



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

Processo nº 12269.001658/2010-57
Recurso nº 999.999 Voluntário
Acórdão nº 2403-001.499 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de julho de 2012
Matéria CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA
Recorrente INSELETRO MONTAGENS ELETRICAS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/2007 a 31/12/2008

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - IRREGULARIDADE NA
LAVRATURA DO AIOP - INOCORRÊNCIA.

Tendo o fiscal autuante demonstrado de forma clara e precisa os fatos que suportaram o lançamento, oportunizando ao contribuinte o direito de defesa e do contraditório, bem como em observância aos pressupostos formais e materiais do ato administrativo, nos termos da legislação de regência, especialmente artigo 142 do CTN, não há que se falar em nulidade do lançamento.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - ALEGAÇÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA - NÃO
APRECIAÇÃO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO.

A legislação ordinária de custeio previdenciário não pode ser afastada em âmbito administrativo por alegações de inconstitucionalidade, já que tais questões são reservadas à competência, constitucional e legal, do Poder Judiciário.

Neste sentido, o art. 26-A, caput do Decreto 70.235/1972 e a Súmula nº 2 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente veda ao CARF se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de lei tributária.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari e Marcelo Magalhães Peixoto na questão da multa.

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Marcelo Magalhães Peixoto, Maria Anselma Coscrato dos Santos e Ewan Teles Aguiar.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário, fls. 76 a 82, interposto pela Recorrente – INSELETRO MONTAGENS ELÉTRICAS LTDA. contra Acórdão nº 10-33.068 - 6ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Porto Alegre - RS, fls. 67 a 71, que julgou procedente a autuação por descumprimento de obrigação principal, Auto de Infração de Obrigação Principal – AIOP nº. 37.210.981-0, às fls. 01, com valor consolidado inicial de R\$ 294.648,43.

O crédito previdenciário se refere às contribuições previdenciárias destinadas à Seguridade Social referente às contribuições da empresa sobre remunerações pagas, devidas ou creditadas a segurados empregados e a segurados contribuintes individuais, bem como Contribuições para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, no período de 07/2007 a 12/2008.

O Relatório Fiscal, às fls. 14 a 18, informa:

3. A empresa, sujeito passivo do presente lançamento fiscal, tem por objeto social comércio, projetos, instalações e montagens de equipamentos eletro-eletrônicos de alta e baixa tensão, estando enquadrada no código 507 do Fundo de Previdência e Assistência Social - FPAS e o Código Nacional de Atividade Econômica - CNAE é 27.31- 7-00 - Fabricação de aparelhos e equipamentos para distribuição e controle de energia elétrica.

Nas GFIPS apresentadas à empresa se enquadra no código FPAS 515. Contudo, analisando as folhas de pagamento constatamos que a função/atividade de todos os empregados constantes da folha de pagamento estão relacionadas como atividade meio ou fim da área de produção ou instalação. Por esta razão entendemos que o FPAS correto para a empresa é o FPAS 507.

6. O fato gerador da obrigação previdenciária tem como base as remunerações pagas, devidas ou creditadas a segurados empregados, constantes das folhas de pagamento impressas apresentadas pela empresa e remunerações pagas a segurados contribuintes individuais apuradas através do Livro Diário, não declaradas em GFIP - Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia e Informações à Previdência Social, antes do início da ação fiscal.

As contribuições não foram recolhidas na época própria

Nas competências 07/2007 a 08/2008 a empresa declarou na GFIP ser optante do Simples. Contudo, consultando o histórico das solicitações de opção pelo Simples Nacional constatamos

que as solicitações referentes aos anos 2007 e 2008 foram indeferidas por pendências não resolvidas

Nas competências 09/2008 a 10/2008 a empresa corrigiu seu enquadramento como não optante do SIMPLES. Entretanto, nestas competências, constatamos divergências entre os valores declarados em GFIP e os valores apurados através das folhas de pagamentos impressas apresentadas.

Informa ainda o Relatório Fiscal, em relação ao recálculo dos acréscimos legais em função da Lei 11.941/2009:

8.1. Cálculo pela legislação à época dos fatos:

Nas competências em que ocorreu ausência de recolhimento e a apresentação de documento (GFIP) com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, as penalidades aplicadas são:

a) Multa de mora prevista no inciso I I do art. 35 da Lei 8 2 1 2 / 9 1 (2 4 %) incidente sobre o valor originário.

b) Multa pelo descumprimento de obrigação acessória prevista no art. 32, § 5º da Lei 8 2 1 2 / 9 1 , código de fundamentação legal 68, correspondente a cem por cento (1 0 0 %) do valor devido relativo à contribuição não declarada em GFIP, limitada aos valores previstos no quadro constante no parágrafo 4º do art. 32, da mesma lei, estabelecido em função do número de segurados que prestaram serviço à empresa em cada competência, atualizada pela Portaria Interministerial MPS/MF Nº 48, DOU DE 1 3 / 0 2 / 2 0 0 9 .

8.2. Cálculo a partir da Lei nº 11941/09, de 27.05.09:

Nas competências em que ocorreu ausência de recolhimento e a apresentação de documento (GFIP) com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias a penalidade a ser aplicada é a multa de ofício estabelecida pelo art. 44, inciso I da Lei 9 4 3 0 / 9 6 (7 5 %) .

8.3. Assim, comparadas as multa de acordo com a Lei 8 . 2 1 2 / 9 1 , antes da alteração promovida pela Lei nº 11.941/09, de 2 7 / 0 5 / 0 9 , e a multa a ser aplicada a partir da edição da Lei, constatamos que a multa a ser aplicada no período que abrange as competências 07/2007 à 11/2008 , com exceção da competência 13/2007, é a multa da época dos fatos. Nas competências 13/2007, 12/2008 e 13/2008 a multa a ser aplicada é a da legislação atual, conforme já foi especificado quando da descrição dos códigos de levantamento. Anexamos planilha comparativa das multas.

A Recorrente teve ciência do TIPF – Termo de Início do Procedimento Fiscal, às fls. 19, na qual consta o Mandado de Procedimento Fiscal – MPF nº 1010100.2010.00361.

Documento assinado conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 12/12/2012 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 12/12/2012 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 13/12/2012 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI

Impresso em 09/01/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

O **período objeto do auto de infração**, conforme o Relatório Discriminativo do Débito - DD, às fls. 03, é de **07/2007 a 12/2008**.

O contribuinte teve **ciência do AIOP em 26.07.2010**, conforme Aviso de Recebimento – AR nº RJ194638171BR, às fls. 27.

A **Recorrente apresentou Impugnação tempestiva**, às fls. 32 a 37, na qual alega em síntese, conforme o Relatório da decisão de primeira instância às fls. 67 a 71:

Da falta de notificação acerca de suposta exclusão do Simples
Inicialmente a empresa autuada alega que não teve ciência acerca de eventual exclusão ou indeferimento do Simples. Entende, assim, violados os princípios da ampla defesa e do contraditório, bem como do devido processo legal, devendo ser decretado nulo o auto de infração.

Argumenta que, mesmo se assim não fosse, carece de fundamentação a autuação neste ponto pela exclusão do Simples, visto que todo ato administrativo deve ser fundamentado, o que não ocorreu no caso, pois o auto só faz simples menção de que a empresa estaria fora do Simples por "pendências não resolvidas".

Salienta que sequer houve discriminação de quais débitos ocasionaram a exclusão da empresa do Simples, já que houve, na verdade, um ato sumário e desfundamentado por parte da RFB, que não observou os princípios constitucionais aplicáveis ao processo administrativo.

Da multa confiscatória

O sujeito passivo alega que a multa aplicada extrapola os parâmetros da razoabilidade, sendo desproporcional à suposta infração e esmagando a capacidade econômico-financeira de qualquer empresa.

Discorre sobre o princípio constitucional tributário da vedação do confisco (CF/1988, artigo 150, IV), argumentando que também pode ser aplicado às multas, e sobre a vedação ao confisco em geral (CF/1988, artigos 5º, XXII, e 170, II).

Sustenta que o valor acrescido pelas multas é excessivamente oneroso, revestindo-se de caráter nitidamente confiscatório, merecendo ser reduzido a no mínimo à metade, o que requer.

A **Recorrida** analisou a autuação e a impugnação, **julgando procedente a autuação**, nos termos do Acórdão nº 10-33.068 - 6ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Porto Alegre - RS, fls. 67 a 71, conforme Ementa a seguir:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Período de apuração: 01/07/2007 a 31/12/2008

AI Debcadn0 37.210.981-0

AUTO DE INFRAÇÃO. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. INDEFERIMENTO DE OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE.

A manifestação de inconformidade a respeito do indeferimento da opção pelo Simples Nacional deve ser apresentada no foro adequado e nos prazos legalmente estabelecidos.

Não há que se falar em cerceamento de defesa quando o procedimento fiscal obedece ao princípio da legalidade, sendo prestadas todas as informações necessárias ao sujeito passivo para que este exerça plenamente o seu direito à defesa.

Não cabe à instância administrativa pronunciar-se acerca da legalidade e/ou da constitucionalidade das normas inseridas no ordenamento jurídico.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Acórdão

Acordam os membros da 6a Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, julgar improcedente a impugnação, mantendo o crédito tributário exigido.

Intime-se para pagamento do crédito mantido no prazo de 30 dias da ciência, salvo interposição de recurso voluntário ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, em igual prazo, conforme facultado pelo artigo 33 do Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972, alterado pelo artigo I o da Lei n.º 8.748, de 9 de dezembro de 1993, e pelo artigo 32 da Lei 10.522, de 19 de julho de 2002.

Inconformada com a decisão de 1ª instância, **a Recorrente apresentou Recurso Voluntário**, fls. 76 a 82, reiterando os argumentos utilizados em sede de Impugnação, em apertada síntese:

Em sede preliminar

(i) Suspensão do julgamento administrativo considerando-se a prejudicial do RE 627543, com repercussão geral no STF - Impedimento à adesão ao regime tributário do Simples Nacional de microempresas ou empresas de pequeno porte com pendências tributárias ou previdenciárias.

No Mérito.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 12/12/2012 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 12/12/2012 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 13/12/2012 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI

Impresso em 09/01/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

(ii) da falta de notificação da exclusão do SIMPLES

(iii) Da multa confiscatória – inconstitucionalidades

A decisão de primeira instância administrativa foi no sentido de que não se pode analisar a constitucionalidade ou não de multa aplicada.

A inaplicabilidade da multa fixada é flagrante, ante a elevada alíquota, DESPROPORCIONAL A SUPOSTA INFRAÇÃO frente ao ordenamento jurídico vigente, também pelo fato de esmagar da capacidade econômico-financeira de qualquer empresa.

*É de se começar pela **Constituição Federal**, que estabelece como Princípio Constitucional Tributário a **VEDAÇÃO DO CONFISCO**, tornando defeso o utilizar o tributo com efeito de confisco - Art. 150, IV.*

E a Constituição, não se pode esquecer, veda o CONFISCO TRIBUTÁRIO, ART. 150, IV, mas também o CONFISCO EM GERAL, ART. 5º, XXII, e 170, II.

O valor acrescido pelas multas é excessivamente oneroso, revestindo-se a mesma de caráter nitidamente confiscatório, merecendo ser reduzida a, no mínimo, a metade, o que se requer.

A redução da multa é admitida, excepcionalmente, na via administrativa, desde que evidenciada a desproporção entre a penalidade aplicada pelo desrespeito à norma tributária e sua consequência jurídica. E para tanto invoca-se o princípio da proporcionalidade e a garantia insculpida no art. 150 inciso IV, da Constituição Federal, que, a despeito de referir-se a tributo, é estendida às penalidades vinculadas à atividade tributária do Estado, posto que restritiva a direito fundamental - o da propriedade.

fls. 167.

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

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro , Relator

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 167.

Avaliados os pressupostos, passo para as Questões Preliminares e ao Mérito.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES**(A) Da regularidade do lançamento.**

Analisemos.

Não obstante a argumentação do Recorrente, não confiro razão ao mesmo pois, de plano, nota-se que o procedimento fiscal atendeu a todas as determinações legais, não havendo, pois, nulidade por vício insanável e tampouco cerceamento de defesa.

Foi realizada auditoria-fiscal que resultou no lançamento do Auto de Infração de Obrigação Principal – AIOP, de forma que o crédito previdenciário se refere às contribuições previdenciárias destinadas à Seguridade Social referente às contribuições da empresa sobre remunerações pagas, devidas ou creditadas a segurados empregados e a segurados contribuintes individuais, bem como Contribuições para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, no período de 07/2007 a 12/2008.

O Relatório Fiscal, às fls. 14 a 18, informa:

3. A empresa, sujeito passivo do presente lançamento fiscal, tem por objeto social comércio, projetos, instalações e montagens de equipamentos eletro-eletrônicos de alta e baixa tensão, estando enquadrada no código 507 do Fundo de Previdência e Assistência Social - FPAS e o Código Nacional de Atividade Econômica - CNAE é 27.31- 7-00 - Fabricação de aparelhos e equipamentos para distribuição e controle de energia elétrica.

Nas GFIPS apresentadas à empresa se enquadra no código FPAS 515. Contudo, analisando as folhas de pagamento

constatamos que a função/atividade de todos os empregados constantes da folha de pagamento estão relacionadas como atividade meio ou fim da área de produção ou instalação. Por esta razão entendemos que o FPAS correto para a empresa é o FPAS 507.

6. O fato gerador da obrigação previdenciária tem como base as remunerações pagas, devidas ou creditadas a segurados empregados, constantes das folhas de pagamento impressas apresentadas pela empresa e remunerações pagas a segurados contribuintes individuais apuradas através do Livro Diário, não declaradas em GFIP - Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia e Informações à Previdência Social, antes do início da ação fiscal.

As contribuições não foram recolhidas na época própria

Nas competências 07/2007 a 08/2008 a empresa declarou na GFIP ser optante do Simples. Contudo, consultando o histórico das solicitações de opção pelo Simples Nacional constatamos que as solicitações referentes aos anos 2007 e 2008 foram indeferidas por pendências não resolvidas

Desta forma, conforme o artigo 37 da Lei nº 8.212/91, foi lavrado AIOP nº 37.210.981-0 que, conforme definido no inciso IV do artigo 633 da IN MPS/SRP nº 03/2005, é o documento constitutivo de crédito relativo às contribuições devidas à Previdência Social e a outras importâncias arrecadadas pela SRP, apuradas mediante procedimento fiscal:

(redação à época da lavratura da NFLD nº 37.210.981-0)

Lei nº 8.212/91

Art. 37. Constatado o atraso total ou parcial no recolhimento de contribuições tratadas nesta Lei, ou em caso de falta de pagamento de benefício reembolsado, a fiscalização lavrará notificação de débito, com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, conforme dispuser o regulamento.

IN MPS/SRP nº 03/2005

Art. 633. São documentos de constituição do crédito tributário, no âmbito da SRP:

IV - Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD, que é o documento constitutivo de crédito relativo às contribuições devidas à Previdência Social e a outras importâncias arrecadadas pela SRP, apuradas mediante procedimento fiscal;

Pode-se elencar as etapas necessárias à realização do procedimento:

- *A autorização por meio da emissão de TIAF – Termo de Início da Ação Fiscal, o qual contém o Mandado de Procedimento Fiscal – MPF- F, com a competente designação do Auditor-Fiscal responsável pelo cumprimento do procedimento;*
- *A intimação para a apresentação dos documentos conforme Termo de Intimação para Apresentação de Documentos – TIAD, intimando o contribuinte para que apresentasse todos os documentos capazes de comprovar o cumprimento da legislação previdenciária;*
- *A autuação dentro do prazo autorizado pelo referido Mandado, com a apresentação ao contribuinte dos fatos geradores e fundamentação legal que constituíram a lavratura do auto de infração ora contestado, com as informações necessárias para que o autuado pudesse efetuar as impugnações que considerasse pertinentes:*

(a) IPC - Instrução para o Contribuinte, onde constam as instruções necessárias à empresa no tocante ao recolhimento, parcelamento, apresentação de defesa e demais informações;

(b) DD - Discriminativo do Débito - Este relatório lista, em suas páginas iniciais, todas as características que compõem o levantamento, que é um agrupamento de informações que servirão para apurar o débito de contribuição previdenciária existente. Na seqüência, discrimina, por estabelecimento, competência e levantamento, as bases de cálculo, as rubricas, as alíquotas, os valores já recolhidos, confessados, autuados ou retidos, as deduções permitidas (salário-família, salário-maternidade e compensações), as diferenças existentes e o valor dos juros SELIC, da multa e do total cobrado;

(c) RDA - Relatório de Documentos Apresentados, que relaciona por competência e por estabelecimento as parcelas que foram deduzidas das contribuições apuradas resultantes de recolhimentos, valores espontaneamente confessados e por valores que tenham sido objeto de notificações anteriores;

(d) RADA - Relatório de Apropriação de Documentos Apresentados, que demonstra todos os recolhimentos, parcelamentos e lançamentos ocorridos, tanto nos seus valores totais quanto naqueles apropriados para apuração dos valores deste lançamento;

(e) FLD - Fundamentos Legais do Débito, que identifica a legislação pertinente às contribuições devidas e aos seus respectivos prazos para recolhimento, bem como aos acréscimos legais;

(f) VÍNCULOS - Relação de Vínculos, que relaciona todas as pessoas físicas ou jurídicas de interesse da administração previdenciária em razão do seu vínculo com o sujeito passivo, representantes legais ou não, indicando o tipo de vínculo existente e o período correspondente;

(g) Relatório Fiscal

Cumpre-nos esclarecer ainda, que o lançamento fiscal foi elaborado nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional, especialmente a verificação da efetiva ocorrência do fato gerador tributário, a matéria sujeita ao tributo, bem como o montante individualizado do tributo devido.

De plano, o art. 142, CTN, estabelece que:

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.”

Analisando-se o AIOP nº 37.210.981-0, tem-se que foi cumprido integralmente os limites legais dispostos no art. 142, CTN.

Ademais, não compete ao Auditor-Fiscal agir de forma discricionária no exercício de suas atribuições. Desta forma, em constatando a falta de recolhimento, face a ocorrência do fato gerador, cumpri-lhe lavrar de imediato a notificação fiscal de lançamento de débito de forma vinculada, constituindo o crédito previdenciário. O art. 243 do Decreto 3.048/99, assim dispõe neste sentido:

Art.243. Constatada a falta de recolhimento de qualquer contribuição ou outra importância devida nos termos deste Regulamento, a fiscalização lavrará, de imediato, notificação fiscal de lançamento com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, de acordo com as normas estabelecidas pelos órgãos competentes.

Diante do exposto, não prospera a alegação da Recorrente.

(i) Suspensão do julgamento administrativo considerando-se a prejudicial do RE 627543, com repercussão geral no STF - Impedimento à adesão ao regime tributário do Simples Nacional de microempresas ou empresas de pequeno porte com pendências tributárias ou previdenciárias.

Analisemos.

Em consulta ao site do Supremo Tribunal Federal, <http://www.stf.jus.br>, em 03.07.2012, o Recurso Extraordinário - RE 627543, Tema nº 363 - com repercussão geral reconhecida no STF, decide sobre o impedimento à adesão ao regime tributário do Simples Nacional de microempresas ou empresas de pequeno porte com pendências tributárias ou previdenciárias, verifica-se que o RE ainda não foi julgado.

Outrossim, o crédito previdenciário se refere às contribuições previdenciárias destinadas à Seguridade Social referente às contribuições da empresa sobre remunerações pagas, devidas ou creditadas a segurados empregados e a segurados contribuintes individuais, bem como Contribuições para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, no período de 07/2007 a 12/2008.

Ainda, o Relatório Fiscal, às fls. 14 a 18, informa que:

Nas competências 07/2007 a 08/2008 a empresa declarou na GFIP ser optante do Simples. Contudo, consultando o histórico das solicitações de opção pelo Simples Nacional constatamos que as solicitações referentes aos anos 2007 e 2008 foram indeferidas por pendências não resolvidas

Ou seja, o Relatório Fiscal apenas informa que, em consulta aos sistemas da Receita Federal do Brasil, observou-se que os pedidos de opção pelo SIMPLES feitos pela Recorrente foram indeferidos por pendências não resolvidas para os anos 2007 e 2008.

Desta forma, deve-se anotar que o presente AIOP nº 37.210.981-0 não se refere a processo de exclusão do SIMPLES, o que inviabiliza, logicamente, a análise da prejudicial suscitada pela Recorrente em razão de objetos distintos entre o constante no presente AIOP e o veiculado no RE 627543.

Ademais, o presente Recurso Voluntário referente ao AIOP nº 37.210.981-0 não é o meio adequado para a discussão acerca do indeferimento da opção pelo SIMPLES, o qual deverá ocorrer em processo próprio.

Diante do exposto, não prospera a alegação da Recorrente.

No Mérito.

(ii) da falta de notificação da exclusão do SIMPLES

Analisemos.

Já analisado no tópico (i), de forma que restou esclarecido que o presente AIOP nº 37.210.981-0 não se refere a processo de exclusão do SIMPLES.

Diante do exposto, não prospera a alegação da Recorrente.

(iii) Da multa confiscatória – inconstitucionalidades

A decisão de primeira instância administrativa foi no sentido de que não se pode analisar a constitucionalidade ou não de multa aplicada.

A inaplicabilidade da multa fixada é flagrante, ante a elevada alíquota, DESPROPORCIONAL A SUPOSTA INFRAÇÃO frente ao ordenamento jurídico vigente, também pelo fato de esmagar da capacidade econômico-financeira de qualquer empresa.

*É de se começar pela **Constituição Federal**, que estabelece como Princípio Constitucional Tributário a **VEDAÇÃO DO CONFISCO**, tornando defeso o utilizar o tributo com efeito de confisco - Art. 150, IV.*

E a Constituição, não se pode esquecer, veda o CONFISCO TRIBUTÁRIO, ART. 150, IV, mas também o CONFISCO EM GERAL, ART. 5º, XXII, e 170, II.

O valor acrescido pelas multas é excessivamente oneroso, revestindo-se a mesma de caráter nitidamente confiscatório, merecendo ser reduzida a, no mínimo, a metade, o que se requer.

A redução da multa é admitida, excepcionalmente, na via administrativa, desde que evidenciada a desproporção entre a penalidade aplicada pelo desrespeito à norma tributária e sua consequência jurídica. E para tanto invoca-se o princípio da proporcionalidade e a garantia insculpida no art. 150 inciso IV, da Constituição Federal, que, a despeito de referir-se a tributo, é estendida às penalidades vinculadas à atividade tributária do Estado, posto que restritiva a direito fundamental - o da propriedade.

Analisemos.

De fato, as contribuições sociais arrecadadas estão sujeitas à incidência da taxa referencial SELIC - Sistema Especial de Liquidação e de Custódia, nos termos do artigo 34 da Lei nº 8.212/91:

Art. 34. As contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo INSS, incluídas ou não em notificação fiscal de lançamento, pagas com atraso, objeto ou não de parcelamento, ficam sujeitas aos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, a que se refere o art. 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, incidentes sobre o valor atualizado, e multa de mora, todos de caráter irrelevável. (Restabelecido com redação alterada pela

MP nº 1.571/97, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97. A atualização monetária foi extinta, para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/95, conforme a Lei nº 8.981/95. A multa de mora esta disciplinada no art. 35 desta Lei)

Neste sentido, há a Súmula nº 4 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente estabelece a aplicação da taxa SELIC.

Súmula CARF nº 4: *A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.*

Nesse contexto, correta a aplicação da taxa SELIC como juros de mora, com fulcro no artigo 34 da Lei nº 8.212/91, na redação anterior à dada pela Lei 11.941/2009.

Em relação aos acréscimos legais – juros, o Relatório Fundamentos do Débito – FLD às fls. 09 a 10, apresentou toda a fundamentação legal para a incidência de juros:

Fundamentos Legais dos Acréscimos Legais 601 - ACRÉSCIMOS LEGAIS - MULTA 601.09 - Competências : 07/2007 a 12/2007, 01/2008 a 11/2008 Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 35, I, II, III (com a redação dada pela Lei n. 9.876, de 26.11.99); Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 06.05.99, art. 239, III, "a", "b" e "c", parágrafos 2. ao 6. e e 11, e art. 242, parágrafos 1. e 2. (com a redação dada pelo Decreto n. 3.265, de 29.11.99). CALCULO DA MULTA: PARA PAGAMENTO DE OBRIGAÇÃO VENCIDA, NÃO INCLUÍDA EM NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO: 8% dentro do mês do mês de vencimento da obrigação; 14%, no mês seguinte; 20%, a partir do segundo mês seguinte ao do vencimento da obrigação; PARA PAGAMENTO DE CRÉDITOS INCLUÍDOS EM NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO: 24% em ate 15 dias do recebimento da notificação; 30% apos o 15. dia do recebimento da notificação;

40% apos a apresentação de recurso desde que antecedido de defesa, sendo ambos tempestivos, ate quinze dias da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS; 50% apos o 15. dia da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS, enquanto não inscrito em Divida Ativa; PARA PAGAMENTO DO CREDITO INSCRITO EM DIVIDA ATIVA: 60%, quando não tenha sido objeto de parcelamento; 70%, se houve parcelamento; 80%, apos o ajuizamento da execução fiscal, mesmo que o devedor ainda não tenha sido citado, se o credito não foi objeto de parcelamento; 100% apos o ajuizamento da execução fiscal, mesmo que o devedor ainda não tenha sido citado, se o credito foi objeto de parcelamento. OBS.: NA HIPÓTESE DAS CONTRIBUIÇÕES OBJETO DA NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO TEREM SIDO DECLARADAS EM GFIP, EXCETUADOS OS CASOS DE DISPENSA DA APRESENTAÇÃO DESSE DOCUMENTO, SERÁ A REFERIDA MULTA REDUZIDA EM 50% (CINQUENTA POR CENTO).

602 - ACRÉSCIMOS LEGAIS - JUROS 602.07 - Competências : *07/2007 a 11/2008 Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 34*

(restabelecido com a redação dada pela MP n. 1.571, de 01.04.97, art. 1., e reedições 4ª posteriores até a MP n. 1.523-8, de 28.05.97, e reedições, republicada na MP n. 1.596-14, de 10.11.97, convertidas na Lei n. 9.528, de 10.12.97); Regulamento da Organização do Custeio da Seguridade Social - ROCSS, aprovado pelo Decreto n. 2.173, de 05.03.97, art. 58, I, "a", "b", "c", parágrafos 1., 4. e 5. e art. 61, parágrafo único; Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 06.05.1999, art. 239, II, "a", "b" e "c", parágrafos 1., 4. e 7. e art.

242, parágrafo 2.; CALCULO DOS JUROS: JUROS CALCULADOS SOBRE O VALOR ORIGINÁRIO, MEDIANTE A APLICAÇÃO DOS SEGUINTE PERCENTUAIS: A) 1% (UM POR CENTO) NO MÊS SUBSEQÜENTE AO DA COMPETÊNCIA; B) TAXA MEDIA MENSAL DE CAPTAÇÃO DO TESOURO NACIONAL RELATIVA A DIVIDA MOBILIARIA FEDERAL / TAXA REFERENCIAL DO SISTEMA ESPECIAL DE LIQUIDAÇÃO E DE CUSTODIA - SELIC NOS RESPECTIVOS PERÍODOS; C) 1% (UM POR CENTO) NO MÊS DO PAGAMENTO.

602.08 - Competências : 12/2008 a 13/2008 Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 35, combinado com o art. 61 da Lei n. 9.430, de 27.12.96, com redação da MP n. 449, de 04.12.2008, convertida na Lei n. 11.941, de 27.05.2009. CALCULO DOS JUROS: JUROS CALCULADOS SOBRE O VALOR ORIGINÁRIO, MEDIANTE A APLICAÇÃO DOS SEGUINTE PERCENTUAIS: A) TAXA MEDIA MENSAL DE CAPTAÇÃO DO TESOURO NACIONAL RELATIVA A DIVIDA MOBILIARIA FEDERAL / TAXA REFERENCIAL DO SISTEMA ESPECIAL DE LIQUIDAÇÃO E DE CUSTODIA - SELIC, A PARTIR DO PRIMEIRO DIA DO MÊS SUBSEQÜENTE AO VENCIMENTO DO PRAZO ATÉ O MÊS ANTERIOR AO DO PAGAMENTO B) 1% (UM POR CENTO)

NO MÊS DO PAGAMENTO.

702 - FALTA DE PAGAMENTO, FALTA DE DECLARAÇÃO OU DECLARAÇÃO INEXATA. ACRÉSCIMO DE 50% POR NÃO ATENDIMENTO DE INTIMAÇÃO 702.01 - Competências : 13/2007, 12/2008 a 13/2008

Lei n. 8.212, de 24.07.91, 35-A (combinado com o art. 44, inciso I, parágrafo 2. da Lei n. 9.430, de 27.12.96), ambos com redação da MP n. 449 de 04.12.2008, convertida na Lei n. 11.941, de 27.05.2009.

Art. 35-A. Nos casos de lançamento de ofício relativos às contribuições referidas no art. 35, aplica-se o disposto no art. 44 da Lei no 9.430, de 1996 112,5% (75% + 50%)

75% - falta de pagamento, de declaração e nos de declaração inexata - Lei 9430/96, art. 44, inciso I:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

Acréscimo de 50% - não atendimento de intimação - Lei 9430/96 - art. 44, parágrafo 2o:

§ 2o Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do caput e o § 1o deste artigo serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - prestar esclarecimentos;

II - apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei no 8.218, de 29 de agosto de 1991 III - apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38 desta Lei;

Assim, não há que se falar em improcedência na exigência dos juros e multas presentes no lançamento. Diante do exposto, não prospera a argumentação da Recorrente.

Outrossim, não assiste razão à Recorrente pois o previsto no ordenamento legal não pode ser anulado na instância administrativa por alegações de inconstitucionalidade, já que tais questões são reservadas à competência, constitucional e legal, do Poder Judiciário.

Neste sentido, o art. 26-A, caput do Decreto 70.235/1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências:

“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)

§ 1º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 2º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 3º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 4º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 5º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

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; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)”(gn).

Ainda, o art. 59, caput, Decreto 7.574/2011;

Art.59. 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 (Decreto nº 70.235, de 1972, art. 26-A, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009, art. 25).

Parágrafo único.O disposto no **caput** não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo (Decreto nº 70.235, de 1972, art. 26-A, § 6º, incluído pela Lei nº 11.941, de 2009, art. 25):

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 junho de 2002;

b)súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou

c)pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

Ademais, há **a Súmula nº 2 do CARF**, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente veda ao CARF se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de lei tributária.

Súmula CARFnº 2: *O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*

Diante do exposto, não prospera a argumentação da Recorrente.

(iv) Cálculo das Multas

O Relatório Fiscal, em relação ao recálculo dos acréscimos legais em função da Lei 11.941/2009, informa que em atendimento ao disposto no artigo 106, inciso II, alínea "c" da Lei nº 5.172/1966 - Código Tributário Nacional (CTN), a fiscalização efetuou a comparação das penalidades de multa, até a competência 11/2008, com a finalidade de aplicar a mais benéfica ao contribuinte. O resultado da comparação está descrito no Relatório Fiscal do Auto de Infração e demonstrado, por competência, no Relatório Quadro Comparativo de Multas:

8.1. Cálculo pela legislação à época dos fatos:

Nas competências em que ocorreu ausência de recolhimento e a apresentação de documento (GFIP) com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, as penalidades aplicadas são:

a) Multa de mora prevista no inciso I I do art. 35 da Lei 8 2 1 2 / 9 1 (2 4 %) incidente sobre o valor originário.

b) Multa pelo descumprimento de obrigação acessória prevista no art. 32, § 5º da Lei 8 2 1 2 / 9 1 , código de fundamentação legal 68, correspondente a cem por cento (1 0 0 %) do valor devido relativo à contribuição não declarada em GFIP, limitada aos valores previstos no quadro constante no parágrafo 4º do art. 32, da mesma lei, estabelecido em função do número de segurados que prestaram serviço à empresa em cada competência, atualizada pela Portaria Interministerial MPS/MF Nº 48, DOU DE 1 3 / 0 2 / 2 0 0 9 .

8.2. Cálculo a partir da Lei nº 11941/09, de 27.05.09:

Nas competências em que ocorreu ausência de recolhimento e a apresentação de documento (GFIP) com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias a penalidade a ser aplicada é a multa de ofício estabelecida pelo art. 44, inciso I da Lei 9 4 3 0 / 9 6 (7 5 %) .

8.3. Assim, comparadas as multa de acordo com a Lei 8 . 2 1 2 / 9 1 , antes da alteração promovida pela Lei nº 11.941/09, de 2 7 / 0 5 / 0 9 , e a multa a ser aplicada a partir da edição da Lei, constatamos que a multa a ser aplicada no período que abrange as competências 07/2007 à 11/2008 , com exceção da competência 13/2007, é a multa da época dos fatos. Nas competências 13/2007, 12/2008 e 13/2008 a multa a ser aplicada

Processo nº 12269.001658/2010-57
Acórdão n.º **2403-001.499**

S2-C4T3
Fl. 179

é a da legislação atual, conforme já foi especificado quando da descrição dos códigos de levantamento. Anexamos planilha comparativa das multas.

Diante do exposto, correto o procedimento de recálculo da multa mais benéfica ao contribuinte.

CONCLUSÃO

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso, **NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.**

É como voto.

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro