



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

Processo n° 10950.723751/2011-83
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2402-004.737 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 9 de dezembro de 2015
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente FUNDAÇÃO HOSPITALAR DE SAÚDE
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2008

CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. NORMA REGULADORA DA IMUNIDADE.

No período do lançamento, a imunidade prevista no § 7.º do art. 195 da Constituição Federal era regulada pelas regras do art. 55 da Lei n.º 8.212/1991.

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DRF MARINGÁ N.º 98. ABRANGÊNCIA.

O Ato Declaratório Executivo n.º 98, exarado pela DRF Maringá, não se aplica às contribuições lançadas, posto que diz respeito à suspensão da imunidade relativa ao imposto de renda da pessoa jurídica.

PERÍODO DO LANÇAMENTO. EXERCÍCIOS DE 2005 A 2008.

Ao contrário do que se alegou no recurso, as contribuições lançadas não se referem ao exercício de 2009, compreendendo os de 2005 a 2008.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2008

CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. AUSÊNCIA DE ANTECIPAÇÃO DE PAGAMENTO. PRAZO DECADENCIAL. CONTAGEM PELA REGRA DO INCISO I DO ART. 173 DO CTN.

Inexistindo antecipação de recolhimento das contribuições previdenciárias, a contagem do prazo decadencial tem como marco inicial o primeiro dia do exercício seguinte aquele em que os tributos poderiam ter sido lançados.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos, não conhecer a legitimidade da empresa Pletsch & Nabhan Ltda; rejeitar a preliminar de decadência; e, no mérito, negar provimento ao recurso.

Ronaldo de Lima Macedo - Presidente

Kleber Ferreira de Araújo - Relator

Participaram do presente julgamento o(a)s Conselheiro(a)s Ronaldo de Lima Macedo, João Victor Ribeiro Aldinucci, Natanael Vieira dos Santos, Marcelo Oliveira, Ronnie Soares Anderson, Kleber Ferreira de Araújo e Lourenço Ferreira do Prado.

Relatório

Trata-se de recurso interposto pelo sujeito passivo contra o Acórdão n.º 06-39.883 de lavra da 5.ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento – DRJ em Curitiba (PR), que julgou improcedente em parte a impugnação apresentada para desconstituir os seguintes Autos de Infração - AI:

a) AI n.º 37.330.242-8: exigência de contribuições destinada a outras entidades ou fundos (terceiros); e

b) AI n.º 37.330.237-1: aplicação de multa em razão da entidade haver descumprido a obrigação de declarar todos os fatos geradores de contribuições previdenciárias na Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social - GFIP.

De acordo com o relatório fiscal, fls. 1.671 e segs., os fatos geradores das contribuições lançadas foram os pagamentos efetuados a segurados empregados e a contribuintes individuais, estes últimos transportadores rodoviários autônomos. Essas remunerações foram verificadas mediante análise das Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social - GFIP e da contabilidade.

A multa, ressalta-se, foi imposta levando-se em consideração as alterações promovidas pela Lei n.º 11.941/2009, optando-se pelo valor mais favorável ao sujeito passivo, quando se comparou a multa aplicada com base na legislação vigente no momento da ocorrência dos fatos geradores e aquela calculada com esteio na norma atual.

O prazo decadencial foi aferido pelo art. 173, I, do CTN, posto que não se verificou antecipação de recolhimentos das contribuições lançadas.

Ressalta-se que a entidade teve a isenção das contribuições previdenciárias reconhecidas pelo INSS em 27/12/1996, conforme documento de fl. 599. Todavia, na ação fiscal que deu ensejo às autuações foi emitida Informação Fiscal - IF relatando o descumprimento de requisitos do art. 55 da Lei n.º 8.212/1991.

Essa IF foi declarada extinta em razão do art. 45 e alínea "a" do inciso II do art. 50 do Decreto n.º 7.237/2010 c/c art. 52 da Lei n.º 12.101/2009.

O fisco aponta que as irregularidades verificadas dizem respeito aos seguintes incisos do art. 55 da Lei n.º 8.212/1991:

IV: proibição de que os diretores, conselheiros, sócios, instituidores ou benfeitores, percebam remuneração e/ou usufruam vantagens ou benefícios a qualquer título;

V: obrigatoriedade da aplicação integral do eventual resultado operacional na manutenção e desenvolvimento dos objetivos institucionais.

Afirma-se que as atas de Assembleias Gerais Ordinária e Extraordinária **comprovam o descumprimento dos dispositivos acima.**

Pelo fato do pagamento de remunerações a dirigentes caracterizar também descumprimento de requisito necessário à isenção do imposto de renda da pessoa jurídica - IRPJ, durante a fiscalização foi suspenso o referido benefício fiscal.

Relata-se que compareceram ao Setor de Fiscalização da DRF em Maringá o Presidente da Entidade, Sr. João Carlos Raddi, e o ex-Presidente e atual Conselheiro, o Sr. Jorge Abou Nabhan, os quais apresentaram documentos e argumentaram que houvera equívoco na suspensão da isenção do IRPJ, haja vista que a criação da Fundação não apresenta qualquer irregularidade, além de que a intervenção judicial a que estava sujeito o contribuinte decorrera de má intenção de membro do Ministério Público.

Afirma-se que conforme AGE do dia 18 de setembro de 2008, o Interventor Wagner Luiz Marques, nomeado pela Justiça Estadual, explanou os motivos da intervenção, quais sejam: regularização da prestação de contas de 2000 a 2004, levantamento patrimonial da interessada, contratos de concessão e comodato e dívida de um milhão de reais para com empresa, cujo Presidente da Fundação autuada fazia parte do quadro societário.

A seguir o fisco trata do contrato de concessão firmado entre a Fundação autuada e a empresa Jorge Abou Nabhan e Cia Ltda, a qual posteriormente passou a se denominar Pletsch e Nabhan Ltda, cujo objeto contratado era repassar à concessionária os direitos de estruturação, organização e administração, afim de manter a Fundação em condições de atendimento dos seus próprios objetivos estatutários e regimentais.

Afirma-se que o instituidor da Fundação, Jorge Abou Nabhan, era sócio da empresa concessionária, e que esse contrato de concessão tinha como real objetivo remunerá-lo, posto que a Fundação arcava com a integralidade da folha de pagamento da concessionária, além de repassar para esta uma verba correspondente a 17% de todos os valores arrecadados pela concedente. A mencionada pessoa física assumiu o cargo de Presidente da Fundação de janeiro de 2001 a setembro de 2008, quando esta sofreu intervenção judicial.

Informa-se que o quadro de pessoal da empresa Pletsch e Nabhan foi gradativamente reduzido, de modo que em 2002 contava apenas com uma empregada, não possuindo assim condições para cumprir o objeto do contrato, malgrado, continuasse a receber a remuneração de 17% sobre as receitas da Fundação.

Segundo o fisco esse percentual repassado à concessionária é excessivo, causando deterioração das contas da autuada e tornando nulo o contrato, posto que se trata de disposição não verdadeira, que esconde remuneração disfarçada.

Ressalta-se que a realização do objeto do contrato de concessão tornou-se impossível com a remuneração e a distribuição de lucros de forma simulada ao Presidente Jorge Abou Nabhan, pois que impede o sujeito passivo de atender aos seus próprios objetivos estatutários e regimentais, considerando o aumento dos déficits ou diminuição dos superávits com os repasses à Pletsch & Nabhan Ltda.

A autoridade lançadora enfatizou que a Pletsch & Nabhan Ltda. e o sujeito passivo, na realidade, relacionam-se como se fossem um único ente, pois o Sr. Jorge Abou Nabhan e seu cônjuge Ana Maria Pletsch Nabhan têm interesses comuns nas duas entidades, por serem pessoas ligadas a ambas, e o demonstrativo de folha 1061 evidencia que o fluxo de caixa da Pletsch & Nabhan Ltda. nos anos calendários de 2005 e 2006, tal como praticado, só foi possível, porque na realidade trabalham como uma única entidade com a finalidade de remuneração e distribuição de lucros ao Presidente e sua esposa, por intermédio da margem de lucro no valor de 17% sobre as receitas e da cobertura total da sua folha de pagamento, além de

não efetuar o devido recolhimento da cota patronal previdenciária, burlando os requisitos legais para gozar deste benefício fiscal.

O fisco identificou diversas saídas de recursos do caixa/bancos da autuada para cobertura de despesas da empresa concessionária, muitas das vezes sem sequer haver a emissão de nota fiscal, além do pagamento de despesas pessoais do Sr. Jorge Abou Nabhan.

Explica-se também que a Fundação funcionava em imóvel pertencente ao Sr. Jorge Abou Nabhan, que lhe foi cedido mediante contrato de comodato. Esse ajuste obrigava a autuada a fazer a manutenção das instalações e equipamentos pertencentes ao imóvel de propriedade do seu Presidente, o que representa a não aplicação integral das rendas, recursos e eventual resultado operacional na manutenção e desenvolvimento dos objetivos institucionais da Fundação.

Assinala-se que o sujeito passivo contratou para manutenção e conservação do imóvel e das instalações nele contidas a Nabhan Engenharia e Construções Ltda., que tem 50% do capital social em posse de parentes até o terceiro grau, inclusive por afinidade, logo pessoas ligadas ao Presidente Jorge Abou Nabhan, conforme definido pelos incisos II e III do art. 465 do RIR. Tal fato também representaria remuneração indireta do Presidente.

Sobre essa questão o fisco concluiu que, ao custear as despesas de manutenção, ampliação e conservação do imóvel do Presidente e das instalações nele contidas no período de vigência do contrato de comodato, o sujeito passivo não aplicou integralmente o eventual resultado operacional na manutenção e desenvolvimento de seus objetivos institucionais e o dirigente Jorge Abou Nabhan percebeu remuneração e usufruiu vantagens e benefícios com o dispêndio destes valores.

O contrato de concessão foi substituído por um contrato de aluguel no valor mensal de R\$ 41.000,00, a ser pago a empresa Plestch & Nabhan. Esse contrato teve vigência a partir de 01/01/2007. Para o fisco esse ajuste seria irregular posto que, nos termos do art. 64 do Código Civil, os instituidores deveriam ter passado para a Fundação a propriedade ou outro direito real sobre os bens dotados.

Afirma-se que a incorporação das benfeitorias ao imóvel sem direito de retenção, nos termos do contrato firmado, caracteriza usufruto de vantagem ou benefício pelo dirigente Jorge Abou Nabhan, que tem o patrimônio de sua empresa Plestch e Nabhan Ltda. incrementado pelo sujeito passivo, não observando o requisito de isenção do inciso IV do art. 55 da Lei 8.212.

Segundo o fisco, mesmo depois da vigência do contrato de locação, sujeito passivo continuou a pagar despesas previstas no contrato de concessão, a exemplo da quitação da folha de pagamento e encargos trabalhistas e previdenciários da Plestch & Nabhan. Verificou-se o pagamento de encargos fiscais e da contribuição sindical desta empresa, os quais não constavam em qualquer estipulação contratual.

Constatou-se ainda o pagamento de encargos fiscais da pessoa do Sr. Jorge Abou Nabhan.

Na sequência, fisco passa a apontar remunerações diretas recebidas pelo Presidente da Fundação. Mostra remunerações declaradas na GFIP nas competências 02 e 03/2005.

Afirma-se que o cônjuge do Sr. Jorge Nabhan foi contratada pela fundação no período de 03/2007 a 09/2008, percebendo o maior salário entre todos os funcionários. Esse fato também representaria remuneração indireta ao Presidente.

Outra situação que foi tida como distribuição disfarçada de lucros foi a relação comercial entre a autuada e a empresa Nabhan & Moreira Ltda, cuja sócia administradora é irmã do Sr. Jorge Nabhan. Afirma-se que ela também foi nomeada Conselheira da Fundação, tendo recebido remuneração entre 16 de agosto de 13 de outubro de 2008.

Relata-se que após a intervenção judicial, a empresa Pletsch & Nabhan propôs ação de despejo contra a autuada. Mas, antes disso, já teria havido retiradas de recursos da Fundação sob a justificativa de que esta estaria em débito com a empresa dona do imóvel.

São apresentados casos em que a autuada contraía empréstimos junto à rede bancária e os valores eram creditados diretamente na conta da Pletsch & Nabhan. Essas operações foram um dos principais motivos para decretação da intervenção judicial na Fundação.

O fisco acusa ainda o recebimento pela Pletsch & Nabhan de parcelas relativas a pagamento de uma dívida inexistente, o que representou benefício financeiro para o Sr. Jorge Nabhan.

Foram detectados ainda vários pagamentos de despesas de viagem ao Sr. Jorge Nabhan, os quais o fisco supôs tratar-se de remuneração direta.

São apontados pagamentos por serviços que não foram prestados para a Fundação, mas para outra empresa denominada Bem Viver Serviços, a qual tinha no quadro societário Conselheira da autuada.

O fisco colocou no polo passivo, na condição de devedor solidário, o Sr. Jorge Nabhan, justificando a providência nos seguintes termos:

"Verifica-se que sempre houve excesso de poderes pelo Sr. Jorge Abou Nabhan, que tinha amplo controle sobre as decisões e negócios do sujeito passivo, e que houve várias infrações ao estatuto social, seja nas remunerações diretas e indiretas ou distribuição disfarçada de lucros ao dirigente, contrárias ao art. 34 (folha 764), ou na inclusão de membros da família Nabhan no Conselho Diretor antes das alterações estatutárias para transformação em Fundação Nabhan (folha 705), inclusive com a contratação da sua irmã Maria Regina Abou Nabhan, situação descrita nos parágrafos 415 a 429 acima."

Por fim, o fisco aponta também descumprimento do art. 14 do CTN, caracterizado pelas seguintes irregularidades:

a) distribuição de patrimônio da Fundação à Pletsch & Nabhan, representada pela incorporação de benfeitorias ao imóvel desta sem direito de retenção;

b) falta de aplicação dos recursos na manutenção das suas atividades, em razão de desvios para a Pletsch & Nabhan de recursos obtidos mediante empréstimos; e

c) irregularidades na escrituração contábil, conforme declarada na própria

sentença da intervenção judicial.

Apresentaram impugnação conjunta, fls. 1.749 e segs., a Fundação Hospitalar de Saúde, a Pletsch & Nabhan, além das pessoas físicas Jorge Abou Nabhan e Ana Maria Plestch Nabhan.

Às fls. 1.986 e segs. foi acostado laudo técnico apresentado pelos impugnantes.

A decisão de primeira instância encontra-se às fls. 2.263 e segs. A DRJ declarou ilegítimas as participações processuais de Pletsch & Nabhan Ltda e por Ana Maria Pletsch Nabhan, posto que não foram arroladas no polo passivo das lavraturas. Foram declaradas decadentes as competências de 01 a 08/2005; 11 e 13/2005 para o AI n.º 37.330.242-8. Foi excluída a responsabilidade pessoal do Sr Jorge Abou Nabhan para o período de 09 a 13/2008.

O AI 37.330.237-1 foi declarado nulo por vício formal, posto que o cálculo da multa não levou em conta a metodologia de comparação da penalidade mais benéfica não prevista na legislação.

Inconformados, compareceram ao processo para recorrer a autuada, Jorge Nabhan e a empresa Pletsch & Nabhan. A peça única encontra-se às fls. 2.315 e segs.

Inicialmente alegam que a Fundação Hospitalar Intermunicipal de Saúde - FHISA é uma fundação de direito público instituída pelo Consórcio dos Municípios Paranaenses de Cianorte, Tapejara, São Tomé, Jussara, Guaporema, Cidade Gaúcha e Rondon.

Afirmam que o Dr. Jorge Abou Nabhan participou da instituição da FHISA mediante a cessão de bens imóveis e móveis para desenvolvimento das atividades estatutárias da instituição recém criada.

Conforme autorização do estatuto da FHISA, o Consórcio dos Municípios instituidores propôs à sociedade empresária Jorge Agou Nabhan e Cia Ltda, atual Plestch e Nabhan Ltda, proprietária dos imóveis e equipamentos pertencentes ao Hospital Cianorte, o uso complexo hospitalar sob o regime de comodato e concessão.

A FHISA de posse da documentação exigida requereu e obteve da Receita Federal e do INSS as imunidades tributária e previdenciária. No período de 1992 a 2008 cumpriu com as obrigações acessórias exigidas em Lei, tendo prestado contas das suas operações e dos dispêndios cessão de mão-de-obra à empresa comodante.

A Fundação operou de 1992 a 2006 sem ser sequer questionada quanto à ocorrência de supostas irregularidades. Em meados de 2007, o Conselho Diretor da FHISA exigiu a alteração dos contratos de comodato e concessão para locação, tendo o contrato sido firmado em 11/06/2007 com data retroativa a 01/01/2007.

Enxergando irregularidades no contrato de locação e nos atos de gestão da entidade, o membro do Ministério Público propôs diversas medidas judiciais e também encaminhou dossiê a Delegacia da RFB em Maringá que editou o Ato Declaratório Executivo - ADE n.º 98, de 05/11/2010, suspendendo a imunidade tributária da autuada e determinando a realização da ação fiscal que deu ensejo as presentes lavraturas.

O auditor desvinculou-se do Ato Declaratório n.º 98 e, adotando critério discricionário, rejeitou a imunidade tributária dos exercícios de 2005 a 2008 e lavrou o AI para exigência da contribuição de terceiros do período de 01 a 12/2009.

A seguir pede o reconhecimento da decadência para o período até a competência 12/2006, por aplicação do § 4.º do art. 150 do CTN.

Afirma que o auditor deveria ter se atido ao limite temporal fixado no ADE n.º 98, jamais ter lançado contribuições relativas a fatos geradores do exercício de 2009. Também a auditoria deixou de observar a decisão liminar proferida na ADI n.º 1802-3, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence.

Essa decisão inclusive retira a eficácia do ADE n.º 98, conforme jurisprudência do 1.º Conselho de Contribuintes.

A suspensão da imunidade não pode retroagir aos exercícios de 2005 a 2008, sendo inconcebível a pretensão da autoridade administrativa de dar efeito *ex-tunc* à suspensão da imunidade.

A final, pedem que:

- a) seja declarada a irretroatividade do ADE n.º 98;
- b) declara-se restabelecida a imunidade tributária da recorrente a partir do dia 01/01/2009;
- c) se reconheça a decadência das contribuições lançadas até a competência 11/2006.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Kleber Ferreira de Araújo, Relator

Admissibilidade

O recurso merece conhecimento, posto que preenche os requisitos de tempestividade e legitimidade.

Ilegitimidade da empresa Pletsch & Nabhan para recorrer

A primeira instância decidiu que a empresa Pletsch & Nabhan não teria legitimidade para figurar na lide, como se pode ver de excerto do voto condutor do acórdão recorrido:

"7. Da impugnação apresentada por Pletsch & Nabhan Ltda. Inicialmente, compete relatar que os Autos de Infração n° 37.330.2428 e n° 37.330.2371 foram lavrados apenas contra a Fundação e contra o responsável Sr. Jorge Abou Nabhan, conforme Relatório Fiscal (1672/1745), Termo de Ciência (fls. 1957) e Termo de Responsabilidade Tributária Pessoal (fls. 1954/1955).

7.1. Apesar disso, a impugnação (1749/1776) e a petição de fls. 1986/2048 foram apresentadas em nome da Fundação, da empresa Pletsch & Nabhan Ltda, do Sr. Jorge Abou Nabhan e da Sra. Ana Maria Pletsch Nabhan, inclusive com pedido de exclusão da responsabilidade supostamente atribuída à empresa Pletsch & Nabhan Ltda e à Sra. Ana Maria Pletsch Nabhan.

7.2. Nesse contexto, a impugnação conjunta apresentada não pode ser conhecida em relação à empresa Pletsch & Nabhan Ltda, eis que falece a esta interesse e legitimidade (Lei n° 5.869, de 1973, arts. 3° e 267, VI; e Lei n° 9.784, de 1999, art. 9°), constituindo-se em terceiro juridicamente não interessado, pessoa em relação à qual não se forma lide administrativa, apesar de demonstrar conhecimento dos fatos.

7.3. Isso posto, voto pelo não conhecimento da impugnação da empresa Pletsch & Nabhan Ltda, uma vez que não lhe foi imputada responsabilidade pelos lançamentos veiculados nos Autos de Infração n° 37.330.2428 e n° 37.330.2371, devendo o não conhecimento ser informado mediante Ofício do órgão preparador com transcrição do relatado nos itens 7. e 7.1 supra e da fundamentação e conclusão constantes do itens 7.2 supra e do acolhimento do presente voto, constante deste item 7.3, pelo colegiado em Acórdão do qual a empresa Pletsch & Nabhan Ltda não pode ter ciência integral em razão do sigilo fiscal."

De fato, não há de se confundir a pessoa física do Sr. Jorge Nabhan com a empresa em que faz parte do quadro societário. As lavraturas foram efetuadas em nome da FHISA e do seu ex-Presidente, portanto, apenas esses podem se contrapor às exigências fiscais.

Nesse sentido, apesar de ser mencionada no relato fiscal, a empresa Pletsch & Nabhan Ltda não é parte para recorrer da decisão da DRJ, posto que não faz parte da lide administrativa.

Decadência

É cediço que, com a declaração de inconstitucionalidade do art. 45 da Lei n.º 8.212/1991 pela Súmula Vinculante n.º 08, editada pelo Supremo Tribunal Federal em 12/06/2008, o prazo decadencial para as contribuições previdenciárias passou a ser aquele fixado no CTN.

Quanto à norma a ser aplicada para fixação do marco inicial para a contagem do quinquídio decadencial, o CTN apresenta três normas que merecem transcrição:

Art. 150 (...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

(...)

A jurisprudência majoritária do CARF, seguindo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, tem adotado o § 4.º do art. 150 do CTN para os casos em que há antecipação de pagamento do tributo, ou até nas situações em que não havendo a menção à ocorrência de recolhimentos, com base nos elementos constantes nos autos, seja possível se chegar a uma conclusão segura acerca da existência de pagamento antecipado.

O art. 173, I, tem sido tomado para as situações em que comprovadamente o contribuinte não tenha antecipado o pagamento das contribuições, na ocorrência de dolo, fraude ou simulação e também para os casos de aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória.

Por fim, o art. 173, II, merece adoção quando se está diante de novo lançamento lavrado em substituição ao que tenha sido anulado por vício formal.

No caso sob enfoque, verifica-se que as contribuições destinadas aos terceiros não foram objeto de antecipação de pagamento, posto que a empresa se declarava imune ao

recolhimento das contribuições sociais, nesse sentido a contagem do prazo decadencial deve se dar pela regra do inciso I do art. 173 do CTN.

Considerando-se que a ciência do lançamento ocorreu em 27/12/2011, a decadência circunscreve-se ao período de 01 a 11/2005 e 13/2005, devendo ser mantida a exclusão determinada pela DRJ.

Acerca da competência 12/2005, devemos observar que ao fisco só é dado o direito de agir no momento em que o sujeito passivo passa a ser inadimplente quanto ao recolhimento do tributo. Assim, considerando-se que no período lançado o prazo para recolhimento era o dia 2 do mês subsequente a ocorrência do fato gerador, para a competência 12/2005, somente se poderia considerar o contribuinte devedor após o dia 03 de janeiro de 2006, dia imediatamente posterior ao vencimento do tributo.

Assim, para essa competência (12/2005), o fisco somente poderia efetuar o lançamento após o terceiro dia do mês de janeiro de 2006 e, por conseguinte, o prazo decadencial tem como *dies a quo*, pela regra do inciso I do art 173 do CTN, o primeiro dia do ano de 2007, que é o exercício subsequente aquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

De se concluir que para a competência 12/2005 o prazo decadencial somente se esgotou em 31/12/2011, ou seja, cinco anos após 01/01/2007, que é primeiro dia do exercício seguinte aquele em que o fisco poderia efetuar o lançamento.

Afaste-se a pretensão da recorrente quanto à decadência.

Suposto desrespeito ao ADE n.º 98

O Ato Declaratório Executivo DRF/MGA n.º 98, de 5 de novembro de 2010 (fls. 2178), não tem vinculação direta com o lançamento que se discute. É que o mencionado ato declarou suspensa a imunidade tributária da Fundação Hospitalar de Saúde de Cianorte, nos anos-calendário de 2005 a 2008, com lastro no art. 32, § 3º, da Lei n.º 9.430, de 1996, ou seja, tem por objeto a imunidade de que trata a alínea "c" do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal (Lei n.º 9.430, de 1996, art. 32, § 1º), qual seja a imunidade relativa a impostos.

Logo, o Ato Declaratório Executivo DRF/MGA n.º 98, de 2010, não tem interferência no AI lavrado para exigência de contribuições aos terceiros, tendo a fiscalização observado o regramento legal específico aplicável ao caso concreto (Art. 55 da Lei n.º 8.212/1991, art. 32 da Lei n.º 12.101/2009 e art. 45 Decreto n.º 7.237, de 2010).

Não se deve, portanto, acatar os argumentos do sujeito passivo de que teria havido desrespeito ao ADE n.º 98.

Do período do lançamento

Argumenta os recorrentes que a partir de 01/01/2009 a FHISA teria readquirido o direito à imunidade, por esse motivo não poderiam ser lançadas as competências do exercício de 2009.

Esse argumento também não merece sucesso, eis que o lançamento das contribuições para outras entidades ou fundos abrange o período de 01/2005 a 13/2008.

Aplicação da decisão do STF na ADI n.º 1802-3

Alegam os recorrentes que decisão cautelar do STF na ADI n.º 1802-3 impediria o lançamento, posto que aplicável aos dispositivos utilizados pelo fisco para fundamentar a lavratura.

Essa assertiva não corresponde à realidade. Na verdade, os dispositivos ali afetados foram os § 1.º, alínea "f" do § 2.º, ambos do art. 12 da Lei n.º 9.532/1997, além do art. 14 da mesma Lei.

Ocorre que a fundamentação para o lançamento foi o descumprimento dos incisos IV e V do revogado art. 55 da Lei n.º 8.212/1991, o qual regulava a imunidade das contribuições sociais no período do lançamento. Eis os dispositivos:

Art. 55. Fica isenta das contribuições de que tratam os arts. 22 e 23 desta Lei a entidade beneficente de assistência social que atenda aos seguintes requisitos cumulativamente:

(...)

IV - não percebam seus diretores, conselheiros, sócios, instituidores ou benfeitores, remuneração e não usufruam vantagens ou benefícios a qualquer título;

V - aplique integralmente o eventual resultado operacional na manutenção e desenvolvimento de seus objetivos institucionais apresentando, anualmente ao órgão do INSS competente, relatório circunstanciado de suas atividades.

(...)

O fisco demonstrou a contento que esses requisitos foram descumpridos pela autuada, não tendo os recorrentes apresentado nenhum argumento para afastar as conclusões da autoridade lançadora acerca do atropelo aos mencionados dispositivos.

Assim, no mérito, entendo que devem prevalecer as acusações fiscais, posto que os argumentos recursais não foram suficientes para afastar às conclusões da DRJ sobre a contenda.

Conclusão

Voto por não reconhecer a legitimidade da empresa Pletsch & Nabhan Ltda para recorrer, por afastar a decadência pleiteada e, no mérito, por negar provimento ao recurso.

Kleber Ferreira de Araújo.