



**Ministério da Economia**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



**Processo nº** 10865.003097/2008-51  
**Recurso** Voluntário  
**Acórdão nº** 2202-008.731 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 05 de outubro de 2021  
**Recorrente** CERAMICA LANZI LTDA  
**Interessado** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS**

Período de apuração: 01/01/2003 a 31/12/2007

**ARGUIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEIS OU ATOS NORMATIVOS. SÚMULA CARF N 2.**

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

**APLICAÇÃO DA TAXA SELIC SOBRE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS. POSSIBILIDADE LEGAL. SÚMULAS CARF 04 E 108.**

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

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

**CESSÃO DE MÃO DE OBRA. OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA DO TOMADOR DE SERVIÇOS PELA RETENÇÃO DE 11% SOBRE O VALOR DA NOTA FISCAL OU DA FATURA.**

O art. 31 da Lei nº 8.212/1991 impõe ao tomador de serviços a obrigação exclusiva de reter e recolher o valor correspondente a 11% sobre o montante pago ao cedente da mão de obra.

**RETROATIVIDADE BENIGNA. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL**

A jurisprudência do STJ acolhe, de forma pacífica, a retroatividade benigna da regra do art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991. com a redação dada pela Lei nº 11.941. de 2009, que fixa o percentual máximo de multa moratória em 20%, em relação aos lançamentos de ofício.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer das alegações de inconstitucionalidade, e, na parte conhecida, dar provimento parcial ao recurso

para determinar a aplicação da retroatividade benigna da regra do art. 35 da Lei n.º 8.212/91, com a redação dada pela Lei n.º 11.941/09, que fixa o percentual máximo de multa moratória em 20%.

(documento assinado digitalmente)

Ronnie Soares Anderson - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Sonia de Queiroz Accioly - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Mário Hermes Soares Campos, Martin da Silva Gesto, Sara Maria de Almeida Carneiro Silva, Ludmila Mara Monteiro de Oliveira, Leonam Rocha de Medeiros, Samis Antônio de Queiroz, Sonia de Queiroz Accioly e Ronnie Soares Anderson (Presidente).

## Relatório

Trata-se de recurso voluntário (fls. 378 e ss) interposto contra R. Acórdão proferido pela 8ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto (fls. 352 e ss) que manteve parcialmente o lançamento pelo Auto de Infração de obrigação principal, no montante de R\$ 596.459,56 (valor consolidado em 09/09/2008), incidente sobre as notas fiscais de prestação de serviços emitidas pela empresa Bonifácio & Bonifácio Eventos e Serviços Ltda, referentes aos serviços de promoção de vendas, prestados à atuada mediante cessão de mão-de-obra.

### Segundo o Acórdão:

Trata-se de auto de infração de obrigação principal lavrado em relação ao contribuinte acima identificado, no montante de R\$ 596.459,56 (valor consolidado em 09/09/2008), incluindo a retenção de 11% prevista no artigo 31 da Lei n.º 8.212/91, com a redação dada pela Lei n.º 9.711/97, incidente sobre as notas fiscais de prestação de serviços emitidas pela empresa Bonifácio & Bonifácio Eventos e Serviços Ltda., referentes aos serviços de promoção de vendas, prestados à atuada mediante cessão de mão-de-obra.

Por não concordar com os termos da autuação a empresa, por seu procurador constituído, apresentou defesa tempestiva alegando, em síntese, a decadência dos fatos geradores que ocorreram antes de 10/09/2003, tendo em vista a aplicação do artigo 150, §4º do Código Tributário Nacional.

Aduz a nulidade da autuação devido à ausência de documentos aptos a comprovar a efetiva ocorrência dos fatos geradores descritos pela autoridade fiscal.

Aduz, ainda, a improcedência da autuação, por entender que não houve a cessão de mão de obra para ensejar a retenção de 11%. Que no caso da contratação da empresa Bonifácio & Bonifácio, houve de fato o emprego de trabalhadores, mas esses não são cedidos ao tomador; que em momento algum os empregados da prestadora de serviços ficam de maneira contínua a serviço do tomador, mediante hierarquia e subordinação. Que o fato dos promotores usarem uniformes e identificação com o nome da impugnante não pode ensejar a caracterização da cessão de mão de obra.

Que o próprio prestador entendeu não prestar serviços mediante cessão de mão de obra, já que não destacou a retenção em nenhuma de suas notas. Nesse sentido, entende que é o prestador de serviços que possui o dever de averiguar a natureza jurídica do serviço e verificar se é o caso ou não de cessão de mão de obra.

Afirma que a obrigação imposta pela lei n.º 9.711/98 é ilegítima, já que fez surgir nova espécie de contribuição social incidente sobre o faturamento da empresa prestadora de serviços, sem o preenchimento das formalidades previstas na Constituição Federal.

Que a situação em pauta não se amolda ao disposto no artigo 121, parágrafo único e inciso I do Código Tributário Nacional, porquanto não há qualquer vinculação entre a empresa contratante com a situação que constitui o fato gerador da obrigação tributária da empresa cedente de mão de obra, qual seja, o pagamento da folha de salário e demais rendimentos do trabalho.

Que, enquanto a antecipação refere-se ao recolhimento das contribuições previdenciárias incidentes sobre a folha de salários, a retenção ocorre sobre grandeza totalmente estranha àquele fato gerador. Além disso, menciona que os serviços disponibilizados pela prestadora envolvem custos muito mais elevados que a mera mão de obra neles envolvida.

Conclui que a nova redação do artigo 31 da Lei n.º 8.212/91 encontra-se eivada de vício de inconstitucionalidade.

Alega, ainda, a existência de *bis in idem* em sua cobrança, já que possui a mesma base de cálculo da COFINS.

Aduz não ser aplicável à retenção a presunção estabelecida no §5º do artigo 33 da Lei n.º 8.212/91, por não se tratar de substituição tributária propriamente dita, mas de mera antecipação do recolhimento da contribuição previdenciária devida pelo prestador de serviços. Que somente caberia alguma responsabilidade ao tomador se restasse comprovado o abatimento, pelo prestador, dos valores (mesmo que não destacados ou retidos), quando da apuração da contribuição devida. E mesmo aplicando tal presunção, a mesma não é absoluta, cabendo prova em contrário. Apresenta CND da empresa prestadora de serviços, com a intenção de comprovar o integral recolhimento das contribuições devidas pela mesma e eximir-se da responsabilidade de efetuar a retenção. Entende, assim, que os valores ora lançados já foram quitados pelo real sujeito passivo da obrigação tributária, configurando *bis in idem*.

Que a cobrança da multa e dos juros ora lançados possui caráter confiscatório. Além disso, insurge-se contra o tratamento diferenciado entre as contribuições, já que para a COFINS, aplica-se a multa estabelecida no artigo 61 da Lei n.º 9.430/96, à taxa de trinta e três centésimos por cento ao dia, limitada a 20%.

Em relação aos juros, afirma que a utilização da SELIC, com índices definidos exclusivamente pelo Poder Executivo, afronta o princípio da legalidade, devendo prevalecer a incidência dos juros de 1% estabelecidos no artigo 161, §1º do Código Tributário Nacional.

Requer, finalmente, a procedência dos argumentos expostos na impugnação.

Protesta pela juntada de novos documentos e declarações, bem como a produção de outras provas, como perícias, ofícios, declarações, constatações e diligências, em atendimento ao princípio da verdade material.

O R. Acórdão foi proferido com a seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2003 a 31/12/2007

CESSÃO DE MAO-DE-OBRA. RETENÇÃO DE 11%. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTARIA.

A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra deverá reter 11% do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviço e recolher a importância retida em nome da empresa cedente da mão-de-obra.

DECADÊNCIA. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. APLICAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL.

Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, existindo antecipação do pagamento, ainda que parcial, a decadência opera-se com o transcurso do prazo de cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador, mediante aplicação do artigo 150, §4º do Código Tributário Nacional.

MULTA DE MORA. CONFISCO NÃO CONFIGURADO.

Não caracteriza confisco a multa de mora aplicada em consonância com a legislação previdenciária.

MULTA DE MORA. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 449/08 CONVERTIDA NA LEI Nº 11.941/09. RETROATIVIDADE BENEFICA. INOCORRENCIA.

Deve ser mantida a multa aplicada com fundamento na lei vigente no momento da ocorrência do fato gerador, quando constatada que a multa estabelecida pela nova legislação não importa em benefício ao contribuinte.

TAXA DE JUROS. APLICAÇÃO DA SELIC.

E válida a taxa de juros cobrada pela SELIC por ser amparada pelo artigo 34 da lei nº 8.212/91.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Extrai-se do R. Acórdão recorrido que:

A presente autuação foi lavrada e 09/09/2008, cientificada ao contribuinte em 10/09/2008, abrangendo o descumprimento e obrigação principal referente a período de 01/2003 a 12/2007. Considerado o prazo de cinco anos para a constituição do crédito previdenciário, contados a partir da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, vislumbra-se a decadência dos valores lançados no período de 01/2003 a 08/2003.

Cientificado da decisão de 1ª Instância, aos 17/11/2009, (fls. 374), o contribuinte apresentou o presente recurso voluntário em 14/12/2009 (fls. 378 e ss), insurgindo-se, contra o R. Acórdão ao enfoque que:

1 – há nulidade no lançamento, em razão da falta de comprovação dos valores apurados como devidos. Segundo alega a defesa: *“Da leitura da auto de infração e dos documentos que o instruem não se vê uma só prova documental de que os fatos geradores em concreto da contribuição previdenciária tenha efetivamente ocorrido. Há apenas planilhas elaboradas pelo Auditor Fiscal, mas nada há de concreto comprovando a ocorrência do fato gerador das contribuições. Disso se conclui que o lançamento é nulo de pleno direito, por transbordar qualquer espécie de presunção de liquidez e certeza que poderia eventualmente gozar, eis que de fato não se tomou por base nenhum documento da Recorrente capaz de transmitir a realidade da contabilidade da empresa”*.

2 – o Colegiado de Piso não examinou as alegações de inconstitucionalidade e ilegalidade, motivo pelo qual pleiteia o exame pelo Colegiado de 2ª Instância;

3 – não houve cessão de mão de obra, não sendo o caso de se lhe impor a retenção de 11%.

Ressalta ter contratado *“a empresa Bonifácio & Bonifácio Eventos e Serviços Ltda. para lhe prestar serviços de promoção de vendas. Ocorre que o serviço contratado de modo algum pode ser caracterizado como prestado mediante cessão de mão-de-obra, como entendeu a r. decisão recorrida!(...) Nesse tipo de serviço há de fato o emprego de trabalhadores, mas esses de modo algum são “cedidos” ao tomador. Em nenhum momento os empregados da prestadora de serviços ficam de maneira contínua a serviço do tomador, mediante hierarquia e subordinação. Ao contrário, os promotores de vendas apenas anunciam*

*os produtos da Recorrente, revelando caráter meramente publicitário. Não há subordinação nem hierarquia!*

Assinala que: *“é o prestador de serviço, e não o tomador, que tem o dever de averiguar a natureza jurídica do serviço e verificar se é caso ou não de cessão de mão-de-obra. Tanto isso é verdade que a retenção dos 11% se faz MEDIANTE DESTAQUE NA NOTA FISCAL DO VALOR RETIDO. Essa obrigação formal - que vai determinar se há ou não retenção - cabe ao prestador do serviço, quando da emissão da nota fiscal. (...)Ou seja, é o prestador que, antes de receber pelo serviço prestado, deverá destacar na nota fiscal a retenção dos 11%, além das retenções do Imposto de Renda (1,5%) e depois de 2004, a retenção dos 4,65% (contribuições sociais retidas na fonte - CSRF). Como já dito, no caso concreto, nas notas fiscais emitidas pelo prestador não houve esse destaque, dg maneira que o Recorrente pagou a integralidade do montante da nota fiscal. retendo apenas o IRPJ e a CSRF. E assim o fez acolhendo o entendimento do próprio prestador de que tal serviço não estaria sujeito aos 11%.”*

4 – é ilegítima a retenção na fonte da contribuição previdenciária sobre faturas. Afirma que: *“ao contrário do que entendeu a r. decisão administrativa, forçoso concluir que a retenção na fonte imposta pela Lei nº 9.711/98 nada mais é do que uma nova contribuição incidente sobre o faturamento das empresas cedentes de serviço de cessão de mão-de-obra, retida na fonte pela empresa tomadora. Assim concluindo, deflui da análise da nova redação do art. 31 da Lei 8.212/91, trazida pela Lei nº 9.711/98, que a nova contribuição criada encontra-se eivada de vício de inconstitucionalidade (...) Além disso, a Lei nº 9.711/98 acarreta inadmissível bis in idem, na medida em que, em incidindo sobre o faturamento do contribuinte, tem base de cálculo e materialidade idêntica à Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS -, de onde emerge outra inconstitucionalidade na nova exação (...) Acima se demonstrou que a sistemática da retenção dos 11% trazida pela Lei 9711/98, além de não ser aplicável ao caso concreto, por não se tratar de cessão de mão-de-obra, tampouco é válida perante as normas constitucionais e do Código Tributário Nacional”.*

5 – não houve inadimplemento de contribuição previdenciária. A presunção a que alude o referido art. 33, § 5º da Lei 8212/91 trata exclusivamente da substituição tributária efetiva, tal como aquela prevista no art. 30, inciso I, da Lei 8212/91.(...) feito o pagamento do salário, presume-se feito o desconto, justamente porque 3 partir desse momento os empregados, como substituídos tributários, perdem a relevância para a obrigação tributária pela imputação ao substituto do dever de recolher as contribuições.(...) Já o desconto dos 11% do art. 31 não tem natureza de contribuição. muito menos revela a ocorrência de uma efetiva substituição tributária. Como já visto, a natureza jurídica dos 11% É de mera ANTECIPAÇÃO provisória do recolhimento da contribuição previdenciária incidente sobre folha de salários do prestador de serviços. Ou seja, o valor retido não tem natureza tributária, não é efetivamente a contribuição previdenciária do prestador que foi recolhida por substituição tributária. Trata-se apenas de mera antecipação monetária aos cofres da previdência, valor esse que será utilizado pelo prestador do serviço, no mesmo mês de competência, para abatimento via compensação do valor que vier a apurar como devido, daí sim, a título de contribuição previdenciária”.

6 – o prestador do serviço ofereceu integralmente a folha de salários à tributação, inexistindo responsabilização possível pela falta de retenção. *“Assim sendo, a manutenção da cobrança dessas mesmas contribuições previdenciárias em face da ora Recorrente constituirá não só odioso e inconstitucional bis in idem, como verdadeira cobrança indevida de débito que*

*já foi pago, ilegalidade dúplice que merece ser afastada através do provimento do presente recurso”.*

7 – a retenção trata-se apenas de dever instrumental, sendo permitido apenas imposição de multa por obrigação acessória.

8 – não há possibilidade jurídica de responsabilização do Recorrente pelas obrigações principais, ao enfoque que *“ao tomador de serviços não cabe responsabilidade concorrente na consecução do fato gerador, que se dá, ‘in casu’, com o pagamento dos empregados, mas, quando muito, apenas uma ainda assim duvidosa responsabilidade residual no caso da inadimplência do contribuinte originário (sujeito passivo direto), como penalidade pela falta de retenção (...) O que a Fiscalização fez, foi tão somente punir a Recorrente pela falta de retenção, fazendo com que essa mera infração formal fosse suficiente para dar origem à hipótese de incidência da regra matriz tributária da contribuição previdenciária, o que não se pode admitir, merecendo, pois, ser integralmente afastado o auto de infração”.*

9 – a multa é inconstitucional/ilegal e que deve-se aplicar a retroatividade benigna ao caso. *A r. decisão recorrida afirmou que a multa aplicada está pautada na lei e não representa confisco. No entanto, este não é o melhor entendimento.(...) Diante desses fatos, verifica-se que as verbas cobradas a título de multa deverão ser excluídas, sob pena de se caracterizar verdadeiro confisco, o que é vedado pela Constituição Federal.(...) Portanto, totalmente ilegal a cobrança da multa ao patamar aplicado no auto de infração, eis que fere o princípio da vedação ao confisco e o da capacidade contributiva, sendo o caso, assim, de se reduzir a multa aplicada a patamares razoáveis, ou então, ao menos, que se reduza a mencionada multa ao percentual não superior àquele previsto no artigo 61 da Lei nº 9.430/96, em atendimento à isonomia. No entanto, caso este C. Conselho não entenda pela redução da multa sob o argumento acima explanado, então deverá fazê-lo em atenção ao princípio da retroatividade da lei posterior que cominou multa mais benéfica ao contribuinte.*

10 – a utilização da taxa SELIC é ilegal. Assinala que *“(…), em relação à Taxa Selic, a r. decisão entendeu pela sua legalidade, posto que prevista em lei válida. No entanto, este não é o melhor entendimento. A Taxa SELIC vem sendo utilizada pelo INSS como juros moratórios incidentes sobre créditos tributários em atraso, com fundamento no art. 34 da Lei 8.212/91, com nova redação dada pela Lei 9.528/97. (...) a SELIC configura-se como verdadeiro juro remuneratório do capital investido pelos adquirentes de títulos públicos, não se adequando com o instituto dos juros moratórios. Os juros moratórios visam a indenizar o credor que não obteve seu crédito a tempo, e também atuam como punição ao contribuinte faltoso. Ora, é essa natureza mista do juro moratório que, por constituir em verdadeira majoração do crédito tributário, deve sua incidência ser de conhecimento prévio do contribuinte e veiculado por lei.(...) O contribuinte fica submetido ao exclusivo arbítrio das decisões administrativas do Comitê de Política Monetária, que pode aumentar ou diminuir tal Taxa, sem que, de antemão, possa vislumbrar o quanto progride sua dívida. E de fato não há mesmo tal possibilidade, haja vista que o passado recente dá notícia de decisões do COPOM elevando a Taxa SELIC a patamares próximos a 45% ao ano, sem qualquer previsão aos contribuintes. E essas ilegalidades que envolvem a aplicação da Taxa SELIC ao crédito tributário, como juros moratórios, foram detectadas pela Jurisprudência, especialmente pelo C. STJ, conforme se verifica da decisão proferida no RESP 215881/PR, relatado pelo MINISTRO FRANCIULLI NETTO. Essas considerações são suficientes para demonstrar a ilegalidade que envolve a aplicação da Taxa SELIC que, por isso, deve ser afastada, fazendo-se prevalecer a incidência*

*dos juros moratórios de 1% (um por cento) previstos no art. 161, parágrafo 1º, do Código Tributário Nacional”.*

De todo o exposto, a Recorrente requer seja dado provimento ao presente recurso administrativo, reformando-se a r. decisão recorrida, para o fim de que seja anulado integralmente o auto de infração nº 37.152.270-6 diante da sua evidente nulidade e iliquidez, uma vez que i) houve falta de fundamentação probatória apta a demonstrar a efetiva ocorrência dos fatos geradores das contribuições cobradas; ou então, que seja julgado improcedente o auto de infração, para o fim de que: ii) seja integralmente afastado o crédito tributário constituído, na medida em que não era o caso de se fazer a retenção dos 11%, por não ser serviço prestado através de cessão de mão-de-obra, por ser ilegítima a retenção dos 11%, por ser ilegítima a presunção de que foi feita a retenção, pela comprovação de que os créditos foram quitados pelo prestador de serviço, por se tratar de mero descumprimento de dever formal e por inexistir responsabilidade da Recorrente pelo pagamento da contribuição previdenciária do prestador de serviço; e ainda, íii) sejam excluídos os percentuais discriminados no lançamento a título de penalidades tributárias ou, subsidiariamente, seja reduzida a multa para 20%, por isonomia, nos termos do art. 61, da Lei nº 9.430/96, ou então, com fundamento no art. 35, da Lei nº 8.212/91, com redação dada pela Lei nº 11.941/09 c/c art. 106, II, “a”, do CTN; e por fim, iv) seja substituída a taxa SELIC pelos juros moratórios previstos no artigo 161, § 1º do Código Tributário Nacional, na ordem de 1% ao mês, por ser medida de JUSTIÇA!

Esse, em síntese, o relatório.

## **Voto**

Conselheira Sonia de Queiroz Accioly, Relatora.

Sendo tempestivo, conheço, parcialmente, do recurso e passo ao seu exame.

É preciso ressaltar a vedação a órgão administrativo para declarar inconstitucionalidade de norma vigente e eficaz.

Nessa linha de entendimento, dispõe o enunciado de súmula, abaixo reproduzido:

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

Também ressalto que este Colegiado falece de competência para se pronunciar sobre a alegação de ilegalidade de ato normativo vigente, uma vez que sua competência resta adstrita a verificar se o fisco utilizou os instrumentos legais de que dispunha para efetuar o lançamento.

Nesse sentido, art. 62, do Regimento Interno do CARF, e o art. 26-A, do Decreto 70.235/72.

Isso porque o controle efetivado pelo CARF, dentro da devolutividade que lhe compete frente à decisão de primeira instância, analisa a conformidade do ato da administração tributária em consonância com a legislação vigente.

Nesse sentido, compete ao Julgador Administrativo apenas verificar se o ato administrativo de lançamento atendeu aos requisitos de validade e observou corretamente os elementos da competência, finalidade, forma e fundamentos de fato e de direito que lhe dão

suporte, não havendo permissão para declarar ilegalidade ou inconstitucionalidade de atos normativos.

Assim, a alegação de ilegalidade na cobrança e inconstitucionalidade da Lei nº 9.711/98, bem como afirmação de inconstitucionalidade da multa imposta, ao entendimento de confiscatória, não podem ser conhecidas.

Da mesma forma, alegação no sentido da ilegalidade da aplicação da SELIC não pode ser conhecida.

Não obstante, considerando entendimento dessa Turma de Julgamento e ressalvado meu posicionamento relativo ao não conhecimento a respeito da matéria relativa a ilegalidade da aplicação da taxa SELIC, passo a examinar essa alegação,

Relativamente à aplicação das SELIC sobre débitos tributários, é preciso esclarecer que a questão encontra-se pacificada no âmbito deste Conselho, tendo sido inclusive editadas a respeito dos temas as Súmulas abaixo reproduzidas:

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. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Súmula CARF 108

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 129, de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).

Sendo assim, não se conhecem das alegações dos itens 2, 4, 9 e afasta-se a alegação do item 10 do relatado nesse voto, no que toca ao Recurso apresentado.

### **Das nulidades**

O Recorrente alega vício na autuação decorrente de falta de comprovação dos valores apurados como devidos, sob a ótica de que *Da leitura da auto de infração e dos documentos que o instruem não se vê uma só prova documental de que os fatos geradores em concreto da contribuição previdenciária tenha efetivamente ocorrido. Há apenas planilhas elaboradas pelo Auditor Fiscal, mas nada há de concreto comprovando a ocorrência do fato gerador das contribuições. Disso se conclui que o lançamento é nulo de pleno direito, por transbordar qualquer espécie de presunção de liquidez e certeza que poderia eventualmente gozar, eis que de fato não se tomou por base nenhum documento da Recorrente capaz de transmitir a realidade da contabilidade da empresa*

Em que pese o R. Acórdão recorrido tenha deixado de abordar diretamente a temática, observa-se que, na medida em examinou a ocorrência do fato gerador, indiretamente afastou a alegação, apresentada também em sede de impugnação.

O Relato Fiscal, acostado a fls. 45 e ss, descreve pormenorizadamente a regra matriz de incidência tributária.

Vejamos trecho do Relato Fiscal:

1.2. O sujeito passivo identificado em epígrafe que tem como atividade a fabricação de pisos e azulejos, está sendo notificado através do presente Auto de Infração - AI, a recolher à Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB débito no montante de R\$

596.459,56 (Quinhentos e noventa seis mil, quatrocentos e cinquenta nove reais e cinquenta seis centavos) consolidado em 09/09/2008, referente à contribuição social prevista no art. 31 da Lei n.º 8.212 de 24/07/1991 e diferença de acréscimos legais apuradas nas GPS - Guia da Previdência Social.

(...)

1.3. O lançamento do débito apurado, correspondente ao período fiscalizado nos meses de 01/2003 a 12/2007, foi calculado com base no valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, relativamente a serviços prestados, mediante cessão de mão-de-obra, de promoção de vendas, conforme disposto no art. 31, combinado com o § 5º do art. 33, ambos da lei 8.212, de 24 de julho de 1991.

(...)

2.1. Cabe a empresa, na condição de CONTRATANTE de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, 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, conforme disposto no art. 31, da lei 8.212, de 24 de julho de 1991.

2.2. O desconto de consignação legalmente autorizada sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa a isso obrigada, não lhe sendo lícito alegar omissão para se eximir do recolhimento, ficando esta diretamente responsável pela importância que deixou de arrecadar em desacordo com a lei de custeio da previdência social, conforme disposto no § 5º do art. 33, da lei 8.212, de 24 de julho de 1991.

3.1. 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 n 6.019, de 3 de janeiro de 1974, entre outros (§ 3º do art. 31, da lei 8.212/91, § 1º do art. 219, do decreto 3.048/99)

3.2. Enquadram-se na situação na qual a empresa contratante 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, o serviço de promoção de vendas realizado mediante cessão de mão de obra, conforme disposto no § 2º do art. 219, do decreto 3.048, de 06 de maio de 1999.

(...)

3.4. Diante o exposto anteriormente, e com base na análise da documentação apresentada pelo sujeito passivo no decorrer da auditoria-fiscal, foram constatados serviços de promoção de vendas, prestados mediante cessão de mão-obra pela empresa BONIFACIO & BONIFACIO EVENTOS E SERVIÇOS LTDA CNPJ: 02.778.206/0001-72, dos quais a CERAMICA LANZI LTDA deixou de efetuar a retenção de 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.

4.1. Analisando os contratos apresentados pela empresa, constatou-se que:

4.2. A CERAMICA LANZI LTDA na condição de CONTRATANTE e a BONIFACIO & BONIFACIO EVENTOS E SERVIÇOS LTDA, na condição de CONTRATADA celebraram entre si o CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.

4.3. As cláusulas a seguir retiradas do CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS vigoraram até a presente data, conforme declaração em anexo.

#### **CLÁUSULA 1 - OBJETO DO CONTRATO**

*1.1 - "Os serviços, objeto deste Contrato, serão de responsabilidade e coordenação da CONTRATADA, e tem por escopo a Prestação de Serviços de demonstração de vendas, por intermédio de promotoras de Vendas, nas principais lojas de materiais para construção e demais lojas que a CONTRATANTE necessitar"*

*CLÁUSULA 2 DOS PONTOS DE DEMONSTRAÇÃO DAS PROMOTORAS*

2.1 - "Os trabalhos da CONTRATADA serão executados por PROMOTORAS DE VENDAS, nos pontos de vendas indicados pela CONTRATANTE, em conjunto com a CONTRATADA, ....."

(...)

4.1. A CONTRATADA obriga-se a elaborar e executar serviços de demonstração de vendas, por intermédio de promotoras, nos pontos de vendas dos produtos da CONTRATANTE, .... .., portando crachás de identificação e uniformes cedidos pela CONTRATANTE.

4.7. Coordenar e supervisionar operacionalmente as Promotoras sob sua responsabilidade.

4.9. Fazer uma reunião mensal para avaliação do Projeto e desempenho das Promotoras a ser realizada em São Paulo ou Mogi Guaçu, na sede da CONTRATANTE.

(...)

4.4 A colocação à disposição da CERAMICA LZANZI LTDA de promotora de vendas para prestar serviços de forma continua nos pontos de vendas e horários por ela determinados, portando crachás de identificação e uniformes cedidos pela CONTRATANTE, caracteriza a cessão de mão de obra.

4.5. Dado o exposto acima, fica evidenciado que no contrato de prestação de serviços celebrado entre a CERAMICA LANZI LTDA e a CONTRATADA, BONIFACIO & BONIFACIO EVENTOS E SERVIÇOS LTDA a presença de todos os elementos caracterizadores da modalidade de serviços prestados com cessão de mão-de-obra: colocação à disposição da empresa contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de trabalhadores que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com sua atividade fim, qualquer que sejam a natureza e a forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 1974. e sujeitos ao instituto da retenção disposto no "caput" do art. 31, da lei 8.212/91. e no "caput" do art. 219, § 2º item XXII do Decreto 3.048/99.

5.1. Portanto estes lançamentos de débitos referem-se à retenção de 11% (onze por cento) incidente sobre as notas fiscais de prestação de serviços emitidos pela empresa BONIFACIO & BONIFACIO EVENTOS E SERVIÇOS LTDA.

5.2. Também estão inclusos valores referente à diferença de acréscimos legais sobre o recolhimento de GPS nos meses 01/2007; 08/2007 e 11/2007.

6.1. Serviram de base para o levantamento do débito o Contrato de Prestação de Serviços, Notas Fiscais, GPS - Guia da Previdência Social e os arquivos da Contabilidade em meio digital e os Livros Diários nº 41 a 50 do período de 01/2003 a 12/2007.

7.2. Para a determinação da Base de Cálculo utilizou-se o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, conforme disposto no Art. 151. da IN SRP N° 03, de 14 de julho de 2005, que encontram-se relacionadas no anexo: RL - Relatório de Lançamentos levantamento CM1 Retenção 11 Bonifácio Ltda, , que faz parte integrante deste Auto-de-Infração.

Anexo ao Auto de Infração, a D. Autoridade Lançadora acostou:

1 - relatório que fornece ao sujeito passivo orientações, entre outros assuntos de seu interesse, sobre as providências para regularização de sua situação perante a Previdência Social, por meio de recolhimento, parcelamento ou apresentação de defesa ou recurso, quando for o caso - IPC;

2 - relatório que discrimina, por estabelecimento, levantamento, competência e item de cobrança, os valores originários das contribuições devidas pelo sujeito passivo, as

alíquotas utilizadas, os valores já recolhidos, anteriormente confessados ou objeto de notificação, as deduções legalmente permitidas e as diferenças existentes – DAD;

3 - relatório que discrimina sinteticamente, por estabelecimento, competência e levantamento, as contribuições objeto da apuração, atualização monetária, multa e juros - DSD;

4 - relatório que relaciona os lançamentos efetuados nos sistemas específicos para apuração dos valores devidos pelo sujeito passivo, com observações, quando necessárias, sobre natureza ou fonte documental - RL;

5 - relatório discrimina, por levantamento e por estabelecimento, as diferenças decorrentes de recolhimento a menor de atualização monetária, juros ou multa de mora, com indicação dos valores que seriam devidos e dos valores recolhidos, considerando-se como competência para lançamento do acréscimo legal aquela em que foi efetuado o recolhimento a menor - DAL;

6 - relatório que relaciona, por estabelecimento e por competência, as parcelas que foram deduzidas das contribuições apuradas, constituídas por recolhimentos, valores espontaneamente confessados pelo sujeito passivo e, quando for caso, por valores que tenham sido objeto de notificação anteriores - RDA;

7 - relatório que informa ao contribuinte os dispositivos legais que fundamentam o lançamento efetuado, de acordo com a legislação vigente à época de ocorrência dos fatos geradores – FLD, dentre outros documentos;

A robusta peça de defesa, e o recurso apresentado, noticiam o pleno conhecimento dos fatos elencados como infração tributária.

A autuação decorreu da análise da documentação apresentada pelo Recorrente no decorrer da auditoria-fiscal, ocasião em que foram constatados serviços de promoção de vendas, prestados mediante cessão de mão-obra pela empresa Bonifacio & Bonifacio Eventos e Serviços LTDA CNPJ: 02.778.206/0001-72, e constatado que o Recorrente deixou de efetuar a retenção de 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, conforme bem apontou a Autoridade Lançadora e a Decisão do Colegiado de 1ª Instância.

Sendo assim, não se observa a falta de comprovação dos valores apurados ou a ausência de prova documental da ocorrência dos fatos geradores da contribuição previdenciária, ou a falta de liquidez e certeza alegados pelo Recorrente.

Não constatada preterição ao direito à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal do Recorrente e tendo o lançamento sido lavrado por autoridade competente, além da ausência de mínimo prejuízo demonstrado, viga mestre das situações ensejadoras de nulidade, não se verifica nos autos possibilidade capaz de nulificar o lançamento, respeitado que fora o art. 59 do Decreto nº 70.235/72.

Não há, pois, aqui, nulidade a ser declarada/decretada, restando afastada a alegação do item 1 relatado nesse voto, no que toca ao Recurso apresentado.

### **Do Mérito**

O presente lançamento diz respeito à ausência de retenção e falta de recolhimento de 11% sobre o valor dos serviços contidos em Notas Fiscais, exigíveis da empresa tomadora dos serviços que se refere às obrigações decorrentes da responsabilidade solidária “cessão de mão de obra”.

A Lei 8.212/91, fixou de forma taxativa a responsabilidade solidária do contratante de quaisquer serviços executados mediante cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário com o executor, pelas obrigações decorrentes da Lei de Custeio da Seguridade Social, em relação aos serviços prestados, não se aplicando, em qualquer hipótese, o benefício de ordem.

#### Lei nº 8.212/91

Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher, em nome da empresa cedente da mão de obra, a importância retida até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia, observado o disposto no § 5o do art. 33 desta Lei.

§ 1o O valor retido de que trata o caput deste artigo, que deverá ser destacado na nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, poderá ser compensado por qualquer estabelecimento da empresa cedente da mão de obra, por ocasião do recolhimento das contribuições destinadas à Seguridade Social devidas sobre a folha de pagamento dos seus segurados.

(...)

§ 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.

O Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 1999, ao tratar do assunto, dispôs:

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:

(...)

XXII - promoção de vendas e eventos;

A Lei de Custeio da Seguridade Social, ao estabelecer a hipótese de solidariedade em seu art. 31, culminou por atribuir ao contratante de serviços prestados mediante cessão de mão de obra a obrigação acessória de auxiliar o Fisco na fiscalização das empresas prestadoras dessa modalidade de serviços, fazendo com que aquele exija deste cópias autenticadas das individualizadas guias de recolhimento e respectivas folhas de pagamento, acenando, inclusive, com a possibilidade de retenção das importâncias devidas pelo executor para a garantia do cumprimento das obrigações previdenciárias.

Acerca da solidariedade entre contratante/tomador e cedente/executor, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça já irradiou interpretação que deve prevalecer, consoante se depreende do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 2002/00892216, da Relatoria do Min. Luiz Fux, assim ementado:

Processo AgRg no Ag 463744 / SC

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2002/00892216

Relator(a) Ministro LUIZ FUX (1122)

Órgão Julgador TI PRIMEIRA TURMA

Data do Julgamento 20/05/2003

Data da Publicação/Fonte DJ 02.06.2003 p. 192

Ementa:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO TOMADOR DE SERVIÇOS PELO RECOLHIMENTO DOS VALORES DEVIDOS PELO PRESTADOR DE SERVIÇOS. AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS PARA INFIRMAR A DECISÃO AGRAVADA. DESPROVIMENTO.

1. O artigo 31 da Lei 8.212/91 impõe ao contratante de mão-de-obra a solidariedade com o executor em relação às obrigações de recolhimento das contribuições previdenciárias, bem como outorga o direito de regresso contra o executor, permitindo, inclusive, ao tomador a retenção dos valores devidos ao executor para impor-lhe o cumprimento de suas obrigações.

2. Para a empresa tomadora de serviços isentar-se da responsabilidade pelo não pagamento das contribuições previdenciárias devidas pela prestadora de serviço, é necessário que demonstre o efetivo recolhimento destas contribuições.

3. O Agravante não trouxe argumento capaz de infirmar o decisório agravado, apenas se limitando a corroborar o disposto nas razões do Recurso Especial e no Agravo de Instrumento interpostos, de modo a comprovar o desacerto da decisão agravada.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

Nesse panorama, verificando o auditor fiscal a ocorrência de prestação de serviços executados mediante cessão de mão de obra e não restando elidida a responsabilidade solidária pela via fixada pela lei, estabelece-se definitivamente a solidariedade em estudo entre prestador e tomador, podendo o fisco, ante a inexistência do benefício de ordem, efetuar o lançamento do crédito tributário em face do contribuinte (o executor), ou diretamente em desfavor do responsável solidário (o contratante), ou contra ambos, sendo certo que o pagamento efetuado por um aproveita o outro.

Nesse mesmo sentido, o Acórdão nº 9202-009.428, da 2ª Turma da CSRF, de 23/03/2021, relatado pelo Conselheiro Mário Pereira de Pinho Filho:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/11/1995 a 31/12/1996

(...)

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. APURAÇÃO PRÉVIA JUNTO AO PRESTADOR. DESNECESSIDADE. BENEFÍCIO DE ORDEM. INEXISTÊNCIA.

Em se tratando de responsabilidade solidária o Fisco tem a prerrogativa de constituir os créditos no tomador de serviços mesmo que não haja apuração prévia no prestador.

A responsabilidade solidária não comporta benefício de ordem. Não havendo comprovação, por parte do tomador, de que o prestador efetivou os recolhimentos devidos, a autoridade fiscal poderá efetuar o lançamento contra quaisquer dos solidários.

Extrai-se da fundamentação do Acórdão 9202-009.428, da 2ª Turma da CSRF:

Resumindo-se, à luz das disposições normativas colacionadas, tem-se que os sujeitos passivos de obrigações tributárias, expressamente designados por lei na condição de responsáveis solidários, não estão sujeitos ao benefício de ordem. Assim, desnecessária qualquer verificação prévia junto aos coobrigados para que o lançamento possa ser efetuado contra o sujeito passivo a quem a lei tenha atribuído a solidariedade pelo crédito previdenciário originado de serviços prestados por cessão de mão de obra.

Aliás, é exatamente nesse sentido o Enunciado n.º 30 do Conselho de Recursos da Previdência Social:

*Enunciado n.º 30. Em se tratando de responsabilidade solidária o fisco previdenciário tem a prerrogativa de constituir os créditos no tomador de serviços mesmo que não haja apuração prévia no prestador de serviços.*

A despeito disso, o § 3º do art. 31 da Lei n.º 8.212/1991, na redação vigente à época dos fatos geradores, estabeleceu a possibilidade de o contratante de serviços se elidir da responsabilidade solidária, desde que exigisse do executor a comprovação do recolhimento prévio das contribuições incidentes sobre a remuneração dos segurados incluída em nota fiscal ou fatura correspondente aos serviços executados, quando de sua quitação, na forma do § 4º do mesmo artigo.

A apresentação de folhas de pagamento e guias de recolhimento específicas era a forma que a tomadora tinha de se elidir de imediato da responsabilidade solidária por contribuições devidas pelo prestador de serviços, cabendo salientar que no caso de o salário de contribuição correspondente às guias apresentadas ser inferior aos percentuais estabelecidos pelo órgão, a tomadora deveria exigir também a comprovação de que a prestadora possuía contabilidade formalizada.

Convém destacar que ao Sujeito Passivo, na condição de responsável solidário, era facultado o afastamento dessa responsabilidade, mediante a exigência de comprovação do recolhimento prévio das contribuições por parte dos executores de serviços. Se não adotou tal providência, é porque optou por permanecer na condição responsável, sujeitando-se ao lançamento das contribuições decorrentes de contratos dessa natureza.

De se ressaltar que a Câmara Superior de Recursos Fiscais já se manifestou, de forma unânime, nesse mesmos sentido em inúmeras outras situações, conforme se verifica, por exemplo, da ementa do Acórdão 9202-008.072, proferido em julgamento realizado na sessão de 25/07/2019, de relatoria da Ilustre Conselheira Ana Cecília Lustosa da Cruz, relativo inclusive a essa mesma Contribuinte. Vejamos

Feita essas considerações acerca da validade do lançamento, resta, portanto, somente analisar as situações em que o recorrente traz alegações quanto à inexistência da caracterização da cessão de mão-de-obra.

Segundo o R. Acórdão Recorrido (fls. 357/358):

Nos termos do §3º do artigo 31 da Lei n.º 8.212/91, 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.

Depreende-se da leitura do relatório elaborado pela autoridade autuante, assim como do contrato de prestação de serviços firmado entre as partes (fls. 63/68) que os requisitos acima mencionados para o enquadramento do serviço como cessão de mão de obra foram devidamente comprovados.

Nesse sentido, restou demonstrado que empregados cedidos pela empresa contratada executam os serviços em locais e horários previamente determinados pela empresa contratante, utilizando, inclusive, crachá de identificação e uniforme da autuada.

Ressalte-se que a subordinação e a hierarquia não constituem requisitos para a configuração da cessão de mão-de-obra, tratando-se de características inerentes à relação de emprego.

Demonstrada, ainda, a continuidade na execução dos serviços. O contrato foi firmado entre as partes em 01/09/1998, e encontrava-se vigente até a data da lavratura da autuação, como relatado pela fiscalização, demonstrando, assim, tratar-se de necessidade permanente da empresa contratante.

Tratando-se, portanto, de serviço prestado nos moldes descritos no artigo 31 da Lei nº 8.212/91, revela-se obrigatória a retenção de 11% sobre o valor da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, cabendo à empresa contratante o seu recolhimento. Ressalte-se que, nos termos do §5º do artigo 33 do mesmo diploma legal, o desconto de contribuição e de consignação legalmente autorizadas sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa a isso obrigada, não lhe sendo lícito alegar omissão para se eximir do recolhimento, ficando diretamente responsável pela importância que deixou de receber ou arrecadou em desacordo com o disposto nesta Lei. Não assistindo razão à impugnante ao alegar a inaplicabilidade da presunção ora transcrita; isso porque a substituição tributária estabelecida pelo artigo 31 amolda-se perfeitamente à disposição supra.

Conforme depreende-se do excerto encimado, em total consonância com o Relato Fiscal e demais documentos da autuação, todos os requisitos para a caracterização da cessão de mão-de-obra estão presentes nos serviços prestados quais sejam: a mão-de-obra esteve à disposição do contratante, em suas dependências, de forma contínua.

Neste diapasão, estando o serviço no rol da legislação e comprovada a caracterização da cessão da mão-de-obra, mantêm-se o lançamento.

Alegação de que não houve inadimplemento de contribuição previdenciária e que prestador do serviço ofereceu integralmente a folha de salários à tributação (inexistindo responsabilização possível pela falta de retenção) também não restou minimamente comprovada. Alegar e não provar é o mesmo que não alegar.

Assim, afastam-se as alegações dos itens 3, 5, 6, 7 e 8 relatados nesse voto, no que toca ao Recurso apresentado.

### **Da Retroatividade Benigna**

Quanto ao pedido relativo à aplicação das disposições da Lei 11.941/09 no cálculo da exação, necessário ressaltar que essa matéria estava sujeita à observância da Súmula CARF nº 119, revogada pela 2ª Turma da CSRF em sessão de 06/08/2021, conforme Ata da Sessão Extraordinária de 06/08/2021, DOU de 16/08/2021.

Em verdade, a jurisprudência do STJ pacificou a matéria conferindo tratamento diverso do preconizado naquele enunciado sumular, o que resultou seu cancelamento.

Por sua vez, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional já incluiu o tema em lista de dispensa de contestar e recorrer do tema 1.26, alínea 'c', com amparo nas conclusões do Parecer SEI n.º 11.315/220/ME e Nota SEI n.º 27/2019/CRJ/PGACET/PGFN-ME, nos seguintes termos:

Tema 1.26

c) Retroatividade benéfica da multa moratória prevista no art. 35 da Lei n.º 8.212/1991, com a redação dada pela Lei n.º 11.941/2009, no tocante aos lançamentos de ofício relativos a fatos geradores anteriores ao advento do art. 35-A, da Lei n.º 8.212/1991.

Resumo: A jurisprudência do STJ acolhe, de forma pacífica, a retroatividade benigna da regra do art. 35 da Lei n.º 8.212, de 1991, com a redação dada pela Lei n.º 11.941, de 2009, que fixa o percentual máximo de multa moratória em 20%, em relação aos lançamentos de ofício. Nessas hipóteses, a Corte afasta a aplicação do art. 35-A da Lei n.º 8.212, de 1991, que prevê a multa de 75% para os casos de lançamento de ofício das contribuições previdenciárias, por considerá-la mais gravosa ao contribuinte. O art. 35-A da Lei 8.212, de 1991, incide apenas em relação aos lançamentos de ofício (rectius: fatos geradores) realizados após a vigência da referida Lei n.º 11.941, de 2009, sob pena de afronta ao disposto no art. 144 do CTN.

Precedentes: AgInt no REsp 1341738/SC; REsp 1585929/SP, AgInt no AREsp 941.577/SP, AgInt no REsp 1234071/PR, AgRg no REsp 1319947/SC, EDcl no AgRg no REsp 1275297/SC, REsp 1696975/SP, REsp 1648280/SP, AgRg no REsp 576.696/PR, AgRg no REsp 1216186/RS.

Referência: Nota SEI n.º 27/2019/CRJ/PGACET/PGFN-ME, Parecer SEI N.º 11315/2020/ME

Diante da revogação da Súmula n.º 119 do CARF, não há motivos a não observância da jurisprudência do STJ quanto à aplicação da retroatividade benigna da regra do art. 35 da Lei 8.212/91, com a redação dada pela Lei 11.941/09, que fixa o percentual máximo de multa moratória em 20%, em relação aos lançamentos de ofício das obrigações principais:

Art. 35. Os débitos com a União decorrentes das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b, e c, do parágrafo único do art. II 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 n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996. (Redação dada pela Lei n.º 11.941, de 2009)

### **CONCLUSÃO.**

Pelo exposto, voto por não conhecer das alegações de inconstitucionalidade, e, no mérito, por dar parcial provimento ao recurso para determinar aplicação da retroatividade benigna da regra do art. 35 da Lei n.º 8.212, de 1991, com a redação dada pela Lei n.º 11.941, de 2009, que fixa o percentual máximo de multa moratória em 20%.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Sonia de Queiroz Accioly

