



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

Processo n° 12268.000061/2007-08
Recurso n° 000.000 Voluntário
Acórdão n° 2403-000.768 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 29 de setembro de 2011
Matéria CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA
Recorrente SIAL CONSTRUÇÕES CIVIS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/04/2002 a 31/05/2007

PRELIMINARMENTE. DECADÊNCIA PARCIAL. QUINQUENAL. SÚMULA VINCULANTE N 8. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA. TRIBUTO SUJEITO AO LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. APLICAÇÃO. ART.150, § 4º. CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL.

O STF, em julgamento proferido em 12 de junho de 2008, declarou a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei n° 8.212/1991. Após, editou a Súmula Vinculante n° 8, publicada em 20.06.2008, nos seguintes termos: “São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

Nos termos do art. 103-A da Constituição Federal, as Súmulas Vinculantes aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terão efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Tratando-se de contribuição social previdenciária, tributo sujeito ao lançamento por homologação, aplica-se a decadência do art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional.

REGIMENTO INTERNO DO CARF. ART.62-A. VINCULAÇÃO À DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RESP N 973.733/SC. TRIBUTO SUJEITO AO LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. OBRIGATORIEDADE DE RECOLHIMENTO. INEXISTÊNCIA. APLICAÇÃO DO ART.173, I, CTN.

Considerando a exigência prevista no Regimento Interno do CARF no art.62-A, esse Conselho deve reproduzir as decisões do Superior Tribunal de Justiça proferidas em conformidade com o art.543-C do Código de Processo Civil.

No caso de decadência de tributo sujeito ao lançamento por homologação, o RESP n 973.733/SC decidiu que o art.150,§ 4º do Código Tributário Nacional só será aplicado quando for constada a ocorrência de recolhimento antecipado, caso contrário, será aplicado o art.173, I, do Código Tributário Nacional.

MPF.PRORROGAÇÃO. IRREGULARIDADE. NÃO CONSTATADA.

Tratando-se o Mandado de Procedimento Fiscal de uma ferramenta interna utilizada pela fiscalização, sua prorrogação pode ocorrer quantas vezes for necessária para que seja verificada a ocorrência do fato gerador da obrigação tributaria fiscalizada, não havendo necessidade do sujeito passivo ser notificado deste ato, que não produz nenhuma irregularidade.

CORRESPONSÁVEIS. SÓCIOS. NOTIFICAÇÃO FISCAL. SIMPLES INDICAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIO.

A indicação de sócios na Notificação Fiscal não pode ser interpretada como conduta prejudicial ao sujeito passivo, tendo em vista que tal ato constitui em simples relação dos sócios da empresa à época da autuação, não havendo qualquer tipo de consequência para esses sócios-gerentes, o que só ocorrerá em sede de execução fiscal, após serem preenchidos os requisitos legais autorizadores.

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.

Acordam os membros do colegiado, nas preliminares, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, reconhecendo a decadência das competências 04/2002 a 10/2002 com base no art.150, §4º do Código Tributário Nacional. No mérito, por maioria de votos em dar provimento parcial ao recurso, 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 mais benéfica ao contribuinte. Vencidos os conselheiros Marthius Sávio Cavalcante Lobato e Marcelo Magalhães Peixoto na questão da manutenção dos sócios e o conselheiro Paulo Mauricio Pinheiro Monteiro na questão da multa de mora.

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente.

Cid Marconi Gurgel de Souza – Relator.

Processo nº 12268.000061/2007-08
Acórdão n.º **2403-000.768**

S2-C4T3
Fl. 391

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. 307 a 375 contra decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Curitiba - PR (fls. 293 - 303) que julgou PROCEDENTE a NFLD nº 37.098.814-0 no valor originário de R\$ 273.931,75 (duzentos e setenta e três mil, novecentos e trinta e um reais e setenta e cinco centavos).

Segundo o relatório fiscal às fls. 74 a 79, o crédito constituído para a Previdência Social teve origem na cessão de mão-de-obra verificada nas notas fiscais emitidas durante o período de 04/2002 a 05/2007, que não tiveram o recolhimento do percentual de 11% (onze por cento) incidente sobre notas fiscais/faturas de prestação de serviços.

Constatou-se que a recorrente deixou de apresentar os contratos celebrados com as prestadoras de serviço, o que impossibilitou a conclusão sobre o tipo de serviço que fora prestado e sobre a sua inclusão ou não na relação elencada nos artigos 145 e 146 da Instrução Normativa - IN MPS/SRP nº 03, de 14/07/2005.

Em continuidade, informou o agente fiscal que a empresa registrou em sua escrituração contábil mão de obra de subempreiteiros, como se fossem serviços de consultoria ou assessoria técnica, que não estão sujeitos à retenção. Assim, não apresentando os contratos ou as ART – Anotação de Responsabilidade Técnica ou qualquer outro elemento que evidenciasse à fiscalização, houve por bem constituir o crédito para a Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Ademais, por falta de comprovação, a Auditoria Fiscal considerou que os serviços descritos nas notas fiscais estariam sujeitos à retenção e recolhimento de 11% sobre o valor das notas fiscais de prestação de serviços, sendo esses, em sua grande maioria, ligados à área da construção civil (impermeabilização, terraplanagem, execução de pré-lajes, colocação de elementos de vidros etc).

Às fls.82 a 220 foi juntada vasta documentação (notas fiscais de prestação de serviços, contratos, dentre outros documentos).

Desta autuação, a recorrente foi notificada em **12/11/2007** e apresentou impugnação às fls.222 - 280, alegando em síntese que:

- *O Mandado de Procedimento Fiscal (MPF-F 0936589 F00) não foi renovado no prazo legal e por esse motivo deveria a autuação ser declarada nula;*
- *O procedimento fiscal foi encerrado em 14/07/2003, que homologou na forma do artigo 150 do Código Tributário Nacional - CTN, as obrigações decorrentes aos fatos geradores ocorridos no período anterior a fiscalização, de janeiro de 1994 a novembro de 2002;*
- *O MPF-F não havia sido prorrogado no prazo previsto, motivo pelo qual não poderia o fisco proceder à uma refiscalização imotivadamente;*
- *Estava sendo autuada duas vezes por uma mesma conduta: deixado de apresentar livros e documentos e deixado de prestar informações;*

-
- *Tendo em vista a documentação acostada ao relatório fiscal, o lançamento não atendeu minimamente ao disposto no artigo 37 da Lei nº 8.212/91 e, artigo 243 do RPS – regulamento da Previdência Social, Decreto nº 3.048/99, configurando cerceamento de defesa, o que é motivo de nulidade;*
 - *Não havendo o lançamento no prazo legal, o fisco não pode cobrar através do executivo fiscal, que no presente caso, trata de lançamento por homologação, que é aplicável aos tributos em que o contribuinte antecipa o pagamento, sem prévio exame do fisco;*
 - *Cabe decadência com base no art.150, parágrafo 4 do Código Tributário Nacional com relação às competências 04/2002 a 10/2002, considerando a data da notificação em 07/11/2007, pois o art. 45 da Lei Ordinária nº 8.212/91, que indica o prazo de 10 (dez) anos, é inconstitucional, prevalecendo a Lei complementar (CTN), que dispõe que o prazo decadencial é de 5 (cinco) anos;*
 - *Com relação à retenção de 11% (onze por cento), o Judiciário já vem entendendo que essa tributação não constitui nova fonte de custeio, mas sim modalidade de substituição tributária, que, só deve ocorrer quando for verificada a prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra, e trouxe conceito doutrinário, legal e jurisprudencial sobre o tema, para fundamentar sua tese de que não houve essa caracterização no presente caso;*
 - *Ainda com relação à retenção, ser necessária a resposta de várias perguntas (quais as empresas que, supostamente, prestaram serviços sob a modalidade de cessão de mão de obra; qual o número, a data de emissão e o valor bruto das notas fiscais; qual o tipo e as condições da prestação de serviço);*
 - *Os sócios da empresa não possuem legitimidade para figurar no pólo passivo da ação fiscal, tendo em vista que o mero inadimplemento da obrigação não caracteriza infração legal que permita o redirecionamento da cobrança aos sócios;*
 - *A cobrança não possui liquidez e certeza, motivo pelo qual não pode ser exigida do contribuinte;*
 - *Em virtude do lançamento ter vícios insanáveis, a multa aplicada é indevida e está acima dos ditames legais constitucionais.*

Por fim, requereu que a impugnação apresentada fosse julgada procedente com a declaração de nulidade da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito nº 37.098.814-0. Requereu ainda que fosse dado baixa nas respectivas anotações em nome da empresa, bem como a mesma fosse liberada de qualquer pagamento.

Alternativamente, requereu que os autos fossem baixados em diligência para que os dados relativos ao tipo e às condições de serviços fossem discriminados de forma clara e precisa, sendo posteriormente reaberto prazo para a empresa apresentar sua Manifestação Complementar.

Instada a manifestar-se acerca da matéria, a 5ª turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Curitiba - PR, proferiu o acórdão nº 06-17.709 nos seguintes termos:

Assunto: Contribuições sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/04/2002 a 30/06/2002, 01/08/2002 a 31/01/2003, 01/03/2003 a 30/06/2003, 01/10/2003 a 31/10/2003, 01/01/2004 a 31/01/2004, 01/03/2004 a 31/03/2004, 01/06/2004 a 31/08/2004, 01/10/2004 a 31/12/2004, 01/02/2005 a 30/04/2005, 01/06/2005 a 30/06/2007

NFLD 37.098.814-0

Ementa: APLICAÇÃO DE LEI OU ATO NORMATIVO. AFASTAMENTO. VEDAÇÃO

É vedado ao julgador administrativo afastar aplicação de lei ou outro ato normativo sob alegação de inconstitucionalidade, especialmente relativos à decadência, assim ainda não decidido através de medida judicial competente.

DECADÊNCIA

É de dez anos o prazo decadencial aplicado às contribuições previdenciárias. Mesmo prazo aplica-se também às contribuições para terceiros, a partir de 19106/1995.

ARBITRAMENTO

Se no exame da escrituração contábil ou de outro documento do sujeito passivo a Auditoria Fiscal constatar que a sua contabilidade não registra a remuneração real paga aos segurados a seu serviço, serão apuradas por aferição indireta as contribuições devidas à previdência social, cabendo à empresa o ônus da prova em contrária.

RETENÇÃO 11%. EMPRESA TOMADORA DE SERVIÇOS MEDIANTE CESSÃO OU EMPREITADA DE MÃO DE OBRA.

Obriga-se a empresa tomadora a reter 11% do valor da nota fiscal ou fatura emitida por empresa prestadora de serviços mediante cessão de mão de obra e recolher o valor respectivo em nome da empresa cedente.

PRESUNÇÕES LEGAIS

As presunções legais relativas obrigam a autoridade fiscal a comprovar, tão somente, a ocorrência das hipóteses sobre as quais se sustentam as referidas presunções, cabendo ao contribuinte o ônus de provar que os fatos concretos não ocorreram na forma como presumidos pela lei. Não sendo apresentados os contratos de prestação de serviços de construção civil, é lícito presumir que se deram mediante cessão de mão-de-obra.

Lançamento Procedente.

Processo nº 12268.000061/2007-08
Acórdão n.º **2403-000.768**

S2-C4T3
Fl. 393

Irresignada com a decisão supra, a recorrente interpôs recurso voluntário às fls. 307 a 375, reiterando todos os pontos levados na impugnação, acrescentando que a multa de mora prevista no art.35 da Lei n 8.212/91 é inconstitucional.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Cid Marconi Gurgel de Souza, Relator.

DA PRELIMINAR:

I – DA DECADÊNCIA QUINQUENAL:

A recorrente afirma que no caso cabe decadência com base no art.150, parágrafo 4 do Código Tributário Nacional com relação às competências 04/2002 a 10/2002, considerando a data da notificação em 12/11/2007, tendo em vista que o 45 da Lei Ordinária nº 8.212/91, que indica o prazo de 10 (dez) anos, é inconstitucional, devendo prevalecer a Lei complementar (CTN), que dispõe que o prazo decadencial é de 5 (cinco) anos.

Vale destacar que as controvérsias que existiam no âmbito dos contenciosos administrativos e no judiciário com relação ao prazo decadencial da Secretaria da Receita Federal para apurar os valores devidos a título de **contribuições previdenciárias** tiveram seu fim com o advento da Súmula Vinculante nº 8, a qual reconheceu como inconstitucional os arts.45 e 46 da Lei nº 8.212/91.

Ambos os dispositivos previam que os prazos para a Seguridade Social apurar e cobrar os seus créditos extinguíam-se com 10 (dez) anos. A grande celeuma era a não aplicação do prazo previsto no Código Tributário Nacional de que os créditos tributários só poderiam ser apurados ou cobrados até 5 (cinco) anos a contar do marco inicial estabelecido pelo CTN.

Assim, após várias decisões invocando a inconstitucionalidade dos arts.45 e 46 da Lei nº 8.212/91, o Egrégio Supremo Tribunal Federal sumulou a matéria com a edição da Súmula Vinculante de nº 8, *in verbis*:

Súmula Vinculante nº 8 “São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

Sabe-se ainda que essas súmulas têm efeito vinculante sobre a Administração Pública, conforme previsão do art.103-A da Constituição Federal, motivo pelo qual este Colegiado deve aplicar o entendimento acima.

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Uma vez não sendo mais possível a aplicação do art. 45 da Lei nº 8.212, há que serem observadas as regras previstas no Código Tributário Nacional, o qual disciplina a decadência no art. 173, I e no art. 150, § 4.

Em ambos, o direito de a Fazenda constituir o crédito extingue-se em cinco anos, sendo que pela regra do art. 150, § 4º, a contagem é a partir da ocorrência do fato gerador e a do 173, I, é a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado ou da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Código Tributário Nacional

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento.

§ 2º Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.

§ 3º Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.

*§ 4º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, **a contar da ocorrência do fato gerador**; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.*

* * *

*Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, **contados**:*

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento."

Pelo exposto, percebe-se que o marco inicial da decadência diverge no Código Tributário Nacional. A regra exposta no art.173, inciso I é aplicável às espécies tributárias que não estão sujeitas ao lançamento por homologação, pois as que se sujeitam a

este tipo de lançamento têm o prazo decadencial regulado pelo art.150, §4º do CTN. Este entendimento é pacífico na doutrina pátria¹:

O início do prazo de decadência do direito de lançar, em se tratando de tributo ordinariamente sujeito a lançamento por homologação, começa na data do fato gerador do tributo a que se referir o lançamento.

Não obstante a consideração de que o art.150, §4º do Código Tributário Nacional aplica-se aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, vale destacar que esse Conselho só tem aplicado essa regra aos casos em que ocorre o recolhimento da exação, em virtude do entendimento do Superior Tribunal de Justiça na decisão do Recurso Especial n 973.733/SC (Informativo n 402/STJ), na qual teve como ponto pacífico a aplicação do dispositivo retro somente quando for constatado pagamento das contribuições.

Desse modo, deve esse Conselho sujeitar-se à regra definida pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça em razão do previsto no Regimento Interno do CARF, *in verbis*:

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

Assim, levando em consideração o acima exposto, e, tendo o presente recurso voluntário como matéria objeto de discussão a decadência, faz-se necessária a vinculação deste voto ao preceito do Regimento Interno do CARF enquanto tal regra permanecer vigente, tendo em vista que o julgamento do RESP n 973.733/SC ocorreu nos moldes do art.543-C do Código de Processo Civil.

No presente caso, foi verificada a ocorrência de recolhimento, por se referirem os Discriminativos de Débitos de diferença apurada, o que se leva a crer, que houve um pagamento parcial, pelo menos.

Sendo assim, considerando a ciência da NFLD em 12/11/2007, e, as competências que estão sendo objeto de discussão serem relativas às competências 04/2002 a 05/2007, tem-se que houve decadência com base no art.150, §4º do CTN em relação às competências 04/2002 a 10/2002, tendo em vista que o fisco só poderia apurar crédito, com base nesse dispositivo, a partir da competência 11/2002.

DO MÉRITO:

I - PRORROGAÇÃO DE MPF – AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADE:

A recorrente alega primeiramente que o Mandado de Procedimento Fiscal (MPF-F 0936589 F00) não foi renovado no prazo legal e por esse motivo deveria a autuação ser declarada nula. Todavia, não houve qualquer violação legal por parte do nobre auditor fiscal, então vejamos:

¹ MACHADO, Hugo de Brito. Decadência e Prescrição no Direito Tributário Brasileiro. In MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.), Curso de direito tributário. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.208.

O Mandado de Procedimento Fiscal é o primeiro ato da fiscalização, o qual autoriza um ou mais auditores a procederem à ação fiscal em uma determinada empresa (verificar o cumprimento das obrigações acessórias ou principais das contribuições administradas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil).

Atualmente, todo o procedimento a ser adotado no MPF encontra-se na Portaria RFB nº 11.371/2007 (20/12/2007), ou seja, posterior à data da notificação ao sujeito passivo que ocorreu em 12/11/2007. Todavia, não obstante essa Portaria ser posterior ao lançamento, cabe destacar que à época da fiscalização estava vigente as disposições do Decreto nº 3.969/2001, as quais foram seguidas pela auditoria.

Com relação aos prazos de cumprimento dos mandados, o art. 12 e seguintes do Decreto nº 3.969/01 disciplinava o seguinte:

Art. 12. Os MPFs terão os seguintes prazos máximos de validade:

I- cento e vinte dias, nos casos de MPF-F e de MPF-E;

II- sessenta dias, no caso de MPF-D. •

Art. 13. A prorrogação do prazo de que trata o art. 12 poderá ser efetuada pela autoridade outorgante, tantas vezes quantas necessárias, observados, a cada ato, os limites estabelecidos naquele artigo.

Parágrafo único. A prorrogação do prazo de validade do MPF será formalizada mediante a emissão do MPF-C.

Ademais, sendo o Mandado de Procedimento Fiscal uma ferramenta interna da fiscalização que tenha como objetivo a verificação do cumprimento das obrigações relativas às contribuições administradas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, não há como se ter previsão legal que determine prazo para a ciência do sujeito passivo, no caso de mandados complementares, sendo a expedição destes uma sequência natural do trabalho que ainda não foi finalizado.

Deve-se deixar claro que é imprescindível que haja a data do início do MPF, que é dada ciência ao contribuinte, mas exigir que a renovação imotivada autorize a nulidade de toda a autuação é pedido que não encontra fundamentação legal, além de considerar que não houve refiscalização, mas sim uma continuidade da ação fiscal.

Podendo o MPF ser prorrogado quantas vezes for necessário para a fiscalização e tendo o MPF-F do presente caso atendido aos requisitos legais, ou seja, ter sido prorrogado dentro do prazo correto e com a emissão de MPF's – C (complementares), não há o que se falar em nulidade.

À guisa de informação, o Decreto 70.235/72, diploma que disciplina o processo administrativo tributário em âmbito federal, previu as hipóteses que a nulidade poderá ser declarada, *in verbis*:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Diante do exposto, nenhuma das hipóteses acima aconteceu, razão pela qual a cobrança deverá ser mantida em todos os termos, pois a ação fiscal fora precedida de MPF —F não havendo, portanto, nulidade a ser declarada.

Por fim, verifica-se que a fiscalização cumpriu a legislação atinente ao MPF, não existindo qualquer vício no procedimento fiscal. Além disso, a ação fiscal foi precedida de MPF originário e concluída dentro do prazo previsto no Mandado de Procedimento Fiscal — Complementar, não se vislumbrando nenhuma irregularidade.

II.– DA INDICAÇÃO DOS SÓCIOS – AUSÊNCIA DE VÍCIOS:

A recorrente alega ainda que os sócios da empresa não possuem legitimidade para figurar no pólo passivo da ação fiscal, tendo em vista que o mero inadimplemento da obrigação não caracteriza infração legal que permita o redirecionamento da cobrança aos sócios.

Todavia, cabe esclarecer que a figuração dos sócios na relação de corresponsáveis, anexada aos autos pela Fiscalização, não tem como escopo incluir os sócios da empresa no pólo passivo da obrigação tributária, mas sim listar todas as pessoas físicas e jurídicas representantes legais do sujeito passivo que, eventualmente, poderão ser responsabilizadas na esfera judicial, na hipótese de futura inscrição do débito em dívida ativa, pois o chamamento dos responsáveis só ocorre em fase de execução fiscal, em consonância com o §3º do artigo 4º da Lei nº 6.830/80, e após se verificarem infrutíferas as tentativas de localização de bens da própria empresa.

A responsabilização dos sócios somente ocorrerá por ordem judicial nas hipóteses previstas na lei e após o devido processo legal. O débito foi lançado somente contra a pessoa jurídica e, neste momento, os sócios não sofreram restrições em seus direitos.

Assim, esta discussão é inócua na esfera administrativa, sendo mais apropriada na via da execução judicial, na hipótese dos responsáveis serem convocados, por decisão judicial, para satisfação do crédito.

Ademais, os Relatórios de Corresponsáveis e de Vínculos fazem parte de todos processos como instrumento de informação, a fim de se esclarecer a composição societária da empresa no período do lançamento ou autuação, relacionando todas as pessoas físicas e jurídicas, representantes legais do sujeito passivo, indicando sua qualificação e período de atuação.

O art. 688 da Instrução Normativa INSS/DC de 18/12/2003 determina a inclusão dos referidos relatórios nos processos administrativo-fiscais e esclarece:

Art. 688. Constituem peças de instrução do processo administrativo-fiscal previdenciário, os seguintes relatórios e documentos:

X - Relação de Co-Responsáveis (CORESP), que lista todas as pessoas físicas e jurídicas representantes legais do sujeito passivo, indicando sua qualificação e período de atuação;

XI - Relação de Vínculos (VÍNCULOS), que lista todas as pessoas físicas ou jurídicas de interesse da administração

previdenciária em razão de seu vínculo com o sujeito passivo, representantes legais ou não, indicando o tipo de vínculo existente e o período correspondente;

Ademais, o art. 660 da Instrução Normativa SRP nº 03 de 14/07/2005 determina a inclusão dos referidos relatórios nos processos administrativo-fiscais e esclarece:

Art. 660. Constituem peças de instrução do processo administrativo-fiscal previdenciário, os seguintes relatórios e documentos:

(...)

X - Relação de Co-Responsáveis - CORESP, que lista todas as pessoas físicas e jurídicas representantes legais do sujeito passivo, indicando sua qualificação e período de atuação;

XI - Relação de Vínculos - VÍNCULOS, que lista todas as pessoas físicas ou jurídicas de interesse da administração previdenciária em razão de seu vínculo com o sujeito passivo, representantes legais ou não, indicando o tipo de vínculo existente e o período correspondente;

Por fim, entendo que a indicação dos sócios-gerentes não representa nenhum vício na NFLD do presente caso, motivo pelo qual entendo que não seja caso de nulidade nem de exclusão dos sócios do documento de atuação.

III – DA CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA:

A grande celeuma na parte meritória diz respeito à caracterização da cessão de mão-de-obra. De um lado, a fiscalização autua a empresa 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, a empresa defende-se afirmando que não houve cessão de mão-de-obra.

Sobre esse ponto, a recorrente afirma, em um primeiro momento, que não houve clareza na atuação quanto às empresas contratadas e cedentes de mão de obra; quanto ao tipo e as condições em que os serviços foram prestados e a forma de contratação; e quanto ao número, data de emissão, e ao valor bruto das notas fiscais ou faturas de serviços prestados.

Todavia, vale destacar que a auditoria relacionou todas as empresas prestadoras de serviço, os valores das bases de cálculo da retenção, bem como os respectivos meses em que incidiram essas retenções, tendo o relatório fiscal informado que o crédito constituído para a Secretaria da Receita Federal do Brasil foi apurado com base no valor bruto das notas fiscais ou faturas de prestação de serviços, não havendo como esse cerceamento de defesa ser alegado.

Além disso, foi solicitado mediante TIAD (fls.59 a 71) vários documentos, dentre os quais contratos de empreitadas e subempreitadas de obras de construção civil; contratos com empresas prestadoras de serviços; atestado de execução de obras; notas fiscais,

faturas e recibos de mão de obra ou de serviços prestados; ART's; GFIP's; GPS etc), motivo pelo qual não pode ser alegado qualquer tipo de cerceamento de defesa.

Todavia, para que não haja nenhuma dúvida acerca do motivo pelo qual a fiscalização entendeu ter ocorrido a cessão de mão-de-obra em alguns serviços, façamos um breve retrospecto dos fatos que convergiram para a autuação desse levantamento (retenção de 11%).

Segundo o relatório fiscal, a ação fiscal constatou a ocorrência de cessão de mão-de-obra, que foi verificada nas notas fiscais emitidas durante o período de 04/2002 a 05/2007, as quais não tiveram o recolhimento do percentual de 11% (onze por cento) incidente sobre notas fiscais/faturas de prestação de serviços.

Verificou-se ainda que a empresa registrou em sua escrituração contábil mão de obra de subempreiteiros, como se fossem serviços de consultoria ou assessoria técnica, que não estão sujeitos à retenção, bem como tais serviços, em sua grande maioria, ligados à área da construção civil (impermeabilização, terraplanagem, execução de pré-lajes, colocação de elementos de vidros etc), constantes em notas fiscais, foram considerados para fins de tributação (retenção e recolhimento de 11% sobre o valor das notas fiscais de prestação de serviços), tendo em vista que sua execução, geralmente, dar-se através de cessão de mão-de-obra.

Vejamos, o que a legislação prevê acerca dessa tributação. A Lei n 8.212/91 preleciona que **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, os serviços realizados pelas prestadoras de serviço eram ligados à área da construção civil (impermeabilização, terraplanagem, execução de pré-lajes, colocação de elementos de vidros etc), e a execução destes ocorreu mediante cessão de mão de obra, tanto é que alguns documentos acostados aos autos às fls. 80-91 (ART e Execução de Obra provam que os serviços não eram realizados mediante assessoria ou consultoria técnica, mas sim mediante a cessão de mão-de-obra, o que sujeita a tomadora de serviços, ora recorrente, a reter e recolher 11% sobre o valor bruto das notas fiscais/fatura de prestação de serviço.

Além disso, os serviços prestados enquadram-se como cessão de mão-de-obra, segundo a legislação (art.31, III, da Lei n 8.212/91; art.219, III, 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, ressalvadas as competências que estão acobertadas pela decadência, 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 e inclusive reconhecida pela recorrente.

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 própria instituição do dever de colaboração que asseguram 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.*

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, motivo pelo qual a cobrança da NFLD nº 37.098.814-0 deverá ser mantida.

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

A recorrente alega ainda que a multa moratória prevista no art.35 da Lei nº 8.212/91 é inconstitucional em razão de sua cobrança com base em variáveis. Todavia, destaco que referido dispositivo foi alterado pela Lei nº 11.941/2009, tendo este Conselho aplicado-o na cobrança de débitos não recolhidos na época própria, vejamos os dispositivos que autorizam essa conduta do fisco e suas alterações:

Lei Nº 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 nº 11.941/2009 revogou o dispositivo acima e deu nova redação ao art.35 da Lei nº 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 nº 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 Nº 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.

V – 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, nas preliminares, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, reconhecendo a decadência das competências 04/2002 a 10/2002 com base no art.150, §4º do Código Tributário Nacional.

No mérito, 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.