



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

Processo n° 10580.004488/2007-07
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **2803-002.819 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 19 de novembro de 2013
Matéria CP: SALÁRIO INDIRETO: DIÁRIAS.
Recorrente EMPRESA BAIANA DE ALIMENTOS S/A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/03/1998 a 01/11/2004

DECADÊNCIA PARCIAL. OCORRÊNCIA. RECONHECIMENTO. LANÇAMENTO. NULIDADE. VÍCIO MATERIAL. FALTA DE CLAREZA E PRECISÃO NA IDENTIFICAÇÃO DO FATO GERADOR.

Recurso Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Conselheiros Helton Carlos Praia de Lima e Oseas Coimbra Junior que negam provimento ao recurso.

(Assinado Digitalmente).

Helton Carlos Praia de Lima - Presidente.

(Assinado Digitalmente).

Eduardo de Oliveira - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Helton Carlos Praia de Lima, Eduardo de Oliveira, Natanael Vieira dos Santos, Oseas Coimbra Júnior. Amílcar Barca Teixeira Júnior e Gustavo Vettorato.

Relatório

A presente Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD, - DEBCAD 35.900.420-2, objetiva o lançamento das contribuições sociais previdenciárias não adimplidas pelo empregador contribuinte, decorrente da remuneração paga, devida ou creditada aos trabalhadores empregados, que lhes prestam serviços, relativamente a rubrica Diárias, conforme Relatório Fiscal do Auto de Infração, de fls. 30 a 35.

O sujeito passivo foi cientificado da notificação, em 09/11/2006, conforme – AR, de fls. 01.

O contribuinte apresentou sua defesa/impugnação, as fls. 204; 206 a 228, recebida, em 24/11/2006, a qual foi acompanhada do documento, de fls. 205.

A impugnação foi considerada tempestiva, fls. 233 e 234.

A primeira instância exarou o Acórdão nº 15-13.044 - 7ª Turma da DRJ/SDR, em 03/07/2007, fls. 240 a 252, no qual o lançamento foi considerado procedente.

A empresa tomou conhecimento desse decisório, em 02/04/2009, AR, de fls. 260.

Irresignado o contribuinte impetrou o Recurso Voluntário, petição de interposição com razões recursais, as fls. 263 a 280, recebida, em 04/05/2009, acompanhado dos documentos, de fls. 281 a 425, as teses recursais estão assim resumidas.

Preliminar.

A preliminar sobre a inconstitucionalidade do depósito recursal não será sumariada, o que se explicará no voto.

- que os fatos geradores ocorridos anteriormente a 09/11/2001 estão decadentes ante a redação da Súmula Vinculante Nº 08/2008 do STF, devendo a mesma ser reconhecida e decretada;
- que a fiscalização considerou como base de cálculo das contribuições diárias e ajuda de custo, sem observar as leis e a verdade material, a recorrente protestou por perícia para prova, uma vez que se faz necessário a indicação precisa dos funcionários que receberam tais verbas e se essas verbas superaram o salário em mais de 50%, bem como se houve o pagamento de ajuda de custo;
- que o fisco se baseou apenas no documento intitulado “normas e procedimentos” para determinar que em 1999, 2003 e 2004 que a recorrente atuando em erro de interpretação na conceituação alguma situações não os considerou fatos geradores, o fisco, também, considerou a ajuda de custo de natureza meramente indenizatória, paga aos funcionários lotados ou com substituição provisória seria na

verdade remuneração, pois não atenderia as previsões do artigo 28, da Lei 8.212/91, assim, ambas matérias dependem da verificação da realidade para definição de sua natureza, ferindo a verdade material a sua não verificação, ou seja, para está apuração deve ser promovida a perícia requerida, sendo está indeferida na primeira instância sem qualquer justificativa;

- que os valores exigidos nesta notificação foram objeto de lançamento na notificação 35.308.807-2, sendo está retificada para exclusão deste valores, havendo assim *bis in idem*, pois não se demonstra o que foi excluído de uma para inclusão na outra, o que por si só geraria a nulidade de uma das notificações, devendo ser reconhecido o duplicidade para o período de 07/2003 a 10/2004;
- que deve este conselho reconhecer a nulidade e decretá-la em razão do indeferimento da prova pericial sem motivação, baixando os autos em diligência para a realização da perícia, na forma do quesitos apresentados;

Mérito.

- que os valores pagos a título de diárias são meramente indenizatórios, destinados ao reembolso de despesas, com deslocamento provisório, além do que a *ratio legis* favorece a recorrente, pois só quando a diária é paga acima de 50% da remuneração é que esse se torna base de cálculo e isso não ocorreu, nos meses 03, 10 e 12/1998; 02/2003 e 06/2003 a 10/2004 meses objeto do lançamento, cita o artigo 28, da Lei 8.212/91, sendo a diária paga no caso concreto de forma incidente, sazonal e pontual
- que o fisco não indica os valores e quais a rubricas que comporiam a remuneração dos empregados, bem como não separou o percentual de 2,5% do salário educação, não constando do DAD a base de cálculo e tão pouco os dados utilizados para tal, resultando isso em nulidade, pois impossibilita o exercício da defesa;
- que a ajuda de custo e eventual e pontualmente paga aos colaboradores, estando a contribuição sobre esta excepcionada pelo artigo 28, §9º, “g”, da Lei 8.212/91, o que se conforme ao artigo 470, da CLT, cita a recorrente precedente do TRF5, numa postura ortodoxa;
- que o fisco de forma desautorizada converte ajuda de custo em diária a partir de interpretação, como se diária e ajuda de custo, pagas eventualmente, não fossem coisa distintas, devendo as duas terem tratamento diferenciados;
- Na conclusão requer; EM PRELIMINAR - a) provimento ao recurso, com a anulação da notificação; b) declaração da decadência para fatos geradores com mais de cinco anos na data do lançamento; c)

Processo nº 10580.004488/2007-07
Acórdão n.º **2803-002.819**

S2-TE03
Fl. 434

conhecimento e provimento do recurso; NO MÉRITO – d) provimento do recurso, com a reversão da decisão de primeiro grau, em razão da não ocorrência dos fatos geradores indicados; e) a recorrente indica assistente técnico e apresenta os quesitos.

O órgão preparador não se manifestou sobre a tempestividade do recurso.

Por fim, os autos subiram ao CARF, fls. 429.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo de Oliveira - Relator

O recurso voluntário é tempestivo e considerando o preenchimento dos demais requisitos de sua admissibilidade ele merece ser apreciado.

Inicialmente, cabe esclarecer que a tese recursal relativa a inconstitucionalidade do depósito para manejo do recurso, não foi resumida por desnecessária, tendo em vista que tal exigência foi revogada pela MP 413/2008, convertida na Lei 11.727/2008.

No que tange a alegação da decadência, assiste razão a recorrente com a publicação da SV Nº 08 – STF a decadência para fins de contribuição previdenciária passou a se regulada pelos artigos 150, § 4º ou 173, I e II, todos, da Lei 5.172/66.

Assim, necessário se faz fixar qual a regra decadência aplicável ao caso concreto, entendo que o Superior Tribunal de Justiça – STJ, conforme caso abaixo consolidou a regra.

RECURSO ESPECIAL Nº 970.947 SC (2007/0173291-6)

Esta Corte tem firmado o entendimento de que o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário pode ser estabelecido da seguinte maneira:

- a) em regra, segue-se o disposto no art. 173, I, do CTN, ou seja, o prazo é de cinco anos, contado "do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado";*
- b) nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, cujo pagamento ocorreu antecipadamente, o prazo é de cinco anos, contado do fato gerador, nos termos do art. 150, § 4º do CTN*

Nos autos ora em análise não consta a ocorrência de pagamento e assim a regra a aplicar é a do artigo 173, I, da Lei 5.172/66.

O presente lançamento se deu, em 09/11/2006, data da ciência pessoal do contribuinte, fls. 01.

Desta forma, retroagindo cinco anos desta e aplicando a regra do artigo 173, I ter-se-á o marco da decadência como sendo 01/01/2001, logo estavam decadentes quando do lançamento as competências anteriores a 11/2000, inclusive, uma vez que 12/2000 só venceu e 03/01/2001.

Destarte, devem ser excluídas do crédito as competências 03/1998; 10/1998 e 12/1998, conforme Discriminativo Sintético de Débito – DSD, de fls. 08.

Ainda, que por motivo diverso dos suscitados pela recorrente, reconheço a existência de defeito no lançamento, defeito este que na data do lançamento, 09/11/2006, violava o artigo 37, *caput*, da Lei 8.212/91 c/c o artigo 243, *caput*, do Regulamento da Previdência Social – RPS apenso ao Decreto 3.048/99.

Embora, tenha o agente lançador dito no REFISC, de fls. 30 a 35, bem como no Relatório de Lançamentos – RL, de fls. 11 a 13, o que abaixo se transcreve, as planilhas acostadas aos autos, as fls. 47 a 140, não permitem separar os valores relativos as diárias, do valores referentes a ajuda de custo, pois inclusas em uma única coluna da planilha.

REFISC.

Os valores das diárias considerados para a emissão desta NFLD foram os que excederam 50% dos valores das remunerações mensais de cada segurado empregado.

RL.

pagamento de diária acima de 50% da remuneração.

A título de exemplo observe-se o trecho da planilha, de fls. 50, onde constam as informações transcritas abaixo.

** EBAL - EMPRESA BAIANA DE ALI MENTOS S.A				PAGI		NA		1					
** DIRETORIA ADMINISTRATIVA				DATA		38444,00							
** GERENCIA DE RECURSOS HUMANOS													
** BÉ60P038 - COLABORADORES COM		DIARIAS E AJUDA DE CUSTO (JUNHO DE 2003)											
NOME	MATRICULA	COMPETENCIA	REMUN	50 O/O REMUN.	AJUDA/DIARIAS	BC TOT	DS S/ REM	DS S/AC	DS S/ BC TOT	DEB DS			
AGNALDO BARROS DA CRUZ	500143845	200306	436,02	218,01	250,00	686,02	33,36	19,13	59,34	25,99			
ALBERTO JOSE DOS SANTOS	500096791	200306	297,35	148,67	775,00	1072,35	22,75	69,75	117,96	95,21			
ALBERTO LEMOS MARTINS VIANA	500059541	200306	1428,99	714,99	900,00	2329,99	157,30	99,00	205,63	48,33			
ALEX SANDRO CÂMBUI LOPES	500126055	200306	436,02	218,01	1525,00	1961,02	33,36	167,75	205,63	172,27			
ALEXANDRA GOMES MALAQUIAS	500126738	200306	1100,00	550,00	1026,80	2126,80	121,00	112,95	205,63	84,63			
ALEXINALDO PEREIRA DOS SANTOS	500148756	200306	297,34	148,67	630,00	827,34	22,75	45,85	74,46	61,71			
ALFREDO CARNEIRO OLIVEIRA JR	500092604	200306	1100,00	550,00	966,40	2066,40	121,00	106,30	205,63	84,63			
ALMIR DA SILVA PARANHOS JUNIOR	500131945	200306	1100,00	550,00	966,40	2066,40	121,00	106,30	205,63	84,63			
ANA CRISTINA SANTOS MACHADO	500079541	200306	297,35	148,67	675,00	972,35	22,75	58,39	106,96	84,21			
ANANIAS NASCIMENTO DA GAMA	500148780	200306	1100,00	550,00	795,20	1886,20	121,00	86,37	205,63	84,63			
ANGELO LUIZ MACEDO DE ARAUJO	500143489	200306	1100,00	550,00	845,60	1945,60	121,00	93,02	205,63	84,63			
ANTONIO CARLOS JESUS CIDREIRA	500099664	200306	1100,00	550,00	1026,80	2126,80	121,00	112,95	205,63	84,63			
ANTONIO CARLOS MEDRADO SILVA	500099625	200306	436,02	218,01	810,00	1246,02	33,36	89,10	137,06	103,71			
ANTONIO DANTAS NOGUEIRA	500036187	200306	297,35	148,67	901,00	1198,35	22,75	99,11	131,82	109,07			
ANTONIO HUGO BARBOSA BRANDAO	500128201	200306	1100,00	550,00	906,00	2006,00	121,00	99,66	205,63	84,63			
ANTONIO MARCOS VIANA PINHEIRO	500063003	200306	297,35	148,67	318,00	615,35	22,75	24,33	53,23	30,48			
ANTONIO POMPEU DA SILVA	500073197	200306	297,35	148,67	954,00	1251,36	22,75	104,94	137,65	114,90			
ANTONIO TIMOTEO CARNEIRO	500081768	200306	297,35	148,67	750,00	1047,35	22,75	67,50	115,21	92,46			

Fica evidente que a coluna AJUDA/DIÁRIAS não permite separar o que é um e o que é o outro, sendo impossível verificar qual o valor de diárias, que cada trabalhador recebeu, o que não permite averiguar se tal valor era ou não acima do limite de cinquenta por cento da remuneração para configurar o fato gerador da contribuição social previdenciária. A simples afirmação de que são superiores é insuficiente ante o princípio da legalidade, incluso no artigo 37, *caput*, da CRFB/88 c/c o artigo 142, da Lei 5.172/66 c/c o artigo 37, *caput*, da Lei 8.212/91 c/c o artigo 243, *caput*, do Regulamento da Previdência Social – RPS apenso ao Decreto 3.048/99.

Com esses esclarecimentos devido a falta de precisão e clareza na descrição dos fatos geradores, reconheço a nulidade material da notificação e determinando a anulação do crédito restante.

Ainda, que o agente lançador tenha entendido que a rubrica ajuda de custo seja em realidade diária travestida de outra denominação deve explicitar seus motivos, conclusões e comprovações de forma clara, precisa e objetiva, o que não ocorre no presente caso.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto voto por conhecer do recurso para no mérito dar-lhe provimento.

I – em razão da decadência das contribuições lançadas nas competências 03/1998; 10/1998 e 12/1998;

II – decretar a nulidade do restante do crédito, em razão da existência de vício material, uma vez que o fato gerador das diárias não foi claramente identificado.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira.