



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

Processo nº 19991.000119/2007-70
Recurso nº 259.353 Voluntário
Acórdão nº 2403-000.487 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de abril de 2011
Matéria CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA
Recorrente FUNDAÇÃO EDUCACIONAL GUAXUPÉ
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/12/2006 a 31/12/2006

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 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.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - INOBSERVÂNCIA DE PRECEITO FUNDAMENTAL À VALIDADE DO LANÇAMENTO - 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 - RELATÓRIO DE CO-RESPONSÁVEIS - SUBSÍDIO PARA FUTURA AÇÃO FISCAL EXECUTÓRIA.

Os relatórios de Co-Responsáveis são partes integrantes dos processos de lançamento e autuação e se destinam a esclarecer a composição societária da empresa no período do débito, a fim de subsidiarem futuras ações executórias de cobrança. Esses relatórios não são suficientes para se atribuir responsabilidade pessoal.

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 rejeitar as preliminares suscitadas. No mérito, por unanimidade, dar provimento parcial ao recurso, 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.

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, Renato Coelho Borelli (suplente). Ausentes o Conselheiro Cid Marconi Gurgel de Souza e o Conselheiro Marthius Sávio Cavalcante Lobato.

Relatório

Trata-se de **Recurso Voluntário**, fls. 634 a 652, apresentado contra **Acórdão nº 09-18.151 – 6ª Turma** da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Juiz de Fora - MG, fls. 618 a 631, que julgou procedente o lançamento, oriundo de descumprimento de obrigação tributária legal principal, fl. 01, **Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD nº 37.034.615-7**, no montante de R\$ 116.444,69 (cento e dezesseis mil, quatrocentos e quarenta e quatro reais e sessenta e nove centavos).

Segundo a Auditoria-Fiscal, de acordo com o Relatório Fiscal, fls. 28 a 34, o **lançamento refere-se a as contribuições devidas pela empresa destinadas à Seguridade Social** correspondentes à parte dos segurados, à parte patronal, as destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho (SAT/RAT) e as devidas a Terceiros.

Ainda segundo o Relatório Fiscal, às fls. 28 a 34, constitui **fato gerador** do presente crédito previdenciário a remuneração da mão-de-obra dos trabalhadores empregados utilizados na **execução da obra de construção civil** matriculada no Cadastro Específico do INSS — CEI sob o nº 50.015.30406/76, com área de 3.811,44 m², edificada na Rua Dona Floriana, nº 463, Centro, em Guaxupé/MG.

O Relatório Fiscal, às fls. 28 a 34, informa ainda que a empresa não registrou mensalmente, em contas individualizadas de sua escrituração contábil, todos os fatos geradores de contribuições, relativas à execução da obra de construção civil objeto da presente notificação, circunstância que, além de configurar descumprimento a obrigações acessórias, que motivaram a lavratura dos Autos de Infração — AI nº 37.034.613-0 e 37.034.614-9, permite ao Fisco a apuração da mão-de-obra mediante aferição indireta, com base no Custo Unitário Básico CUB, nos moldes descritos no art. 33 § 4º da Lei nº 8.212, de 24/07/1991 e nos art. 426, 429, 433 a 453 e 472 a 474 da Instrução Normativa — 114 SRP nº 03, de 14/07/2005, de acordo com as alíquotas discriminadas no Aviso para Regularização de Obra - ARO de 11/12/2006 e vencimento em 02/01/2007.

Ademais, o cálculo do valor devido foi efetuado no Aviso de Regularização de Obra — ARO de 11/12/2006, com vencimento em 02/01/2007 (fls. 35/37), com conversão em área regularizada das remunerações constantes em folhas de pagamento e do Salário-de-Contribuição equivalente a 5% (cinco por cento) do valor total das notas fiscais de concreto usinado utilizado na obra em questão.

O Relatório Fiscal, às fls. 28 a 34, também informa que a Recorrente registrou as folhas de pagamento em sua contabilidade pelo valor líquido, **deixando assim de**

identificar, clara e precisamente, as rubricas integrantes e não integrantes do Salário-de-Contribuição, bem como as contribuições descontadas dos empregados:

2.4 - Corroborando com o item anterior(2.3 e respectivos subitens), ficou **devidamente constatado que A CONTABILIDADE DA FUNDAÇÃO NÃO REGISTROU, EM CONTAS INDIVIDUALIZADAS, OS FATOS GERADORES DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DE FORMA A IDENTIFICAR, CLARA E PRECISAMENTE AS RUBRICAS INTEGRANTES(= SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO - SC = BASE-DE-CÁLCULO) E NÃO INTEGRANTES DO SC, BEM COMO AS CONTRIBUIÇÕES DESCONTADAS DOS SEGURADOS(PARTE RETIDA DOS EMPREGADOS), DEVIDAMENTE VINCULADAS À OBRA EM QUESTÃO:**

2.4.1 - **AS FOLHAS DE PAGAMENTO DE SALÁRIO DOS EMPREGADOS DA OBRA EM TELA FORAM LANÇADAS(REGISTRADAS) NA ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL DA FUNDAÇÃO, INDEVIDAMENTE, PELO "TOTAL LÍQUIDO DA FOLHA A PAGAR" E, AINDA, NO MÊS SUBSEQÜENTE AO DA EFETIVA COMPETÊNCIA, QUER DIZER TAMBÉM QUE FOI ADOTADO, INCORRETAMENTE, O "REGIME DE CAIXA" EM DETRIMENTO DO CRITÉRIO CORRETO - "REGIME DE COMPETÊNCIA"(INOBSERVÂNCIA DE PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DE CONTABILIDADE).**

2.4.2 - O MESMO PROCEDIMENTO INCORRETO FOI ADOTADO NA CONTABILIZAÇÃO DAS RESCISÕES DE CONTRATO DE TRABALHO - RCTs. DOS SEGURADOS EMPREGADOS/UTILIZADOS NA EXECUÇÃO DA REFERIDA OBRA, AS QUAIS FORAM, TAMBÉM, LANÇADAS (REGISTRADAS) NA ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL DA FUNDAÇÃO, INDEVIDAMENTE, PELO "TOTAL LÍQUIDO A PAGAR" DAS MESMAS.

2.5 - ASSIM, **O SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO - SC (BASE-DE-CÁLCULO PARA A INCIDÊNCIA DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS CONTIDO NAS FOLHAS DE PAGAMENTO DE SALÁRIO BEM COMO RCTs DOS SEGURADOS EMPREGADOS VINCULADOS À REFERIDA --OBRA) NÃO FOI LANÇADO (REGISTRADO) NA ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL DA EMPRESA, INOBSERVANDO, PORTANTO, O ESTABELECIDO PELA LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA, INFRINGINDO, ESPECIFICAMENTE O ART. 32, INCISO II E ART. 33, PARÁG. 4º, AMBOS DA LEI Nº 8.212/1991, REGULAMENTADA PELO DECRETO Nº 3.048/1999, MEDIANTE ART. 225, II, PARÁG. 13, INCISOS I E II. 2.5.1 — PORTANTO, A REMUNERAÇÃO DA MÃO-DE-OBRA(= S.0) UTILIZADA NA REFERIDA OBRA DE CONSTRUÇÃO CIVIL FOI AFERIDA INDIRETAMENTE EM RELAÇÃO À ÁREA CONSTRUÍDA E AO PADRÃO DA OBRA VISTO QUE A MESMA NÃO FOI LANÇADA NA ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL NA FORMA PRESCRITA EM LEI, CONFORME DEVIDAMENTE JÁ DEMONSTRADO.**

Além disso, informa **que foi adotado indevidamente o regime de caixa na escrituração, em detrimento do regime correto — o de competência**, ou seja, as folhas de pagamento foram contabilizadas no mês subsequente ao da efetiva competência.

Igualmente, o Relatório Fiscal, às fls. 28 a 34, informa ainda que **a Recorrente fez indevidamente seus recolhimentos** de contribuições à Previdência Social **na categoria de entidade beneficente de assistência social isenta das contribuições patronais, tendo em vista o cancelamento em 08/12/2003 de sua isenção** pelo não atendimento ao inciso II do art. 55 da Lei nº 8.212/1991 mediante o **Ato Cancelatório de Isenção de Contribuições Sociais nº 11.428.4/0003/2003**, de 08.12.2003, regularmente cientificado à Recorrente em 31.05.2005, conforme documentos de fls. 62 a 63, **com efeitos do cancelamento da isenção a partir de 01.01.2001**.

A decisão de 1ª instância, às fls. 618 a 631, observa que **a Recorrente em sua Impugnação**, às fls. 66 a 78, com Anexos às fls. 79 a 591, **juntou copia do requerimento de isenção protocolado em 11.01.2007** que, **caso deferido, terá sua vigência a partir desta data**, posterior portanto ao período de apuração do presente lançamento (12/2006), conforme § 2º do art. 208 do RPS, na redação à época dos fatos:

Art.208. A pessoa jurídica de direito privado deve requerer o reconhecimento da isenção ao Instituto Nacional do Seguro Social, em formulário próprio, juntando os seguintes documentos:

I-decretos declaratórios de entidade de utilidade pública federal e estadual ou do Distrito Federal ou municipal;

II-Registro e Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos expedido pelo Conselho Nacional de Assistência Social;

II-Registro e Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social fornecidos pelo Conselho Nacional de Assistência Social, renovado a cada três anos; (Redação dada pelo Decreto nº 4.032, de 2001)

III-estatuto da entidade com a respectiva certidão de registro em cartório ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas;

IV-ata de eleição ou nomeação da diretoria em exercício, registrada em cartório ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas;

V-comprovante de entrega da declaração de imunidade do imposto de renda de pessoa jurídica, fornecido pelo setor competente do Ministério da Fazenda;

VI-relação nominal de todas as suas dependências, estabelecimentos e obras de construção civil, identificados pelos respectivos números de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica ou matrícula no Cadastro Específico do Instituto Nacional do Seguro Social; e

VII-resumo de informações de assistência social, em formulário próprio.

§1º O Instituto Nacional do Seguro Social decidirá sobre o pedido no prazo de trinta dias contados da data do protocolo.

***§2º Deferido o pedido, o Instituto Nacional do Seguro Social expedirá Ato Declaratório e comunicará à pessoa jurídica requerente a decisão sobre o pedido de reconhecimento do direito à isenção, que gerará efeito a partir da data do seu protocolo.** (gn)*

§3º A existência de débito em nome da requerente constitui impedimento ao deferimento do pedido até que seja regularizada a situação da entidade requerente, hipótese em que a decisão concessória da isenção produzirá efeitos a partir do 1º dia do mês em que for comprovada a regularização da situação. (Redação dada pelo Decreto nº 4.032, de 2001)

§4º No caso de não ser proferida a decisão de que trata o §1º, o interessado poderá reclamar à autoridade superior, que apreciará o pedido da concessão da isenção requerida e promoverá a apuração de eventual responsabilidade do servidor omissor, se for o caso.

§5º Indeferido o pedido de isenção, cabe recurso ao Conselho de Recursos da Previdência Social, que decidirá por uma de suas Câmaras de Julgamento.

§6º Os documentos referidos nos incisos I a V poderão ser apresentados por cópia, conferida e autenticada pelo servidor encarregado da instrução, à vista dos respectivos originais.

O período de apuração, de acordo com o Mandado de Procedimento Fiscal – MPF nº 09305012F00, foi cientificado pela Recorrente, às fls. 15 a 21.

O **período do débito**, conforme o Relatório Discriminativo Sintético do Débito - DSD, às fls. 05, é de **12/2006**.

A Recorrente teve **ciência da NFLD** no dia **26.01.2007**, conforme Aviso de Recebimento – AR às fls. 64.

A **Recorrente apresentou impugnação**, às fls. 66 a 78, com Anexos às fls. 79 a 591.

A decisão de 1ª instância, **Acórdão nº 09-18.151 – 6ª Turma** da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Juiz de Fora - MG, fls. 618 a 631, analisou a autuação e a impugnação, **julgando procedente** a autuação, conforme a Ementa a seguir:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/12/2006 a 31/12/2006

CONSTRUÇÃO CIVIL. REGULARIZAÇÃO DE OBRA DE PESSOA JURÍDICA. ENTIDADE BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. ISENÇÃO. RELATÓRIO DE CO-RESPONSÁVEIS. RESPONSABILIZAÇÃO DE DIRETORES.

A empresa é obrigada a registrar em títulos próprios de sua escrituração contábil todos os fatos geradores de contribuições, por obra de construção civil, de forma individualizada e discriminada.

Na falta de prova regular e formalizada, o montante dos salários pagos pela execução de obra de construção civil pode ser obtido por aferição indireta, cabendo ao proprietário, dono da obra, condômino da unidade imobiliária ou empresa co-responsável o ônus da prova em contrário.

A entidade beneficente de assistência social, para gozar da isenção, deverá requerê-la ao órgão competente, oportunidade em que deverá demonstrar que cumpre, rigorosamente, todos os requisitos dos incisos Ia V do art. 55 da Lei nº8.212, de 24 de julho de 1991.

O ato de relacionar os responsáveis pela empresa no Relatório de Representantes Legais é medida meramente administrativa, não estando sendo imputado ainda nenhum encargo fiscal à pessoa do dirigente.

Lançamento Procedente

Inconformada com a decisão de 1ª instância, a Recorrente apresentou
Recurso Voluntário, fls. 634 a 652, onde alega, em apertada síntese:

Em sede Preliminar:

(a) Da inconstitucionalidade formal da Lei 8212/1991 e do Decreto 2.536/1998.

(b) Da inconstitucionalidade material da Lei 8212/1991 e do Decreto 2.536/1998.

No Mérito:

(c) a contribuição previdenciária supostamente devida pelos segurados

No entanto, a exigência fiscal não pode prosperar, uma vez que os referidos valores foram devidamente recolhidos, conforme se observa das Guias da Previdência Social que foram anexadas

aos presentes autos no momento de apresentação de Impugnação.

De fato, para controle e recolhimento das contribuições previdenciárias, a Recorrente organizou folhas-de-pagamento específicas para a construção do prédio, preencheu e entregou também GFIP's específicas para essa matrícula CEI e efetuou a retenção e o recolhimento das contribuições dos empregados incidente sobre sua remuneração, conforme determina o artigo 20, da Lei 8.212/91.

Para demonstrar isso, foram juntadas as folhas-de-pagamento (na qual se registrou exclusivamente os empregados da obra), bem como as GPS que comprovam o recolhimento de suas contribuições e GFIP's que foram entregues.

(d) Da indevida aferição indireta

Pois bem, em primeiro lugar, conforme exposto em sua Impugnação, não seria possível que a Recorrente realizasse um único lançamento contábil contendo o valor exato do salário de contribuição, uma vez que no Livro Razão devem ser escriturados eventos individualizados, de acordo com a finalidade/natureza da despesa ou receita incorrida.

Logo, para apurar o valor exato do salário de contribuição, basta que sejam somados os lançamentos efetuados.

Esclareça-se ainda que, **apesar da Recorrente ter efetuado esses lançamentos conforme o regime de caixa**, tal procedimento em nada interfere no resultado final do valor a ser recolhido ou de divergência no prazo de recolhimento dos tributos devidos.

Logo, todos os valores estão devidamente escriturados no Livro Razão da Recorrente, motivo pelo qual não pode prosperar o argumento do ilustre Auditor da Secretaria da Receita Previdenciária no sentido de que a Recorrente não teria registrado em contas individualizadas todos os fatos geradores de contribuições previdenciárias de forma a identificar clara e precisamente as rubricas integrantes ou não do salário de contribuição, bem como as contribuições descontadas do segurado, as da empresa e os totais recolhidos.

Como bem constatou a fiscalização e como não negou o Acórdão recorrido, **houve a contabilização de despesas relacionadas à realização de uma obra de construção civil, não na data em que estas despesas foram incorridas, mas simplesmente no mês seguinte, quando houve o desembolso do valor pela entidade.**

Ressalte-se que a fiscalização não encontrou divergência entre os valores registrados, não encontrou notas fiscais, recibos ou faturas não contabilizadas, e tampouco, falsidade nos registros. NÃO!

Dessa forma, **é evidente que por mero ERRO FORMAL**, existe uma disparidade entre a competência da contabilização das despesas com os salários dos empregados envolvidos na obra

nos livros contábeis, e a competência destes mesmos salários informados na GFIP.

(...) Assim, tais autores deixam claro que a absoluta exatidão na escrituração não é uma finalidade determinante dos registros contábeis, dado haver situações onde a materialidade das divergências não se constituem como determinantes ou invalidadoras dos documentos contábeis.

Consequentemente, se verifica que a fiscalização agiu por mero formalismo e exagero interpretativo, não levando em consideração que o equívoco cometido não lhe trouxe prejuízos, não representa uma prática errada e reiterada da Recorrente, e não macula suas demonstrações contábeis.

(e) Da ilegal inclusão dos diretores no pólo passivo da NFLD

Isso porque, conforme estabelecido na relação de Co-Responsáveis que compõe a NFLD, a d. Auditoria Fiscal arbitrária e ilegalmente imputou responsabilidade solidária aos diretores da Recorrente para o pagamento do suposto crédito tributário, o que não se pode aceitar.

(..) Portanto, não havendo adequação do caso concreto às hipóteses dos artigos 134 e 135 do Código Tributário Nacional, não há que se falar em responsabilização solidária, sob pena de se descambar às raias da ilegalidade e conseqüente inconstitucionalidade.

Por fim, aponte-se que de acordo com o artigo 13, parágrafo único da Lei n. 08.620/93, a responsabilidade solidária dos diretores dar-se-á somente quando provado pelo Fisco a inadimplemento das obrigações para com a seguridade social, por dolo ou culpa, sendo que tanto um como a outra jamais restaram configurados.

fls. 653.

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

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro , Relator

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 653.

Anota-se ainda que o Supremo Tribunal Federal – STF ao editar a Súmula Vinculante nº. 21 afastou a exigência de depósito para a admissibilidade de recurso na esfera administrativa.

Súmula Vinculante 21

É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.

Fonte de Publicação: DJe nº. 210, p. 1, em 10/11/2009. DOU de 10/11/2009, p. 1.

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

DAS PRELIMINARES**Violação a preceitos constitucionais.**

A Recorrente argumenta em relação à violação a preceitos constitucionais:

(a) Da inconstitucionalidade formal da Lei 8212/1991 e do Decreto 2.536/1998.

(b) Da inconstitucionalidade material da Lei 8212/1991 e do Decreto 2.536/1998.

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 CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

DO MÉRITO.

(c) a contribuição previdenciária supostamente devida pelos segurados

A Recorrente alega:

No entanto, a exigência fiscal não pode prosperar, uma vez que os referidos valores foram devidamente recolhidos, conforme se observa das Guias da Previdência Social que foram anexadas aos presentes autos no momento de apresentação de Impugnação.

De fato, para controle e recolhimento das contribuições previdenciárias, a Recorrente organizou folhas-de-pagamento específicas para a construção do prédio, preencheu e entregou também GFIP's específicas para essa matrícula CEI e efetuou a retenção e o recolhimento das contribuições dos empregados incidente sobre sua remuneração, conforme determina o artigo 20, da Lei 8.212/91.

Para demonstrar isso, foram juntadas as folhas-de-pagamento (na qual se registrou exclusivamente os empregados da obra), bem como as GPS que comprovam o recolhimento de suas contribuições e GFIP's que foram entregues.

Analisemos.

(c.1) Da validade do lançamento

Não obstante a argumentação da Recorrente, não confiro razão à Recorrente 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 da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito — NFLD, 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 lavrada **Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD nº 37.034.615-7** 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 37.034.615-7)

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 nº 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 do 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. DAD - Discriminativo Analítico do Débito (que discrimina os valores originários das contribuições devidas pelo contribuinte, abatidos os valores já recolhidos e as deduções legais);*
- c. DSD - Discriminativo Sintético do Débito (que apresenta os valores devidos em cada competência, referentes aos levantamentos indicados agrupados por estabelecimento);*
- d. RL - Relatório de Lançamentos (que relaciona os lançamentos efetuados nos sistemas específicos para apuração dos valores devidos pelo sujeito passivo);*
- e. 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);*
- f. REPLEG- - Relatório de Representantes Legais (Este relatório lista todas as pessoas físicas e jurídicas representantes legais do sujeito passivo, indicando sua qualificação e período de atuação.);*
- g. 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);*
- h. MPF – Mandado de Procedimento Fiscal;*
- i. TIAD – Termo de Intimação para Apresentação de Documentos;.*
- j. TEAF - Termo de Encerramento da Ação Fiscal;.*
- k. 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 a **NFLD nº 37.034.615-7**, 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.

(c.2) Dos valores recolhidos

Observando-se o Aviso para Regularização de Obra — ARO, às fls. 35 a 37, tem-se que foram apropriados os valores recolhidos pela Recorrente, nas competências 09/2004 a 07/2006, de forma que houve uma correspondência entre os salários-de-contribuição considerados e os referidos recolhimentos.

Por outro lado, no Relatório DAD — Discriminativo Analítico do Débito, às fls. 04, tem-se o levantamento ARO – SC Aferição Indireta indicando o salário-de-contribuição a regularizar que foi calculado através do Aviso para Regularização de Obra — ARO, às fls. 35 a 37, abatidos dos recolhimentos efetuados pela Recorrente.

Desta forma, não prospera a argumentação da Recorrente de que não foram considerados os valores recolhidos para efeito de apuração do montante devido a título de contribuição previdenciária relativa à obra em questão.

(d) Da indevida aferição indireta

A Recorrente alega:

Pois bem, em primeiro lugar, conforme exposto em sua Impugnação, não seria possível que a Recorrente realizasse um único lançamento contábil contendo o valor exato do salário de contribuição, uma vez que no Livro Razão devem ser escriturados eventos individualizados, de acordo com a finalidade/natureza 'da despesa ou receita incorrida.

Logo, para apurar o valor exato do salário de contribuição, basta que sejam somados os lançamentos efetuados.

Esclareça-se ainda que, apesar da Recorrente ter efetuado esses lançamentos conforme o regime de caixa, tal procedimento em nada interfere no resultado final do valor a ser recolhido ou de divergência no prazo de recolhimento dos tributos devidos.

Logo, todos os valores estão devidamente escriturados no Livro Razão da Recorrente, motivo pelo qual não pode prosperar o argumento do ilustre Auditor da Secretaria da Receita Previdenciária no sentido de que a Recorrente não teria registrado em contas individualizadas todos os fatos geradores de contribuições previdenciárias de forma a identificar clara e precisamente as rubricas integrantes ou não do salário de contribuição, bem como as contribuições descontadas do segurado, as da empresa e os totais recolhidos.

Como bem constatou a fiscalização e como não negou o Acórdão recorrido, houve a contabilização de despesas relacionadas à realização de uma obra de construção civil, não na data em que estas despesas foram incorridas, mas simplesmente no mês seguinte, quando houve o desembolso do valor pela entidade.

Ressalte-se que a fiscalização não encontrou divergência entre os valores registrados, não encontrou notas fiscais, recibos ou faturas não contabilizadas, e tampouco, falsidade nos registros. NÃO!

Dessa forma, é evidente que por mero ERRO FORMAL, existe uma disparidade entre a competência da contabilização das despesas com os salários dos empregados envolvidos na obra nos livros contábeis, e a competência destes mesmos salários informados na GFIP.

(...) Assim, tais autores deixam claro que a absoluta exatidão na escrituração não é uma finalidade determinante dos registros contábeis, dado haver situações onde a materialidade das divergências não se constituem como determinantes ou invalidadoras dos documentos contábeis.

Consequentemente, se verifica que a fiscalização agiu por mero formalismo e exagero interpretativo, não levando em consideração que o equívoco cometido não lhe trouxe prejuízos, não representa uma prática errada e reiterada da Recorrente, e não macula suas demonstrações contábeis.

Analiseemos.

Em relação à aferição indireta das contribuições lançadas, o Relatório Fiscal, às fls. 28 a 34, aponta os motivos determinantes para tal, qual seja, os fatos geradores das contribuições relativas à obra de construção civil não foram registrados em conta específica e também houve o desatendimento da determinação de contabilização pelo regime de competência.

A Recorrente, em síntese, se por um lado reconhece que os fatos geradores das contribuições relativas à obra de construção civil não foram registrados em conta específica e que também fez a contabilização pelo regime de caixa, por outro lado, em apertada síntese, aduz que não houve prejuízo ao Fisco e que trata-se de erro formal.

Outrossim, observemos as regras normativas a respeito do procedimento de aferição indireta, constantes da Lei 8.212/1991, do Decreto 3.048/1999 e da Instrução Normativa MPS/SRP nº 3/2005:

Lei 8.212/1991

Art. 33.. *Ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11, bem como as contribuições incidentes a título de substituição; e à Secretaria da Receita Federal – SRF compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas d e e do parágrafo único do art. 11, cabendo a ambos os órgãos, na esfera de sua competência, promover a respectiva cobrança e aplicar as sanções previstas legalmente. (Redação dada pela Lei nº 10.256, de 2001).*

(...) § 2º **A empresa**, o servidor de órgãos públicos da administração direta e indireta, o segurado da Previdência Social, o serventuário da Justiça, o síndico ou seu representante, o comissário e o liquidante de empresa em liquidação judicial ou extrajudicial **são obrigados a exhibir todos os documentos e livros relacionados com as contribuições previstas nesta Lei**.

§ 3º **Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente**, o Instituto Nacional do Seguro Social-INSS e o Departamento da Receita Federal-DRF **podem, sem prejuízo da penalidade cabível, inscrever de ofício importância que reputarem devida**, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário. (gn)

Decreto 3.048/1999

Art.225. *A empresa é também obrigada a:*

(...) II - **lançar mensalmente em títulos próprios de sua contabilidade, de forma discriminada**, os fatos geradores de todas as contribuições, o montante das quantias descontadas, as contribuições da empresa e os totais recolhidos;(gn)

(...) §13. **Os lançamentos de que trata o inciso II do caput**, devidamente escriturados nos livros Diário e Razão, serão exigidos pela fiscalização após noventa dias contados da ocorrência dos fatos geradores das contribuições, devendo, obrigatoriamente:

I-atender ao **princípio contábil do regime de competência**;

e

II-**registrar, em contas individualizadas**, todos os fatos geradores de contribuições previdenciárias de forma a

identificar, clara e precisamente, as rubricas integrantes e não integrantes do salário-de-contribuição, bem como as contribuições descontadas do segurado, as da empresa e os totais recolhidos, por estabelecimento da empresa, por obra de construção civil e por tomador de serviços.

Decreto 3.048/1999

Art. 233. Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, o Instituto Nacional do Seguro Social e a Secretaria da Receita Federal podem, sem prejuízo da penalidade cabível nas esferas de sua competência, lançar de ofício importância que reputarem devida, cabendo à empresa, ao empregador doméstico ou ao segurado o ônus da prova em contrário. Considera-se deficiente o documento ou informação

Parágrafo único. Considera-se deficiente o documento ou informação apresentada que não preencha as formalidades legais, bem como aquele que contenha informação diversa da realidade, ou, ainda, que omita informação verdadeira. (gn)

Decreto 3.048/1999

Art. 235. Se, no exame da escrituração contábil e de qualquer outro documento da empresa, a fiscalização constatar que a contabilidade não registra o movimento real da remuneração dos segurados a seu serviço, da receita ou do faturamento e do lucro, esta será desconsiderada, sendo apuradas e lançadas de ofício as contribuições devidas, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário. (gn)

Instrução Normativa MPS/SRP nº 3/2005

Art. 60. A empresa e o equiparado, sem prejuízo do cumprimento de outras obrigações acessórias previstas na legislação previdenciária, estão obrigados a:

(...) IV - lançar mensalmente em títulos próprios de sua contabilidade, de forma discriminada, os fatos geradores de todas as contribuições sociais a cargo da empresa, as contribuições sociais previdenciárias descontadas dos segurados, as decorrentes de sub-rogação, as retenções e os totais recolhidos, observado o disposto nos §§ 4º, 5º e 7º e ressalvado o previsto no § 6º, todos deste artigo;

(...) § 4º Os lançamentos de que trata o inciso IV do caput, escriturados nos Livros Diário e Razão, são exigidos pela fiscalização após noventa dias contados da ocorrência dos fatos geradores das contribuições sociais, devendo:

II - registrar, em contas individualizadas, todos os fatos geradores de contribuições sociais de forma a identificar, clara e precisamente, as rubricas integrantes e as não-integrantes do salário de contribuição, bem como as contribuições sociais previdenciárias descontadas dos segurados, as contribuições sociais a cargo da empresa, os valores retidos de empresas prestadoras de serviços, os valores pagos a cooperativas de trabalho **e os totais recolhidos, por estabelecimento da empresa, por obra de construção civil** e por tomador de serviços.

§ 5º As exigências previstas no inciso IV do caput e no § 4º não desobrigam a empresa do cumprimento das demais normas legais e regulamentares referentes à escrituração contábil.

(...) § 7º Para fins do disposto nos incisos III e IV do caput, a empresa deve manter à disposição da fiscalização da SRP os códigos ou abreviaturas que identifiquem as respectivas rubricas utilizadas na elaboração das folhas de pagamento, bem como as utilizados na escrituração contábil. (gn)

Instrução Normativa MPS/SRP nº 3/2005

Art. 429. A aferição indireta da remuneração dos segurados despendida **em obra de construção civil** sob responsabilidade de pessoa jurídica ou de pessoa física, com base na área construída e no padrão da obra, será efetuada de acordo com os procedimentos estabelecidos no Capítulo IV deste Título.

Instrução Normativa MPS/SRP nº 3/2005

Art. 596. Aferição indireta é o procedimento de que dispõe a SRP para apuração indireta da base de cálculo das contribuições sociais.

Art. 597. A aferição indireta será utilizada, se:

I - no exame da escrituração contábil ou de qualquer outro documento do sujeito passivo, a fiscalização constatar que a contabilidade não registra o movimento real da remuneração dos segurados a seu serviço, da receita, ou do faturamento e do lucro;

II - a empresa, o empregador doméstico, ou o segurado recusar-se a apresentar qualquer documento, ou sonegar informação, ou apresentá-los deficientemente;

III - faltar prova regular e formalizada do montante dos salários pagos pela execução de obra de construção civil;

IV - as informações prestadas ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo não merecerem fé em face de outras informações, ou outros documentos de que disponha a fiscalização, como por exemplo;

a) omissão de receita ou de faturamento verificada por intermédio de subsídio à fiscalização;

b) dados coletados na Justiça do Trabalho, Delegacia Regional do Trabalho, Secretaria da Receita Federal ou junto a outros órgãos, em confronto com a escrituração contábil, livro de registro de empregados ou outros elementos em poder do sujeito passivo;

c) constatação da impossibilidade de execução do serviço contratado, tendo em vista o número de segurados constantes em GFIP ou folha de pagamento específicas, mediante confronto desses documentos com as respectivas notas fiscais, faturas, recibos ou contratos.

§ 1º Considera-se deficiente o documento apresentado ou a informação prestada que não preencha as formalidades legais, bem como aquele documento que contenha informação diversa da realidade ou, ainda, que omita informação verdadeira.

§ 2º Para o fim do inciso III do caput, considera-se prova regular e formalizada a escrituração contábil em livro Diário e Razão, conforme previsto no § 13 do art. 225 do RPS e no inciso IV do art. 60 desta IN. (gn)

Diante do amparo legal exposto, além do exposto no Relatório Fiscal, às fls. 28 a 34, e no Recurso Voluntário, às fls. 634 a 652, há que se concluir que não prosperam as alegações da Recorrente posto que a desconsideração da contabilidade e a aferição indireta, com fulcro no art. 33, § 4º, Lei 8.212/1991, das contribuições previdenciárias incidentes na obra de construção civil em questão encontram respaldo na legislação vigente.

Senão, vejamos.

O registro dos fatos geradores das contribuições sociais previdenciárias, relacionadas à obra de construção civil, matrícula CEI 50.015.30406/76, **em contas contábeis não individualizadas**, conforme o informado no Relatório Fiscal, às fls. 28 a 34, e admitido pela Recorrente no Recurso Voluntário, às fls. 634 a 652, afronta o art. 33, §§ 2º, 3º, Lei 8.212/1991; o art. 225, II, c/c art. 225, § 13, II c/c art. 233 c/c art. 235, Decreto 3.048/1999.

A utilização do **Regime Contábil de Caixa** pela Recorrente em detrimento do Regime Contábil de Competência afrontou o art. art. 33, §§ 2º, 3º, Lei 8.212/1991; o art. 225, II, c/c art. 225, § 13, I c/c art. 233 c/c art. 235, Decreto 3.048/1999.

Desta forma, correto o lançamento neste aspecto da aferição indireta.

(e) Da ilegal inclusão dos diretores no pólo passivo da NFLD

A Recorrente alega:

Isso porque, conforme estabelecido na relação de Co-Responsáveis que compõe a NFLD, a d. Auditoria Fiscal

arbitrária e ilegalmente imputou responsabilidade solidária aos diretores da Recorrente para o pagamento do suposto crédito tributário, o que não se pode aceitar.

(..) Portanto, não havendo adequação do caso concreto às hipóteses dos artigos 134 e 135 do Código Tributário Nacional, não há que se falar em responsabilização solidária, sob pena de se descambar às raias da ilegalidade e conseqüente inconstitucionalidade.

Por fim, aponte-se que de acordo com o artigo 13, parágrafo único da Lei n. 08.620/93, a responsabilidade solidária dos diretores dar-se-á somente quando provado pelo Fisco a inadimplemento das obrigações para com a seguridade social, por dolo ou culpa, sendo que tanto um como a outra jamais restaram configurados.

Analisemos.

A Recorrente aduz que, em relação ao Relatório de Representantes Legais – REPLEG, às fls. 10, está sendo imputado um encargo fiscal às pessoas dos representantes legais com base nas hipóteses previstas nos artigos 134 e 135 do CTN.

No entanto, quanto à solicitada exclusão de pessoas do rol de co-responsáveis cabe esclarecer que esta relação, anexada aos autos pela Fiscalização, não tem como escopo incluir pessoas físicas e jurídicas no pólo passivo da obrigação tributária, mas sim listar todas as pessoas representantes legais do sujeito passivo que, eventualmente, poderão ser responsabilizadas na esfera judicial, na hipótese de futura inscrição do débito em dívida ativa, pois o chamamento dos responsáveis só ocorre em fase de execução fiscal, em consonância com a legislação, e após se verificarem infrutíferas as tentativas de localização de bens da própria empresa.

Ademais, a responsabilidade dos dirigentes é subsidiária e emerge da atividade empresarial, de forma que o liame jurídico entre pessoa física e jurídica se estabelece na forma da legislação pertinente, dentre as quais se relacionam, por exemplo, o art. 13, parágrafo único, Lei 8.620/93, e os art. 1.016 e 1.052 do CC/2002.

A responsabilização somente ocorrerá por ordem judicial, nas hipóteses previstas na lei e após o devido processo legal. O débito foi lançado somente contra a pessoa jurídica e, neste momento, demais pessoas não sofrerão restrições em seus direitos. Assim, esta discussão é inócua na esfera administrativa, sendo mais apropriada na via da execução judicial, na hipótese de convocação dos listados, por decisão judicial, para satisfação do crédito.

Portanto, 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.

Processo nº 19991.000119/2007-70
Acórdão n.º **2403-000.487**

S2-C4T3
Fl. 665

CONCLUSÃO

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso, rejeitar as **PRELIMINARES suscitadas, NO MÉRITO DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO**, 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.

É como voto.

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro