



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

Processo nº 10660.002518/2007-42
Recurso nº 158.736 Voluntário
Acórdão nº 2403-00.253 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de outubro de 2010
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA
Recorrente SOCIEDADE DE EDUCAÇÃO E CULTURA FAVO DE MEL
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/05/2003

OMISSÃO DE FATOS GERADORES EM GFIP.

Determina a lavratura de auto-de-infração a omissão de fatos geradores previdenciários na declaração prestada pela empresa em GFIP, conforme art. 32, inciso IV, § 5º, da Lei n.º 8.212/91.

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO.

É nulo, por vício insanável, o lançamento de crédito com Código de fundamentação legal errado.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - AUTO DE INFRAÇÃO - GFIP - APRESENTAÇÃO DE GFIP COM INFORMAÇÕES INEXATAS, INCOMPLETAS OU OMISSAS NOS DADOS NÃO RELACIONADOS AOS FATOS GERADORES DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

Constitui infração, punível na forma da Lei, apresentar a empresa a Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social - GFIP, com informações inexatas, incompletas ou omissas, nos dados não relacionados aos fatos geradores de contribuições previdenciárias.

A inobservância da obrigação tributária acessória é fato gerador do auto-de-infração, o qual se constitui, principalmente, em forma de exigir que a obrigação seja cumprida; obrigação que tem por finalidade auxiliar o INSS na administração previdenciária.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - AUTO DE INFRAÇÃO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - PERÍODO PARCIALMENTE ATINGIDO PELA DECADÊNCIA QUINQUENAL - SÚMULA VINCULANTE STF Nº8.

O STF em julgamento proferido em 12 de junho de 2008, declarou a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei n.º 8.212/1991. Após, editou a Súmula Vinculante n.º 8, publicada em 20.06.2008, nos seguintes termos: "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”.

Nos termos do art. 103-A da Constituição Federal, as Súmulas Vinculantes aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terão efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal

A recorrente teve ciência do Auto de Infração no dia 12.07.2007 e o período objeto do auto de infração é de 01/1999 a 05/2003.

Dessa forma, constata-se que já se operara a decadência do direito de constituição dos créditos ora lançados até a competência 11/2001, inclusive, e a competência 13/2001, nos termos do artigo 173, I, CTN.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - AUTO DE INFRAÇÃO - INTIMAÇÕES - PREVISÃO LEGAL - VIA POSTAL - DOMICÍLIO FISCAL ELEITO PELO SUJEITO PASSIVO - SÚMULA Nº 9 DO CARF

A previsão legal insculpida no art. 23, Decreto nº 70.235/1972, prevê que as intimações podem ser feitas por via postal, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo, sendo que este domicílio tributário é o endereço postal por ele fornecido, para fins cadastrais, à administração tributária. Ainda assim, a intimação é considerada feita na data do recebimento ou, se omitida, quinze dias após a data da expedição da intimação.

No mesmo sentido, a Súmula nº 9 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, aponta que a validade da ciência da notificação por via postal realizada no domicílio fiscal eleito pelo contribuinte, confirmada com a assinatura do recebedor da correspondência, ainda que este não seja o representante legal do destinatário.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - ISENÇÃO DE ENTIDADES BENEFICENTES DE ASSISTÊNCIA SOCIAL - ATENDIMENTO DE REQUISITOS LEGAIS

A legislação previdenciária em vigor à época da autuação fiscal, dispunha pela isenção das contribuições previdenciárias às entidades beneficentes de assistência social que atendessem cumulativamente todos os requisitos insculpidos no art. 55, Lei 8.212/1991.

CUSTEIO - AUTO DE INFRAÇÃO - ARTIGO 32, IV, § 6º, LEI Nº 8.212/91 - APLICAÇÃO DO ART. 32, IV, LEI Nº 8.212/91 C/C ART. 32-A, LEI Nº 8.212/91 - PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE BENÉFICA - ATO NÃO DEFINITIVAMENTE JULGADO - ART. 106, II, C, CTN

Conforme determinação do art. 106, II, c do Código Tributário Nacional - CTN a lei aplica-se a ato ou fato pretérito, tratando-se de ato não definitivamente julgado, quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Desta forma, há que se observar qual das seguintes situações resulta mais favorável ao contribuinte, conforme o art. 106, II, c, CTN: (a) a norma anterior, com a multa prevista no art. 32, inciso IV, Lei nº 8.212/1991 c/c art. 32, § 6º, Lei nº 8.212/1991 ou (b) a norma atual, nos termos do art. 32, inciso

IV, Lei nº 8.212/1991 c/c o art. 32-A, Lei nº 8.212/1991, na redação dada pela Lei 11.941/2009.

PROCESSO ANULADO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por maioria de voto, em acolher a preliminar de nulidade por erro na fundamentação legal. Vencido o Relator Paulo Maurício Pinheiro Monteiro. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Núbia Moreira Barros Mazza.



CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI - Presidente



PAULO MAURÍCIO PINHEIRO MONTEIRO - Relator



NÚBIA MOREIRA BARROS MAZZA – Redatora Designada

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros: Carlos Alberto Mees Stringari, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Cid Marconi Gurgel de Souza, Marthius Sávio Cavalcante Lobato, Marcelo Magalhães Peixoto e Núbia Moreira Barros Mazza (Suplente). Ausente o Conselheiro Ivacir Júlio de Souza.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário, às fls. 73 a 77, apresentado contra Decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Juiz de Fora - MG, fls. 63 a 68, que julgou procedente a autuação por descumprimento de obrigação acessória, Auto de Infração nº. 37.034.969-5, lavrado em 05.07.2007, às fls. 01, com valor consolidado de R\$ 3.166,75 (três mil, cento e sessenta e seis reais e setenta e cinco centavos).

O Auto de Infração, Código de Fundamentação Legal – CFL 69, foi lavrado pela Fiscalização contra a Recorrente por ela ter apresentado Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informação à Previdência Social (GFIP) com informações inexatas, incompletas ou omissas, nos dados não relacionados aos fatos geradores de contribuições previdenciárias, descumprindo, assim, obrigação legal acessória, conforme previsto na Lei 8.212, de 24/07/1991, art. 32, IV, e parágrafo 6º, acrescido pela Lei 9.528, de 10/12/1997, combinado com o art. 225, IV e parágrafo 4º, do Regulamento da Previdência Social (RPS), aprovado pelo Decreto 3.048, de 06/05/1999.

O período de apuração, de acordo com o Mandado de Procedimento Fiscal – MPF nº 09390023F00, foi de 01/1999 a 12/2006, fls. 06.

O período objeto do auto de infração, conforme o no Relatório Fiscal da Infração, fls. 15 a 16, é de 01/1999 a 05/2003.

A recorrente teve ciência do Auto de Infração no dia 12.07.2007, conforme Aviso de Recebimento – AR nº 627373991BR, às fls. 17.

Os motivos que ensejaram a autuação estão descritos no Relatório Fiscal da Infração, às fls. 13, de forma que a recorrente apresentou as GFIP's com a informação inexata no que se refere ao Código do FPAS. O código declarado pela entidade - 639 - é exclusivo de entidades filantrópicas em pleno gozo do benefício da isenção das contribuições previdenciárias (patronais e de terceiros).

Tal divergência ocasionou redução no valor das contribuições devidas, uma vez que o código 639 calcula apenas a contribuição dos segurados. O sujeito passivo não apresenta os quesitos necessários para usufruir do benefício fiscal. O procedimento acima descrito implica em Infração a dispositivos da Lei 8.212/91 e Regulamentada Previdência Social, aprovado pelo decreto n. 3.048/99.

O Relatório Fiscal da Aplicação da Multa, fls. 14, não registra a existência de circunstância agravante, conforme a descrição do inciso V do art. 290, do Decreto nº 3.048/1999, tampouco registra a existência de circunstância atenuante, prevista no art. 291 do Decreto nº 3.048/1999.

Pela infração cometida foi aplicada a multa de R\$ 3.166,75 (três mil, cento e sessenta e seis reais e setenta e cinco centavos) conforme Relatório Fiscal da Aplicação da Multa, às fls. 14.

A multa corresponde a 5 % (cinco por cento) do valor mínimo previsto no art. 92, da Lei nº 8.212, de 24/07/1991, c/c o art. 283 do Decreto nº 3.048, de 06/05/1999, atualizado pela Portaria MPS nº 142, de 11/04/2007, para cada ocorrência com informação

incorreta na GFIP; limitada, em cada competência, em razão do número de segurados, aos valores estabelecidos no §4º do art. 32, da Lei nº 8.212, de 24/07/1991.

Contra a autuação, a Recorrente apresentou impugnação tempestiva, de fls. 19 a 29.

Após análise, a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Juiz de Fora - MG, às fls. 63 a 68, emitiu o Acórdão nº 09-17.609 – 6ª Turma, julgando procedente a autuação e mantendo a multa aplicada.

Inconformada com a decisão, a Recorrente apresentou recurso voluntário, fls. 73 a 77, na qual alega em síntese que:

(a) Preliminarmente, da decadência.

A decadência se opera em relação aos débitos anteriores ao início de 2002, com fulcro na inconstitucionalidade do art. 45, Lei 8.212/1991, com a conseqüente aplicação do art. 146, III, CTN c/c o art. 173, I, CTN.

(b) Ainda em sede preliminar, da irregularidade das intimações.

As intimações relativas aos processos devem necessariamente ser realizadas no domicílio fiscal do contribuinte, conforme art. 29, II da Lei 11.457/07.

Entretanto, o inciso I do art. 29 da referida lei autoriza expressamente que as intimações se façam na pessoa de procurador devidamente constituído.

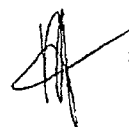
"Art. 29- Far-se-á a intimação: I- pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar."

Assim, diante da prévia exigência dos procuradores, frise-se, devidamente constituídos e autorizados para tanto, impõe-se sejam anulados todos os atos de intimação posteriores ao pedido.

(c) No mérito, alega, da insubsistência do auto de infração.

Em apertada síntese, alega que a Recorrente atende todos os requisitos previstos no art. 55 da Lei 8.212/91, fazendo jus às isenções legais, não podendo, assim, ser autuada por meras questões ou simples vícios materiais.

Dessa forma, meros vícios materiais não retiram a qualidade de entidade filantrópica da Recorrente, determinada expressamente pela legislação razão pela qual não pode vir a ser punida por questões administrativas, as quais, inclusive, são sanáveis.



Vale salientar, que além dos demais requisitos, a Recorrente se trata de entidade filantrópica, que promove de forma gratuita e exclusiva a assistência social, dirigida à educação às crianças

fls. 79.

Posteriormente, os autos foram enviados ao Conselho, para análise e decisão,

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Relator

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 79.

Avaliados os pressupostos, passo para as questões preliminares e ao exame do mérito.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES

(a) DA DECADÊNCIA

Deve-se verificar a ocorrência, ou não, da decadência.

O Supremo Tribunal Federal - STF, conforme o Informativo STF nº 510 de 19 de junho de 2008, por entender que apenas lei complementar pode dispor sobre prescrição e decadência em matéria tributária, nos termos do artigo 146, III, b, da Constituição Federal, negou provimento por unanimidade aos Recursos Extraordinários nºs 556664/RS, 559882/RS, 559.943 e 560626/RS, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei nº 8.212/91, atribuindo-se, à decisão, eficácia *ex nunc* apenas em relação aos recolhimentos efetuados antes de 11.6.2008 e não impugnados até a mesma data, seja pela via judicial, seja pela administrativa.

Após, o STF aprovou o Enunciado da Súmula Vinculante nº 8, publicada em 20.06.2008, nestes termos:

Súmula Vinculante nº 8 - São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário. Publicada no DOU de 20/6/2008, Seção 1, p.1.

É necessário observar ainda que as súmulas aprovadas pelo STF possuem efeitos vinculantes, conforme se depreende do art. 103-A e parágrafos da Constituição Federal, que foram inseridos pela Emenda Constitucional nº 45/2004. *in verbis*:

“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.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (g.n)."

Portanto, da leitura do dispositivo constitucional acima, conclui-se que a vinculação à súmula alcança a administração pública e, por consequência, os julgadores no âmbito do contencioso administrativo fiscal.

Ademais, no termos do artigo 64-B da Lei 9.784/99, com a redação dada pela Lei 11.417/06, a **administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal**, deve adequar a decisão administrativa ao entendimento do STF, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.

"Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal"

Cumprе ressaltar que o art. 62, caput do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF do Ministério da Fazenda, Portaria MF nº 256 de 22.06.2009, veda o afastamento de aplicação ou inobservância de legislação sob fundamento de inconstitucionalidade.

Porém, o art. 62, parágrafo único, inciso I, do Regimento Interno do CARF, ressalva que o disposto no caput não se aplica a dispositivo que tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal:

"Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal;
ou

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

- a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;*
- b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou*
- c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993. (g.n.)"*

Portanto, em razão da declaração de inconstitucionalidade dos arts 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 pelo STF, há que serem observadas as regras previstas no Código Tributário Nacional - CTN. Dessa forma, constata-se que já se operara a decadência do direito de constituição dos créditos ora lançados, nos termos dos artigos 150, § 4º, e 173 do Código Tributário Nacional.

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. (g.n.)"

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:

"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. (g.n.)"

Essas interpretações estão em sintonia com decisões do Poder Judiciário.

"Ementa: ...1. O entendimento jurisprudencial consagrado no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação cujo pagamento ocorreu antecipadamente, o prazo decadencial de que dispõe o Fisco para constituir o crédito tributário é de cinco anos, contados a partir do fato gerador. Todavia, se não houver pagamento antecipado, incide a regra do art. 173, I, do Código Tributário Nacional." (STJ. 1ª Turma, AgRg no Ag 972.949/RS, Rel.: Min. Denise Arruda, ago/08.) (g.n.)

"Ementa: ...4. Nas exações cujo lançamento se faz por homologação, havendo pagamento antecipado, conta-se o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN). Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN. Em normais circunstâncias, não se conjugam os dispositivos legais. Precedentes das Turmas de Direito Público e da Primeira Seção. 5. Hipótese dos autos em que não houve pagamento antecipado, aplicando-se a regra do art. 173, I, do CTN." (STJ. 2ª Turma, AgRg no Ag 939.714/RS, Rel.: Min. Eliana Calmon, fev/08.) (g.n.)

"Ementa: ... Em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, a fixação do termo a quo do prazo decadencial para a constituição do crédito deve considerar, em conjunto, os arts. 150, § 4º, e 173, I, do Código Tributário Nacional. Na hipótese em exame, que cuida de lançamento por homologação (contribuição previdenciária) com pagamento antecipado, o prazo decadencial será de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador. (...) Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN." (STJ. EREsp 278727/DF. Rel.: Min. Franciulli Netto. 1ª Seção. Decisão: 27/08/03. DJ de 28/10/03, p. 184.) (g.n.)

Uma corrente doutrinária também aponta que no caso de tributo lançado por homologação, desde que haja a antecipação de pagamento, se aplica uma regra especial disposta no art. 150, § 4º, CTN em detrimento da aplicação da regra geral do art. 173, I, CTN. No entanto, nos casos de dolo, fraude ou simulação, de modo a que se configure a comprovada

má-fé do sujeito passivo, não corre o prazo do art. 150, § 4º, CTN mas sim a decadência tributária se rege pela disposição genérica do art. 173, I, CTN.

Nesta corrente doutrinária pode-se citar, dentre outros, Ricardo Lobo Torres¹, Eduardo Sabbag², Mauro Luís Rocha Lopes³ e Leandro Paulsen⁴.

Há vozes discordantes na doutrina que defendem que a decadência opera com base na regra geral de decadência esposta no art. 173 do CTN, haja ou não pagamento antecipado no caso de lançamento por homologação, de forma a não se aplicar o art. 150, § 4º, CTN.

O meu posicionamento se identifica com o direcionamento do Superior Tribunal de Justiça – STJ e com a primeira corrente doutrinária exposta no sentido de no caso de tributo lançado por homologação, desde que haja a antecipação de pagamento e não se configure os casos de dolo, fraude ou simulação, se aplica a regra especial disposta no art. 150, § 4º, CTN.

Por outro lado, na hipótese de lavratura de Auto de Infração de Obrigação Acessória, como é o caso presente do Auto de Infração nº. 37.107.126-7, há que se aplicar a regra geral de decadência insculpida no art. 173, I, CTN em razão do não enquadramento lógico nos critérios do art. 150, § 4º, CTN, por exemplo, quanto à verificação de antecipação de pagamento.

Verifica-se, da análise dos autos, que:

A recorrente teve ciência do Auto de Infração no dia 12.07.2007, conforme Aviso de Recebimento – AR nº 627373991BR, às fls. 17.

O período objeto do auto de infração, conforme o no Relatório Fiscal da Infração, fls. 15 a 16, é de 01/1999 a 05/2003.

Dessa forma, constata-se que já se operara a decadência do direito de constituição dos créditos ora lançados até a competência 11/2001, inclusive, e a competência 13/2001, nos termos do artigo 173, I, CTN.

(b) DA IRREGULARIDADE DAS INTIMAÇÕES

As intimações relativas aos processos devem necessariamente ser realizadas no domicílio fiscal do contribuinte, conforme art. 29, II da Lei 11.457/07.

Entretanto, o inciso I do art. 29 da referida lei autoriza expressamente que as intimações se façam na pessoa de procurador devidamente constituído.

“Art. 29- Far-se-á a intimação: I- pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na

¹ TORRES, Ricardo Lobo. Curso de direito financeiro e tributário. 16. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 283.

² SABBAG, Eduardo. Manual de direito tributário. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 723.

³ LOPES, Mauro Luís Rocha. Direito tributário brasileiro. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 248.

⁴ PAULSEN, Leandro. Direito tributário: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; ESMAFE, 2009. p. 1036.

repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita *de quem o intimar*. "

Assim, diante da prévia exigência dos procuradores, fiise-se, devidamente constituídos e autorizados para tanto, impõe-se sejam anulados todos os atos de intimação posteriores ao pedido.

A recorrente alega que a entrega ou remessa postal de intimações e/ou notificações deve se dirigir para o endereço dos procuradores da impugnante.

Não resta razão à recorrente pois todo o procedimento inerente à intimação do Auto de Infração nº. 37.034.969-5, na qual a recorrente teve ciência deste Auto de Infração no dia 12.07.2007, conforme Aviso de Recebimento – AR nº 627373991BR, às fls. 17, ocorreu conforme o disposto no art. 23, Decreto nº 70.235/1972.

A previsão legal insculpida no art. 23, Decreto nº 70.235/1972, prevê que as intimações podem ser feitas por via postal, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo, sendo que este domicílio tributário é o endereço postal por ele fornecido, para fins cadastrais, à administração tributária.

Ainda assim, a intimação é considerada feita na data do recebimento ou, se omitida, quinze dias após a data da expedição da intimação.

A seguir, as regras do art. 23, Decreto nº 70.235/1972:

Art. 23. Far-se-á a intimação:

I - pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

III - por meio eletrônico, com prova de recebimento, mediante: (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

a) envio ao domicílio tributário do sujeito passivo; ou (Incluída pela Lei nº 11.196, de 2005)

b) registro em meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo. (Incluída pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 1º Quando resultar improficuo um dos meios previstos no caput deste artigo ou quando o sujeito passivo tiver sua inscrição declarada inapta perante o cadastro fiscal, a intimação poderá ser feita por edital publicado: (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

I - no endereço da administração tributária na internet; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

II - em dependência, franqueada ao público, do órgão encarregado da intimação; ou (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

III - uma única vez, em órgão da imprensa oficial local. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 2º Considera-se feita a intimação:

I - na data da ciência do intimado ou da declaração de quem fizer a intimação, se pessoal;

II - no caso do inciso II do caput deste artigo, na data do recebimento ou, se omitida, quinze dias após a data da expedição da intimação; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

III - se por meio eletrônico, 15 (quinze) dias contados da data registrada. (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

a) no comprovante de entrega no domicílio tributário do sujeito passivo; ou (Incluída pela Lei nº 11.196, de 2005)

b) no meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo; (Incluída pela Lei nº 11.196, de 2005)

IV - 15 (quinze) dias após a publicação do edital, se este for o meio utilizado. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 3º Os meios de intimação previstos nos incisos do caput deste artigo não estão sujeitos a ordem de preferência. (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 4º Para fins de intimação, considera-se domicílio tributário do sujeito passivo; (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

I - o endereço postal por ele fornecido, para fins cadastrais, à administração tributária; e (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

II - o endereço eletrônico a ele atribuído pela administração tributária, desde que autorizado pelo sujeito passivo. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 5º O endereço eletrônico de que trata este artigo somente será implementado com expresso consentimento do sujeito passivo, e a administração tributária informar-lhe-á as normas e condições de sua utilização e manutenção. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 6º As alterações efetuadas por este artigo serão disciplinadas em ato da administração tributária. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

Neste mesmo sentido, de não acolhimento da argumentação da recorrente, anota-se a **Súmula nº 9 do CARF** – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais:

Súmula CARF nº 9: É válida a ciência da notificação por via postal realizada no domicílio fiscal eleito pelo contribuinte, confirmada com a assinatura do recebedor da correspondência, ainda que este não seja o representante legal do destinatário.

DO MÉRITO

(c) DA INSUBSISTÊNCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO

Em apertada síntese, alega que a Recorrente atende todos os requisitos previstos no art. 55 da Lei 8.212/91, fazendo jus às isenções legais, não podendo, assim, ser autuada por meras questões ou simples vícios materiais.

Dessa forma, meros vícios materiais não retiram a qualidade de entidade filantrópica da Recorrente, determinada expressamente pela legislação razão pela qual não pode vir a ser punida por questões administrativas, as quais, inclusive, são sanáveis.

Vale salientar, que além dos demais requisitos, a Recorrente se trata de entidade filantrópica, que promove de forma gratuita e exclusiva a assistência social, dirigida à educação às crianças

A recorrente confirma em seus argumentos de defesa, tanto na impugnação quanto no recurso voluntário, embora reafirme sua condição de entidade isenta, o cometimento da infração ao admitir ter informado nas GFIP do período autuado o código FPAS 639, aplicável apenas às entidades beneficentes de assistência social que atendam, de forma cumulativa, os requisitos previstos no artigo 55 da Lei nº 8.212/1991.

No entanto, não resta razão à recorrente pois a mesma não comprovou, ora no momento da fase de impugnação, ora no momento da fase de recurso voluntário, o preenchimento dos requisitos legais exigidos para que a entidade se beneficiasse da isenção das contribuições previdenciárias durante o período objeto da Autuação fiscal.

Neste sentido, o Relatório Fiscal da Infração, às fls. 13, aduz que a recorrente não apresenta os quesitos necessários para usufruir do benefício fiscal, sendo que tal situação fática implica em Infração a dispositivos da Lei 8.212/91 e do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto 3.048/1999.

(d) CÁLCULO DA MULTA

No que tange ao cálculo da multa, é necessário tecer algumas considerações, face à edição da recente Medida Provisória nº 449/2008, convertida na Lei 11.941/2009. A citada Lei 11.941/2009 alterou a sistemática de cálculo de multa por infrações relacionadas à GFIP.

Para tanto, a Lei 11.941/2009, inseriu o art. 32-A, o qual dispõe o seguinte:

“Art.32-A.O contribuinte que deixar de apresentar a declaração de que trata o inciso IV do art. 32 no prazo fixado ou que a apresentar com incorreções ou omissões será intimado a apresentá-la ou a prestar esclarecimentos e sujeitar-se-á às seguintes multas:

I- de dois por cento ao mês-calendário ou fração, incidente sobre o montante das contribuições informadas, ainda que integralmente pagas, no caso de falta de entrega da declaração



ou entrega após o prazo, limitada a vinte por cento, observado o disposto no § 3º; e

II- de R\$ 20,00 (vinte reais) para cada grupo de dez informações incorretas ou omitidas

§ 1º- Para efeito de aplicação da multa prevista no inciso I do caput, será considerado como termo inicial o dia seguinte ao término do prazo fixado para entrega da declaração e como termo final a data da efetiva entrega ou, no caso de não-apresentação, a data da lavratura do auto de infração ou da notificação de lançamento

§ 2º Observado o disposto no § 3º, as multas serão reduzidas:

I- à metade, quando a declaração for apresentada após o prazo, mas antes de qualquer procedimento de ofício; ou

II- a setenta e cinco por cento, se houver apresentação da declaração no prazo fixado em intimação

§ 3º A multa mínima a ser aplicada será de:

I- R\$ 200,00 (duzentos reais), tratando-se de omissão de declaração sem ocorrência de fatos geradores de contribuição previdenciária;

II- R\$ 500,00 (quinhentos reais), nos demais casos".

Considerando o princípio da retroatividade benigna previsto no art. 106, inciso II, alínea "c", do Código Tributário Nacional, há que se verificar a situação mais favorável ao sujeito passivo, face às alterações trazidas.

Art. 106 - A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

(...)

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

No caso da presente autuação, Auto de Infração nº. 37.034.969-5, a multa aplicada ocorreu nos termos do art. 32, inciso IV, Lei nº 8.212/1991 e do art. 32, § 6º, revogado, da Lei nº 8.212/1991, o qual previa que pena administrativa de cinco por cento do valor mínimo previsto no art. 92, por campo com informações inexatas, incompletas ou omissas, limitadas aos valores previstos no § 4º.

Para efeitos da apuração da situação mais favorável, há que se observar qual das seguintes situações resulta mais favorável ao contribuinte, conforme o art. 106, II, c, CTN: (a) a norma anterior, com a multa prevista no art. 32, inciso IV, Lei nº 8.212/1991 c/c o art. 32, § 6º, Lei nº 8.212/1991 ou (b) a norma atual, nos termos do art. 32, inciso IV, Lei nº 8.212/1991 c/c o art. 32-A, Lei nº 8.212/1991, na redação dada pela Lei 11.941/2009.

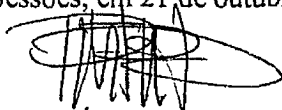
Nesse sentido, entendo que na execução do julgado, a autoridade fiscal deverá verificar, com base nas alterações trazidas, a situação mais benéfica ao contribuinte.

CONCLUSÃO

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso, **NAS PRELIMINARES** declarar a decadência, nos termos do art. 173, I, CTN, dos créditos ora lançados até a competência 11/2001, inclusive, e a competência 13/2001, e **NO MÉRITO DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO**, para que se recalcule o valor da multa, se mais benéfico ao contribuinte, de acordo com o disciplinado no art. 32-A da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/2009.

É como voto.

Sala das Sessões, em 21 de outubro de 2010



PAULO MAURÍCIO PINHEIRO MONTEIRO – Relator

Voto Vencedor

Conselheira Núbia Moreira Barros Mazza, Redatora Designada

Peço vênia ao ilustre Relator para discordar do voto proferido na presente decisão.

Da análise dos autos, verifica-se que a autuação não cumpre os requisitos legais que normatizam a constituição do crédito previdenciário, ou seja, não foi lavrada de acordo com os preceitos legais, garantindo-lhe o atributo de certeza para futura execução fiscal.

O auto de infração deve ser claro e preciso, de forma a possibilitar o trâmite adequado do processo, respeitando o direito de ampla defesa do contribuinte e possibilitando execução célere do crédito previdenciário constituído.

De acordo com a Lei nº 9.784/99, que regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, em seu art. 53, verbis:

"Art. 53 . A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos."

É entendimento do STF, na súmula nº 473 que *"A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial"*.

Da análise dos autos, verificamos que não houve o correto enquadramento legal da infração cometida e fundamento legal da multa aplicada, uma vez que a empresa, segundo confirma a fiscalização na descrição sumária da infração, cometeu a infração de código de Fundamentação Legal 69, ao consignar, na GFIP, o Código do FPAS - 639 - exclusivo de entidades filantrópicas em pleno gozo do benefício da isenção das contribuições previdenciárias (patronais e de terceiros).

Tal divergência ocasionou redução no valor das contribuições devidas, uma vez que o código 639 calcula apenas a contribuição dos segurados e o sujeito passivo não apresenta os quesitos necessários para usufruir do benefício fiscal.

Como se pode observar, uma vez que o código FPAS, informado na GFIP, altera de forma direta as informações referentes à contribuição previdenciária (reduzindo o valor devido), o Código de Fundamentação Legal não poderia ser o 69 (art. 32, IV, e parágrafo 6º da lei n. 8.212/91), e sim, o 68 (art 32, inciso IV e §5º da Lei 8.212/91, acrescentado pela Lei nº 9.528/97, combinado com o art. 225, inciso IV, §4º, do RPS), pois refletiu em informações incorretas quanto às contribuições previdenciárias devidas.

Dessa forma, face às imprecisões presentes no Relatório Fiscal e enquadramento errôneo da infração, a autuação encontra-se eivada de vício insanável, cabendo



a nulidade da mesma, por prejuízo ao entendimento, conforme consta do artigo 293, do Decreto n.º 3.048/99:

"Art. 293: Constatada a ocorrência de infração a dispositivo deste Regulamento, a fiscalização do Instituto Nacional do Seguro Social lavrará, de imediato, auto de infração com discriminação clara e precisa da infração e das circunstâncias em que foi praticada, dispositivo legal infringido e a penalidade aplicada e os critérios de sua gradação, indicando local, dia e hora de sua lavratura, observadas as normas fixadas pelos órgãos competentes".

Ante o exposto, e ante da existência de vício insanável que macula a constituição do crédito previdenciário, VOTO no sentido de DAR PROVIMENTO AO RECURSO, exonerando o crédito tributário exigido.

Sala das Sessões, em 21 de outubro de 2010


NÚBIA MOREIRA BARROS MAZZA - Redatora Designada