



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

Processo n° 14485.000538/2007-16
Recurso n° 163.699 Voluntário
Acórdão n° **2401-01.759 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 13 de abril de 2011
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente ORGANIZAÇÃO SANTAMARENSE DE EDUCAÇÃO E CULTURA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/05/2000 a 30/09/2003

PREVIDENCIÁRIO. PRAZO DECADENCIAL. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. CONTAGEM A PARTIR DO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE AO QUE O LANÇAMENTO PODERIA TER SIDO REALIZADO.

Não se verificando antecipação de pagamento das contribuições, aplica-se, para fins de contagem do prazo decadencial, o critério previsto no inciso I do art. 173 do CTN.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/2000 a 30/09/2003

SALÁRIO MATERNIDADE. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES.

Por expressa determinação legal o salário maternidade é considerado salário-de-contribuição.

AUDITORIA FISCAL. COMPETÊNCIA PARA VERIFICAÇÃO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS A ISENÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.

Os então Auditores Fiscais da Previdência Social detinham competência para verificação do cumprimento por parte das entidades beneficentes de assistência social dos requisitos necessários à fruição da isenção da cota patronal previdenciária.

ISENÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. DIREITO ADQUIRIDO.

As entidades que gozavam da isenção da cota patronal previdenciária na vigência da Lei n. 3.577/1959, estavam desobrigadas de requererem esse benefício ao INSS, nos termos do § 1. do art. 55 da Lei n. 8.212/1991.

Recurso Voluntário Provido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, I) Pelo voto de qualidade declarar a decadência até a competência 11/2001, com fulcro no art. 173, I do CTN. Vencidos os conselheiros Kleber Ferreira de Araújo (relator), Marcelo Freitas de Souza Costa e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira que declaravam, também, a decadência da competência 12/2001. Em primeira votação vencidos os conselheiros Marcelo Freitas de Souza Costa e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, que votaram por aplicar o art. 150, § 4º do CTN. II) Por unanimidade de votos, afastar a preliminar de incompetência da autoridade fiscal. III) Por maioria de votos, no mérito, dar provimento ao recurso. Vencida a conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, que anulava a decisão de primeira instância. Designado para redigir o voto vencedor, na parte da decadência, o(a) Conselheiro(a) Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira.

Elias Sampaio Freire - Presidente

Kleber Ferreira de Araújo - Relator

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira – Redatora Designada

Participaram do presente julgamento o(a)s Conselheiro(a)s Elias Sampaio Freire, Kleber Ferreira de Araújo, Cleuza Vieira de Souza, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Marcelo Freitas de Souza Costa e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário, fls. 298/315, interposto pela empresa acima epigrafada contra decisão da DRJ São Paulo I, fls. 275/291, a qual declarou procedente o lançamento consubstanciado na Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD n. 37.111.699-6, posteriormente cadastrada na RFB sob o número de processo constante no cabeçalho.

O crédito em questão contempla o período de 05/2000 a 09/2003 e contém as contribuições patronais para a Seguridade Social, incluindo a destinada ao financiamento dos benefícios acidentários, além daquelas arrecadadas para outras entidades e fundos. O valor do crédito, com data de consolidação em 30/07/2007, assumiu o montante de R\$ 265.121,63 (cento e um mil, duzentos e noventa e um reais e sessenta centavos).

O lançamento decorreu da suposta falta de recolhimento das contribuições incidentes sobre os valores decorrentes do pagamento de salário-maternidade às seguradas empregadas da recorrente, nos termos do Relatório da Auditoria, fls. 98/110.

Informa-se que a empresa se enquadrava indevidamente como entidade beneficente isenta do recolhimento da cota patronal previdenciária, todavia, faltava-lhe essa condição, conforme as evidências a seguir enumeradas:

a) o Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS denegou pedido de renovação do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social – CEAS formulado pela empresa;

b) a notificada não fazia jus ao direito adquirido à isenção previsto na Lei n. 3.577/1959, uma vez que esse normativo já se encontrava revogado pela Lei n. 1.572/1977, quando foi efetuado o primeiro pedido de isenção, em 05/07/1978;

c) em despacho datado de 12/07/1978, o Serviço de Arrecadação e Fiscalização do INSS da circunscrição do sujeito passivo, manifestou-se contrariamente ao primeiro pleito isentivo formulado pela empresa, sob o fundamento de que a empresa não cumpria os requisitos da legislação de regência;

d) aliado ao fato da empresa não estar em gozo de isenção em data anterior a revogação da Lei n. 3.577/1959, a mesma não cumpria o requisito de não pagamento de remuneração aos diretores e não detinha o Título de Entidade de Utilidade Pública Federal, o qual somente foi concedido em 25/05/1992, conforme certidão juntada;

e) a notificada não cumpria os requisitos do art. 55 da Lei n. 8.212/1991 necessários ao gozo da isenção da cota patronal previdenciária, mormente a falta do CEAS desde 1999;

f) a empresa possui empresa de turismo, que é um ramo empresarial que não possibilita qualquer tipo de prestação assistencial;

g) o requisito da gratuidade jamais foi satisfeito pela notificada, uma vez que incluía pessoas não carentes como beneficiários, além de dependentes dos seus funcionários;

h) a empresa se considerou devedora de contribuições sociais para inclusão de débitos no REFIS e em parcelamento convencional;

i) a Organização Santamarense de Educação e Cultura – OSEC não se enquadra no § 2. da lei n. 11.096/2005 (Lei do PROUNI), uma vez que o indeferimento do CEAS não decorreu exclusivamente da falta de atendimento do percentual mínimo de gratuidade.

A recorrente, argumenta, em apertada síntese, que:

a) a competência para análise dos requisitos a serem cumpridos pelas entidades beneficentes para gozarem da imunidade tributário é do CNAS e não da Auditoria Fiscal;

b) o período relativo às competências até 06/2002 está abarcado pela decadência quinquenal prevista no CTN;

c) foi declarada entidade de Utilidade Pública Federal no ano de 2002, com efeitos retroativos a data do pedido, 10/11/1974 e da mesma forma de Utilidade Pública Estadual pela Lei n. 309/1974;

d) foi declarada entidade de Utilidade Pública Municipal pelo Decreto n. 37.787/1999 e possui Certificado de Inscrição expedido pelo Conselho Estadual de Assistência Social em 11/06/2000;

e) é portadora do certificado e do registro de entidade filantrópica expedido pelo CNSS desde 1974, sendo que, em 4 de agosto de 1992, obteve em definitivo o Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos, substituindo o anterior concedido pelo mesmo órgão;

f) em março de 1999 teve o seu cadastramento do CNAS deferido, todavia, teve o seu pedido de renovação do CEAS indeferido, estando o processo este processo sob análise;

g) em abril de 2003 formalizou novo pedido de renovação do CEAS, o qual continua aguardando análise;

h) trata-se de entidade imune a luz da Constituição, posto que seus diretores não percebem remuneração pelo exercício da função, aplica integralmente os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais e mantém escrituração das suas receitas e despesas, conforme exige o art. 14 do CTN;

i) tendo comprovado efetivamente a qualidade de entidade de Utilidade Pública Municipal, Utilidade Pública Estadual e Utilidade Pública Federal, todas com validade até a data atual, além de ter requerido a sua renovação do CEAS, é indiscutível o seu direito de gozo da imunidade tributária referente ao período fiscalizado;

j) teve a sua adesão ao PROUNI, devidamente formalizada e deferida pelo Ministério da Educação;

Processo nº 14485.000538/2007-16
Acórdão n.º **2401-01.759**

S2-C4T1
Fl. 347

k) cumpriu sua obrigação de declarar na Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social - GFIP os valores de salário-maternidade pagas as suas empregadas, sendo improcedente o lançamento efetuado.

Ao final, requer a reforma da decisão da DRJ, com consequente cancelamento da NFLD.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Kleber Ferreira de Araújo, Relator

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

Decadência

Início pela alegação relativa à decadência do direito do fisco de lançar as contribuições questionadas. Na data da lavratura, o fisco previdenciário aplicava, para fins de aferição da decadência do direito de constituir o crédito, as disposições contidas no art. 45 da Lei n.º 8.212/1991, todavia, tal dispositivo foi declarado inconstitucional com a aprovação da Súmula Vinculante n.º 08, de 12/06/2008 (DJ 20/06/2008), que carrega a seguinte redação:

São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do decreto-lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

É cediço que essas súmulas são de observância obrigatória, inclusive para a Administração Pública, conforme se deflui do comando constitucional abaixo:

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.

(...)

Então, uma vez afastada pela Corte Maior a aplicação do prazo de dez anos previsto na Lei n.º 8.212/1991, aplica-se às contribuições a decadência quinquenal do Código Tributário Nacional – CTN. Para a contagem do lapso de tempo, a jurisprudência vem lançando mão do art. 150, § 4.º, para os casos em que há antecipação do pagamento (mesmo que parcial) e do art. 173, I, para as situações em que não ocorreu pagamento antecipado. É o que se observa da ementa abaixo reproduzida:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro

dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê 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, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que 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, entre as quais figura a 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 (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo 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, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199). 5. In casu, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação ex lege de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos imponíveis ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001. 6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo. 7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.(Resp 973.733/SC, Relator Ministro Luiz Fux, Dje 18/09/2009).

Considerando-se que esse REsp foi submetido ao Colegiado pelo regime da Lei nº 11.672/08, que introduziu o art. 543-C do CPC (Lei dos Recursos Repetitivos), deve-se

observar a previsão do art. 62-A do Regimento Interno do CARF¹, aprovado pela Portaria MF n. 256/2009, com alterações introduzidas pela Port. MF nº 586/2010, devendo assim esse entendimento do STJ ser seguido nos julgamentos realizados nesse Tribunal Administrativo.

Verifica-se dos autos que a notificada não se considerava obrigada ao recolhimento das contribuições ora debatidas. Assim, não há o que se falar em antecipação de pagamento, pelo que se deve lançar mão para aferir o prazo decadencial da norma prevista no inciso I do art. 173 do CTN.

No caso vertente, a ciência do lançamento deu-se em 31/07/2007 e o período do crédito é de 05/2000 a 09/2003, assim, diante desse cenário, devem ser excluídas do crédito em razão da decadência o período de 05/2000 a 12/2001.

Competência da Auditoria Fiscal para analisar isenção de entidade beneficente

A competência da então Auditoria da Previdência Social para examinar aspectos relativos a imunidade/isenção da cota patronal previdenciária é inquestionável. Vale a pena trazer a colação a Lei nº 10.593/2002 que, em seu artigo 8º, não discrepa deste entendimento, como segue:

Art. 8º São atribuições dos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal da Previdência Social, relativamente às contribuições administradas pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS:

I - em caráter privativo:

a) executar auditoria e fiscalização, objetivando o cumprimento da legislação da Previdência Social relativa às contribuições administradas pelo INSS, lançar e constituir os correspondentes créditos apurados;

b) efetuar a lavratura de Auto de Infração quando constatar a ocorrência do descumprimento de obrigação legal e de Auto de Apreensão e Guarda de documentos, materiais, livros e assemelhados, para verificação da existência de fraude e irregularidades;

c) examinar a contabilidade das empresas e dos contribuintes em geral, não se lhes aplicando o disposto nos arts. 17 e 18 do Código Comercial;

d) julgar os processos administrativos de impugnação apresentados contra a constituição de crédito previdenciário;

e) reconhecer o direito à restituição ou compensação de pagamento ou recolhimento indevido de contribuições;

f) auditar a rede arrecadadora quanto ao recebimento e repasse das contribuições administradas pelo INSS;

g) supervisionar as atividades de orientação ao contribuinte efetuadas por intermédio de mídia eletrônica, telefone e plantão fiscal; e h) proceder à auditoria e à fiscalização das entidades e

¹ Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos

dos fundos dos regimes próprios de previdência social, quando houver delegação do Ministério da Previdência e Assistência Social ao INSS para esse fim; e II - em caráter geral, as demais atividades inerentes às competências do INSS.

Ora, para fazer cumprir a legislação previdenciária no que diz respeito à verificação da regularidade fiscal das entidades beneficentes, a Auditoria Previdenciária evidentemente teria que verificar se os requisitos legais para gozo da isenção da cota patronal previdenciária estariam sendo respeitados.

Nesse sentido, agiu o Fisco, na ação fiscal em questão, em estrita conformidade com a sua competência de verificar o cumprimento da norma legal inserta no art. 55 da Lei n. 8.212/1991, de modo a pesquisar se a recorrente preenchia os requisitos normativos que lhe garantiriam a desoneração fiscal pretendida.

Diante do exposto, afasto, por total falta de fundamento jurídico, a preliminar de incompetência da Auditoria Previdenciária para fiscalização da condição de isenta da empresa autuada.

Direito adquirido à isenção

O fundamento de validade da imunidade/isenção das entidades beneficentes de assistência social quanto ao recolhimento das obrigações previdenciárias tem sede no § 7.º do art. 195 da Constituição Federal, nesses termos:

§ 7º - São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

Para dar eficácia ao comando constitucional chegou ao ordenamento pátrio a Lei n. 8.212/1991 que, em seu art. 55, prescrevia:

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

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

II - seja portadora do Certificado e do Registro de Entidade de Fins Filantrópicos, fornecido pelo Conselho Nacional de Assistência Social, renovado a cada três anos;

II- seja portadora do Registro e do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social, fornecidos pelo Conselho Nacional de Assistência Social, renovado a cada três anos;

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

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

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

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

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

§ 3º Para os fins deste artigo, entende-se por assistência social beneficente a prestação gratuita de benefícios e serviços a quem dela necessitar.

§ 4º O Instituto Nacional do Seguro Social-INSS cancelará a isenção se verificado o descumprimento do disposto neste artigo.

§ 5º Considera-se também de assistência social beneficente, para os fins deste artigo, a oferta e a efetiva prestação de serviços de pelo menos sessenta por cento ao Sistema Único de Saúde, nos termos do regulamento.

§6º A inexistência de débitos em relação às contribuições sociais é condição necessária ao deferimento e à manutenção da isenção de que trata este artigo, em observância ao disposto no § 3º do art. 195 da Constituição.

O texto legal transcrito nos indica que as entidades, ressalvados os casos de direito adquirido, deveriam requerer ao INSS a isenção das contribuições patronais previdenciárias. Assim, é necessário que se investigue a princípio a recorrente poderia ser enquadrada nos casos de direito adquirido, de modo que ficasse desobrigada de encaminhar ao INSS o pleito isentivo.

Inicialmente chamemos atenção que a interpretação que tem prevalecido é a de que inexistente direito adquirido à manutenção da isenção para as entidades beneficentes de assistência social, ou seja, seria garantido o benefício apenas para aquelas que continuassem a preencher os requisitos normativos estabelecidos. É nesse sentido que se pronunciou a Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência Social, no Parecer n. CJ/MPS n.º 3.133/2003, do qual vale a pena transcrever o excerto:

30. Ora, revela-se absurda a tese de direito adquirido à isenção, com fundamento no § 1º do art. 1º do Decreto-lei nº 1.572/77, uma vez que este mesmo diploma legal estabelece, no art. 2º, hipóteses em que a isenção será automaticamente revogada.

31. A regra contida no art. 2º do Decreto-lei nº 1.572/77 exige que as entidades beneficiadas pelos §§ 1º, 2º e 3º do art. 1º, do referido Decreto-lei, mantenham a condição de entidades filantrópicas, bem como o reconhecimento de utilidade pública federal, caso contrário, perdem automaticamente o direito à isenção, ou seja, a garantia do direito à isenção fica sujeita a não ocorrência da condição resolutiva.

32. *Ao prever a possibilidade da perda da qualidade de entidade de fins filantrópicos, depreende-se que o Decreto-lei nº 1.572/77 manteve, conseqüentemente, no ordenamento jurídico, a exigência dos requisitos para caracterização da entidade como filantrópica, bem como o meio e a competência para esta certificação.*

33. *O instituto do direito adquirido protege um determinado direito, já incorporado definitivamente ao patrimônio do seu titular, contra alterações posteriores da legislação. Para tanto, é necessário que o ordenamento jurídico, em um dado momento, segundo as regras então vigentes, tenha garantido a incorporação do direito ao patrimônio do seu titular, bem como tenha determinado a intangibilidade deste direito.*

34. *Conclui-se, portanto, que o direito à isenção não foi resguardado pela cláusula da intangibilidade, muito pelo contrário, a própria lei que o garantiu, estabeleceu os casos em que seria revogado. Nunca, em nenhum momento, o direito à isenção tornou-se um direito intocável, de forma a configurar direito adquirido das entidades beneficiárias, como quer fazer crer, equivocadamente, a recorrente.*

Em 1959, com o advento da Lei n. 3.577, surgiu no direito pátrio a isenção das contribuições previdenciárias para as entidades reconhecidas como de utilidade pública, cujos diretores não recebessem remuneração. Esse diploma normativo foi revogado pelo Decreto-Lei n. 1.572/1977, que dispôs em seu art. 1. :

*"Art. 1. Fica revogada a Lei n. 3.577, de 4 de julho de 1959, que isenta da contribuição de previdência devida aos Institutos e Caixas de Aposentadoria e Pensões unificados no Instituto nacional de Previdência Social - IAPAS, as entidades de fins filantrópicos **reconhecidas de utilidade pública, cujos diretores não percebam remuneração.** (grifamos)*

Todavia, as entidades que já gozavam do benefício e aquelas que estavam em vias de adquiri-lo foram ressalvadas nos parágrafos do art. 1. do mesmo diploma legal:

*§ 1º A revogação a que se refere este artigo não prejudicará a instituição que **tenha sido reconhecida como de utilidade pública pelo Governo Federal até a data da publicação deste Decreto-Lei, seja portadora de certificado de entidade de fins filantrópicos com validade por prazo indeterminado e esteja isenta daquela contribuição.** (grifamos)*

§ 2. A instituição portadora de certificado provisório de entidade de fins filantrópicos que esteja no gozo de isenção referida no "caput" deste artigo e tenha requerido ou venha a requerer, dentro de 90 (noventa) dias a contar do início da vigência deste Decreto-Lei, o seu reconhecimento como de utilidade pública federal continuará gozando de aludida isenção até que o Poder Executivo delibere sobre aquele requerimento.

A exegese dos dispositivos acima permite concluir que, a partir da edição do Decreto Lei n. 1.572/1977 foram fechadas as portas para concessão de novas isenções, ficando,

todavia, garantido o direito das entidades ali ressalvados, desde, como já frisamos, mantivessem os requisitos legais necessários a fruição do benefício nos termos da legislação revogada.

Verifiquemos, então, se observa no caso sob análise a recorrente era isenta do recolhimento das contribuições previdenciárias sob a égide da Lei n. 3.577/1959. Os requisitos estabelecidos por essa Lei restringiam-se a posse do título de entidade emitido pelo Governo Federal e do certificado de entidade de fins filantrópicos por prazo indeterminado e a constatação de que os diretores da entidade não recebessem remuneração.

De acordo com o documento de fls. 268, a empresa detinha o Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos desde 1974, o qual foi substituído pelo emitido em 04/08/1992.

Quanto ao título de Utilidade Pública Federal, comprova o documento de fl. 167, que a entidade obteve pelo Decreto de 25/05/1992 (DOU 26/05/1992). Analisando-se o referido Decreto, conclui-se que a empresa havia formulado o pedido em 1974. Veja-se os termos do ato presidencial:

O Presidente da República, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição:

DECRETA:

(...)

Art. 1. São declaradas de utilidade pública federal, nos termos do art. 1. da Lei n. 91, de 28 de agosto de 1935, combinado com o art. 1. do regulamento aprovado pelo Decreto n. 50.517, de 02 de maio de 1961, as seguintes instituições:

(...)

ORGANIZAÇÃO SANTAMARENSE DE EDUCAÇÃO E CULTURA, com sede na cidade de Santo Amaro, Estado de São Paulo, portadora do CGC n. 62.277.207/0001-65 (Processo MJ n. 10.813/74.

Verifica-se, nesse sentido, que a OSEC, a época da edição do Decreto n. 1.572/1977 era portadora do Certificado de Entidades de Fins Filantrópicos e havia requerido o título de utilidade pública federal.

Diante desses fatos, forçoso reconhecer que a recorrente era possuidora do direito adquirido a que se refere o § 1. do art. 55 da Lei n. 8.212/1991.

Nesse sentido para que a entidade pudesse ser notificada pelo inadimplemento das contribuições de responsabilidade da empresa, obrigatoriamente o Fisco teria que emitir ato cancelatório, do qual a empresa teria direito a se contrapor.

Assim, a presente lavratura, por não ter observado o prévio cancelamento da isenção, não deve subsistir. É o que se pode ver do disposto na Instrução Normativa – IN n. 03/2005:

Art. 305. A SRP verificará se a entidade beneficente de assistência social continua atendendo aos requisitos necessários à manutenção da isenção, previstos no art. 299.

§ 1º Constatado o não-cumprimento dos requisitos contidos no art. 299, a fiscalização emitirá Informação Fiscal - IF, na qual relatará os fatos, as circunstâncias que os envolveram e os fundamentos legais descumpridos, juntando as provas ou indicando onde essas possam ser obtidas.

§ 2º A entidade será cientificada do inteiro teor da IF e terá o prazo de quinze dias, a contar da data da ciência, para apresentação de defesa, com a produção de provas ou não, que deverá ser protocolizada em qualquer UARP da DRP circunscricionante do seu estabelecimento centralizador.

§ 3º Decorrido o prazo previsto no § 2º deste artigo, sem manifestação da parte interessada, caberá à chefia do Serviço/Seção de Arrecadação da DRP decidir acerca da emissão do Ato Cancelatório de Isenção - AC.

§ 4º Caso a defesa seja apresentada, o Serviço/Seção de Análise da DRP decidirá acerca da emissão ou não do Ato Cancelatório de Isenção - AC.

§ 5º Sendo a decisão do Serviço/Seção de Análise da DRP favorável à emissão do Ato Cancelatório de Isenção, a chefia do Serviço/Seção de Arrecadação da DRP emitirá o documento, o qual será remetido, juntamente com a decisão que lhe deu origem, à entidade interessada.

§ 6º A entidade perderá o direito de gozar da isenção das contribuições sociais a partir da data em que deixar de cumprir os requisitos contidos no art. 299, devendo essa data constar do Ato Cancelatório de Isenção.

§ 7º Cancelada a isenção, a entidade terá o prazo de trinta dias contados da ciência da decisão e do Ato Cancelatório da Isenção para interpor recurso com efeito suspensivo ao CRPS.

Do § 6. acima não resta dúvida de que a perda do direito de gozar da isenção somente se dá mediante a emissão do Ato Cancelatório, que deverá indicar inclusive em que data a empresa deixou de cumprir os requisitos legais para manutenção da condição de entidade isenta.

Diante do exposto, voto por afastar a preliminar de incompetência da Auditoria Fiscal, por reconhecer a decadência do crédito no período de 05/2000 a 12/2001, e, no mérito, pelo provimento do recurso.

Kleber Ferreira de Araújo

Voto Vencedor

Conselheiro Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira – Redatora Designada

Dirirjo do entendimento adotado pelo ilustre relator quanto ao alcance da decadência quinquenal aplicada a luz do art. 173, I do CTN abordada no Recurso Repetitivo, REsp 973.733/SC, Rel Min. Luiz Fux (j. 12.8.2009), donde o relator entendeu que a aplicação do art. 173, I do CTN determinaria a contagem do prazo decadência de 5 anos, a partir do fato imponible, o que resultou na exclusão por decadência também da competência dezembro.

No caso, entendo que a divergência reside simplesmente na exclusão da competência 12/2001, por entender que a tese esboçada no referido recurso repetitivo, quando estabelece que a aplicação do art. 173, I do CTN, teria por início da data do fato imponible, não quis estabelecer nova contagem do prazo decadencial, mas tão somente rechaçar a tese à época defendida pela Procuradoria da Fazenda Nacional de que a contagem do prazo decadencial obedeceria a teoria cumulativa/concorrente dos prazos do art. 150, § 4º, e 173, I do CTN (teoria dos 5 mais 5 anos). Dita conclusão nos parece clara ao ler o próprio texto do voto do ilustre ministro, REsp 973.733/SC, Rel Min. Luiz Fux, senão vejamos:

(...)O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo 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, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal

È sabido que a contagem do art. 173, I do CTN, tem por início o primeiro dia do exercício seguinte aquele em que o lançamento poderia ter sido realizado. Neste caso, a competência 12 (dezembro), só pode ser exigida a partir do seu vencimento, que dá-se em janeiro do ano subsequente. Assim, a contagem para aplicação da decadência na competência 12/2001, só teve início em 1º de janeiro de 2003, findando em 31/12/2007.

Esse raciocínio acabou sendo esclarecido nos embargos de declaração EDcl no AgRg no Recurso Especial nº 674.497 - PR (2004/0109978-2) de relatoria do ministro Mauro Campbell Marques, acatados:

SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

*RECOLHIMENTOS NÃO EFETUADOS E NÃO DECLARADOS.
ART. 173, I, DO CTN. DECADÊNCIA. ERRO MATERIAL.
OCORRÊNCIA. ACOLHIMENTO. EFEITOS MODIFICATIVOS.
EXCEPCIONALIDADE.*

1. Trata-se de embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional objetivando afastar a decadência de créditos tributários referentes a fatos geradores ocorridos em dezembro de 1993. . (grifo nosso)

2. Na espécie, os fatos geradores do tributo em questão são relativos ao período de 1º a 31.12.1993, ou seja, a exação só poderia ser exigida e lançada a partir de janeiro de 1994. Sendo assim, na forma do art. 173, I, do CTN, o prazo decadencial teve início somente em 1º.1.1995, expirando-se em 1º.1.2000.

Considerando que o auto de infração foi lavrado em 29.11.1999, tem-se por não consumada a decadência, in casu.

3. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para dar parcial provimento ao recurso especial.(...)

O SENHOR MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator): Do acurado reexame dos autos, verifico que razão assiste à embargante.

Sobre o tema, a Primeira Seção desta Corte, utilizando-se da sistemática prevista no art. 543-C do CPC, introduzido no ordenamento jurídico pátrio por meio da Lei dos Recursos Repetitivos, ao julgar o REsp 973.733/SC, Rel. Min. Luiz Fux (j. 12.8.2009), reiterou o entendimento no sentido de que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação não declarado e inadimplido, como o caso dos autos, o Fisco dispõe de cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado para a constituição do crédito tributário, nos termos do art. 173, I, do CTN.

Somente nos casos em que o pagamento foi feito antecipadamente, o prazo será de cinco anos a contar do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN).

Confira-se a ementa do julgado:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO.

DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê 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, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki,

julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que 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, entre as quais figura a 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 (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo 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, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).

5. In casu, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação ex lege de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos imponíveis ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.

6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuassem o lançamento de ofício substitutivo.

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

Na espécie, os fatos geradores do tributo em questão são relativos ao período de 1º a 31.12.1993, ou seja, a exação só poderia ser exigida e lançada a partir de janeiro de 1994.

Sendo assim, na forma do art. 173, I, do CTN, o prazo decadencial teve início somente em 1º.1.1995, expirando-se em 1º.1.2000. Considerando que o auto de infração foi lavrado em 29.11.1999, tem-se por não consumada a decadência, in casu.

Com efeito, é cediço que, excepcionalmente, emprestam-se efeitos infringentes aos embargos de declaração para correção

de premissa equivocada sobre a qual se funda o julgado impugnado, quando tal efeito for relevante para o deslinde da controvérsia. . (grifso nosso)

A propósito:

TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS COM EFEITOS INFRINGENTES. POSSIBILIDADE. PREMISSA EQUIVOCADA.

1. "É admitido o uso de embargos de declaração com efeitos infringentes, em caráter excepcional, para a correção de premissa equivocada, com base em erro de fato, sobre a qual tenha se fundado o acórdão embargado, quando tal for decisivo para o resultado do julgamento" (EDcl no REsp n. 599.653, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJ de 22.8.2005).

2. Tratando os autos de mandado de segurança, são incabíveis embargos infringentes, ainda que o acórdão do Tribunal a quo tenha sido divergente na reforma do mérito da sentença, de acordo com o entendimento firmado pela Súmula nº 597/STF e nº 169/STJ.

3. Embargos de declaração acolhidos com efeitos modificativos. (EDcl no REsp 727.838/RN, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ 25.8.2006).

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITO MODIFICATIVO. POSSIBILIDADE.

1. Excepcionalmente, pode-se emprestar efeito modificativo aos embargos declaratórios.

2. No caso em espécie, tendo em vista o descabido recurso especial interposto em inadmissível processo instaurado contra a coisa julgada, impõe-se o acolhimento dos declaratórios para, dando-lhes efeito modificativo, não conhecer do recurso especial. (EDcl nos EDcl no REsp 543.688/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 26.10.2006).

Portanto, impõe-se o acolhimento dos presentes embargos de declaração, a fim de se adequar o decisório embargado à jurisprudência uniformizada no âmbito do STJ sobre a matéria.

Isso posto, ACOLHO os embargos de declaração, com efeitos modificativos, para DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso especial, tão-somente, para afastar a decadência dos créditos tributários relativos aos fatos geradores ocorridos em dezembro de 1993. (grifo nosso)

Excluída, por derradeiro, a multa de 1% (um por cento) aplicada com base no art. 538, parágrafo único, do CPC.

É como voto.

Assim, o lançamento em questão foi cientificado em 31/07/2007 e o período do crédito é de 05/2000 a 09/2003, sendo assim, devem ser excluídas a luz do art. 173, I do CTN as contribuições até 11/2001.

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira

Declaração de Voto

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira

Destaco uma divergência ainda com relação ao mérito, uma vez que um dos argumentos trazidos pela autoridade fiscal é de que a empresa não satisfazia desde a sua criação o requisito da ausência de remuneração de seus dirigentes, uma vez que no próprio estatuto de criação da entidade existia expressa previsão de remuneração dos dirigentes, bem como de reversão de todo o patrimônio em prol dos fundadores, caso a empresa fosse extinta.

Entendo que esse ponto já afasta de imediato o direito a isenção, desde a sua criação não havendo de se falar em direito adquirido a isenção sob a égide da Lei n. 3.577/1959. Os requisitos estabelecidos por essa Lei restringiam-se a posse do título de entidade emitido pelo Governo Federal e do certificado de entidade de fins filantrópicos por prazo indeterminado e a constatação de que os diretores da entidade não recebessem remuneração.

Contudo, apesar de ter sido utilizado pela autoridade fiscal, como argumento para inexistência de direito adquirido a isenção, e de ter o impugnante destacado que não remunerava diretores, não vi por parte da autoridade julgadora de primeira instância a abordagem do referido tema, razão porque entendi que existia um vício na Decisão Notificação, o que ensejaria sua nulidade.

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira