



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

Processo nº 15504.720697/2011-04
Recurso nº 000.262 Voluntário
Resolução nº **2302-000.262 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 19 de novembro de 2013
Assunto Realização de Diligência Fiscal
Recorrente FUNDAÇÃO OÁSIS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/09/2007 a 31/12/2008

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

RESOLVEM os membros da 2ª TO/3ª CÂMARA/2ª SEJUL/CARF/MF/DF, por unanimidade de votos, em converter o julgamento em diligência, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

Liége Lacroix Thomasi – Presidente de Turma.

Arlindo da Costa e Silva - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Liége Lacroix Thomasi (Presidente de Turma), Leonardo Henrique Pires Lopes (Vice-presidente de turma), André Luís Mársico Lombardi, Juliana Campos de Carvalho Cruz, Bianca Delgado Pinheiro e Arlindo da Costa e Silva.

Erro! A origem da referência não foi encontrada.

Fls. 1.077

1. RELATÓRIO

Período de apuração: 01/09/2007 a 31/12/2008

Data da lavratura do Auto de Infração: 04/08/2011.

Data da ciência do Auto de Infração: 04/08/2011.

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face de Decisão Administrativa de 1ª Instância proferida pela DRJ em Belo Horizonte/MG que julgou improcedente a impugnação oferecida pelo sujeito passivo do crédito tributário lançado por intermédio dos Autos de Infração nº 37.276.708-7, 37.276.709-5 e 37.312.236-5, consistente em contribuições sociais previdenciárias a cargo da empresa, destinadas ao custeio da Seguridade Social e ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, e a Outras Entidades e Fundos, bem como contribuições previdenciárias a cargo dos segurados empregados, incidentes sobre seus respectivos Salários de Contribuição, além do AIOA nº 37.312.237-3, CFL 68, decorrente do descumprimento de obrigação acessória prevista no inciso IV do art. 32 da Lei nº 8.212/91, conforme descrito no Relatório Fiscal a fls. 117/128.

CFL - 68

Apresentar a empresa GFIP/GRFP com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, seja em relação às bases de cálculo, seja em relação às informações que alterem o valor das contribuições, ou do valor que seria devido se não houvesse isenção (Entidade Beneficente) ou substituição (SIMPLES, Clube de Futebol, produção rural) – Art. 284, II na redação do Dec.4.729, de 09/06/2003.

Informa a fiscalização que a Delegacia da Receita Federal do Brasil em Belo Horizonte emitiu o Ato Declaratório nº 966, de 01 de abril de 2009, indeferindo o pedido de reconhecimento de isenção de contribuições sociais efetuado pela Fundação ora Recorrente, baseado na documentação apresentada e na declaração da própria entidade de que não promoveu assistência social beneficente, o quê provocou o desenquadramento da condição de Entidade Beneficente de Assistência Social –EBAS – código FPAS – 639.

Em razão do desenquadramento acima referido, a entidade voltou a ser enquadrada nos seguintes códigos:

FPAS 566-0 – Estabelecimentos de Defesa de Direitos Sociais, Assistência Social, Creches, Serviço de Saúde; Seja reconhecida como de utilidade pública federal;

FPAS 574-0- Estabelecimento de Ensino.

O enquadramento incorreto do contribuinte na condição de EBAS – FPAS 639 redundou no preenchimento incorreto das GFIP - campos FPAS, alíquota RAT e Percentual de Isenção de Filantropia -, o que acarretou ausência do cálculo das contribuições destinadas à Seguridade Social e a Outras Entidades e Fundos/Terceiros incidentes sobre as remunerações de segurados empregados e segurados contribuintes individuais;

Os Autos de Infração por descumprimento de obrigação principal têm por finalidade apurar e constituir os créditos relativos às contribuições sociais não recolhidas aos cofres públicos, assim distribuídas:

- AI Debcad n.º 37.276.708-7 - Contribuição da empresa incidente sobre as verbas remuneratórias pagas ou creditadas aos segurados empregados, inclusive para o financiamento do benefício concedido em razão do grau de incidência da incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho destinadas à Seguridade Social, bem como sobre as verbas remuneratórias ou retribuições pagas ou creditadas aos segurados contribuintes individuais;
- AI Debcad n.º 37.276.709-5 - Contribuição descontada de segurados empregados, incidente sobre os respectivos Salários de Contribuição.
- AI Debcad n.º 37.312.236-5 - Contribuições destinadas a outras entidades e fundos denominados terceiros, Salário Educação (FNDE), INCRA, SESC, SEBRAE, incidentes sobre as verbas remuneratórias pagas ou creditadas aos segurados empregados;

Houve-se, também, por lavrado o seguinte Auto de Infração de Obrigação Acessória.

- AI Debcad n.º 37.312.237-3 – Cód. Fundamentação Legal - CFL 68, em razão do descumprimento de obrigação acessória prevista no inciso IV do art. 32 da Lei nº 8.212/91;

Inconformado com o lançamento, o sujeito passivo ofereceu impugnação a fls. 455/496.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belo Horizonte/MG proferiu decisão administrativa textualizada no Acórdão nº 02-36.223 – 6ª Turma da DRJ/BHE, a fls. 659/667, julgando procedente o lançamento e mantendo o crédito tributário em sua integralidade.

O Sujeito Passivo foi cientificado da decisão de 1ª Instância no dia 26/04/2012, conforme Aviso de Recebimento a fl. 682.

Inconformado com a decisão exarada pelo órgão administrativo julgador *a quo*, o ora Recorrente interpôs recurso voluntário a fls. 684/732, respaldando sua inconformidade em argumentação desenvolvida nos termos que adiante se vos seguem:

- Relação de prejudicialidade com relação à demanda objeto do PAF nº 36378.000760/2007-61, pendente de julgamento administrativo;
- O ato de suspensão da imunidade, pela Administração Tributária, exige observância dos postulados da ampla defesa, contraditório e devido processo legal, e está condicionado à apuração dos seguintes pressupostos de fato, relativamente aos anos-calendários em que a entidade beneficiária de imunidade comprovadamente não estiver observando requisitos ou condições previstos nos artigos 9º, §1º e 14, do CTN ou aos demais critérios estabelecidos na legislação de regência;
- Nulidade dos Autos de Infração porque o crédito tributário encontra-se com exigibilidade suspensa;
- Que preenche todos os requisitos previstos na legislação de regência para a fruição do benefício da imunidade tributária;

Ao fim, requer a declaração de improcedência dos Autos de Infração.

Relatados sumariamente os fatos relevantes.

2. DECISÃO E FUNDAMENTAÇÃO

2.1. DA TEMPESTIVIDADE

O sujeito passivo foi válida e eficazmente cientificado da decisão recorrida no dia 26/04/2012. Havendo sido o recurso voluntário postado na agência dos correios em 24/05/2012, há que se reconhecer a tempestividade do recurso interposto.

2.2. DO CONHECIMENTO DO RECURSO

O Recorrente alega preencher todos os requisitos previstos na legislação de regência para a fruição do benefício da imunidade tributária.

Pondera que o ato de suspensão da imunidade, pela Administração Tributária, exige observância dos postulados da ampla defesa, contraditório e devido processo legal, e está condicionado à apuração dos seguintes pressupostos de fato, relativamente aos anos-calendários em que a entidade beneficiária de imunidade comprovadamente não estiver observando requisitos ou condições previstos nos artigos 9º, §1º e 14, do CTN ou aos demais critérios estabelecidos na legislação de regência;

Tais matérias, todavia, não poderão ser conhecidas no presente recurso em razão de as mesmas questões de fato e de Direito já serem objeto do Processo Administrativo Fiscal nº 36378.000760/2007-61, havendo coincidência de partes, causa de pedir e pedido, configurando-se, portanto, litispendência administrativa.

“Não se tolera, em direito processual, que uma mesma lide seja objeto de mais de um processo simultaneamente.” (Humberto Theodoro Júnior)

Anote-se que na parte preambular do vertente Recurso Voluntário, o Recorrente atrai para o presente feito a existência da demanda acima referida, e requer a manutenção da conexão com o processo acima referido:

“Desta forma, requer a RECORRENTE a manutenção da conexão do presente RECURSO VOLUNTÁRIO com o recurso administrativo correspondente ao processo 36378.000760/2007-61, de forma que o CARF possa ter todos os elementos para o julgamento do feito, seja pela documentação e fundamentos elencados naquele recurso, seja pelos fundamentos e documentos que compõem os presentes autos, que, de resto foi o instrumento processual que inaugurou a fase litigiosa do processo de exigência das contribuições materializada com a emissão dos Autos de Infração.”

Dessarte, diante da flagrante relação de prejudicialidade entre as demandas objeto do PAF nº 36378.000760/2007-61 e a do vertente processo, a decisão definitiva a ser proferida naquele irá irradiar efeitos neste.

Mostra-se auspicioso enaltecer que, nos termos do inciso V do art. 267 do Código de Processo Civil, a litispendência figura como causa determinante para a extinção do processo sem resolução do mérito, podendo ser reconhecida de ofício pela Autoridade Julgadora em qualquer tempo e grau de Jurisdição, enquanto não proferida a decisão de mérito, obstando, inclusive, que o autor intente, novamente, a mesma demanda.

Código de Processo Civil

Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (Redação dada pela Lei nº 11.232/2005)

(...)

V - quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada;

(...)

§3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos nº IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.

(...)

Art. 268. Salvo o disposto no art. 267, V, a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação. A petição inicial, todavia, não será despachada sem a prova do pagamento ou do depósito das custas e dos honorários de advogado.

Parágrafo único. Se o autor der causa, por três vezes, à extinção do processo pelo fundamento previsto no nº III do artigo anterior, não poderá intentar nova ação contra o réu com o mesmo objeto, ficando-lhe ressalvada, entretanto, a possibilidade de alegar em defesa o seu direito.

Assim, presentes os demais requisitos de admissibilidade do recurso, dele conheço parcialmente.

2.3. DA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

Alega o Recorrente que os Autos de Infração devem ser anulados, em razão de o crédito tributário estar suspenso por força do art. 151, III do CTN.

A razão não lhe sorri, todavia.

Com efeito, os incisos IV e V do art. 151 do CTN determinam que o crédito tributário terá sua exigibilidade suspensa havendo a concessão de medida liminar em mandado de segurança ou de tutela antecipada em outras espécies de ação judicial.

Código Tributário Nacional - CTN

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I - moratória;

II - o depósito do seu montante integral;

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

V - a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

VI - o parcelamento. (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

Parágrafo único. O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes.

Por força de tais dispositivos legais, fica o Fisco impedido de realizar atos tendentes à sua cobrança judicial, tais como a inscrição do crédito tributário em dívida ativa ou o ajuizamento de execução fiscal, mas não lhe é vedado promover o lançamento desse crédito.

A polêmica em torno do tema já exigiu o pronunciamento formal do Superior Tribunal de Justiça, cuja Primeira Seção, dirimindo a divergência existente entre as duas Turmas de Direito Público, manifestou-se no sentido da possibilidade de a Fazenda Pública realizar o lançamento do crédito tributário, mesmo quando verificada uma das hipóteses previstas no citado art. 151 do CTN.

Na ocasião do julgamento do EREsp 572.603/PR, entendeu aquele órgão julgador que *"a suspensão da exigibilidade do crédito tributário impede a Administração de praticar qualquer ato contra o contribuinte visando à cobrança do seu crédito, tais como inscrição em dívida, execução e penhora, mas não impossibilita a Fazenda de proceder à sua regular constituição para prevenir a decadência do direito de lançar"*, conforme dessaí da eloquência de sua ementa:

"TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. PRAZO QÜINQUÊNAL. MANDADO DE SEGURANÇA. MEDIDA LIMINAR. SUSPENSÃO DO PRAZO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Nas exações cujo lançamento se faz por homologação, havendo pagamento antecipado, conta-se o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador (art. 150, §4º, do CTN), que é de cinco anos.

2. Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN.

3. A suspensão da exigibilidade do crédito tributário na via judicial impede o Fisco de praticar qualquer ato contra o contribuinte visando à cobrança de seu crédito, tais como inscrição em dívida, execução e penhora, mas não impossibilita a Fazenda de proceder à regular constituição do crédito tributário para prevenir a decadência do direito de lançar.

4. Embargos de divergência providos." (EResp 572.603/PR, 1ª Seção, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 05/09/2005)

Nesse mesmo sentido, colacionamos, ainda, os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MEDIDA LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. SUSPENSÃO DO LANÇAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. DECADÊNCIA CONFIGURADA.

1. A ordem judicial suspensiva da exigibilidade do crédito tributário não atinge a sua regular constituição, não estando, por conseguinte, a Fazenda Pública impedida de efetuar o respectivo lançamento.

2. Recurso especial conhecido e provido." (REsp 216.298/SP, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 1º/8/2005)

"TRIBUTÁRIO - PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA - OBSTÁCULO JUDICIAL.

1. A constituição do crédito tributário, nos termos do CTN, não sofre interrupção ou suspensão, iniciando-se o prazo na data da ocorrência do fato gerador.
2. A partir do fato gerador, dispõe a Fazenda do prazo de cinco anos para constituir o seu crédito, não estando inibida de fazê-lo se houver suspensão da exigibilidade, nos termos do art. 150, §4º do CTN.
3. A liminar concedida em mandado de segurança (art. 151, IV, CTN), bem assim as demais hipóteses do mesmo art. 151, não impedem que a Fazenda constitua o seu crédito e aguarde para efetuar a cobrança.
4. Ocorrência da decadência, porque constituído o crédito após cinco anos da ocorrência do fato gerador (art. 173, I, CTN).
5. Recurso especial conhecido em parte e provido." (REsp 575.991/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 22/8/2005)

Conforme demonstrado, o entendimento prevalecente no Superior Tribunal de Justiça aponta unicamente no sentido de que o lançamento deve ser efetuado, visando a prevenir decadência, mesmo diante de uma causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Isso porque o lançamento não se configura como ato de exigibilidade do crédito tributário, mas, sim, procedimento administrativo tendente à sua formal constituição.

Conforme cediço, o lançamento ostenta natureza jurídica dúplice: declaratória da obrigação tributária e constitutiva do crédito dela decorrente. Assim, antes de realizado o lançamento inexistia crédito tributário, mas, tão somente, obrigação tributária, a qual é inexigível, eis que se encontra à calva dos atributos indispensáveis da liquidez e certeza.

Assim, para que haja suspensão do crédito tributário é necessário que haja crédito tributário constituído, e não pendente de constituição (obrigação tributária), circunstância que somente sói ocorrer com a efetivação do lançamento.

Por outro viés, as hipóteses de suspensão do art. 151 do CTN não suspendem o prazo decadencial para efetivação do lançamento, mas tão somente o prazo prescricional para a cobrança judicial do crédito tributário. Em outras palavras, o Fisco não poderá inscrever em dívida ativa ou ajuizar execução fiscal de crédito que esteja com sua exigibilidade suspensa, mas poderá efetuar o lançamento, exercendo o seu direito potestativo, nos termos do artigo 142 do CTN.

Nesse particular, mostra-se valiosa a referência ao precedente do STJ adiante transcrito:

“RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ART. 151 DO CTN. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. IMPOSSIBILIDADE DE O FISCO REALIZAR ATOS TENDENTES À SUA COBRANÇA, MAS NÃO DE PROMOVER O SEU LANÇAMENTO. ERESP 572.603/PR. RECURSO DESPROVIDO.

1. O Art. 151, IV, do CTN determina que o crédito tributário terá sua exigibilidade suspensa havendo a concessão de medida liminar em mandado de segurança. Assim, o Fisco fica impedido de realizar atos tendentes à sua cobrança, tais como inscrevê-lo em dívida ativa ou

ajuizar execução fiscal, mas não lhe é vedado promover o lançamento desse crédito.

2. A primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, dirimindo a divergência existente entre as duas Turmas de Direito Público, manifestou-se no sentido da possibilidade de a Fazenda Pública realizar o lançamento do crédito tributário, mesmo quando verificada uma das hipóteses previstas no citado art. 151 do CTN. Na ocasião do julgamento dos ERESP 572.603/PR, entendeu-se que a “suspensão da exigibilidade do crédito tributário impede a Administração de praticar qualquer ato contra o contribuinte visando à cobrança do seu crédito, tais como inscrição em dívida, execução e penhora, mas não impossibilita a Fazenda de proceder à sua regular constituição para prevenir a decadência do direito de lançar” (Rel. Min. Castro Meira, DJ de 5/09/2005).

3. Recurso especial desprovido (grifos nossos).

(RESP 736.040/RS, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 11/06/2007)

A jurisprudência em torno do tema encontra-se pacificada nas ordens do STJ, consoante dessai do julgamento dos Embargos de Divergência no REsp 572.603/PR, DJ 05/09/05, de cujo voto condutor extraímos o seguinte excerto, *ad perpetuam rei memoriam* :

“(…) No que se refere à segunda questão, o entendimento segundo o qual a Fazenda está impedida de efetivar o lançamento do tributo, cuja exigibilidade encontra-se suspensa em decorrência de ordem judicial, implica admitir-se a interrupção do prazo decadencial, o que não se coaduna com a natureza do instituto. A suspensão da exigibilidade do crédito tributário impede a Administração de praticar qualquer ato contra o contribuinte visando à cobrança do seu crédito, tais como inscrição em dívida ativa, execução e penhora, mas não impossibilita a Fazenda de proceder à sua regular constituição para prevenir a decadência do direito de lançar.”

Diante de tal exposição, mesmo ocorrendo a suspensão da exigibilidade do crédito tributário em razão de recurso administrativo ou por força de decisão judicial, seja mediante medida liminar concedida em Mandado de Segurança ou Cautelar, seja por antecipação de tutela em outras espécies de demandas judiciais, inexistente óbice legal para a efetivação da constituição do crédito tributário visando à prevenção da decadência, mediante lançamento de ofício, nos termos do art. 149 do CTN.

2.4. DA PREJUDICIALIDADE

Informa a fiscalização no item 3 do seu Relatório Fiscal:

“3.2- Na presente situação foi emitido pela Delegacia da Receita Federal em Belo Horizonte o Ato Declaratório n.º 966, de 01 de abril

de 2009, com o indeferimento do pedido de reconhecimento de isenção de contribuições sociais efetuado pela Fundação, razão pela qual procedemos ao lançamento de todos os créditos das contribuições devidas à Seguridade Social relativas aos fatos geradores. O ato de indeferimento, baseado na documentação apresentada e na declaração da própria entidade de que não promoveu assistência social beneficente, provocou o desenquadramento da condição de Entidade Beneficente de Assistência Social –EBAS – código FPAS – 639, passando a ser enquadrada nos seguintes códigos:

- *FPAS – 566-0 – Estabelecimentos de Defesa de Direitos Sociais , Assistência Social, Creches, Serviço de Saúde; Seja reconhecida como de utilidade pública federal;*
- *FPAS – 574-0- Estabelecimento de Ensino.*

3.3- O enquadramento incorreto do contribuinte na condição de EBAS – FPAS 639 redundou na ocorrência a seguir relatada, que acarretou no consequente cálculo de contribuições previdenciárias a menor, e que se configuraram na infração constatada:

- *Preenchimento incorreto na GFIP, por competência, dos campos FPAS, alíquota RAT e Percentual de Isenção de Filantropia que acarretou na ausência do cálculo das contribuições destinadas à Seguridade Social e a Outras Entidades e Fundos/Terceiros incidentes sobre as remunerações de segurados empregados e segurados contribuintes individuais;”*

Exsurge dos termos do Relatório Fiscal que o vertente lançamento decorre diretamente do indeferimento do Pedido de Reconhecimento de Isenção de Contribuições Sociais aviado Despacho Decisório nº 966 – DRF/BHE, a fls. 549/544, proferido nos autos do Processo Administrativo Fiscal nº 36378.000760/2007-61.

O pedido houve-se por indeferido com base na documentação apresentada e na declaração da própria entidade de que não promoveu assistência social beneficente.

Em face de tal decisão, a Fundação Oasis interpôs Recurso Voluntário, a fls. 172/183 dos autos do PAF nº 36378.000760/2007-61, o qual se houve por interposto intempestivamente, conforme assim atesta documento a fls. 462 desses autos.

Por determinação legislativa, mesmo o Recurso Voluntário intempestivo há de ser levado à apreciação do Órgão Julgador de 2ª Instância.

Ocorre, todavia, que antes da apreciação pelo órgão *ad quem*, os autos retornaram à repartição de origem, em observância às disposições inscritas no Decreto nº 7.237/2010, estando, ainda, pendente de decisão definitiva.

Nesse contexto, em razão da litispendência referida no item 1.2. supra e da flagrante relação de prejudicialidade, pugnamos pela conversão do julgamento do mérito em diligência, até o Trânsito em Julgado Administrativo do feito objeto do Processo Administrativo Fiscal nº 36378.000760/2007-61 acima citado.

A diligência deve ser concluída pela juntada de cópia da decisão definitiva, no âmbito administrativo, do PAF conexo referido no parágrafo anterior.

3. RESOLUÇÃO

Pelos motivos expendidos, voto pela CONVERSÃO do julgamento em DILIGÊNCIA, nos exatos termos detalhados nos parágrafos que a este antecedem.

Do resultado da diligência, antes de os autos retornarem a este Colegiado, conceda-se vista ao Recorrente, para que este, desejando, possa se manifestar no processo, no prazo normativo.

É como voto.

Arlindo da Costa e Silva, Relator.