



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

Processo nº 14120.000324/2009-32
Recurso nº 111.111 Voluntário
Acórdão nº 2403-001.561 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de agosto de 2012
Matéria LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente QUALIDADE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/11/2004 a 31/03/2007

PREVIDENCIÁRIO. DO CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA

Não se configura cerceamento do direito de defesa se o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação se encontraram plenamente assegurados e praticados.

AFERIÇÃO INDIRETA

A fiscalização previdenciária tem suporte legal para apurar as importâncias devidas por meio de arbitramento quando houver recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, constituindo-se em presunção legal relativa, cumprindo ao contribuinte o ônus da prova em contrário.

DA COMPETÊNCIA PARA FISCALIZAR

as Súmulas nº 6 e 27 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF pacificaram a questão na forma respectivamente transcrita: “ É legítima a lavratura de auto de infração no local em que foi constatada a infração, ainda que fora do estabelecimento do contribuinte.” e “ É válido o lançamento formalizado por Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil de jurisdição diversa da do domicílio tributário do sujeito passivo.”

DA ALEGAÇÃO DE DECADÊNCIA

Em se tratando de lançamento de crédito apurado em decorrência de fraude, há que se aplicar a exceção prevista no § 4º do artigo 150 do Código Tributário NACIONAL CNT, contando-se, assim, o prazo decadencial a partir do 1º dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído, conforme artigo 173, I, também do Código Tributário Nacional.

LANÇAMENTO. FATO GERADOR. LEI DE REGÊNCIA.

O artigo 144 do Código Tributário Nacional-CTN aduz que o lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente.

MULTA DE MORA

As contribuições sociais, pagas com atraso, ficam sujeitas à multa de mora prevista artigo 35 da Lei 8.212/91 na forma da redação dada pela Lei nº 11.491, 2009. Os débitos com a União decorrentes das contribuições sociais e 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, na forma da redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009, 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.

MULTA MAIS BENÉFICA.

Considerando o princípio da retroatividade benigna previsto no art. 106, inciso II, alínea “c”, do Código Tributário Nacional, cabe aplicar multa menos gravosa.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de voto, dar provimento parcial ao recurso para determinar o recálculo da multa de mora, de acordo com o disposto no art. 35, caput, da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/2009 (art. 61, da Lei nº 9.430/96), prevalecendo o valor mais benéfico ao contribuinte. Vencido o conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro na questão da multa de mora

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente

Ivacir Júlio de Souza - Relator

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

Relatório

A instância ad quod produziu o Relatório abaixo que li, compulsei com os autos e tendo corroborado, com grifos de minha autoria, o transcrevi na íntegra:

“ Trata-se do AIOP DEBCAD n.º 37.256.604-9, lavrado pelo auditor fiscal Moacir Vieira Cardoso, em face do sujeito passivo acima identificado e consolidado em 03/12/2009, no valor total de R\$ 168.100,58. O crédito lançado é relativo às contribuições previdenciárias descontadas pela empresa dos segurados empregados e contribuintes individuais que lhe prestaram serviços no período do lançamento, apuradas com base nas diferenças entre folha de pagamento e GFIP, conforme o Relatório Fiscal de fls. 25/30.

DA IMPUGNAÇÃO

Assevera o contribuinte que não pode prevalecer o AIOP, aduzindo em síntese que:

1 – Há vício formal no lançamento em decorrência da ausência dos Anexos do Relatório Fiscal, que não foram entregues ao impugnante;

2 - faz prova de que os anexos do relatório fiscal não foram entregues ao autuado o "recibo de arquivos entregues ao contribuinte", em que consta, expressamente, que, para o AI 35.256.604-9, foram entregues apenas: AI, IPC, DD, RDA, FLD E VÍNCULOS;

3 - sem os anexos do REFISC fica impossível saber quais seriam os fatos geradores da obrigação previdenciária e qual a razão do A.I .

4 – o auditor não afirma com clareza onde buscou os dados para sustentar o A.I, não permitindo, assim, que o impugnante defenda-se condignamente.

5 - o auditor não informa como ele sabe da diferença de folha de pagamento ou das retenções em folha de pagamento;

6 - faz-se mister que o Auditor esclareça quais documentos foram por ele manuseados para se chegar ao exorbitante valor do A.I, quais são os segurados fora da folha e que relação eles têm com a autuada, quais documentos foram analisados para se chegar ao valor de "RETENÇÃO FOLHA DE PAGAMENTO";

7 – Não lhe foi oferecido, em todo o processo, oportunidade da ampla defesa e do

contraditório;

8- ocorre vício formal em razão da ausência de competência para fiscalizar empresa, que tem domicílio fiscal em São Paulo, sendo que ficou extinto o estabelecimento que se localizava na Av. Principal, I, 855, em Campo Grande-MS;

9 – a contribuição previdenciária é tributo sujeito a lançamento por homologação (Art. 150, caput, CTN). Assim, para o período anterior a novembro/2004, faz-se mister seja reconhecida a prescrição; 10 - O Art. 148 do CTN explicita que o arbitramento só é cabível quando sejam omissos ou não mereçam fé os documentos apresentados pelo sujeito passivo, o que não é o caso. Sendo que, além disso, este arbitramento deve ser feito considerando-se, no mínimo, a busca da verdade real;

DO PEDIDO

Requer a impugnante:

1 – Seja declarada a nulidade do Auto de Infração.”

DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Após analisar aos argumentos da impugnante, na forma do registro de fls.476, a 4ª Turma da Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil de Belo Horizonte – MG - DRJ/CGE, em 10 de novembro de 2011, exarou o Acórdão nº 04-26.508 , mantendo procedente o lançamento .

DO RECURSO

Irresignada, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário, onde reiterou as alegações que fizera em instancia “*ad quod*” .

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Ivacir Júlio de Souza, Relator

DA TEMPESTIVIDADE

Conforme registro nos autos, o recurso é tempestivo. Aduz que reúne os pressupostos de admissibilidade.

DAS PRELIMINARES

DO QUORUM PARA DELIBERAÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA

A recorrente reiterou na íntegra a impugnação introduzindo preliminar de que a composição da turma não obedeceu a legislação de regência do assunto (Art. 2º da Portaria 58 do MF), na medida em que a Recorrente foi julgada por quatro, e não cinco, julgadores).

De fato na forma do art. 2º as Delegacias de Julgamento - DRJs são constituídas por turmas, cada uma delas integrada por cinco julgadores, entretanto não há impedimento de deliberar em razão de estando a turma composta por quatro julgadores. Este total é regimental conforme o artigo 13 da referida portaria:

“ Art. 13. Somente pode haver deliberação quando presente a maioria dos membros da turma, sendo essa tomada por maioria simples, cabendo ao presidente, além do voto ordinário, o de qualidade.”

Assim, não dou provimento aos argumentos colacionados.

DO VÍCIO FORMAL

Reitera que o Auto de infração estaria maculado de Vício Formal em razão da ausência de Relatório Fiscal o que representaria prejuízo ao contraditório. Sem os anexos REFISC fica impossível examinar quais seriam os fatos geradores da obrigação previdenciária, aliás, sem este documento não há sequer como se saber qual a razão deste A.I. ou quais critérios utilizados pelo Sr. Fiscal para o arbitramento da Base de Cálculo do tributo. Esse relapso do Auditor Fiscal tornou essa defesa completamente comprometida.

Contrapondo as alegações supra, consta que anexos mencionados pela recorrente foram-lhe entregues, o que se pode constatar pela declaração firmada pelo próprio contribuinte, em 15/12/2009, ao receber o Auto de Infração, fl.02, nos seguintes termos:

“DECLARO-ME CIENTE DESTES AUTOS DE INFRAÇÃO E ANEXOS DOS QUAIS RECEBI A 2ª VIA”.

Aduz que os anexos os quais recebera são discriminados no mesmo documento tal como abaixo se transcreve, incluindo o Relatório Fiscal:

“ A discriminação dos fatos geradores, das contribuições devidas, dos períodos a que se referem e a fundamentação legal constam expressamente dos seguintes anexos, os quais fazem parte integrante deste Auto:

IPC Instruções para o Contribuinte

DD Discriminativo do Débito

RDA Relatório

de Documentos Apresentados

RADA Relatório

de Apropriação de Documentos Apresentados

FLD Fundamentos Legais do Débito

VÍNCULOS Relatório

de Vínculos

REFISC Relatório

Fiscal ” (grifos de minha autoria)

Também às fls. 421/428 consta colacionado documento ASSINADO PELA Recorrente, através do mesmo procurador que assinou o Auto de Infração , na mesma data em 15/12/2009 que comprova o recebimento dos arquivos digitais contendo o Relatório Fiscal e os anexos que ora a Recorrente nega tê-lo feito:

“ E:\Relatorios Fiscais e Dccumerrtos\AIOA423V>

REFISC 423.pdf

E:\Relatorios Fiscais a Documenk»\AIOA423\I 1

TIAPDF

E:\Relatórios Fiscais e Dc«jmentosWOA423\I 2

JUSTIFICATIVA AO TIPF.pdf

E:\Vteratartos Fiscais e Dcojmen«os\AIOA423\I.3

MPBAPDF

ErttRelatórios Fiscais e l>»JMCMDS\AIOM23\I.4

Termo DE Constatação e mtimacao.PDF

E:\Relat6rtos Fiscais e Doamentos\AIOA423VI.5

CONTRATO SOCIAL E ALTERACOES.pdf

E:\Retetórtas Fiscais e Drxurnentos\AIOA423\2

TOTAIS DA FOLHA E DA GRP.POF

ErWRelatórios Fiscais e L>)cumen4os\ArOA423\3

RECIBOS EMPREGADOS FORA DA FOLHA.doc

E:\Retatorios Fiscais e Dcurrerrtr^\AtOA423\4

RECIBOS CONTINDPV FORA DA FOLHA.doc

*E:\Retatório Fiscais e Drxumentos\AIOA423\5RECIBOS
RETIRADA PRCWLABORE.OOC*

E:\Rela»6rtos Fiscais e Docutrentos\AIOA423\0

RECIBOS TRANP ROD AUTONOMOS.doc

E:\Relalórios Fiscais e

Dorjurnentos\AIOA423\ANEXO 1.doc

E:\Retert6rios Fiscais e

Drijumento6\AIOA423\ANEXO 2.doc

E:\Reiatória Fiscais e

Documenkis\AIOA423>ANEXO 3 doe

E:\NRelat6rios Fiscais e

Dc<wm6r*e«\AIOM23\ANEXO 4.doc

E:\Relat6rtos Fiscais e

DocumentosV\IOA423\ANEXO 5.doc

E'\Reia»rios Fiscais e

Documertos\AJOA423\ANEXO 6.doc

E:\Relat6rios Rscais e RJOCUMENTDS\AIOA424V0

REFISC424.doc

E:\SRelat6rios Fiscais e Documentos\AIOA424\1 1

TIAF.PDF

E.WRetatórios Fiscais e Documentos\AJQM24\1.2

JUSTIRCATIVA AO TIPF.pdf

E:\Retatórios Rscais e Documentos\AIOA424\1.3

MPBAPDF

E.A\Relat6rios Fiscais e Documentos\AIOA424M.4

Termo de Constatação e rntimacao.pdf

E:\VRelat6rios Fiscais e DocumantDS\AIOA424\1.5

CONTRATO SOCIAL E AI_TERACOES.pdf

E:\VRelatorios Fiscais e

Documentos\AIOA424\ANEXO I.doc "

Não bastasse tudo o que foi exposto, os referidos anexos constam colacionados às fls. 75 a 96 subsidiado por farta documentação dispostas ao longo das fls. 97 a 419.

Assim, o por descabida e insustentável é desprovida a alegação .

DA DECADÊNCIA

É certo que a Recorrente fora notificada em 15/12/2009. Alega o contribuinte que a contribuição previdenciária é tributo sujeito a lançamento por homologação, assim, para o período anterior a novembro/2004, deve ser reconhecida a decadência.

Em diversos votos de minha relatoria, diante de situações semelhantes, tendo havido os denominados “pagamentos antecipados” como no caso presente, tenho manifestado que a não aplicação do artigo 150 , § 4º para o reconhecimento da decadência para os tributos lançados por homologação requer seja comprovada as hipóteses previstas na parte final do comando do sobredito § 4º, isto é seja comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação :

“ § 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de 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.”(grifos de minha autoria)

A questão não pode ser determinada por simples indícios ou meramente em razão de a autoridade lançadora ter feito juízo de valor aplicando seu senso pessoal muitas vezes conjugando variáveis subjetivas que nos fóruns penais próprios não logram prosperar.

Assim há que ser comprovada a conduta ilícita. No caso em tela, neste quesito em particular, a autoridade fiscal procedeu a motivação e conduziu o processo probante de forma inquestionável na forma dos itens 4 a 7.6 do 4 a 7.6 do Relatório Fiscal de fls. 25, aqui intencionalmente grafado com maiúsculas.

Aduz o Relatório supra que :

“ 4. Depois de reiteradas solicitações o sujeito passivo protocolou o expediente 2009/00007496 em 28/08/2009 recepcionado como JUSTIFICATIVAS ao não atendimento da intimação do TIAF. Nesta peça o sujeito passivo alega, dentre outras, a impossibilidade de atender a intimação para apresentação de documentos porque: a) "todos os documentos" foram apreendidos pela Polícia Federal, b) a empresa encerrou suas atividades em junho de 2005.

TERMO DE CONSTATAÇÃO E INTIMAÇÃO.

5. Refutando as "justificativas" do sujeito passivo foi expedido Termo de Constatação e Intimação comunicando: a) que no cumprimento do Mandado de Busca e Apreensão nº 438/2004SC03 expedido nos autos do processo nº 2004.60.00.0087470, no interesse do IPL 319/02/DPF/MS realizado em dezembro de 2004 foram arrecadados documentos

até o exercício de 2004, não alcançando os exercícios de 2005, 2006 e 2007, b) a existência nos sistemas corporativos da Receita Federal do Brasil como GFIP, RAIS, DIPJ, CNIS, de informações prestadas pelo sujeito passivo comprovantes de ocorrência de fatos geradores nos anos de 2005, 2006 e 2007. Afastadas as alegações ratificou-se a intimação para apresentação de documentos.

V. OCORRÊNCIA DE FRAUDE, SIMULAÇÃO OU DOLO.

6. Como tratado em diversos artigos do Código Tributário (149, VII, 150, § 4 e, 154, parágrafo único) e na Lei nº 8.137/90 que define os crimes contra a ordem tributária (art. 1º Q, II, e art. 2º Q, I) a fraude tributária se materializa no emprego de ardis e estratégias para ludibriar a autoridade fiscal. A simulação prevista no art. 150 do CTN traduz-se pela falta de correspondência entre o ato praticado e o formalizado encerrando uma declaração enganosa visando a produzir efeito diverso do fato ocorrido. De acordo com o art. 18, Inciso I, do Código Penal (Decreto-Lei nº 2848/40), crime doloso é aquele em que o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo, isto é, o dolo é elemento subjetivo da fraude e da simulação.

7. É o que se comprova no exame das Folhas de Pagamento referentes aos meses de janeiro a outubro de 2004 entregues pela empresa em meio digital com os documentos recolhidos na busca e apreensão. Nas folhas de pagamento acham-se discriminados os valores pagos a empregados e contribuintes individuais, no entanto, os documentos de caixa apreendidos materializam omissão que impediram ou retardaram total ou parcialmente o conhecimento da ocorrência dos fatos geradores, a saber:

7.1. **RECIBOS.** Especificam o valor, a natureza e os beneficiários de pagamentos suplementares às folhas de pagamento, isto é, estes fatos geradores foram sonegados ao fisco mediante apresentação do documento Folha de Pagamento com informações comprovadamente enganosas.

7.2. **CÓPIAS DE CHEQUE.** Comprovam que os valores discriminados nos ditos "RECIBOS" foram efetivamente recebidos pelos beneficiários (empregados e contribuintes individuais) através de cheques nominais, sem que estes valores fossem discriminados na folha de pagamento apresentada.

7.3. **RAZÃO ANALÍTICO GERENCIAL.** Consta o número de ordem dos "RECIBOS" e do cheque, com a discriminação de que a verba recebida pelos sócios Jaime Vallér e Getúlio Flores investidos na função de diretores administrativos foi paga a título de RETIRADA PROLABORE", não registrada na folha de pagamento apresentada.

7.4. **CONTROLLER RELAÇÃO DE BAIXAS.** Demonstra o número de ordem dos "RECIBOS" e a discriminação de que a verba recebida pelos sócios Jaime Vallér e Getúlio Flores investidos na função de diretores administrativos foi paga a

título de "RETIRADA PROLABORE", não discriminada na folha de pagamento apresentada ao fisco.

7.5. FOLHAS DE PAGAMENTO fornecidas pelo sujeito passivo em arquivo digital gerado no padrão do Manual Normativo de Arquivos Digitais da Secretaria da Receita Federal do Brasil, autenticados pelo Sistema de Validação e Autenticação de Arquivos Digitais SVA e processadas no Sistema de Auditoria Digital AUDIG, sem os fatos geradores citados nos subitens

7.1 a 7.4.

7.6 DECLARAÇÃO EM GFIP prestadas pelo sujeito passivo por meio do sistema SEFIP de informações à Previdência Social capturadas no sistema GFIP/WEB e processadas no Sistema de Auditoria Digital AUDIG.”

Isto posto, o lançamento sucumbido ao comando do artigo art. 173, I do Código tributário Nacional – CTN, em razão dos prazos quinquenais de aplicação na forma ali prevista, e tendo a notificação ocorrida em, 15/12/2009, não permite que se reconheça ocorrido o instituto da decadência relativamente ao lançamento em questão, verbis:

“ 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;(grifei)

Desse modo, nego provimento

DO MÉRITO

DO ARBITRAMENTO

Reitera a recorrente que o arbitramento foi indevidamente realizado.

Conforme o Relatório Fiscal de fls. 25, o contribuinte não atendeu a intimação para apresentação de documentos, tendo, inclusive, apresentado justificativas por escrito, informando que tais documentos foram apreendidos pela Polícia Federal.

Desse modo, motivado pelas próprias razões salientadas pela Recorrente, omissão dos documentos, a Autoridade fiscal procedeu ao arbitramento o qual justificou plenamente no Relatório Fiscal que lhe fora entregue.

Ressalte-se que no Relatório Fiscal consta registrado nos itens 6 a 13 , detalhadamente como requer a Recorrente, as origens do levantamento.

Desse modo, nego provimento.

DA COMPETÊNCIA PARA FISCALIZAR

Afirmando ter domicílio fiscal em São Paulo, alega que ficou extinto o estabelecimento que se localizava na Av. Principal, 1.855, em Campo Grande - MS, havendo, assim, vício formal em decorrência da ausência de competência para fiscalizar.

A respeito de tal alegação, as Súmulas n 6 e 27 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF pacificaram a questão na forma do abaixo transcrito:

“ Súmula CARF nº 6: É legítima a lavratura de auto de infração no local em que foi constatada a infração, ainda que fora do estabelecimento do contribuinte.

Súmula CARF nº 27: É válido o lançamento formalizado por Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil de jurisdição diversa da do domicílio tributário do sujeito passivo.”

Isto posto , nego provimento.

DA MULTA.

Relevante ressaltar que Recorrente foi notificada em 15/12/2009 em razão de inadimplir as obrigações vinculadas aos fatos geradores ocorridos no período 01/11/2004 a 31/03/2007 cuja penalidade prevista para infrações à época fora corretamente aplicada na forma do artigo 35, I, II, II da Lei nº 8.212/91.

É compulsório destacar, também, que a Auditoria observou com exatidão o comando do artigo 144 do Código Tributário Nacional – CTN, verbis:

*“ Art. 144. O lançamento **reporta-se à data da ocorrência do fato gerador** da obrigação e **rege-se pela lei então vigente**, ainda que posteriormente modificada ou revogada.*

Na hipótese de novos critérios de apuração ou de **novos processos de apuração** é que se aplica a previsão do § 1º deste artigo:

*“ § 1º Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha **instituído novos critérios de apuração** ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios ”*

O presente lançamento não está submetido à novos critérios de apuração.

Posicionando geograficamente o ressaltado no primeiro parágrafo , aduz que na forma do registro de fls. 22, no Relatório Fundamentos Legais do Débito – FLD e Acréscimos Legais da Multa, o cálculo do valor da multa teve por base os parâmetros estabelecidos pelo revogado art. 35, I, II, II da Lei nº 8.212/91.

Entretanto o artigo supra foi alterado pela MP 449 de , 2008 consolidada pela Lei nº 11.941/2009, estabelecendo não novos critérios de apuração, determina 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%**:

*“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 11.491, 2009)”(grifos do relator)*

Lei 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)”*

Não há nos autos registro de que houvera sido efetuado quadro comparativo das imputações de penalidades revogadas com as atualmente previstas.

A planilha supra haveria que permitir confrontar os valores calculados na forma do revogado artigo e respectivos incisos, 35, I, II, II da Lei nº 8.212/91 com o artigo 35 da Lei 8.212/91, no que concerne aos acréscimos da **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%** conforme determina a redação dada pela Lei 11.941/2009 :

*“ 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.** (grifos de minha autoria)*

MULTA MAIS BENÉFICA

O artigo 106 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.

Assim, impõe-se, portanto, o cálculo da multa com base no artigo 61 da Lei 9.430/96 de modo que comparando o resultado com o valor da multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei 8.212/91 prevaleça a 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.”

Desse modo, pelo exposto, é pertinente o recálculo da multa cuja a definição do cálculo se observará quando a liquidação do crédito for postulado pelo contribuinte, de acordo com o artigo 2º da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº14, de 4 de dezembro de 2009:

“Art. 2º No momento do pagamento ou do parcelamento do débito pelo contribuinte, o valor das multas aplicadas será analisado e os lançamentos, se necessário, serão retificados, para fins de aplicação da penalidade mais benéfica, nos termos da alínea "c" do inciso II do art. 106 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional - CTN.”

CONCLUSÃO

Conheço do recurso para NO MÉRITO CONCEDER-LHE PROVIMENTO PARCIAL determinando que o recálculo da multa de mora observe o comando do artigo 35 da Lei nº 8.212/91, incluído pela Lei nº 11.941/2009, 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% , critérios desta data que devem ser observados quando da ocasião do pagamento.

É como voto.

Ivacir Júlio de Souza-Relator.

CÓPIA