



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

Processo nº 16327.001881/2008-07
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2401-002.783 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de novembro de 2012
Matéria SALÁRIO INDIRETO - TERCEIROS
Recorrente BANCO ITAU S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/01/2003 a 28/02/2005

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO – NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO – FNDE – DISCUSSÃO JUDICIAL SOBRE BASE DE CÁLCULO – RENÚNCIA À INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA – NÃO OCORRÊNCIA.

Tendo em vista que a presente autuação se resume ao julgamento da procedência de lançamento de contribuições devidas ao FNDE, não compreendidas no objeto da ação judicial anteriormente impetrada pelo contribuinte, não há que ser reconhecida a concomitância entre as esferas judicial e administrativa.

DECADÊNCIA. SÚMULA VINCULANTE N. 08 DO STF. ART. 150, § 4º DO CTN. É de 05 (cinco) anos o prazo decadencial para o lançamento das contribuições previdenciárias.

EXAMES CHECK UP – EXIGÊNCIA DE REALIZAÇÃO POR PARTE DA EMPRESA – PAGAMENTO OBRIGATÓRIO PELO EMPREGADOR – NR-07 DO TEM.

Os valores pagos diretamente aos hospitais referente aos exames check up, não constituem benefício direto ao empregado, face a obrigatoriedade de cumprimento. não se trata de procedimento elegível disponibilizado simplesmente ao empregado.

A empresa contratante deve arcar com o custo dos exames médicos periódicos, conforme previsto na NR-07 do MTE.

Recurso Voluntário Provido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 18/07/2013 por IGOR ARAUJO SOARES, Assinado digitalmente em 18/07/2013 por IGOR ARAUJO SOARES, Assinado digitalmente em 11/08/2013 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 26/08/2013 por ELIAS SAMPAIO FREIRE

Impresso em 28/08/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

ACORDAM os membros do colegiado, I) Pelo voto de qualidade, conhecer do recurso. Vencidos os conselheiros Kleber Ferreira de Araújo, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira (relatora) e Marcelo Freitas de Souza Costa, que não conheciam. II) Por maioria de votos, declarar a decadência até a competência 11/2003. Vencida a conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira (relatora), que declarava a decadência somente até 11/2002. III) Por unanimidade de votos, no mérito, dar provimento ao recurso. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Igor Araújo Soares.

Elias Sampaio Freire - Presidente

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira – Relatora

Igor Araújo Soares – Redator Designado

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. 37.195.848-2, em desfavor da recorrente, tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social, parcela destinada a terceiros, mais especificamente salário educação, no período de 01/2003 a 02/2005, levantados sobre o salário utilidade referente ao fornecimento de exames médicos denominados “check up’s” aos empregados executivos totalmente custeados pelo contribuinte.

Conforme descrito no relatório fiscal, fl. 40 a 42:

As contribuições devidas à Seguridade Social correspondentes à parte da empresa, inclusive o adicional de 2,5% previsto no § 1º do artigo 22 da Lei nº 8.212/91 e ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho — GILRAT, para o período 01/2003 a 02/2005, foram objeto da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito —NFLD nº 35.808.771-6, constituída em 03/08/2005, durante o curso do Mandado de Procedimento Fiscal — MPF nº 09211157 e prorrogações.

Conforme descrito no relatório fiscal da AIOP n. NFLD 35.808.771-6 , anexo ao presente AIOP:

CHECK UP

8. *Check-Up é a prestação de serviços de medicina diagnóstica, análises clínicas e exames complementares específicos para os executivos do Banco Itat5, englobando diretores, conselheiros, superintendentes e gerentes gerais.*

9. *Os serviços médicos são prestados pelos seguintes hospitais, de acordo com as notas fiscais apresentadas e relação nominal fornecida pela empresa:*

- *Sociedade Beneficente Israelita Brasileira Hospital Albert Einstein;*
- *Hospital Oswaldo Cruz;*
- *Laboratório Fleury.*

DAS CIRCULARES NORMATIVAS DA EMPRESA

10. *A empresa possui Circular Normativa Permanente apenas para o plano Hospitali Funcionários, que não integra a base de cálculo desta notificação, pelo fato de os empregados arcarem com os prêmios do seguro. Não foi fornecida nenhuma Circular Normativa para o plano Hospitali Diretores pela intimada.*

11. *A empresa não possui Circular Normativa que determine os procedimentos de fornecimento dos exames médicos CHECK-UP's, porém, apresentou orientação interna voltada para os*

gestores do benefício. A própria empresa denomina este procedimento como Benefício Diferenciado, e determina a população elegível e sua periodicidade:

- *Presidente/Vice-Presidente/Vice-Presidente Executivo/Consultor/Diretor*

Até 44 anos: Bienal

Acima de 45 anos: Anual

- *- Nível Gerente Geral/ Superintendentes/Equivalentes*

Até 44 anos: Bienal

Acima de 45 anos: Anual

- *- Nível Gerencial e Equivalentes*

Até 40 anos: Trienal

De 41 a 49 anos: Bienal

Acima de 49 anos? Anual

Em assim, sendo a presente ação fiscal referente à contribuição social — Salário Educação teve início em 13.11.2008 conforme Termo de Intimação Fiscal n. 01, cabendo ressaltar que o presente Auto de Infração foi lavrado objetivando os lançamentos de fatos geradores para o período de 01/2003 a 02/2005.

Na ação fiscal realizada durante o curso do MPF mencionado nos itens 2 e 3 supra foi formalizada a Representação Administrativa — RA no 35464.003385/2005-15, atendendo ao disposto no artigo 267, IV, da Orientação Interna INSS/DIREP no 07/2004, em virtude de o contribuinte ter mantido convênio com o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação — FNDE, estando sujeito ao recolhimento direto da respectiva contribuição. O objetivo da RA foi informar ao FNDE a existência de fatos geradores não contemplados pelo contribuinte no cálculo do salário-de-contribuição e, conseqüentemente, não sujeitos à incidência do salário-educação.

A RA mencionada no item anterior foi enviada ao FNDE para o devido exame, por meio do Ofício nº 21.404/611/2005 (cópia em anexo), de 24/10/2005, tendo sido restituído A Coordenação Geral de Fiscalização do Ministério da Fazenda através do Ofício nº 32/2007/SETAD/COASE/CGEOF/DIFIN/FNDE/MEC (cópia em anexo), de 13/11/2007, para fins de cobrança dos débitos existentes.

Observa-se, ainda, considerando que em 01/2007, na vigência do Decreto nº 6.003/2006 a competência para arrecadação, fiscalização e cobrança do salário-educação passou a ser exclusiva da Secretaria da Receita Previdenciária — SRP, e que a partir de 05/2007, com a aprovação da Lei nº 11.457, de 16/03/2007, tal competência passou a ser da Secretaria da Receita Federal do Brasil, é lavrado o presente Auto de Infração referente ao salário-educação.

Assim, importante destacar que o lançamento em questão refere-se a contribuição para o salário educação sobre diversas rubricas de salário indireto apuradas durante procedimento fiscal anterior. Foi anexada à fl. 51 a NFLD 35.808.771-6 que lançou a contribuição patronal sobre as remunerações indiretas geradas pelo fornecimento do check up.

Importante, destacar que a lavratura do AI deu-se em 12/12/2008, tendo a cientificação ao sujeito passivo ocorrido no dia 18/12/2008.

Não conformada com a autuação a recorrente apresentou impugnação, fls. 77 a 86.

As fls. 96 a 98 foram anexadas telas acerca do andamento da NFLD 35.80.8771-6, já definitivamente julgada no ano de 2007, havendo indicação de apresentação de ação judicial/dep integral.

Foi exarada a Decisão-Notificação - DN que confirmou a procedência do lançamento, fls. 92 a 100.

*ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES
Período de apuração: 01/01/2003 a 28/02/2005
DECADÊNCIA Com o entendimento sumulado da Egrégia
Corte (Súmula nº 08/2008) e do Parecer PGFN/CAT nº
1.617/2008, aprovado pelo Sr.*

Ministro de Estado da Fazenda em 18/08/2008, na contagem do prazo decadencial para constituição do crédito das contribuições devidas à Seguridade Social, na hipótese de inexistência de pagamento, utiliza-se a regra geral do art. 173 do CTN SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO- Entende-se por salário -de-contribuição a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, inclusive os ganhos habituais sob forma de utilidades (art. 28, inciso I, da Lei nº 8.212/91)

ASSISTÊNCIA MÉDICA- Integram o salário -decontribuição, para fins de incidência das contribuições devidas à Seguridade Social, o valores concedidos sob a forma de assistência médica não estendida a todos os empregados e dirigentes da empresa.

Lançamento Procedente

Não concordando com a decisão do órgão previdenciário, foi interposto recurso pela notificada, conforme fls. 103 a 123, contendo em síntese os mesmos argumentos da impugnação, os quais podemos destacar em síntese:

1. Decadência parcial a luz do art. 150, § 4º do CTN.
2. Há que se esclarecer, primeiramente, um evidente equívoco. Trata a presente autuação de duas categorias diferentes de trabalhadores: não empregados (diretores e conselheiros) e empregados.
3. Em relação aos primeiros, não se aplicam as normas da CLT, nem se pode argumentar que a remuneração por eles recebida possui natureza "salarial".

4. No entanto, com relação aos empregados cabe esclarecer que a Lei nº 8.212/91, em seu artigo 28, inciso I, ao definir o que é o salário -de-contribuição, dispõe que a contribuição previdenciária incide somente sobre a remuneração.
5. Conseqüentemente, se o pagamento não decorre diretamente do serviço prestado, não se pode falar em natureza remuneratória e, portanto, em incidência de contribuição previdenciária.—que não foram apreciadas na decisão de primeira instância as preliminares de nulidade suscitadas o que importa cerceamento do direito de defesa.
6. A alínea "q" do §9º do artigo 28 da mesma Lei nº 8.212/91 3 está absolutamente incompatível com o §2º do artigo 458 da CLT, cuja redação foi introduzida pela Lei no 10.243/01 que é posterior a Lei nº 8.212/91.
7. O parágrafo 2º do artigo 458 da CLT não estabelece nenhum requisito para que o atendimento à saúde não integre o conceito de salário utilidade.
8. Portanto, é inegável a revogação tácita da alínea "q" do §9º do artigo 28 da Lei nº 8.212/91 pela Lei nº 10.243/01 que alterou o §2º do artigo 458 da CLT.
9. Nesse sentido, a submissão de diretores e conselheiros e alguns empregados executivos a exames periódicos de check up, não constitui um "benefício" a eles disponibilizado pela empresa, mas sim uma preocupação por parte desta com saúde do segurado (elegíveis, em razão da função que desempenham).
10. Por ser uma exigência da empresa, o exame de *check up* deve ser pago pelo Recorrente, pois constitui uma das exigências para a ocupação e manutenção do cargo.
11. Estranho seria se o ocupante do cargo tivesse que assumir como suas, despesas com exames médicos requisitados **pelo Recorrente** em função da ocupação do cargo.
12. Portanto, a preocupação com a saúde do segurado só demonstra o **compromisso social** que o Recorrente tem, sendo inadmissível a equiparação à remuneração dos valores por ela despendidos com exames *check up* que são por ela requisitados periodicamente ao segurado.
13. Diante do exposto, requer o Recorrente seja julgado totalmente improcedente o lançamento pelas razões acima aduzidas, quer em face da decadência parcial do lançamento, quer em face da impossibilidade de se incluir o fornecimento de exames *check up*' s a seus diretores e conselheiros não empregados na base de cálculo da • contribuição previdenciária e, portanto, como base para contribuição ao salário educação.

O processo foi encaminhado em diligência nos seguintes termos:

DAS QUESTÕES PRELIMINARES:

Apesar de terem sido apresentados e rebatidos diversos argumentos em sede de recurso, e já existir decisão definitiva sobre a mesma base de cálculo, em relação as NFLD envolvendo a parcela patronal, entendo existir um ponto a ser esclarecido.

Conforme descrito no relatório deste voto, às fls. 96 a 98 foram anexadas telas acerca do andamento da NFLD 35808771-6, já definitivamente julgada no ano de 2007, havendo indicação de apresentação de ação judicial/dep integral.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 18/07/2013 por IGOR ARAUJO SOARES, Assinado digitalmente em 18/07/2013 por IGOR ARAUJO SOARES, Assinado digitalmente em 11/08/2013 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 26/08/2013 por ELIAS SAMPAIO FREIRE

Impresso em 28/08/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Nessa seara, devemos levar em consideração a impossibilidade de efetivar julgamento de matéria objeto de ação judicial, seja em que momento do processo administrativo, tenha se dado o ingresso com a medida judicial. Nesse sentido dispõe a súmula SÚMULA Nº 1, deste CARF:

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo.

Porém dita conclusão só é aplicável em relação a matéria idêntica, o que não é possível concluir neste momento.

Assim, entendo necessário que o julgamento seja convertido em diligência, para que a autoridade fiscal se manifeste acerca da existência de ação judicial, e qual o objeto da mesma, demonstrando especificamente se a pretensão é objetivamente promover a anulação da NFLD 35.808.771-6, ou se o questionamento visa a declaração de que os valores dos exames check up não podem ser incluídos na base de cálculo de contribuições.

O contribuinte encaminhou solicitação de levantamento do depósito recursal, fl. 147, tendo o contribuinte foi cientificado do indeferimento do pedido.

Foi colacionado aos autos cópia da ação judicial – “Ação Anulatória de débito Fiscal, com pedido de tutela antecipada”, fl. 539 a 655, em relação ao DEBCAD 35.808.771-6, onde propõe a apreciação das seguintes questões:

14. Consumação do prazo decadencial relativamente à parcela do período autuado, razão pela qual, nesse ponto, configurou-se a extensão parcial do direito de cobrança do fisco previdenciário.
15. Não incidência das contribuições previdenciárias sobre o fornecimento de seguro hospitalar e de exames médicos.
16. Esclarece-se que a autuação pretende exigir do autor a contribuição devida ao INCRA. Entretanto, a exigibilidade de referida contribuição encontra-se suspensa, em virtude de sentença favorável proferida nos autos do MS n. 2005.61.00.901041-4 em trâmite da 15 Vara Cível da Justiça Federal de São Paulo.
17. Observa, também o autor que não pretende discutir, na presente ação, a inconstitucionalidade do adicional da contribuição previdenciária na alíquota de 2,5% instituída pelo art. 22 da lei 8212/91, matéria, aliás que é objeto da ação de rito ordinário distribuída sob o n. 1999.61.00.060303-7, a qual aguarda julgamento em primeira instância.

Manifestou-se, ainda a DICAT da DRFB no seguinte sentido:

O presente processo retornou do CARF para que esta Dicat realizasse diligência através da qual solicitava-se manifestação acerca da existência de ação judicial com causa suspensiva referente a NFLD 35.808.771-6 e, em caso positivo, qual seria o objeto da

mesma (fls. 140-144). Analisando os autos do processo administrativos o qual controla referida NFLD, constatou-se que a mesma está suspensa em virtude de depósito judicial realizado nos autos da ação anulatória de débitos fiscal 2007.61.00.024309-3. Às fls. 153-176, foi juntada a petição inicial do autor através da qual pode ser consultado o objeto da mesma. Tendo sido realizada a diligência solicitada, determino o retorno do processo ao CARF para julgamento.

É o relatório.

CÓPIA

Voto Vencido

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Relatora

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

Em se tratando de retorno de diligência comandado por este conselho, despidendo a análise dos pressupostos, tendo em vista já terem sido avaliados quando do primeiro julgamento.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES:

DO CONHECIMENTO DO RECURSO

Conforme descrito no relatório deste voto, a NFLD em tela, tem por fundamento a indicação dos valores de exames médicos “check up a diretores da empresa”, sendo que a mesma entende que ditos pagamentos não compõem o conceito de salário de contribuição. Para tanto, a mesma faz referência à NFLD 35.808.771-6, já definitivamente julgada no ano de 2007.

Para melhor esclarecer o andamento do processo conexo (NFLD 35808771-6) e seu objeto, anteriormente o presente processo foi baixado em diligência, para que se indicasse a existência de ação judicial com vista a anular a NFLD 35808771-6, bem como fosse identificado seu objeto, considerando o teor da súmula nº 1, deste CARF: “ Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo.”

Após o cumprimento da diligência, foi possível identificar o objeto da ação, qual seja:

18. Consumação do prazo decadencial relativamente à parcela do período autuado, razão pela qual, nesse ponto, configurou-se a extensão parcial do direito de cobrança do fisco previdenciário.
19. Não incidência das contribuições previdenciárias sobre o fornecimento de seguro hospitalar e de exames médicos.
20. Esclarece-se que a autuação pretende exigir do autor a contribuição devida ao INCRA. Entretanto, a exigibilidade de referida contribuição encontra-se suspensa, em virtude de sentença favorável proferida nos autos do MS n. 2005.61.00.901041-4 em trâmite da 15 Vara Cível da Justiça Federal de São Paulo.
21. Observa, também o autor que não pretende discutir, na presente ação, a inconstitucionalidade do adicional da contribuição previdenciária na alíquota de 2,5% instituída pelo art. 22 da lei 8212/91, matéria, aliás que é objeto da ação de rito ordinário distribuída sob o n. 1999.61.00.060303-7, a qual aguarda julgamento em primeira instância.

Ou seja, identifica-se que a propositura da ação tem por escopo, o mesmo objeto da NFLD ora em julgamento, razão porque incabível a apreciação do mérito, posto que tendo esta NFLD sido lavrada em estreita observância daquela, sobre a mesma base de cálculo,

o resultado de uma interfere diretamente no resultado das demais lavradas sob o mesmo fundamento.

No mesmo sentido posiciona-se este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF ao publicar a súmula nº. 1 aprovada em sessão plenária de 08/12/2009, sessão que determinou nova numeração após a extinção dos Conselhos de Contribuintes.

SÚMULA Nº 1

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo.

Mesmo entendimento deve ser adotado em relação a apreciação do prazo decadencial, tendo em vista que na mesma ação, propõe o recorrente seja acatada a decadência com fundamento no art. 150, § 4º do CTN. Ou seja, incabível seria a apreciação da decadência, quando baseada em outro lançamento, onde se discute a mesma matéria.

Dessa forma, entendo não deva ser conhecido do recurso.

DA APRECIACÃO DAS DEMAIS PRELIMINARES APÓS TER SIDO VENCIDA NO CONHECIMENTO DO RECURSO

DA DECADÊNCIA

Vencida que fui na preliminar de conhecimento do recurso, passo a apreciar as questões de mérito quanto ao fornecimento de exames check up as diretores EMPREGADOS.

Quanto a preliminar referente ao prazo de decadência para o fisco constituir os créditos objeto desta NFLD, subsumo todo o meu entendimento quanto a legalidade do art. 45 da Lei 8212/91 (10 anos), outrora defendido, à decisão do STF. Dessa forma, quanto a decadência de 5 anos, razão assiste ao contribuinte nos termos abaixo expostos.

O STF em julgamento proferido em 12 de junho de 2008, declarou a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/1991, tendo inclusive no intuito de eximir qualquer questionamento quanto ao alcance da referida decisão, editado a Súmula Vinculante de nº 8, senão vejamos:

Súmula Vinculante nº 8 “São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

O texto constitucional em seu art. 103-A deixa claro a extensão dos efeitos da aprovação da súmula vinculando, obrigando toda a administração pública ao cumprimento de seus preceitos. Dessa forma, entendo que este colegiado deverá aplicá-la de pronto, mesmo nos casos em que não argüida a decadência quinquenal por parte dos recorrentes. Assim, prescreve o artigo em questão:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas

esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Ao declarar a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei n.º 8.212, prevalecem as disposições contidas no Código Tributário Nacional – CTN, quanto ao prazo para a autoridade previdenciária constituir os créditos resultantes do inadimplemento de obrigações previdenciárias. Cite-se o posicionamento do STJ quando do julgamento proferido pela 1ª Seção no Recurso Especial de n.º 766.050, cuja ementa foi publicada no Diário da Justiça em 25 de fevereiro de 2008, nestas palavras:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ISS. ALEGADA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. VALIDADE DA CDA. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA - ISS. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. ENQUADRAMENTO DE ATIVIDADE NA LISTA DE SERVIÇOS ANEXA AO DECRETO-LEI N.º 406/68. ANALOGIA. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. POSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FAZENDA PÚBLICA VENCIDA. FIXAÇÃO. OBSERVAÇÃO AOS LIMITES DO § 3.º DO ART. 20 DO CPC. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07 DO STJ. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. INOCORRÊNCIA. ARTIGO 173, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN.

1. O Imposto sobre Serviços é regido pelo DL 406/68, cujo fato gerador é a prestação de serviço constante na lista anexa ao referido diploma legal, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo. 2. A lista de serviços anexa ao Decreto-lei n.º 406/68, para fins de incidência do ISS sobre serviços bancários, é taxativa, admitindo-se, contudo, uma leitura extensiva de cada item, no afã de se enquadrar serviços idênticos aos expressamente previstos (Precedente do STF: RE 361829/RJ, publicado no DJ de 24.02.2006; Precedentes do STJ: AgRg no Ag 770170/SC, publicado no DJ de 26.10.2006; e AgRg no Ag 577068/GO, publicado no DJ de 28.08.2006). 3. Entrementes, o exame do enquadramento das atividades desempenhadas pela instituição bancária na Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei 406/68 demanda o reexame do conteúdo fático probatório dos autos, insindicável ante a incidência da Súmula 7/STJ (Precedentes do STJ: AgRg no Ag 770170/SC, publicado no DJ de 26.10.2006; e REsp 445137/MG, publicado no DJ de 01.09.2006). 4. Deveras, a verificação do preenchimento dos requisitos em Certidão de Dívida Ativa demanda exame de matéria fático-probatória, providência inviável em sede de Recurso Especial (Súmula 07/STJ). 5. Assentando a Corte Estadual que "na Certidão de Dívida Ativa consta o nome do devedor, seu endereço, o débito com seu valor originário, termo inicial, maneira de calcular juros de mora, com seu fundamento legal (Código Tributário Municipal, Lei n.º 2141/94; 2517/97, 2628/98 e 2807/00) e a descrição de todos os acréscimos" e que "os demais requisitos podem ser observados nos autos de processo administrativo acostados aos autos de execução em apenso, onde se verificam: a procedência do débito

(ISSQN), o exercício correspondente (01/12/1993 a 31/10/1998), data e número do Termo de Início de Ação Fiscal, bem como do Auto de Infração que originou o débito", não cabe ao Superior Tribunal de Justiça o reexame dessa inferência. 6. Vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários advocatícios não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do artigo 20, § 4º, do CPC (Precedentes: AgRg no AG 623.659/RJ, publicado no DJ de 06.06.2005; e AgRg no Resp 592.430/MG, publicado no DJ de 29.11.2004). 7. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07, do STJ, e no entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário" (Súmula 389/STF). 8. O Código Tributário Nacional, ao dispor sobre a decadência, causa extintiva do crédito tributário, assim estabelece em seu artigo 173: "Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado. Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento." 9. A decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, quais sejam: (i) regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado; (ii) regra da decadência do direito de lançar nos casos em que notificado o contribuinte de medida preparatória do lançamento, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento de ofício ou de tributos sujeitos a lançamento por homologação em que incorre o pagamento antecipado; (iii) regra da decadência do direito de lançar nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em que há parcial pagamento da exação devida; (iv) regra da decadência do direito de lançar em que o pagamento antecipado se dá com fraude, dolo ou simulação, ocorrendo notificação do contribuinte acerca de medida preparatória; e (v) regra da decadência do direito de lançar perante anulação do lançamento anterior (In: Decadência e Prescrição no Direito Tributário, Eurico Marcos Diniz de Santi, 3ª Ed., Max Limonad, págs. 163/210). 10. Nada obstante, as aludidas regras decadenciais apresentam prazo quinquenal com dies a quo diversos. 11. Assim, conta-se do "do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" (artigo 173, I, do CTN), o prazo quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício), quando não prevê a

lei o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, bem como inexistindo notificação de qualquer medida preparatória por parte do Fisco. No particular, cumpre enfatizar que "o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, sendo inadmissível a aplicação cumulativa dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do CTN, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação, a fim de configurar desarrazoado prazo decadencial decenal. 12. Por seu turno, nos casos em que inexistente dever de pagamento antecipado (tributos sujeitos a lançamento de ofício) ou quando, existindo a aludida obrigação (tributos sujeitos a lançamento por homologação), há omissão do contribuinte na antecipação do pagamento, desde que inócorrentes quaisquer ilícitos (fraude, dolo ou simulação), tendo sido, contudo, notificado de medida preparatória indispensável ao lançamento, fluindo o termo inicial do prazo decadencial da aludida notificação (artigo 173, parágrafo único, do CTN), independentemente de ter sido a mesma realizada antes ou depois de iniciado o prazo do inciso I, do artigo 173, do CTN. 13. Por outro lado, a decadência do direito de lançar do Fisco, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, quando ocorre pagamento antecipado inferior ao efetivamente devido, sem que o contribuinte tenha incorrido em fraude, dolo ou simulação, nem sido notificado pelo Fisco de quaisquer medidas preparatórias, obedece a regra prevista na primeira parte do § 4º, do artigo 150, do Codex Tributário, segundo o qual, se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador: "Neste caso, concorre a contagem do prazo para o Fisco homologar expressamente o pagamento antecipado, concomitantemente, com o prazo para o Fisco, no caso de não homologação, empreender o correspondente lançamento tributário. Sendo assim, no termo final desse período, consolidam-se simultaneamente a homologação tácita, a perda do direito de homologar expressamente e, conseqüentemente, a impossibilidade jurídica de lançar de ofício" (In Decadência e Prescrição no Direito Tributário, Eurico Marcos Diniz de Santi, 3ª Ed., Max Limonad, pág. 170). 14. A notificação do ilícito tributário, medida indispensável para justificar a realização do ulterior lançamento, afigura-se como dies a quo do prazo decadencial quinquenal, em havendo pagamento antecipado efetuado com fraude, dolo ou simulação, regra que configura ampliação do lapso decadencial, in casu, reiniciado. Entrementes, "transcorridos cinco anos sem que a autoridade administrativa se pronuncie, produzindo a indigitada notificação formalizadora do ilícito, operar-se-á ao mesmo tempo a decadência do direito de lançar de ofício, a decadência do direito de constituir juridicamente o dolo, fraude ou simulação para os efeitos do art. 173, parágrafo único, do CTN e a extinção do crédito tributário em razão da homologação tácita do pagamento antecipado"

(Eurico Marcos Diniz de Santi, in obra citada, pág. 171). 15. Por fim, o artigo 173, II, do CTN, cuida da regra de decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário quando sobrevém decisão definitiva, judicial ou administrativa, que anula o lançamento anteriormente efetuado, em virtude da verificação de vício formal. Neste caso, o marco decadencial inicia-se da data em que se tornar definitiva a aludida decisão anulatória. 16. In casu: (a) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (b) a obrigação ex lege de pagamento antecipado do ISSQN pelo contribuinte não restou adimplida, no que concerne aos fatos geradores ocorridos no período de dezembro de 1993 a outubro de 1998, consoante apurado pela Fazenda Pública Municipal em sede de procedimento administrativo fiscal; (c) **a notificação do sujeito passivo da lavratura do Termo de Início da Ação Fiscal, medida preparatória indispensável ao lançamento direto substitutivo, deu-se em 27.11.1998;** (d) a instituição financeira não efetuou o recolhimento por considerar intributáveis, pelo ISSQN, as atividades apontadas pelo Fisco; e (e) a constituição do crédito tributário pertinente ocorreu em 01.09.1999. 17. **Desta sorte, a regra decadencial aplicável ao caso concreto é a prevista no artigo 173, parágrafo único, do Codex Tributário, contando-se o prazo da data da notificação de medida preparatória indispensável ao lançamento, o que sucedeu em 27.11.1998 (antes do transcurso de cinco anos da ocorrência dos fatos impositivos apurados), donde se deduz a higidez dos créditos tributários constituídos em 01.09.1999.** 18. Recurso especial parcialmente conhecido e desprovido. **(GRIFOS NOSSOS)**

Podemos extrair da referida decisão as seguintes orientações, com o intuito de balizar a aplicação do instituto da decadência quinquenal no âmbito das contribuições previdenciárias após a publicação da Súmula vinculante nº 8 do STF:

Conforme descrito no recurso acima: “A decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, quais sejam: (i) regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado; (ii) regra da decadência do direito de lançar nos casos em que notificado o contribuinte de medida preparatória do lançamento, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento de ofício ou de tributos sujeitos a lançamento por homologação em que incorre o pagamento antecipado; (iii) regra da decadência do direito de lançar nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em que há parcial pagamento da exação devida; (iv) regra da decadência do direito de lançar em que o pagamento antecipado se dá com fraude, dolo ou simulação, ocorrendo notificação do contribuinte acerca de medida preparatória; e (v) regra da decadência do direito de lançar perante anulação do lançamento anterior (In: Decadência e Prescrição no Direito Tributário, Eurico Marcos Diniz de Santi, 3ª Ed., Max Limonad, págs. 163/210)

O Código Tributário Nacional, ao dispor sobre a decadência, causa extintiva do crédito tributário, nos casos de lançamentos em que não houve antecipação do pagamento assim estabelece em seu artigo 173:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 18/07/2013 por IGOR ARAUJO SOARES, Assinado digitalmente em 18/07/2013 p

or IGOR ARAUJO SOARES, Assinado digitalmente em 11/08/2013 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEI

RA, Assinado digitalmente em 26/08/2013 por ELIAS SAMPAIO FREIRE

Impresso em 28/08/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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

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

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

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento."

Já em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, quando ocorre pagamento antecipado inferior ao efetivamente devido, sem que o contribuinte tenha incorrido em fraude, dolo ou simulação, aplica-se o disposto no § 4º, do artigo 150, do CTN, segundo o qual, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador, Senão vejamos o dispositivo legal que descreve essa assertiva:

Art.150 - O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º - O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento.

§ 2º - Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.

§ 3º - Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.

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

Contudo, para que possamos identificar o dispositivo legal a ser aplicado, seja o art. 173 ou art. 150 do CTN, devemos identificar a natureza das contribuições omitidas para que, só assim, possamos declarar da maneira devida a decadência de contribuições previdenciárias.

No caso, a aplicação do art. 150, § 4º, é possível quando realizado pagamento de contribuições, que em data posterior acabam por ser homologados expressa ou tacitamente. Contudo, antecipar o pagamento de uma contribuição significa delimitar qual o seu fato gerador e em processo contíguo realizar o seu pagamento. Deve ser possível ao fisco, efetuar de forma, simples ou mesmo eletrônica a conferência do valor que se pretendia recolher e o

efetivamente recolhido. Neste caso, a inércia do fisco em buscar valores já declarados, ou mesmo continuamente pagos pelo contribuinte é que lhe tira o direito de lançar créditos pela aplicação do prazo decadencial consubstanciado no art. 150, § 4º.

Assim, dever-se-á considerar que houve antecipação para aplicação do § 4º do art. 150 do CTN, quando ocorreu por parte do contribuinte o reconhecimento do valor devido e o seu parcial recolhimento, sendo em todos os demais casos de não reconhecimento da rubrica aplicável o art. 173 do referido diploma.

Ao contrário dos levantamentos que apontam diferenças de contribuições no caso exames check ups não há por parte do contribuinte o reconhecimento dos valores pagos como salário de contribuição. Nestes casos, incabível considerar que houve pagamento antecipado, simplesmente porque não houve reconhecimento do fato gerador pelo recorrente e caso não ocorresse a atuação do fisco, nunca haveria o referido recolhimento. Tal fato pode ainda ser ratificado, pela não informação, por parte do contribuinte do salário de contribuição em GFIP.

Nesse caso, toda a máquina administrativa, em especial a fiscalização federal terá que ser movida para identificar a existência pontual de contribuições a serem recolhidas. Não é algo que se possa determinar pelo simples confronto eletrônico de declarações e guias de recolhimento. Dessa forma, em sendo desconsiderada a natureza tributária de determinada verba, como poder-se-ia considerar que houve antecipação de pagamento de contribuições. Entendo que só se antecipa, aquilo que se considera.

No caso ora em análise, identificamos pagamentos de “cestas básicas”, ou seja salários indiretos, nos quais o próprio recorrente entende não existir contribuição, posto se tratar de pagamentos por determinação de dissídios coletivos. Portanto, existe a demonstração do não reconhecimento do fato gerador, para que tenha existido antecipação do pagamento.

Como considerar que houve antecipação de pagamento de algo que o contribuinte nunca pretendeu recolher. Antecipar significa: Fazer, dizer, sentir, fruir, fazer ocorrer, antes do tempo marcado, previsto ou oportuno; precipitar; Chegar antes de; anteceder. Ou seja, não basta dizer que houve recolhimento em relação a remuneração como um todo, mas sim, identificar sob qual base foi o pagamento realizado. A acepção do termo remuneração não pode ser, para fins de definição do salário de contribuição una, tanto o é, que a doutrina e jurisprudência trabalhistas não admitem o pagamento aglutinado das verbas trabalhista, o denominado salário complexivo ou complessivo.

Considerar que os fatos geradores são únicos, e portanto, a remuneração deva ser considerada como algo global, e desconsiderar a complexidade das contribuições previdenciárias, bem como a natureza da relação laboral. Não há como engajar-se em tal raciocínio em relação às contribuições previdenciárias, visto que existe até mesmo, documento próprio para que o contribuinte indique mensalmente e por empregado o que é devido e realize o recolhimento das contribuições correspondente a estes fatos geradores.

Assim, dever-se-á considerar que houve antecipação para aplicação do § 4º do art. 150 do CTN, quando ocorreu por parte do contribuinte o reconhecimento do valor devido e o seu parcial recolhimento, sendo em todos os demais casos de não reconhecimento da rubrica aplicável o art. 173 do referido diploma.

Ocorre que no caso em questão, o lançamento foi efetuado em 12/12/2008, tendo a cientificação ao sujeito passivo ocorrido no dia 18/12/2008. Sendo assim, considerando

que os fatos geradores ocorreram entre 01/2003 a 02/2005, devem ser excluídas a luz do art. 173, I as contribuições até 11/2002.

DO MÉRITO

Note-se que no recurso em questão, o contribuinte resumiu-se a atacar a decadência, bem como a incidência de contribuições sobre a base de cálculo “exames check up”l, sem reitar, qualquer dos valores apurados como fatos geradores, nem tampouco questionar o lançamento das contribuições destinadas ao FNDE .

Embora, o presente processo trate de obrigação principal destinada a terceiros, e teria ligação direta com o resultado da obrigação patronal, como os processos não se encontram apensados, entendo devam ser apreciadas todas as questões trazidas pelo recorrente, posto teve o processo tratamento autônomo em relação aos demais.

DO MÉRITO

No mérito, foram atacados os salários indiretos (EXAMES CHECK UP PAGOS AOS DIRETORES EMPREGADOS) considerados pela auditoria fiscal, como salário de contribuição para efeitos previdenciários

DA DEFINIÇÃO DE SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO

De acordo com o previsto no art. 28 da Lei n º 8.212/1991, para o segurado empregado entende-se por salário-de-contribuição:

Art.28. Entende-se por salário-de-contribuição:

I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)- grifo nosso.

Destaco, que apesar de trazer argumentos quanto a impossibilidade de apurar salário indireto aos contribuintes individuais que lhe prestam serviços, ditos fatos geradores não encontram-se descritos no presente AIOP, posto não refletir na contribuição destinada a terceiros, razão porque deixo de apreciar ditas questões.

A legislação previdenciária é clara quando destaca, em seu art. 28, §9º, quais as verbas que não integram o salário de contribuição em relação a fornecimento de saúde. Tais parcelas não sofrem incidência de contribuições previdenciárias, seja por sua natureza indenizatória ou assistencial.

Art. 28 (...)

§ 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente: (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

q) o valor relativo à assistência prestada por serviço médico ou odontológico, próprio da empresa ou por ela conveniado, inclusive o reembolso de despesas com medicamentos, óculos, aparelhos ortopédicos, despesas médico-hospitalares e outras similares, desde que a cobertura abranja a totalidade dos empregados e dirigentes da empresa; (Alinea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

Assim, ao não cumprir os dispositivos legais quanto a concessão dos benefícios, assumiu o recorrente o ônus de ter os valores dos benefícios integrando o conceito de salário de contribuição, quando pago em desacordo com as respectivas leis.

Segundo o ilustre professor Arnaldo Süssekind em seu livro *Instituições de Direito do Trabalho*, 21ª edição, volume 1, editora LTr, o significado do termo remuneração deve ser assim interpretado:

No Brasil, a palavra remuneração é empregada, normalmente, com sentido lato, correspondendo ao gênero do qual são espécies principais os termos salários, vencimentos, ordenados, soldo e honorários. Como salientou com precisão Martins Catharino, “costumeiramente chamamos vencimentos a remuneração dos magistrados, professores e funcionários em geral; soldo, o que os militares recebem; honorários, o que os profissionais liberais ganham no exercício autônomo da profissão; ordenado, o que percebem os empregados em geral, isto é, os trabalhadores cujo esforço mental prepondera sobre o físico; e finalmente, salário, o que ganham os operários. Na própria linguagem do povo, o vocábulo salário é preferido quando há prestação de trabalho subordinado.”

Contudo, embora já tenha me manifestado em diversas situações acerca da inclusão de verbas pagas à título de planos de saúde, seguro médico, dentre outros no conceito de salário de contribuição, face o mesmo argumento de não extensão a todos os empregados e diretores, vislumbro no caso em questão, situação diversa que merece ser enfrentada sob outra ótica.

Entendo clara a possibilidade de apurar contribuições sobre valores ou utilidades fornecidas aos empregados, quando este benefício represente um ganho, pelo trabalho na empresa. Afasto para esses casos, de pronto, o argumento de que não são contraprestação pelo serviço prestado, posto representar um ganho ao qual o empregado assumiria o encargo de pagar, caso o empregador não lhe fornecesse.

Um fato chamou a atenção no presente lançamento. No relatório fiscal da obrigação patronal, NFLD 35.808.771-6, fls. 109 (anexo ao relatório fiscal) o auditor assim, descreveu os fatos geradores.

CHECK UP

8. Check-Up é a prestação de serviços de medicina diagnóstica, análises clínicas e exames complementares específicos para os

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 18/07/2013 por IGOR ARAUJO SOARES, Assinado digitalmente em 18/07/2013 por

IGOR ARAUJO SOARES, Assinado digitalmente em 11/08/2013 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEI

RA, Assinado digitalmente em 26/08/2013 por ELIAS SAMPAIO FREIRE

Impresso em 28/08/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

executivos do Banco Itat5, englobando diretores, conselheiros, superintendentes e gerentes gerais.

9. Os serviços médicos são prestados pelos seguintes hospitais, de acordo com as notas fiscais apresentadas e relação nominal fornecida pela empresa:

- Sociedade Beneficente Israelita Brasileira Hospital Albert Einstein;*
- Hospital Oswaldo Cruz;*
- Laboratório Fleury.*

DAS CIRCULARES NORMATIVAS DA EMPRESA

10. A empresa possui Circular Normativa Permanente apenas para o plano Hospitali Funcionários, que não integra a base de cálculo desta notificação, pelo fato de os empregados arcarem com os prêmios do seguro. Não foi fornecida nenhuma Circular Normativa para o plano Hospitali Diretores pela intimada.

11. A empresa não possui Circular Normativa que determine os procedimentos de fornecimento dos exames médicos CHECK-UP's, porém, apresentou orientação interna voltada para os gestores do benefício. A própria empresa denomina este procedimento como Benefício Diferenciado, e determina a população elegível e sua periodicidade:

- Presidente/Vice-Presidente/Vice-Presidente
Executivo/Consultor/Diretor*

Até 44 anos: Bienal

Acima de 45anos: Anual

- - Nível Gerente Geral/ Superintendentes/Equivalentes*

Até 44 anos: Bienal

Acima de 45 anos: Anual

- - Nível Gerencial e Equivalentes*

Até 40 anos: Trienal

De 41 a 49 anos: Bienal

Acima de 49 anos? Anual

Quanto aos valores pagos diretamente aos hospitais referente aos exames check up, entendo deve ser levado em conta duas informações relevantes nos autos. Primeiro no relatório do processo, trouxe a autoridade fiscal informação de quando deveriam ocorrer os exames check up por parte dos segurados empregados. Ou seja, não se trata de procedimento elegível disponibilizado simplesmente ao empregado. Mas, norma interna da empresa que determina prazo para os exames serem realizados. Assim, não se trata de mero benefício, mas condição de desempenho profissional, imposta pela empresa. Dita condição, assemelha-se a de exames médicos periódicos.

Já outro ponto, que entendo pertinente, trazido no recurso é que o exame é exigência da empresa, para os seus empregados executivos. Assim, realmente não é possível identificar a verba como um mero benefício, mas uma obrigação dos empregados.

Ademais a própria legislação Norma Regulamentadora - NR-7 do Ministério do Trabalho, prescreve :

.3.1. Compete ao empregador:

a) garantir a elaboração e efetiva implementação do PCMSO, bem como zelar pela sua eficácia;

b) custear sem ônus para o empregado todos os procedimentos relacionados ao PCMSO;

c) indicar, dentre os médicos dos Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e Medicina do Trabalho – SES0MT, da empresa, um coordenador responsável pela execução do PCMSO;

d) no caso de a empresa estar desobrigada de manter médico do trabalho, de acordo com a NR 4, deverá o empregador indicar médico do trabalho, empregado ou não da empresa, para coordenar o PCMSO;

e) inexistindo médico do trabalho na localidade, o empregador poderá contratar médico de outra especialidade para coordenar o PCMSO.

7.3.1.1. Ficam desobrigadas de indicar médico coordenador as empresas de grau de risco 1 e 2, segundo o Quadro 1 da NR 4, com até 25 (vinte e cinco) empregados e aquelas de grau de risco 3 e 4, segundo o Quadro 1 da NR 4, com até 10 (dez) empregados.

Isto posto, entendo que os valores dos exames check up, nos moldes descritos no relatório fiscal não constituem salário de contribuição, razão porque dou provimento ao recurso.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto pelo CONHECIMENTO do recurso para excluir do lançamento os fatos geradores até 11/2002 face a decadência quinquenal e no mérito voto por DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

É como voto.

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira.

Voto Vencedor

Conselheiro Igor Araújo Soares, Relator

Em que pesem os sempre bem lançados fundamentos constantes do voto da Em. Relatora, ousou dela divergir quanto a dois pontos.

Inicialmente, ao efetuar o cotejo entre o objeto da presente autuação e a discussão travada nos autos da ação judicial n. 2007.61.00024389-3, não vislumbro tratar-se de matérias idênticas a atrair a incidência da Súmula n. 01 do CARF.

Fato é que, conforme já apontado pela Il. Relatora, o objeto dos autos é o seguinte:

O presente Auto de Infração de Obrigação Principal, lavrado sob o n. 37.195.8482, em desfavor da recorrente, tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social, parcela destinada a terceiros, mais especificamente salário educação, no período de 01/2003 a 02/2005, levantados sobre o salário utilidade referente ao fornecimento de exames médicos denominados "check up's" aos empregados executivos totalmente custeados pelo contribuinte.

E da análise da petição inicial da ação impetrada verifica que o contribuinte se insurge contra a lavratura da NFLD 35.808.771-6, na qual foram lançadas contribuições da empresa, SAT e terceiros (INCRA), incidentes sobre pagamentos efetuados aos seus diretores e conselheiros não empregados e o fornecimento de exames médicos aos seus diretores e empregados executivos, por serem considerados como salário utilidade.

A meu ver, portanto, não entendo presente o óbice de conhecimento no presente caso, pois em se tratando de uma ação judicial diretamente relacionada a um dado lançamento fiscal, o lançamento efetuado de forma posterior, e no qual não constam as mesmas contribuições cuja legalidade é debatida em sede de ação judicial há de ser enfrentado por este Eg. Conselho.

Logo, com a devida vênia ao entendimento da nobre relatora, entendo que o recurso deva ser conhecido, de modo que passo a análise do pedido de reconhecimento da decadência.

Neste aspecto, há se de considerar que Supremo Tribunal Federal, ao julgar os Recursos Extraordinários nº 556664, 559882, 559943 e 560626, quando, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei n. 8212/91, foi determinada a edição da Súmula Vinculante nº 08 a respeito do tema, cujo teor é o seguinte:

Súmula Vinculante 8 "São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário"

Logo, conforme se depreende do art. 103-A, *caput*, da Constituição Federal que foi inserido pela Emenda Constitucional nº 45/2004 (teor transcrito a seguir), o enunciado das Súmulas Vinculantes editadas e aprovadas pelo Eg. STF devem obrigatoriamente ser

observados pelos órgãos da administração pública direta e indireta, como é o caso do CARF, confira-se:

"Art. 103-A. *O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.*
(g.n.)

Em assim sendo, resta patente a necessidade de que para a contagem do prazo decadencial, em se tratando de lançamento por homologação, deverão ser aplicadas as regras dispostas pelo Código Tributário Nacional, seja a do art. 150, §4º, seja a do art. 173, I, cuja aplicação deverá ser verificada caso a caso, conforme tenha ou não havido antecipação, mesmo que parcial, do pagamento do tributo ou contribuição devida.

No caso de ter havido antecipação, mesmo que parcial, deverá ser aplicado, para fins de contagem, o art. 150, §4º do CTN e quando não houve qualquer antecipação, deverá ser aplicado o art. 173, I.

Tal orientação acerca da aplicação das regras de contagem do prazo decadencial, já fora inclusive objeto de análise e confirmação pelo Eg. Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do RESP 973.733, julgado em 12/08/2009, que se deu sobre o rito dos recursos repetitivos, com fundamento no art. 543-B do Código de Processo Civil Brasileiro.

Conclui-se, portanto, por força do art. 62 do RICARF, o qual determina que este Conselho "reproduza" as decisões já tomadas pelo STJ nos julgamentos de Recursos Repetitivos, há de se considerar que, em se tratando de caso no qual estão sendo lançadas diferenças de contribuições incidentes sobre remunerações pagas aos segurados e sócios, resta claro que já houve parte do pagamento das contribuições devidas, de sorte que a decadência deverá ser contada com fulcro no art. 150, §4º do CTN.

No caso dos autos, se trata do lançamento de verba considerada pela fiscalização como salário indireto, de modo que entendo estar presente a parcialidade do pagamento que se caracteriza diante dos recolhimentos do valor considerado pelo recorrente como salário, motivo este, que por si só já justifica a aplicação do art. 150, § 4º do CTN.

Logo, em estando caracterizada a parcialidade do pagamento, acolho a preliminar de decadência para julgar extinto o lançamento relativamente às competências até 11/2003.

Ante todo o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso voluntário, acatando a preliminar de decadência com base no art. 150, § 4º do CTN, para declarar extinto o lançamento até as competências de 11/2003, acompanhando a relatora quanto aos demais pontos.

É como voto.

Igor Araújo Soares