



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

**Processo n°** 12269.001662/2010-15  
**Recurso n°** 999.999 Voluntário  
**Acórdão n°** 2403-001.502 – 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: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS**

Período de apuração: 01/07/2007 a 31/08/2008

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - INOBSERVÂNCIA DE PRECEITO FUNDAMENTAL À VALIDADE DA AUTUAÇÃO - INOCORRÊNCIA.

Tendo o fiscal autuante demonstrado de forma clara e precisa a infração e as circunstâncias em que foi praticada, contendo o dispositivo legal infringido, a penalidade aplicada e os critérios de gradação, e indicando local, data de sua lavratura, não há que se falar em nulidade da autuação fiscal posto ter sido elaborada nos termos do artigo 293, Decreto 3.048/1999.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA - NÃO APRECIÇÃO 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 n° 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.

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

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

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

CUSTEIO - AUTO DE INFRAÇÃO - ARTIGO 32, IV, §§ 4º e 5º, LEI Nº 8.212/91 - APLICAÇÃO DO ART. 32, IV, LEI Nº 8.212/91 C/C ART. 32-A, LEI Nº 8.212/91 - PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE BENÉFICA - ATO NÃO DEFINITIVAMENTE JULGADO - ART. 106, II, C, CTN

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

Desta forma, há que se observar qual das seguintes situações resulta mais favorável ao contribuinte, conforme o art. 106, II, c, CTN: (a) a norma anterior, com a multa prevista no art. 32, inciso IV, Lei nº 8.212/1991 c/c art. 32, §§ 4º e 5º, Lei nº 8.212/1991 ou (b) a norma atual, nos termos do art. 32, inciso IV, Lei nº 8.212/1991 c/c o art. 32-A, Lei nº 8.212/1991, na redação dada pela Lei 11.941/2009.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso para que se recalcule o valor da multa, se mais benéfico ao contribuinte, de acordo com o disciplinado no art. 32-A da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/2009.

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. 52 a 58, interposto pela Recorrente – INSELETRO MONTAGENS ELÉTRICAS LTDA. contra Acórdão nº 10-32.154 - 6ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Porto Alegre - RS, fls. 43 a 47, que julgou procedente a autuação por descumprimento de obrigação principal, Auto de Infração de Obrigação Acessória– AIOA nº. 37.210.982-9, às fls. 01, com valor consolidado inicial de R\$ 3.006,36.

Conforme o Relatório Fiscal da Infração, o Auto de Infração, Código de Fundamentação Legal – CFL 69, foi lavrado pela Fiscalização contra a Recorrente por ela ter apresentado a Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social – GFIP com informações inexatas, incompletas ou omissas, em relação aos dados não relacionados aos fatos geradores de contribuições previdenciárias, no período de 07/2007 a 08/2008.

O Relatório Fiscal da Infração, às fls. 05 a 06, informa:

*4. Nas competências 07/2007 a 08/2008 a empresa declarou na GFIP o código FPAS 515, não declarou o código de Terceiros e declarou como código de pagamento de GPS 2003.*

*A empresa tem por objeto social comércio, projetos, instalações e montagens de equipamentos eletro-eletrônicos de alta e baixa tensão.*

*Analisando as folhas de pagamento constatamos que as funções 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 a empresa deve informar na GFIP como código FPAS o código 507 e o código de Terceiros 79 (Sal. Educação, INCRA, SENAI, SESI e SEBRAE).*

*5. Consultando o histórico das solicitações de opção pelo Simples Nacional constatamos que as solicitações da empresa referentes aos anos 2007 e 2008 foram indeferidas por pendências não resolvidas. Portanto ela não é optante do simples e seu código de pagamento de GPS não pode ser o 2003.*

Informa ainda o Relatório Fiscal da Infração, às fls. 07, a planilha de cálculo da multa aplicada.

Houve portanto o descumprimento da obrigação legal acessória, conforme previsto na Lei nº 8.212, de 24/07/1991, art. 32, inc. IV e §§ 3º e 6º, acrescido pela Lei nº 9.528, de 10/12/1997, combinado com o art. 225, IV e § 4º do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 06/05/1999.

A multa a ser aplicada tem enquadramento legal na Lei nº 8.212, de 24/07/1991, art. 32, §6º, acrescentado pela Lei nº 9.528, de 10/12/1997, e Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 06/05/1999, art. 284, inc. III, e art. 373.

A Recorrente teve ciência do TIPF – Termo de Início do Procedimento Fiscal, às fls. 08, na qual consta o Mandado de Procedimento Fiscal – MPF nº 1010100.2010.00361.

O **período objeto do auto de infração**, conforme o Relatório Fiscal da Infração, às fls. 05 a 08, é de **07/2007 a 08/2008**.

O contribuinte teve **ciência do AIOA em 26.07.2010**, conforme Aviso de Recebimento – AR nº RJ194638171BR, às fls. 15.

A **Recorrente apresentou Impugnação tempestiva**, às fls. 20 a 25, na qual alega em síntese, conforme o Relatório da decisão de primeira instância às fls. 43 a 47:

*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.*

*Cita o princípio constitucional tributário da vedação do confisco (CF/1988, artigo 150, IV), argumentando que também pode ser aplicado às multas.*

*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.*

*Entende que a redução da multa é admitida na via administrativa, desde que evidenciada a desproporção entre a penalidade aplicada pelo desrespeito à norma tributária e sua consequência jurídica, para o que invoca os princípios da proporcionalidade e da vedação ao confisco.*

*Ao final, requer sejam acolhidas as razões da inconformidade, julgando-se insubsistente a pretensão fiscal, ou seja reduzido o percentual das multas aplicadas.*

A **Recorrida** analisou a autuação e a impugnação, **julgando procedente a autuação**, nos termos do Acórdão nº 10-32.154 - 6ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Porto Alegre - RS, fls. 43 a 47, conforme Ementa a seguir:

**ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS**

*Período de apuração: 01/07/2007 a 31/08/2008*

*AI Debcad nº 37.210.982-9*

**INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA. GFIP. DADOS NÃO RELACIONADOS AOS FATOS GERADORES. DECLARAÇÃO COM INFORMAÇÕES INEXATAS, INCOMPLETAS OU OMISSAS.**

*INDEFERIMENTO DE OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. INCONSTITUCIONALIDADE. MULTA.*

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

*Estando quantificada em consonância com a legislação aplicável, a multa por descumprimento de obrigação acessória não pode ser afastada ou reduzida. 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. 52 a 58, 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. 87.

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. 87.

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

**DAS QUESTÕES PRELIMINARES****(A) Da regularidade da lavratura do auto de infração - AIOA**

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.

Conforme o Relatório Fiscal da Infração, o Auto de Infração, Código de Fundamentação Legal – CFL 69, foi lavrado pela Fiscalização contra a Recorrente por ela ter apresentado a Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social – GFIP com informações inexatas, incompletas ou omissas, em relação aos dados não relacionados aos fatos geradores de contribuições previdenciárias, no período de 07/2007 a 08/2008.

O Relatório Fiscal da Infração, às fls. 05 a 06, informa:

*4. Nas competências 07/2007 a 08/2008 a empresa declarou na GFIP o código FPAS 515, não declarou o código de Terceiros e declarou como código de pagamento de GPS 2003.*

*A empresa tem por objeto social comércio, projetos, instalações e montagens de equipamentos eletro-eletrônicos de alta e baixa tensão.*

*Analisando as folhas de pagamento constatamos que as funções 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 a empresa deve informar na GFIP como código FPAS o código 507 e o código de Terceiros 79 (Sal. Educação, INCRA, SENAI, SESI e SEBRAE).*

*5. Consultando o histórico das solicitações de opção pelo Simples Nacional constatamos que as solicitações da empresa referentes aos anos 2007 e 2008 foram indeferidas por pendências não resolvidas. Portanto ela não é optante do simples e seu código de pagamento de GPS não pode ser o 2003.*

Informa ainda o Relatório Fiscal da Infração, às fls. 07, a planilha de cálculo da multa aplicada.

Houve portanto o descumprimento da obrigação legal acessória, conforme previsto na Lei nº 8.212, de 24/07/1991, art. 32, inc. IV e §§ 3º e 6º, acrescido pela Lei nº 9.528, de 10/12/1997, combinado com o art. 225, IV e § 4º do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 06/05/1999.

A multa a ser aplicada tem enquadramento legal na Lei nº 8.212, de 24/07/1991, art. 32, §6º, acrescentado pela Lei nº 9.528, de 10/12/1997, e Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 06/05/1999, art. 284, inc. III, e art. 373.

Desta forma, conforme o artigo 37 da Lei nº 8.212/91, foi lavrado AIOA nº 37.210.982-9que, conforme definido nos artigos 460, 467 e 468 da IN RFB nº 971/2009, é o documento constitutivo de crédito relativo às contribuições devidas à Previdência Social e a outras importâncias arrecadadas pela RFB, apuradas mediante procedimento fiscal:

#### **- Lei nº 8.212/91**

*Art. 37. Constatado o não-recolhimento total ou parcial das contribuições tratadas nesta Lei, não declaradas na forma do art. 32 desta Lei, a falta de pagamento de benefício reembolsado ou o descumprimento de obrigação acessória, **será lavrado auto de infração** ou notificação de lançamento. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).*

#### **- IN RFB nº 971/20095**

*Art. 460. São documentos de constituição do crédito tributário relativo às contribuições de que trata esta Instrução Normativa:*

*I - Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social (GFIP), é o documento declaratório da obrigação, caracterizado como instrumento hábil e suficiente para a exigência do crédito tributário;*

*II - Lançamento do Débito Confessado (LDC), é o documento por meio do qual o sujeito passivo confessa os débitos que verifica;*

*III - Auto de Infração (AI), é o documento constitutivo de crédito, inclusive relativo à multa aplicada em decorrência do descumprimento de obrigação acessória, lavrado por AFRFB e apurado mediante procedimento de fiscalização;*

*IV - Notificação de Lançamento (NL), é o documento constitutivo de crédito expedido pelo órgão da Administração Tributária;*

*V - Débito Confessado em GFIP (DCG), é o documento que registra o débito decorrente de divergência entre os valores recolhidos em documento de arrecadação previdenciária e os declarados em GFIP; e*

*Art. 467. Será lavrado Auto de Infração ou Notificação de Lançamento para constituir o crédito relativo às contribuições de que tratam os arts. 2º e 3º da Lei nº 11.457, de 2007.*

*Art. 468. A autoridade administrativa competente para a lavratura do Auto de Infração pelo descumprimento de obrigação principal ou acessória, nos termos dos arts. 142 e 196 da Lei nº 5.172, de 1966 (CTN), e art. 6º da Lei nº 10.593, de 6 de dezembro de 2002, é o AFRFB que presidir e executar o procedimento fiscal.*

*Parágrafo único. Considera-se procedimento fiscal quaisquer das espécies elencadas no art. 7º e seguintes do Decreto nº 70.235, de 1972, observadas as normas específicas da RFB.*

*(grifo nosso)*

Cumpre-nos esclarecer ainda, que o lançamento fiscal foi elaborado nos termos do artigo 33, §§ 2º, 3º da Lei 8.212/1991, os artigos 232 e 233 do decreto 3.048/1991, bem como dos artigos 113, 115 e 122 do Código Tributário Nacional.

O artigo 33, §§ 2º, 3º da Lei 8.212/1991:

*Art. 33. À Secretaria da Receita Federal do Brasil compete planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas à tributação, à fiscalização, à arrecadação, à cobrança e ao recolhimento das contribuições sociais previstas no parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições incidentes a título de substituição e das devidas a outras entidades e fundos. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).*

*(...)*

*§ 2º A empresa, o segurado da Previdência Social, o serventuário da Justiça, o síndico ou seu representante, o comissário e o liquidante de empresa em liquidação judicial ou extrajudicial são obrigados a exhibir todos os documentos e livros relacionados com as contribuições previstas nesta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).*

*§ 3º Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, a Secretaria da Receita Federal do Brasil pode, sem prejuízo da penalidade cabível, lançar de ofício a importância devida. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).*

Os arts. 232 e 233, Decreto 3.048/1999:

*Art. 232. A empresa, o servidor de órgão público da administração direta e indireta, o segurado da previdência social, o serventuário da Justiça, o síndico ou seu representante legal, o comissário e o liquidante de empresa em liquidação judicial ou extrajudicial são obrigados a exhibir todos os documentos e livros relacionados com as contribuições previstas neste Regulamento.*

*Art. 233. Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, o Instituto Nacional do Seguro Social e a Secretaria da Receita Federal podem, sem prejuízo da penalidade cabível nas esferas de sua competência, lançar de ofício importância que reputarem devida, cabendo à empresa, ao empregador doméstico ou ao segurado o ônus da prova em contrário.*

*Parágrafo único. Considera-se deficiente o documento ou informação apresentada que não preencha as formalidades legais, bem como aquele que contenha informação diversa da realidade, ou, ainda, que omita informação verdadeira.*

O art. 113, CTN, estabelece que:

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

*§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.*

*§ 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.*

*§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.*

O art. 115, CTN, estabelece que:

*Art. 115. Fato gerador da obrigação acessória é qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal.*

O art. 122, CTN, estabelece que:

*Art. 122. Sujeito passivo da obrigação acessória é a pessoa obrigada às prestações que constituam o seu objeto.*

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

*A autorização por meio da emissão de TIPF – Termo de Início do Procedimento Fiscal, o qual contém o Mandado de Procedimento Fiscal – MPF- F, com a competente designação do Auditor-Fiscal responsável pelo cumprimento do procedimento, bem como a intimação para que 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. REPLEG - Relatório de Representantes Legais, que identifica os sócios-gerentes / administradores da empresa e seus respectivos períodos de gestão;*

*c. 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;*

*d. REFISC – Relatório Fiscal da Infração e da Aplicação da Multa.*

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, cumpra-se a lavratura 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.*

Desta forma, o procedimento fiscal atendeu todas as determinações legais, não prosperando as alegações da Recorrente.

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. 05 a 06, 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 AIOA nº 37.210.982-9 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 AIOA nº 37.210.982-9 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 AIOA nº 37.210.982-9 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 instancia 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.

**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**

Analisemos.

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

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

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

*I- de dois por cento ao mês-calendário ou fração, incidente sobre o montante das contribuições informadas, ainda que integralmente pagas, no caso de falta de entrega da declaração ou entrega após o prazo, limitada a vinte por cento, observado o disposto no §3º; e*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

*II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:*

(...)

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

No caso da presente autuação, Auto de Infração nº. 37.210.982-9, a multa aplicada ocorreu nos termos do art. 32, inciso IV, Lei nº 8.212/1991 e do art. 32, § 6º, da Lei nº 8.212/1991, o qual previa que pena administrativa correspondente de cinco por cento do valor mínimo previsto no art. 92, por campo com informações inexatas, incompletas ou omissas, limitada aos valores previstos no art. 32, § 4º, da Lei nº 8.212/1991.

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

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

### **CONCLUSÃO**

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso, em **dar provimento parcial ao recurso, NO MÉRITO**, para que se recalcule o valor da multa, se mais benéfico ao contribuinte, de acordo com o disciplinado no art. 32-A da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/2009.

É como voto.

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro