

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO - ACRÉSCIMOS LEGAIS - JUROS E MULTA DE MORA - ALTERAÇÕES DADAS PELA LEI 11.941/2009 - RECÁLCULO DA MULTA MAIS BENÉFICA - ART. 106, II, C, CTN

Até a edição da Lei 11.941/2009, os acréscimos legais previdenciários eram distintos dos demais tributos federais, conforme constavam dos arts. 34 e 35 da Lei 8.212/1991. A Lei 11.941/2009 revogou o art. 34 da Lei 8.212/1991 (que tratava de juros moratórios), alterou a redação do art. 35 (que versava sobre a multa de mora) e inseriu o art. 35-A, para disciplinar a multa de ofício.

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

Ressalva-se a posição do Relator, vencida nesta Colenda Turma, na qual se deve determinar o recálculo dos acréscimos legais na forma de juros de mora (com base no art. 35, Lei 8.212/1991 c/c art. 61, § 3º Lei 9.430/1996 c/c art. 5º, § 3º Lei 9.430/1996) e da multa de ofício (com base no art. 35-A, Lei 8.212/1991 c/c art. 44 Lei 9.430/1996), com a prevalência dos acréscimos legais mais benéficos ao contribuinte.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso para que se recalcule a multa de mora, com base com o disposto no art. 35, caput, da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/2009 (art. 61, da Lei no 9.430/96), prevalecendo o valor mais benéfico ao contribuinte.

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Marcelo Magalhães Peixoto, Maria Anselma Coscrato dos Santos e Cid Marconi Gurgel de Souza.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário, fls. 504 a 533, interposto pela Recorrente – SELETA SOCIEDADE CARITATIVA E HUMANITÁRIA contra Acórdão nº 04-024.618 – 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Campo grande - MS, fls. 453 a 496, que julgou procedente em parte a autuação por descumprimento de obrigação principal, Auto de Infração de Obrigação Principal – AIOP nº. 37.193.162-2, às fls. 01, com valor consolidado inicial de R\$ 188.291,01, retificado para R\$ 108.408,89.

O crédito previdenciário se refere às contribuições previdenciárias destinadas à Seguridade Social referente às contribuições parte dos segurados, devidas e não recolhidas à Seguridade Social correspondentes às remunerações a empregados não declarados em GFIP - Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social, no período de 06/2004 a 12/2005.

O Relatório Fiscal, às fls. 56 a 58, informa:

1.2. Foram verificados os requisitos do artigo 55 da Lei 8.212/91 e não foram cumpridos algumas exigências deste artigo e que por isto foi emitido a Informação Fiscal - IF propondo o cancelamento da isenção de contribuições previdenciária (parte patronal) nesta data.

2. LANÇAMENTO

2.1. FATOS GERADORES

2.1.1. As contribuições lançadas incidem sobre pagamentos a segurados empregados apurado pelas folhas de pagamento (arquivos digitais) e contabilidade.

2.1.2. As bases de cálculo e alíquotas aplicadas estão demonstradas nos relatórios Discriminativo Analítico de Débito (DAD) e Relatório de Lançamentos (RL), em anexo.

2.1.2.1. Os valores utilizados na apuração do débito para cada competência encontram-se discriminados no Relatório de Lançamentos - RL, por estabelecimento, e também nos Anexos, conforme discriminados:

• ANEXO I -SEGURADOS EMPREGADOS DECLARADOS NAS GFIP'S (RESUMO) COM COMPARATIVO COM A FOLHA DE PAGAMENTO;

2.1.2.2. No Relatório de Lançamentos - RL foram criados os seguintes levantamentos:- "GFP" e "FP".

2.1.3. Por existirem recolhimentos à maior (recolhidos antes do início da Ação Fiscal) que os valores apurados pelas GFIP's,

por não terem sido incluídos alguns funcionários por motivos de erro da empresa e por falta de dados dos segurados, atendendo o artigo 635-A, § 6, da Instrução Normativa n.º. 03, de 14 de julho de 2005, foi dado um prazo para a empresa apresentar as GFIP's com todos os funcionários e Contribuintes Individuais até chegar ao valor recolhido, conforme TIPP (Termo de Intimação Fiscal 001) do dia 02/06/09 e como está bem claro a retificação não produzirá efeitos tributários e a empresa não retificou as GFIP's e justificou a não correção.

2.1.4. Não foi emitido o Termo de Arrolamento de Bens - TAB por não termos encontrados bens.

2.1.5. A empresa não declarou os fatos geradores em GFIP's e por este fato configura, **em tese**, crime de Sonegação de Contribuição Previdenciária. E a falta de recolhimento dos valores descontados dos segurados **configura a prática, em tese**, do ilícito de apropriação indébita previdenciária. Desta forma, será encaminhada Representação Fiscal para Fins Penais à autoridade competente para as providências cabíveis.

2.2. PERÍODOS

2.2.1 O presente lançamento refere-se às competências 06/04 a 12/04, 01/05 a 03/05, 05/05, 07/05, 08/05 e 13/05.

2.3. LEVANTAMENTOS

2.3.1. Os valores apurados encontram-se consubstanciados nos levantamentos denominados "GFP" e "FP".

"Levantamento GFP" - NÃO AUTORIZADO

2.3.2. Este levantamento foi criado para identificar os valores pagos aos empregados (Resumo da Folha de Pagamento) constantes nas GFIP's (Anexo I) e não foram relacionados, nominalmente, por ser folha de pagamento da empresa entregue em arquivo digital. Não tem valores apurados neste levantamento.

"Levantamento FP"

2.3.3. Este levantamento se refere a pagamentos a empregados em folhas de pagamento (arquivos digitais) e estão no ANEXO I e não declarados nas GFIP's. Não foram relacionados, nominalmente, os empregados por ser folha de pagamento entregue em arquivo digital pela empresa. Base de cálculo considerado pela empresa.

Informa ainda o Relatório Fiscal que foram examinados os seguintes elementos:

- Livros Diários (arquivos digitais) e Razões;

- folhas de pagamento (arquivos digitais);

- Guias de Recolhimentos; GFIP's; recibos de contribuintes individuais e empregados;

- *Relatórios de Atividades, documentos relacionados à filantropia e demais elementos subsidiários.*

A Recorrente teve ciência do TIAF – Termo de Início da Ação Fiscal, às fls. 34 a 35, na qual consta o Mandado de Procedimento Fiscal – MPF nº 0140100.2008.00121.

O **período objeto do auto de infração**, conforme o Relatório Discriminativo Sintético do Débito - DSD, às fls. 07, é de **06/2004 a 12/2005**.

O contribuinte teve **ciência do AIOP em 29.06.2009**, conforme fls. 01.

A **Recorrente apresentou Impugnação tempestiva**, às fls. 80 a 115, na qual alega em síntese, conforme o Relatório da decisão de primeira instância:

(i) Preliminarmente, alega a nulidade do auto de infração por cerceamento do direito de defesa em processo administrativo, pois a autoridade fiscal procedeu à autuação antes de qualquer ato declaratório que determinasse a suspensão da imunidade tributária, concedida à interessada.

(ii) Ainda em sede preliminar, sustenta a existência de nulidades no auto de infração, que comprometem sua validade, ferindo o direito ao contraditório e à ampla defesa, contrariando as disposições do Código Tributário Nacional e legislação correlata;

(iii) Em seguida, argúi a nulidade do auto de infração pela duplicidade da autuação contida nos DEBCAD's nº 37.193.162-2 e nº 37.193.165-7, no que tange as competências abrangidas e a infração constatada;

(iv) No mérito, afirma que o auto de infração não pode subsistir, pois estaria consubstanciado em fato não ocorrido, qual seja, o cancelamento da imunidade tributária. Discute ainda, a natureza do benefício concedido, se isenção ou imunidade tributária, com o fito de demonstrar erro no enquadramento legal da penalidade aplicada.

(v) Assevera ser improcedente o auto de infração em razão da inexistência de omissões nas informações prestadas à autoridade fiscalizadora, uma vez que o problema estaria no sistema responsável pelo recebimento da GFIP, que substituiu a Guia original pela retificadora, excluindo parte dos dados anteriormente informados:

(vi) Afasta ainda a autuação por falta de recolhimentos, pois os pagamentos a estes relacionados seriam referentes a despesas que não formam a base de cálculo das contribuições previdenciárias, de modo que não haveria que se falar em crime de sonegação.

(vii) Na mesma esteira, argumenta que a aplicação de multa e juros seria impossível, haja vista que o diploma legal que autoriza tal medida estaria revogado à época da autuação.

(viii) Contesta a aplicação, como fator de correção de débito, da Taxa SELIC cumulada com juros, pois estes já estariam incluídos naquela taxa, devendo, portanto, ser afastada a cobrança do percentual de 1% sobre o valor devido.

(ix) Defende a necessidade de realização de prova pericial, para corroborar os argumentos apresentados na impugnação, indicando para tanto, assistente técnico e os quesitos a serem enfrentados.

Houve **Requisição de Informação Fiscal**, às fls. 321 a 323:

Verifica-se que o auto de infração com DEBCAD nº 37.193.162-2 exige a contribuição previdenciária com os acréscimos legais, consolidada em 26/06/2009, devidas pelos segurados empregados da entidade autuada, nas competências 06/2004 a 03/2005, 05/2005 a 08/2005 e 13/2005.

Dentre as alegações da defesa, encontra-se as seguintes:

a) que "os cálculos apresentados pela autoridade administrativa estão majorados em, no mínimo 11.376 empregados" (anexo A, f. 148);

b) que "103 empregados da SAS (Prefeitura) que foram considerados pela fiscalização como não declarados em GFIP (anexo II do auto de infração), em verdade, foram regularmente declarados" (anexo B, f. 149-150);

c) que "24 empregados, que foram considerados como autônomos pela fiscalização e, portanto, não declarados em GFIP (anexo III - autônomo - contabilidade), em verdade, foram regularmente declarados" (anexo C, f. 151);

d) que "pagamento [considerados como feitos a] de autônomos pela autoridade fiscalizadora (no anexo III), em verdade, representam compras de mercadorias e prestação de serviços por pessoas jurídicas" (anexo C, f. 152);

e) que "21 empregados que a fiscalização considerou não ter sido declarados em GFIP (anexo IV — empregados contabilidade) foram, em verdade, regularmente declarados" (anexo D, f. 153);

*f) que "E1, E2 e E3 ficam evidentes que os recolhimentos das contribuições previdenciárias foram efetivadas com regularidade, apresentando-se pequenas diferenças em situações pontuais, que ora são a recolher e ora a compensar" (anexo E1, E2, E3, f. 154-171). Além disso junta por cópia documentos de f. 186-226, com o objetivo de comprovar não trata-se de fatos impositivos da obrigação. Em virtude das alegações formuladas, e à vista de não constarem nos autos elementos suficientes para proceder à verificação do alegado, em especial quanto à **contraposição dos dados dos anexos do relatório fiscal em***

relação aos anexos E1, E2 e E3 da peça de defesa, torna-se necessária diligência, nos termos do art. 18 do Decreto 70.235/72.

Solicita-se:

a) verificar as alegações enumeradas, e, em especial com relação ao item "f", caso haja divergência entre o Anexo I do Relatório Fiscal e os demonstrativos do contribuinte, juntar aos autos do processo, ainda que por amostragem, a origem das informações que embasaram o relatório fiscal.

b) verificar se os documentos apresentados por cópia levam a exoneração parcial do crédito tributário exigido;

Solicita-se à autoridade fiscal elaborar relatório sobre os questionamentos, inclusive sobre seus efeitos sobre o crédito tributário em litígio, que deve ser cientificado ao sujeito passivo com prazo de dez dias para manifestar-se. Nos termos do art. 44 da Lei 9.784/99.

Foi emitida **Informação Fiscal**, às fls. 416 a 419, com Anexo às fls. 325 a 414 (com a resposta a quesitos às fls. 402 a 403).

02. Considerando as alegações da entidade, tenho a informar:

Os débitos apurados (Autos de Infração) na presente ação fiscal são somente de **segurados** e de **obrigações acessórias** (falta de declaração nas GFIP's) destas contribuições foram emitidos contra a entidade os Al's - Autos de Infração abaixo listados:

TIPO Nº. DEBCAD VALOR LANÇADO (R\$) MOTIVOS

Al 35.193.162-2 188.291,01 SEGURADO SEM APROPRIAÇÃO

Al 35.193.163-0 631.767,75 Al FUNDAMENTO 68

Al 35.193.164-9 151.700,00 Al FUNDAMENTO 78

Al 35.193.165-7 323.123,54 SEGURADO COM APROPRIAÇÃO

- Nos anexos I (Al 35.193.162-2) e I a IV (Al 35.193.165-7) consta os valores cota patronal por causa da multa acessória (Al 35.193.163-0 e 35.193.164-9). Estão bem claros no texto na parte de cima do anexo e nos relatórios fiscais também. Talvez isto possa ter causado alguma dúvida;

- Pela legislação previdenciária antes do Ato Declaratório do Delegado (Art. 206, § 8º inciso II, do Decreto 3.048/99) tem a emissão da Informação Fiscal (anexo 7) e dá prazo de 15 (quinze) dias para defesa e posteriormente ao Ato Declaratório aplica-se o Art. 206, § 8º . inciso IV do Decreto 3.048/99 e terá o prazo de trinta dias contados da data da ciência da decisão, **para interpor recurso com efeito suspensivo à Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento - DRJ de Campo**

Grande/MS (Art. 212, inciso I da Portaria MF nº. 125, de 04/09/09 - DOU 06/03/09 (Regimento Interno da Receita Federal do Brasil)). Lembrando o item acima de que não houve levantamento de débitos da parte patronal, somente de empregados, então não existe argumento para dizer que a fiscalização, antes de um eventual ato declaratório do Delegado da Receita Federal do Brasil que a entidade não é isenta foi efetuado lançamento de ofício. Tanto que não fizemos referência nos relatórios fiscais sobre isenção e/ou imunidade;

• Primeiro dizer sobre a diferença entre Imunidade e Isenção. Pelo que diz o mestre Maximilianus Führer.p.62 do Resumo de Direito Tributário, Malheiros Editores:"A Diferença entre imunidade e isenção consiste no seguinte: a imunidade é a dispensa de um tributo por força da constituição, a isenção é a dispensa do tributo por força de lei ordinária."

• Existe uma confusão muito grande entre imunidade e isenção neste caso. Não foi considerada no Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade do artigo 55 da Lei nº 8.212/91. Não teve sua eficácia suspensa pela liminar concedida pelo supremo tribunal federal em ação direta de inconstitucionalidade. isso porque tal medida apenas suspendeu a eficácia do artigo 1º da Lei nº 9.732, que alterou a redação do inciso III do artigo 55 mencionado e acrescentou os parágrafos 3º, 4º e 5º, bem como dos artigos 4º, 5º e T da Lei nº 9.732/98 mas vale transcrever o precedente do excelso pretório, em sentido contrário à tese da recorrente: "Imunidade tributária: entidade filantrópica: conforme arts. 146, II e 195, § 7º : delimitação dos âmbitos da matéria reservada, no ponto, à intermediação da Lei Complementar e da Lei Ordinária (ADI-MC 1802, 27.8.1998, Pertence, DJ 13.2.2004; RE 93.770, 17.3.81, Soares Mufioz, RTJ 102/304). A constituição reduz a reserva de lei complementar da regra constitucional ao que diga respeito aos lindes da imunidade, à demarcação do objeto material da vedação constitucional de tributar mas remete à lei ordinária as normas sobre a constituição e o funcionamento da entidade educacional ou assistencial imune. Exemplo:- A **imunidade** tributária: entidade declarada de fins filantrópicos e de utilidade pública. **Isenção:** Certificado de Entidade de fins filantrópicos: exigência de renovação periódica (Lei 8.212, de 1991, art. 55). Sendo o certificado de entidade de fins filantrópicos mero reconhecimento, pelo poder público, do preenchimento das condições de constituição e funcionamento, que devem ser atendidas para que a entidade receba o benefício constitucional, **não ofende os arts. 146, II, e 195, § 7º, da Constituição Federal a exigência prevista no art. 55, da Lei 8.212/91"**.

• Pela decisão da TRF 4 - Apelação em Mandado de Segurança: MAS 7690 RS 2004.71.05.007690-s com Relator Dirceu de Almeida Soares com julgamento dia 08/08/06 publicado em 23/08/2006 DJ página 1039 (Mandado de Segurança, tributário. AIQ. Imunidade. Lei Complementar versus lei ordinária, posição eclética):

(...)

• *A entidade pode até atender o artigo 14, do CTN (não distribuição de qualquer parcela de seu patrimônio ou renda aos seus diretores, aplicar integralmente, no País, os seus recursos na manutenção de seus objetivos institucionais e manter com exatidão as escriturações contábeis) mas não cumpre o previsto no artigo 55 da Lei 8.212/91 (não isenta das contribuições previdenciárias). Não ocorreu "erro de direito". Ainda assim, informamos que a mesma não preenche nem mesmo os requisitos do art. 14 do CTN, conforme informamos nas respostas aos quesitos da impugnante no anexo 6 - nas respostas 7 a 10;*

• *Em nenhum momento a entidade admite que foi atendido o artigo 55, da Lei 8.212/91, por entenderem que para regulamentar a imunidade é a Lei Complementar e não Lei Ordinária como a Lei 8.212/91 e fundamenta no Artigo 146, inciso II da Constituição Federal, que a entidade atende o artigo 14, do CTN (não distribuição de qualquer parcela de seu patrimônio ou renda aos seus diretores, aplicar integralmente, no País, os seus recursos na manutenção de seus objetivos institucionais e manter com exatidão as escriturações contábeis) e que é imunidade e não isenção (fls. 97);*

• *Quanto à nulidade do Al por cerceamento de defesa por não estar claro a respeito de que rubrica se trata devemos dizer que é somente contribuição de segurados já que na FLD às fls.30/31 está escrito "Fundamentos Legais das Rubricas 100 - CONTRIBUIÇÃO DOS SEGURADOS (EMPREGADOS, TRABALHADORES TEMPORÁRIOS E AVULSOS)", no DAD está também definido RUBRICAS 11 Segurados" (fls.04/06), no DSD por ser Discriminativo Sintético de Débito somente repetiu os valores do DAD (fls.07/08), por acaso, pois se tivesse outro tipo de levantamento estaria somado neste relatório (anexos do Al) e nem no Relatório Fiscal não foi esquecido, pois no item 1.1 diz "...correspondente às rubricas Segurado - Empregado (variável conforme faixa salarial)" às fls. 56. Está claríssimo de que não é contribuição patronal e sim dos segurados empregados e neste caso é o desconto dos segurados, sendo o não descontado levantado no Al Debcad 37.193.165-7;*

• *Sobre duplicidade da autuação contida nos DEBCAD's 37.193.162-2 e 37.193.165-7 repito o item acima. Um levantamento é de em tese, crime de apropriação indébita (descontou do segurado e não repassou aos cofres públicos) e o outro não houve comprovação. O segundo levantamento é valor não descontado dos segurados EMPREGADOS e CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS e o primeiro somente de EMPREGADOS. Foram criados diversos levantamentos para deixar claro o relatório fiscal: AUT (autônomos contabilidade), DAL (acréscimos legais), EMP (empregados contabilidade), SAS (FP da SAS) e FP (FP dif FP X GFIP), onde somente FP está no primeiro levantamento por ser valores descontados dos segurados empregados das folhas de pagamento e no segundo levantamento na FP tem somente glosa de salário família e as demais siglas. Resumindo:- Al 37.193.162-2 somente FP e Al Debcad 37.193.165-7 tem FP (glosa de salário família) e demais*

siglas. Lembrando que a contribuição do segurado de contribuinte individual é 20% no caso de entidade filantrópica. Não há duplicidade;

• Sobre "os cálculos apresentados pela autoridade administrativa estão majorados em, no mínimo 11.376 empregados" (anexo A, f.148), temos a informar que as quantidades de segurados foram retiradas das folhas de pagamentos (arquivos digitais) apresentados pela entidade (ANEXO 1) e os valores declarados em GFIP (exportados à época), então para demonstração vamos as diferenças (somente meses com diferenças):

Não existem estas diferenças de números de empregados já que comprovamos com

os documentos acima.

• Sobre os anexos A a E do impugnante vamos pontuar para melhor entendimento:

a) Lembrando que quando a entidade na impugnação (fls.103) diz que "...não há ausência de recolhimento...e, tampouco, omissão de declaração..." queremos informar que em nenhum momento em nosso relatório fiscal (fls. 56/58) dizemos que não houve recolhimento ou declaração e sim que foram parciais (o levantamento é justamente o que estava faltando recolhimento e declaração) e continua a impugnação confirmando o erro de declaração dizendo que "...substituição automática de uma GFIP completa por uma GFIP retificadora contendo apenas as informações dos funcionários contemplados com os benefícios do Salário-Família, Auxílio-Maternidade e Auxílio-Doença" (fls. 104). Houve recolhimentos maiores (efetuados antes da ação fiscal) que a declaração e aí demos a oportunidade para corrigir este erro (ver item 2.1.3 do relatório fiscal às fls. 56) e não o fez. Quando diz sobre anexos II a IV se refere ao Al 37.193.165-7;

b) O anexo A (depósitos efetuados à época) não deve ser considerado pois no item anterior sobre a defasagem de 11.376 empregados já dissemos que foram consideradas as últimas GFIP's no nosso sistema e também a confissão no item "a" de que estavam erradas as declarações;

c) Sobre os "103 empregados da SAS (Prefeitura) que foram considerados pela fiscalização como não declarados em GFIP (anexo II do auto de infração), em verdade, foram regularmente declarados" (anexo B, f.149-150), podemos ver que o Al 37.193.165-7 tem o anexo II e tem valores pagos aos funcionários da SAS e tem recibos separados das folhas de pagamentos e por isto levantado separadamente. Não houve declaração nas GFIP's, conforme demonstro, por amostragem, relação dos nomes declarados em GFIP's (sempre lembrando que é o último antes da ação fiscal) nos meses 09 e 10/04, 07/05 e 04/06 no anexo 3. Pode ter pessoas que prestaram serviços em dois setores com pagamentos separados.

d) Sobre os "24 empregados, que foram considerados como autônomos pela fiscalização e portanto, não declarados em GFIP (anexo III - autônomo - contabilidade), em verdade, foram

regularmente declarados" (anexo C, f 151), repetimos o que foi dito no item "c";

e) Sobre o "pagamento (considerados como feitos a de autônomos) pela autoridade fiscalizadora (no anexo III), em verdade, representa compras de mercadorias e prestação de serviços por pessoas jurídicas" (anexo C1, f. 152) o que não podemos considerar uma vez que se fosse compras de mercadorias ou pessoas jurídicas teriam de emitir notas fiscais;

f) Sobre os "21 empregados que a fiscalização considerou não terem sido declarados em GFIP (anexo IV - empregados contabilidade) foram em verdade, regularmente declarados" (anexo D, f. 153), repetimos o que foi dito no item "c";

g) Sobre os anexos E1, E2, E3, f. 154-171 tenho a informar que foram todos aproveitados, conforme consta do relatório "RDA - RELATÓRIO DE DOCUMENTOS APRESENTADOS" - fls. 12/23 onde consta todos os recolhimentos apresentados à época, confirmamos com os valores constantes do relatório (impresso à época) "CCOR-CONSULTA CONTACORRENTE DE ESTABALECIMENTO" no anexo 4. E ainda tem o relatório "RADA-RELATÓRIO DE APROPRIAÇÃO DE DOCUMENTOS APRESENTADOS" - fls. 24/29 por ter dois levantamentos e ainda os declarados em GFIP's que não levantamos por ser cobrança automática, mas no batimento entre o Anexo I do relatório fiscal (fls. 59/62) **temos valores de deduções nas folhas de pagamentos que não foram abatidos pois induziu-nos ao equívoco devido os resumos de folhas de pagamentos do período de 06/04 a 03/05 não terem os valores de salário-maternidade em sua totalização (anexo 1) e tinham discriminado, por segurado (anexo 5), entregue em arquivos digitais. Ambos estão no mesmo arquivo, como segue (demonstrativo no anexo 8 - substituindo o ANEXO I do relatório fiscal no período 06/04 a 03/05). Alterar o débito de/para como segue :**

h) Somente estes meses foram alterados, pois os valores constantes dos Anexos E1, E2, E3, f. 154-171 tem valores diferentes dos apurados (a mais ou menos - valores pequenos) e como foram apresentadas as folhas em arquivos digitais para a fiscalização acreditamos que são os corretos. Inclusive as deduções estão divergentes;

- Sobre argumentação de a aplicação de multa e juros seria impossível, haja vista que o diploma legal que autoriza tal medida estaria revogado à época da autuação e a aplicação da taxa SELIC como fator de correção cumulado com juros, pois estes já estariam incluídos naquela taxa, devendo, portanto, ser afastada a cobrança do percentual de 1% sobre o valor devido, deixamos para a DRJ se manifestar;

- Não há necessidade de perícia uma vez que todas as informações pedidas estão neste relatório fiscal de diligência e seus anexos, na contabilidade e nos Relatórios de Atividades dos anos 2004 a 2006 por nós vistoriados. Ainda assim respondemos

aos quesitos conforme anexo 6 e juntamos a Informação Fiscal no anexo 7; e Foram emitidos anexos 1 a 8.

O contribuinte atravessou Manifestação às fls. 422 a 437, reiterando os argumentos da Impugnação.

A Recorrida analisou a autuação e a impugnação, julgando procedente em parte a autuação, nos termos do Acórdão nº 04-024.618 – 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Campo grande - MS, fls. 453 a 496, conforme Ementa a seguir:

Assunto : Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/06/2004 a 31/03/2005, 01/05/2005 a 31/08/2005 e 01/12/2005 a 31/12/2005.

AI nº 37.193.162-2

Processo administrativo fiscal

O julgamento, no processo administrativo fiscal, consiste na verificação da consentaneidade do lançamento à legislação em vigor.

Contribuição dos segurados

A entidade imune é obrigada a arrecadar as contribuições dos segurados que lhe prestaram serviços, descontando-as da respectiva remuneração.

Juros moratórios

A aplicação dos juros SELIC encontrava-se disciplinada no art. 34 da Lei 8.212/91 e, a partir das alterações introduzidas pela Medida Provisória 449/2008 e Lei 11.941/2009, no art. 35 daquele dispositivo.

Penalidade aplicável

A multa sobre o valor das contribuições previdenciárias, por ocasião do pagamento ou do trânsito em julgado administrativo, ficará sujeita a cálculo de acordo com a Lei 11.941/2009, cujo resultado deverá prevalecer se mais benéfico para o sujeito passivo.

Perícias e Diligências

A autoridade julgadora de primeira pode indeferir fundamentadamente os pedidos de diligências ou perícias, quando entendê-las prescindíveis ou impraticáveis.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

ACÓRDÃO

*Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros da 4ª Turma de Julgamento desta Delegacia, por **unanimidade** de votos, em considerar procedente em parte a impugnação, mantendo em parte o crédito tributário exigido, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.*

Deixa-se de recorrer de ofício em razão do valor exonerado não ultrapassar o limite de alçada, em conformidade com o art. 34 do Decreto 70.235/72, com a redação dada pela Lei 9.532/97, combinado com o art. 1º da Portaria MF/GM 3, de 3 de janeiro de 2008.

Da presente decisão cabe recurso voluntário ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, no prazo de 30 dias da ciência

Observa-se **que a decisão proferida no Acórdão acima, foi pela procedência em parte** em função de:

(i) **Foram retificados os valores** do Salário-Maternidade nas competências 06/2004 a 03/2005 e da contribuição dos segurados, apurada a partir das folhas de pagamento, nas competências 05/2005 e 07/2005.

(ii) **Aplicação da multa de mora mais benéfica com fulcro no comparativo com o art. 41, I, Lei 9.430/1996:**

Entretanto, a disciplina das penalidades aplicáveis às infrações relativas às obrigações previdenciárias, principais e acessórias, foi alterada com a edição da Medida Provisória 449/2008, convertida na Lei 11.941/2009, cujos efeitos foram analisados no Parecer da Procuradoria da Fazenda Nacional CAT/433/2009, opinando esse órgão que, para a aplicação da retroatividade da penalidade mais benéfica nos termos da alínea "c". do inciso II. art. 106, do Código Tributário Nacional, é necessário efetuar a comparação do valor total da penalidade dada pelo caput e pelo § 5º do art. 35, da Lei 8.212/91, com a penalidade dada pelo art. 44, inc. I, da Lei 9.430/96.

Inconformada com a decisão de 1ª instância, **a Recorrente apresentou Recurso Voluntário**, fls. 504 a 533, reiterando os argumentos utilizados em sede de Impugnação, em apertada síntese:

Em sede preliminar

(i) NULIDADE DA DECISÃO ADMINISTRATIVA - NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

No Mérito.

(ii) DECISÃO QUE AFIRMA NÃO HAVER COBRANÇA DA PARTE PATRONAL DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DOCUMENTOS QUE DEMONSTRAM O CONTRÁRIO - ERRO DE DIREITO – REFORMA DA DECISÃO.

(iii) A QUESTÃO DO FUNDAMENTO LEGAL E DO FATO GERADOR - DECISÃO QUE AFIRMA TER SIDO CONCISA A INDICAÇÃO NO AUTO DE INFRAÇÃO.

Afirma a decisão recorrida que foi indicada a fundamentação legal no auto de infração de forma concisa, e por isso não haveria qualquer nulidade.

Não é verdadeira a afirmação da decisão recorrida no sentido de que o relatório FLD discriminou de forma concisa os fundamentos legais da autuação. Basta analisar o relatório FLD para verificar que todos os dispositivos legais aplicáveis às contribuições previdenciárias foram citados e não apenas os artigos 20, 21 e 30 da Lei n. 8.212/91 conforme mencionou a autoridade administrativa.

Como a indicação do fundamento legal do débito deve ser precisa, constata-se que o relatório FLD não retrata a situação destacada pela decisão recorrida, ficando nítido que a justificativa no sentido de que foram citados os dispositivos correlatos à normatização da autuação leva a nulidade do auto de infração, porque toda a legislação que trata de contribuição previdenciária será correlata aos art. 20, 21 e 30 da Lei 8.212/91.

(iv) A EXISTÊNCIA DE DUPLICIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO - DECISÃO ADMINISTRATIVA QUE NÃO SE SUSTENTA.

Em que pese a tentativa da autoridade julgadora de demonstrar que não há duplicidade nos autos de infração lavrados, a análise dos capítulos I (introdução) e II (fatos geradores) do relatório fiscal - auto de infração AI identificados sob os números 37.193.162-2 e 37.193.165-7 demonstram que há identidade na autuação, pois em ambos os casos tratam de exigir o pagamento de "contribuições devidas e não recolhidas correspondentes as remunerações a empregados não declarados em GFIP,

correspondentes às rubricas segurado-empregado (variável conforme a faixa salarial).

(v) A QUESTÃO DAS CONTRIBUIÇÕES QUE SUPOSTAMENTE NÃO FORAM DECLARADAS EM GFIP - AUSÊNCIA DE DESCUMPRIMENTO DE DEVER INSTRUMENTAL PORQUE AS GFIPS FORAM EFETIVAMENTE TRANSMITIDAS.

(vi) A QUESTÃO CONSIDERADA PELA DECISÃO RECORRIDA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO REALIZADA POR CONTRIBUINTE EMPREGADOS

Considerou a decisão recorrida que a recorrente realizou pagamento de prestação de serviços por ela contratados a pessoas físicas (...) ocorre que inúmeros pagamentos foram realizados para pessoa jurídica, conforme o Anexo III do relatório de autuação fiscal, não podendo ser considerado fato gerador de contribuição de trabalhador autônomo.

(vii) IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MULTA e JUROS - AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL - IMPROCEDÊNCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO NESTA PARTE

(viii) IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DA TAXA SELIC E DE JUROS - A QUESTÃO DA PERÍCIA.

Por fim, como ressaltando na preliminar de nulidade da decisão, a realização de prova pericial era de extrema necessidade e importância para a comprovação das alegações da recorrente, e o seu indeferimento impediu que esta conseguisse realizar seu direito de defesa em plenitude.

Outrossim, além de relevante para o deslinde das controvérsias existentes neste processo administrativo, ainda há que se ressaltar que os quesitos formulados são destinados ao perito designado para a realização dos trabalhos, de forma que o fato da autoridade fiscalizadora ou julgadora responde-los, segundo seu entendimento e sua conveniência, não retira a necessidade de realização de tal prova.

Outrossim, como se pode observar das respostas formuladas, todas elas são favoráveis à Administração, o que demonstra que os quesitos precisam ser respondidos por profissional que não tenha interesse no deslinde da controvérsia, pois se respondidos tanto pela autoridade julgadora, quanto pela recorrente, certamente não serão respostas parciais.

Posteriormente, os autos foram enviados ao Conselho, para análise e decisão,
fls. 608.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro , Relator

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 608.

Avaliados os pressupostos, passo para as Questões Preliminares e ao Mérito.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES**(A) Da regularidade do lançamento.**

Analisemos.

Não obstante a argumentação do Recorrente, não confiro razão ao mesmo pois, de plano, nota-se que o procedimento fiscal atendeu a todas as determinações legais, não havendo, pois, nulidade por vício insanável e tampouco cerceamento de defesa.

Foi realizada auditoria-fiscal que resultou no lançamento do Auto de Infração de Obrigação Principal – AIOP, de contribuições destinadas à Seguridade Social correspondente a parte patronal e a de segurados.

Desta forma, conforme o artigo 37 da Lei nº 8.212/91, foi lavrado AIOP nº 37.193.162-2 que, conforme definido no inciso IV do artigo 633 da IN MPS/SRP nº 03/2005, é o documento constitutivo de crédito relativo às contribuições devidas à Previdência Social e a outras importâncias arrecadadas pela SRP, apuradas mediante procedimento fiscal:

(redação à época da lavratura da NFLD nº 37.193.162-2)

Lei nº 8.212/91

Art. 37. Constatado o atraso total ou parcial no recolhimento de contribuições tratadas nesta Lei, ou em caso de falta de pagamento de benefício reembolsado, a fiscalização lavrará notificação de débito, com discriminação clara e precisa dos

fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, conforme dispuser o regulamento.

IN MPS/SRP n° 03/2005

Art. 633. São documentos de constituição do crédito tributário, no âmbito da SRP:

IV - Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD, que é o documento constitutivo de crédito relativo às contribuições devidas à Previdência Social e a outras importâncias arrecadadas pela SRP, apuradas mediante procedimento fiscal;

Pode-se elencar as etapas necessárias à realização do procedimento:

- *A autorização por meio da emissão de TIAF – Termo de Início da Ação Fiscal, o qual contém o Mandado de Procedimento Fiscal – MPF- F, com a competente designação do Auditor-Fiscal responsável pelo cumprimento do procedimento;*
- *A intimação para a apresentação dos documentos conforme Termo de Intimação para Apresentação de Documentos – TIAD, intimando o contribuinte para que apresentasse todos os documentos capazes de comprovar o cumprimento da legislação previdenciária;*
- *A autuação dentro do prazo autorizado pelo referido Mandado, com a apresentação ao contribuinte dos fatos geradores e fundamentação legal que constituíram a lavratura do auto de infração ora contestado, com as informações necessárias para que o autuado pudesse efetuar as impugnações que considerasse pertinentes:*

(a) IPC - Instrução para o Contribuinte, onde constam as instruções necessárias à empresa no tocante ao recolhimento, parcelamento, apresentação de defesa e demais informações;

(b) DAD - Discriminativo Analítico do Débito, que apresenta em cada competência os respectivos salários de contribuição, as alíquotas aplicadas, os valores devidos separados por rubrica, os eventuais créditos gerados por recolhimentos ou deduções e o saldo devido, com todos os valores em moeda originária;

(c) DSD - Discriminativo Sintético do Débito, que apresenta por competência e tipo de levantamento o valor devido em moeda originária, os respectivos acréscimos legais (juros e multa) e o total devido na moeda atual;

(d) RL - Relatório de Lançamentos, que discrimina mês a mês os fatos que deram origem aos débitos objetos da presente Notificação;

(e) RDA - Relatório de Documentos Apresentados, que relaciona por competência e por estabelecimento as parcelas que foram deduzidas das contribuições apuradas resultantes de

recolhimentos, valores espontaneamente confessados e por valores que tenham sido objeto de notificações anteriores;

(f) RADA - Relatório de Apropriação de Documentos Apresentados, que demonstra todos os recolhimentos, parcelamentos e lançamentos ocorridos, tanto nos seus valores totais quanto naqueles apropriados para apuração dos valores deste lançamento;

(g) FLD - Fundamentos Legais do Débito, que identifica a legislação pertinente às contribuições devidas e aos seus respectivos prazos para recolhimento, bem como aos acréscimos legais;

(h) REPLEG - Relatório de Representantes Legais, que identifica os sócios-gerentes / administradores da empresa e seus respectivos períodos de gestão;

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

(j) Relatório Fiscal

Cumpre-nos esclarecer ainda, que o lançamento fiscal foi elaborado nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional, especialmente a verificação da efetiva ocorrência do fato gerador tributário, a matéria sujeita ao tributo, bem como o montante individualizado do tributo devido.

De plano, o art. 142, CTN, estabelece que:

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.”

Analisando-se o AIOP nº 37.193.162-2, tem-se que foi cumprido integralmente os limites legais dispostos no art. 142, CTN.

Ademais, não compete ao Auditor-Fiscal agir de forma discricionária no exercício de suas atribuições. Desta forma, em constatando a falta de recolhimento, face a ocorrência do fato gerador, cumpri-lhe lavrar de imediato a notificação fiscal de lançamento de

débito de forma vinculada, constituindo o crédito previdenciário. O art. 243 do Decreto 3.048/99, assim dispõe neste sentido:

Art.243. Constatada a falta de recolhimento de qualquer contribuição ou outra importância devida nos termos deste Regulamento, a fiscalização lavrará, de imediato, notificação fiscal de lançamento com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, de acordo com as normas estabelecidas pelos órgãos competentes.

(B) Alegações diversas de inconstitucionalidade.

Analisemos.

Não assiste razão à Recorrente pois o previsto no ordenamento legal não pode ser anulado na instância administrativa por alegações de inconstitucionalidade, já que tais questões são reservadas à competência, constitucional e legal, do Poder Judiciário.

Neste sentido, o art. 26-A, caput do Decreto 70.235/1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências:

“Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 1º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 2º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 3º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 4º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 5º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) *súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)*

c) *pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)''(gn).*

Ademais, há a Súmula nº 2 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente veda ao CARF se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de lei tributária.

Súmula CARFnº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

(i) NULIDADE DA DECISÃO ADMINISTRATIVA - NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Analisemos.

Não vislumbro afronta ao direito de defesa da Recorrente pois a decisão de primeira instância fundamentou ser desnecessária a perícia posto que os quesitos apresentados pelo contribuinte estariam já esclarecidos nos autos, conforme se observa às fls. 453 a 496:

PERÍCIA

Diz o art. 18 do Decreto 70.235/72:

Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, in fine.

A perícia requerida pela impugnante é desnecessária, posto que os quesitos apresentados ou são impertinentes ou são de resposta imediata à vista da legislação e dos documentos constantes dos autos, conforme se demonstra a seguir:

1) Tendo em vista os fundamentos fáticos e jurídicos do auto de infração DEBCAD nº 37.193.162-2, existe duplicidade (total ou parcial) de autuação se comparado com o auto de infração DEBCAD nº 37.193.165-7?

R: O auto de infração DEBCAD nº 37.193.162-2 exige a contribuição devida pelos segurados empregados apurada à

vista da diferença entre a base de cálculo informada nas folhas de pagamento e a base de cálculo informada nas GFIPs.

O auto de infração DEBCAD n° 37.193.165-7, por sua vez, exige:

- a) pagamentos pela prestação de serviços por segurados contribuintes individuais, sem vínculo empregatício com a entidade;
- b) pagamentos pela prestação de serviços por segurados empregados à entidade, apurados na contabilidade, não incluídos nas folhas de pagamentos e não declarados em GFIPs;
- c) *glosa de salário família, descontado a maior nas GFIPs:*
- d) pagamentos a empregados que prestaram serviços a Secretaria de Assistência Social da Prefeitura de Campo Grande, apurados a partir de recibos e da contabilidade, e não declarados em GFIPs.

Tratam-se, assim, de bases impositivas diversas, inexistindo possibilidade de ter havido lançamento em duplicidade.

2) O auto de infração contempla a cobrança de contribuições previdenciárias? Caso positivo, o lançamento tributário contemplou as contribuições devidas pelo empregador, pelo empregado ou ambos?

O auto de infração contempla exclusivamente a cobrança da contribuição devida pelos segurados empregados, conforme art. 20 da Lei 8.212. 91. como explicitamente consta da peça fiscal (f. 30 dos autos), textualmente descrito pela autoridade fiscal (f. 57 dos autos) e determinado analiticamente (f. 59-62 dos autos).

3) Caso na resposta ao quesito 02 esteja inserida a contribuição devida pelo empregado, é possível extrair do auto de infração a que título tal contribuição previdenciária está sendo exigida da impugnante?

A contribuição é exigida da impugnante com fundamento no art. 30. inc I. da Lei 8.212/91 (f. 30 dos autos), segundo o qual a empresa é obrigada a arrecadar as contribuições dos segurados empregados e trabalhadores avulsos a seu serviço, descontando-as da respectiva remuneração.

4) Os documentos apresentados são aptos a comprovar que os pagamentos realizados e lançados na contabilidade como "outros pagamentos ou outros serviços de terceiros" são reembolsos e não remuneração?

Quesito impertinente ao lançamento impugnado, que diz respeito unicamente à contribuição devida pelos segurados empregados apurada à vista da diferença entre a base de cálculo informada nas folhas de pagamento e a base de cálculo informada nas GFIP.

5) Houve distribuição de superávit nos exercícios de 2004, 2005 e 2006 quando existente - para os diretores e conselheiros da impugnante?

Quesito impertinente ao lançamento impugnado, que diz respeito unicamente à contribuição devida pelos segurados empregados apurada à vista da diferença entre a base de cálculo informada nas folhas de pagamento e a base de cálculo informada nas GFIP, que não é afetado pela distribuição de superávit para diretores e conselheiros da entidade.

6) Houve aplicação de superávit nos exercícios financeiros de 2004, 2005 e 2006 - quando existente - fora do País?

Quesito impertinente ao lançamento impugnado, que diz respeito unicamente à contribuição devida pelos segurados empregados apurada à vista da diferença entre a base de cálculo informada nas folhas de pagamento e a base de cálculo informada nas GFIP, que não é afetado pela aplicação de superávit fora do país.

7) O resultado operacional da impugnante nos exercícios de 2004, 2005 e 2006 quando positivo - foi aplicado integralmente na manutenção e desenvolvimento dos objetivos institucionais da impugnante?

Quesito impertinente ao lançamento impugnado, que diz respeito unicamente à contribuição devida pelos segurados empregados apurada à vista da diferença entre a base de cálculo informada nas folhas de pagamento e a base de cálculo informada nas GFIP, que não é afetado pela forma de aplicação do resultado operacional da entidade.

8) Os recursos recebidos em decorrência da prestação de serviços pela impugnante foram aplicados integralmente no desenvolvimento e manutenção das atividades da instituição?

Quesito impertinente ao lançamento impugnado, que diz respeito unicamente à contribuição devida pelos segurados empregados apurada à vista da diferença entre a base de cálculo informada nas folhas de pagamento e a base de cálculo informada nas GFIP, que não é afetado pela forma de aplicação dos recursos recebidos pela entidade.

9) Os diretores ou conselheiros da impugnante receberam, nos anos de 2004, 2005 e 2006 algum tipo de remuneração ou benefício econômico em decorrência do exercício dos seus respectivos cargos diretivos nas dependências da impugnante?

Quesito impertinente ao lançamento impugnado, que diz respeito unicamente à contribuição devida pelos segurados empregados apurada à vista da diferença entre a base de cálculo informada nas folhas de pagamento e a base de cálculo informada nas GFIP, que não é afetado pela percepção de remuneração ou benefício econômico pelos conselheiros e diretores da entidade.

10) Os diretores ou conselheiros recebem algum tipo remuneração - a qualquer título - pelo desempenho de suas atividades na instituição, seja em razão do exercício de cargo diretivo, seja em razão de vínculo de emprego?

Quesito impertinente ao lançamento impugnado, que diz respeito unicamente à contribuição devida pelos segurados empregados apurada à vista da diferença entre a base de cálculo informada nas folhas de pagamento e a base de cálculo informada nas GFIP, que não é afetado pela percepção de remuneração ou benefício econômico pelos conselheiros e diretores da entidade.

11) Ao se promover a exportação de dados da Guia da Previdência Social – GPS para a GFIP, o sistema de informática transmite a totalidade dos dados ou há a possibilidade de exportação sem alguns descontos efetuados?

O quesito visa determinar a causa, responsabilidade ou intenção no cometimento da infração tributária, irrelevante no julgamento administrativo à luz do disposto no art. 136 do Código Tributário nacional, segundo o qual "Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato".

12) É possível afirmar se no caso da impugnante houve exportação incorreta de dados?

O quesito visa determinar a causa, responsabilidade ou intenção no cometimento da infração tributária, irrelevante no julgamento administrativo à luz do disposto no art. 136 do Código Tributário nacional, segundo o qual "Salvo disposição c/e lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato".

13) A documentação acostada aos autos, especialmente aquela que se encontra digitalizada em DVD, cujos dados foram fornecidos pela Caixa Econômica Federal, permite a conclusão da autoridade fiscalizadora no sentido de que houve omissão de informações em GFIP e de recolhimento das contribuições previdenciárias devidas ?

A relação de recolhimentos efetuados em contas vinculadas do FGTS é elemento formal e materialmente distinto daqueles adequados para comprovar o cumprimento do dever instrumental de apresentar as Guia de Recolhimento do FGTS e de Informações à Previdência Sócia - GFIP, qual seja. o recibo da declaração e seu correspondente relatório nos quais constem a informação correta.

Como tratado no item pertinente deste voto. as informações relativas às contribuições previdenciárias devem ser informadas de forma correta e completa em cada retificadora apresentada, enquanto que as relativas ao FGTS podem ser efetuadas de forma complementar. Assim, é perfeitamente possível que os depósitos efetuados ao FGTS estejam corretos, mas a GFIP, original ou retificadora, omite informações ou as apresente de forma incorreta, no que toca às informações prestadas para a Previdência Social.

14) Os documentos acostados aos autos permitem concluir que todos os pagamentos realizados a terceiros são decorrentes de remuneração de trabalhadores vinculados à impugnante?

Quesito impertinente ao lançamento impugnado, que diz respeito unicamente à contribuição devida pelos segurados empregados apurada à vista da diferença entre a base de cálculo informada nas folhas de pagamento e a base de cálculo informada nas GFIP.

15) Dos recibos que foram considerados como pagamento de remuneração pela autoridade fiscalizadora existem pagamentos realizados a pessoas jurídicas ou a fornecedores e prestadores de serviços que não tem relação de emprego com a impugnante?

Quesito impertinente ao lançamento impugnado, que diz respeito unicamente a contribuição devida pelos segurados empregados apurada à vista da diferença entre a base de cálculo informada nas folhas de pagamento e a base de cálculo informada nas GFIP

16) Os documentos apresentados são aptos a comprovar que os pagamentos realizados e lançados na contabilidade como "outros pagamentos ou outros serviços de terceiros" também são decorrentes de reembolsos e não remuneração?

Quesito impertinente ao lançamento impugnado, que diz respeito unicamente à contribuição devida pelos segurados empregados apurada à vista da diferença entre a base de cálculo informada nas folhas de pagamento e a base de cálculo informada nas GFIP.

17) É possível determinar a quantidade de empregados e/ou autônomos que não teriam sido declarados em GFIP?

Quesito impertinente ao lançamento impugnado, que diz respeito unicamente à contribuição devida pelos segurados empregados apurada à vista da diferença entre a base de cálculo informada nas folhas de pagamento e a base de cálculo informada nas GFIP.

Eventual falta de declaração de empregados e ou autônomos na GFIP não foi objeto de lançamento de contribuição ou de penalidade no auto de infração com DEBCAD n° 37.193.162-2.

Repita-se que o lançamento com DEBCAD n° 37.193.162-2 exige apenas as contribuições informadas nas folhas de pagamento da entidade, mas não declaradas em GFIP e não recolhidas através de GPS.

Para melhor esclarecimento, consulte-se também a resposta do quesito 13.

Diante do exposto, não prospera a alegação da Recorrente.

DO MÉRITO

(ii) DECISÃO QUE AFIRMA NÃO HAVER COBRANÇA DA PARTE PATRONAL DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DOCUMENTOS QUE DEMONSTRAM O CONTRÁRIO - ERRO DE DIREITO – REFORMA DA DECISÃO.

Analisemos.

A Recorrente argumenta que há a cobrança de parte patronal, no entanto, tal não procede, senão vejamos.

Trata-se de Recurso Voluntário, fls. 504 a 533, interposto pela Recorrente – SELETA SOCIEDADE CARITATIVA E HUMANITÁRIA contra Acórdão nº 04-024.618 – 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Campo grande - MS, fls. 453 a 496, que julgou procedente em parte a autuação por descumprimento de obrigação principal, Auto de Infração de Obrigação Principal – AIOP nº. 37.193.162-2, às fls. 01, com valor consolidado inicial de R\$ 188.291,01, retificado para R\$ 108.408,89.

O crédito previdenciário se refere às contribuições previdenciárias destinadas à Seguridade Social referente às contribuições parte dos segurados, devidas e não recolhidas à Seguridade Social correspondentes às remunerações a empregados não declarados em GFIP - Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social, no período de 06/2004 a 12/2005.

Neste sentido, conforme inclusive já ressaltado na decisão de primeira instância às fls. 453 a 496, observa-se no Relatório Discriminativo Analítico de Débito – DAD que não há a cobrança de parte patronal, sendo que em cada competência o valor da contribuição, as deduções aplicáveis e o crédito considerado favoravelmente ao contribuinte, consistindo a exigência na diferença entre estas rubricas, que estão claramente indicadas.

Diante do exposto, não prospera a argumentação da Recorrente.

(iii) A QUESTÃO DO FUNDAMENTO LEGAL E DO FATO GERADOR - DECISÃO QUE AFIRMA TER SIDO CONCISA A INDICAÇÃO NO AUTO DE INFRAÇÃO.

Afirma a decisão recorrida que foi indicada a fundamentação legal no auto de infração de forma concisa, e por isso não haveria qualquer nulidade.

Não é verdadeira a afirmação da decisão recorrida no sentido de que o relatório FLD discriminou de forma concisa os fundamentos legais da autuação. Basta analisar o relatório FLD para verificar que todos os dispositivos legais aplicáveis às

contribuições previdenciárias foram citados e não apenas os artigos 20, 21 e 30 da Lei n. 8.212/91 conforme mencionou a autoridade administrativa.

Como a indicação do fundamento legal do débito deve ser precisa, constata-se que o relatório FLD não retrata a situação destacada pela decisão recorrida, ficando nítido que a justificativa no sentido de que foram citados os dispositivos correlatos à normatização da autuação leva a nulidade do auto de infração, porque toda a legislação que trata de contribuição previdenciária será correlata aos art. 20, 21 e 30 da Lei 8.212/91.

Analisemos.

Este tópico já está analisado no item (A), na qual considero não haver máculas à regularidade do lançamento.

Ademais, o Relatório Fundamentos Legais do Débito – FLD, às fls. 30 a 31, informou ao contribuinte os dispositivos legais que fundamentam o lançamento efetuado, de acordo com a legislação vigente à época de ocorrência dos fatos geradores.

Diante do exposto, não prospera a argumentação da Recorrente.

(iv) A EXISTÊNCIA DE DUPLICIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO - DECISÃO ADMINISTRATIVA QUE NÃO SE SUSTENTA.

Em que pese a tentativa da autoridade julgadora de demonstrar que não há duplicidade nos autos de infração lavrados, a análise dos capítulos I (introdução) e II (fatos geradores) do relatório fiscal - auto de infração AI identificados sob os números 37.193.162-2 e 37.193.165-7 demonstram que há identidade na autuação, pois em ambos os casos tratam de exigir o pagamento de "contribuições devidas e não recolhidas correspondentes as remunerações a empregados não declarados em GFIP, correspondentes às rubricas segurado-empregado (variável conforme a faixa salarial).

Analisemos.

Este tópico já foi integralmente debatido em sede de decisão de primeira instância, na qual não se acolheu o argumento do contribuinte de que haveria duplicidade do presente AIOP nº 37.193.162-2 em relação a outro AIOP nº 37.193.165-7:

“Tais fatos geradores não se confundem com os do lançamento aqui analisado, que, como estabelecido inicialmente, diz respeito

à diferença entre os valores dos salários de contribuição dos segurados empregados, registrados em folha de pagamento, mas não declarados em GFIPs nem recolhidos em GPS.

(...) O lançamento combatido no presente processo difere daquele efetuado mediante o auto de infração com DEBCAD nº 37.193.165-7, como já visto neste voto, pois referem-se a fatos geradores distintos, ainda que ocorridos nas mesmas competências e se refiram também à contribuição devida por empregados, embora naquele auto se exija, adicionalmente, contribuição devida por contribuintes individuais.

O caráter distintivo, como se verifica com facilidade compulsando as peças fiscais, é que naquele lançamento a exigência decorre de fatos geradores registrados em documentos e contabilidade, mas não incluídos na folha de pagamento.”

Neste sentido, a decisão de primeira instância esclarece que foi também lavrado o auto de infração - AIOP nº 37.193.165-7, que foi objeto de impugnação pela entidade, de que resultou a formalização do processo nº 14120.000155/2009-31, e no qual são exigidas as contribuições correspondentes aos seguintes fatos geradores:

- a) pagamentos pela prestação de serviços por segurados contribuintes individuais, sem vínculo empregatício com a entidade;*
- b) pagamentos pela prestação de serviços por segurados empregados à entidade, apurados na contabilidade, não incluídos nas folhas de pagamentos e não declarados em GFIPs;*
- c) glosa de salário família, descontado a maior nas GFIPs;*
- d) pagamentos a empregados que prestaram serviços à Secretaria de Assistência Social da Prefeitura de Campo Grande, apurados a partir de recibos e da contabilidade, e não declarados em GFIPs.*

Diante do exposto, não prospera a argumentação da Recorrente.

(v) A QUESTÃO DAS CONTRIBUIÇÕES QUE SUPOSTAMENTE NÃO FORAM DECLARADAS EM GFIP - AUSÊNCIA DE DESCUMPRIMENTO DE DEVER INSTRUMENTAL PORQUE AS GFIPS FORAM EFETIVAMENTE TRANSMITIDAS.

Analisemos.

O crédito previdenciário se refere às contribuições previdenciárias destinadas à Seguridade Social referente às contribuições parte dos segurados, devidas e não recolhidas à Seguridade Social correspondentes às remunerações a empregados não declarados em GFIP -

Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social, no período de 06/2004 a 12/2005.

Ou seja, conforme o Relatório Fiscal, às fls. 56 a 58, as contribuições previdenciárias foram apuradas a partir de documentos e lançamentos contábeis, mas não recolhidas ou declaradas em GFIP.

Este tópico também já foi integralmente debatido em sede de decisão de primeira instância, na qual não e acolheu o argumento do contribuinte de que as GFIP foram efetivamente transmitidas, em que pesem não atenderem ao disposto no manual do SEFIP ocasionando um processamento incorreto.

A argumentação da Recorrente se centra no sentido de que por problemas gerados por seu próprio processamento das folhas de pagamento viu-se obrigada a fazer retificação das GFIPs já apresentadas, informando apenas os dados alterados. Ao assim proceder, as GFIPs originais foram incorretamente (em seu entender) substituídas pela GFIPs retificadoras, que continham apenas informações adicionais.

Não obstante tal argumentação da Recorrente, conforme inclusive já ressaltado em sede de decisão de primeira instância, com a versão 8 do sistema SEFIP, a partir de 11.11.2005, foi criado o conceito de "GFIP retificadora" para a Previdência Social, obrigando a informação da totalidade de trabalhadores, bases de cálculo e outros dados destinados à Previdência, sempre que houver uma complementação para o FGTS e/ou retificação de dados ou valores.

Desta forma, a Recorrente deveria ter transmitido a GFIP retificadora com a totalidade dos dados e não ter transmitido apenas os dados a serem retificados. Portanto, restou comprovado que a Recorrente não atendeu os requisitos do sistema SEFIP 8, fato que ocasionou diferenças na GFIP transmitida pela Recorrente.

Diante do exposto, não prospera a argumentação da Recorrente.

(vi) A QUESTÃO CONSIDERADA PELA DECISÃO RECORRIDA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO REALIZADA POR CONTRIBUINTES EMPREGADOS

Considerou a decisão recorrida que a recorrente realizou pagamento de prestação de serviços por ela contratados a pessoas físicas (...) ocorre que inúmeros pagamentos foram realizados para pessoa jurídica, conforme o Anexo III do relatório de autuação fiscal, não podendo ser considerado fato gerador de contribuição de trabalhador autônomo.

Analisemos.

A Recorrente alega que efetuou vários pagamentos a pessoas jurídicas, o que não poderia ser considerado como fato gerador de pagamentos a autônomos.

Não obstante tal argumentação da Recorrente, a mesma se encontra prejudicada pois o presente crédito previdenciário se refere à contribuições parte dos segurados empregados.

Diante do exposto, não prospera a argumentação da Recorrente.

(vii) IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MULTA e JUROS - AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL - IMPROCEDÊNCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO NESTA PARTE

Analisemos.

Esta Colenda Turma de Julgamento vem se posicionando reiteradamente, por maioria, em relação ao recálculo dos acréscimos legais, para que se **recalcule a multa de mora, com base na redação dada pela lei 11.941/2009 ao artigo 35 da Lei 8.212/91, com a prevalência da mais benéfica ao contribuinte:**

A multa de mora aplicada teve por base o artigo 35 da Lei 8.212/91, que determinava aplicação de multa que progredia conforme a fase e o decorrer do tempo e que poderia atingir 50% na fase administrativa e 100% na fase de execução fiscal.

Ocorre que esse artigo foi alterado pela Lei 11.941/2009, que estabeleceu que os débitos referentes a contribuições não pagas nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que estabelece multa de 0,33% ao dia, limitada a 20%.

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

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

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

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido

fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

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

Ressalva-se a posição do Relator, posição vencida nesta Colenda Turma, na qual se deve determinar o recálculo dos acréscimos legais na forma **de juros de mora** (com base no art. 35, Lei 8.212/1991 c/c art. 61, § 3º Lei 9.430/1996 c/c art. 5º, § 3º Lei 9.430/1996) **e da multa de ofício** (com base no art. 35-A, Lei 8.212/1991 c/c art. 44 Lei 9.430/1996), com a prevalência dos acréscimos legais mais benéficos ao contribuinte.

No entanto, a decisão de primeira instância já considerou o recálculo da multa de mora, se mais benéfico ao contribuinte, com fulcro no art. 44, Lei 9.430/1996:

“Entretanto, a disciplina das penalidades aplicáveis às infrações relativas às obrigações previdenciárias, principais e acessórias, foi alterada com a edição da Medida Provisória 449/2008, convertida na Lei 11.941/2009, cujos efeitos foram analisados no Parecer da Procuradoria da Fazenda Nacional CAT/433/2009, opinando esse órgão que, para a aplicação da retroatividade da penalidade mais benéfica nos termos da alínea "c". do inciso II. art. 106, do Código Tributário Nacional, é necessário efetuar a comparação do valor total da penalidade dada pelo caput e pelo § 5º do art. 35, da Lei 8.212/91, com a penalidade dada pelo art. 44, inc. I, da Lei 9.430/96.”

Diante do exposto, a decisão de primeira instância deve ser mantida pois é idêntica à posição, por maioria, adotada por esta Colenda Turma.

(vii) IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DA TAXA SELIC E DE JUROS - A QUESTÃO DA PERÍCIA.

Por fim, como ressaltando na preliminar de nulidade da decisão, a realização de prova pericial era de extrema necessidade e importância para a comprovação das alegações da recorrente, e o seu indeferimento impediu que esta conseguisse realizar seu direito de defesa em plenitude.

Outrossim, além de relevante para o deslinde das controvérsias existentes neste processo administrativo, ainda há que se ressaltar que os quesitos formulados são destinados ao perito designado para a realização dos trabalhos, de forma que o fato da autoridade fiscalizadora ou julgadora responde-los, segundo seu entendimento e sua conveniência, não retira a necessidade de realização de tal prova.

Outrossim, como se pode observar das respostas formuladas, todas elas são favoráveis à Administração, o que demonstra que os quesitos precisam ser respondidos por profissional que não tenha interesse no deslinde da controvérsia, pois se respondidos tanto pela autoridade julgadora, quanto pela recorrente, certamente não serão respostas parciais.

Analisemos.

Em relação ao pedido de perícia, o mesmo já foi analisado no tópico (i) na qual não se deu provimento à pretensão da Recorrente pelos motivos expostos.

Resta por analisar a questão da Taxa SELIC e dos juros.

Insurge-se a recorrente contra a aplicação da taxa SELIC ao argumento de que seria ilegal. Registre-se, porque importante, que a legislação de regência, sobretudo a Lei nº 8.212/91, afasta literalmente os argumentos erguidos pelo recorrente.

De fato, as contribuições sociais arrecadadas estão sujeitas à incidência da taxa referencial SELIC - Sistema Especial de Liquidação e de Custódia, nos termos do artigo 34 da Lei nº 8.212/91:

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)

Neste sentido, há a Súmula nº 4 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente estabelece a aplicação da taxa SELIC.

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.

Nesse contexto, correta a aplicação da taxa SELIC como juros de mora, com fulcro no artigo 34 da Lei nº 8.212/91, na redação anterior à dada pela Lei 11.941/2009.

Em relação aos acréscimos legais – juros, o Relatório Fundamentos do Débito – FLD às fls. 31, apresentou toda a fundamentação legal para a incidência de juros:

602 - ACRÉSCIMOS LEGAIS - JUROS

602.07 - Competências : 06/2004 a 12/2004, 01/2005 a 03/2005, 05/2005, 07/2005 a 08/2005, 13/2005 Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 34 (restabelecido com a redação dada pela MP n. 1.571, de

01.04.97, art. 1., e reedições posteriores até a MP n. 1.523-8, de 28.05.97, e reedições, republicada na MP n. 1.596-14, de 10.11.97, convertidas na Lei n. 9.528, de 10.12.97); Regulamento da Organização do Custeio da Seguridade Social - ROCSS, aprovado pelo Decreto n. 2.173, de 05.03.97, art. 58, I, "a", "b", "c", parágrafos 1., 4. e 5. e art. 61, parágrafo único; Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 06.05.1999, art. 239, II, "a", "b" e "c", parágrafos 1., 4. e 7. e art. 242, parágrafo 2.; **CALCULO DOS JUROS: JUROS CALCULADOS SOBRE O VALOR ORIGINÁRIO, MEDIANTE A APLICAÇÃO DOS SEGUINTE PERCENTUAIS: A) 1% (UM POR CENTO) NO MÊS SUBSEQÜENTE AO DA COMPETÊNCIA; B) TAXA MEDIA MENSAL DE CAPTAÇÃO DO TESOUREO NACIONAL RELATIVA A DIVIDA MOBILIÁRIA FEDERAL / TAXA REFERENCIAL DO SISTEMA ESPECIAL DE LIQUIDAÇÃO E DE CUSTODIA - SELIC, NOS RESPECTIVOS PERÍODOS; C) 1% (UM POR CENTO) NO MÊS DO PAGAMENTO.**

Assim, não há que se falar em improcedência na exigência dos juros e multas presentes no lançamento. Diante do exposto, não prospera a argumentação da Recorrente.

MULTA DE MORA

Esta Colenda Turma de Julgamento vem se posicionando reiteradamente, por maioria, em relação ao recálculo dos acréscimos legais, para que se **recalcule a multa de mora, com base na redação dada pela lei 11.941/2009 ao artigo 35 da Lei 8.212/91, com a prevalência da mais benéfica ao contribuinte:**

A multa de mora aplicada teve por base o artigo 35 da Lei 8.212/91, que determinava aplicação de multa que progredia conforme a fase e o decorrer do tempo e que poderia atingir 50% na fase administrativa e 100% na fase de execução fiscal.

Ocorre que esse artigo foi alterado pela Lei 11.941/2009, que estabeleceu que os débitos referentes a contribuições não pagas nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que estabelece multa de 0,33% ao dia, limitada a 20%.

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

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

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

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

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

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

Ressalva-se a posição do Relator, posição vencida nesta Colenda Turma, na qual se deve determinar o recálculo dos acréscimos legais na forma **de juros de mora** (com base no art. 35, Lei 8.212/1991 c/c art. 61, § 3º Lei 9.430/1996 c/c art. 5º, § 3º Lei 9.430/1996) **e da multa de ofício** (com base no art. 35-A, Lei 8.212/1991 c/c art. 44 Lei 9.430/1996), com a prevalência dos acréscimos legais mais benéficos ao contribuinte.

CONCLUSÃO

Voto no sentido de CONHECER do recurso, NO MÉRITO, dar provimento parcial ao recurso para que se recalcule a multa de mora, com base com o disposto no art. 35, caput, da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/2009 (art. 61, da Lei no 9.430/96), prevalecendo o valor mais benéfico ao contribuinte.

É como voto.

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro