ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 10830.012695/2010-33

CÓPIA

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

Processo nº	10830.012695/2010-33
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	**2403-002.760 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária**
Sessão de	08 de outubro de 2014
Matéria	CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente	M-CAMP CONCESSIONÁRIA DE VEÍCULOS LTDA.
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2006 a 30/06/2007

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Estando presente nos autos a discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e períodos correspondentes, bem como a devida fundamentação legal, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa.

PROGRAMA DE INCENTIVO. PAGAMENTO COM CARTÃO PREMIAÇÃO. REMUNERAÇÃO INDIRETA

Constitui infração ao disposto no art. 30, inciso I, alínea "a" da Lei n. 8.212/91, deixar de arrecadar, mediante desconto das remunerações, as contribuições previdenciárias dos segurados a seu serviço.

É assente na jurisprudência deste Conselho que as verbas pagas através de cartões de premiação integram o salário de contribuição por força do art. 28 da Lei n. 8.212/91, sendo correto o auto de infração que considerou a ausência de recolhimento de tributo sobre tais verbas.

MULTA CONFISCATÓRIA. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIAÇÃO.

Não cabe a este Conselho afastar a aplicação de uma lei sob a alegação de inconstitucionalidade, nos termos da Súmula n. 2 do CARF.

MULTA. RECÁLCULO. MP 449/08. LEI 11.941/09. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. RETROATIVIDADE BENIGNA.

Antes do advento da Lei 11.941/09, não se punia a falta de espontaneidade, mas tão somente o atraso no pagamento - a mora. No que diz respeito à multa de mora aplicada até 12/2008, com base no artigo 35 da Lei nº 8.212/91, tendo em vista que o artigo 106 do CTN determina a aplicação do princípio da retroatividade benigna, impõe-se o cálculo da multa com base no artigo 61

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 01/12/2014 por CLAUDIA DOLORES ROSA, Assinado digitalmente em 11/12/2014
por MARCELO MAGALHAES PEIXOTO, Assinado digitalmente em 16/12/2014 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGAR
Impresso em 13/01/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

da Lei nº 9.430/96, que estabelece multa de 0,33% ao dia, limitada a 20%, em comparativo com a multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei 8.212/91, para determinação e prevalência da multa mais benéfica, no momento do pagamento.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

CÓPIA

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, par determinar o recálculo de multa de mora de acordo com o disposto no art. 35, caput, da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/09 (art. 61 da Lei 9.430/96). Vencido o conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro na questão da multa.

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente

Marcelo Magalhães Peixoto - Relator

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Marcelo Magalhães Peixoto, Elfas Cavalcante Lustosa Aragão Elvas, Ivacir Julio de Souza, Daniele Souto Rodrigues e Paulo Mauricio Pinheiro Monteiro.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 01/12/2014 por CLAUDIA DOLORES ROSA, Assinado digitalmente em 11/12/2014 por MARCELO MAGALHAES PEIXOTO, Assinado digitalmente em 16/12/2014 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI
Impresso em 13/01/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Relatório

CÓPIA

Cuida-se de Recurso Voluntário interposto em face do Acórdão nº 05-33.486, fls. 350/361 do Processo Principal nº 10830.012696/2010-88, o qual julgou improcedente a impugnação ofertada para manter incólume o crédito previdenciário consubstanciado no Auto de Infração DEBCAD nº 37.286.554-2, consolidado em 16/09/2010 e notificado ao contribuinte em 29/09/2010, lavrado no importe de R$ 54.916,09 (cinquenta e quatro mil novecentos e dezesseis reais e nove centavos).

O Relatório Fiscal, fls. 24/31, consigna que a autuação almeja o recolhimento de **contribuições previdenciárias dos segurados empregados e contribuintes individuais**, apuradas com base nos valores constantes dos lançamentos contábeis e/ou dados fornecidos pela interposta empresa de incentivo Infiniti Marketing de Incentivo e Fidelização Ltda., não incluídas em Folhas de Pagamento e também nas GFIP's relativas ao período de 01/2006 a 06/2007.

DA IMPUGNAÇÃO

Inconformada com o lançamento, a empresa contestou a autuação por meio de instrumento de fls. 239/267 do Processo Principal mencionado.

DA DECISÃO DA DRJ

Após analisar os argumentos da então Impugnante, a 6ª Turma da Delegacia da Receita do Brasil de Julgamento em Campinas, DRJ/CPS, prolatou o Acórdão n° 05-33.486, fls. 350/361 do Processo Principal, a qual julgou improcedente a impugnação, mantendo em sua integralidade o crédito tributário Segue ementa:

> *ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS.*
>
> *Período de apuração: 01/01/2006 a 30/06/2007*
>
> *PREVIDENCIÁRIO. PRÊMIOS. SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. INTEGRAÇÃO.*
>
> *Os valores despendidos pela empresa, ainda que por meio de pessoa jurídica interposta, a título de pagamento de prêmios aos trabalhadores a seu serivço integram a base de cálculo das contribuições previdenciárias dos próprios segurados e do empregador.*
>
> *CONTRIBUIÇÕES EM ATRASO. MULTA DE MORA E MULTA DE OFÍCIO.*
>
> *O recolhimento de contribuições previdenciárias feito em atraso sujeita-se à incidência de multa de mora ou de ofício – prevalecendo a mais benéfica para o sujeito passivo -, ambas de caráter irrelevável.*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 01/12/2014 por CLAUDIA DOLORES ROSA, Assinado digitalmente em 11/12/2014 por MARCELO MAGALHAES PEIXOTO, Assinado digitalmente em 16/12/2014 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI
Impresso em 13/01/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

CERCEAMENTO DE DEFESA. FASE INQUISITÓRIA DO PROCEDIMENTO FISCAL. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

Não caracteriza cerceamento de defesa eventual deficiência ocorrida na fase inquisitória do procedimento fiscal, quando não se tinha ainda processo, mas mero procedimento de verificação da situação do contribuinte no tocante às suas obrigações para com a previdência social culminando com o lançamento do crédito tributário.

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. RECONHECIMENTO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE.

Descabe às autoridades que atuam no contencioso administrativo proclamar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal regularmente posto e em vigor, vez que tal mister incumbe tão somente aos órgãos do Poder Judiciário.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

CÓPIA

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Irresignada, a empresa interpôs, tempestivamente, Recurso Voluntário, fls. 21/39, requerendo a reforma do Acórdão da DRJ, utilizando-se, para tanto, dos seguintes argumentos:

1. Ausência de descrição e precisão das infrações, violando o princípio da ampla defesa;

2. Impossibilidade de tributação de reembolso de despesas, denominados de premiação;

3. Caráter confiscatório da multa aplicada, violando o art. 150, VI, da Constituição Federal.

DAS RESOLUÇÕES E DILIGÊNCIA FISCAL

Considerando que nos arquivos disponíveis no e-processo, constava apenas a capa do Volume I dos autos, fl. 01 e termos de apensamento, foi proferida a Resolução nº 2403-000.191, fls. 03/05, para realização de diligência para fins de localização dos documentos físicos que o instruem, seguida da digitalização e posterior indicação para julgamento.

Cumprida a diligência requerida, retornaram os autos a este Conselho para apreciação da peça recursal, entretanto, ainda permaneceu ausente os documentos nos autos do processo nº 10830.012697/2010-22, conexo ao presente, de modo que foi proferida nova Resolução, nº 2403-000.241, a fim de que após a juntada dos referidos documentos pudesse ser procedido o julgamento conjunto dos processos.

Após a realização da diligência, os autos retornarão ao CARF, para apreciação dos recursos voluntários.

É o relatório.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 01/12/2014 por CLAUDIA DOLORES ROSA, Assinado digitalmente em 11/12/2014 por MARCELO MAGALHAES PEIXOTO, Assinado digitalmente em 16/12/2014 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI
Impresso em 13/01/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Voto

CÓPIA

Conselheiro Marcelo Magalhães Peixoto, Relator

DA TEMPESTIVIDADE

Conforme documentos de fl. 55 do Processo Principal nº 10830.012696/2010-88, tem-se que o recurso é tempestivo e reúne os pressupostos de admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA

A mera análise da autuação evidencia expressa menção aos dispositivos legais infringidos, assim como os fatos que culminaram no lançamento, constantes no Relatório Fiscal, fls. 24/31, bem como em tópico autônomo intitulado "Fundamentos Legais do Débito", fls. 19/20, onde exaustivamente é elencado todos os dispositivos que autorizam a lavratura do processo fiscal em epígrafe.

Desde modo, não merece acolhida a alegação de cerceamento do direito de defesa por ausência de clareza dos fatos ou os dispositivos legais infringidos.

DO PRÊMIO DE INCENTIVO, LEGITIMIDADE PASSIVA E COMPETÊNCIA DA AUTORIDADE FISCAL

A base de cálculo das contribuições previdenciárias está contida no art. 28, da Lei n. 8.212/91, ou seja, o salário de contribuição, *verbis*:

> *"Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:*
>
> *I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês,* ***destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma****, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa"*

Observa-se que a definição de salário de contribuição tanto para o empregado quanto para o contribuinte individual é ampla, não importando, via de regra, a forma e a que título foi paga, devida ou creditada, se de maneira direta ou indireta, pelo empregador ou terceiro interessado no pagamento ou não, a titulo de premiação/bonificação ou não.

No entanto há exceções contidas no §9, do mesmo artigo. Elas compreendem quatro grupos principais: a) pagamentos com caráter indenizatório; b) ressarcimentos de despesas; c) ferramentas de trabalho; e d) retribuições provenientes de terceiros.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 01/12/2014 por CLAUDIA DOLORES ROSA, Assinado digitalmente em 11/12/2014 por MARCELO MAGALHAES PEIXOTO, Assinado digitalmente em 16/12/2014 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI
Impresso em 13/01/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

A parcela a título de prêmio, da forma pela qual foi paga *in casu*, não se encaixa em qualquer das modalidades de exceção elencadas na norma supracitada. Ao contrário do que alega a Recorrente, não há como enquadrar os valores pagos pela empresa especializada em marketing de incentivo aos funcionários como desembolso de despesas eis que não foram acostados quaisquer documentos probatórios suficientes a provar o alegado.

A fiscalização se utilizou de documentos que o ampararam na pretensão fazendária perseguida, munido do contrato de prestação de serviços, relação nominal discriminando nome e valor dos beneficiários dos prêmios, além das folhas de pagamentos e GFIP's, razão pela qual é imprescindível a apresentação de prova em sentido contrário por parte da Recorrente, o que não ocorreu no caso em tela.

Isso porque, mesmo em matéria tributária, cabe a ambos, ao Fisco e ao contribuinte, não só alegar, como, precipuamente, produzir provas que ofereçam condições de convicção favoráveis à sua pretensão.

Por oportuno, transcreve-se as palavras de Marcos Vinícius Neder, quando afirma que "I*no processo administrativo fiscal**, tem-se como regra que o ônus da prova recai sobre quem dela se aproveita.** Assim, se a Fazenda alega ter ocorrido o fato gerador da obrigação tributária, deverá apresentar a prova de sua ocorrência. Se, por outro lado, o contribuinte aduz a inexistência da ocorrência do fato gerador, igualmente, terá que provar a falta dos pressupostos de sua ocorrência ou **a existência de fatores excludentes**"* (NEDER, Marcos Vinícius; SANTI, Eurico Marcos Diniz de; FERRAGUT, Maria Rita (coord.). A prova no Processo Tributário. São Paulo: Dialética, 2010. p. 19).

Tais considerações acerca do ônus da prova também se aplicam em relação ao argumento de que a auditoria fiscal ignorou dispositivos legais ao aplicar a alíquota de 11%, eis que caberia à Recorrente afastar os valores em relação ao limite máximo do salário de contribuição.

Afora isso, a matéria já foi objeto de diversos julgamentos anteriores por este conselho, conforme se verifica dos acórdãos: **2301-01.625** — 3ª Câmara/1ª Turma Ordinária, 19 de agosto de 2010, **2803-00.163** — 3ª Turma Especial, 09 de julho de 2010, **230101.878** – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, 15 de março de 2011, **2401001.796** – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, 14 de abril de 2011 e **230102.065** – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, 12 de maio de 2011.

Segue abaixo um dos arestos informados para ilustrar o entendimento do colegiado:

> *REMUNERAÇÃO INDIRETA. SEGURADOS EMPREGADOS E CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS. CARTÃO PRÊMIO.*
>
> *Valores pagos indiretamente a empregados e contribuintes individuais por intermédio de prêmio/plano de incentivo são considerados salários de contribuições para a Previdência Social, nos termos do art. 28, incisos I e III, da Lei n " 8,212/91.*
>
> *O pagamento de prêmio/plano de incentivo ao empregado por empresas que não se revistam da qualidade de empregador, mas com o consentimento deste, aproveitando a relação de emprego e as oportunidades dai advindas, integra o salário de contribuição.*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 01/12/2014 por CLAUDIA DOLORES ROSA, Assinado digitalmente em 11/12/2014 por MARCELO MAGALHAES PEIXOTO, Assinado digitalmente em 16/12/2014 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI
Impresso em 13/01/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

CRÉDITO TRIBUTÁRIO LEGALMENTE CONSTITUÍDO. ART. 142 DO CTN.

Crédito tributário deve estar revestido das formalidades legais do art. 142 e § único, e arts, 97 e 114, todos do CIN.

A declaração de inconstitucionalidade de lei é prerrogativa outorgada pela Constituição Federal ao Poder Judiciário.

Recurso Voluntário Negado

Crédito Tributário Mantido.

*(Acórdão **2803-00.163** — 3ª Turma Especial, 09 de julho de 2010)*

Quanto à alegação de que a parcela não é destinada à contraprestação ao trabalho, também não merece guarida uma vez que se trata de remuneração indireta pois sabendo o funcionário de que caso alcance aquela meta **que faz parte de suas atividades laborativas**, será credor daquela parcela. O objeto já foi discutido inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme: PET 6243/SP, Eliana Calmon, REsp 863.244/SP, Min Luiz Fux e REsp 735.866/PE, Min. Teori Albino Zavascki.

Portanto, não subsistem razões para afastar a incidência da contribuição previdenciária, razão pela qual deve ser mantido o crédito previdenciário.

DA INCONSTITUCIONALIDADE ALEGADA

Em relação ao argumento de confiscatoriedade da multa aplicada, tem-se que tal imputação está diretamente relacionado ao princípio constitucional de vedação ao confisco, de modo que a sua análise implicaria na verificação ou não de inconstitucionalidade acerca dos dispositivos legais que fundamentaram a imputação em epígrafe.

Ocorre, entretanto, que ao contrário do que pretende a Recorrente, não cabe ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF afastar a aplicação de uma lei sob a alegação de inconstitucionalidade, nos termos da Súmula n. 2 do CARF, *verbis*:

"O CARF não é competente para se pronunciar sobre a constitucionalidade de lei tributária."

Mister destacar que os incisos I e II do Parágrafo único do art. 62 do Regimento Interno do CARF trazem exceções a essa regra, contudo, não sem aplicam ao caso em tela, *verbis*:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 01/12/2014 por CLAUDIA DOLORES ROSA, Assinado digitalmente em 11/12/2014 por MARCELO MAGALHAES PEIXOTO, Assinado digitalmente em 16/12/2014 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI
Impresso em 13/01/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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 n° 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar n° 73, de 1993; ou

c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar n° 73, de 1993.

Por esses motivos, este julgador não irá se pronunciar acerca das alegações que inconstitucionalidades se não estiverem nas exceções acima, portanto, percebendo que o recorrente não traz qualquer argumento ou comprovante que possa infirmar as imputações do fiscal autuante, há de se manter a exação.

DA MULTA APLICADA

No que se refere às multas de mora e de ofício aplicadas, mister se faz proceder a algumas considerações.

A MP nº 449, convertida na Lei nº 11.941/09, que deu nova redação aos arts. 32 e 35 e incluiu os arts. 32-A e 35-A na Lei nº 8.212/91, trouxe mudanças em relação à multa aplicada no caso de contribuição previdenciária.

Assim dispunha o art. 35 da Lei nº 8.212/91 antes da MP nº 449, *in verbis*:

*Art. 35. **Sobre as contribuições sociais em atraso, arrecadadas pelo INSS, incidirá multa de mora**, que não poderá ser relevada, nos seguintes termos: (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).*

I - para pagamento, após o vencimento de obrigação não incluída em notificação fiscal de lançamento:

a) oito por cento, dentro do mês de vencimento da obrigação; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

b) quatorze por cento, no mês seguinte; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

c) vinte por cento, a partir do segundo mês seguinte ao do vencimento da obrigação; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

II - para pagamento de créditos incluídos em notificação fiscal de lançamento:

a) vinte e quatro por cento, em até quinze dias do recebimento da notificação; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

b) trinta por cento, após o décimo quinto dia do recebimento da notificação; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

c) quarenta por cento, após apresentação de recurso desde que antecedido de defesa, sendo ambos tempestivos, até quinze dias

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 01/12/2014 por CLAUDIA DOLORES ROSA, Assinado digitalmente em 11/12/2014 por MARCELO MAGALHAES PEIXOTO, Assinado digitalmente em 16/12/2014 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI
Impresso em 13/01/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

> *da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).*
>
> *d) cinqüenta por cento, após o décimo quinto dia da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS, enquanto não inscrito em Dívida Ativa; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).* (sem destaques no original)

Verifica-se, portanto, que antes da MP nº 449 não havia multa de ofício. Havia apenas multa de mora em duas modalidades: **a uma** decorrente do pagamento em atraso, desde que de forma espontânea **a duas** decorrente da notificação fiscal de lançamento, conforme previsto nos incisos I e II, respectivamente, do art. 35 da Lei nº 8.212/91, então vigente.

Nesse sentido dispõe a hodierna doutrina (Contribuições Previdenciárias à luz da jurisprudência do CARF – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais / Elias Sampaio Freire, Marcelo Magalhães Peixoto (coordenadores). – Julio César Vieira Gomes (autor) – São Paulo: MP Ed., 2012. Pág. 94), *in verbis*:

> "*De fato, a multa inserida como acréscimo legal nos lançamentos tinha natureza moratória – era punido o atraso no pagamento das contribuições previdenciárias, independentemente de a cobrança ser decorrente do procedimento de ofício. Mesmo que o contribuinte não tivesse realizado qualquer pagamento espontâneo, sendo, portanto, necessária a constituição do crédito tributário por meio do lançamento, ainda assim a multa era de mora. (...)* ***Não se punia a falta de espontaneidade, mas tão somente o atraso no pagamento – a mora.***" (com destaque no original)

Com o advento da MP nº 449, que passou a vigorar a partir 04/12/2008, data da sua publicação, e posteriormente convertida na Lei nº 11.941/09, foi dada nova redação ao art. 35 e incluído o art. 35-A na Lei nº 8.212/91, *in verbis*:

> *Art. 35. Os débitos com a União decorrentes das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, não pagos nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de* ***multa de mora e juros de mora, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996****. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).*
>
> *Art. 35-A. Nos casos de* ***lançamento de ofício relativos às contribuições referidas no art. 35 desta Lei, aplica-se o disposto no art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996****. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).* (sem destaques no original)

Nesse momento surgiu a multa de ofício em relação à contribuição previdenciária, até então inexistente, conforme destacado alhures.

Logo, tendo em vista que o lançamento se reporta à data da ocorrência do fato gerador, nos termos do art. 144 do CTN, tem-se que, em relação aos fatos geradores

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 01/12/2014 por CLAUDIA DOLORES ROSA, Assinado digitalmente em 11/12/2014 por MARCELO MAGALHAES PEIXOTO, Assinado digitalmente em 16/12/2014 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI
Impresso em 13/01/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

ocorridos antes de 12/2008, data da MP nº 449, aplica-se apenas a multa de mora. Já em relação aos fatos geradores ocorridos após 12/2008, aplica-se apenas a multa de ofício.

Contudo, no que diz respeito à multa de mora aplicada até 12/2008, com base no artigo 35 da Lei nº 8.212/91, 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 nº 9.430/96, **que estabelece multa de 0,33% ao dia, limitada a 20%**, em comparativo com a multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei 8.212/91, para determinação e prevalência da multa mais benéfica, **no momento do pagamento**.

CONCLUSÃO

Do exposto, voto **pelo provimento parcial** do recurso para determinar o recálculo da multa de mora, de acordo com o disposto no art. 35, *caput*, da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 11.941/2009 (art. 61, da Lei nº 9.430/96), prevalecendo o valor mais benéfico ao contribuinte.

Marcelo Magalhães Peixoto.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 01/12/2014 por CLAUDIA DOLORES ROSA, Assinado digitalmente em 11/12/2014 por MARCELO MAGALHAES PEIXOTO, Assinado digitalmente em 16/12/2014 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI
Impresso em 13/01/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA