



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

Processo n° 15983.001160/2010-15
Recurso n° 999.999 Voluntário
Acórdão n° 2403-001.944 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de março de 2013
Matéria CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA
Recorrente SINDICATO DA INDÚSTRIA DE PANIFICAÇÃO E CONFEITARIA DE SANTOS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2009

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - IRREGULARIDADE NA LAVRATURA DO AIOP - INOCORRÊNCIA.

Tendo o fiscal autuante demonstrado de forma clara e precisa os fatos que suportaram o lançamento, oportunizando ao contribuinte o direito de defesa e do contraditório, bem como em observância aos pressupostos formais e materiais do ato administrativo, nos termos da legislação de regência, especialmente artigo 142 do CTN, não há que se falar em nulidade do lançamento.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA - NÃO APRECIÇÃO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO.

A legislação ordinária de custeio previdenciário não pode ser afastada em âmbito administrativo 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 e a Súmula n° 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.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - COOPERATIVAS DE TRABALHO - CONTRATANTE - CONTRIBUINTE.

Incidem contribuições previdenciárias na prestação de serviços por intermédio de cooperativas de trabalho, nos termos do art. 22, IV, lei 8.212/1991. Desta forma, há a responsabilidade da empresa relativas a serviços prestados à contratante, por cooperados e por intermédio de cooperativa de trabalho.

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, em dar provimento parcial ao recurso, para que se recalcule a multa de mora, no período 01/2007 a 11/2008, com base na redação dada pela Lei nº 11.941/2009 ao art. 35 da Lei nº 8.212/91, 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, Carolina Wanderley Landim e Maria Anselma Coscrato dos Santos.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário, apresentado contra Decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Campinas - SP, Acórdão nº 05-34.721 - 6ª Turma, que julgou procedente a autuação por descumprimento de obrigação principal, AIOP nº 37.309.184-2, com valor consolidado de R\$ 243.665,01.

Conforme o Relatório Fiscal, às fls. 22 a 27, foi lançado pela fiscalização o Auto de Infração referente às contribuições devidas ao INSS, destinadas à Seguridade Social, relativas à contribuição das empresas em geral relativamente a serviços que lhe são prestados por intermédio de cooperativas de trabalho.

Ou ainda, segundo o Relatório Fiscal, às fls.22 a 27, os fatos geradores das contribuições da empresa, lançadas através desta autuação, a prestação de serviços por cooperados, intermediados por cooperativa de trabalho (ramo de saúde) UNIMED, à empresa contratante:

2. O Sindicato da Indústria de Panificação e Confeitaria manteve três contratos ativos com a Cooperativa de Saúde UNIMED, durante o período fiscalizado: 01.2007 a 12.2009. Esses contratos recebem as seguintes numerações: "6844", contendo como beneficiários os funcionários do sindicato; "0430" -> plano empresarial para as Padarias; e "2745" para Padarias, inclusive algumas que já fecharam.

4. A empresa foi constituída para fins de estudos, coordenação, proteção e representação legal da categoria econômica dos industriais de panificação, confeitaria, rotisseria e congêneros, nas cidades de Santos, São Vicente, Guarujá e Cubatão. Tern como Classificação Nacional de Atividade CNAE-Fiscal igual a 9420100; com Fundo de Previdência e Assistência Social - FPAS=5660; Natureza Jurídica=206-2, Terceiros=0099.

5. A Ação fiscal foi desenvolvida sob o amparo do Mandado de Procedimento Fiscal, MPF 0810600.2010.00729-1, com a devida ciência do sujeito passivo, para verificação do cumprimento das obrigações relativas As contribuições sociais administradas pela Receita Federal do Brasil, conforme determina o art. 2º da Lei 11.457, de 16.03.2007.

6. Considerando as informações constantes dos sistemas informatizados, RAIS (Relação Anual de Informações Sociais), DIRF (Declaração de Imposto Retido na Fonte), GFIP (Guia de Informação ao Fundo de Garantia e à Previdência Social) com a documentação apresentada à fiscalização — GFIP, Contratos de Prestação de Serviço de Plano de Saúde. Faturas de Pagamento - e a legislação aplicada, foram apurados os fatos geradores de contribuição previdenciária abaixo discriminados:

- Prestação de Serviços Remunerados por Cooperados por Intermédio de Cooperativa de Trabalho (Saúde).

O Relatório Fiscal, às fls.22 a 27, discrimina os documentos que serviram de base ao lançamento:

- Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações Previdência Social — GFIP;
- Contratos de Prestação de Serviço pela Cooperativa de Saúde UNIMED
- Livros: - CAIXA 2007. CAIXA 2008 E CAIXA 2009, uma vez que a empresa declara para o Imposto de Renda como optante pelo Lucro Presumido.

Ainda assim, **o Relatório Fiscal informa que se procedeu ao Quadro Comparativo de Multas**, às fls. 27 a 28, englobando **o período 01/2007 a 11/2008**, posto que as competências 12/2008 a 12/2009 já ocorreram sob a vigência da MP 449/2008 e da Lei 11.941/2009.

O **período objeto do AIOP**, conforme o Relatório Discriminativo do Débito - DD, às fls. 04, é de **01/2007 a 12/2009**.

A Recorrente teve **ciência do AIOP no dia 08.12.2010**, conforme fls. 01.

Contra a autuação, a **Recorrente apresentou Impugnação** tempestiva, resumidamente, conforme Relatório da decisão de primeira instância:

1. postula o julgamento de improcedência e o conseqüente arquivamento do presente auto de infração, mediante a alegação de inconstitucionalidade do inciso IV do art. 22 da Lei nº 8.212/91, acrescentado a este normativo por meio da Lei nº 9.876, de 26/11/1999, por afronta ao disposto nos art. 195, inciso I, alínea "a", e 154, inciso I, da Constituição Federal.

2. Para reforçar sua tese, a atuada reproduz parte da manifestação do Ministro Cesar Peluso na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2594-5/600, da qual é Relator, e das sentenças relativas aos processos nº 2000.72.01.005919-8 e 2000.61.19.015516- 5, em que as autoridades judiciais expressaram seu entendimento no sentido de que a exação em apreço somente poderia ser instituída por meio de lei complementar, não sendo válida, portanto, a sua veiculação pela Lei no 9.876/1999, que não desfruta daquele status.

Após análise, **a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Campinas - SP, emitiu o Acórdão nº 05-34.721 - 6ª Turma, julgando procedente a autuação** e mantendo a multa aplicada, conforme a Ementa a seguir:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2009

PREVIDENCIÁRIO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS PRESTADOS POR MEIO DE COOPERATIVA DE TRABALHO.

CONTRIBUIÇÃO. RECOLHIMENTO. OBRIGAÇÃO DA EMPRESA.

A empresa é obrigada a recolher A previdência social quinze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de serviços, relativamente a serviços que lhe são prestados por cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho.

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. RECONHECIMENTO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. IMPOSSIBILIDADE.

Descabe As autoridades que atuam no contencioso administrativo proclamar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal regularmente posto e em vigor, vez que tal mister incumbe tão somente aos órgãos do Poder Judiciário.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Inconformada com a decisão, a Recorrente apresentou Recurso Voluntário, combatendo a decisão de primeira instância e reiterando o aduzido em sede de Impugnação, em apertada síntese:

(i) da inconstitucionalidade da legislação (art. 22, IV, lei 8.212/1991) que fundamentou o presente Auto de Infração com base na inconstitucionalidade reconhecida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2594-5/600.

Posteriormente, os autos foram enviados ao Conselho, para análise e decisão,
fls. 204.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Relator

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 204.

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

DAS QUESTÕES PRELIMINARES

(A) Alegações de inconstitucionalidade.

Analisemos.

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.

(A.1) Andamento no STF do julgamento da ADI 2954 – que questiona o art. 22, IV, Lei 8.212/1991

Outrossim, em relação à Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 2954, em consulta ao site do Supremo Tribunal Federal – STF (<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=2594&processo=2594>) em 09.03.2013, observa-se que encontra-se aguardando julgamento tanto o pedido de liminar quanto o julgamento do mérito em si.

Segue a última movimentação processual em 12.09.2012:

Retirado de pauta ante a aposentadoria do Ministro Cezar Peluso (Relator).

Ausentes, nesta assentada, os Senhores Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa. Presidência do Senhor Ministro Ayres Britto.

- Plenário, 12.09.2012.

Diante do exposto, não prospera a argumentação do Recorrente.

(B) Da regularidade do lançamento.

Analisemos.

Nota-se que o procedimento fiscal atendeu a todas as determinações legais, não havendo, pois, nulidade por vício insanável e tampouco cerceamento de defesa.

Conforme o Relatório Fiscal, às fls. 22 a 27, foi lançado pela fiscalização o Auto de Infração referente às contribuições devidas ao INSS, destinadas à Seguridade Social, relativas à contribuição das empresas em geral relativamente a serviços que lhe são prestados por intermédio de cooperativas de trabalho.

Ou ainda, segundo o Relatório Fiscal, às fls.22 a 27, os atos geradores das contribuições da empresa, lançadas através desta autuação, a prestação de serviços por cooperados, intermediados por cooperativa de trabalho (ramo de saúde) UNIMED, à empresa contratante:

2. O Sindicato da Indústria de Panificação e Confeitaria manteve três contratos ativos com a Cooperativa de Saúde UNIMED, durante o período fiscalizado: 01.2007 a 12.2009. Esses contratos recebem as seguintes numerações: "6844", contendo como beneficiários os funcionários do sindicato; "0430" -> plano empresarial para as Padarias; e "2745" para Padarias, inclusive algumas que já fecharam.

4. A empresa foi constituída para fins de estudos, coordenação, proteção e representação legal da categoria econômica dos industriais de panificação, confeitaria, rotisseria e congêneros, nas cidades de Santos, São Vicente, Guarujá e Cubatão. Tern como Classificação Nacional de Atividade CNAE-Fiscal igual a 9420100; com Fundo de Previdência e Assistência Social - FPAS=5660; Natureza Jurídica=206-2, Terceiros=0099.

5. A Ação fiscal foi desenvolvida sob o amparo do Mandado de Procedimento Fiscal, MPF 0810600.2010.00729-1, com a devida ciência do sujeito passivo, para verificação do cumprimento das obrigações relativas As contribuições sociais administradas pela Receita Federal do Brasil, conforme determina o art. 2º da Lei 11.457, de 16.03.2007.

6. Considerando as informações constantes dos sistemas informatizados, RAIS (Relação Anual de Informações Sociais), DIRF (Declaração de Imposto Retido na Fonte), GFIP (Guia de Informação ao Fundo de Garantia e à Previdência Social) com a documentação apresentada à fiscalização — GFIP, Contratos de Prestação de Serviço de Plano de Saúde. Faturas de Pagamento - e a legislação aplicada, foram apurados os atos geradores de contribuição previdenciária abaixo discriminados:

• Prestação de Serviços Remunerados por Cooperados por Intermédio de Cooperativa de Trabalho (Saúde).

Desta forma, conforme o artigo 37 da Lei nº 8.212/91, foi lavrado AIOP nº 37.309.184-2 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:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 30/08/2013 por ANTONIA IRISMAR OLIVEIRA GUIMARAES, Assinado digitalmente em 12/09/2013 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 13/09/2013 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI

Impresso em 20/09/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

(redação à época da lavratura do AIOP n° 37.309.184-2)

Lei n° 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 - Instruções para o Contribuinte (que tem a finalidade de comunicar ao contribuinte como regularizar seu débito, como apresentar defesa e outras informações);*
 - b. DD - Discriminativo do Débito (que discrimina os valores originários das contribuições devidas pelo contribuinte, abatidos os valores já recolhidos e as deduções legais);*
 - c. FLD- Fundamentos Legais do Débito (que indica os dispositivos legais que autorizam o lançamento e a cobrança das contribuições exigidas, de acordo com a legislação vigente à época do respectivo fato gerador);*

d. VÍNCULOS - Relatório de Vínculos (que lista todas as pessoas físicas ou jurídicas em razão de seu vínculo com o sujeito passivo, indicando o tipo de vínculo existente e o período);

e. REFISC – 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 37.309.184-2, 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, cumpra-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.

DO MÉRITO.

(C) Das contribuições previdenciárias na prestação de serviços por intermédio de cooperativas de trabalho, nos termos do art. 22, IV, lei 8.212/1991

Analisemos.

O art. 22, IV, lei 8.212/1991 dispõe expressamente acerca da contribuição a cargo das empresas de quinze por cento sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, relativamente a serviços que lhe são prestados por cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho:

Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

IV - quinze por cento sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, relativamente a serviços que lhe são prestados por cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho. (Incluído pela Lei nº 9.876, de 1999).

Ou seja, a Recorrente é a responsável pelo recolhimento da contribuição patronal dos segurados cooperados (contribuintes individuais), cuja remuneração é aferida sobre o valor da nota fiscal/fatura de prestação de serviços da cooperativa, no presente caso a cooperativa de trabalho.

Portanto, diante do exposto acima, não prospera tal argumentação da Recorrente.

(D) Da impossibilidade da conformização do inciso IV do artigo 22 da Lei 8.212/91, com o artigo 195, I, "a", da Constituição Federal.

Analisemos.

Não obstante as colocações feitas pela Recorrente, a argumentação central da Recorrente aponta a inconstitucionalidade do art. 22, IV, lei 8.212/1991 em face do art. 195, I, a, CRFB/1988.

Outrossim, já foi analisado no tópico (A) a questão da inconstitucionalidade.

Portanto, diante do exposto acima, não prospera tal argumentação da Recorrente.

(E) Da multa aplicada

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.

CONCLUSÃO

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso, **NO MÉRITO DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO**, para que se recalcule a multa de mora, no período 01/2007 a 11/2008, 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.

É como voto.

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro