



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

Processo n° 35415.000921/2007-60
Recurso n° 000.000 Voluntário
Acórdão n° **2403-00.538 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária**
Sessão de 11 de maio de 2011
Matéria OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS
Recorrente BASE AEROFOTOGRAMETRIA E PROJETOS S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 01/02/2000 a 30/11/2006

PREVIDENCIÁRIO.DECADÊNCIA.PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE
MAIS BENIGNA. MULTA MAIS BENÉFICA.

Ocorre a decadência com a extinção do direito pela inércia de seu titular, quando sua eficácia foi, de origem, subordinada à condição de seu exercício dentro de um prazo prefixado, e este se esgotou sem que esse exercício tivesse se verificado. As edições da Súmula Vinculante n° 8 exarada pelo Supremo Tribunal Federal - STF e da Lei Complementar n° 128 de dezembro de 2008, artigo 13, I, “a” determinaram que são inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5° 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.

O artigo 106, “c”, do CTN determina a aplicação retroativa da lei quando, tratando-se de ato não definitivamente julgado, lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, princípio da retroatividade benigna.

Autuação lavrada por ofensa à legislação vigente capitulada no § 5°, do revogado artigo 32 da Lei 8.212, inciso IV, há que se submeter ao preceituado no artigo 32-A sob o novo comando expresso na forma do § 9° da redação dada pela Lei n° 11.941, de 2009.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de votos em acatar as preliminares de decadência até a competência 11/2001, inclusive, com base no art.173, I do Código Tributário Nacional. Vencidos os conselheiros Cid Marconi Gurgel de Souza e Marcelo Magalhães Peixoto que votaram pelo art 150 do CTN. No mérito, por unanimidade de

votos determinar o recálculo da multa com base na redação dada ao art 32 A da Lei n 11.941/2009 com prevalência da mais benéfica ao contribuinte.

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente

Ivacir Júlio de Souza - Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Marcelo Magalhães Peixoto, Marthius Sávio Cavalcante Lobato e Cid Marconi Gurgel de Souza.

Relatório

Transcrevo abaixo o relato que fora produzido em sede de impugnação o qual compulsei com os autos e corroboro:

“ *Trata-se de Auto de Infração (AI) lavrado pela fiscalização, contra a empresa em epígrafe, por infração ao disposto no artigo 32, inciso IV, parágrafo 5º da Lei n.º 8.212, de 24/07/1991, na redação da Lei n.º 9.528, de 10/12/1997, e no artigo 225, inciso IV e parágrafo 4º do Regulamento da Previdência Social (RPS), aprovado pelo Decreto n.º 3.048, de 06/05/1999, tendo em vista que, de acordo com o Relatório Fiscal da Infração e planilhas anexas, ela deixou de informar, em GFIP, fatos geradores de contribuições previdenciárias, nas competências 02/2000, 03/2000, 10/2001 a 06/2005, 10/2005, 12/2005, 01/2006 a 03/2006, 06/2006 a 11/2006.*

O Relatório Fiscal da Infração informa, ainda, que a empresa deixou de declarar em GFIP os valores pagos a título de premiação aos seus segurados empregados, conforme valores apurados na Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (NFLD) 37.094.850-5.

DA IMPUGNAÇÃO

Inconformada com a autuação, a empresa apresentou, em 23/08/2007, a impugnação de fls. 38 a 68, com documentos anexos às fls. 69 a 775, na qual produz a alegações a seguir sintetizadas.

DA NULIDADE DO LANÇAMENTO:

Segundo a empresa, houve, no caso, violação aos artigos 3º, 7º, inciso I, 10, 11, 12, 23, inciso II, § 4º, inciso I, todos do Decreto n.º 70.235/72, que, a partir da vigência da Lei n.º 11.457/07, teria passado, através da redação do artigo 25 dessa lei, a ser aplicável aos processos e procedimentos administrativos fiscais de determinação e exigência de créditos tributários referentes às contribuições mencionadas no texto legal.

Alega ser flagrante a nulidade do lançamento, tendo em vista que todos os procedimentos fiscais adotados no curso da fiscalização foram realizados por Agente Fiscal incompetente em razão do seu endereço fiscal.

Informa que a Agente Fiscal incumbida da tarefa de lhe fiscalizar, para averiguação de suposta infração a lei tributária, é lotada na Delegacia da Receita Federal em Osasco, sendo que possui sua sede na Rua Marques de Lages, n.º 1027, Vila das Mercês, São Paulo, Capital, como comprova a situação

cadastral de 03/11/2005 constante em seu Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica.

Relata que, em nenhum momento, a Agente Fiscal levou em consideração os seus avisos de que o seu endereço fiscal havia sido alterado, permanecendo a exigir a apresentação de documentos fiscais, ainda que as apresentações restassem por vezes dificultadas em razão de tal falha de procedimento fiscal.

Destaca, ainda, que sequer tomou ciência da intimação do lançamento através da via regular determinada pela legislação vigente, qual seja, a postalização ao endereço fiscal escolhido pelo contribuinte, tendo sido a intimação enviada ao seu antigo endereço, e afirma que, graças ao telefonema da própria agente fiscal, que avisou sobre o envio via correio da intimação, pode solicitar à empresa que hoje se localiza em seu antigo endereço o envio dos autos de infração e da notificação fiscal de lançamento de débito.

Para ela, tais procedimentos não só poderiam gerar o cerceamento absoluto de defesa, como a prejudicaram, tendo em vista o conhecimento dos lançamentos transcorridos cerca de 15 (quinze) dias da data em que houve o recebimento das intimações. Pleiteia, então, pela nulidade do lançamento fiscal, por restar viciado pela incompetência jurisdicional da Agente Fiscal, tendo em vista os reais riscos de cerceamento de defesa a ela impingidos durante todo o transcorrer da fiscalização.

Relata a impugnante que, no exercício regular de suas atividades sociais, firmou contratos de serviços de publicidade, propaganda e marketing ajustados com as empresas denominadas EXPERTISE COMUNICAÇÃO TOTAL S/C LTDA. e SIM INCENTIVE MARKETING S/C LTDA, visando o fomento de atividades voltadas ao incentivo da marca entre os seus fornecedores, clientes associados e empregados, mediante a realização de várias atividades, dentre elas, a confecção de cartões magnéticos de fidelidade para despesas de obras em trânsito no desenvolvimento e prestação de serviços em todo o território nacional, ressaltando que os saques dos valores eram realizados durante a execução dos trabalhos em diversos Estados do país.

Informa que os contratos englobam também o pagamento pelos serviços referentes às campanhas de marketing, mediante a aferição dos gastos e cumprimento das cláusulas contratuais de honorários referentes aos serviços prestados pelas próprias empresas EXPERTISE e SIM, sendo que estas emitem notas fiscais, em seu nome, onde descrevem que os valores nelas constantes se referem às campanhas de incentivos e comissão contratual sobre os serviços prestados.

Afirma que, de posse das notas fiscais emitidas pelas empresas contratadas, lançou em sua contabilidade os valores nelas constantes como despesas com serviços de marketing e comissão contratual pelos serviços prestados pelas empresas descritas de forma que todas as obrigações principais e acessórias fossem cumpridas.

Discorda da Agente Fiscal que mediante a análise de todos os documentos que lhe foram apresentados durante toda a fiscalização, presumiu, sem qualquer fundamento fático ou legal, que todos os valores descritos nas notas fiscais emitidas pelas empresas EXPERTISE COMUNICAÇÃO TOTAL S/C LTDA. e SIM INCENTIVE MARKETING S/C LTDA. se referiam a valores pagos diretamente aos seus empregados, tomando a totalidade dos valores expressos nas notas fiscais apreendidas para lavrar a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (NFLD) 37.094.850-5 e o presente Auto de Infração (AI), e fez sua descrição, no relatório, como algo que "em tese" poderia configurar sonegação fiscal, o que demonstraria a precária fundamentação do lançamento.

Destaca que, ao se colocar em confronto os valores constantes nas notas fiscais com os valores pagos aos seus empregados conforme folha de pagamento, nota-se a grande disparidade de valores, bem como a ausência de periodicidade mensal e regular dos pagamentos.

Menciona que a fiscalização se baseou apenas em notas fiscais das competências fiscalizadas, contra um universo de documentos por ela apresentados, como livros fiscais e documentos relativos a ações publicitárias realizadas, para efetuar o lançamento e que as alíquotas das supostas contribuições previdenciárias não recolhidas foram aleatoriamente fixadas.

Informa a ausência de fundamento legal para o lançamento de crédito fiscal arbitrado pela fiscalização, e entende que supostamente, no caso, houve a aferição indireta da remuneração dos seus empregados, prevista no artigo 33, parágrafo 6º da Lei n.º 8.212/91, sendo que ela deve ser realizada somente quando a situação ensejadora deste procedimento estiver bem caracterizada, o que não ocorreu no caso em tela.

Ressalta que sua contabilidade preencheu todos os requisitos formais e materiais determinados na legislação específica e não sofreu descaracterização, sendo apresentada à fiscalização e levada em consideração pela fiscalização, que em nenhum momento a afastou ou a considerou inábil.

De acordo com ela, analisando os lançamentos contábeis do período fiscalizado, se pode verificar que os valores relativos às empresas EXPERTISE e SIM se referem única e exclusivamente às suas despesas com incentivos de marketing, que se referem, dentre outras atividades publicitárias, à emissão e carga de cartões magnéticos, nos quais são computados valores em reais para saques visando o pagamento de despesas de obras de trânsito no desenvolvimento e prestação de serviços em todo o território nacional.

Destaca que, uma vez não tendo sido mencionada no Relatório Fiscal a inidoneidade da contabilidade, o procedimento de lançamento do crédito por arbitramento foi ilegal tendo em vista

que a situação ensejadora deste procedimento não está bem caracterizada.

Para ela, além de arbitrário, o ato de lançamento com base nas notas fiscais apreendidas, e o de considerar não atendidas as obrigações acessórias, sem levar em conta todos os documentos fiscais apresentados durante a fiscalização, violou também princípios fundamentais que regem os procedimentos administrativos, quais sejam a razoabilidade, a proporcionalidade e a imparcialidade.

Relata a empresa que a autuação possui como base suposta falta de declaração dos fatos geradores de contribuição previdenciária na GFIP.

Informa, no entanto, que não infringiu quaisquer dos artigos legais descritos no auto de infração, haja vista que declarou precisamente todos os fatos geradores das contribuições previdenciárias na GFIP, como determina a lei, conforme se pode observar das guias anexas contrapostas às folhas de pagamento juntadas por amostragem.

Sustenta que não houve qualquer infração de sua parte à lei previdenciária no que se refere aos lançamentos e envio de declarações ao ente fiscal, tendo ocorrido, no caso, a aferição presumida e subjetiva de que os valores constantes nas notas fiscais apresentadas seriam na verdade valores pagos aos seus trabalhadores.

E requereu, por fim, o apensamento dos presentes autos à NFLD 37.094.850-5.

Diante de todo o exposto, afirmou que a autuação é ilegítima, devendo ser anulado o lançamento do crédito tributário representado por este auto de infração, que é reflexo da NFLD 37.094.850-5, pois:

(i) foram devidamente lançados nas escritas fiscais as suas obrigações principais em conformidade com os ditames legais, tanto que não desconsideradas pela fiscalização que com base nelas lavrou a NFLD supra descrita;

(ii) foram declarados os fatos geradores de contribuição previdenciária nas guias de recolhimento de FGTS e nas Informações à Previdência Social — INSS, nos moldes determinados pela lei, posto que;

(iii) as notas fiscais se referem de forma única e exclusiva aos créditos lançados nos cartões magnéticos para fins de incentivo de marketing e pagamento de despesas de obras em trânsito no desenvolvimento e prestação de serviços em todo o território nacional; e,

(iv) não deixou de contribuir ao Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, fato que se prova mediante a simples conferência de sua escrita contábil, bem como das guias de recolhimento de FGTS e GFIP's anexas. Reitera que firmou contratos com as empresas EXPERTISE e SIM visando o fomento de atividades voltadas ao marketing de incentivo, bem como a utilização de

cartões magnéticos para pagamento de custos e despesas de obras em trânsito para a implantação de projetos em demais Estados, bem como em cidades distantes do próprio Estado da sua sede.

Segundo ela, o entendimento da fiscalização de que os valores creditados nos cartões magnéticos aos empregados devem integrar o salário, para fins de incidência das contribuições previdenciárias, não deve prevalecer em face da legislação em vigor, citando o artigo 457, parágrafos 1º e 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, que dispõem que não se incluem nos salários as gratificações que não tenham sido ajustadas, as diárias para viagem e as ajudas de custo.

Para ela, não possui fundamento a autuação pelo descumprimento de obrigação acessória para fins de lançamentos que não são previstos em lei como fatos geradores de contribuições previdenciárias.

DOS PEDIDOS:

Requer a impugnante a declaração de anulação do débito fiscal representado pelo Auto de Infração 37.094.851-3, tendo em vista:

(i) a incompetência jurisdicional da Agente Fiscal lotada na Delegacia da Receita Federal em Osasco, tendo em vista que o endereço fiscal escolhido e informado por ela se encontra na Capital do Estado de São Paulo; ou, caso tal preliminar não seja acolhida; em razão

(ii) do cumprimento regular de envio de declarações dos fatos geradores das contribuições previdenciárias através das GFIP's, ou seja, ausência de infração às normas tributárias que regem os procedimentos fiscais voltados às obrigações acessórias, posto que, uma vez que os valores constantes nas notas fiscais emitidas pelas empresas mencionadas não se referem a pagamentos efetuados aos seus trabalhadores, tem-se que restam ausentes os fatos geradores das contribuições previdenciárias consideradas devidas pela Agente Fiscal e, por consequência ausente sua obrigação em lançar em sua escrita fiscal e declarar tais valores como devidos ao Instituto Nacional do Seguro Social- INSS. ”

DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Após analisar aos argumentos da impugnante, a 11ª Turma da Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil de São Paulo – SP I – DRJ/ SPOI, emitiu o Acórdão n.º 16-17.413, em 10 de junho de 2008, mantendo procedente o lançamento.

DO RECURSO

Irresignada, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário de fls. 803 onde reiterou as alegações que fizera em instância “ad quod”.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ivacir Júlio de Souza, Relator

DA TEMPESTIVIDADE

Conforme registro de fls. 855, o recurso é tempestivo e reúne os pressupostos de admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

DA PRELIMINAR DE NULIDADE DO LANÇAMENTO

Dos Dados Cadastrais E Da Notificação

Entre outras, a Recorrente alega que :

“- a Agente Fiscal incumbida da tarefa de lhe fiscalizar, para averiguação de suposta infração a lei tributária, é lotada na Delegacia da Receita Federal em Osasco, sendo que possui sua sede na Rua Marques de Lages, n.º 1027, Vila das Mercês, São Paulo, Capital, como comprova a situação cadastral de 03/11/2005 constante em seu Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica.

- em nenhum momento, a Agente Fiscal levou em consideração os seus avisos de que o seu endereço fiscal havia sido alterado, permanecendo a exigir a apresentação de documentos fiscais, ainda que as apresentações restassem por vezes dificultadas em razão de tal falha de procedimento fiscal.

- sequer tomou ciência da intimação do lançamento fiscal através da via regular determinada pela legislação vigente, qual seja, a postalização ao endereço fiscal escolhido pelo contribuinte, tendo sido a intimação enviada ao seu antigo endereço, e afirma que, graças ao telefonema da própria agente fiscal, que avisou sobre o envio via correio da intimação, pode solicitar à empresa que hoje se localiza em seu antigo endereço o envio dos autos de infração e da notificação fiscal de lançamento de débito.”

O procedimento fiscal em questão teve início, pela extinta Secretaria Receita Previdenciária (SRP) do Ministério da Previdência Social (MPS), sendo que, o Relator do voto de primeira instância registra que no sistema informatizado denominado AGUIA, constava como endereço do estabelecimento centralizador da notificada Av. João Paulo Ablas, n.º 477, Jardim da Glória, Cotia/SP, pertencente à jurisdição da Delegacia de Osasco.

Apenas no transcorrer da fiscalização, entrou em atividade a Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), subordinada ao Ministro de Estado da Fazenda.

Não procede a alegação da empresa de que os procedimentos fiscais adotados no curso da fiscalização teriam sido realizados por Agente Fiscal incompetente, em razão de seu endereço fiscal, constante em seu Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, qual seja: Rua Marques de Lages, n.º 1.027, Vila das Mercês, São Paulo/SP.

Cabe observar, aqui, o disposto no artigo 9º, parágrafo 2º do Decreto n.º 70.235/72, na redação dada pela Lei n.º 8.748/93, a seguir transcrito.

Art. 9º A exigência de crédito tributário, a retificação de prejuízo fiscal e a aplicação de penalidade isolada serão formalizadas em autos de infração ou notificação de lançamento, distintos para cada imposto, contribuição ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

§2º Os procedimentos de que tratam este artigo e o art. 7º, serão válidos, mesmo que formalizados por servidor competente de jurisdição diversa da do domicílio tributário do sujeito passivo. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993) (grifei)

Não há que se falar, portanto, em violação ao Decreto n.º 70.235/72 ou em nulidade do lançamento por incompetência jurisdicional da Agente Fiscal.

Com relação às intimações, cabe destacar que mesmo quando feitas sem observância das prescrições legais, elas têm sua irregularidade suprida com o comparecimento do sujeito passivo, a teor do disposto no artigo 214, parágrafo 1º do Código de Processo Civil (CPC — Lei n.º 5.869, de 11/01/1973), aplicável subsidiariamente ao processo administrativo fiscal, a seguir transcrito.

Art. 214. (..)

§1º O comparecimento espontâneo do réu supre, entretanto, a falta de citação. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

No presente caso, não se vislumbra qualquer cerceamento de defesa, uma vez que a empresa teve ciência do lançamento, que este foi efetuado de modo que a notificada tivesse pleno conhecimento de seu conteúdo, e que ela se manifestou a respeito com a apresentação de impugnação.

DA PRELIMINAR DE DECADÊNCIA

Tomando-se como certo o entendimento de que ocorre a decadência com a extinção do direito pela inércia de seu titular, quando sua eficácia foi, de origem, subordinada à condição de seu exercício dentro de um prazo prefixado, e este se esgotou sem que esse exercício tivesse se verificado, em preliminar, quedo-me a observar hipótese decadencial face a edição da Súmula Vinculante nº 8 exarada pelo Supremo Tribunal Federal – STF e da Lei Complementar nº 128 de dezembro de 2008, artigo 13, I, “a”:

SÚMULA VINCULANTE DO STF Nº 8

“São inconstitucionais o 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”.

A súmula nº 8 passou a produzir efeitos a partir de 20 de junho de 2008, conforme ata da vigésima segunda sessão plenária do STF, do dia 12.06.2008, cuja íntegra do debate foi publicado no Diário de Justiça do dia 11.09.2008. O material está no site do tribunal.

Consolidando o sumulado, se observa a Lei complementar nº 128, de 19 de dezembro de 2008, artigo 13, I, “a” :

“ Lei Complementar nº128, de 19 de dezembro de 2008

(...)

Art. 13. Ficam revogados:

I – a partir da data de publicação desta Lei Complementar:

a) os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991”

DA DECADÊNCIA DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Como relatado, trata-se de autuação por descumprimento de obrigação acessória, em razão de no período 02/2000 a 11/2006 a empresa ter apresentado GFIP's com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, tendo deixado de declarar os valores pagos a título de premiação aos seus segurados empregados.

Exortando-se os artigos 3º e 5º do Código Tributário Nacional – CTN, se observa que :

*“Art. 3º **Tributo** é toda **prestação pecuniária compulsória**, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.*

(...)

*Art. 5º **Os tributos são impostos, taxas e contribuições de melhoria.**”*

Debruçado ainda sobre o mesmo códex, no que se refere ao artigo 113, § 2º, temos que :

“Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória

(...).

*§ 2º **A obrigação acessória** decorre da legislação tributária e **tem por objeto as prestações, positivas ou negativas**, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.*

Visto isto, conclui-se que as obrigações acessórias **não têm natureza jurídica de tributos** mas **decorrem** da legislação tributária.

Tal análise é fundamental para o reconhecimento da decadência das obrigações tributárias acessórias na medida em que a legislação, neste sentido, só fez previsão de decadência para os **TRIBUTOS** na forma dos artigos 150, §4º e 173 do mesmo diploma tributário supra.

*“ 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.”

(...)

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

Aduz que artigo 150 do CTN invoca o lançamento e sua homologação ao passo que o artigo 173 do mesmo CTN não faz alusão a homologação, sendo lícito, portanto, inferir que para o reconhecimento da decadência a aplicação do artigo **173 é regra geral** e no que se refere **aos tributos submetidos aos lançamentos por homologação** se tem como **específica a aplicação** do artigo 150 § 4º, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Tudo isso exposto, sendo cediço que as obrigações principais do tributo em comento são regidas pelos pressupostos do denominado lançamento por homologação, entendo que a decadência, quando o foco são as obrigações acessórias decorrentes daquelas, por coerência, já que a lei não previu a decadência das obrigações acessórias e essas também decaem, e, em razão da obrigação de fazer e não de pagar, não se vislumbra outro enquadramento que não seja.

A regra de pagamento antecipado a que nos submete o artigo 62-A do RICARF, por se referir a pagamentos antecipados, não alcança por óbvio, as obrigações acessórias que não exigem pagamentos mas cumprimentos de prestações positivas ou negativas.

As obrigações acessórias são homologadas, também, tácita ou expressamente, posto que ao termo do prazo quinquenal, o direito potestativo da Autoridade Administrativa se observará efetivamente decaído qualquer que seja a circunstância, estejam ou não adimplidas as obrigações cabendo apenas o reconhecimento da decadência sem modulação tendo em vista não existir previsão legal para tal.

Assim, nas hipóteses decadenciais, é inevitável concluir que se deva aplicar aos descumprimentos de obrigações acessórias o preceituado no artigo 150, §4º do CTN, independente do que tenha ocorrido com as obrigações principais se adimplidas ou não, salvo, é claro, para os casos de dolo, fraude ou simulação efetivamente comprovados.

No presente caso, resultado de uma ação nacional do fisco sobre as empresas que utilizaram-se de planejamento fiscal fraudulento visando não elidir mas sonegar impostos, tendo em vista que o fato gerador sempre ocorrera e era de responsabilidade das contratantes, nestas circunstâncias, deve-se aplicar preceituado no artigo 150, entretanto observando-se o § 4º, parte final :

“§ 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.”

Isto observado, constatada a excepcionalidade, por exclusão, obrigado de ofício a reconhecer o direito da recorrente, é compulsória a remissão para o outro critério de reconhecimento da decadência capitulado pelo artigo 173, I do CTN:

“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;”

Desse modo, considerando que o Relatório Fiscal registra que o período da ocorrência da infração foi definido pelas competências 02/2000 a 11/2006, e ainda que a empresa fora notificada em 24/07/2007, na forma do artigo **173, I do CTN**, o presente crédito lançado pela fiscalização na competência 11/2001 **e anteriores** contra a empresa Base Aerofotogrametria e Projetos S/A, encontra-se fulminado pelo instituto da decadência.

DO MÉRITO

No Relatório fiscal da Infração consta que no período de 02/2000 a 11/2006 a empresa apresentou GFIP com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias e que a autuação observou o dispositivo legal na forma do art. 32, inciso IV, § 5º, da Lei 8.212/91 :

“ AI - RELATÓRIO FISCAL DA INFRAÇÃO

DEBCAD: 37.094.851-3

Durante fiscalização específica para fato gerador de pagamentos via cartão de premiação, constatou-se que a Empresa deixou de declarar fatos geradores de contribuição previdenciária na Guia de Recolhimento do FGTS, e Informações a Previdência Social - GFIP - conforme previsto na Lei 8.212, de 240791, art. 32, inciso IV e parágrafo 30, acrescentados pela Lei 9.528, de 101297.

No período de 02/2000 a 11/2006 a empresa apresentou GFIP com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, tendo deixado de declarar os valores pagos a título de premiação aos seus segurados empregados, conforme valores apurados na Notificação Fiscal de Lançamento de Débito -NFLD Debcad 37.094.850-5.

Dispositivo Legal Infrigido; - art. 32, inciso IV, § 5º, da Lei 8.212/91 (CFL 68), que determina que a empresa não deve apresentar GFIP com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias.”

Na impugnação a empresa não contesta que tenham sido creditados valores mas afirma que os tais **valores creditados nos cartões magnéticos dos empregados** não são de sofrer incidência tributária em face da legislação. Dessa forma a afirmação da recorrente de que houvera sido creditado valores nos cartões magnéticos dos empregados faz prova, ainda que involuntária, contra si própria.

Cabe observar que, uma vez confessado o crédito, caberia a empresa registrar em GFIP tal ocorrência. Não tendo adimplido a obrigação acessória, foi autuada, nesta ação fiscal.

Assim, o Auto de Infração foi corretamente lavrado com pertinente capitulação.

DA RETROATIVIDADE

O Código Tributário Nacional - CTN, conforme a exegese do artigo 106, propõe retroação para aplicação de penalidade menos severa que prevista na lei vigente ao tempo da sua prática

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

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

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

DA MULTA MAIS BENÉFICA

O auto de infração em apreço, foi lavrado por ofensa a legislação vigente preceituada no § 5º, artigo 32 da Lei 8.212, inciso IV:

“ Lei 8.212, inciso IV, § 5º

(...)

IV – declarar à Secretaria da Receita Federal do Brasil e ao Conselho Curador do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, na forma, prazo e condições estabelecidos por esses órgãos, dados relacionados a fatos geradores, base de cálculo e valores devidos da contribuição previdenciária e outras informações de interesse do INSS ou do Conselho Curador do FGTS; (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

(...)

§ 5º A apresentação do documento com dados não correspondentes aos fatos geradores sujeitará o infrator à pena administrativa correspondente à multa de cem por cento do valor devido relativo à contribuição não declarada, limitada aos valores previstos no parágrafo anterior. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.528, de 10.12.97).”

Ocorre que o § 5º **foi revogado** conforme redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009 e o novo comando se expressa na forma do § 9º da Lei nº 11.941, de 2009 :

“A empresa deverá apresentar o documento a que se refere o inciso IV do caput deste artigo ainda que não ocorram fatos geradores de contribuição previdenciária, aplicando-se, quando couber, a penalidade prevista no art. 32-A desta Lei.

(...)

Art. 32-A. *O contribuinte que deixar de apresentar a declaração de que trata o inciso IV do caput do art. 32 desta Lei 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 R\$ 20,00 (vinte reais) para cada grupo de 10 (dez) informações incorretas ou omitidas; e

II – de 2% (dois por cento) ao mês-calendário ou fração, incidentes 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 20% (vinte por cento), observado o disposto no § 3º deste artigo.

§ 1º Para efeito de aplicação da multa prevista no inciso II do caput deste artigo, 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 deste artigo, 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 75% (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; e

II – R\$ 500,00 (quinhentos reais), nos demais casos.”

Visto deste prisma, considerando o princípio da retroatividade benigna preceituado no artigo 106 do CTN, impõe-se o recálculo da multa com base no artigo 32-A da Lei nº 11.941/ 2009 em razão do novo comando expressado na forma do § 9º da Lei nº 11.941/2009 para compará-lo com o valor da multa aplicada com base na redação anterior do artigo 32 da Lei 8.212/91 para determinação e prevalência da multa mais benéfica.

Desse modo, pelo exposto, é pertinente o recálculo da multa.

Processo nº 35415.000921/2007-60
Acórdão n.º **2403-00.538**

S2-C4T3
Fl. 863

CONCLUSÃO

Por tudo que foi exposto, voto por conhecer do recurso e em PRELIMINAR reconhecer decadência das competência 11/2001(inclusive) e anteriores, com base no artigo 173,Ido Código Tributário Nacional - CTN e , no , MÉRITO, DAR PROVIMENTO PARCIAL determinando o recálculo da multa de acordo com a redação do artigo 32-A da Lei 8.212/91, dada pela Lei 11.941/2009, fazendo prevalecer a multa mais benéfica para o contribuinte.

É como voto.

Ivacir Júlio de Souza