



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

Processo n° 12045.000391/2007-18
Recurso n° 148.154 Voluntário
Acórdão n° 2403-000.766 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 29 de setembro de 2011
Matéria CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA
Recorrente MUNICÍPIO DE NOVA VENEZIA - PREFEITURA MUNICIPAL
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/03/1999 a 31/10/2002

CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. DEFINIÇÃO LEGAL. LEI 8.212/91. CONSTATAÇÃO. RETENÇÃO 11% SOBRE O VALOR BRUTO DA NOTA FISCAL OU FATURA DE SERVIÇOS. LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE

A cessão de mão-de-obra é conceituada segundo a Lei n 8.212/91, e que, uma vez constatada, obriga o contratante de serviços, executados mediante cessão de mão-de-obra, a reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de serviços, nos termos do art. 31 da Lei 8.212/91, na redação da Lei n.º 9.711/98, sistemática interpretada como legal e constitucional pelos Tribunais Superiores.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, no mérito, 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, prevalecendo a mais benéfica ao contribuinte. Vencido o conselheiro Paulo Mauricio Pinheiro Monteiro na questão da multa de mora.

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente.

Cid Marconi Gurgel de Souza – Relator.

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

Relatório

Trata-se de recurso voluntário apresentado às fls.282 a 288 contra decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Rio de Janeiro/RJ (fls.267 a 278) que julgou PROCEDENTE o lançamento constante na Notificação Fiscal de Lançamento de Débito nº 35.538.310-1, no valor originário de R\$ 63.117,41 (sessenta e três mil cento e dezessete reais e quarenta e um centavos).

A autuação, segundo o relatório fiscal às fls. 45 a 47, foi lavrada, em virtude da não retenção de 11% (onze por cento) sobre o valor bruto das notas fiscais relativas a serviços contratados pelo Município.

O período levantado pela fiscalização compreende as competências de 03/1999 a 10/2002.

Ainda segundo o relatório fiscal, a auditoria constatou ter ocorrido diversos fatos geradores (prestação de serviços sem ocorrência da retenção de 11% sobre o valor das notas fiscais), os quais estão indicados por levantamentos e estarão discriminados abaixo:

Levantamento	Serviço prestado
Levantamento 902 (Retenção Granorte)	Serviços de terraplanagem;
Levantamento 906 (Ret. Imapreci)	Serviços de terraplanagem;
Levantamento 908 (Retenção Mineração Columbia)	Serviços de terraplanagem;
Levantamento 909 (Retenção Eletrinove)	Serviços de construção de redes elétricas.
Levantamento 912 (Ret.Const. Imperial)	Serviços de limpeza urbana
Levantamento 913 (Ret.Margarida M.Z Delboni)	Serviços de transporte escolar
Levantamento 914 (Ret.Cedrotur)	Serviços de transporte escolar
Levantamento 915 (Ret. Viação S. João)	Serviços de transporte escolar
Levantamento 916 (Ret. Viação Pacanhã)	Serviços de transporte escolar
Levantamento 917 (Ret. Expressa Transportes)	Serviços de transporte escolar
Levantamento 924 (Ret. Proconsul/Engesane)	Serviços de processamento de lixo

Cabe dispor, em ordem cronológica, os acontecimentos presentes nos autos, em destaque as solicitações de diligência e os respectivos resultados, bem como todas as decisões exaradas nesse curso processual.

Solicitação de diligência fiscal — fl. 78;

- Resposta à diligência fiscal solicitada à fl. 78 — fl. 82;

- Decisão-Notificação n° 07.401/0426/2003 (anulada pelo CRPS) — fls. 84/87;

- Recurso da Decisão-Notificação — fls. 93 a 96;

- Acórdão n° 0062/2004, exarado pela 2 CAJ, convertendo o julgamento em diligência— fls. 101/103;

- Resultado da diligência proposta pela 2 CAJ — fls. 185/187 (entendeu pela retenção de 11% sobre todos os serviços dos levantamentos);

- Acórdão exarado pela 2a CAJ, n° 0286/2004, convertendo o julgamento em diligência— fls. 190/192;

- Acórdão n° 1544/2005 exarado pela 2 CAJ, anulando a NFLD — fls. 206/215;

- Solicitação de esclarecimentos da Delegacia da Receita Previdenciária em Vitória/ES dirigida à 2 CAJ — fls. 216;

- Acórdão n° 0308/2006 exarado pela 2a CAJ convertendo o julgamento em diligencia — fls. 217/218;

- Pedido de revisão de acórdão, emitido pelo Delegado da Receita Previdenciária em Vitória/ES dirigida à 2 CAJ — fls. 219/220;

- Acórdão n° 0107/2007 exarado pela 2' CAJ, convertendo o julgamento em diligência— fls. 228/229;

- Acórdão n° 2402-00.495/2010 exarado pela 2° Turma Ordinária da 4° Câmara da 2ª Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, anulando a Decisão-Notificação e todos os atos a ele posteriores — fls. 237/240 - verso).

Desta autuação, e após todo o deslinde processual acima demonstrado, a recorrente apresentou impugnação às fls. 247/251 alegando em síntese:

-Em grau de preliminar, que deve ser anulada a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito Fiscal no 35.538.310-1, por falta de amparo legal;

- *Que, em observação aos contratos de fls. 107/184, percebe-se que as empresas contratadas não realizavam cessão de mão de obra, mas, eram meras prestadoras de serviços;*

- *Em observância ao que estabelece o entendimento jurisprudencial do STJ, verifica-se que não há incidência da retenção do percentual de 11% sobre os valores dos contratos de fls. 107/184, visto que, as empresas contratadas não cediam mão de obra, mas eram, apenas, prestadoras de serviços;*

- *Que se faz necessário apurar se as empresas descritas nos contratos de fls. 107/184 realizaram o pagamento de todas as contribuições sociais devidas. Se as referidas empresas realizaram o pagamento de todas as contribuições sociais devidas em razão dos contratos de fls. 107/184, é indevida a cobrança dos valores descritos na Notificação Fiscal de Lançamento de Débito Fiscal no 35.538.310-1.*

Por fim, requereu que fosse anulada a NFLD em comento, bem como, em caso de não acolhimento do pleito inicial, que fosse realizada diligência cuja finalidade é verificar se as empresas contratadas realizaram os pagamentos de todas as contribuições decorrentes da prestação de serviço.

Instada a manifestar-se acerca da impugnação, a 14º Turma da DRJ/RJ – Rio de Janeiro proferiu acórdão (nº 12-34.427) nos seguintes termos:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/03/1999 a 31/10/2002

CESSÃO DE MÃO DE OBRA. RETENÇÃO.

Nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.711, de 20/11/98, a partir de 01/02/99, o contratante de qualquer serviço executado mediante cessão de mão-de-obra deve reter 11% do valor bruto da nota fiscal de prestação de serviço e recolher a importância retida a Seguridade Social.

MOMENTO DA PRODUÇÃO DE PROVAS.

Salvo casos especialíssimos, o momento oportuno para a juntada de provas documentais é a apresentação da impugnação.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Irresignada com a decisão supra, a recorrente interpôs recurso voluntário às fls.282/288, utilizando-se dos mesmos argumentos apresentados na impugnação, acrescentando que:

- *Em respeito ao princípio fundamental da ampla defesa e contraditório, sejam os presentes autos suspensos pelo prazo de 30 (trinta) dias contados a partir da notificação pessoal do gestor municipal à época dos fatos, devidamente identificado no procedimento administrativo, notificando-o para apresentar defesa e produzir as provas que entender necessárias em sua defesa no prazo legal, sob as penas de lei;*

É o relatório.

Voto

DO MÉRITO:

I – DA CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA:

Cabe destacar que a grande celeuma na parte meritória diz respeito à caracterização da cessão de mão-de-obra. De um lado, a fiscalização autua o Município afirmando que foi constatado esse fato gerador que enseja a tributação na forma do art.31 da Lei n 8.212/91, na redação dada pela Lei n 9.711/98. Do outro lado, o Município defende-se amplamente (impugnação, manifestação à diligência e recurso voluntário), sempre rebatendo a afirmação do fisco, tentando descaracterizar a ocorrência de cessão de mão-de-obra.

Primeiramente, torna-se imprescindível trazer mais uma vez à baila os motivos pelos quais a fiscalização autuou a empresa com base na caracterização da cessão de mão-de-obra, vejamos:

Segundo o relatório fiscal, o Município recorrente, durante o período objeto do levantamento (03/1999 a 10/2002), recebeu prestação de serviços de várias empresas, com as quais contratou **serviços de transporte escolar, limpeza urbana, terraplanagem, instalação elétrica (construção de rede elétrica), processamento de lixo**, todos esses detalhados em diferentes levantamentos pela tabela exposta no relatório deste voto.

Conforme previsão legal (Lei n 8.212/91), **a prestação de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra**, enseja a obrigação, para a contratante/tomadora, de reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviço a título de contribuição social previdenciária, *in verbis*:

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. Destacou-se.

Percebe-se que somente os serviços executados mediante cessão de mão-de-obra estão sujeitos à incidência da contribuição, mas, **o que a legislação considera cessão de mão-de-obra?**

Segundo a Lei n 8.212/91, a cessão de mão de obra é, *ipsis litteris*:

Art.31 – (...)

(...)

§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. (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998). Destacou-se.

Desse modo, sendo o serviço contínuo, realizado nas dependências da empresa contratante ou nas de terceiros, executado através de pessoas físicas à disposição desta, ele será considerado cessão de mão-de-obra.

No caso em tela, com relação aos **serviços de transporte escolar**, foi verificado que os ônibus ficavam à disposição do contratante em horários por ela estabelecidos, bem como expedientes e dias que a prestação deveria ocorrer em benefício aos alunos da rede municipal, caracterizando a subordinação dessas empresas prestadoras à recorrente.

Com relação aos **serviços de processamento de lixo e limpeza**, ambos são realizados continuamente em local indicado pelo recorrente, bem como é feita um gerenciamento dos serviços por esta através de determinação de horários para a execução das atividades.

Com relação aos **serviços de terraplanagem**, verificou-se que foram contratados motoristas para a abertura de ruas, dentre outros serviços para o melhoramento da infra-estrutura da rede municipal, caracterizando-se tanto a subordinação do motorista como a continuidade das atividades em prol da sociedade da região.

Com relação aos **serviços de instalação elétrica (construção de rede elétrica)**, tal prestação equipara-se à construção civil, serviço executado mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada e que, em ambas as hipóteses, sofrem incidência tributária.

Portanto, todos os serviços caracterizam-se como cessão de mão-de-obra, tendo em vista que as regras para a prestação da atividade eram estabelecidas contratualmente em benefício do recorrente, que exigia a disponibilidade desses serviços para seus interesses.

Sendo assim, não há como prevalecer o argumento da recorrente que tenta descaracterizar a cessão de mão-de-obra, pretendo convencer os julgadores que aconteceu mera prestação de serviço.

Esclareço ainda que os serviços prestados estão enquadrados pela legislação como cessão de mão-de-obra (art.219, I, III, X e XIX, do Regulamento da Previdência Social), vejamos:

Lei n 8.212/91

Art.31 – (...)

(...)

§4º Enquadram-se na situação prevista no parágrafo anterior, além de outros estabelecidos em regulamento, os seguintes serviços: (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).

I - limpeza, conservação e zeladoria; (Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998).

II - vigilância e segurança; (Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998).

III - empreitada de mão-de-obra; (Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998).

IV - contratação de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. (Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998).

Decreto n 3.048/99 – Regulamento Previdência Social

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. (Redação dada pelo Decreto nº 4.729, de 2003)

(...)

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

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**.*

Diante de todo o exposto, percebe-se que para o caso em tela a cessão de mão-de-obra ocorreu, motivo pelo qual a cobrança deve permanecer.

Importante ainda é frisar que a retenção dos 11% (onze por cento) sobre o valor bruto da nota fiscal e/ou fatura de prestação de serviços é matéria superada em nossos Tribunais Superiores que entendem ser essa tributação um mecanismo eficaz que auxilia e assegura a arrecadação federal, configurando-se como substituição tributária, medida de recolhimento autorizada constitucionalmente.

Nesse diapasão, a empresa prestadora de serviços realiza, através de seus segurados, o fato gerador da contribuição social previdenciária (prestação de serviço remunerado), motivo pelo qual seria o contribuinte da contribuição patronal. Todavia, é substituída (contribuinte – substituído) por terceiro (substituto – tomador do serviço), tomando este a atitude de reter 11% (onze por cento) ensejando uma posterior compensação ou restituição.

Ora, nada melhor do que o tomador, que será responsável pelo pagamento dos serviços, reter esses 11% (onze por cento) a título de contribuição previdenciária, valor esse que poderá ser compensado ou restituído na forma da legislação.

Assim, foi que o Superior Tribunal de Justiça ao analisar a legalidade dessa tributação decidiu sabiamente que a retenção dos 11% (onze por cento) nada mais é do que uma sistemática de arrecadação inovadora, *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.036.375 - SP

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO. RETENÇÃO DE 11% SOBRE FATURAS. ART. 31, DA LEI Nº 8.212/91, COM A REDAÇÃO DA LEI Nº 9.711/98. NOVA SISTEMÁTICA DE ARRECADAÇÃO MAIS COMPLEXA, SEM AFETAÇÃO DAS BASES LEGAIS DA ENTIDADE TRIBUTÁRIA MATERIAL DA EXAÇÃO.

1. A retenção de contribuição previdenciária determinada pela Lei 9.711/98 não configura nova exação e sim técnica arrecadatória via substituição tributária, sem que, com isso, resulte aumento da carga tributária.

2. A Lei nº 9.711/98, que alterou o artigo 31 da Lei nº 8.212/91, não criou nova contribuição sobre o faturamento, tampouco alterou a alíquota ou a base de cálculo da contribuição previdenciária sobre a folha de pagamento.

3. A determinação do mencionado artigo configura apenas uma nova sistemática de arrecadação da contribuição previdenciária, tornando as empresas tomadoras de serviço como responsáveis tributários pela forma de substituição tributária. Nesse sentido, o procedimento a ser adotado não viola qualquer disposição legal.

4. Precedentes: REsp 884.936/RJ, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/08/2008, DJe 20/08/2008; AgRg no Ag 906.813/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2007, DJe 23/10/2008; AgRg no Ag 965.911/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 21/05/2008; EDcl no REsp 806.226/RJ, Rel. MIN. CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 26/03/2008; AgRg no Ag 795.758/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/06/2007, DJ 09/08/2007.

5. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

No mesmo sentido, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em decisão definitiva **publicada em 05/09/2011**, apreciou o Recurso Extraordinário de relatoria da Ministra Ellen Gracie e decidiu pela constitucionalidade da exação (retenção dos 11%) a ser feita pelo tomador de serviços, vejamos:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.191 / MT

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO DE 11% ART. 31 DA LEI 8.212/91, COM A REDAÇÃO DA LEI 9.711/98. CONSTITUCIONALIDADE.

1. Na substituição tributária, sempre teremos duas normas: a) a norma tributária impositiva, que estabelece a relação contributiva entre o contribuinte e o fisco; b) a norma de substituição tributária, que estabelece a relação de colaboração entre outra pessoa e o fisco, atribuindo-lhe o dever de recolher o tributo em lugar do contribuinte.
2. A validade do regime de substituição tributária depende da atenção a certos limites no que diz respeito a cada uma dessas relações jurídicas. Não se pode admitir que a substituição tributária resulte em transgressão às normas de competência tributária e ao princípio da capacidade contributiva, ofendendo os direitos do contribuinte, porquanto o contribuinte não é substituído no seu dever fundamental de pagar tributos. A par disso, há os limites à

o terceiro substituto contra o arbítrio do legislador. A colaboração dele exigida deve guardar respeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não se lhe podendo impor deveres inviáveis, excessivamente onerosos, desnecessários ou ineficazes.

3. *Não há qualquer impedimento a que o legislador se valha de presunções para viabilizar a substituição tributária, desde que não lhes atribua caráter absoluto.*
4. *A retenção e recolhimento de 11% sobre o valor da nota fiscal é feita por conta do montante devido, não descaracterizando a contribuição sobre a folha de salários na medida em que a antecipação é em seguida compensada pelo contribuinte com os valores por ele apurados como efetivamente devidos forte na base de cálculo real. Ademais, resta assegurada a restituição de eventuais recolhimentos feitos a maior.*
5. *Inexistência de extrapolação da base econômica do art. 195, I, a, da Constituição, e de violação ao princípio da capacidade contributiva e à vedação do confisco, estampados nos arts. 145, § 1º, e 150, IV, da Constituição. Prejudicados os argumentos relativos à necessidade de lei complementar, esgrimidos com base no art. 195, § 4º, com a remissão que faz ao art. 154, I, da Constituição, porquanto não se trata de nova contribuição.*
6. *Recurso extraordinário a que se nega provimento.*
7. *Aos recursos sobrestados, que aguardavam a análise da matéria por este STF, aplica-se o art. 543-B, § 3º, do CPC.*

Além disso, destaco que não há fundamento o argumento da recorrente em afirmar que o fisco deveria ao menos ter verificado se as prestadoras de serviço procederam ao pagamento, em respeito a responsabilidade solidária existente entre estas e a tomadora de serviços.

Esclareço que a tributação, nos moldes em que estar sendo exigida, não comporta responsabilidade solidária, a qual só existe por previsão legal, segundo o art.124, II, do Código Tributário Nacional. Sendo assim, não há motivos para a fiscalização verificar se as prestadoras de serviço recolheram o tributo sob o argumento de possível pagamento em duplicidade, pois no caso em tela o que acontece é o mecanismo da substituição tributária, o que já foi amplamente abordado em linhas alhures.

Diante de tudo o que foi exposto, é inegável que a retenção dos 11% (onze por cento) por parte do tomador de serviços é devida nos casos em que a cessão de mão-de-obra for constatada, não havendo razões para a solicitação de perícia contábil, motivo pelo qual a cobrança da NFLD 35.538.310-1 deve ser mantida.

II – DA APLICAÇÃO DE MULTA MORATÓRIA E JUROS COM BASE NA TAXA SELIC:

Considerando a manutenção da cobrança, vale informar que a mesma será exigida com a incidência de multa e juros na forma da legislação, Lei n 8.212/91:

Lei N 8.212/91

*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).*

Sobre a aplicação deste dispositivo, o qual prevê multa de 0,33% ao dia e limitada a 20%, vale destacar que a redação acima foi dada por Lei diversa daquela vigente à época do fato gerador, motivo pelo qual será aplicada em conformidade com o art.106, II, do Código Tributário Nacional.

Ademais, com relação à incidência da taxa SELIC sobre os débitos federais, inclusive contribuições sociais, registre-se que a legislação de regência à época do fato gerador, a Lei nº 8.212/91, afastava literalmente os argumentos erguidos pela recorrente, *in verbis*::

Art. 34. As contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo INSS, incluídas ou não em notificação fiscal de lançamento, pagas com atraso, objeto ou não de parcelamento, ficam sujeitas aos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, a que se refere o art. 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, incidentes sobre o valor atualizado, e multa de mora, todos de caráter irrelevável. (Restabelecido com redação alterada pela MP nº 1.571/97, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97. A atualização monetária foi extinta, para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/95, conforme a Lei nº 8.981/95. A multa de mora esta disciplinada no art. 35 desta Lei)

Entretanto, a Lei n 11.941/2009 revogou o dispositivo acima e deu nova redação ao art.35 da Lei n 8.212/91, determinando que os débitos tributários a nível federal, teriam suas cobranças acrescidas de multa e juros na forma do art.61 da Lei n 9.430/96. Então vejamos:

*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).*

LEI N 9.430/96

*Art.61.Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, **cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de***

janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

§1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

§3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento. (Vide Lei nº 9.716, de 1998)

Art. 5º(...)

(...)

§ 3º As quotas do imposto serão acrescidas de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao do encerramento do período de apuração até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento.

A propósito, convém ainda mencionar que o CARF aprovou Súmula nº 04, nos seguintes termos:

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 do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Portanto, a aplicação da taxa SELIC sobre os débitos tributários federais é devida e tem amparo legal com fulcro no artigo 35, *caput*, da Lei nº 8.212/91.

III – DA APLICAÇÃO DA LEI MAIS BENÉFICA AO ATO NÃO DEFINITIVAMENTE JULGADO:

Tratando-se de ato pendente de julgamento, há que se observar alguns preceitos legais do Código Tributário Nacional no que se refere à possibilidade de uma lei retroagir e alcançar fatos pretéritos, os quais ocorreram sob a égide de outra legislação.

No caso em tela, verifica-se que tanto a aplicação de multa como a incidência de taxa SELIC sobre os débitos tributários federais encontra amparo atualmente no art.35, *caput*, da Lei n 8.212/91, dispositivo este alterado pela Lei n 11.941/2009.

Deste modo, caso seja mais benéfico ao sujeito passivo, a Lei n 11.941/2009 deverá retroagir em respeito ao art.106 do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

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

(...)

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:

Voto pelo CONHECIMENTO do recurso voluntário para afastar o pedido de perícia contábil requerido e DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, de modo que a cobrança seja mantida com o recálculo da multa de mora previsto no art.35, *caput*, da Lei n 8.212/91, com base na redação dada pela Lei n 11.941/2009, prevalecendo a legislação mais benéfica ao contribuinte.

É como voto.

Cid Marconi Gurgel de Souza.