



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

Processo n° 10680.724493/2010-07
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2402-006.779 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 07 de novembro de 2018
Matéria CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS À SEGURIDADE SOCIAL
Recorrente REFRIGERANTES MINAS GERAIS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2006

DECADÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO. EXISTÊNCIA DE RECOLHIMENTOS PARCIAIS. REGRA DO ART. 150, § 4º, DO CTN. SÚMULA CARF 99.

O prazo decadencial para o lançamento é regido pelo art. 150, § 4º, do CTN, se, inexistindo dolo, fraude ou simulação, houver pagamento parcial.

CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS À SEGURIDADE SOCIAL. DIRETOR EMPREGADO. INCLUSÃO EM FOLHA DE PAGAMENTO. LANÇAMENTO PROCEDENTE.

Tem-se por procedente o lançamento, quanto a autoridade autuante traz fortes evidências de que a requerente arcara com o ônus da remuneração a trabalhador que lhe prestara serviços e constara em sua folha de pagamento por período considerável.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário para excluir do lançamento as contribuições até a competência 10/2005, inclusive, uma vez que atingidas pela decadência. Vencidos os Conselheiros Mauricio Nogueira Righetti, José Ricardo Moreira e Denny Medeiros da Silveira, que não reconheceram a ocorrência da decadência em relação às contribuições referentes ao Diretor Empregado. No mérito, por voto de qualidade, em negar provimento ao recurso quanto ao lançamento referente ao Diretor Empregado. Vencidos os Conselheiros João Victor Ribeiro Aldinucci (Relator), Jamed Abdul Nasser Feitoza, Renata Toratti Cassini e Gregório Rechmann Junior, que deram provimento ao recurso. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Mauricio Nogueira Righetti.

(assinado digitalmente)

Denny Medeiros da Silveira - Presidente em Exercício

(assinado digitalmente)

João Victor Ribeiro Aldinucci - Relator

(assinado digitalmente)

Mauricio Nogueira Righetti - Redator Designado

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Denny Medeiros da Silveira, Mauricio Nogueira Righetti, João Victor Ribeiro Aldinucci, José Ricardo Moreira, Jamed Abdul Nasser Feitoza, Luis Henrique Dias Lima, Renata Toratti Cassini e Gregorio Rechmann Junior.

Relatório

A fiscalização lavrou os seguintes Autos de Infração (AIs) em face do sujeito passivo:

(a) AI 37.272.054-4 - PAF 10680.724493/2010-07, para a constituição das contribuições devidas a outras entidades ou fundos (contribuições destinadas ao FNDE), parte patronal, incidentes sobre as remunerações pagas aos seus empregados, relativas às despesas com alimentação, cartões de premiação, contratação de Diretor Administrativo Financeiro, reclamações trabalhistas apuradas no curso da fiscalização e aquelas resultantes do confronto entre as folhas de pagamento e as GFIPs.

(b) AI 37.272.044-7 - PAF 10680.724481/2010-74, para a constituição das contribuições devidas a outras entidades ou fundos, parte patronal, incidentes sobre as remunerações pagas aos seus empregados, relativas às despesas com alimentação, cartões de premiação, contratação de Diretor Administrativo Financeiro e aquelas atinentes às reclamações trabalhistas apuradas no curso da fiscalização;

(c) AI 37.272.043-9 - PAF 10680.724478/2010-51, para a constituição das contribuições devidas à seguridade social, correspondentes à parte dos segurados empregados, incidentes sobre as remunerações a eles pagas, relativas às despesas com alimentação, cartões de premiação e com a contratação de Diretor Administrativo Financeiro. Ainda foram constituídas as contribuições dos segurados contribuintes individuais;

(d) AI 37.272.042-0 - PAF 10680.724477/2010-14, para a constituição das contribuições devidas à seguridade social, correspondentes à parte da empresa, inclusive a alíquota GILRAT, incidentes sobre as remunerações pagas aos seus empregados, relativas às despesas com alimentação e cartões de premiação. Também foram constituídas as contribuições da mesma natureza incidentes sobre a contratação de Diretor Administrativo Financeiro, bem como aquelas resultantes do confronto entre as folhas de pagamento e as GFIPs. Por fim, também foram constituídas as contribuições patronais incidentes sobre a contratação de contribuintes individuais;

(e) AI 37.272.050-1 - PAF 10680.724489/2010-31, para a constituição de multa devida pelo descumprimento de obrigação acessória, por ter a empresa apresentado as GFIPs com informações incorretas ou omissas, mais precisamente pela falta de declaração das remunerações atinentes às despesas com alimentação, cartões de premiação, contratação de Diretor Administrativo Financeiro, bem como a remuneração de contribuintes individuais.

Para fins ilustrativos, segue uma tabela das autuações:

PAF	AI	Créditos Contribuições ou Multa	Rubricas
10680.724477/2010-14	37.272.042-0	Patronal + SAT/RAT	Alimentação + Contr. Ind. + Cartões de Premiação + Diretor + Folha x GFIP
10680.724478/2010-51	37.272.043-9	Segurados	Alimentação + Contr. Ind. + Cartões de Premiação + Diretor
10680.724481/2010-74	37.272.044-7	Outras entidades ou fundos - patronal	Alimentação + Cartões de Premiação + Diretor + Reclamatórias Trabalhistas
10680.724489/2010-31	37.272.050-1	CFL 68	Informações incorretas ou omissas: Alimentação + Cartões de Premiação + Diretor + Contr. Ind.
10680.724493/2010-07	37.272.054-4	Outras entidades ou fundos - patronal	Alimentação + Cartões de Premiação + Diretor + Reclamatórias Trabalhistas + Folha x GFIP

Doravante, adota-se parte do relatório do acórdão de impugnação:

Consta no relatório fiscal [...] conforme segue:

ALIMENTAÇÃO EM DESACORDO COM O PAT

[...]

CARTÃO PREMIAÇÃO

A empresa remunerou seus empregados por meio de cartões eletrônicos oferecidos como prêmio no Programa de estímulo ao

aumento de produtividade. Os cartões foram fornecidos pela Incentive House S. A, CNPJ 00.416.126/0003-03 [...]

DIRETOR EMPREGADO

Foi constatada a contratação de Fernando Luiz Gomes Filho - NIT 12288536154 – admitido em 1/10/2003 e demitido em 1/05/2008, para ocupar o cargo de diretor administrativo financeiro. Tal constatação deu-se por meio da análise do cadastro de pessoal da empresa, das folhas de pagamento apresentadas em meio digital, das informações constantes das GFIP referentes às competências 12/2003 e 05/2008, e das informações constantes dos atos constitutivos da empresa conforme segue:

[...]

As remunerações desse segurado foram apuradas, por aferição, com base nas remunerações recebidas ou creditadas para outro diretor representante legal da empresa, tendo em vista que o Sr. Fernando Luiz Gomes Filho foi incluído nas folhas de pagamento com salário zerado acompanhado da seguinte expressão "Folha Confidencial - Diretoria" (que não foi apresentada à fiscalização). Especificamente, optou-se, para fins de aferição, por utilizar como referência, as remunerações percebidas pelo diretor de logística que está menos sujeito as variações de produtividade.

[...]

RECLAMATÓRIAS TRABALHISTAS

Pela análise de informações prestadas pelo Ministério do Trabalho; dos dados declarados por meio de DIRF, bem como pela apreciação da contabilidade da empresa, verificou-se a ocorrência de pagamentos referentes a reclamações trabalhistas em valores superiores àqueles considerados, pelo contribuinte, quando do recolhimento dos valores devidos a outras entidades e fundos nas guias de recolhimento específicas (código de pagamento 2909 das GPS).

[...]

DIFERENÇAS ENTRE OS VALORES DE REMUNERAÇÃO DISCRIMINADOS NAS FOLHAS DE PAGAMENTO E NA GFIP

Foram encontradas diferenças entre a remuneração incluída nas folhas de pagamento e a remuneração incluída na GFIP. Esses fatos geradores foram identificados nos autos com o código de levantamento FG – Batimento de folha com GFIP (valores de diferenças entre folhas de pagamento e GFIP, de 01/2005 a 08/2005, 11/2005 e 13/2005).

[...]

O sujeito passivo foi cientificado da autuação em 29/11/2010, conforme assinatura aposta à fl. 3 e apresentou impugnação em 29/12/2010 [...], na qual, essencialmente:

DECADÊNCIA

Diz que parte do crédito tributário cobrado refere-se ao ano de 2005, período abrangido pela decadência nos termos do artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional – CTN. Acrescenta que, como o auto de infração foi lavrado em 12/2010, os valores referentes às competências de 01/2005 a 11/2005 encontram-se alcançados pela decadência.

AUXILIO ALIMENTAÇÃO

Diz que os auxílios de natureza alimentar fornecidos a seus empregados compreendem o gasto na manutenção de restaurante dentro de seu estabelecimento para servir refeições a empregados, gastos com o fornecimento de cestas básicas distribuídas e tickets refeição e alimentação.

Afirma que, em relação à sua exclusão do PAT, conforme se verifica dos acordos coletivos de trabalho dos anos de 2005 a 2007, apenas o pagamento do ticket alimentação estava atrelado à assiduidade do empregado (inexistência de faltas injustificadas).

Acrescenta que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ é pacífica no sentido de que o pagamento de auxílio-alimentação in natura, como no caso, não integra a base de cálculo da contribuição previdenciária, esteja ou não a empresa inscrita no PAT. Cita jurisprudência.

Alega que não há como se cogitar a incidência de contribuição previdenciária sobre os valores gastos com a manutenção de restaurante interno, bem como gastos a título de cesta básica, alimentação, lanches e ticket refeição, haja vista o inegável caráter indenizatório de tais verbas, pagas para o trabalho e não pelo trabalho, devendo o lançamento fiscal ser julgado improcedente quanto a esses itens.

Aduz que além de estar restrita ao ticket alimentação, a condição estipulada em acordo coletivo de trabalho jamais poderia ser assemelhada a um sistema de premiação, para descaracterizar o benefício dado. Diz que não havia metas a serem recompensadas com um prêmio, mas simplesmente, cumprida a carga horária contratada o empregado fazia jus ao benefício.

Diz que condicionar o pagamento do ticket alimentação à assiduidade do empregado passa pela avaliação de que o benefício tem por objetivo alimentar o trabalhador que está efetivamente prestando serviço e não remunerá-lo pelo alcance de determinada meta de produtividade, de modo que se não comparece ao trabalho, não há que se falar em pagamento do valor necessário para se alimentar. Aduz que o fato de possuir

um programa de prêmios para os empregados visando a uma maior produtividade, demonstra que o pagamento de ticket alimentação não é uma espécie de premiação ao empregado.

Afirma que não há lei ou decreto que proíba essa condição (assiduidade) para a concessão do benefício, sendo que tal vedação foi estabelecida por meio de portaria.

Disserta e cita jurisprudência sobre a não incidência de contribuições previdenciárias sobre vale transporte para subsidiar sua afirmação de que o Poder Executivo tenta, há muito tempo, implementar, sem amparo na lei, restrições às formas usualmente aceitas de pagamento de benefícios a empregados, buscando descaracterizar sua natureza indenizatória.

Diz ainda que a Portaria nº 87, que o teria excluído do PAT é datada de 19/3/2009, tendo sido publicada no Diário Oficial da União – DOU de 23/3/2009, mas pretende produzir efeitos de forma retroativa, cancelando inscrições de 1995 a 2008. Conclui que tal circunstância revela ilegalidade. Aduz que os fundamentos para a cassação das inscrições não decorrem de atos que lhes houvessem sido posteriores, justificando sua revisão, mas de disposições já existentes nos seus sucessivos acordos coletivos que não a haviam impedido. Afirma que a exclusão do PAT não se tratou de mera inovação interpretativa das normas por parte da administração pública, mas de nova limitação à permanência das empresas no programa. Cita legislação e doutrina que trata de segurança jurídica.

Conclui que deve ser julgado improcedente o lançamento no que se refere aos gastos com alimentação in natura ou, ao menos, deve-se restringir a cobrança da contribuição previdenciária aos valores gastos com a concessão de ticket alimentação a seus empregados.

DIRETOR ADMINISTRATIVO FINANCEIRO

Diz que a AFRFB absteve-se de tecer qualquer consideração a respeito dos esclarecimentos que lhe foram prestados no desenvolvimento do procedimento fiscal, decidindo arbitrar um salário mensal do Diretor Fernando Luiz Gomes Filho com base nas remunerações pagas aos demais diretores.

Alega que a autuação não tem qualquer amparo legal já que o referido diretor foi cedido à impugnante pela Recofarma Indústria do Amazonas Ltda. Diz que no documento denominado Secondment Service Agreement, a Recofarma compromete-se a ceder um diretor à impugnante, o qual continuaria vinculado a ela, responsável pelo pagamento do seu salário. Apresenta o que seria a tradução livre de um trecho do documento como segue:

[...]

RECLAMATÓRIAS TRABALHISTAS

Diz que o fiscal autuante não descreve no lançamento a quais reclamações trabalhistas ele se refere, impedindo sua ampla defesa. Aduz que consta apenas uma “planilha” com os valores consolidados que seriam devidos mês a mês sem uma individualização das reclamações trabalhistas, o que seria indispensável.

Argumenta que, no curso da fiscalização, apresentou, em resposta ao termo de intimação, cópia de dezenas de processos judiciais. Assevera que a auditora não esclarece quais os documentos solicitados por meio dos termos de intimação que não lhe teriam sido entregues, afirmando apenas que eles não teriam sido atendidos em sua totalidade.

Afirma que, pelo exame da planilha elaborada pela auditora fiscal não é possível identificar com relação a quais reclamações trabalhistas haveria débito pendente, até mesmo porque ela afirma que existiriam pagamentos a esse título que teriam sido abatidos.

Conclui que se trata de cerceamento do direito de defesa, ainda mais considerando seu porte empresarial e a quantidade de empregados e reclamações trabalhistas que possui.

Disserta sobre o devido processo legal e aponta ser impositivo que o autuante esclareça e forneça o nome dos reclamantes a que foram pagas as verbas sobre as quais incidiria a contribuição recolhida a menor, bem como o número dos processos judiciais correspondentes.

[...]

Em razão das alegações do impugnante, os autos do presente processo foram baixados em diligência para que a fiscalização prestasse esclarecimentos [...].

Em 23/12/2013 a fiscalização elaborou a informação fiscal de fls. [...] na qual, essencialmente:

Esclarece que as despesas com alimentação dos empregados, inclusive despesas com restaurante, identificada nos autos com o código de levantamento AL foram fornecidas in natura.

Conclui, após análise dos resumos de folhas de pagamentos juntados por ocasião da impugnação, que os salários de contribuição, rubrica código 8000, são divergentes dos declarados em GFIP. Elaborou quadros às fls. 301/303 indicando, por estabelecimento e competência, as retificações que devem ser efetuadas nos fatos geradores identificados nos autos com o código de levantamento FG.

Informou que apreciou todos os documentos e informações relativas a reclamatórias trabalhistas juntadas aos autos pelo contribuinte por ocasião da impugnação, concluindo pela exclusão das bases de cálculo referentes a: parcelas de natureza indenizatória identificadas; valores excedentes aos identificados

como principal nas guias de depósitos; valores de depósitos correspondentes a cálculos que incluem as contribuições de terceiros, cujas GPS foram recolhidas com a totalidade das contribuições no campo INSS. Elaborou demonstrativos nos quais apresenta as retificações que devem ser levadas a efeito relativas ao código de levantamento RT em razão dos documentos apresentados.

[...]

O contribuinte foi cientificado da diligência e de seu resultado, [...], e se manifestou [...].

ementada: A DRJ julgou a impugnação procedente em parte, conforme decisão assim

CONTRIBUIÇÕES OUTRAS ENTIDADES E FUNDOS.

A empresa é obrigada a recolher as contribuições para Outras Entidades e Fundos a seu cargo.

ALIMENTAÇÃO IN NATURA

Nos lançamentos de contribuições previdenciárias incidentes sobre despesas com alimentação in natura fornecida aos segurados empregados aplica-se o disposto no Ato Declaratório PGFN nº 3 de 20/12/2011.

MULTA RETROATIVIDADE. MOMENTO DO CÁLCULO.

A comparação para determinação da multa mais benéfica apenas pode ser realizada por ocasião do pagamento.

CONEXÃO.

Devem ser julgados em conjunto com o processo principal os processos vinculados por conexão.

O montante exonerado não desafiou a interposição de recurso de ofício.

O sujeito passivo foi eletronicamente intimado da decisão em 10/06/2014 e interpôs recurso voluntário em 18/06/2014, no qual apenas reafirmou as teses atinentes à decadência e à contratação do diretor empregado.

Diante da informação expressa, à fl. 255 do PAF 15504.020542/2009-41, de que a empresa teria incluído a totalidade dos seus débitos no parcelamento, o julgamento do recurso foi convertido em diligência, para que a unidade de origem verificasse a existência de pedido de parcelamento total ou parcial.

Em cumprimento à citada resolução, a unidade de origem informou que a empresa não teria optado pelo parcelamento de débitos previdenciários em fase administrativa.

Intimado, o sujeito passivo manifestou-se apenas no sentido de requerer o julgamento e o provimento de seu recurso.

Sem contrarrazões ou manifestação pela Procuradoria.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro João Victor Ribeiro Aldinucci - Relator

1 Conhecimento

O recurso voluntário é tempestivo e estão presentes os demais requisitos de admissibilidade, devendo ser conhecido. Foi inclusive demonstrada a inexistência de pedido de parcelamento dos débitos em questão.

2 Dos pontos controvertidos

Não houve a interposição de recurso de ofício e os pontos controvertidos do recurso voluntário são apenas aqueles atinentes à decadência e à contratação do diretor empregado.

2.1 DA DECADÊNCIA

A esse respeito, o sujeito passivo sustenta a tese de que o prazo decadencial deve ser contado na forma do art. 150, § 4º, do CTN, tendo em vista a existência de recolhimentos antecipados.

Como o lançamento teria ocorrido em dezembro de 2010, estariam decaídas as contribuições do período de janeiro a novembro de 2005.

A DRJ não compactuou desse entendimento, arvorando-se na tese de que a existência de recolhimento antecipado se caracterizaria rubrica por rubrica. Veja-se:

Ora, se o contribuinte sequer incluía tais valores nas folhas de pagamento, não há se falar que tenha ocorrido qualquer antecipação de pagamento relativamente a essas verbas. Portanto, nesses casos, aplica-se o disposto no CTN, artigo 173

O critério de determinação da regra decadencial (art. 150, § 4º ou art. 173, inc. I) é a existência de pagamento antecipado do tributo, ainda que parcial, mesmo que não tenha sido incluída na sua base de cálculo a rubrica ou o levantamento específico apurado pela fiscalização.

Se o sujeito passivo antecipa o montante do tributo, mas em valor inferior ao efetivamente devido, o prazo para a autoridade administrativa manifestar se concorda ou não com o recolhimento tem início; em não havendo concordância, deve haver lançamento de ofício no prazo determinado pelo art. 150, § 4º, salvo a existência de dolo, fraude ou simulação, casos em que se aplica o art. 173, inc. I.

Expirado o prazo, considera-se realizada tacitamente a homologação pelo Fisco, de maneira que essa homologação tácita tem natureza decadencial.

E ao contrário do que decidiu a DRJ, caracteriza pagamento antecipado qualquer recolhimento de contribuição previdenciária na competência do fato gerador, independentemente de ter sido incluída na base de cálculo do recolhimento a rubrica específica (ex. custeio de alimentação) exigido no Auto de Infração. Essa questão foi definitivamente pacificada com a edição da Súmula CARF 99:

Súmula CARF nº 99: Para fins de aplicação da regra decadencial prevista no art. 150, § 4º, do CTN, para as contribuições previdenciárias, caracteriza pagamento antecipado o recolhimento, ainda que parcial, do valor considerado como devido pelo contribuinte na competência do fato gerador a que se referir a autuação, mesmo que não tenha sido incluída, na base de cálculo deste recolhimento, parcela relativa a rubrica especificamente exigida no auto de infração.

No mesmo sentido, o entendimento do colendo STJ em sede de recurso representativo de controvérsia:

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

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

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

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

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

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

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

(REsp 973.733/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/08/2009, DJe 18/09/2009) (destacou-se)

A existência de recolhimentos parciais em todas as competência é inconteste, tanto porque todas as autuações são relativas a rubricas específicas (custeio de alimentação, cartões de premiação, diferenças entre as folhas e as GFIPs, etc) exigidas em diversos Autos de Infração, quanto porque os recolhimentos parciais foram admitidos em sede de acórdão de impugnação, e também porque a fiscalização constatou a existência de valores declarados em GFIP (veja-se que há lançamento por batimento entre as folhas e as guias). Mais ainda, e segundo se depreende do incluso Termo de Encerramento do Procedimento Fiscal, entre os documentos examinados estão os "Comprovantes de Recolhimento".

Logo, a regra decadencial aplicável é a do art. 150, § 4º.

Portanto, quando o lançamento foi realizado, em 22/11/2010 (v. fl. 4), já havia transcorrido mais de cinco anos desde os fatos geradores ocorridos de janeiro a outubro de 2005, mas não de novembro de 2005, cujo período de apuração somente se encerrou no dia 30.

Portanto, deve ser parcialmente acolhida a preliminar de decadência, para declarar a extinção dos créditos tributários cujo período de apuração vai de janeiro a outubro de 2005.

2.2 DO DIRETOR EMPREGADO

Basicamente, o sujeito passivo afirma que o Diretor Administrativo Financeiro foi-lhe cedido pela Recofarma Indústria do Amazonas Ltda, conforme o documento denominado *Secondment Service Agreement*. Assevera, ainda, que a inclusão do nome do referido diretor na sua folha de pagamento com salário zerado se deu unicamente por razão de hierarquia de trabalho, já que ele era o responsável pela sua gestão administrativo-financeira, ascendendo um grupo de empregados constantes na folha. Conclui que é sem razão o arbitramento levado a efeito pela fiscalização.

O acórdão de impugnação discordou dessa argumentação, com base na fundamentação que pode ser sintetizada abaixo:

Vê-se, que é inconteste que o Sr. Fernando Luiz Gomes Filho prestava serviços para o contribuinte, como diretor financeiro, e que seu nome foi incluído nas folhas de pagamento do impugnante juntamente com a menção de que havia uma folha confidencial relativa à diretoria.

[...]

Tem-se, portanto, que o impugnante não trouxe aos autos qualquer elemento ou esclarecimento capaz de explicar porque razões um diretor financeiro que presta serviços em seu favor, vinculado à sua estrutura organizacional, seria incluído na folha de pagamentos (com a indicação da existência de informações mais detalhadas em folha de pagamento confidencial), caso inexistisse remuneração custeada por ele para esse diretor. Tudo levar a crer que tal diretor foi remunerado pelo contribuinte e que o valor de sua remuneração somente não foi incluído na folha por tratar de informação “confidencial” tal como descrito nesses documentos.

Ocorre que os documentos denominados *Secondment Service Agreement* e *Exhibit* revelam que o Diretor Administrativo Financeiro era empregado de outra empresa, que lhe custeava o salário e que o cedeu para o sujeito passivo por prazo determinado. Veja-se, a propósito, que as folhas de pagamento de fls. 322 e seguintes demonstram que ele era realmente empregado da Recofarma.

Essas circunstâncias, aliadas ao fato de que a fiscalização não demonstrou a existência efetiva de pagamentos realizados pela recorrente em favor do citado Diretor, muito menos que ele estivesse a ela subordinado, tornam frágil o lançamento e obstaculizam qualquer possibilidade de arbitramento.

A rigor, o Diretor Administrativo Financeiro estava subordinado a outra pessoa jurídica e dessa pessoa jurídica recebia a sua remuneração, com todas as consequências trabalhistas e previdenciárias daí decorrentes.

Em não havendo remuneração recebida da recorrente, igualmente não há base de cálculo para o lançamento.

E como afirmado em sede de impugnação e recurso, isso explica o fato de a folha de pagamento do Diretor Administrativo Financeiro estar com valores zerados.

Resumidamente, o recurso voluntário deve ser provido nesse particular.

3 Conclusão

Diante do exposto, vota-se no sentido de CONHECER do recurso voluntário, para ACOLHER PARCIALMENTE a preliminar de decadência do lançamento, declarando-se a extinção dos créditos tributários cujos fatos geradores ocorreram de janeiro a outubro de 2005, e, no mérito, DAR-LHE TOTAL PROVIMENTO, para excluir da autuação o levantamento "DE - DIERETOR EMPREGADO" (*erro de grafia no original*).

(assinado digitalmente)

João Victor Ribeiro Aldinucci

Voto Vencedor

Conselheiro Mauricio Nogueira Righetti - Redator Designado

Não obstante as, como de praxe, muito bem fundamentadas razões de decidir do Relator, peço *venia* para delas dissentir.

O ponto de discordância, naquilo que superou o seu entendimento, recai quanto ao lançamento, por arbitramento, sobre valores eventualmente pagos pela autuada àquele Diretor Administrativo Financeiro, Sr Fernando Luiz Gomes Filho.

Entendeu o Ilustre Relator que o autuante não teria feito a prova de que a autuada efetuou pagamentos àquele trabalhador, tampouco de que havia subordinação na relação entre ambos, além do quê, haveria um documento denominado *Secondment Service Agreement*, por meio do qual se atestaria sua cessão à recorrente pela Recofarma Indústria do Amazonas Ltda, a quem competiria o pagamento de seu salário e as conseqüências trabalhistas e previdenciárias dele decorrentes.

Não vejo dessa forma.

De plano, quanto ao documento apresentado no idioma estrangeiro, filio-me ao entendimento da decisão de piso acerca da imprescindibilidade de sua tradução para o vernáculo, a teor do que dispõem os artigos 22 da Lei 9.784/99 e 157 do CPC/73¹, sem a qual, tem-se por prejudicada a sua força probatória.

¹ Artigo correspondente: 192 do NCPC

Art. 192. Em todos os atos e termos do processo é obrigatório o uso da língua portuguesa.

Parágrafo único. O documento redigido em língua estrangeira somente poderá ser juntado aos autos quando acompanhado de versão para a língua portuguesa tramitada por via diplomática ou pela autoridade central, ou firmada por tradutor juramentado.

Por sua vez, consoante aduzido naquele acórdão, referido Diretor, que efetivamente teria prestado serviço para a recorrente, e isso parece-me incontestado, figurou em sua folha de pagamento por quase 5 (cinco) anos, vale dizer, de 12/2003 a 05/2008.

Registre-se ainda, que tal folha de pagamento, em que pese incluírem aquele trabalhador, não discriminavam os valores de sua remuneração, além de conter a incomum expressão "Folha Confidencial - Diretoria". E mais, esta última não teria sido sequer apresentada à Fiscalização.

Quanto à alegação de que receberia salário pela cedente Recofarma, a qual arcaria, em função disso, com os encargos trabalhistas e previdenciários, vale destacar que, conforme atestado pelo Fisco, aquele trabalhador teria sido declarado nas GFIP da Recofarma apenas nos meses de 12/2005 e 13/2005, o que conduz à conclusão de que as contribuições incidentes sobre sua remuneração alegadamente lá percebida não teriam sido por ela recolhidas com relação aos demais períodos da atuação.

Na sequência, quanto à motivação atinente a questões de hierarquia no trabalho, passo a colacionar a oportuna observação promovida pela DRJ, nos seguintes termos:

A alegação de que tal inclusão se deu unicamente como decorrência da hierarquia de trabalho, porque ele era o responsável pela gestão administrativo-financeira ascendendo o grupo de empregados constantes da folha, não é verossímil. O fato do nome de um diretor ser incluído ou não em folha de pagamento com os demais empregados, não guarda nenhuma relação com a manutenção ou com a demonstração de hierarquia, sobretudo, quando se considera que no presente caso, a inclusão fazia menção à existência de uma folha confidencial para diretoria. Ora, se o contribuinte já adotava a prática de apor em seus documentos a menção relativa à existência de uma folha confidencial e de omitir o valor de remuneração de um diretor, não se compreende, e o impugnante não esclarece, qual seria o prejuízo moral, gerencial ou prático de deixar de incluir um diretor na folha de pagamento.

Postos então os fatos, penso pairar sobre o caso uma robusta presunção de que a autuada arcara, de fato, com o ônus da remuneração daquele Diretor Administrativo Financeiro, o qual, repita-se, a ela prestara serviços e figurara em sua folha de pagamento por quase 5 (cinco) anos.

Forte nas razões acima, VOTO por, nesse ponto, negar provimento ao Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)

Mauricio Nogueira Righetti