



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 20.05.09
[Assinatura]
Maria de Fátima Ferreira de Carvalho
Mat. Siape 751683

CC02/C06
Fls. 537

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
SEXTA CÂMARA**

Processo nº 35415.000323/2001-03
Recurso nº 147.794 Voluntário
Matéria DESCARACTERIZAÇÃO DE VÍNCULO PACTUADO
Acórdão nº 206-01.476
Sessão de 04 de novembro de 2008
Recorrente FIEO - FUNDAÇÃO INSTITUTO DE ENSINO PARA OSASCO
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA-SP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1993 a 31/12/1997

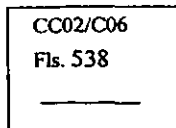
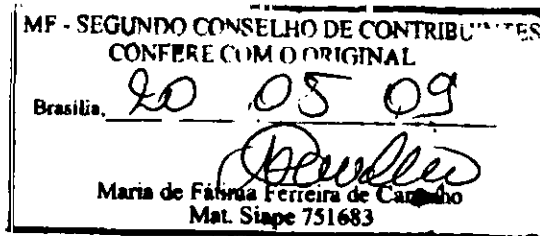
PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO - PEDIDO DE REVISÃO DE ACÓRDÃO - NULIDADE DE NOTA TÉCNICA QUE CONSUBSTANCIAVA ACÓRDÃO - DECISÃO CONTRÁRIA A PARECER DA CONSULTORIA JURÍDICA - PERÍODO ATINGINDO PELA DECADÊNCIA QUINQUENAL - SÚMULA VINCULANTE STF - RELATÓRIO FISCAL COMPLEMENTAR - NULIDADE DA DN POR NÃO CONTEMPLAR OS TERMOS DO RELATÓRIO.

Declarada a nulidade da Nota Técnica 73/2001, que contrariou a Nota Técnica 289/2000 restabelecendo a isenção previdenciária cancelada pelo INSS, enseja a revisão de acórdão por parte do CRPS, a fim de que sejam revistos o julgamento dos débitos que decorreram da mesma.

Foi emitida informação pela Procuradoria Federal Especializada do INSS no sentido de indicar a anulação da NT 73/2001, substituída em 17/12/2004 pelo Parecer MPS/CJ nº 3392, razão porque determinou o urgente encaminhamento do Processo ao CRPS para eventual revisão do acórdão nº 889/2004.

Em voto proferido pela 4ª CaJ, no sentido de não conhecer do recurso interposto pela FIEO, manteve-se o ato cancelatório contra ela emitido, em virtude do descumprimento do inciso IV do art. 55 da Lei 8212/91. Destaca, ainda a manifestação expressa do Parecer CJ/MPS nº 3392/2004, no sentido de que a propositura de ação judicial por parte da entidade, importa em renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto.

[Assinatura]



Foi emitido Despacho de nº 206-183/08, onde esclarece o Sr. Presidente da 6ª Câmara do 2º CC: O pedido de revisão do acórdão 203/2007, foi rejeitado por esta 6ª Câmara do Segundo Conselho em 24/04/2008, dessa forma, permanece válido o Ato Cancelatório nº 01/1997; as decisões proferidas tanto no acórdão 353/2001, como no despacho 48/2004 foram tomadas sem que fosse dado ao CRPS o conhecimento sobre a demanda judicial a que se refere o Parecer CJ/MPS 3392/2004; as decisões proferidas no acórdão nº 882/2004 tomaram por base o disposto no acórdão nº 353/2001, que foi anulado pelo acórdão 203/2007.

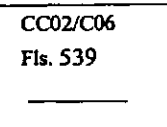
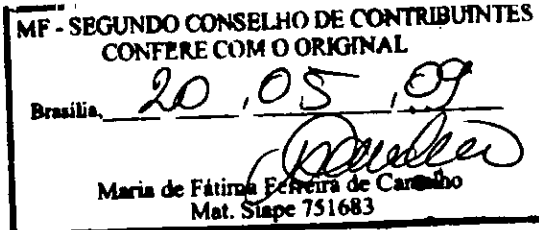
Entendo que persiste o argumento para que se proceda a nulidade da DN anterior, inclusive porque pela emissão do relatório fiscal complementar, foram excluídos levantamentos, o que deve ser submetido a novo julgamento no âmbito da primeira instância.

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".

No presente caso o lançamento foi efetuado em 17/12/1998. Os fatos geradores ocorreram entre as competências 01/1993 a 12/1997, dessa forma, em aplicando-se o art. 173 e a súmula vinculante nº 8 do STF não existem decadência de contribuições.

Processo Anulado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.




ACORDAM os membros da SEXTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos: a) em rejeitar a preliminar de sobrestamento do julgamento; e b) em acolher o pedido de revisão para anular o Acórdão nº 00889/2004 proferido pela 2ª Câmara de Julgamento do CRPS; e em substituição: I) por maioria de votos em rejeitar a preliminar de decadência, vencidos os conselheiros Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira e Rogério de Lellis Pinto que votaram por declarar a decadência das contribuições apuradas até a competência 11/1993; e II) por unanimidade de votos em anular a decisão de primeira instância. Apresentará Declaração de Voto o(a) Conselheiro(a) Rogério de Lellis Pinto.



ELIAS SAMPAIO FREIRE

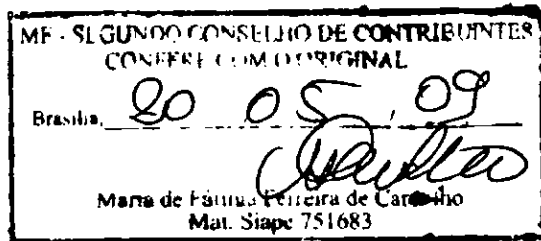
Presidente



ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Rogério de Lellis Pinto, Bernadete de Oliveira Barros, Cleusa Vieira de Souza, Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.



Relatório

O presente NFLD tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social, parcela a cargo dos segurados não descontado em época própria, da empresa, incluindo as destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho e a destinada aos Terceiros, levantadas sobre os valores pagos aos segurados empregados, fls. 02 a 07.

Os fatos geradores referem-se aos pagamentos efetuados a pessoas físicas que lhe prestaram serviços nas mesmas condições de empregados, visto exercerem atividades fins do estabelecimento contratante, e dentro dos requisitos de empregados, o que não é permitido pela legislação trabalhista e previdenciária. Destaca-se que não se trata de descaracterização de vínculo como autônomo, visto que a contratante não os considerava dessa forma.

Relevante destacar que o lançamento foi efetuado 17/12/1998, tendo o início do procedimento fiscal ocorrido em 14/04/1998, data esta da lavratura do Termo de Início de Ação Fiscal.

Não conformada com a notificação, a recorrente apresentou defesa, fls. 66 a 78, onde alega de forma sintética:

Tratam-se de orientadores e não empregados, razão porque indevida contribuição previdenciária sobre tal base.

A parcela patronal não é devida por ser a entidade isenta de contribuições patronais.

Se o Ato Cancelatório viesse a prosperar, comprometeria essa obra assistencial; a cassação da isenção não aproveitaria as pessoas carentes.

A impugnante aplica 20 % em gratuidade.

A natureza jurídica da impugnante impede que a entidade seja integrada por pessoas físicas que tenham interesse comum no patrimônio da pessoa jurídica, visto que a pessoa jurídica é o próprio patrimônio.

Não há que se falar em remuneração paga aos dirigentes da entidade, visto que os valores que os mesmos percebem, acima em alguns casos, de outros professores, é devido a experiência, ao tempo de casa e ao número de aulas que ministram, o que a própria CF/88, art. 5º, XIII admite.

Quanto a disciplina jurídica de vantagens/benefícios, relativo as pessoas físicas dirigentes, não há que se confundir os interesses das pessoas que atuam na instituição, com a fundação em si, visto que o objetivo daqueles é sempre altruístico.

A cassação da isenção foi praticada por autoridade executiva, mediante deliberação de índole administrativa, restringindo a eficácia do preceito inscrito no art. 195, § 7º da Carta Política, portanto em nível incompatível com o elevado plano normativo da CF/88.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIB: **CONFERE COM O ORIGINAL**
Brasília, 20.05.09
[Assinatura]
Maria de Fátima Ferreira de Caralho
Mat. SIAPE 751683

CC02/C06
Fls. 541

Não há como o ato cancelatório operar efeitos ex tunc, sendo portanto viciado.

Requer sejam acolhidas as razões e julgado totalmente improcedente o ato cancelatório e por conseqüência a NFLD em questão.

Foi emitida Decisão-Notificação confirmando a procedência do lançamento, fls. 84 a 94.

Não concordando com a decisão do órgão previdenciário, foi interposto recurso, fls. 103 a 106, onde reitera os mesmos argumentos da impugnação, ou seja, não são empregados nem autônomos visto que não exercem atividades contínuas.

Foi apresentada contra-razões às fls. 112 a 113.

Os processos em nome da FIEO foram requisitados pela Consultoria Jurídica do Ministério, fls. 114 a 117.

Foram anexados ao processo cópia do ato cancelatório, do voto do CRPS que negou provimento ao Recurso nº 17852/97, bem como NT nº 289/2000.

A empresa em questão apresentou manifestação perante o CRPS para dar conhecimento do teor do decisão da Consultoria Jurídica, no sentido de que sejam revistos os julgamentos e conseqüente extinção dos processos.

Foi emitida decisão da 2ª CaJ, acórdão 02/0042/2001, excluindo do lançamento as contribuições lançadas com base no art. 22 e 94 da Lei 8212/91 e determinando diligência com base nos demais fatos geradores, para que se individualize o vínculo empregatício, fls. 146 a 151.

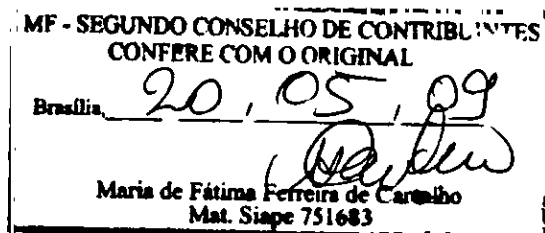
Foi emitido relatório fiscal complementar, descrevendo a natureza de como os serviços eram prestados e os motivos pelos quais as pessoas físicas eram na verdade segurados empregados përa efeitos previdenciários. Relacionou inclusive as pessoas físicas para as quais foram identificadas as características de empregado, 155 a 179. Foram anexados diversos documentos que consubstanciaram o presente lançamento, fls. 180 a 324.

Face a emissão de relatório fiscal complementar manifestou-se o recorrente nos seguintes termos:

Os profissionais elencados no rol do relatório fiscal, não são empregados, nem são de qualquer outra categoria de segurados. Eles não praticaram serviços na qualidade de empregados, por serem atividades autônomas.

A entidade recorrente, na consecução de seus objetivos institucionais promove periodicamente reuniões na área educacional, orientação pedagógica, avaliação de alunos, palestras em seus cursos, no intuito de melhorar o ensino e atender as exigência do MEC.

Os professores prestaram serviços técnicos ou mesmo ministraram aulas, para alunos que ficaram sob dependência ou adaptantes. Tratam-se de cursos para alunos que não haviam sido aprovados em determinadas disciplinas.



Tais profissionais foram contratados temporariamente, para atender uma determinada finalidade, eis que sendo aulas suplementares, os professores empregados nem sempre estão disponíveis para cumprimento de carga horária complementar.

A exemplo de nomes retirados deste lançamento quando do relatório fiscal complementar os demais professores não possuem vínculo empregatício.

Vários dos professores ministram palestras em diversas instituições (Universidades no Brasil e exterior, OAB, Federação do Comércio, fato que por si só descaracteriza o vínculo.

O mesmo pode ser dito em relação a prestação de serviços vestibulares, que exige a contratação de profissionais nas mais diversas áreas, inclusive vestibular.

Dessa forma, não podem os profissionais serem equiparados aos empregados da instituição, face o caráter esporádico da prestação de serviços.

A atividade profissional de professor, orientador pedagógico, como os nomes constantes do relatório é pessoal e não pode ser dirigida por empresa, razão porque eles prestam serviços por meio de honorários.

A entidade não exerce nenhuma ascendência hierárquica sobre esses profissionais.

A questão no presente processo deve ser examinada a luz da decisão proferida no processo – AI nº 32.232.073-9, que ao anular a exigência fiscal, nada mais fez do que aplicar o direito dos fatos.

A recorrente anexou acórdão de julgamento do CRPS declarando a nulidade de AI, fundamentado pela descaracterização de segurado autônomo não inscrito como segurado empregado, o que afronta a OS nº 181/1998.

Foram apresentadas contra-razões pela autoridade previdenciária, fls. 357 a 365.

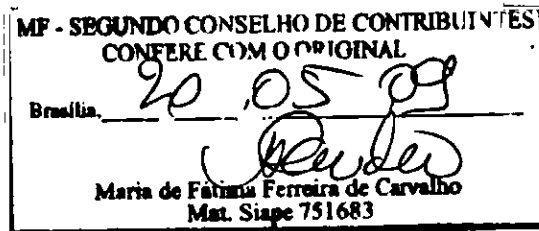
Ao retornar o processo em diligência foi declarada a nulidade da NFLD, determinando a expedição de nova DN, acórdão 506/2003.

Foi solicitado pedido de revisão de acórdão, por entender a autoridade previdenciária que o Julgamento proferido no âmbito do CRPS interpretou equivocadamente Parecer exarado pelo MPAS nº 2272/2000.

A empresa notificada manifestou-se em sede de contra-razões, às fls. 395 a 406.

Foi emitido novo acórdão pelo então Conselheiro relator Luiz Antonio de Faria Granjeiro, ACÓRDÃO 889/2004, que inclusive esclarece os termos do acórdão 506/2003, determinando apenas a nulidade da DN, para que contemple os resultados da diligência e exclua a cota patronal.

Os processos em que a FIEO figurava como notificada, foram requisitados pela Consultoria Jurídica do MPAS.



Foi anexado Parecer de nº 3392/2004, indicando a ilegalidade do Parecer 73/2001 e determinado a revisão dos julgamentos realizados com base do parecer declarado nulo.

Com o intuito de fornecer subsídios para que se possa compreender toda o deslinde do presente julgamento, traga informações de outro recurso de nº 145563, em julgamento nesta mesma sessão, apenas com o intuito de esclarecer acontecimentos ocorridos durante o processo de análise da isenção da FIEO e revisão dos processos da mesma.

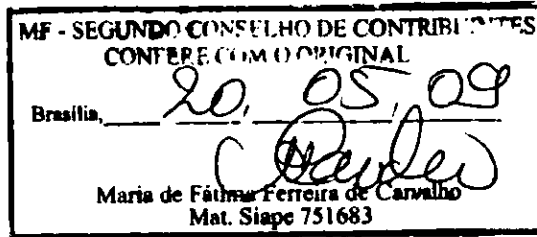
"Houve manifestação da Procuradoria da Previdência Social em Osasco no sentido de não acatar a solicitação da FIEO e na nota Técnica 73/2001, visto que entendeu a referida procuradoria ser do CRPS a competência para tal aplicação, face o Regimento Interno do INSS, Portaria 6247/99. Destacou ainda a Procuradoria que obteve em sede de apelação na ação TRF/3ª Região - Proc. 900302454-5, provimento ao recurso para manter incólume o título executivo objeto da ação fiscal 802/1987. O recurso especial interposto pela Fundação não foi aceito face a ausência de pré-questionamento, sendo que o Agravo de Instrumento para o STF, encontra-se em fase de apreciação, sem contudo possuir efeito suspensivo. Esclarece ainda que existem outras ações com semelhante objeto ajuizadas pelo requerente, fls. 146 a 147.

Foi proferido julgamento pela 2ª Câmara de Julgamento do CRPS no voto de relatoria do Conselheiro Luiz Antônio de Faria Granjeiro, Acórdão 0512/2003, no sentido de dar provimento ao recurso da FIEO, fls. 157 a 159.

Foi anexada Nota Técnica da Procuradoria Federal Especializada - INSS/CGMT/DCMT Nº 009/2004, em que descreve todo o histórico de constituição, julgamento e discussão acerca da subsistência dos créditos apurados contra a FIEO, face a perda da isenção. Descreve que o objeto da consulta é por fim no âmbito da esfera administrativa nos processos em que se debate a isenção da FIEO, face a Nota Técnica 73/2001, que revoga nota anterior, asseverando a ausência de remuneração aos dirigentes, argumento trazido para cancelar a isenção pretendida. DA análise da legislação pertinente a isenção e da análise do caso concreto da empresa recorrente, conclui que:

Isto posto, até a edição da Lei 8212/91, a entidade em questão estava sujeita às contribuições para a seguridade social, não havendo falar em revisão dos lançamentos no período efetuados, inclusive aquele à epígrafe, que a esse despeito foi extinto pelo CRPS, o que demanda inclusive análise da Divisão de Gerenciamento da Isenção Previdenciária sobre a conveniência de pedido de revisão, bem como exame da Consultoria Jurídica do MPS acerca da adequação dos pareceres emitidos em favor da entidade.

Pertinente, pois, a Nota Técnica CJ/MPS nº 73/2001 na medida em que elucida a natureza dos valores percebidos por dirigentes da entidade como rendimentos em razão de serviços alheios à direção da FIEO. Contudo, é insuficiente para asseverar o direito adquirido da entidade, bem como impedir o cancelamento da isenção face à inobservância de outros requisitos para seu gozo, nos moldes do art. 55 da Lei 8212/91.



(...)

Assim também não tem guarida a revisão dos débitos constantes do item nº 1, bem como do acórdão nº 04/00353/2001, como amparo no deslocamento da questão para a esfera judicial (art. 126 da Lei 8212/91), pois que o Poder Judiciário somente se pronunciou em embargos à execução fiscal e em mandado de segurança, não especificamente sobre os aludidos débitos.

Por todo o exposto, tanto a revisão requestada, quanto a extinção do débito em epigrafe, que se dará automaticamente quando da decisão definitiva na esfera administrativa (sem necessidade de pedido ou autorização da Procuradoria Geral), são desnecessárias.

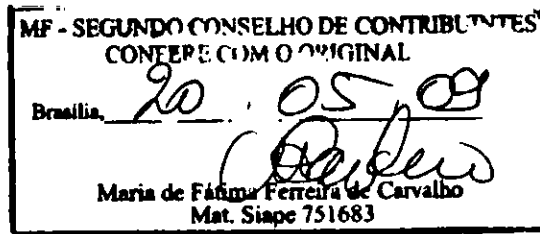
Insta, outrossim, o reexame pela fiscalização e pela procuradoria local, à luz do até aqui expostos, dos débitos da FIEO tendo em mira a lacuna isencional até 1991 – sendo certo que não examinamos o direito ao benefício após a edição da Lei 8212/91.

Por fim, sugere-se a remessa dos autos epigrafados à Divisão de Gerenciamento da Isenção Previdenciária, com o fito de se examinar a conveniência de revisão do referido acórdão do CRPS, bem como o acerto no cancelamento de diversos débitos com fulcro nesta decisão e na Nota Técnica CJ/MPS nº 73/2001.

Foram prestados esclarecimentos pela Divisão de Gerenciamento da Isenção Previdenciária, fls. 180 a 182, no sentido de: avaliar a conveniência de pedido de revisão do acórdão 04/00353/2001 do CRPS, bem como acerto no cancelamento dos débitos da FIEO; foi realizado pedido de cancelamento da Nota Técnica 73/2001 no Processo 35415.001972, que cuida do cancelamento da isenção previdenciária da FIEO, a fim de revogar os citados acórdão e nota técnica; Traz informação da Procuradoria Federal da existência de Mandado de Segurança impetrado pela FIEO em face de decisão anterior da 4ª Câmara em razão da confirmação do cancelamento de isenção, proferido pelo acórdão 17852/97, anterior ao Acórdão 04/00353/2001. Destaca-se que o referido mandado já fora sentenciado denegando a segurança pleiteada, contudo a empresa havia apelado da decisão de 1ª instância. Observa ainda que a empresa entrou com pedido de desistência da ação face a emissão da Nota Técnica nº 73/2001 e o Julgamento proferido no acórdão 04/00353/2001.

Às fls. 186 a 206 foram anexados respectivamente os seguintes documentos necessários a deslinde da questão:

Sentença do Mandado de Segurança que denegou o pleito quanto ao cancelamento da isenção mantido pelo CRPS, argumentando em síntese que “Não há dúvida que os excessivos salários pagos aos diretores/professores da impetrante evidenciam uma remuneração indireta pelo exercício do cargo de diretor. Ou como diz o órgão do Ministério Público Federal: “os acréscimos na remuneração dos diretores – discrepantes – mostram-se como indícios de que o trabalho remunerado se apresenta como verdadeiros subterfúgio para remunerar filantropos”.



Contra-razões ao Recurso de Apelação contra Mandado de Segurança que denegou o pleito do impetrante.

Pedido de retirada de pauta da apelação em Mandado de Segurança de nº 1998.01.00.092031-2/DF, cumulado com desistência do pedido de apelação perpetrado, nos termos do art. 501 do Código de Processo Civil.

Pedido de Anulação da Nota Técnica 73/2001, que contrariou a Nota Técnica 289/2000 restabelecendo a isenção previdenciária cancelada pelo INSS, bem como requer o envio dos presentes autos ao CRPS, a fim de que sejam revistos o julgamento dos débitos que decorreram da mesma, elencados no relatório.

Foi emitida informação pela Procuradoria Federal Especializada do INSS no sentido de indicar a anulação da NT 73/2001, substituída em 17/12/2004 pelo Parecer MPS/CJ nº 3392. Requer ainda o urgente encaminhamento do Processo ao CRPS para eventual revisão do acórdão nº 512 de 20/02/2003."

A 2ª Câmara de Julgamento converteu o julgamento em diligência no sentido de que se cientifique a recorrente dos termos do Parecer MPS/CJ nº 3392/2004, para que em entendendo cabível apresente contra-razões, fls. 469 a 471.

A recorrente manifestou em suas contra-razões acerca do pedido de revisão, fls. 486 a 509, em síntese alegando:

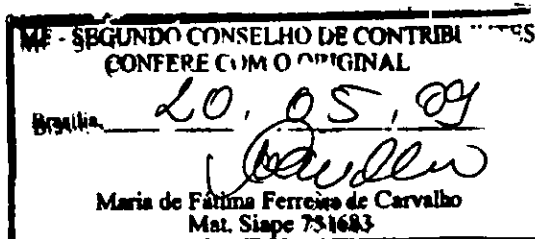
Preliminarmente, deve o julgamento ficar sobrestado, face questões prejudiciais, tendo em vista que o débito em questão foi tornado insubsistente com amparo na NT 73/2001, posteriormente declarada nula pelo Parecer 3392/2004, reabrindo-se a discussão sobre o cancelamento da isenção da requerente. Dessa forma, para que evitem decisões conflitantes, deve o processo permanecer sobrestado até que se pronuncie a manutenção ou não da isenção.

Os dispositivos do Regimento Interno do CRPS não estabelecem que toda e qualquer ação judicial proposta pelo contribuinte implique renúncia fiscal às instâncias administrativas, mas, apenas em relação a ações de pedido idêntico.

Despiciendo tecer comentários de que incabível o pedido de revisão em questão, face o acórdão que manteve a isenção ter transitado em julgado, fazendo coisa julgada entre as partes. Pretende a SRP seja maculado o princípio da Segurança jurídica, sendo que a cada mudança da legislação seja possível contestar as decisões que já transitaram em julgado. Tanto o é que depois de 2 anos, o INSS mudou de tática, para então passar a questionar a NT 73/2001, acolhida pelo acórdão recorrido.

Acerca do Parecer que ensejou a revisão ora contraditada, impõe salientar que a Consultoria, ao contrário do descrito no referido Parecer está autorizada a reavaliar caso concreto, o que simplesmente realizou a Consultoria ao emitir a NT 73/2001.

Ao contrário do descrito no Parecer a recorrente não abdicou da esfera administrativa ao ingressar com exame judicial da matéria. Na verdade o que ocorreu é que uma vez proferido o acórdão 17852/1997 que cancelou a isenção da Requerente, o mandando de segurança foi impetrado com vistas a discutir, não o mérito do decisório, mas sim, o que



havia sido proferido em flagrante cerceamento do direito de defesa, e por essa razão, impunha-se a sua anulação para que outro julgamento fosse proferido.

Cumpre, enfatizar que o referido parecer de forma flagrante invade a competência do CRPS na medida em que determina simplesmente novo julgamento para a adequação de seu julgado ao referido parecer.

Sobre a questão que ensejou toda a controvérsia destaca-se que a entidade, na qualidade de entidade mantenedora, de conformidade com a legislação regente aplicável, não possui diretores remunerados. Na realidade, os diretores da Fundação exerciam nas entidades mantidas pela Fundação, a função de professores, e por essa atividade recebiam remuneração.

OS professores são remunerados conforme lei específica (Lei de Diretrizes e Bases), estatutos, regulamentos e seu plano de carreira docente, estando inclusive prevista a acumulação de cargos, quando ocorrerem a correlação de matérias.

Essa decisão, também carece de amparo fático, pois, para que materializada fosse a infringência, haveria de ter sido produzida prova documentando que os dirigentes da requerente percebiam remuneração, o que não restou comprovado.

Apesar da NT 73/2001 ter sido em seu aspecto procedimental declarada ilegal, não atinge a juridicidade de sua fundamentação, pelo contrário, muito bem lançada, porque abordou a questão com embasamento face as provas apresentadas pela fundação.

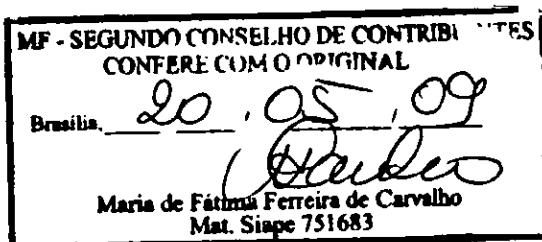
Não foram apresentadas provas de que a remuneração de um dos diretores, mesmo que maior aproximadamente 20 vezes da de outro profissional que exerça atividade semelhante no caso de professor não seja, decorrente da qualificação, do nº de aulas ministradas, do acúmulo dos cargos de diretor, coordenador, adicional pela tempo de direção, situações essas que não encontram nenhum óbice legal.

Diante de todo o exposto, e tendo em vista não ser cabível o pedido de revisão, requer sejam acolhidas as contra-razões para no mérito alcançar integral provimento e decretar a manutenção da parte atacada do acórdão injustamente objeto de revisão.

Foi transcrito trecho de solicitação promovida pelo presidente da 4ª CaJ solicitando orientação da Consultoria Jurídica do Ministério no sentido de determinar a abrangência do Parecer 3392, inclusive no que concerne a matéria fática que integra a instrução do processo.

Processo foi novamente encaminhado em diligência pela 2ª CaJ, para que se aguarde decisão da 4ª CaJ do CRPS, haja vista a possibilidade de perda do objeto. Em mantendo-se o objeto, os autos devem retornar a esta 2ª CaJ acompanhados do processo principal relativo ao cancelamento da isenção, fls. 514.

Foi anexado o voto proferido pela 4ª CaJ, no sentido de não conhecer do recurso interposto pela FIEO, mantendo-se o ato cancelatório contra ela emitido, em virtude do descumprimento do inciso IV do art. 55 da Lei 8212/91. Destaca, ainda a manifestação expressa do Parecer CJ/MPS nº 3392/2004, no sentido de que a propositura de ação judicial por parte da entidade, importa em renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto, fls. 515 a 524.



Foi emitido Despacho de nº 206-176/08, onde esclarece o Sr. Presidente desta 6ª Câmara do 2º CC: O pedido de revisão do acórdão 203/2007, foi rejeitado por esta 6ª Câmara do Segundo Conselho em 24/04/2008, dessa forma, permanece válido o Ato Cancelatório nº 01/1997; as decisões proferidas tanto no acórdão 353/2001, como no despacho 48/2004 foram tomadas sem que fosse dado ao CRPS o conhecimento sobre a demanda judicial a que se refere o Parecer CJ/MPS 3392/2004; as decisões proferidas no acórdão nº 882/2004 tomaram por base o disposto no acórdão nº 353/2001, que foi anulado pelo acórdão 203/2007.

A empresa manifesta-se às fls. 534 a 536, no sentido que se aprecie a decadência das contribuições objeto deste lançamento.

É o Relatório.

Voto

Conselheira ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Relatora

Trata-se de retorno de diligência em que a 2ª CaJ proferiu decisão 221/05 para que o recorrente – FIEO fosse cientificado dos termos do Parecer MPS/CJ 3392/2004, que ensejou na revisão do julgamento em questão.

Em primeiro lugar, destaca-se que o pedido de revisão do Acórdão com fulcro no art. 60 da Portaria MPS nº 88/2004, que aprovou o Regimento Interno do CRPS. é medida extraordinária, sendo que só deve ser admitida nos casos de os Acórdãos do CRPS divergirem de pareceres da Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência Social, aprovados pelo Ministro da pasta, bem como do Advogado-Geral da União, ou quando violarem literal disposição de lei ou decreto, após a decisão houver a obtenção de documento novo de existência ignorada, ou ainda constatado vício insanável, nestas palavras:

“Art. 60. As Câmaras de Julgamento e Juntas de Recursos do CRPS poderão rever, enquanto não ocorrida a prescrição administrativa, de ofício ou a pedido, suas decisões quando:

I – violarem literal disposição de lei ou decreto;

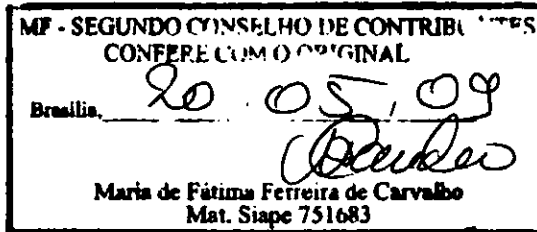
II – divergirem de pareceres da Consultoria Jurídica do MPS aprovados pelo Ministro, bem como do Advogado-Geral da União, na forma da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993;

III - depois da decisão, a parte obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de assegurar pronunciamento favorável;

IV – for constatado vício insanável.

§ 1º Considera-se vício insanável, entre outros:

I – o voto de conselheiro impedido ou incompetente, bem como condenado, por sentença judicial transitada em julgado, por crime de



prevaricação, concussão ou corrupção passiva, diretamente relacionado à matéria submetida ao julgamento do colegiado;

II – a fundamentação baseada em prova obtida por meios ilícitos ou cuja falsidade tenha sido apurada em processo judicial;

III – o julgamento de matéria diversa da contida nos autos;

IV – a fundamentação de voto decisivo ou de acórdão incompatível com sua conclusão.

§ 2º Na hipótese de revisão de ofício, o conselheiro deverá reduzir a termo as razões de seu convencimento e determinar a notificação das partes do processo, com cópia do termo lavrado, para que se manifestem no prazo comum de 30 (trinta) dias, antes de submeter o seu entendimento à apreciação da instância julgadora.

§ 3º O pedido de revisão de acórdão será apresentado pelo interessado no INSS, que, após proceder sua regular instrução, no prazo de trinta dias, fará a remessa à Câmara ou Junta, conforme o caso.

§ 4º Apresentado o pedido de revisão pelo próprio INSS, a parte contrária será notificada pelo Instituto para, no prazo de 30 (trinta) dias, oferecer contra-razões

§ 5º A revisão terá andamento prioritário nos órgãos do CRPS.

§ 6º Ao pedido de revisão aplica-se o disposto nos arts. 27, § 4º, e 28 deste Regimento Interno.

§ 7º Não será processado o pedido de revisão de decisão do CRPS, proferida em única ou última instância, visando à recuperação de prazo recursal ou à mera rediscussão de matéria já apreciada pelo órgão julgador.

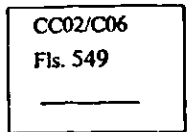
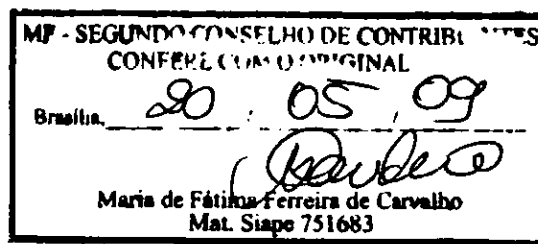
§ 8º Caberá pedido de revisão apenas quando a matéria não comportar recurso à instância superior.

§ 9º O não conhecimento do pedido de revisão de acórdão não impede os órgãos julgadores do CRPS de rever de ofício o ato ilegal, desde que não decorrido o prazo prescricional.

§ 10 É defeso às partes renovar pedido de revisão de acórdão com base nos mesmos fundamentos de pedido anteriormente formulado.

§ 11 Nos processos de benefício, o pedido de revisão feito pelo INSS só poderá ser encaminhado após o cumprimento da decisão de alçada ou de última instância, ressalvado o disposto no art. 57, § 2º, deste Regimento.”

Entendo que a revisão do Acórdão no processo em questão é oportuna e perfeitamente pertinente e encontra amparo no inciso IV do art. 60 da Portaria 88/2004, descrita acima.



Da análise dos autos, verifica-se que o acórdão objeto do pedido de revisão foi em parte consubstanciado em Nota Técnica da Consultoria Jurídica do MPAS, declarada ilegal e anulada por conseguinte pelo Parecer da Consultoria Jurídica 3392/2004. Assim, não a como manter decisão que encontra-se respaldada em ato ilegal, razão porque necessária sua revisão para que novamente se aprecie a legitimidade do lançamento objeto desta NFLD.

A NFLD em questão trata das contribuições patronais apuradas em razão do cancelamento da isenção da entidade, contudo não cabe mais qualquer apreciação quanto a aludida isenção, visto a emissão do parecer CJ/MPS 3392/2004 que pôs fim ao deslinde, ao declarar a nulidade baseado em ilegalidade da NT 73/2001, que respaldou o julgamento das diversas NFLD da empresa recorrente no âmbito do CRPS.

Ressalte-se que toda a argumentação em sede de recurso refere-se a não configuração da relação de emprego, argumentação apresentada em sede de impugnação, valemo-nos desta para apreciar o presente recurso. Vejamos em síntese:

Tratam-se de orientadores e não empregados, razão porque indevida contribuição previdenciária sobre tal base.

A parcela patronal não é devida por ser a entidade isenta de contribuições patronais.

Se o Ato Cancelatório viesse a prosperar, comprometeria essa obra assistencial; a cassação da isenção não aproveitaria as pessoas carentes.

A impugnante aplica 20 % em gratuidade.

A natureza jurídica da impugnante impede que a entidade seja integrada por pessoas físicas que tenham interesse comum no patrimônio da pessoa jurídica, visto que a pessoa jurídica é o próprio patrimônio.

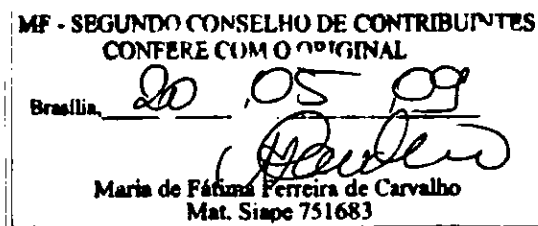
Não há que se falar em remuneração paga aos dirigentes da entidade, visto que os valores que os mesmos percebem, acima em alguns casos, de outros professores, é devido a experiência, ao tempo de casa e ao número de aulas que ministram, o que a própria CF/88, art. 5º, XIII admite.

Quanto a disciplina jurídica de vantagens/benefícios, relativo às pessoas físicas dirigentes, não há que se confundir os interesses das pessoas que atuam na instituição, com a fundação em si, visto que o objetivo daqueles é sempre altruístico.

A cassação da isenção foi praticada por autoridade executiva, mediante deliberação de índole administrativa, restringindo a eficácia do preceito inscrito no art. 195, § 7º da Carta Política, portanto em nível incompatível com o elevado plano normativo da CF/88.

Não há como o ato cancelatório operar efeitos ex tunc, sendo portanto viciado.

Requer sejam acolhidas as razões e julgado totalmente improcedente o ato cancelatório e por consequência a NFLD em questão.



Face a conversão do julgamento em diligência foi emitido relatório fiscal complementar, do qual foi dado ciência ao recorrente que apresentou manifestação no seguinte sentido:

Os profissionais elencados no rol do relatório fiscal, não são empregados, nem são de qualquer outra categoria de segurados. Eles não praticaram serviços na qualidade de empregados, por serem atividades autônomas.

A entidade recorrente, na consecução de seus objetivos institucionais promove periodicamente reuniões na área educacional, orientação pedagógica, avaliação de alunos, palestras em seus cursos, no intuito de melhorar o ensino e atender as exigências do MEC.

Os professores prestaram serviços técnicos ou mesmo ministraram aulas, para alunos que ficaram sob dependência ou adaptantes. Tratam-se de cursos para alunos que não haviam sido aprovados em determinadas disciplinas.

Tais profissionais foram contratados temporariamente, para atender uma determinada finalidade, eis que sendo aulas suplementares, os professores empregados nem sempre estão disponíveis para cumprimento de carga horária complementar.

A exemplo de nomes retirados deste lançamento quando do relatório fiscal complementar os demais professores não possuem vínculo empregatício.

Vários dos professores ministram palestras em diversas instituições (Universidades no Brasil e exterior, OAB, Federação do Comércio, fato que por si só descaracteriza o vínculo.

O mesmo pode ser dito em relação a prestação de serviços vestibulares, que exige a contratação de profissionais nas mais diversas áreas, inclusive vestibular.

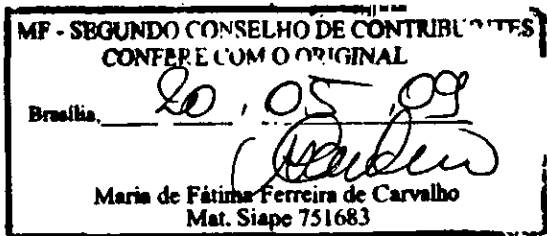
Dessa forma, não podem os profissionais serem equiparados aos empregados da instituição, face o caráter esporádico da prestação de serviços.

A atividade profissional de professor, orientador pedagógico, como os nomes constantes do relatório é pessoal e não pode ser dirigida por empresa, razão porque eles prestam serviços por meio de honorários.

A entidade não exerce nenhuma ascendência hierárquica sobre esses profissionais.

A questão no presente processo deve ser examinada a luz da decisão proferida no processo – AI n° 32.232.073-9, que ao anular a exigência fiscal, nada mais fez do que aplicar o direito dos fatos.

O processo retornou a 2ª CAJ, que por meio do acórdão 506/03, determinou a nulidade da NFLD, com a expedição de nova DN. Da análise dos termos do acórdão percebe-se que o encaminhamento do autor seria no sentido de anular a DN e não a NFLD. Tanto o é, que por meio do acórdão 889/2004, procedeu a correção determinando a emissão de nova DN contemplando o relatório fiscal complementar e a impugnação da notificada.



Conforme destacado no relatório foi emitido Despacho de nº 206-183/08, onde esclarece o Sr. Presidente desta 6ª Câmara do 2º CC: “O pedido de revisão do acórdão 203/2007, foi rejeitado por esta 6ª Câmara do Segundo Conselho em 24/04/2008, dessa forma, permanece válido o Ato Cancelatório nº 01/1997; as decisões proferidas tanto no acórdão 353/2001, como no despacho 48/2004 foram tomadas sem que fosse dado ao CRPS o conhecimento sobre a demanda judicial a que se refere o Parecer CJ/MPS 3392/2004; as decisões proferidas no acórdão nº 882/2004 tomaram por base o disposto no acórdão nº 353/2001, que foi anulado pelo acórdão 203/2007.

O cancelamento da isenção foi objeto do processo nº 37317.005262/2003-68, cujo recurso foi julgado pela então 4ª Câmara de Julgamentos do CRPS – Conselho de Recursos da Previdência Social que pelo Acórdão nº 203/2007, anulou o acórdão nº 353/2001 e não conheceu do recurso da entidade.

Conforme já mencionado da decisão supra citada a entidade apresentou pedido de revisão que foi apreciado no âmbito do Segundo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda no recurso de nº 145.860. Tal pedido foi rejeitado pelo Despacho nº 206-101/08, de 24/04/2008.

Da decisão de indeferimento foram opostos Embargos de Declaração que, por sua vez, foram rejeitados pelo Despacho nº 206.219/08. Dessa forma, ocorreu o trânsito em julgado administrativo da decisão de cancelou a isenção da entidade.

Pelas razões apresentadas não serão argüidas questões que tenham por objetivo discutir o cancelamento da isenção da entidade.

No entanto, entendo que persiste o argumento para que se proceda a nulidade da DN anterior, inclusive porque pela emissão do relatório fiscal complementar, foram excluídos levantamentos, o que deve ser submetido a novo julgamento no âmbito da primeira instância.

Por fim, mesmo apenas tendo argüido em sede de contra-razões ao pedido de revisão a decadência das contribuições objeto desta NFLD, cumpre-nos apreciar a aplicação do instituto da decadência quinquenal, antes de proferir o resultado final.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES:

Quanto a preliminar referente ao prazo de decadência para o fisco constituir os créditos objeto desta NFLD, apesar de ter ocorrido o lançamento em 17/12/1998, referente a fatos geradores do período de 01/1993 a 12/1997, não há que se falar em declaração de decadência.

Nesse sentido, quanto a aplicação da decadência quinquenal, subsumo todo o meu entendimento quanto a legalidade do art. 45 da Lei 8212/91 (10 anos), outrora defendido à decisão do STF, proferida recentemente. Dessa forma, quanto a decadência de 5 anos, profiro meu entendimento.

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 nº 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 nº 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 Nº 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

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIB
CONFERE COM O ORIGINAL

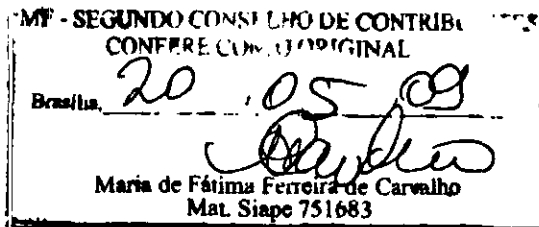
Brasília, 20 de 05 de 09

Maria de Fátima Ferreira de Carvalho
Mat. Sispce 751683

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 incoorre 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

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍVEIS
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 20 05 09
Maria de Fátima Ferreira de Carvalho
Mat. Siape 751683

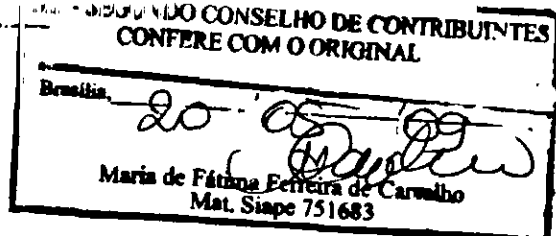
medida preparatória; e (v) regra da decadência do direito de lançar perante anulação do lançamento anterior (In: Decadência e Prescrição no Direito Tributário, Eurico Marcos Diniz de Santi, 3ª Ed., Max Limonad, págs. 163/210). 10. Nada obstante, as aludidas regras decadenciais apresentam prazo quinquenal 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 incorrentes 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 descrito 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:

"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.

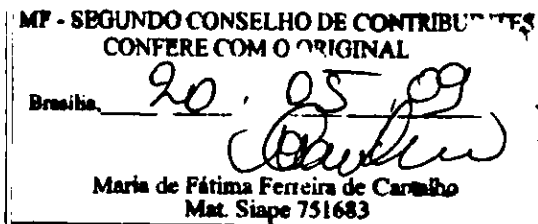
§ 1º - O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento.

§ 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.

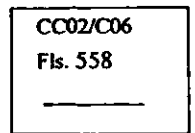
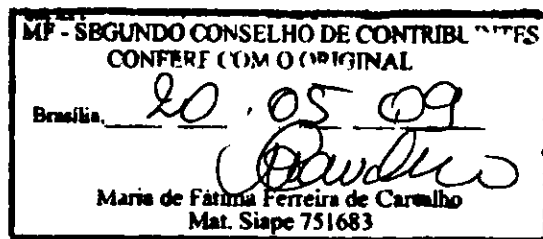
Entendo que atribuir esse mesmo raciocínio a todos os fatos geradores de contribuições previdenciárias é no mínimo abrir ao contribuinte possibilidades de beneficiar-se pelo seu “desconhecimento ou mesmo interpretação tendenciosa” para sempre escusar-se ao pagamentos de contribuições que seriam devidas.

De forma sintética, podemos separar duas situações: em primeiro, aquelas em não há por parte do contribuinte o reconhecimento dos valores pagos como salário de contribuição, é o caso, por exemplo, dos salários indiretos não reconhecidos (PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS, PRÊMIOS, ALIMENTAÇÃO EM DESACORDO COM O PAT, ABONOS, AJUDAS DE CUSTO ETC). Nestes casos, incabível considerar que houve pagamento antecipado, simplesmente, porque 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.

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 uma, tanto o é, que a doutrina e jurisprudência trabalhistas não admitem o pagamento aglutinado das verbas trabalhista, o denominado salário complexo ou complexivo.

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. Até poderíamos aceitar, tal conclusão, em uma análise simplória, acerca do faturamento das empresas e as contribuições que incidam sobre esta base de cálculo, mas o mesmo raciocínio não pode ser atribuído às contribuições previdenciárias, onde 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.

O mesmo raciocínio pode ser estendido para os casos em que devida a obrigação de efetuar o recolhimento, omitiu-se o contribuinte, por considerar não ser do mesmo a obrigação de efetuar o recolhimento. Ocorre, por exemplo, nos casos em que está obrigado a reter 11% do valor da nota fiscal em se tratando de empreitada ou cessão de mão de obra. Nos casos em que se atribui responsabilidade solidária, ou mesmo nos casos de isenção, onde descumpridor das regras que o qualificariam como isento de contribuições patronais, não efetua qualquer recolhimento da contribuição patronal.

Na verdade, entendo ser aplicável em regra o art. 173 do CTN, só passando para o § 4º do art. 150, nos casos em que se comprova o efetivo recolhimento, ou melhor, a antecipação de um recolhimento.

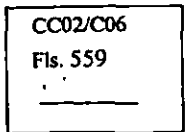
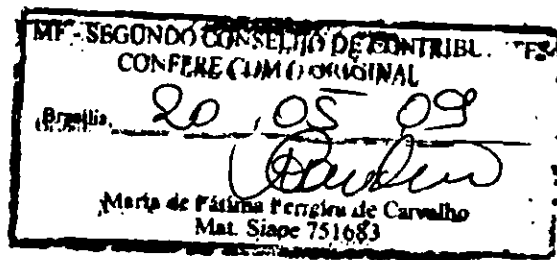
Por fim, outro ponto que entendo pertinente, e que, embora não interfira diretamente na declaração de toda contagem de prazo decadencial, venha a ser relevante em determinados lançamentos, é considerar como marco inicial para determinação das contribuições que se encontram decaídas a data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Neste caso, considerando que no âmbito da Fiscalização previdenciária, o TIAF, possui status de conferir validade ao procedimento fiscal, ou seja, é o instrumento que visa dar conhecimento ao sujeito passivo quanto aos atos da ação/auditoria fiscal em si, cuja ciência deverá ser dada por ocasião do início do procedimento fiscal, e que o mesmo se extingue com o registro no termo próprio que é o TEAF, lavrado quando do término da auditoria para cientificar do sujeito passivo do término do procedimento, será a ciência desse instrumento o marco a ser considerado para cálculo do prazo decadencial.

Assim sendo, o TIAF marca o início do procedimento fiscal de constituição do crédito tributário, bem como, por consequência, serve também de marco para determinação das contribuições que já não podem ser exigidas. Considerar-se-á a data da cientificação do TIAF como marco inicial para contagem retroativa das contribuições que poderão ser englobadas no lançamento que se busca concretizar. Entendo que tal raciocínio, respaldado no teor do acórdão da 1ª Sessão STJ, trazido a baila para respaldar este julgamento, que a data do TIAF somente pode ser aplicável nos casos de contagem de prazo decadencial consubstanciado no art. 173 do CTN, onde o Parágrafo único é claro em prenunciar dita possibilidade.

No presente caso o lançamento foi efetuado em 17/12/1998. Os fatos geradores ocorreram entre as competências 01/1993 a 12/1997, dessa forma, em aplicando-se o art. 173 e a súmula vinculante nº 8 do STF não existem decadência de contribuições.

Processo n° 35415.000323/2001-03
Acórdão n.º 206-01.476



CONCLUSÃO:

Voto pelo CONHECIMENTO DO PEDIDO DE REVISÃO, para anular o acórdão 0000889/2004, e em substituição voto pelo CONHECIMENTO do recurso declarar a nulidade da Decisão Notificação.

É como voto.

Sala das Sessões, em 04 de novembro de 2008

[Handwritten Signature]
ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍVEIS CONFERIR COM O ORIGINAL Brasília: 20, 05, 09 Maria de Fátima Ferreira de Carvalho Mat. Siupe 751683	CC02/C06 Fls. 560
--	----------------------

Declaração de Voto

Conselheiro ROGÉRIO DE LELLIS PINTO

Peço vênia a ilustre Relatora, para deixar consignado nos presentes autos, entendimento, do qual não comungo, trazido a esta Corte pela Egrégia Procuradoria da Fazenda Nacional.

Com efeito, segundo decisão exarada pelo Colendo TRF da 4ª Região, citada pela Procuradoria da Fazenda, os lançamentos decorrentes da perda de isenção somente poderiam ocorrer quando definitiva decisão administrativa que assim julgou, prazo em que começaria a correr a decadência para fins de constituição do crédito tributário dela decorrente.

Dessa forma, defende a PGFN que apenas após o julgamento definitivo do processo que redundar na perda do direito a isenção dos tributos previdenciários, poderia haver constituição de crédito previdenciário dele decorrente.

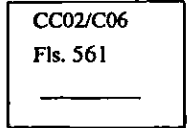
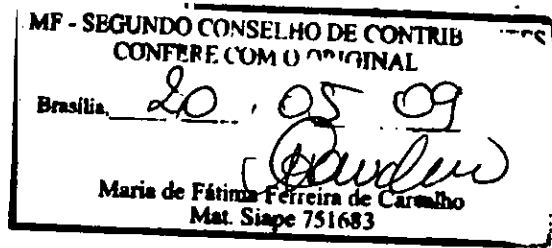
Não obstante o zelo da atuação da Procuradoria quanto aos processos sob sua guarda, e com devida vênia, tal entendimento, se prosperar, terá repercussão contrária não só no presente levantamento, como em tantos outros da mesma natureza, senão vejamos.

A presente NFLD cobra contribuições de entidade que segundo a fiscalização previdenciária, não preencheria os requisitos para usufruir a famigerada isenção, situação essa que levou a expedição de informação fiscal visando subsidiar pedido de perda do benefício fiscal, gerando a partir de então, processo autônomo onde se discutiu justamente o direito ou não da entidade permanecer isenta da parte patronal das contribuições ora lançadas.

Concomitantemente a esse procedimento, lavrou-se a presente NFLD justamente para se exigir as contribuições relativas à perda da isenção discutida em outros autos.

Pois bem! Pelo entendimento defendido pela Douta PGFN, a presente NFLD, assim como as inúmeras outras decorrentes da perda de isenção, somente poderiam ser lavradas após o trâmite administrativo do processo que discute o afastamento da entidade do benefício fiscal em questão, ou seja, apenas quando reconhecida à perda do benefício isentivo, portanto, seria o caso, aqui, de dar provimento ao recurso, e reconhecer a limitação legal para a presente exação, e da mesma forma, todas as várias NFLD's sintonizadas ao entendimento abraçado pela Procuradoria da Fazenda.

Ora, se a isenção exclui o crédito previdenciário como segue a linha de raciocínio definida no julgado do douto TRF 4ª Região, e se a sua perda encontrava-se em discussão na via administrativa, seja pela impugnação da informação fiscal, seja por recurso com efeito suspensivo de decisão que assim decidiu, o lançamento em discussão não poderia ter sido realizado, o que o torna ilegal.



Vale dizer que esse não é, em definitivo, um entendimento que adoto nos meus julgamentos, simplesmente porque a fiscalização, como no caso presente, não só poderia, mas sim deveria efetuar o levantamento como lhe exige o art. 142 do CTN, para fins inclusive, de evitar o perecimento do direito de constituir o débito.

Desta forma, concluo que a meu ver, o levantamento como fora feito encontra-se juridicamente perfeito, mas, creio que, para aqueles que pretendem seguir a decisão do TRF 4, citada pela PGFN, não poderia prevalecer.

Sala das Sessões, em 04 de novembro de 2008

[Handwritten Signature]

ROGERIO DE LELLIS PINTO