



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

**Processo nº** 10140.720095/2013-63  
**Recurso nº** Voluntário  
**Acórdão nº** 2803-003.372 – 3ª Turma Especial  
**Sessão de** 16 de julho de 2014  
**Matéria** CP: REMUNERAÇÃO INDIRETA: PRO-LABORE E REMUNERAÇÃO DE SEGURADOS; PARCELAS EM FOLHA DE PAGAMENTO e SEGURO DE ACIDENTES DO TRABALHO – SAT/RAT/GILRAT e CONTRIBUINTE INDIVIDUAIS E TERCEIROS.  
**Recorrente** TRANSPORTADORA WILMAR LTDA - ME.  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL.

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS**

Período de apuração: 01/06/2008 a 01/01/2012

EMPRESA QUE SE AUTO ENQUADRAVA NO SIMPLES NACIONAL. PORÉM SEUS PEDIDOS DE ADESÃO/OPÇÃO/INCLUSÃO ESTAVAM INDEFERIDOS. IRREGULARIDADE DA CONDUTA. DECLARAÇÃO DA GFIP COMO EMPRESA ENQUADRADA NO SIMPLES NACIONAL. VIOLAÇÃO DA LEI. MULTA CONFISCATÓRIA E VIOLADORA DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. INOCORRÊNCIA. PERCENTUAL PREVISTO EM LEI E ADMITIDO PELO STJ E STF. APLICAÇÃO DE MULTA BENÉFICA. VERIFICAÇÃO NO MOMENTO DO PAGAMENTO, PARCELAMENTO OU EXECUÇÃO.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, a fim de que seja aplicada a multa mais benéfica ao contribuinte, ou seja, a do artigo 35, da Lei 8.212/91 na redação das Lei 9.528/97 e 9.876/99, limitando-se essa multa a setenta e cinco por cento, nos termos do artigo 35-A, da Lei 8.212/91 na redação dada pela Lei 11.941/2009, tudo a ser verificado no momento do pagamento, parcelamento ou execução, relativamente, aos DEBCAD's 37.378.111-3 e 37.378.112.1. Vencido o Conselheiro Helton Carlos Praia de Lima quanto à multa aplicada.

(Assinado digitalmente).

Helton Carlos Praia de Lima. –Presidente

Processo nº 10140.720095/2013-63  
Acórdão n.º **2803-003.372**

**S2-TE03**  
Fl. 651

---

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira. - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Helton Carlos Praia de Lima, Eduardo de Oliveira, Natanael Vieira Santos, Oseas Coimbra Júnior, Amílcar Barca Teixeira Júnior e Gustavo Vettorato.

## Relatório

O presente Processo Administrativo Fiscal – PAF encerra o Auto de Infração de Obrigação Principal – AIOP - DEBCAD 37.378.111-3, que objetiva o lançamento da contribuição social previdenciária, decorrente da remuneração paga, devida ou creditada aos trabalhadores da categoria de empregados, relativamente, a cota patronal e ao SAT/RAT, e, ainda, da retribuição ao contribuinte individual – cota patronal sobre pró-labore, bem como o Auto de Infração de Obrigação Principal – AIOP - DEBCAD 37.378.112.1, que objetiva a contribuição social previdenciária, decorrente da remuneração paga, devida ou creditada aos trabalhadores da categoria de empregados – parte descontada do trabalhador, e, ainda, o Auto de Infração de Obrigação Principal – AIOP - DEBCAD 37.378.113-0, que objetiva o lançamento da contribuição destinada a outras entidades e fundos – terceiros, decorrente da remuneração paga, devida ou creditada aos trabalhadores da categoria de empregados, conforme Relatório Fiscal do Processo Administrativo Fiscal – PAF, de fls. 24 a 31, com período de apuração de 06/2008 a 12/2011, conforme Termo de Início de Procedimento Fiscal – TIPF, de fls. 382 a 383.

O sujeito passivo foi cientificado dos lançamentos, em 25/02/2013, conforme Folhas de Rosto dos Autos de Infração de Obrigação Principal – AIOP, de fls. 03; 10 e 15.

O contribuinte apresentou suas defesas/impugnações, petições com razões impugnatórias, acostadas, as fls. 418 e 433; 472 a 487 e 526 a 541, recebida, em 26/03/2013, conforme carimbo de recepção, de fls. 418; 472 e 526, estando acompanhada dos documentos, de fls. 434 a 469; 488 a 523 e 542 a 577.

O órgão julgador de primeiro grau emitiu o Acórdão Nº 04-31.963 - 4ª, Turma DRJ/CGE, em 06/06/2013, fls. 585 a 592.

A impugnação foi considerada improcedente.

O contribuinte tomou conhecimento desse decisório, em 20/09/2013, conforme AR, de fls. 613, bem como de forma pessoal em 01/10/2013, fls. 616.

Irresignado o contribuinte impetrou o Recurso Voluntário, petição de interposição com razões recursais, as fls. 619 a 632, recebida, em 14/10/2013, conforme carimbo de recepção, de fls. 619, acompanhada dos documentos, de fls. 633 a 644, onde se alega em síntese, o que abaixo segue.

Preliminares.

- que a recorrente entregou todas as GFIP's ao agente fiscal, estando relatado por este que analisou as referidas GFIP's;
- que não há indícios de crime, pois todos os recolhimentos foram efetuados no sistema do SIMPLES NACIONAL, modalidade de tributação na qual esta enquadrada a recorrente, sendo a ocorrência do crime alegado só se daria se a recorrente não entregasse a GFIP,

devendo ser declarada a nulidade do auto de infração em razão do vício insanável;

Mérito.

- que a recorrente enquadra-se no SIMPLES NACIONAL modalidade onde todos os tributos são recolhidos em um só documento, inclusive, previdenciários com acréscimos, devendo ser anulada a autuação em razão de sua flagrante ilegalidade;
- que a multa fiscal imposta é inconstitucional em razão da não observação da proporcionalidade é o que ocorre com o percentual de 75% dos presentes autos, cita SCNC, bem como decisão do TRF3 e TRF5, ficando claro que o patamar da multa é abusivo, injusto e inconstitucional, devendo ser reduzida;
- que a multa aplicada no percentual de 75% viola o princípio da capacidade contributiva;
- que a recorrente não incorreu em omissão ou sonegação que justificasse as penalidades aplicadas, inclusive, o auto foi lavrado com base nos documentos emitidos, escriturados e contabilizados, devendo tais penalidades serem impostas apenas em casos extremos de sonegação, o que aqui não ocorreu, sendo ilegítimo e arbitrário o percentual de multa aplicada, o que fere o princípio do não confisco e da capacidade contributiva, devendo ser reduzido;
- que a recorrente sempre entregou as GFIP's e que estas foram disponibilizadas ao agente fiscal, que reconheceu em seu relatório que as analisou, não havendo sonegação, pois a recorrente é do SIMPLES NACIONAL recolhendo com base nesse sistema, não procedendo a emissão de Representação Fiscal para Fins Penais, requerendo a nulidade do auto pelos motivos expostos;
- Do pedido e requerimento: a) que as notificações sejam feitas diretamente ao procurador que informa; b) integral acolhimento do recurso, julgando integralmente nula a autuação e descabidas as penalidades, cancelando a multa, juros e a expedição da RFFP ou que a multa seja reduzida a patamares mínimos.

A autoridade preparadora reconheceu e a tempestividade do recurso, fls. 646.

Os autos foram remetidos ao CARF/MF, despacho de fls. 649.

Os autos foram sorteados e distribuídos a esse conselheiro, em 19/02/2014,

Lote 01.

É o Relatório.

## Voto

Conselheiro Eduardo de Oliveira.

O recurso voluntário é tempestivo e considerando o preenchimento dos demais requisitos de sua admissibilidade ele merece ser apreciado.

Preliminar.

O fato de a recorrente ter entregue todas as GFIP's ao agente fiscal e este ter dito que as analisou, não faz prova alguma da regularidade das declarações e informações feitas e prestadas por meio da GFIP.

A afirmação inicial, não prova nem mesmo que todas as GFIP's foram declaradas e entregues, pois quanto a declaração só o recebido da conectividade social faz prova disso, mas só faz prova da declaração e não da correção das informações declaradas. No entanto, quanto a entrega de todas as GFIP's ao agente fiscal, apenas um recebido de recepção do fisco ou o seu auto reconhecido provaria essa alegação.

Todavia, o agente lançador após entregar o Termo de Início de Procedimento Fiscal – TIPF, de fls. 382 e 383, a empresa fiscalizada, faz novo pedido em razão de GFIP, no Termo de Intimação Fiscal – TIF, Nº 002, de fls. 385 e 386, onde pede, em relação a GFIP, o que segue abaixo.

– GFIP, GRFP e GRFC com comprovantes de entrega do 13º 2011. |

Porém, o agente lançador deixa claro em seu Relatório Fiscal do Processo Administrativo Fiscal – REFISC – PAF, de fls. 24 a 31, em diversas passagens que as informações declaradas em GFIP estão erradas, conforme a seguir transcrito.

**b)** Nas GFIP as contribuições previdenciárias foram calculadas como se fosse optante do SIMPLES, opção 2, gerando informação equivocada de recolhimento devido apenas para a contribuição a cargo do segurado. Assim, a contribuição patronal destinada à previdência social não foi declarada na GFIP, bem como, não houve o seu recolhimento em GPS.

**c)** Outra irregularidade que encontramos foi a divergência entre a remuneração de empregados declaradas em GFIP (ANEXO 4), consideradas válidas nos sistemas da Receita Federal do Brasil, e a obtida nas Folhas de Pagamento (ANEXOS 8 a 12).

**3.1.5 Códigos de Levantamentos e lançamentos:****a) Código de Levantamento A11, A2:**

Nestes códigos de levantamentos lançamos as bases de cálculo referente aos salários-de-contribuição dos Contribuintes Individuais, conforme descrito no **ANEXO 13** - DEMONSTRATIVO AUXILIAR - CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS, **coluna D**, deste processo, para o período de 06/2008 a 12/2008. Trata-se de bases apuradas conforme item 2.1.3, "a", deste relatório, informadas erroneamente em GFIP. (item 2.3.2, letra "b"). Os códigos de lançamento estão discriminados no documento "Relatório de Lançamentos" anexo ao presente processo.

**b) Código de Levantamento L11, L2:**

Nestes códigos de levantamentos lançamos as bases de cálculo referente aos salários-de-contribuição dos segurados empregados, conforme descrito no **ANEXO 1** - DEMONSTRATIVO AUXILIAR DO DÉBITO 1, **coluna D**, e **ANEXO 3** - DEMONSTRATIVO DO CÁLCULO DO DÉBITO, **coluna C**, deste processo, para o período de 06/2008 a 12/2008. Trata-se de bases apuradas conforme item 2.1.3, "a", deste relatório, informadas erroneamente em GFIP. (item 2.3.2, letra "b"). Os códigos de lançamento estão discriminados no documento "Relatório de Lançamentos" anexo ao presente processo.

**c) Código de Levantamento L4, L5:**

Nestes códigos de levantamentos lançamos as bases de cálculo referente aos salários-de-contribuição dos segurados empregados, conforme descrito no **ANEXO 2** - DEMONSTRATIVO AUXILIAR DO DÉBITO 2, **coluna D**, e **ANEXO 3** - DEMONSTRATIVO DO CÁLCULO DO DÉBITO, **coluna C**, deste processo, para o período de 07/2008 a 12/2008. Trata-se de bases apuradas conforme item 2.1.3, "b", deste relatório, informadas erroneamente em GFIP, em relação aos valores apropriados nas folhas de pagamento (item 2.3.2, letra "c"). Os códigos de lançamento estão discriminados no documento "Relatório de Lançamentos" anexo ao presente processo.

O que demonstra que apesar de ter recebidos tais documentos, suas informações não demonstram a realidade fiscal da empresa.

Não cabe a essa instância julgadora se ater a matéria fora de sua ordem de competência, pois ao CARF cabe apenas julgar o crédito e nada mais.

Aliás, a súmula 28 a seguir transcrita é claro sobre isso.

*Súmula CARF nº 28: O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais.*

O agente lançador deixa claro que a empresa se autoenquadrava como SIMPLES NACIONAL e assim promovia suas declarações e recolhimentos, mas que na realidade nunca fez parte de tal sistema, pois teve indeferido todos os pedidos de inclusão no sistema, conforme documentos, de fls. 117 a 124, relativamente, aos anos de 2007; 2008 e 2010. Não havendo pedido para os anos de 2009 e 2011, estando pendente de análise o pedido de 2012.



Assim sendo, não existe nulidade a ser reconhecida no auto em razão das preliminares.

Mérito.

A questão do não enquadramento da recorrente no SIMPLES NACIONAL ficou elucidada como supramencionado e assim a recorrente não está enquadrado no sistema de recolhimento de tributos favorecidos da LC 123/2006 e assim deve recolher as contribuições sociais previdenciárias e as contribuições para terceiros na forma normal do artigo 195, I, “a” e “b” da CRFB/88 e na forma da legislação específica de terceiros, conforme consta dos Fundamentos Legais do Débitos – FLD, de fls. 08 e 09; 13 e 14; 19 a 21.

Não cabe ao julgador administrativo pronunciar-se sobre questões de inconstitucionalidade ante a expressa vedação legal, abaixo transcrita.

*Decreto 70.235/72*

*Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)*

*RICARF PT/MF 256/2009*

*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.*

*Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*

A razão é muito simples no Poder Executivo – Administração Pública vige o princípio da hierarquia e quem exerce sua chefia máxima é o Senhor Presidente da República, a quem a Constituição da República Federativa do Brasil atribui em primeiro mão a competência de por intermédio da sanção em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional, introduzir a norma no mundo jurídico, dando-lhe existência, estipulando sua vigência e atribuindo-lhe eficácia.

Logo, não é cabível que um servidor que lhe é subordinado e subalterno e lhe deve obediência, possa desfazer de um ato da maior autoridade do Poder Executivo, pois assim estaríamos subvertendo o regime.

Além do que, a própria CRFB/88 no artigo 102, caput, estabeleceu que o seu guardião é o Supremo Tribunal Federal – STF.

Assim cabe exclusivamente ao órgão maior do judiciário brasileiro o controle concentrado de constitucionalidade da leis e aos demais órgãos do judiciário o difuso.

A CRFB/88 não atribui competência para órgão julgador administrativo seja ele qual for, exercer o controle de constitucionalidade das leis.

Ademais, todas as normas que passam pelo processo legislativo constitucionalmente estabelecido gozam de presunção de constitucionalidade e assim devem ser respeitadas, afinal de contas é a própria CRFB/88 em seu artigo 5º, inciso LVII, diz: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”, “mutatis mutandis”, por que condenar a lei antes que o órgão competente o faça.

Assim sendo, todas as argumentações ligadas a questão de constitucionalidade, seja em preliminar ou em mérito, não serão apreciadas, ante a vedação legal expressa, que se impõe.

No entanto, o contrário é admitido, ou seja, a análise da constitucionalidade e assim farei.

A multa de setenta e cinco por cento está estabelecida em lei e como a lei está em vigor, é válida e eficaz é de observação obrigatória pelos agentes do Estado, em especial o fisco, artigo 37, *caput*, da CRFB/88 c/c o artigo 142, parágrafo único da Lei 5.172/66.

Aliás, nossos tribunais superiores Superior Tribunal de Justiça – STJ e Supremo Tribunal Federal – STF admitem multa de até cem por cento do tributo como legítimas, observe-se a decisões trazidas a colação.

*EMEN: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL DO CPC. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. ENTREGA DA GFIP (LEI 8.212/91). DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. NÃO ENQUADRAMENTO NA HIPÓTESE PREVISTA NO ART. 11, I, § 1º, DA MP 38/2002. AUTO DE INFRAÇÃO DECORRENTE APENAS DE MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. CONVOLAMENTO EM OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. ART. 113, § 3º, DO CTN. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. 1. Os benefícios fiscais devem ser interpretados restritivamente, prevalecendo a máxima lex dicit quam voluit (art. 111 do CTN). Precedentes: REsp 989.193/PR, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/11/2009, DJe 18/12/2009; REsp 1089202/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2009, DJe 20/08/2009. 2. O benefício previsto no art. 11, § 1º, I, da MP 38/2002 (dispensa de acréscimos legais), direciona-se tão-somente àqueles acréscimos incidentes sobre débitos oriundos de tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, o que não inclui, obviamente, as multas impostas em virtude do inadimplemento de obrigação acessória, (in casu, a apresentação de GFIP/GRFP com informações errôneas acerca dos fatos geradores das contribuições previdenciárias, conduta tipificada no art. 32, § 5º, da Lei 8.212/91, que determina que a apresentação de documento, com dados não correspondentes aos fatos geradores, **sujeita o infrator à pena administrativa correspondente à multa de cem por cento do valor devido relativo à contribuição não declarada**). 3. É que a MP 38/2002 estabelece, verbis: "Art. 11. Poderão ser pagos ou parcelados, até o último dia útil do mês de julho de 2002, nas condições estabelecidas pelo art. 17 da Lei no*



9.779, de 19 de janeiro de 1999, e no art. 11 da Medida Provisória no 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, os débitos relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, decorrentes de fatos geradores ocorridos até 30 de abril de 2002, relativamente a ações ajuizadas até esta data. § 1º Para os fins do disposto neste artigo, a dispensa de acréscimos legais alcança: I - as multas, moratórias ou punitivas;" 4. Ressoa inequívoco, da dicção do referido dispositivo legal, que, para beneficiar-se da dispensa das multas moratórias ou punitivas (§ 1º, I, art. 11), impõe-se a observância, de forma cumulativa, dos seguintes requisitos: (i) os débitos sobre os quais esses acréscimos incidem não que ser oriundos de tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal; (ii) os fatos geradores da obrigação tributária devem ter ocorrido até 30 de abril de 2002; (iii) os referidos débitos devem ser objeto de discussão judicial até 30/04/2002. 5. Destarte, interpretando-se finalisticamente a norma jurídica supratranscrita, forçoso concluir que a mens legis reside no incentivo ao pagamento ou parcelamento de tributos (por isso exclui as multas) e não na instituição de remissão irrestrita do inadimplemento de obrigação instrumental. 6. In casu, o auto de infração é constituído tão-somente pelo valor principal, sem acréscimos, decorrente de multa por descumprimento de dever instrumental que, nos termos do art. 113, § 3º, do CTN convolveu-se em obrigação principal. 7. O caput do art. 11 da MP 38/2002 prevê que os referidos débitos tributários podem ser pagos ou parcelados nas condições previstas nos arts. 17 da Lei 9.779/1999, e no art. 11 da Medida Provisória 2.158-35/2001, os quais ostentam a seguinte redação, litteris: "Art. 17. Fica concedido ao contribuinte ou responsável exonerado do pagamento de tributo ou contribuição por decisão judicial proferida, em qualquer grau de jurisdição, com fundamento em inconstitucionalidade de lei, que houver sido declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, o prazo até o último dia útil do mês de janeiro de 1999 para o pagamento, isento de multa e juros de mora, da exação alcançada pela decisão declaratória, cujo fato gerador tenha ocorrido posteriormente à data de publicação do pertinente acórdão do Supremo Tribunal Federal. (vide Medida Provisória nº 2.158-35, de 24.8.2001)" "Art. 11. Estende-se o benefício da dispensa de acréscimos legais, de que trata o art. 17 da Lei no 9.779, de 1999, com a redação dada pelo art. 10, aos pagamentos realizados até o último dia útil do mês de setembro de 1999, em quota única, de débitos de qualquer natureza, junto à Secretaria da Receita Federal ou à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, inscritos ou não em Dívida Ativa da União, desde que até o dia 31 de dezembro de 1998 o contribuinte tenha ajuizado qualquer processo judicial onde o pedido abrangia a exoneração do débito, ainda que parcialmente e sob qualquer fundamento. (Vide Medida Provisória nº 38, de 13.5.2002) § 1º A dispensa de acréscimos legais, de que trata o caput deste artigo, não envolve multas moratórias ou punitivas e os juros de mora devidos a partir do mês de fevereiro de 1999." 8. Destarte, ao

*contrário do alegado pela recorrente, não se vislumbra o seu enquadramento em qualquer das condições previstas nos artigos supratranscritos, uma vez que: (i) o art. 17, da Lei 9.779/99, não faz qualquer alusão a débitos decorrentes de multa por descumprimento de obrigação acessória, tratando especificamente de valor relativo a tributo, cuja regra matriz de incidência tenha sido declarada inconstitucional, e cujo fato gerador tenha ocorrido posteriormente à data de publicação do pertinente acórdão do Supremo Tribunal Federal; (ii) o art. 11 da MP 2.158-35/2001, conquanto possibilite a dispensa dos acréscimos legais aos pagamentos de débitos de qualquer natureza, restringe-a a duas condições concomitantes, quais sejam: a) que a ação, objetivando a exoneração do débito, tenha sido ajuizada até o dia 31 de dezembro de 1998, o que não ocorreu no caso sub examine (o mandamus foi impetrado em 2001, consoante exposto pela própria recorrente às fls. e-STJ 5); b) conforme disposto no § 1º, as multas de qualquer natureza e juros de mora têm que ser anteriores a fevereiro de 1999, fato que, à míngua de menção nas instâncias ordinárias, atrai a incidência da Súmula 07 do STJ. 9. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 10. Recurso especial desprovido. ..EMEN: (RESP 200802699820, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:05/11/2010 ..DTPB:.) (o grifo é meu).*

Além, do que já disse o Superior Tribunal de Justiça – STJ e o Supremo Tribunal Federal – STF, também, proclamaram a constitucionalidade e legalidade de multa aplicada em valor de até cem por cento do tributo, veja a ementa.

*Ementa: TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ICMS. MULTA MORATÓRIA APLICADA NO PERCENTUAL DE 40%. CARÁTER CONFISCATÓRIO. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES DO TRIBUNAL PLENO. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal já decidiu, em diversas ocasiões, serem abusivas multas tributárias que ultrapassem o percentual de 100% (ADI 1075 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJ de 24-11-2006; ADI 551, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, DJ de 14-02-2003). 2. Assim, não possui caráter confiscatório multa moratória aplicada com base na legislação pertinente no percentual de 40% da obrigação tributária. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 400927 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 04/06/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-115 DIVULG 17-06-2013 PUBLIC 18-06-2013. (destaquei o trecho).*

Evidente que o patamar aplicado esta dentro do admitido pelas nossas cortes superiores, bem como está prevista em lei, não havendo nenhuma mácula nessa situação.

Tão pouco a multa no percentual que estabelecido viola o princípio da capacidade contribuinte, pois esse é aplicado em razão dos impostos e contribuição social previdenciária não é imposto, assim, este instituto não se aplica a ela é o que o texto constitucional, veja a transcrição.

CRFB/88

Art. 145. *omissis.*

§ 1º - *Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. (o destaque é meu).*

Ficou demonstrado acima que a empresa recorrente de forma deliberada sem ser integrante do sistema de tributação beneficiado do SIMPLES NACIONAL faz suas declarações em GFIP informado o código de empresa desse sistema e assim fica sem pagar a contribuição da parte patronal, bem como as contribuições para outras entidades e fundos – terceiros.

Ao iniciar o presente voto consignei que o fato de ter sido declarada e entregue todas as GFIP's ao agente lançador em absoluto implica em dizer que tais declarações estavam corretas, bem como que o agente lançador consignou e demonstrou que as GFIP's não representam a realidade fiscal da empresa em passagens que transcrevi no tópico Preliminar, a qual remeto o leitor para evitar repetição.

De modo análogo, a questão da RFFP, também, foi abordada, inclusive, com a citação e transcrição da súmula 28 do CARF.

No tocante a multa de ofício de setenta e cinco por cento aplicada na maioria dos levantamentos, entendo que a mesma não é adequada, uma vez que esta foi introduzida pela MP 449/2008 e assim não pode ser aplicada para competências anteriores, ainda, que o lançamento se dê depois da edição da citada MP, em razão do artigo 144, da Lei 5.172/66.

O presente crédito foi constituído, em 23/02/2013, nesta ocasião já estava em vigor a Lei 11.941/2009, oriunda da conversão da MP 449/2008, ou seja, vigorava a multa de ofício de 75%, artigo 35 - A, da Lei 8.212/91, introduzido pelo diploma legal, anteriormente, citado.

Porém o presente crédito encerra contribuições do período de apuração de 06/2008 a 12/2011, Termo de Início de Procedimento Fiscal – TIPF, de fls. 382 e 383.

Desta forma, para o período de 06/2008 a 11/2008, nos termos do artigo 144, *caput*, da Lei 5.172/66 a regra a ser aplicada é a do artigo 35, da Lei 8.212/91, na redação da Lei 9.876/99, ou seja, a multa sobre a contribuição exigida variaria de 24% a 100% a depender da fase do processo administrativo.

Este deve ser o patamar de multa a ser aplicado, no período suscitado, salvo se a multa chegar a 80%, na fase de execução fiscal, ainda, que não citado o devedor, desde

que não houvesse parcelamento, uma vez que nesta situação a multa do artigo 35 – A, da Lei 8.212/91 na redação da Lei 11.941/2009, passa a ser mais benéfica, hipótese que esta deve ser aplicada, nos termos do artigo 106, II, “c”, da Lei 5.172/66, tudo a depender da época do pagamento, parcelamento ou execução.

No que tange as competências 12/2008 e posteriores a multa a ser aplicada é a do artigo 35-A, da Lei 8.212/91, na redação da Lei 11.941/2009, pois já se encontrava em vigor esse dispositivo.

Isso, no tocante os créditos DEBCAD’s 37.378.111-3 e 37.378.112.1.

Indefiro o pedido de intimação em nome do causídico e no endereço deste, uma vez que o artigo 127, da Lei 5.172/66 c/c o artigo 23, do Decreto 70.235/72 não trazem tal hipótese e estabelecem as formas de comunicações ao sujeito passivo.

Todavia, esse providência é da DRF – origem e não do CARF, assim sendo cabe a ela decidir.

Expostos os argumentos acima rejeito todos os pedido da recorrente em preliminar ou mérito.

### **CONCLUSÃO:**

Pelo exposto, voto pelo conhecimento, para no mérito dar-lhe provimento parcial, a fim de que seja aplicada a multa mais benéfica ao contribuinte, ou seja, a do artigo 35, da Lei 8.212/91 na redação das Lei 9.528/97 e 9.876/99, limitando-se essa multa a setenta e cinco por cento, nos termos do artigo 35-A, da Lei 8.212/91 na redação dada pela Lei 11.941/2009, tudo a ver verificado no momento do pagamento, parcelamento ou execução, relativamente, aos DEBCAD’s 37.378.111-3 e 37.378.112.1.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira.