a destempo.

Dos Fatos

Extrai-se do Relato Fiscal (fls. 83 e ss):

A presente notificação é lavrada em nome da empresa acima relacionada na qualidade de sucessora por incorporação da empresa BRASKALB AGROPECUÁRIA BRASILEIRA LTDA, CNPJ: 53.734.760/0001-99, onde se verificou a ocorrência dos fatos geradores aqui tratados.

(...)

As contribuições lançadas incidem sobre as remunerações pagas aos segurados considerados indevidamente' pela empresa como sócios de empresas de Representação Comercial Autônoma e segurados autônomos (contribuintes individuais) discriminadas nos livros Diário e Razão da empresa.

(...)

Na verificação dos lançamentos contábeis nas contas de COMISSÕES DE SUPERVISÃO E VENDAS constatamos que a empresa efetuou pagamentos de comissões a empresas de representação comercial, cujos sócios tinham sido funcionários da mesma, demitidos em 14/03/96 e exercendo a função de vendedores.

(...)

Além destes funcionários demitidos "em bloco" haviam outras pessoas prestando o mesmo tipo de serviço, constituídas como empresas e ainda outros que eram autônomos (pessoas físicas), sendo que para ambos os casos a empresa reembolsava despesas de viagens, combustíveis, refeições, dias de campo e palestras além de pagar a título de ajuda de custo ou adiantamento, valores fixos mensais a semelhança de um salário sob a justificativa de que o representante comercial "autônomo" não dispunha de recursos financeiros para exercer a representação comercial.

(...)

No Anexo I a este relatório estão discriminados, por segurado empregado, os pagamentos de comissões referentes aos lançamentos em que nos foram apresentados os documentos e os que o histórico contábil nos permitiu identificar o segurado, sendo que os lançamentos são identificados pela coluna "chave". Estes lançamentos receberam o código de levantamento DP1 para valores pagos até 12/1998 e DP3 para valores pagos de 01/1999 a 05/2000;

10 2. Também foi considerado salário de contribuição os lançamentos a débito nas contas de despesas referentes a gastos incorridos pelos segurados considerados empregados reembolsadas pela empresa e discriminados no Anexo II, tendo estes pagamentos recebido o código de levantamento DP5 para valores lançados até 12/1998 e DP6 para valores lançados de 01/1999 a 03/1999;

10 3. Em relação aos lançamentos contábeis em que a empresa não apresentou o documento de origem, motivo pelo qual lavramos o Auto de Infração já mencionado, e não tendo como verificar para quem foram feitos estes pagamentos, arbitramos os lançamentos discriminados no Anexo III a este relatório com fundamento no parágrafo 3 do art. 33 da Lei 8.212/91 :

A fls 2112 e ss, relato fiscal decorrente de diligência, seguido de outro relato fiscal fls. 2126 e ss, decorrente de mais uma diligência.

1. Em atendimento ao item 9.a, informamos que diligenciamos à empresa com o intuito de verificar os elementos que ela alegou estarem à É disposição, de forma a se esclarecer definitivamente os fatos e evidências objeto desta NFLD e após a emissão de dois termos de intimação para a apresentação de documentos - TIAD e da concessão de um prazo de dois meses para a apresentação a empresa só apresentou uma pequena parte da documentação além de não prestar os devidos esclarecimentos solicitados nos TIAD's, resultando nos Autos de Infração Nos.: 37.010.669-5, pela não apresentação de documentos; 37.010.670-9, por não prestar as informações na forma solicitada e 37.010.671-7, por não incluir segurados na folha de pagamento. Tais ocorrências evidenciam o que foi . alegado nos itens 7 a 10 do relatório fiscal da primeira diligência;

(...)

A verificação dos documentos apresentados durante a diligência bem como aqueles juntados intempestivamente pela defesa (em atendimento ao item 9.a) permitiu-nos corroborar as informações até então prestadas neste processo pela auditoria fiscal e acrescentar as constatações descritas a seguir

A empresa não conseguiu demonstrar os pagamentos de comissões relacionados com as vendas realizadas pelos representantes conforme o solicitado no anexo II dos TIAD's;

A empresa anexou ao processo vários documentos repetidos demonstrando falta de critério e organização, representando com isso uma tentativa de ganhar tempo, como por exemplo, a anexação de contratos repetidos: fls 1153 a 1161, 1132 a 1139 e 1162 a 1166; 1326 a 1339; 1340 e 1343, a inclusão de Notas que se referem a períodos posteriores ao desta NFLD e anexação de contratos sem assinaturas todos ocorridos como no caso do segurado Luiz Antonio Pissolato, dentre outros exemplos;

Em relação aos adiantamentos concedidos, verificamos que todas as Notas Fiscais emitidas pelos representantes no valor de R\$ 3.500,00, bem como os comprovantes de depósitos bancários no valor de R\$ 3.447,50, não se referem a comissões apuradas e sim ao perdão da dívida contraída (adiantamento), ou melhor, o salário recebido. Nas páginas 563 a 592 constam exemplos destes "adiantamentos". Verificamos que TODOS os representantes foram contemplados com estes adiantamentos os quais a empresa até o presente, não demonstrou o seu abatimento das comissões e nem os pagamentos e apropriações contábeis dos juros previstos nos aditamentos aos contratos;

Em relação aos contratos de representação comercial autônoma apresentados, gostaríamos de complementar as informações dos itens 18 a 20 do relatório fiscal da

primeira diligência, cuja análise permitiu-nos verificar à luz da Lei 4.886/65 as seguintes evidências de uma relação de emprego:

(...)

Observa-se, nestes exemplos, que o chamado representante não dispõe de sua autonomia para exercer a representação comercial autônoma, pois age de acordo com as instruções da representada.

Além disso, a cláusula 73 do mesmo item II do contrato prevê que o chamado representante deve: “Acompanhar as cobranças das duplicatas representativas das vendas que agenciou, comunicando à representada, em tempo hábil, qualquer anomalia indicativa de inadimplência ou insolvência”. Ora, apesar de ser seu interesse a concretização do pedido (efetivo pagamento), jamais poderia ser uma obrigação sua acompanhar a cobrança das duplicatas pois esta é função da contratada e de seus funcionários;

(...)

Gostaríamos de acrescentar que a empresa É apresentou os contratos de representação comercial dos seguintes segurados (...)

Todas as diligências foram seguidas de abertura de prazo a manifestação do Recorrente (vide despacho de fls. 2182/2183).

Houve nova determinação de diligência (fls. 2200 e ss), dessa feita com solicitação de que:

-Para tanto solicita-se ao Auditor Fiscal elaboração de planilha contendo o nome da cada empregado, respectivo NIT, o salário de contribuição de cada um deles (soma dos levantamentos DPI/DP3 + levantamentos DP5/DP6), competência a competência, enquadramento na faixa salarial, GPS's recolhidas e respectivos salário-de-contribuição como contribuinte individual, soma dos salários-de-contribuição como empregado e contribuinte individual, limite do salário-de-contribuição do período, valor da contribuição calculada com a aplicação de alíquota correspondente ao enquadramento anterior respeitado o limite do salário-de-contribuição, para atendimento do disposto no an. 92, § 2º inciso III, §§ 5º e 6º da IN SRP nº 03/2005.

Encerrada a instrução processual, deverá ser intimada a interessada para manifestar-se, no prazo de dez dias, quanto ao resultado da diligência, antes da devolução do processo para julgamento.

A fls. 2207 foi acostado novo relato fiscal:

Em relação à apuração das contribuições devidas pelos segurados, em que pese não ter a defendente alegado tal fato mas apenas questionado a cobrança da contribuição em si, sob a alegação de inconstitucionalidade (fls 233-234), mas para atender a solicitação da egrégia turma (solicitada somente nesta terceira diligência) informamos que , em atendimento ao parágrafo 5º do artigo 28 da Lei 8.212/91, realizamos o cálculo da contribuição dos segurados conforme discriminado no anexo I a este relatório.

c. Em relação à solicitação de se compensar as contribuições efetuadas pelas pessoas jurídicas, reiteramos o que foi informado no relatório fiscal e no relatório da diligência efetuada em 15/08/2005 de que não se confundem os sujeitos passivos. Em relação às contribuições dos segurados, o seu aproveitamento, mesmo nos termos da IN 03/2005, só seria cabível mediante a apresentação dos documentos relacionados nos incisos I e II do artigo 81 do referido ato. Ocorre que a defendente, apesar de fartamente alegar a juntada, comprovou tão somente as contribuições do segurado Fernando Luiz da Rocha Pereira conforme folhas 251, 253, 256, 259 deste processo. Dessa forma estes recolhimentos foram deduzidos conforme demonstrado no Anexo I;

d. O Anexo II demonstra as retificações que devem ser feitas nos valores apurados em virtude do cálculo realizado, conforme discriminado na coluna “ Valor a Reduzir” de acordo com respectivo levantamento

DADR – Discriminativo Analítico de Débito Retificado foi emitido (fls. 2243 e ss).

Após, foi proferida Decisão em 1ª instância (fls. 2267 e ss).

Do Mérito

O Recorrente reitera as alegações de defesa e alega não manter relação jurídica de emprego direta com os sócios das empresas de representação comercial autônomas, e inexistir vínculo empregatício entre o Recorrente e os sócios das empresas prestadoras de serviços de representação comercial, bem como que os valores adiantados não tem natureza salarial.

O Recorrente assinala que:

Com efeito, a recorrente começa por esclarecer que atua comercialmente na área de vendas de sementes, especialmente, de milho e de sorgo híbridos, dentre outras atividades previstas no objeto do seu contrato social.

Assim, para disponibilizar os produtos acima mencionados no mercado socorre-se da colaboração de profissionais vendedores com formação especializada em agronomia ou em técnicas agrícolas.

Num primeiro momento, a recorrente, para a sua área de vendas, contratava tão somente o trabalho mão-de-obra com vínculo de emprego, num segundo momento, -passou a adotar a contratação de empresas de representação comercial para atuar nessa área considerando as exigências competitivas do mercado e' as realidades regionais. Sendo certo que, atualmente, mantém um departamento de vendas composto por mão-de-obra com vínculo de emprego concomitantemente com uma grande equipe de representante comerciais autônomos.

Enfim, a recorrente aponta que é manifestamente insubsistente a NFLD nº 35.567.064-0, porquanto não mantém relação jurídica de emprego direta com nenhum dos sócios das empresas de representação comercial autônomas lá mencionadas.

A propósito, é certo que a recorrente somente manteve, assim como mantém relação jurídica de representação comercial com pessoas jurídicas, nos estritos termos da lei 4.886/65, com as modificações introduzidas pela lei nº 8420/92, não havendo nos autos qualquer comprovação das alegações do fiscal de que também seriam contratadas pessoas físicas.

Repita-se que a recorrente somente contrata pessoa jurídica para atuar como representante comercial seu junto ao mercado consumidor de sementes, razão pela qual nega veementemente a inverídica afirmação do Auditor Fiscal no sentido de que a recorrente também mantém relação jurídica de representação comercial com pessoas físicas (autônomos).

(...)

Releve-se que, em razão das peculiaridades e das exigências técnicas dos produtos que a recorrente comercializa, é obrigada a socorrer-se da contratação de mão-de-obra especializada, que além de conhecer as exigências técnicas próprias (conhecimentos de agronomia e de técnicas agrícolas), também atue junto ao mercado consumidor local (cooperativas, distribuidoras de sementes e produtores. Agrícolas individuais), divulgando, através de eventos, como por exemplo: feiras promocionais, palestras, produtores individuais e etc, as qualidades das sementes, bem como assessorando tecnicamente aqueles que às adquirem, indicando a melhor época para o plantio, orientando quanto aos cuidados com a terra, técnicas de plantio, etc.

Em outras palavras, as sementes que são vendidas pela recorrente, para germinarem, carecem de um grande número de cuidados e de conhecimentos técnicos especializados, bem como sujeitam-se às intempéries da natureza.

(...)

No caso da recorrente, muitas vezes ela disponibilizou aos seus representantes comerciais autônomos linhas de crédito- instrumentalizadas por aditamentos aos respectivos contratos de representação comercial, que no mais das vezes restaram contabilizadas, como adiantamentos de' comissões a ser descontados por ocasião do pagamento das comissões futuramente faturadas, outras vezes como ajuda de custo.

(...)

Com efeito, os títulos elencados no Anexo II, do relatório da NFLD N° 35.567.064-0, são: 1. Manutenção e Utilização de Veículos; 2. Combustíveis; 3. Viagens, Conduções e Estadas; 4. Lanches e refeições; 5. Telefone, Telex e Correios; 6. Outras Despesas; 7. Palestras Técnicas; 8. Dias de Campo; 9. Impressos e Materiais de Expediente; 10. Viagens e Estadia - Ajuda de Custos, 11. Conduções.

Sobre os títulos acima, é manifesto que sobre eles não incidem qualquer contribuição social, porquanto:

- a) referem-se a valores reembolsados pela recorrente à pessoas jurídicas (representantes comerciais), portanto, foram devolvidos a título de indenização/ressarcimento de despesas tidas na participação de eventos promovidos por aquela;
- b) não são habituais, consoante demonstra o exame das datas em que foram disponibilizados em conta corrente;
- c) não foram contratadas no âmbito da representação comercial;
- d) não encontram-se lastreados por contrato de trabalho;

A respeito dessas questões, o Colegiado de 1ª instância decidiu que:

10.22. A Impugnante em sua defesa esclarece que atua comercialmente na área de vendas de sementes dentre outras atividades previstas em seu contrato social, e que para disponibilizar seus produtos no mercado se socorre da colaboração de profissionais vendedores com formação especializada em agronomia ou em técnicas agrícolas.

10.23. Declara que: “Num primeiro momento, a impugnante, para sua área de vendas, contratava tão somente o trabalho mão-de-obra com vínculo de emprego, num segundo momento, passou a adotar a contratação de empresas de representação comercial para atuar nessa área considerando as exigências competitivas do mercado. Sendo certo que, atualmente mantém um departamento de vendas composto por mão-de-obra com vínculo de emprego concomitantemente com uma grande equipe de representantes comerciais autônomos

10.24. A fiscalização constatou que houve demissões diversas de vendedores na data de 14.03.96 e que então foram constituídas empresas de representação comercial que passaram a dar continuidade a venda dos produtos da impugnante. Além destes, verificou a existência de outras pessoas prestando o mesmo tipo de serviço, constituídas como empresas e ainda outros que eram autônomos (pessoas físicas).

10.25. Identificada na prestação de serviços dos representantes comerciais a presença de pressupostos que caracterizam a relação de emprego, tais trabalhadores foram enquadrados, para fins previdenciários como segurados empregados em obediência ao disposto no artigo 12, inciso I, alínea “a” da Lei nº 8.212/91:

(...)

10.26. No exercício da atividade fiscal, o Auditor deve interpretar a norma jurídica tributária, verificar a situação fática e proceder a subsunção do fato a norma.

(...)

10.29. Ressalte-se que o ato administrativo é vinculado e obrigatório, portanto a fiscalização, ao constatar a existência da relação empregatícia entre a empresa fiscalizada e as pessoas físicas que lhe prestam serviços tem o dever de proceder ao lançamento para fins de exigir as contribuições previdenciárias devidas pelo empregador.

(...)

10.40. Existem nos autos elementos suficientes para que se confirme a conclusão da fiscalização pela existência de vínculo empregatício entre os segurados em questão e a notificada, conforme se verifica a seguir.

10.41. No tocante a eventualidade, a Previdência Social entende que não se refere à pessoa do trabalhador, mas à natureza do trabalho executado.

10.42. De acordo com o que nos informa a impugnante (itens 3.2. e 3.3 do relatório), a atividade de vendas também é atividade normal da notificada, considerando-se dessa forma como atividade não eventual, nos termos do § 4º do art. 9º do Regulamento da Previdência Social aprovado pelo Decreto nº 3.048/99, abaixo transcrito, que manteve mesma redação do Decreto anterior (nº 2.173/97), ambos vigentes à época dos fatos geradores aqui tratados:

(...)

10.43. Portanto, a atividade exercida pelos profissionais em questão não é excepcional ou transitória, pois a venda de sementes se encontra inserida no contexto das atividades desenvolvidas normalmente pela empresa, sendo atividade prevista no contrato social.

(...)

10.45. A própria Impugnante reconhece que a pessoalidade está presente na prestação de serviços contratada uma vez que o trabalho sempre foi prestado de maneira exclusiva e pessoal pelos sócios das empresas de representação comercial, conforme se constata das declarações abaixo, constantes de fls. 223 da peça de defesa.

Ademais, os prestadores de serviços mencionados pela fiscalização são sociedades civis que realizam serviços através de seus sócios, sem a necessidade de empregados, em regra, em decorrência de se relacionarem com trabalhos especializados, de grande responsabilidade

10.46. A especialização e conhecimentos técnicos são tão importantes para o desenvolvimento da atividade que a Impugnante promove treinamentos com o intuito de capacitar seus vendedores ao desempenho da função, conforme se verifica das alegações abaixo (fls. 222):

(...)

10.47. Por ser assim a Impugnante não está escolhendo uma empresa para representá-la, mas sim profissional altamente qualificado, experiente e detentor de grande conhecimento do produto. Nessas condições verifica-se que não é importante para a empresa, a pessoa jurídica e suas qualificações e sim a PESSOA FÍSICA e suas qualificações.

10.48. Consta do Relatório Fiscal informação de que a empresa pagava Ajuda de Custo e Adiantamentos de Comissões em valores fixos mensais sob a justificativa de que o representante comercial autônomo não dispunha de recursos financeiros para exercer a representação.

(...)

10.50. Às fls. 405, a impugnante alega que ainda que contabilizadas como Ajuda de Custo ou Adiantamento de Comissões, os recursos têm natureza jurídica de empréstimo.

10.51. Essa afirmação é refutada pelo Auditor Fiscal, que relata em sua informação fiscal referente à segunda diligência: “*Verificamos que TODOS os representantes foram contemplados com estes adiantamentos, os quais, a empresa até o presente não demonstrou seu abatimento das comissões e nem os pagamentos e apropriações contábeis dos juros previstos nos adiantamentos aos contratos*”.

10.52. As atividades dos vendedores estão regulamentadas pela Lei nº 3.207/57, a qual esclarece serem eles empregados que trabalham com subordinação e que podem receber, além das comissões e percentagens pagas de costume, outras verbas como ajuda de custo, abonos e rendas fixas. Já a lei que regulamenta as atividades dos

representantes comerciais (Lei n.4.886/65 modificada pela Lei n. 8.249/92) declara que eles são verdadeiros comerciantes, recebendo apenas por comissões.

10.53. É fato o interesse da Impugnante na manutenção das empresas de representação comercial de seus ex-empregados, que sem o pagamento de ajuda de custo e adiantamentos de comissões dificilmente teriam chance de sobrevivência, conforme se constata das justificativas da empresa para a adoção de tais medidas: 1) boa parte das vendas com sementes são financiadas pela impugnante e têm o seu pagamento postergado para data posterior à colheita; 2) que a sazonalidade das colheitas conduz à irregular venda de sementes que se concentra a determinados períodos do ano; 3) que nos termos do art. 32 da lei de representação comercial, o representante somente adquire direito às comissões quando do pagamento dos pedidos ou propostas, ficando privado de ganhos durante longos períodos do ano.

10.54. Embora os contratos de Representação Comercial Autônoma Pessoa Jurídica, juntados aos autos pela Impugnante, apresentem cláusula determinando que as despesas decorrentes da atividade do Representante na representação contratada devem correr por sua conta e risco, o Auditor Fiscal constatou que a notificada reembolsava aos representantes comerciais despesas de viagens, combustíveis, refeições, dias de campo e palestras.

10.55. Além de se confrontarem com o estabelecido na Lei nº 4.886/65 com modificações dadas pela Lei nº 8.249/92, os pagamentos mensais fixos pagos a título de Adiantamentos de Comissões (não abatidos, de acordo com a informação fiscal), pagamentos de ajuda de custo e reembolso de despesas comprovam que esses trabalhadores não assumiam os riscos do negócio uma vez que dependiam unicamente da impugnante para sobreviverem, fato corroborado pela Impugnante pelas justificativas apresentadas para o pagamento dessas verbas (item 10.53)

10.56. Da análise da situação demonstrada é impossível chegar-se à conclusão de que esses trabalhadores ao constituírem suas empresas tinham em mente o exercício de um empreendimento econômico. Portanto deve prevalecer em relação à aparência que, formal ou documentalmente tenha sido oferecida, a verdadeira relação jurídica evidenciada pelos fatos.

(...)

10.58. A cláusula padrão do título “Das obrigações do Representante” dos contratos de representação (cláusula 8º) obriga o Representante Comercial ao cumprimento dos programas internos da notificada, conforme os citados Programa ELEG, Programa Frente a Frente da Representada, Show do Milho da Representada, e ao cumprimento de atividades estabelecidas pelo Plano de Marketing e coleta de informações mercadológicas para Plano de Marketing Anual. Obriga ainda os representantes ao acompanhamento e controle quinzenal de estoques nos clientes e ainda a Zelar pela adequação e aplicação da verba orçamentária destinada à promoção dos produtos da Representada.

10.59. Obrigar o Representante Comercial ao cumprimento dos programas internos da Impugnante é sem dúvida retirar totalmente a condição de autonomia que deveria ser inerente ao exercício da atividade.

10.60. Se a atividade realmente fosse autônoma, o representante comercial teria liberdade na forma de desempenhar seu trabalho, na escolha e na visitação da clientela, na determinação de dias e horários de trabalho. No entanto, no presente caso, o que se verifica é alto grau de ingerência da Impugnante no exercício da função dos Representantes Comerciais por ela contratados que os obriga ao cumprimento das atribuições determinadas na citada cláusula.

(...)

10.62. A Impugnante alega que a Representação Comercial Enio Abatti & Cia. Ltda. ajuizou ação de cobrança pelo rito sumário em face da Monsanto do Brasil, onde deduz pretensão de títulos e valores, com fundamento na Lei nº 4.886/65 com modificações introduzidas pela Lei nº 8.420/92. Segundo ela, tal fato demonstraria que a relação

jurídica entre a empresa Enio Abatti & Cia. Ltda. e a Braskalb consistiu autêntica e inatacável relação de representação comercial autônoma.

10.63. Considera-se que o fato do Representante Comercial ter se limitado a requerer as verbas que lhe eram devidas não demonstra a relação jurídica entre as partes, apenas que o representante comercial, seja por falta de orientação ou qualquer outro motivo, resolveu pedir menos do que era seu direito.

(...)

10.65. Desta forma, ainda que tivesse sido provado que os representantes comerciais autônomos contratados pela Impugnante estavam regularmente registrados no órgão competente como determina o art. 2º da Lei nº 4.886/65, fato que não ocorreu, em face da existência dos pressupostos da relação de emprego (subordinação, não eventualidade, onerosidade e pessoalidade) eles devem ser considerados empregados da Impugnante para fins de se exigir as contribuições previdenciárias devidas.

(...)

10.75. A atividade da autoridade administrativa encontra-se vinculada aos dispositivos legais acima mencionados, não lhe cabendo declarar indevidos valores determinados pela legislação como aplicáveis às contribuições para a Seguridade Social.

10.76. No entanto, assiste razão a Impugnante que reclama pelo desconto de valores já recolhidos pelos prestadores de serviços na condição de contribuintes individuais.

10.77. Verifica-se que a Notificação Fiscal é composta de 6 levantamentos distintos, sendo que nos levantamentos DPI e DP3 foram lançados pagamentos de comissões e nos levantamentos DP5 e DP6 foram lançadas despesas reembolsadas pela notificada e consideradas pela fiscalização como salário-de-contribuição.

10.78. Os pagamentos constantes dos levantamentos citados foram realizados a segurados que puderam ser identificados pela fiscalização, o que não ocorre com os lançamentos efetuados nos levantamentos DP2 e DP4 que foram arbitrados em razão da não apresentação de documentos.

10.79. Embora a fiscalização relacione nos Anexos I e II o nome dos segurados e respectivos pagamentos, informa que a parte dos segurados empregados foi calculada à alíquota de 8% em relação aos valores apurados em cada um dos levantamentos.

(...)

10.87. Assim sendo, a apresentação de documentos em momento posterior à impugnação só é permitida em casos excepcionais e uma vez não demonstrada nenhuma das exceções previstas no 4º acima.

10.88. No entanto, no presente caso, a impugnante apresentou Impugnação Complementar às fls. 399/2083, juntando aos autos os documentos que julgou de seu interesse para comprovação de suas alegações e ainda foi aberto prazo para a impugnante se manifestar com relação aos relatórios emitidos pela fiscalização referentes a diligências efetuadas.

Na análise dos autos, verifica-se que a fiscalização enquadrrou pessoas físicas - contratadas pelo Recorrente por pessoas jurídicas e físicas - como segurados empregados do Recorrente.

O Fisco pode e deve reclassificar pactos, quando verifique requisitos previstos na legislação (art. 33, da Lei 8.212/91; arts 9º, I e 229, §2º, do RPS, somados aos arts. 118, 121 e 142, do CTN).

Nesses casos, a fiscalização deve constatar a ocorrência das seguintes condições:

- a) o segurado deve ser pessoa física;
- b) a prestação de serviço deve ser de natureza não eventual;

- c) o segurado deve trabalhar para empregador (empresa urbana ou rural);
- d) o segurado deve prestar serviço sob dependência do empregador - a lei não exige que o trabalho seja executado no estabelecimento do empregador (subordinação);
- e) o segurado deve receber salário (remuneração) pelo serviço prestado.

No caso dos autos, observa-se que a prestação do serviço foi cumprida pelas pessoas físicas (pessoalidade); que o serviço prestado tem de natureza permanente, em face da sua natureza jurídica e com a atividade do Recorrente; que o Recorrente assumiu o risco da atividade, e que as pessoas físicas obrigaram-se a cumprir determinações do Recorrente em função das contratações. Soma-se a isso a onerosidade da prestação do serviço.

Todos esses elementos podem ser extraídos do Relato Fiscal (fls. 85/86 – personalidade, não eventualidade, subordinação jurídica, onerosidade).

O R. Acórdão recorrido bem abordou cada um, afastando integralmente as alegações da defesa.

Da leitura dos trechos acima reproduzidos, observa-se que a autuação não decorreu de meros indícios, mas de inúmeras provas que analisadas em conjunto evidenciam que as pessoas jurídicas e os contribuintes individuais formalmente contratados pelo Recorrente, eram na verdade pessoas físicas que se revestiam das condições de seus segurados obrigatórios, conforme legislação tributária.

Nada há a corrigir na decisão de piso, nesse contexto instrutório e processual.

Relativamente ao pedido de revisão da NFLD, *em razão de a fiscalização do INSS não ter descontado dos valores cobrados aqueles já recolhidos pelos prestadores de serviços (que podem ser apurados no sistema informatizado da Previdência Social)*, insta ressaltar que, consoante fundamentação do R. Acórdão, o pleito já fora atendido no momento da retificação do lançamento, considerada instrução processual.

Extrai-se do R. Acórdão:

10.84. Os autos foram convertidos em diligência para que a Fiscalização procedesse ao cálculo da contribuição previdenciária referente a parte do segurado empregado, relativamente aos levantamentos DP1, DP3, DP5 e DP6 enquadrando-as nas respectivas faixas salariais e descontando os valores já recolhidos pelos representantes comerciais.

10.85. Como resultado da diligência o Auditor Fiscal elaborou planilhas às fls. 2.196/2.225, que demonstra o enquadramento na faixa salarial de cada um dos representantes comerciais de acordo com a remuneração recebida na competência e às fls. 2.226/2.227 estão calculados os valores a serem deduzidos em cada levantamento em virtude do enquadramento realizado por faixa salarial e deduzidos valores de GPS's apresentadas pela Impugnante.

Essa afirmação está em consonância com o relato fiscal de fls. 2207.

Em relação à solicitação de se compensar as contribuições efetuadas pelas pessoas jurídicas, reiteramos o que foi informado no relatório fiscal e no relatório da diligência efetuada em 15/08/2005 de que não se confundem os sujeitos passivos. Em relação às contribuições dos segurados, o seu aproveitamento, mesmo nos termos da IN 03/2005, só seria cabível mediante a apresentação dos documentos relacionados nos incisos I e II do artigo 81 do referido ato. Ocorre que a defendente, apesar de fartamente alegar a juntada, comprovou tão somente as contribuições do segurado Fernando Luiz da Rocha Pereira conforme folhas 251, 253, 256, 259 deste processo. Dessa forma estes recolhimentos foram deduzidos conforme demonstrado no Anexo I;

No mais, o Recorrente requer que as intimações sejam encaminhadas aos procuradores.

Essa pretensão não encontra respaldo na legislação de regência, especialmente no artigo 23 do Decreto nº 70.235/72. Neste diapasão, a matéria foi consolidada no âmbito do CARF por meio da Súmula CARF nº 110.

Por fim, quanto à jurisprudência e à doutrina trazida aos autos, é de se observar o disposto no artigo 506 da Lei 13.105/2015, o novo Código de Processo Civil, o qual estabelece que a *“sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”*. Não sendo parte nos litígios objetos dos Acórdãos, o interessado não pode usufruir dos efeitos das sentenças ali prolatadas, posto que os efeitos são *“inter partes”* e não *“erga omnes”*.

Com isso, as decisões administrativas, mesmo que reiteradas, doutrina e também a jurisprudência não têm efeito vinculante em relação às decisões proferidas pelos Órgãos Julgadores Administrativos, não sendo normas complementares, como as tratadas o art. 100 do CTN, motivo pelo qual não vinculam as decisões das instâncias julgadoras.

Do Pedido de Perícia

Quanto ao pedido de perícia, não se vislumbra a necessidade de conhecimentos técnicos especializados para a formação de convicção acerca dos fatos,

Ressalta-se ademais, que o Recorrente não formula quesitos referentes aos exames que pleiteia, nem indica profissional para a sua realização, desatendendo os termos do inciso IV do art. 16 do Decreto nº 70.235/72.

Ora, o Decreto 70.235 de 1972 dispõe em seu artigo 14 que a impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento e, em seu artigo 15, que a impugnação deve ser apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias a contar da data em que for feita a intimação da exigência.

A respeito do pedido do Recorrente para a realização de perícia, ressalte-se, nesse ponto, que o princípio do ônus da prova é inerente a todo ordenamento jurídico, sendo que deve ser obedecido também na esfera administrativa. Assim, incumbe ao Recorrente apresentar tempestivamente, ou seja, junto com a impugnação, as provas em direito admitidas, precluindo o direito de fazê-lo em outra ocasião, ressalvada a impossibilidade por motivo de força maior, quando se refira a fato ou direito superveniente ou no caso de contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos, conforme disposições contidas no art. 16 do Decreto 70.235, de 1972, abaixo transcritas:

"Decreto 70.235/1972

Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

IV - as diligências, ou perícias que a impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

(...)

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de a impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que: (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

b) refira-se a fato ou a direito superveniente^ Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos. (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

§ 5º A juntada de documentos após a impugnação de\ferá ser requerida á autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas do parágrafo anterior. (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

A deficiência da defesa na apresentação de provas, sob sua responsabilidade, não implica a necessidade de realização de diligência com o objetivo de produzir essas provas, eis que tanto a diligência quanto a perícia destinam-se à formação da convicção do julgador, devendo limitar-se ao aprofundamento de investigações sobre o conteúdo de provas já incluídas no processo ou ao confronto de elementos de prova também já incluídos nos autos, não podendo ser utilizada para suprir a ausência de provas que já poderiam ter sido juntadas à impugnação.

No que diz respeito à perícia, prescreve o art. 18, do Decreto 70.235/72 que:

Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, in fine. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

Da leitura do dispositivo, verifica-se que o deferimento de pedido de perícia somente ocorrerá se comprovada a necessidade à formação de convicção.

Nesse sentido, não basta que o sujeito passivo deseje a realização da perícia.

O sujeito passivo deverá comprovar o caráter essencial da perícia para o deslinde da questão pela autoridade administrativa, nos termos da legislação aplicável.

Ocorre que o Recorrente não logrou demonstrar, minimamente, a imprescindibilidade da perícia à compreensão dos fatos nem na impugnação, nem agora em grau recursal.

Assim, indefere-se o pedido de perícia.

CONCLUSÃO.

Pelo exposto, voto por não conhecer do recurso de ofício, e por NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Sonia de Queiroz Accioly

