



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

Processo nº 12898.000163/2008-80
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2401-002.976 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de abril de 2013
Matéria DIFERENÇA DE CONTRIBUIÇÕES
Recorrente SOCIEDADE DE ENSINO SUPERIOR ESTÁCIO DE SÁ LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2003 a 31/12/2005

AUTO DE INFRAÇÃO - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - DIFERENÇA DE CONTRIBUIÇÕES - INDENIZAÇÕES TRABALHISTA - NÃO APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS - DESENQUADRAMENTO DA CONDIÇÃO DE ENTIDADE ISENTA - ERRO NA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL DO LANÇAMENTO - ASPECTO TEMPORAL - CERCEAMENTO DE DEFESA.

Os aspectos procedimentais a serem observados durante a lavratura do auto de infração são os descritos na norma em vigor no momento de constituição do crédito. A MP 446/2008, autoriza a constituição de crédito em relação a entidade filantrópica que à época da ocorrência dos fatos geradores enquadrava-se nessa condição sem a necessidade de emissão de Informação fiscal para cancelar a referida isenção.

A legislação a ser observada para determinar se a entidade cumpria os requisitos para o pleno direito ao gozo da isenção em relação a contribuições previdenciárias é a da época da ocorrência dos fatos geradores, não sendo aplicável, quanto ao cumprimento do requisitos legislação posterior. Os requisitos da MP 446, previstos no art. 28, valeriam em relação aos fatos geradores ocorridos durante a sua vigência.

A ausência de fundamentação com base no art. 55 da lei 8212/91, implica nulidade do lançamento, por erro na fundamentação legal.

ERRO NA INDICAÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL DO LANÇAMENTO - DESCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS DA LEI 8212/91 - ENTIDADE ISENTA - ASPECTO TEMPORAL - VÍCIO FORMAL.

A formalização do auto de infração tem como elementos os previstos no art. 10 do Decreto nº 70.235. O erro, a depender do grau, em qualquer dos elementos pode acarretar a nulidade do ato por vício formal. Entre os

elementos obrigatórios no auto de infração consta a fundamentação do lançamento (art. 10, inciso IV do Decreto n.º 70.235). A fundamentação legal indevida implica nulidade do lançamento.

Processo Anulado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por maioria de votos, declarar a nulidade por vício formal. Vencido o conselheiro Elias Sampaio Freire, que não anulava o lançamento e o conselheiro Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, que declarava a nulidade por vício material.

Elias Sampaio Freire - Presidente

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira - Relatora

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Elias Sampaio Freire, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Kleber Ferreira de Araújo, Igor Araújo Soares, Marcelo Freitas de Souza Costa e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

O presente Auto de Infração de obrigação principal, lavrado sob o n. 37.205.914-7, em desfavor da recorrente, tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social, parcela destinada a terceiros, incidente sobre os valores lançados sob o título da Conta Isrs: 411.01.07 e 421.01.07 - "Indenizações Trabalhistas", nos exercícios de 2003 e 2004, Conta Nº 410.10.10008 — "Acordo Judicial Trabalhista — Docente" e Conta Nº 420.10.10008 — "Acordos Judiciais Trabalhistas — Administrativos", aos segurados empregados que lhe prestaram serviços no período de 01/2003 a 12/2005.

Conforme descrito no relatório fiscal, fl. 87 a 101, o Contribuinte, no início dos trabalhos de Fiscalização, foi intimado em 13/05/2008, com a emissão do Termo de Início da Ação Fiscal — TIAF, a apresentar a documentação que ensejou, os lançamentos contábeis efetuados na contas acima mencionadas tais como: processos trabalhistas, inicial, sentença/acordo, GPS - Guias da Previdência Social e Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social- GFIP's.DA CONDIÇÃO DE ENTIDADE BENEFICENTE.

Antecedendo A emissão do segundo Termo de Intimado Fiscal fiscal com referência ao tema específico, que ocorreu em 23/09/2008, no sentido de não retardar ainda mais a análise de toda documentação a ser compulsada, logo após fazer os primeiros exames na contabilidade do Contribuinte, entreguei, por duas vezes, planilha no formato Excel contendo dos os lançamentos a serem analisados, ao Dr. Gustavo Valente Bittencourt, pessoa até então, segundo o próprio, designada a atender As solicitações desse Auditor Fiscal no que concerne aos trabalhos da fiscalização em curso.

Com a finalidade de serem prestadas as informações necessárias e indispensáveis à conclusão dos • procedimentos fiscais e tendo em vista que nenhum documento fora apresentado com relação ao solicitado, emiti os Termos de Intimação de Isrs: 03, de 09/10/2008; 04, de 11/11/2008; 05, de 27/11/2008 e 06, de 09/12/2008; sem, no entanto, obter qualquer êxito quanto ao atendimento das intimações.

Tendo em vista a tentativa do Contribuinte, face a sua omissão, em não permitir a Fiscalização de chegar aos valores das bases de cálculos das contribuições devidas pela Sociedade de Ensino Superior Estácio de Sá Ltda., ao FPAS — Fundo de Previdência e Assistência Social e ao Financiamento dos Benefícios Concedidos em Rua() do Grau de Incidência de Incapacidade Laborativa Decorrentes dos Riscos Ambientais do Trabalho, em razão, como mais adiante ilustrado, de não preencher os requisitos legais de entidade beneficente de fins filantrópicos. Para chegar ao valor da contribuição devida utilizou-se a prerrogativa legal de proceder a constituição do crédito fiscal pelo método da aferição indireta, com fulcro do disposto pela Lei nº 8.212/91, Artigo 33, §§ , com nova redação dada pela Medida Provisória Nº 449, de 03 de dezembro de 2008, *in verbis*:

Quanto ao enquadramento na condição de entidade beneficente, descreveu a autoridade fiscal, diversos fundamentos para o lançamento realizado. Senão vejamos:

A Sociedade de Ensino_ Superior Estacio de Sá Ltda., enquanto entidade dita beneficente, não satisfaz os requisitos ao Decreto nº 2.536/98; por não realizar os objetivos traçados pela Lei Orgânica da Assistência Social -,--nº- 8.742/93,- em seu artigo 2º, incisos de I a V e parágrafo único, bem como na Constituição Federal em seu artigo 203, incisos de I a V. Trata-se de empresa comercial, prestadora de serviço na área da educação superior, onerosa, que não comprova realizar atendimento de caráter social, dirigido à comunidade, especialmente a pessoas carentes.

A Autuada travestida de uma roupagem ilusória, nua de conteúdo e fora da realidade fiscal, no que concerne às suas pretensões de enquadrar-se como entidade beneficente de caráter filantrópico, não comprova a aplicação de pelo menos 20% da receita bruta proveniente da venda de serviços e de bens não integrante do ativo imobilizado, em gratuidade; pois nos percentuais apresentados para satisfazer a sua pretensa condição de entidade filantrópica, estão contabilizados valores de bolsas de estudos parciais, concedidos a título de descontos, em verdadeira concorrência de mercado, e que juntamente com os valores das bolsas de estudo, prestadas compulsoriamente em razão de Convenção Coletiva de Trabalho, aos seus funcionários e dependentes desses, não satisfaz o percentual mínimo exigido por lei, tudo conforme mais adiante demonstrado.

Ainda, quanto ao seu não enquadramento como entidade beneficente de fins filantrópicos, importante enfatizar que a Sociedade de Ensino Superior Estácio de Sá Ltda., sob o manto da filantropia e usufruindo das benesses da imunidade tributária fiscal, buscou o acúmulo de capital constituindo patrimônio de sociedades com fins - lucrativos, notadamente valorizando seu Ativo Permanente Imobilizado, com a aquisição de diversos imóveis, conforme amplamente demonstrado no capítulo "DO PATRIMÔNIO DA SOCIEDADE DE ENSINO SUPERIOR ESTACIO DE SA LTDA, notadamente no item "Relação de Imóveis de Propriedade da Sociedade de Ensino Superior Estácio de Sá Ltda.", deste relatório, e que ao término de suas atividades como entidade beneficente, vertendo esse patrimônio, veio a compor a pessoa jurídica Estácio Participações S/A, empresa de capital aberto com ações na Bolsa de Valores, atrelado estando com a criação dessa nova pessoa jurídica, não atendendo, dessa forma, aos pressupostos dos Incisos IX e X, do Artigo 3º, do Decreto nº 2.536/98, a seguir transcritos, contrariando também o artigo 26 do seu estatuto, tudo a vista dos elementos trazidos a colação neste Relatório Fiscal Inicial, peça inaugural do procedimento fiscal na lavratura do presente Auto de Infração:

"Art. 32 Faz jus ao Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social a entidade beneficente de assistência social que demonstre, cumulativamente:

IX - destinar, em seus atos constitutivos, em caso de dissolução ou extinção, o eventual patrimônio remanescente a entidades congêneres registradas no CNAS ou a entidade pública;

X - não constituir patrimônio de indivíduo ou de sociedade sem caráter beneficente de assistência social. (grifei)

"Estatuto da Sociedade de Ensino Superior Estácio de Sá.

Artigo 26— No caso da Assembleia Geral decidir pela extinção ou dissolução, o patrimônio da Sociedade será destinado a uma entidade congênere de idênticas finalidades. (grifei)

6) A Sociedade de Ensino Superior Estácio de Sá Ltda. funcionou até a data de 09/02/2007 sob o manto das benesses filantrópicas, sendo que, conforme contrato social arquivado na JUCERJA — Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro sob o Nº 33.2.0783899-0, na mencionada data, transformou-se em entidade com fins lucrativos, ou seja, em empresa privada com fins lucrativos.

Faz-se mister citar a criação da pessoa jurídica denominada Estácio de Sá Participações S/A, já mencionada, constituída na mesma época, ou seja, em 31/03/2007, cujo estatuto está arquivado na JUCERJA — Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro sob o Nº 33.3.0028205-0.

DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

Para evidenciar a co-responsabilidade das pessoas: física e jurídica, arroladas ao procedimento fiscal, demonstrado está, por via de seus atos constitutivos, que a composição dos quadros societários das citadas pessoas jurídicas, ou seja, da Sociedade de Ensino Superior Estácio de Sá • Ltda. e da Estácio de Sá Participações S/A, são empresas que integram o grupo econômico e de pessoas com interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal:

(8.1) CONTRATO SOCIAL DA SOCIEDADE DE ENSINO SUPERIOR ESTACO DE SA LTDA.

Do Capital Social — Cláusula IV. "O capital social é de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), dividido em 5.000 (cinco mil) quotas no valor nominal de R\$ 1,00 (um real) cada uma, totalmente integralizada em moeda corrente nacional, estando ditas quotas distribuídas entre os sócios: JOAO UCH6A CAVALCANTI NETTO, 4.850 (quatro mil, oitocentos e cinqüenta) quotas no valor de R\$ 4.850,00 (quarto mil, oitocentos e cinqüenta reais); MARCEL CLEÓFAS UCH6A CAVALCANTI, 50 (cinqüenta) quotas no valor de R\$ 50,00 (cinqüenta reais), ANDRÉ CLE6FAS UCH6A CAVALCANTI, 50 (cinqüenta) quotas no valor de R\$ 50,00 (cinqüenta reais) e MONIQUE UCHÔA CAVALCANTI DE VASCONCELOS, 50%(cinqüenta) quotas no valor de R\$ 50,00 (cinqüenta reais).

(8.2) DO ESTATUTO SOCIAL DA ESTACIO DE SA PARTICIPAÇÕES S/A — Deliberações: "O presidente da mesa deu inicio aos trabalhos e, seguindo a ordem do dia, os presentes deliberam, por unanimidade:

I) Constituir a Estácio Participações S/A., fixando o capital social da companhia em R\$ 1.000,00 (um mil reais), dividido em 1000 (um mil) ações ordinárias, todas nominativas, escriturais

em valor nominal, as quais foram integralmente subscritas e integralizadas em moeda nacional. Após o preenchimento do Boletim de Subscrição, verificou-se que (A) João Uchôa Cavalcanti Netto, acima qualificado, subscreveu 997 (novecentos e noventa e sete) ações ordinárias, por um preço total de R\$ 997,00 (novecentos e noventa e sete reais), e integralizou 100% (cem por cento) desse total; (B)

Marcel Cleófas Uchôa Cavalcanti, acima qualificado, subscreveu 01 (uma) ação ordinária, por um preço de R\$ 1,00 (um real), e integralizou 100% (cem por cento) desse total; (C) André Cleófas Uchôa Cavalcanti, acima qualificado, subscreveu 01 (uma) ação ordinária, por um preço de R\$ 1,00 (um real), e integralizou 100% (cem por cento) desse total; e (D) Monique Uchôa Cavalcanti de Vasconcelos, acima qualificada, subscreveu 01 (uma) ação ordinária, por um preço de R\$ 1,00 (um real), e integralizou 100% (cem por cento) desse total.

II) Aprovar, sem qualquer ressalva, o Estatuto da Companhia,

9) Como restou provado o quadro societário das duas pessoas jurídicas, quando de sua criação, é composto pelos mesmos sócios e na mesma proporcionalidade de participação no capital social em ambas as empresas.

10) Quanto A abrangência da conceituação de solidariedade, à luz da boa doutrina e da jurisprudência pátria, é relevante ainda esclarecer, que os conceitos contidos no inciso IX do Art. 30 da Lei nº 8.212/91 e artigo 124 do CTN Lei nº 5.172/66, abaixo transcritos, visa dar segurança jurídica para o cumprimento de seu mister nos casos de distorções da realidade econômica, tendo o Estado adotado mecanismos para coibir as hipóteses de simulação ou dissimulação dos negócios econômicos e/ou jurídicos, entre os quais, destacamos o instituto da solidariedade no grupo econômico, "in verbis".

• Lei Nº 8.212/91.

"Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas A Seguridade Social obedecem às normas, observado o disposto em regulamento:

IX — as empresas que integram o grupo econômico de qualquer natureza respondem entre, si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes desta lei;"

Lei nº 5.172, de 25/10/66.

"Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I — as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

— as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem."

QUANTO A GRATUIDADE

Documento assinado digitalmente em 08/08/2001

Autenticado digitalmente em 15/07/2013 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 05/08/2013 por ELIAS SAMPAIO FREIRE, Assinado digitalmente em 15/07/2013 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA

Impresso em 09/08/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Preliminarmente, quanto ao tema não gratuidade, necessário faz-se observar os demonstrativos reproduzidos nos subitens: 11.1 a 11.3, elaborados a partir da análise dos Relatórios Anual de • Bolsistas da Sociedade de Ensino Superior Estácio de Sá Ltda., que em confronto com os valores apurados na Ação Fiscal, fica cabalmente comprovado que os índices, erradamente apresentados pela Autuada, quanto As suas pretensões de enquadrar-se como entidade beneficente de caráter filantrópico, são irreais e desprovidos de qualquer embasamento legal pertinente ao tema em questão. Importante ressaltar que em virtude do não atendimento em tempo hábil, apesar das solicitações verbais e do Termo de Intimgdo Fiscal específico emitido, em fornecer os Relatórios Anuais de Bolsistas, inviabilizou inserir nos demonstrativos abaixo os valores correspondentes As bolsas de estudos, integrais e parciais, fornecidas aos dependentes dos funcionários o due, seguramente, seria mais um fator desfavorável à Autuada.

Elaborou a autoridade fiscal planilhas, demonstrando para os respectivos anos, quais os percentuais de gratuidade que realmente se enquadram dentro dos ditames legais, constatando, que a empresa emprega percentual de gratuidade abaixo do estabelecido em lei, conforme descrito no próprio relatório e a seguir transcrito:

No que concerne As bolsas de estudos concedidas aos seus funcionários a Sociedade de Ensino Superior Estácio de Sá Ltda. o faz compulsoriamente em atenção ao estabelecido pelas convenções coletivas de trabalho firmadas com os respectivos sindicatos das categorias profissionais, ou seja:

- *Sindicato dos Professores do Município do Rio de Janeiro e Região e Sindicato das Mantenedoras de Instituições de Ensino Superior do Estado do Rio de Janeiro em sua cláusula CI.26 — Gratuidade de Ensino:*

"Nos cursos de graduação continuará a ser assegurado aos professores gratuidade de ensino, total o parcial, para ele próprio e seus dependentes. A partir de 01/01/2000, sem prejuízo para os beneficiários que já gozavam da gratuidade total ou parcial, na forma da Convenção Coletiva de 1/4/1998, serão observadas as seguintes regras:"

- *Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino do Rio de Janeiro e Sindicato dos Auxiliares de Administração Escolar do Estado do Rio de Janeiro em sua cláusula 6a:*

"Manutenção ao direito de gratuidade de matrícula e ensino ao empregado, a partir do fim do período de experiência, ou um dependente para cada dois anos de serviços efetivos ao empregador, durante a manutenção do contrato de trabalho e na hipótese de ocorrer demissão sell preservado o direito até o final do semestre."

- 13) *A Sociedade de Ensino Superior Estácio de Sá Ltda., como é notório, enquanto se denominava "entidade beneficente de caráter filantrópico", adotou uma política — agressiva- de*

mercado concedendo expressiva redução em suas mensalidades a servidores de diversos órgãos públicos e empregados de empresas estatais; conferia também redução de 50% (cinquenta por cento) nas mensalidades daqueles alunos que ao ingressarem na faculdade, já possuísem curso superior, ou seja, que estavam concluindo seu segundo ou mais curso de nível superior.

14) Quanto As bolsas concedidas por força de Convenção Coletiva de Trabalho, é evidente, que não podem figurar como gratuidade por não estarem contemplando o público alvo da assistência social, cujo objetivo é atender aos grupos mais fragilizados da população como a crianças, adolescentes, velhos e deficientes. Ainda, com relação à concessão de bolsas parciais a lógica é a mesma, não se pode considerar pessoas que almejam uma graduação em nível superior e muito menos uma segunda graduação em cursos universitários, por mais meritório que seja, como carentes até porque, cairíamos no ridículo de considerar todos aqueles contemplados com alguma forma de bolsa de estudo como carentes.

15) Necessário se faz atentarmos para o fato de que o comando legal considera como aplicação em gratuidade os serviços, prestações ou benefícios de assistência sociais beneficentes concedidos "a quem dela necessitar" (artigo. 203, CF/88) para o atendimento de suas "necessidades básicas" (artigo. 1º, Lei 8.742/93); bem como não se enquadram nesse conceito os serviços, prestações ou benefícios conferidos a todos indistintamente, os que não se destinam a suprir uma necessidade básica do cidadão e os que têm por finalidade qualificar funcionários ou conceder-lhes benefícios trabalhistas em razão de Convenções Coletivas de Trabalho.

Cobra relevo, que os percentuais estabelecidos para o fim de se verificar o cumprimento da exigência estabelecida nos artigos 2º, inciso IV, do Decreto nº 752, de 1993, e 3º, inciso VI, do Decreto nº 2.536, de 1998, não podem ser conjugados, não sendo lícito compor os limites do percentual de 20% de aplicação em gratuidade com parcelas de descontos e reduções das mais diversas formas sob o rótulo de "gratuidade" estando, tais parcelas longe de se amoldarem ao conceito de aplicação em gratuidade para fins beneficentes, conforme— e disciplinam os pressupostos reguladores. Isto posto, restou provado que Sociedade de Ensino Superior Estácio de Sá não comprovou a aplicação do percentual de 20% (vinte por cento) da receita bruta proveniente da venda de serviços e de bens não integrantes do ativo imobilizado.

• 17) Por fim, quanto ao tema não gratuidade, se uma instituição se reveste de tal qualidade, mas na verdade busca a acumulação de riquezas em benefício de um ou de alguns, cabe ao Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, através do devido processo legal, in Casu, onde é assegurado o direito constitucional da ampla defesa, rever o enquadramento da imunidade/isenção, analisando como no caso presente, se os requisitos constantes da Lei estão sendo ou não observados.

DESTAQUE PARA OS IMÓVEIS ALIENADOS APÓS A
TRANSFORMAÇÃO DA ENTIDADE EM EMPRESA COM FINS LUCRATIVOS.

21) Conforme já assinalado nos itens: III, V e XIII, a alienação por parte da Sociedade de Ensino Superior Estácio de Sá Ltda., dos imóveis remanescentes do seu patrimônio, a seguir elencados, mais uma vez demonstra-se de forma cabal ao não atendimento ao dispositivo legal atinente matéria, consoante arrazoadado exarado no item 5 (cinco) deste Relatório Fiscal.

Por derradeiro, antecipando a demonstração do crédito fiscal constituído, cabe relatar que a contabilidade do Contribuinte, nas contas n: 411.03.10 e 421.03.10 — Aluguéis e Condomínios revelam expressivo valor pago a João Uchiia Cavalcanti Netto, presidente da entidade, que uma vez comprovado a origem de tais pagamentos na forma lançada, em nada altera o procedimento fiscal em curso. Ocorre que, depois de reiteradas solicitações verbais, culminando com a emissão do Termo de Intimção Fiscal, solicitando a exibição dos elementos que deram origem a tais lançamentos contábeis, nenhum documento foi apresentado para tal comprovação, dando origem ao lançamento do crédito fiscal a título de pró-labore, lançado A cota do Auto de Infração de Nº 37.205.923-6 e nº 37.205.924-4, com fulcro no disposto no artigo 33, §§ 2º e 3º, da Lei 8.212/91, e que uma vez não sendo apresentada nenhuma prova em contrário, estará mais uma vez, além das provas já trazidas à colação nos itens e subitens anteriores, descaracteriza a condição de entidade filantrópica da ora Autuada por transgressão, dessa vez, ao disposto pelo artigo 3º, inciso VIII, do Decreto nº 2.536/98.

DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

Para evidenciar a co-responsabilidade das pessoas: física e jurídica, arroladas ao procedimento fiscal, demonstrado está, por via de seus atos constitutivos, que a composição dos quadros societários das citadas pessoas jurídicas, ou seja, da Sociedade de Ensino Superior Estácio de Sá • Ltda. e da Estácio de Sá Participações S/A, são empresas que integram o grupo econômico e de pessoas com interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal.

Importante, destacar que a lavratura do AI deu-se em 23/12/2008, tendo a cientificação ao sujeito passivo ocorrido no mesmo dia 23/12/2008.

Não conformada com a autuação a recorrente apresentou impugnação, fls. 133 a 210.

O processo foi baixado em diligência, fl. 1139 a 1141 (Volume 06), considerando as alegações do recorrente, em especial destacou a autoridade julgadora: “por força do princípio do contraditório e da ampla defesa (art.5º, LV da CF/88), proponho, com fundamento no artigo 11 da Portaria RFB nº 10.875, de 16 de agosto de 2007, o retomo dos autos à DEFIS — Delegacia de Fiscalização da Receita Federal do Brasil no Rio de Janeiro a fim de que a autoridade lançadora elabore relatório fiscal complementar indicando, com base

na situação fática colhida durante a ação fiscal, quais os requisitos, dentre os elencados nos incisos I a XII do art. 28 da Medida Provisória nº 446, ensejaram o lançamento direto das contribuições patronais, utilizando a regra do art. 31 da mesma MP.”

6. *De acordo com o disposto no § 7º do art. 195 da Constituição Federal, "são isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam As exigências estabelecidas em lei".*

7. *As exigências as quais o dispositivo constitucional acima citado faz referência eram as previstas no art. 55 da Lei nº 8.212/91.*

8. *Conforme destaca o contribuinte em sua peça impugnatória, o § 8 do art.*

206, do Regulamento da Previdência Social, traz a regra de elaboração prévia de informação fiscal para os casos de descumprimento do art. 55 da citada Lei, com vistas ao cancelamento da isenção, para que se apure créditos contemplando a cota patronal prevista no art. 22 da mesma lei.

9. *Contudo, esta sistemática formada pelos ditames da lei 8.212/91 conjugada com o Regulamento, foi revogada pela Medida Provisória nº 446, de 7 de novembro de 2008. A recente Medida Provisória dispôs sobre os novos requisitos para a certificação das entidades beneficentes de assistência social, regulando também a nova sistemática de isenção de contribuições para a Seguridade Social.*

10. *Em 10/02/2009, a Câmara dos Deputados rejeitou a MP nº 446/08.*

Com a rejeição do ato, o art. 55 da Lei nº 8.212/91 teve sua eficácia restabelecida.

Um decreto legislativo deveria regular as relações jurídicas decorrentes da MP rejeitada, conforme prevê a Constituição Federal, art. 62, § 3º. Não editado o decreto legislativo até sessenta dias após a rejeição da medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas, ainda de acordo com a Carta Magna, art. 62, § 11.

11. *Da ordem cronológica descrita acima, podemos situar o auto de infração em tela no período de vigência da Medida Provisória nº 446 e, por conseguinte, admitir-se-á a validade do lançamento realizado sem o prévio procedimento descrito no § 8 do art. 206, do Regulamento da Previdência Social, por força do então vigente art. 31 da Medida Provisória nº 446.*

12. *Ocorre que, mesmo que se possa depreender do lançamento a utilização da regra processual descrita no art. 31 da referida MP, tal dispositivo não foi invocado no relatório fiscal. Ademais, a análise & fleia contemplada pelo*

autuante em seu relatório visa claramente a desconconsideração da autuada como entidade beneficente de fins filantrópicos com base nos requisitos da Lei 8.742/93, em seu artigo 2º incisos I a IV e do Decreto 2.536/98.

13. Desta forma, por força do princípio do contraditório e da ampla defesa (art.5º, LV da CF/88), proponho, com fundamento no artigo 11 da Portaria RFB nº 10.875, de 16 de agosto de 2007, o retomo dos autos à DEFIS — Delegacia de Fiscalização da Receita Federal do Brasil no Rio de Janeiro a fim de que a autoridade lançadora elabore relatório fiscal complementar indicando, com base na situação fática colhida durante a ação fiscal, quais os requisitos, dentre os elencados nos incisos I a XII do art. 28 da Medida Provisória nº 446, ensejaram o lançamento direto das contribuições patronais, utilizando a regra do art. 31 da mesma MP.

14. Importa ainda ressaltar que deve ser promovida a intimação do interessado do inteiro teor do relatório, das provas ou fatos que, em decorrência da diligência ora determinada venham a ser trazidos aos autos, conforme previsto no art. 23 e parágrafos do Decreto 70.235/72, concedendo-lhe, expressamente, reabertura de prazo para defesa, salientando que o procedimento de envio da Informação Fiscal ao contribuinte suprirá a falta de fundamentação legal do lançamento que porventura tenha sido embasado na referida medida provisória.

15. A comprovação de recebimento no endereço da empresa ou de qualquer de seus sócios, ou, frustrados esses meios, através de edital, deverá ser acostada aos autos do presente processo administrativo, antes de sua devolução a esta Delegacia de Julgamento.

A autoridade fiscal elaborou informação fiscal, reforçando que as situações descritas no relatório fiscal são suficientes para fundamentar o lançamento fiscal, fls. 1143 a 1147.

*Preliminarmente, cabe ressaltar que a Empresa SOCIEDADE DE ENSINO SUPERIOR ESTACIO DE SA **LTDA**, conforme fiz constar do Relatório Fiscal Inicial, item a seguir reproduzido, é pessoa jurídica com fins lucrativos desde a data de **09/02/2007**. Portanto, descabida é qualquer alusão à fatídica Medida Provisória nº 446, de 7 de novembro de 2008, rejeitada em 10 de fevereiro de 2009, que durante a sua curta vigência dispôs sobre a certificação das entidades beneficentes de assistência social, regulando os procedimentos de isenção de contribuições para a seguridade social. Tema não acolhe as pretensões da Autuada por ser a mesma A época de vigência da medida provisória uma empresa de responsabilidade limitada com fins lucrativos.*

"10) A Sociedade de Ensino Superior Estacio de Sá Ltda. funcionou até a data de 09/02/2007 sob o manto das benesses filantrópicas, sendo que, conforme contrato social arquivado na JUCERJA — Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro sob o N° 33.2.0783899-0, na mencionada data, transformou-se em entidade com fins lucrativos, ou seja, em empresa privada com fins lucrativos."

2) O relatado acima, que por si só, sepulta qualquer questionamento quanto A matéria trata na citada medida provisória, visto que A época da autuação a SOCIEDADE DE ENSINO SUPERIOR ESTACIO DE SA LTDA, empresa com fins lucrativos desde 09/02/2007, já estava fora do alcance da tutela do mencionado dispositivo legal, em seu curtíssimo período de existência jurídica.

3) Além do mais, o Relatório Fiscal Inicial, peça inaugural do procedimento da autuação fiscal, é rico em detalhes quanto ao não enquadramento da citada empresa como entidade de fins filantrópico nos moldes da legislação vigente A época do fato, fartamente fundamentado no teor do mencionado relatório.

4) Porém, em que pese A inaplicabilidade da Medida Provisória n° 446, por tudo que dos autos fiz constar, notadamente no item 10 (dez) do Relatório Fiscal Inicial, como forma de prestigiar a Respeitável Resolução atendendo sua solicitação, transcreverei a seguir os requisitos, dentre os elencados nos incisos I a XII do artigo 28 da citada medida provisória, não observada pela Autuada na infrutífera tentativa de obter As benesses filantrópicas.

I - seja constituída como pessoa jurídica nos termos do caput do art. 1º;

Resposta => Item 10 (dez) do Relatório Fiscal Inicial.

"10) A Sociedade de Ensino Superior Estacio de Sá Ltda. funcionou até a data de 09/02/2007 sob o manto das benesses filantrópicas, sendo que, conforme contrato social arquivado na JUCERJA — Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro sob o N° 33.2.0783899-0, na mencionada data, transformou-se em entidade com fins lucrativos, ou seja, em empresa privada com fins lucrativos."

II - não percebam, seus diretores, conselheiros, sócios, instituidores ou benfeitores, remuneração, vantagens ou benefícios, direta ou indiretamente, por qualquer forma ou título, em razão das competências, funções ou atividades que lhes sejam atribuídas pelos respectivos atos constitutivos;

Resposta => Não foi constatada nenhuma remuneração direta paga à diretoria. No entanto cabe a ressalva do item 24 (vinte e quatro) do relatório fiscal na lavratura dos Autos de Infração 37.205.923-6 e 37.205.924-4, arrolando contribuição a título de pró-labore:

"24) Por derradeiro, antecipando a demonstração do crédito fiscal constituído, cabe relatar que a contabilidade do Contribuinte, nas contas n.ºs: 411.03.10 e 421.03.10 – Aluguéis e

Condomínios revelam expressivo valor pago a João Uchija Cavalcanti Netto, presidente da entidade, que uma vez comprovado a origem de tais pagamentos na forma lançada, em nada altera o procedimento fiscal em curso. Ocorre que, depois de reiteradas solicitações verbais, culminando com a emissão do Termo de Intimação Fiscal, solicitando a exibição dos elementos que deram origem a tais lançamentos contábeis, nenhum documento foi apresentado para tal comprovação, dando origem ao lançamento • do crédito fiscal a título de pró-labore, lançado à cota do Auto de Infração de Nº 37.205.923-6 e nº 37.205.924-4, com fulcro no disposto no artigo 33, §§ 2º e 30, da Lei 8.212/91, e que uma vez sendo apresentada nenhuma prova em contrário, estará mais uma vez, além das provas já trazidas h colação nos itens e subitens anteriores, descaracteriza a condição de entidade filantrópica da ora Autuada por transgressão, dessa vez, ao disposto pelo artigo 3º, inciso VIII, do Decreto nº 2.536/98."

III - aplique suas rendas, seus recursos e eventual superávit integralmente no território nacional, na manutenção e desenvolvimento de seus objetivos institucionais;

Resposta => Item 15 e subitens do Relatório Fiscal Inicial.

"15) Preliminarmente, quanto ao tema não gratuidade, necessário faz-se observar os demonstrativos reproduzidos nos subitens: 15.1 a 15.3, elaborados a partir da análise dos Relatórios Anual de Bolsistas da Sociedade de Ensino Superior Estácio de Sá Ltda., que em confronto com os valores apurados na Ação Fiscal, fica cabalmente comprovado que os índices, erradamente apresentados pela Autuada, quanto às suas pretensões de enquadrar-se como entidade beneficente de caráter filantrópico, são irreais e desprovidos de qualquer embasamento legal pertinente ao tema em questão.

Importante ressaltar que em virtude do não atendimento em tempo hábil, apesar das solicitações verbais e do Termo de Intimação Fiscal específico emitido, em fornecer os Relatórios Anuais de Bolsistas, inviabilizou inserir nos demonstrativos abaixo os valores correspondentes às bolsas de estudos, integrais e parciais, fornecidas aos dependentes dos funcionários o que, seguramente, seria mais um fator desfavorável à Autuada."

(...)

IV - preveja, em seus atos constitutivos, em caso de dissolução ou extinção, a destinação do eventual patrimônio remanescente a entidades sem fins lucrativos congêneres ou a entidades públicas;

Resposta => Item 9 (nove) do Relatório Fiscal Inicial.

"9) Ainda, quanto ao seu não enquadramento como entidade beneficente de fins filantrópicos, importante enfatizar que a Sociedade de Ensino Superior Estácio de Sá Ltda., sob o manto da filantropia e usufruindo as benesses da imunidade tributária

fiscal, buscou o acúmulo de capital constituindo patrimônio de sociedades com fins lucrativos, notadamente valorizando seu Ativo Permanente Imobilizado, com a aquisição de diversos imóveis, conforme amplamente demonstrado no capítulo "DO PATRIMÔNIO DA SOCIEDADE DE ENSINO SUPERIOR ESTÁCIO DE SA LTDA, notadamente no item "Relação de Imóveis de Propriedade da Sociedade de Ensino Superior Estácio de Sá Ltda.", deste relatório, e que ao término de suas atividades como entidade beneficente, vertendo esse patrimônio, veio a compor a pessoa jurídica Estácio Participações S/A, empresa de capital aberto com ações na Bolsa de Valores, atrelado estando com a criação dessa nova pessoa jurídica, não atendendo, dessa forma, aos pressupostos dos Incisos IX e X, do Artigo 3º, do Decreto nº 2.536/98, a seguir transcritos, contrariando também o artigo 26 do seu estatuto, tudo a vista dos elementos trazidos a coin -do neste Relatório Fiscal Inicial, peça inaugural do procedimento fiscal na lavratura do presente Auto de Infração:

"Art. 32 Faz jus ao Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social a entidade beneficente de assistência social que demonstre, cumulativamente:

IX - destinar, em seus atos constitutivos, em caso de dissolução ou extinção, o eventual patrimônio remanescente a entidades congêneres registradas no CNAS ou a entidade pública;

X - não constituir patrimônio de indivíduo ou de sociedade sem caráter beneficente de assistência social. (grifei)

"Estatuto da Sociedade de Ensino Superior Estficio de Sá.

Artigo 26 — No caso da Assembléia Geral decidir pela extinção ou dissolução, o patrimônio da Sociedade será destinado a uma entidade congênere de idênticas finalidades." (grifei)

V - não seja constituída com patrimônio individual ou de sociedade sem caráter beneficente;

Resposta => Item 10 (dez) do Relatório Fiscal Inicial.

"10) A Sociedade de Ensino Superior Estácio de Sá Ltda. funcionou até a data de 09/02/2007 sob o manto das benesses filantrópicas, sendo que, conforme contrato social arquivado na JUCERJA —Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro sob o Nº 33.2.0783899-0, na mencionada data, transformou-se em entidade com fins lucrativos, ou seja, em empresa privada com fins lucrativos."

VIII - não distribua resultados, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, sob qualquer forma ou pretexto;

Resposta => Conforme já relatado a Sociedade de Ensino Superior Estácio de Sá Ltda. a partir de 09/02/2007, conforme contrato social arquivado na JUCERJA — Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro sob o Nº 33.2.0783899-0, transformou-se em pessoa jurídica limitada, ou seja, em empresa privada com

fins lucrativos." logo, a distribuição de resultados é inerente a sua natureza jurídica.

X - conserve em boa ordem, pelo prazo de dez anos, contado da data da emissão, os documentos que comprovem a origem de suas receitas e a efetivação de suas despesas, bem como os atos ou operações realizados que venham a modificar sua situação patrimonial;

Resposta => Os anos calendários fiscalizados foram: 2003, 2004 e 2005 sendo lavrado o Auto de Infração DEBCAD Nº 37.205.928-7 por infração ao disposto pelo Inciso III, Artigo 32, da Lei Nº 8.212/91; ou seja, não prestou a esta Fiscalização todos os esclarecimentos e as informações cadastrais, financeiras e contábeis de interesse da mesma, na forma por ela estabelecida, uma vez que, embora devidamente intimada.

XI - cumpra as obrigações acessórias estabelecidas na legislação tributária; e Resposta => No curso da ação fiscal foi lavrado os Autos de Infrações: DEBCAD Nº 37.205.928-7 e DEBCAD Nº 37.205.929-5 por descumprimento de obrigações acessórias.

XIII - zele pelo cumprimento de outros requisitos, estabelecidos em lei, relacionados com o funcionamento das entidades a que se refere este artigo.

Resposta => Os itens: 8 (oito), 9 (nove), 10 (dez), 15 (quinze) e 20 (vinte), dentre outros, inseridos no Relatório Fiscal Inicial demonstram o não cumprimento dos requisitos atinentes as entidades beneficentes de caráter filantrópico.

5) Por derradeiro, no que concerne ao subitem 5.4 (cinco ponto quatro) e item 8 (oito) da presente Resolução, mesmo que se admitindo a aberração jurídica de considerar a Empresa SOCIEDADE DE ENSINO SUPERIOR ESTACIO DE SA LTDA., pessoa jurídica de direito privado com fins lucrativos, e por tudo que consta dos Autos, uma entidade beneficente de caráter filantrópico, mister se faz atentar para o teor do Acórdão do EResp Nº 572.603, do Superior Tribunal de Justiça, Relator Ministro Carlos Meira, publicado no DJ de 05/09/2005. E ainda, principalmente, quando se tem notícias da Ação Popular Nº 2007.71.07.006640-0 (RS), cujo objeto é a Anulação da Isenção/Imunidade de Contribuições da Seguridade Social, retroativo ao ano de 1995, da qual a ora Autuada integra seu pólo passivo.

• 6) A Consideração Superior com solicitação do retorno dos autos à 13 TURMA DA DRJ/RJ1, com trânsito pela EQCDP/DERAT/RJO.

Devidamente cientificado dos termos da diligência, manifestou-se o recorrente, fls. 1152 a 1256, alegando persistir a nulidade de fundamentação, posto não ter sido indicado o art. 31 da MP 446, destacando que a jurisprudência é pacífica no sentido que a falta

da indicação de dispositivo legal acarreta nulidade, pois implica cerceamento do direito de defesa.

Foi exarada a Decisão de Primeira Instância que confirmou a procedência parcial do lançamento, fls. 1632 a 1662, excluindo do polo passivo o devedor solidário e declarando a decadência parcial do crédito em relação ao período de 01/2003 a 11/2003, pela aplicação da regra do art. 150, § 4 do CTN.

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIARIAS
Período de apuração: 01/01/2003 a 31/12/2005 MEDIDA
PROVISÓRIA 446/2008. PROCEDIMENTO DE
CANCELAMENTO DE IMUNIDADE.
DESCUMPRIMENTO DE PRÉ-REQUISITOS.*

*Aplica-se a MP 446/2008 aos lançamentos efetuados sob a
sua vigência, no caso de regra que institua um novo
procedimento de fiscalização, in casu, previsto no artigo 31
da referida norma. Descumpridos os requisitos previstos
em lei para a manutenção do benefício, a autoridade fiscal
está autorizada a lançar o crédito tributário devido.*

*TRIBUTÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. PRAZO
DECADENCIAL.*

SÚMULA VINCULANTE Nº08 DO STF.

*Com a declaração de inconstitucionalidade do art. 45 da
Lei nº 8.212/91, o prazo decadencial das contribuições
previdenciárias passa a ser regido pelo Código Tributário
Nacional.*

*INCONSTITUCIONALIDADE - ILEGALIDADE Não é o
foro administrativo o apropriado para as discussões
relativas inconstitucionalidade ou ilegalidade dos
dispositivos legais utilizados nos lançamentos de crédito
tributário. Usurpação de função. Art. 109 da Constituição
Federal.*

*INDENIZAÇÕES TRABALHISTAS - ONUS DA PROVA do
contribuinte sob ação fiscal ou em sede de defesa o ônus de
comprovar, através de documentação idônea, a natureza
indenizatória de verbas rescisórias lançadas em sua escrita
contábil.*

*Impugnação Procedente em Parte Crédito Tributário
Mantido em Parte*

Não concordando com a decisão do órgão previdenciário, foi interposto recurso pela notificada, conforme fls. 1754 a 1868, contendo em síntese os mesmo argumentos da impugnação, senão vejamos:

1. Nulidade por não observância do devido processo legal;

2. Os Certificados de Entidade Beneficente de Assistência Social referentes ao período autuado continuam em pleno vigor, e a impugnante não foi desqualificada como entidade isenta;
3. A fim de demonstrar a continuidade da isenção originalmente concedida, ressalta que a suspensão da aplicabilidade do inciso III do art. 55 da Lei 8.212/91 prevaleceu até a revogação daquele dispositivo pela Medida Provisória 446/2008.
4. As condições para deferimento do CEBAS, que por sua vez é pré-requisito para a isenção das contribuições patronais, estão listados no Decreto 2.536/98, competindo ao CNAS, de acordo com aquele diploma legal, julgar a qualidade de entidade beneficente de assistência social;
5. Por essa razão, a Fiscalização da Receita Federal poderia, no máximo, representar ao CNAS o alegado descumprimento daquelas condições, não estando legitimada para proceder à presente autuação;
6. Os processos administrativos nº 44000.00807/2005-31 e 71010.001807/2003-30, instaurados com a interposição de recurso ao Ministro da Previdência Social pela Secretaria da Receita Previdenciária, não haviam sido julgados na data da autuação, tendo sido extintos pelo art. 38 da MP 446, de 07/11/2008.
7. De qualquer modo, o CEBAS concedido à impugnante em novembro de 2000, com validade para o triênio 2001/2003, nem mesmo poderia ser cancelado, ainda que instaurado procedimento próprio para essa finalidade, eis que vencido em novembro de 2005 o prazo decadencial estabelecido no art. 54 da Lei 9.784/99. Cita aresto da Primeira Seção do E. STJ em abono de sua tese;
8. Ainda que cancelados os CEBAS, far-se-ia necessário formalizar a desqualificação da isenção, mediante a instauração de procedimento específico, nos moldes previstos no § 8 do art. 206, do Regulamento da Previdência Social, a partir da emissão de informação fiscal. Somente após a apresentação de defesa ou decorrido o prazo para sua interposição, poderia a Receita Federal do Brasil, emitir, se fosse o caso, um Ato Cancelatório, e posteriormente, vir a lançar os valores considerados devidos;
9. Tal levantamento só poderia se reportar a fatos geradores com data posterior ao cancelamento da isenção, eis que, conforme excertos doutrinários e jurisprudenciais que aduna, os efeitos da revogação de ato administrativo se operam apenas para o futuro, restando intangíveis os praticados durante a sua vigência;
10. A MP 446/2008 pretendeu preservar as entidades As quais já se havia reconhecido o direito à isenção ou que haviam pleiteado esse reconhecimento, conforme se infere dos termos dos arts. 37 e 38 do referido diploma legal;
11. A fiscalização teria utilizado apenas juízo de valor para proceder ao cancelamento, sem embasamento objetivo. A autuação ocorreu antes do decurso de prazo para apresentação de documentos pela impugnante, assim, por estes motivos seria nulo o lançamento;
12. Argui a decadência de parte do período lançado suscitando a aplicação do artigo 150, § 4 do CTN para a contagem do prazo decadencial;

13. Quanto A questão da gratuidade, a Fiscalização lançou mão de mera convicção subjetiva, para equiparar simplesmente todas as bolsas parciais concedidas a seus alunos a descontos comerciais;
14. A Autoridade Fazendária desconsiderou, para fins de aferição do percentual da receita bruta aplicado em gratuidade, as bolsas de estudo parciais e as concedidas a empregados e seus familiares;
15. As bolsas de estudo parciais são expressamente admitidas pela legislação previdenciária, mais precisamente o art. 3º, VI da Resolução CNAS nº 177, de 10/08/2000, entendimento corroborado no art. 10 da Lei 11.096, de 2005, que institui o Programa Universidade para Todos —PROUNI. Transcreve os dispositivos citados;
16. A concessão de bolsas parciais pela impugnante sempre observou um critério de exame prévio da situação financeira do beneficiário. Relata os procedimentos adotados pela empresa no particular;
17. A partir da adesão da impugnante ao PROUNI, em dezembro de 2004, a comprovação da gratuidade desvinculou-se do Decreto 2.536/98, passando a ser regida pela Lei 11.096/2005. Esta, repetindo o estatuído na MP 213, de 10/09/2004, determinou a concessão, pelos Conselheiros do CNAS, dos certificados As entidades que não houvessem cumprido nos dois triênios anteriores o requisito relativo A aplicação de gratuidade e, como consequência lógica, a manutenção dos certificados já concedidos, mesmo constatando-se a não observância do requisito em questão pelas eventuais interessadas;
18. Não existe óbice legal A aquisição de imóveis por parte das entidades beneficentes, bem como A. sua alienação. No caso em tela, os imóveis adquiridos o foram para a consecução dos objetivos institucionais, e as vendas posteriores observaram critérios operacionais;
19. A legislação prevê a destinação específica do patrimônio das entidades imunes apenas nos casos de incorporação, fusão, cisão ou de encerramento das atividades, hipótese distinta da ocorrida, eis que, ao transformar-se a entidade em sociedade empresária, não ocorreu dissolução ou liquidação, conforme a regra insculpida no art. 1.113 do Código Civil. A Lei do Prouni, em seu art. 13, acolheu esse conceito;
20. Destaca, ainda, que o patrimônio da impugnante não foi vertido p a a sociedade empresária denominada Estácio Participações S/A. Esta, na realidade, foi criada por seus sócios após a transformação da entidade, integralizando parte do seu capital com quotas da Sociedade de Ensino Superior Estácio de Si Ltda, com o cuidado de registrar os supenivits acumulados até a data da transformação, em conta de reserva de capital não distribuível aos sócios;
21. Quanto à presunção de que os valores pagos ao sócio da impugnante Sr. João Uchoa Cavalcanti Netto corresponderiam a remuneração paga ao mesmo, junta contratos de locação e respectivos aluguéis, demonstrando que a impugnante é locatária dos imóveis de sua propriedade; afirma ainda que os pagamentos de condomínio são de responsabilidade da impugnante, conforme estipulado nos referidos contratos, que anexa.
22. Ainda em relação a qualidade de entidade beneficente com direito isenção no período da autuação, traça uma linha do tempo, afirmando que tinha direito adquirido desde a concessão original, em 1970, assegurado pela Lei 3.577/59;

23. Prossegue destacando que foi registrada como entidade de fins filantrópicos junto ao CNAS em novembro de 1974, obtendo, em abril de 1975, o Certificado Provisório de Entidade de Fins Filantrópicos, sucessivamente renovado, até ser transformado no CEBAS, que também continuou a ser regularmente renovado, conforme documentos que acosta;
24. Quando da publicação do Decreto-Lei 1572/77, que revogou a Lei 3.577/59, sendo, como visto, portadora do Certificado Provisório de Entidade de Fins Filantrópicos, e tendo requerido o reconhecimento de entidade de utilidade pública federal, deferido em 1981, enquadrou-se na hipótese do § 2º do art. 10 do referido Decreto-lei, permanecendo no gozo do benefício previsto na lei revogada;
25. Aduna arestos em abono da tese do direito adquirido, expressando, outrossim, sua convicção de que a hipótese é de imunidade e não de isenção;
26. Argumenta que as indenizações trabalhistas não se destinam a retribuir o trabalho e nem revestem-se do requisito habitualidade, não há como considerar o pagamento das indenizações fato gerador de contribuição, impondo-se a decretação da improcedência do lançamento.
27. Investe contra o arrolamento de bens efetuado pela fiscalização, que inquina de inconstitucional, e contra a corresponsabilidade dos sócios, que considera descabida eis que a Fiscalização não comprovou a hipótese da aplicação do artigo 30, IX da Lei 8.212/91 à Estício Participações; alega ainda ser tal dispositivo inconstitucional.
28. Afirma faltar a fundamentação legal da qualificação dos corresponsáveis, ofendendo a lei 9.784/99 e requer a nulidade em função da ausência de fundamentação. Afirma que a responsabilidade dos sócios por débitos de pessoas jurídicas foi revogada com o artigo 13 da Lei 8.620/93, sendo que as hipóteses de responsabilização de pessoas físicas atribuída pelo CTN é extremamente restrita.
29. Por fim, requer a nulidade do auto de infração por ofensa ao devido processo legal e à ampla defesa, ou, alternativamente, que sejam excluídas as pessoas físicas e jurídicas indicadas como corresponsáveis tributários, dando provimento à impugnação; em relação ao mérito, e cancelando o lançamento.
30. Defende a nulidade e improcedência da autuação por ausência de fundamentação legal, uma vez que, apesar das determinações expressas contidas na Resolução, a autoridade lançadora em momento algum indicou o art. 31 da MP nº 446/08.
31. Ressalta a importância do disposto no art. 31 da MP nº 446/08 para as pretensões da Fiscalização, pois é esse o artigo que trata, justamente, das consequências advindas pelo não cumprimento dos requisitos constantes no art. 28 da referida Medida Provisória.
32. Exclama que a diligência proposta representa uma alteração da fundamentação legal do auto, revelando, assim, um novo lançamento, realizado pela 13ª Turma, autoridade incompetente para constituir crédito tributário.
33. Entende que a MP nº 446/08 não poderia ser aplicada ao lançamento sob pena de ofender os artigos 106, 144 e 146 do Código Tributário.

34. Registra que o § 1º do art. 144 do CTN não é aplicável ao presente caso, pois ele se refere apenas ao procedimento e às prerrogativas instrumentais e não à ocorrência ou não do fato gerador em si, como no caso em tela, quando se trata de requisitos necessários para usufruir isenção, ou seja, fenômeno intrinsecamente relacionado com o aspecto substancial desta última. Cita conceituada doutrina.
35. Alega ter cumprido todos os requisitos do artigo 28 da MP 446/2008, em que pese discordar da aplicação da referida MP ao seu caso.
36. Afirma que cumpriu o inciso I do citado dispositivo pois não há nenhum óbice a que a entidade de assistência social exerça atividade educacional;
37. Cumpriu o inciso II pois alega que a autoridade lançadora não constatou nenhuma remuneração direta paga à diretoria, tendo apenas presumido o pagamento de remuneração ao sócio João Uchoa Cavalcanti Neto pela suposta falta de apresentação de documentos. A juntada de documentos relativos aos contratos de aluguel é o suficiente para infirmar a presunção da Fiscalização, acrescentando, em relação aos pagamentos efetuados a título de pro labore, que os acórdãos proferidos pela DRJ/RJ1 em 27/05/2009 decidiram que não se enquadrava como salário de contribuição a verba paga como aluguel;
38. Afirma que o requisito de aplicar integralmente suas rendas e recursos na manutenção de atividade institucionais (inciso III do artigo 28 da MP) também foi plenamente cumprido;
39. Defende que o inciso IV do mesmo artigo também foi cumprido. Admite que adquiriu muitos imóveis ao longo de seus anos de atividade, mas todos foram usados na consecução de seus objetivos, não existindo na legislação nada que vede a aquisição destes bens pelas entidades assistenciais, em especial porque os imóveis foram usados como campi ou unidades administrativas da autuada;

A DRFB encaminhou o processo para julgamento no âmbito do CARF.

É o relatório.

Voto

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Relatora

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

O recurso voluntário foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 1889. Superados os pressupostos, passo as preliminares ao exame do mérito.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES:

AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO PARA O LANÇAMENTO – CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA

Alegando nulidade, argumenta o recorrente que o procedimento administrativo adotado não poderia ser realizado da forma como foi, independente da causa, legal ou contratual, o que malferia o princípio do devido processo legal, posto que não houve a devida motivação, ou mesmo fundamentação para que se desconsiderasse a condição de isenta da entidade no período objeto do lançamento.

Quanto as ditas alegações, em primeiro lugar cumpre-nos destacar que o procedimento fiscal atendeu todas as determinações legais, não havendo, pois, nulidade por cerceamento de defesa, conforme alegado pela recorrente, quanto a norma procedimental adotada pela autoridade fiscal.

Observa-se anexo ao relatório fiscal e mencionado no corpo do próprio relatório as autorizações por meio da emissão do Termo de Início de Procedimento Fiscal, fls. 113, com a competente designação do auditor fiscal responsável pelo cumprimento do procedimento.

Foi realizada a devida intimação para a apresentação dos documentos conforme Termos de Intimação Fiscal, fl. 114 a 122, intimando o contribuinte para que apresentasse todos os documentos capazes de comprovar o cumprimento da legislação previdenciária, inclusive solicitando esclarecimentos sobre diversos pontos apurados durante o procedimento, bem como reiterando o pedido de alguns documentos.

Foi realizada a conclusão dos trabalhos com a emissão do Termo de Encerramento, fl. 107, com a apresentação ao contribuinte dos fatos geradores e fundamentação legal que constituíram a lavratura do auto de infração ora contestado, com as informações necessárias para que o autuado pudesse efetuar as impugnações que considerasse pertinentes. Da mesma forma, quando da baixa do processo em diligência pelo órgão julgador, providenciou a autoridade fiscal a devida cientificação do recorrente dos termos da informação fiscal

Neste sentido, as alegações de que o procedimento não poderia prosperar por não ter a autoridade realizado a devida indicação dos motivos que ensejaram a autuação, entendendo que razão não assiste ao recorrente.

Quanto à necessidade de justificativa para realização de auditoria e consequente desenquadramento da condição de isenta, destaca-se que a autoridade fiscal possui competência para verificar o fiel cumprimento da legislação previdenciária. Ademais, o próprio conceito de auditoria descrito na IN 03/2005 esclarece seu objetivo.

Art. 570. A Auditoria-Fiscal Previdenciária - AFP ou Fiscalização é o procedimento fiscal externo que objetiva orientar, verificar e controlar o cumprimento das obrigações previdenciárias por parte do sujeito passivo, podendo resultar em lançamento de crédito previdenciário, em Termo de Arrolamento de Bens e Direitos, em lavratura de Auto de Infração ou em apreensão de documentos de qualquer espécie, inclusive aqueles armazenados em meio digital ou em qualquer outro tipo de mídia, materiais, livros ou assemelhados.

DA FALTA DA INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL DO PROCEDIMENTO.

Alegou recorrente que a ausência do art. 31 da MP 446/2008, acarreta a nulidade do procedimento, o que venho a discordar. O próprio recorrente ao apreciar os termos do relatório fiscal complementar, indicou que o fundamento para o lançamento era o art. 31, sendo que o auditor apenas fez menção ao art. 28 da referida MP. Ora, como alegar nulidade por cerceamento de defesa, se o próprio contribuinte sabe o dispositivo legal que autoriza o procedimento fiscal.

Observamos que em seu relatório, bem como na informação fiscal, trouxe o auditor fiscal de forma detalhada todos os fatos que entendeu pertinentes a lavratura do auto de infração, descrevendo que a empresa não mais se enquadrava na condição de isenta e explorando os aspectos inerentes ao descumprimento dos requisitos que a qualificariam na condição de entidade beneficente em gozo de isenção de contribuições previdenciárias.

Entendo que ao descrever os fatos e fundamentos que entendeu relevantes para constituição do crédito, bem como ao destacar em sua informação, os fundamentos da MP 446 não haveria a necessidade de informar o dispositivo legal, desde que se deixe claro o embasamento legal que fundamenta o lançamento, o que entendo restou demonstrado. Assim, afasto a nulidade pela ausência da indicação do dispositivo legal. Quanto ao mérito de o fundamento encontrar-se equivocado será apreciado mais a frente.

QUANTO A INCOMPETÊNCIA DO LANÇADOR

Da mesma forma, não acato o argumento de que a realização de diligência seria inviável para correção na fundamentação jurídica do lançamento, nem tampouco acato o argumento que o lançamento tenha sido realizado e fundamentado pela DRJ. Conforme traz o próprio recorrente em sua manifestação, após a lavratura do auto de infração, o julgador retornou o processo a autoridade autuante, no intuito que a mesma o adequasse ao dispositivo legal aplicável, porém na própria informação, repetiu a autoridade lançadora os mesmos argumentos descritos no relatório fiscal, apenas correlacionando-os com os requisitos do art. 28 da referida MP 446.

Em que pese o argumento do recorrente de que a autoridade fiscal não entende aplicável, ao caso concreto os termos da MP 446/2008, pelas palavras descritas na própria informação fiscal, fato é que o auditor, mesmo que a contragosto, adequou o lançamento aos requisitos da MP 446, suprindo, a falta que poderia ensejar toda a nulidade do mesmo. A DRJ compete realmente julgar o lançamento, mas entendo, encontrar-se dentro de sua competência a requisição de diligências no intuito de aperfeiçoar o lançamento, possibilitando ao contribuinte um lançamento que lhe permita exercer o amplo direito de defesa.

Nesse ponto, também não entendo qualquer afronta ao princípio da legalidade, posto, conforme apreciado acima, ter sido cumprido o rito necessário ao lançamento e julgamento do feito.

O fato de ter descrito o auditor, que o mesmo entendia desnecessária a menção aos termos da MP, posto que já seria suficiente a condição de entidade com fins lucrativos também não vicia o procedimento. Tampouco o vício, o fato de ter cumprindo a orientação da DRJ, a qual, conforme descrito acima, compete julgar o lançamento e caso necessário buscar sua adequação, possibilitando torná-lo perfeito e permitindo a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Dessa forma, rejeito também a preliminar de que o lançamento teria sido realizado por pessoa incompetente. O julgador não emendou ou mesmo inovou nos fundamentos jurídicos, mas, submeteu a autoridade fiscal questionamentos quanto a descaracterização da condição de isenta por ele realizada. Dessa forma, quem procedeu ao lançamento e realizou a diligência com a emissão da informação fiscal, foi a autoridade fiscal designada no instrumento próprio, qual seja o MPF, não havendo nulidade a ser declarada também quanto a esse ponto.

Ademais, não compete ao auditor fiscal agir de forma discricionária no exercício de suas atribuições. Desta forma, em constatando a falta de recolhimento, ou descumprimento dos requisitos para o gozo de isenção, cumpra-se lavrar de imediato a notificação fiscal de lançamento de débito ou auto de infração de forma vinculada, constituindo o crédito previdenciário. O art. 243 do Decreto 3.048/99, assim dispõe neste sentido:

Art.243. Constatada a falta de recolhimento de qualquer contribuição ou outra importância devida nos termos deste Regulamento, a fiscalização lavrará, de imediato, notificação fiscal de lançamento com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, de acordo com as normas estabelecidas pelos órgãos competentes.

QUANTO AOS EFEITOS DA MP 446/08 AO PRESENTE LANÇAMENTO

Quanto a este ponto, trouxe o recorrente os seguintes argumentos: “ Ocorre que o art. 144 do CTN dispõe que o lançamento se reporta à data de ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada,...). No caso em exame, o lançamento é relativo a fatos geradores ocorridos no período de 01/2003 a 12/2005, ou seja, anteriores à edição da MP nº 446, de 07.11.2008, e,

por conseguinte, não poderiam ter sido por ela regidos, sob pena de ofensa ao art. 144 do CTN.

Correto encontra-se o argumento do recorrente, de que a legislação a ser aplicada é a da ocorrência do fato gerador, contudo, esse fato serve para verificar, se à época do ocorrência dos referidos fatos, os mesmos eram ou não fato gerador de contribuição previdenciária. Já quanto a norma procedimental para realização do lançamento, entendo que deva ser aplicada a em vigor no momento da lavratura do AI ou NFLD, conforme o caso, sendo correto o entendimento que a referida MP 446 respalda o lançamento durante a sua vigência.

Conforme bem citado pela autoridade julgadora e pela autoridade fiscal, o procedimento deu-se sob a égide da MP 446/2008, que assim descrevia o procedimento a ser adotado.

Da Concessão e do Cancelamento

Art. 30. O direito à isenção das contribuições sociais poderá ser exercido pela entidade a contar da data da sua certificação pela autoridade competente, desde que atendidas as disposições da Seção I deste Capítulo.

Art. 31. Constatado o descumprimento pela entidade dos requisitos indicados na Seção I deste Capítulo, a fiscalização da Secretaria da Receita Federal do Brasil lavrará o auto de infração relativo ao período correspondente e relatará os fatos que demonstram o não-atendimento de tais requisitos para o gozo da isenção.

§ 1º O lançamento terá como termo inicial a data da ocorrência da infração que lhe deu causa.

§ 2º O disposto neste artigo obedecerá ao rito processual do [Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972](#).

Contudo, dois fatos devem ser apreciados com maior detalhamento. Uma coisa é a norma processual (procedimental) a ser adotado quando da lavratura, que autoriza o lançamento sem a emissão da Informação Fiscal descrevendo os fatos para perda do direito a isenção. Quanto a este ponto, entendo que realmente, sob o manto na referida MP 446, desnecessário a emissão da informação fiscal para cancelamento da isenção, ou mesmo ter sido primeiramente cassado o certificado da entidade.

Já quanto ao cumprimento dos requisitos para considerar se a entidade matinha ou não a qualidade de filantrópica, entendo que deva ser observada a legislação vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, no caso o art. 55 da lei 8212/91.

Ao apreciarmos os termos do relatório fiscal, da solicitação em diligência e da informação fiscal emitida verificamos que não há convergência de fundamentos para o lançamento, o que ensejou uma forçação de barra por parte do órgão julgador, senão vejamos:

Em seu relatório traz o auditor como fundamentação para o lançamento: “*não satisfaz os requisitos ao Decreto nº 2.536/98; por não realizar os objetivos traçados pela Lei Orgânica da Assistência Social -, --nº- 8.742/93,- em seu artigo 2º, incisos de I a V e parágrafo único, bem como na Constituição Federal em seu artigo 203, incisos de I a V. Trata-se de empresa comercial, prestadora de serviço na área da educação superior, onerosa, que não*

comprova realizar atendimento de caráter social, dirigido à comunidade, especialmente a pessoas carentes."

Ou seja, ao apreciarmos os termos do relatório, podemos constatar, que o auditor entende que perdeu a entidade em 2007 a condição de isenta, pois sua condição de empresa com fins lucrativos, descrevendo a legislação a lei orgânica da previdência, o decreto 2536 e a própria constituição, como normas a serem observadas para condição de filantrópica no período da ocorrência dos fatos geradores.

Já o julgador, ao baixar o processo em diligência, justifica a reapreciação do feito pelo auditor com fundamento nos requisitos do art. 28 da própria MP 446/08.

O auditor por sua vez, destaca nos 3 primeiros parágrafos da informação fiscal, que entende que os argumentos para manutenção do lançamento não devem ser embasados na MP 446, mas para fazer cumprir a diligência requerida, pontualmente, em relação aos argumentos trazidos em seu relatório.

Já quanto a decisão de primeira instância, o julgador faz valer seu entendimento de que a MP 446 é a norma adequada a fundamentar o lançamento, sendo que os fatos descritos pelo auditor são suficientes para manutenção da autuação.

Oras, confesso, que enquanto auditora, tive dificuldades para entender qual norma, ao fim, serviu para dar sustentáculo ao lançamento. Acredito ter sido essa confusão, que gerou dúvidas ao recorrente, o que justificaria a série de nulidades apontadas pelo mesmo, seja quanto a inovação jurídica do lançamento, incompetência da autoridade autuante, ou mesmo que o relatório fiscal complementar na verdade fez novo lançamento. Apreciei pontualmente cada uma das nulidades, de forma a deixar claro, em que ponto entendo estar o lançamento comprometido.

Conforme visto, no meu entender houve uma confusão entre o auditor autuante e o julgador, donde cada um apresentou uma versão para o lançamento, contudo, entendo que isso implicou nulidade do mesmo, pela ausência de definição clara e precisa da legislação que abarca a questão.

Fato é que a entidade era detentora dos Certificado de entidade Filantrópica durante o período da ocorrência dos fatos geradores. A legislação que regia a matéria era o art. 55 da lei 8212/91. Em seu recurso, bem argumentou o recorrente:

Como exhaustivamente demonstrado pela Impugnante na Seção III, Capítulo 3, retro, a MP nº 446/08 não é aplicável ao presente caso, como quer fazer entender a 13ª Turma da DRJ/RJ, pois a mesma não vigia à época da ocorrência dos fatos geradores.

No período de ocorrência dos fatos geradores (período de 01/2003 a 12/2005),

os requisitos que asseguravam à Impugnante a fruição da isenção da contribuição previdenciária patronal estavam previstos no art. 55 da Lei nº 8.212/91.

Nunca 6 demais ressaltar que a própria autoridade lançadora, quando instada a elaborar um "relatório fiscal complementar" pela Resolução nº 126, foi categórica ao afirmar que a MP nº

446/08 não era aplicável a esta autuação, porque, à época da vigência da mesma, a Impugnante já era empresa de responsabilidade limitada com fins lucrativos, como se pode notar do seguinte excerto:

Assim, entendo que os requisitos legais a serem cumpridos para o gozo da isenção eram os descritos no art. 55, servindo a MP 446 apenas para fundamentar a lavratura do AI ou NFLD sem a necessidade de informação fiscal. Todavia, a demonstração dos requisitos descumpridos, que desenquadrariam a condição de isenta deveriam ater-se ao cumprimento dos requisitos ali elencados e não aos requisitos descritos em MP, que vigora a partir da sua vigência. Vejamos os requisitos legais:

Os pressupostos para obtenção do direito à isenção estavam previstos no art. 55 da Lei n.º 8.212/1991, com a seguinte redação original:

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:

I - seja reconhecida como de utilidade pública federal e estadual ou do Distrito Federal ou municipal;

II - seja portadora do Certificado ou do Registro de Entidade de Fins Filantrópicos, fornecido pelo Conselho Nacional de Serviço Social - CNSS, renovado a cada 3 (três) anos;

III - promova a assistência social beneficente, inclusive educacional ou de saúde, a menores, idosos, excepcionais ou pessoas carentes;

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 Conselho Nacional da Seguridade Social relatório circunstanciado de suas atividades.

§ 1º Ressalvados os direitos adquiridos, a isenção de que trata este artigo será requerida ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, que terá o prazo de 30 (trinta) dias para despachar o pedido.

§ 2º A isenção de que trata este artigo não abrange empresa ou entidade que, tendo personalidade jurídica própria, seja mantida por outra que esteja no exercício da isenção.

§ 3º Para os fins deste artigo, entende-se por assistência social beneficente a prestação gratuita de benefícios e serviços a quem dela necessitar. (Parágrafo incluído pela Lei nº 9.732, de 11.12.98 – eficácia suspensa em função da ADIn 2028/5)

§ 4º O Instituto Nacional do Seguro Social-INSS cancelará a isenção se verificado o descumprimento do disposto neste artigo. (Parágrafo incluído pela Lei nº 9.732, de 11.12.98– eficácia suspensa em função da ADIn 2028/5)

§ 5o Considera-se também de assistência social beneficente, para os fins deste artigo, a oferta e a efetiva prestação de serviços de pelo menos sessenta por cento ao Sistema Único de Saúde, nos termos do regulamento. (Parágrafo incluído pela Lei nº 9.732, de 11.12.98– eficácia suspensa em função da ADIn 2028/5)

§6oA inexistência de débitos em relação às contribuições sociais é condição necessária ao deferimento e à manutenção da isenção de que trata este artigo, em observância ao disposto no § 3o do art. 195 da Constituição. (Parágrafo incluído pela Medida Provisória nº 2.187-13, de 24.8.01)

Isto posto, entendo que existe conflito entre os fundamentos trazidos pelo auditor em seu relatório, na informação fiscal e na decisão de primeira instância, tornando obscuro o lançamento e principalmente neste ponto causando prejuízo ao recorrente. Tal fato, enseja a nulidade do lançamento, pela ausência de clara fundamentação jurídica do lançamento, ou mesmo pela indicação incorreta do fundamento do lançamento, quando entendeu a autoridade julgadora e fiscal, que os requisitos do art. 28 da MP 446 é que embasariam o desenquadramento da condição de isenta. Destaco, por fim, que embora alguns dos fatos descritos pelo auditor, possuam identidade com os requisitos do citado art. 55 da lei 8212/91, fato é que a autoridade fiscal e julgadora utilizaram fundamentos diversos para o desenquadramento, razão pela qual nulo o procedimento realizado.

Ao contrário do apreciado nos tópicos anteriores, não se trata de mera não indicação do dispositivo legal (art. 55 da lei 8212), mas fundamenta a autoridade fiscal, o lançamento em legislação diversa (seja no relatório fiscal, seja no relatório fiscal complementar. Destaco, também, que não afasta essa falta, ter a autoridade julgadora feito menção no acórdão de primeira instância, quanto as requisitos do art. 55.

QUANTO AO VÍCIO COMETIDO

É pertinente também destacar, que entendo que a nulidade que alcança os levantamentos acima descritos é formal, visto não ter o auditor formalizado devidamente o lançamento em relação a fundamentação legal que consubstanciou o lançamento.

Nesse sentido, pode-se identificar que a nulidade é aplicável por não ter o auditor fiscal aplicado a norma jurídica pertinente aos requisitos a serem observados em relação à época da ocorrência do fato gerador.

Dessa forma, entendo que a falta da descrição precisa da norma aplicável provoca a anulação do AI de obrigação principal e acessórias correlatos por vício formal, por se tratar do não preenchimento de todas as formalidades necessárias a validação do ato administrativo, conforme destaco abaixo.

Em uma concepção a respeito da forma do ato administrativo é incluída não somente a exteriorização do ato, mas também as formalidades que devem ser observadas durante o processo de formação da vontade da Administração, e até os requisitos concernentes à publicidade do ato. Nesse sentido é a lição de Maria Sylvia di Pietro, na obra Manual de Direito Administrativo, 18ª edição, Ed. Atlas, página 200.

Na lição expressa de Maria Sylvia di Pietro, na obra já citada, página 202, in verbis: “Integra o conceito de forma a motivação do ato administrativo, ou seja, a exposição dos fatos e dos direitos que serviram de fundamento para a prática do ato; a sua ausência impede a verificação da legitimidade do ato.”

Não se pode confundir falta de motivo com a falta de motivação. A motivação é a exposição de motivos, ou seja, é a demonstração, por escrito, de que os pressupostos de fato realmente existiram. A motivação diz respeito às formalidades do ato. O motivo, por seu turno, antecede a prática do ato, correspondendo aos fatos, às circunstâncias, que levam a Administração a praticar o ato. São os pressupostos de fato e de direito da prática do ato. Na lição de Maria Sylvia di Pietro, pressuposto de direito é o dispositivo legal em que se baseia o ato; pressuposto de fato, corresponde ao conjunto de circunstâncias, de acontecimentos, de situações que levam a Administração a praticar o ato. A ausência de motivo ou a indicação de motivo falso invalidam o ato administrativo.

No lançamento fiscal o motivo é a ocorrência do fato gerador, esse inexistindo torna improcedente o lançamento, não havendo como ser sanado, pois sem fato gerador não há obrigação tributária. Agora, a motivação é a expressão dos motivos, é a tradução para o papel da realidade encontrada pela fiscalização.

Logo, se há falha na motivação, o vício é formal, se houver falha no pressuposto de fato ou de direito, o vício é material. A autoridade julgadora deverá analisar a observância dos requisitos formais do lançamento, previstos no art. 37 da Lei n ° 8.212.. Assim, a indicação indevida da fundamentação legal enseja a nulidade da autuação por vício formal.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto pelo CONHECIMENTO DO RECURSO, para ANULAR O LANÇAMENTO POR VÍCIO FORMAL, face a incorreta fundamentação legal do lançamento nos termos descritos no voto.

É como voto.

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira