



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

Processo nº 10183.003150/2008-93
Recurso nº 000.000 Voluntário
Acórdão nº 2403-001.025 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 07 de fevereiro de 2012
Matéria LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente OLVEPAR S/A - INDÚSTRIA E COMÉRCIO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/08/2000

PREVIDENCIÁRIO. NULIDADE DA NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO - NFLD. INCIDÊNCIA DE 11% QUANDO O SERVIÇO CONTRATADO ESTIVER EM CONSONÂNCIA COM A LEGISLAÇÃO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC. LEGALIDADE. MULTA DE MORA.

A Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD, contém toda a fundamentação legal acerca da aplicação dos juros e demais encargos.

A empresa que contrata um serviço contínuo, que fica a sua disposição e se encontra previsto na lista constante no art. 219 § 2º do Decreto n. 3.048/99, deve reter 11% do valor da nota fiscal ou fatura, a título de Contribuição Previdenciária.

O CARF não se pronuncia sobre matéria tributária constitucional, nos termos da Súmula nº 2 do CARF.

Legalidade da Taxa SELIC nos termos do art. 62-A do Regimento Interno do CARF e da Súmula n. 3 do CARF.

Recálculo da multa de mora para que seja aplicada a mais benéfica ao contribuinte por força do art. 106, II, “c” do CTN.

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 para determinar o recálculo da multa de mora, de acordo com o disposto no art. 35, caput, da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/2009 (art. 61, da

Lei no 9.430/96), prevalecendo o valor mais benéfico ao contribuinte. Vencido o conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro na questão da multa de mora.

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente

Marcelo Magalhães Peixoto - Relator

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

Relatório

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD (DEBCAD n. 35.166.627-3), consolidada em 16/07/2001, cuja notificação ocorreu em 07/08/2001 (fl. 811v), lavrada em face da OLVEPAR S/A – INDÚSTRIA E COMÉRCIO, no valor de **R\$ 3.286.677,66** (três milhões, duzentos e oitenta e seis mil, seiscentos e setenta e sete reais e sessenta e seis centavos), referente às contribuições sociais relativas à retenção de 11% (onze por cento) sobre o valor bruto da Nota Fiscal ou fatura da operação de serviço de transporte de cargas (cessão de mão-de-obra), não recolhida, conforme determina o art. 31 da Lei n. 8.212/91 (Redação dada pela Lei n. 9.711/98), c/c o art. 219, parágrafo 2º, XIX do Decreto n. 3.048/99.

De acordo com o Relatório Fiscal de fls. 49/55, a Recorrente, em 10/07/2000, entrou em CONCORDATA PREVENTIVA pelo prazo de 12 meses, fundado no art. 156 e seguintes do Decreto Lei n. 7.661/45, o qual fora deferido pela 21ª Vara Cível da Comarca de Cuiabá-MT, no Proc. n. 69/00.

Durante a ação fiscal que apurou o período compreendido entre 02/1999 e 08/2000; quando da análise das Notas Fiscais/Faturas das empresas cedentes da mão-de-obra; Livros Diário (1999/2000) e Livros Razão (1999/2000) da Recorrente, foi constatada a ocorrência de contratação de serviços através de cessão de mão-de-obra, sem a retenção e o respectivo recolhimento da parcela de 11% sobre os valores de mão-de-obra contidos nas Notas Fiscais ou faturas emitidas, das empresas abaixo, que originaram os seguintes lançamentos:

- levantamento “CM1”, refere-se à prestação do serviço de cessão de mão-de-obra para operação de transporte de cargas, realizado pela TRANSPORTADORA CHAPADA LTDA, CNPJ 37.462.280/0001-60 (período de 02/99 a 08/00);
- levantamento “CM2”, refere-se à prestação do serviço de cessão de mão-de-obra para operação de transporte de cargas, realizado pela TRANSPORTADORA GRAMADO LTDA, CNPJs 77.728.475/0001-23 e 77.728.475/0003-95 (período de 02/99 a 08/00);
- levantamento “CM3”, refere-se à prestação do serviço de cessão de mão-de-obra para operação de transporte de cargas, realizado pela TRANSPORTADORA G.L. GUBERT & Cia LTDA, CNPJ 00.552.080/0001-98 (período de 03/99 a 08/00);
- levantamento “CM4”, refere-se à prestação do serviço de cessão de mão-de-obra para operação de transporte de cargas, realizado pela CATALINI TRANSPORTE LTDA, CNPJ 76.486.828/0001-63 (período de 02/99 a 08/00);
- levantamento “CM5”, refere-se à prestação do serviço de cessão de mão-de-obra para operação de transporte de cargas, realizado pela

TRANSPORTADORA C.B. LTDA, CNPJ 03.710.876/0001-10 (período de 02/00 a 08/00);

- levantamento “CM6”, refere-se à prestação do serviço de cessão de mão-de-obra para operação de transporte de cargas, realizado pela TRANSPORTES AVENIDA DAS ARAUCÁRIAS LTDA, CNPJ 01.196.282/0001-07 (período de 02/99 a 12/99);
- levantamento “CM7”, refere-se à prestação do serviço de cessão de mão-de-obra para operação de transporte de cargas, realizado pela SOUZA E ÁVILA & Cia LTDA, CNPJ 03.024.166/0001-36 (período de 02/00 a 08/00).

A Fiscalização constatou que a Recorrente se utilizou dos serviços de transporte de cargas das empresas acima de forma contínua, nas suas dependências e nas de terceiros, estando sempre à sua disposição, subordinação, direção e fiscalização. Ressalta que o serviço de transporte é essencial para a realização da atividade principal da Recorrente e ela não dispõe no seu Ativo Imobilizado de frota para transporte, nem tampouco, possui “motoristas” no seu quadro de funcionários.

Através do TIAD de 22/06/2001, a Recorrente foi intimada para apresentar os contratos de prestação de serviço firmados com as supracitadas empresas. Porém, o Sr. Clodomir Lidani (contador da Recorrente), informou que os contratos tinham sido realizados de forma tácita.

A Fiscalização aplicou a alíquota de 11% sobre 30% do valor bruto da fatura, base de cálculo (com base no item 17.4 da Ordem de Serviço INSS/DAF n. 209, de 20 de maio de 1999), diante da ausência de contratos formais.

DA IMPUGNAÇÃO

Inconformada com o lançamento que se consolidou em 07/08/2001, a Recorrente apresentou, tempestivamente, Impugnação de fls. 813/882.

DA DECISÃO DA DRJ

Após analisar os argumentos da Recorrente, a Gerência Executiva de Mato Grosso, emitiu a Decisão-Notificação nº 10.401./0252/2001, de fls. 897/902, mantendo procedente o lançamento, conforme ementa que abaixo se transcreve, *verbis*:

“CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. CESSÃO DE MÃO DE OBRA – DISCUSSÃO DA INCONSTIT.

Configura-se Cessão de mão-de-obra, a colocação à disposição da contratante, de segurados que realizem serviços contínuos relacionados ou não com a atividade-fim da empresa-Art. 31 § 3º da lei 8212/91 e alt.

Inconstitucionalidade de matérias não é discutível na esfera Administrativa. Parecer da CJ do MPAS nº 771/97

LANÇAMENTO PROCEDENTE”

DO RECURSO

Documento assinado digitalmente por MARCELO MAGALHAES PEIXOTO em 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 18/03/2012 por MARCELO MAGALHAES PEIXOTO, Assinado digitalmente em 18/03

/2012 por MARCELO MAGALHAES PEIXOTO, Assinado digitalmente em 30/03/2012 por CARLOS ALBERTO MEES STR INGARI

Impresso em 09/04/2012 por ANTONIA IRISMAR OLIVEIRA GUIMARAES - VERSO EM BRANCO

Inconformada, a Recorrente interpôs, tempestivamente, Recurso Voluntário de fls. 904/969, com os seguintes argumentos:

Preliminarmente

A NFLD não contém a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos na lei, bem como a forma de aplicação da correção monetária, juros e demais índices de atualização do crédito tributário (art. 202, II do CTN e art. 2º, § 5º, da lei nº 6.830/80).

O art. 202 do CTN enumera as obrigações que devem estar contidas no termo de inscrição de dívida. Além do mais, a NFLD em tela não traz a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei, assim como a forma de aplicação da correção monetária, juros e demais índices de atualização de crédito tributário.

A NFLD foi lavrada sem a devida motivação, vez que trouxe infrigência de vários dispositivos legais, sem demonstrar de forma clara e precisa a falta cometida pela Recorrente. Essa falta afronta o princípio da legalidade previsto no art. 5º, II da CF. Cita algumas doutrinas e jurisprudência acerca da motivação.

Do Direito

Da cessão de mão-de-obra

Da leitura do art. 31, § 2º da Lei n. 8.212/91 c/c o art. 124 do CTN, percebe-se que, ao tratar da responsabilidade solidária não contemplaram o caso em tela. Transcreve doutrina para fundamentar.

Não há que se falar em solidariedade diante da existência de dois sujeitos passivos distintos, com obrigações distintas. Não existe lei designando a solidariedade, vez que o art. 31 da Lei n. 8.212/91 não trata o caso em tela. Transcreve jurisprudência nesse sentido.

Não se pode alegar que o art. 46, § 4º do Decreto n. 612, de 21/07/92 prevê a solidariedade, vez que ele esbarra na determinação do art. 124, II do CTN, que exige lei para designar a solidariedade passiva. Transcreve doutrina nesse sentido, além de jurisprudências e mais doutrinas no sentido da subsidiariedade da referida contribuição.

Ainda do Direito

Retenção 11% - mão-de-obra

A Recorrente traça um histórico da legislação previdenciária para concluir que a Lei n. 9.711/98 instituiu uma nova contribuição destinada a financiar a Seguridade Social, vez que trouxe características próprias que as distinguem das demais contribuições sociais existentes, quais sejam: base de cálculo, alíquota, sujeito passivo, forma de recolhimento, etc.

Das Inconstitucionalidades da ordem de serviço do INSS n. 209, de 20 de maio de 1999

A Recorrente traça um histórico nas edições das Ordens de Serviços para concluir ser inconstitucional aquela que embasou a NFLD em tela.

Dos conceitos

A Recorrente conceitua CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA, EMPRESA DE TRABALHO TEMPORÁRIO, EMPREITADA, CONTRATO POR EMPREITADA NA CONSTRUÇÃO CIVIL, CONTRATO POR EMPREITADA TOTAL, CONTRATO POR EMPREITADA PARCIAL, OBRA DE CONSTRUÇÃO CIVIL, CONTRATO DE SUBEMPREITADA NA CONSTRUÇÃO CIVIL, EMPRESA, ESTABELECIMENTO, CONTRATANTE, CONTRATADA, RETENÇÃO e COMPETÊNCIA.

Da cessão da mão-de-obra e da empreitada

Traz a legislação referente à retenção de 11% em relação à cessão de mão-de-obra decorrente do trabalho temporário e da empreitada.

Das deduções da base de cálculo da retenção

A Recorrente alega que não estão sujeitos à retenção aqueles valores referentes a equipamentos indispensáveis à execução do serviço. Ressalta, contudo, que na ausência de especificação no contrato, o valor referente ao serviço não pode ser inferior a 50% do valor bruto. Especifica, porém, que no caso de transporte de cargas e passageiros esse percentual cai para 30%.

Além das citadas deduções, podem ser deduzidos da base de cálculo os valores pagos a título de vale-transporte e vale-alimentação.

Traz a forma como deve constar na nota fiscal.

Da retenção e do recolhimento pela empresa contratante de serviço

Explica acerca da forma como a contratante deve reter 11%, de acordo com a legislação.

Do recolhimento das contribuições pela empresa contratada

Traz a forma como se deve compensar os valores retidos .

Da restituição e da retenção

A Recorrente explica como se faz a o pedido de restituição das empresas optantes do SIMPLES. Traz legislação, doutrina e jurisprudência.

Ofensa ao princípio do não-confisco

Com base no art. 150, IV da CF e na doutrina, sustenta que tem efeito confiscatório a contribuição no percentual de 11% sobre o faturamento de uma empresa, até porque já há a incidência de PIS e COFINS no percentual de 3,65% sobre o mesmo faturamento.

Ofensa ao princípio da igualdade ou do tratamento isonômico

A forma como a contribuição foi instituída pela Lei n. 9.711/98, irá onerar as empresas que prestam serviços mediante cessão de mão-de-obra de forma desigual. Ilustra com exemplo prático e utiliza como suporte o art. 150, II da CF, além de doutrina.

Da natureza de empréstimo compulsório

Os valores retidos não compensados serão objeto de restituição. Por esse motivo, foi criado um Empréstimo Compulsório disfarçado. Traz a definição de Empréstimo Compulsório, doutrina e fundamenta sua tese nos arts. 148, I e II e 146, III, “a” da CF.

Da atualização pela SELIC

A Recorrente salienta que a taxa SELIC não se presta à utilização como equivalente aos juros moratórios incidentes sobre os débitos de natureza fiscal, para tanto, traz um histórico da legislação tributária para fundamentar sua tese acerca da ilegalidade e inconstitucionalidade.

Da multa em concordata

A fiscalização embutiu um percentual elevado a título de multa, aplicou uma multa pecuniária com o fim punitivo. A multa aplicada contraria o art. 134, V, parágrafo único do CTN, vez que a empresa está em processo de concordata preventiva. traz jurisprudências para fundamentar o alegado.

Do efeito confiscatório da multa aplicada

A multa aplicada ofende o princípio constitucional do não-confisco implicitamente consagrado no art. 5º, XXII da CF. Traz doutrinas para fundamentar o alegado.

Do pedido

Ao final requer seja o recurso julgado totalmente procedente.

DO DEPÓSITO DE 30%

Superada a controvérsia em relação à obrigatoriedade do depósito de 30% do valor da autuação como condição para interposição do recurso, os autos vieram para julgamento no CARF.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcelo Magalhães Peixoto

DA TEMPESTIVIDADE

Conforme registro de fl. 972, o recurso é tempestivo e reúne os pressupostos de admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

PRELIMINARMENTE**DA NULIDADE DA NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO**

Alega a Recorrente que a NFLD não contém a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos na lei, bem como a forma de aplicação da correção monetária, juros e demais índices de atualização do crédito tributário (art. 202, II do CTN e art. 2º, § 5º, da lei nº 6.830/80); assim como foi lavrada sem a devida motivação, vez que trouxe infringência de vários dispositivos legais, sem demonstrar de forma clara e precisa a falta cometida pela Recorrente. Essa falta afronta o princípio da legalidade previsto no art. 5º, II da CF.

Mister destacar que não se aplica o art. 202 do CTN, uma vez que ele trata acerca da “inscrição em dívida ativa”, nesse diapasão, a lide versa acerca de uma Notificação Fiscal de Dívida Ativa – NFLD, ou seja, um fato anterior à inscrição em dívida ativa.

Não há que se falar nulidade da NFLD, vez que, é possível a perfeita compreensão da autuação, através da análise de toda a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito, formada pelas: Instrução para o Contribuinte – IPC; Discriminativo Analítico de Débito – DAD; Discriminativo Sintético do Débito – DSD; Discriminativo Sintético por Estabelecimento – DSE; Relatório Fatos Geradores e Fundamentos Legais do Débito - FLD.

DA CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA

É obrigatória a retenção de 11% no valor da nota fiscal ou fatura, quando a empresa contratar serviço contínuo, desde que haja a cessão de mão-de-obra, para fins de Contribuição Previdenciária, nos termos do art. 31 da Lei n. 8.212/91 c/c o art. 219 do Decreto n. 3.048/99; assim como quando contratar, na modalidade empreitada, serviço de cessão de mão-de-obra, nos termos do § 3º do art. 219 do Decreto n. 3.048/99.

Mister se faz definir o que vem a ser serviço de cessão de mão-de-obra, passível da retenção de 11%, para, em seguida, analisar os casos que deram origem à NFLD em tela.

Assim disciplina o art. 31, §§ 3º e 4º da Lei n. 8.212/91, redação da Lei n. 9.711/98, *verbis*:

Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a

importância retida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente da mão-de-obra, observado o disposto no § 5º do art. 33

(...)

§ 3º Para os fins desta Lei, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação.

§ 4º Enquadram-se na situação prevista no parágrafo anterior, além de outros estabelecidos em regulamento, os seguintes serviços:

I - limpeza, conservação e zeladoria;

II - vigilância e segurança;

III - empreitada de mão-de-obra;

IV - contratação de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. (grifo nosso)

Para melhor compreensão, mister destacar as previsões constantes no art. 219 do Decreto n. 3.048/99, **vigentes há época do fato gerador**, *verbis*:

Art. 219. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão ou empreitada de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços e recolher a importância retida em nome da empresa contratada, observado o disposto no § 5º do art. 216.

§ 1º Exclusivamente para os fins deste Regulamento, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade fim da empresa, independentemente da natureza e da forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, entre outros.

§ 2º Enquadram-se na situação prevista no caput os seguintes serviços realizados mediante cessão de mão-de-obra:

I - limpeza, conservação e zeladoria;

II - vigilância e segurança;

III - construção civil;

IV - serviços rurais;

- V - digitação e preparação de dados para processamento;*
- VI - acabamento, embalagem e acondicionamento de produtos;*
- VII - cobrança;*
- VIII - coleta e reciclagem de lixo e resíduos;*
- IX - copa e hotelaria;*
- X - corte e ligação de serviços públicos;*
- XI - distribuição;*
- XII - treinamento e ensino;*
- XIII - entrega de contas e documentos;*
- XIV - ligação e leitura de medidores;*
- XV - manutenção de instalações, de máquinas e de equipamentos;*
- XVI - montagem;*
- XVII - operação de máquinas, equipamentos e veículos;*
- XVIII - operação de pedágio e de terminais de transporte;*
- XIX - operação de transporte de cargas e passageiros;***
- XX - portaria, recepção e ascensorista;*
- XXI - recepção, triagem e movimentação de materiais;*
- XXII - promoção de vendas e eventos;*
- XXIII - secretaria e expediente;*
- XXIV - saúde; e*
- XXV - telefonia, inclusive telemarketing.*

§ 3º Os serviços relacionados nos incisos I a V também estão sujeitos à retenção de que trata o caput quando contratados mediante empreitada de mão-de-obra. (grifo nosso)

A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que a lista constante no § 4º do art. 31 da Lei n. 8.212/91, é exemplificativa. Nesse diapasão, conforme delegação do citado parágrafo, o Regulamento traz, taxativamente, o rol dos serviços que deverão ser considerados como “cessão de mão-de-obra”, para fins de incidência da Contribuição Previdenciária.

Logo, diante do exposto, extrai-se que para haver a cessão de mão-de-obra, passível da retenção de 11% de Contribuição Previdenciária, mister se faz que haja, concomitantemente: **(i)** a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados; **(ii)** a realização de serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade-fim da empresa e **(iii)** previsão do serviço na lista constante no art. 219, § 2º do Decreto n. 3.048/99.

Em paralelo, o § 3º do art. 219 do Decreto n. 3.048/99, estabelece que estão sujeitos à retenção de 11%, quando contratados mediante empreitada de mão-de-obra, os

seguintes serviços: limpeza, conservação e zeladoria; vigilância e segurança; construção civil; serviços rurais; digitação e preparação de dados para processamento.

Segundo o Relatório Fiscal de fls. 49/55, a Recorrente “*utilizou-se do serviço de transporte de cargas das empresas cedentes de mão-de-obra (...) as empresas cedentes de mão-de-obra (chamadas contratadas) colocaram à disposição da empresa OLVEPAR (chamada de contratante) segurados do Regime Geral de Previdência social – RGPS – para a realização do serviço contínuo de cargas, nas suas dependências e nas de terceiros, durante o período de 02/09 a 08/00.*”.

Nesse diapasão, a Fiscalização não só alegou, também como comprovou, através das notas fiscais, a colocação à disposição e continuidade do serviço e a previsão no Decreto n. 3.048/99. Passível, portanto da incidência de 11% a título de Contribuição Previdenciária.

Frise-se que o inciso XIX do art. 219 do Decreto n. 3.048/99 foi revogado pelo Decreto n. 4.729/03 e excluiu a incidência de 11% em relação à cessão de mão-de-obra para os serviços de transporte de carga, ficando com a seguinte redação, *verbis*:

XIX - operação de transporte de passageiros, inclusive nos casos de concessão ou sub-concessão; (Redação dada pelo Decreto nº 4.729, de 2003)

Ocorre que a retroatividade benigna prevista no art. 106 não se aplica a fatos geradores revogados, *verbis*:

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

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

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

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

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

Logo, como destacado acima, não se aplica a retroatividade benigna. Noutras palavras, quando da ocorrência do fato gerador 02/09 a 08/00, a redação anterior que previa a incidência de 11%, a título de Contribuição Previdenciária estava vigorando e eficaz.

A Recorrente fundamentou seu recurso em alegações não pertinentes ao objeto da lide e em alegações acerca da inconstitucionalidade.

Nesse diapasão, quanto à alegação de inconstitucionalidade, não há o que se pronunciar, posto que o CARF não é competente para se manifestar sobre matéria constitucional, nos termos da Súmula nº 02 do CARF, abaixo transcrita:

“O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”.

Pelas razões expostas, no que tange à obrigatoriedade da contratante em reter 11% do valor da nota fiscal ou fatura, deve o lançamento ser mantido.

DA APLICAÇÃO DA TAXA SELIC

A Recorrentes entende como ilegal a incidência de algum índice de atualização monetária superior a 12% ao ano. Ocorre que, nos termos do art. 62-A do Regimento Interno do Conselho de Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, os julgamentos dos conselheiros estão vinculados aos acórdãos do STF e STJ, quando prolatados nos termos dos arts. 543-B e 543-C do CPC, *verbis*:

Art. 62-A do Regimento Interno do CARF:

Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Nesse diapasão, o Colendo STJ já se manifestou acerca da possibilidade de atualização monetária pela Taxa SELIC, nos termos do art. 543-C do CPC, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. JUROS DE MORA PELA TAXA SELIC. ART. 39, § 4º, DA LEI 9.250/95. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. Aplica-se a taxa SELIC, a partir de 1º.1.1996, na atualização monetária do indébito tributário, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária.

3. Se os pagamentos foram efetuados após 1º.1.1996, o termo inicial para a incidência do acréscimo será o do pagamento indevido; no entanto, havendo pagamentos indevidos anteriores à data de vigência da Lei 9.250/95, a incidência da taxa SELIC terá como termo a quo a data de vigência do diploma legal em tela, ou seja, janeiro de 1996.

Esse entendimento prevaleceu na Primeira Seção desta Corte por ocasião do julgamento dos EREsps 291.257/SC, 399.497/SC e 425.709/SC.

4. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ.

(REsp 1111175/SP, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/06/2009, DJe 01/07/2009) (grifo nosso)

Ademais, além do referendo Judicial em sede de Recurso Repetitivo, essa matéria consta na Súmula n. 3 do CARF, *verbis*:

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.

Portanto, não há que se falar em ilegalidade na aplicação da Taxa SELIC em matéria tributária.

MULTA DE MORA

A multa de mora aplicada teve por base o artigo 35 da Lei 8.212/91, que determinava aplicação de multa que progredia conforme a fase e o decorrer do tempo e que poderia atingir 50% na fase administrativa e 100% na fase de execução fiscal. Ocorre que esse artigo foi alterado pela Lei 11.941/2009, que estabelece que os débitos referentes a contribuições não recolhidas no prazo previsto em lei, serão acrescidos de multa de mora nos termos do art. 61, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, **que estabelece multa de 0,33% ao dia, limitada a 20%.**

Tendo em vista que o artigo 106 do CTN determina a aplicação retroativa da lei quando, tratando-se de ato não definitivamente julgado, comine-lhe penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, princípio da retroatividade benigna, impõe-se o cálculo da multa com base no artigo 61 da Lei 9.430/96 em comparativo com a multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei 8.212/91 (presente no crédito lançado neste processo), para determinação e prevalência da multa mais benéfica, **no momento do pagamento.**

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

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

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

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

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

CONCLUSÃO

Do exposto, julgo procedente em parte o recurso para determinar o recálculo da multa de mora, de acordo com o disposto no art. 35, caput, da Lei 8.212/91, na redação dada

pela Lei 11.941/2009 (art. 61, da Lei nº 9.430/96), prevalecendo o valor mais benéfico ao contribuinte.

Marcelo Magalhães Peixoto

CÓPIA