



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

Processo n° 35092.000001/2007-31
Recurso n° 153.371 Voluntário
Acórdão n° 2403-00.296 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 01 de dezembro de 2010
Matéria CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA
Recorrente BOM JESUS DISTRIBUIÇÃO E LOGÍSTICA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/2003 a 30/11/2006

PREVIDENCIÁRIO. NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO. PRELIMINAR. NULIDADE NFLD. AUSÊNCIA DE MOTIVOS.

Sendo constatada a ausência de motivos para que a NFLD seja declarada nula, a mesma deverá ser mantida em todos os seus termos.No caso em tela, a recorrente alegou cerceamento de defesa, alegando que o fisco deixou de oportunizá-la a ampla defesa e o contraditório no procedimento de apuração da ocorrência do fato gerador, o que não pode ser concebido, face ao poder inquisitivo do procedimento de lançamento.

GFIP X GPS. OCORRÊNCIA. FATO GERADOR. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA.

Sendo constatada a divergência entre valores declarados em GFIP's e os recolhidos ou não em GPS's, considera-se ocorrido o fato gerador das contribuições sociais previdenciárias.

COBRANÇA DA NFLD. MULTA E JUROS COM BASE NA TAXA SELIC.CONSTITUCIONAL E LEGAL. CARF. IMPOSSIBILIDADE. MANIFESTAÇÃO. AFASTAR MATÉRIA INCONSTITUCIONAL FUNÇÃO. JUDICIÁRIO.

Considerando a cobrança da NFLD devida, deverá ser acrescida de multa e juros com base na taxa SELIC, na forma do art.35 da Lei n 8.212/91, que foi alterado pela Lei n 11.941/2009, devendo, portanto ser observado o art.106, II, c do CTN. Sendo ainda impossível o CARF manifestar-se acerca de matéria inconstitucional, o que é função típica do Poder Judiciário.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso determinando o recálculo da 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. Vencido o conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro na questão da multa de mora.

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente.

Cid Marconi Gurgel De Souza.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio de Souza, Cid Marconi Gurgel de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro e Marcelo Magalhães Peixoto. Ausente o conselheiro Marthius Sávio Cavalcante Lobato

Relatório

Trata-se de recurso voluntário apresentado às fls. 380 a 426 contra decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Campinas/SP (fls.364 a 370) que julgou procedente o lançamento constante da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD nº 35.848.042-6, no valor consolidado de R\$ 2.601.627,84 (dois milhões, seiscentos e um mil, seiscentos e vinte e sete reais e oitenta e quatro centavos), **decorrentes da parte patronal e do financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa advindas dos riscos ambientais do trabalho, destinadas a entidades e fundos (terceiros: FNDE, INCRA, SESC/SENAC e SEBRAE), incidentes sobre créditos em dinheiro concedidos através de cartões PREMIUM CARD e sobre valores faciais de cupons TOP PREMIUN liberados e/ou reembolsados pela empresa aos seus empregados.**

O período objeto da fiscalização compreendeu as competências, com relação ao CNPJ n 45.987.005/0001-98, de 08, 11 e 12 de 1998; 02 a 09 de 1999; 02 a 12 de 2000; 01, 03 a 05 e 07 de 2001; 01 a 04, 07, 08, 10 a 12 de 2002; 01 a 03, 05, 10 a 12 de 2003; 02, 03, 06, 07, 11 e 12 de 2004 e 01/2005 a 06/2006.

Desta autuação, a recorrente foi notificada em **22/12/2006** e apresentou impugnação às fls.17 a 54. Em suma, foi alegado, inicialmente, acerca da conexão com a NFLD nº 35.957.446-7, devendo o julgamento dos processos administrativos respectivos ocorrerem de forma simultânea.

Além disso, sustentou:

- Que a NFLD carece de precisão exigida pela legislação, pois deixou de dar ao contribuinte o conhecimento acerca do objeto, amplitude e forma de apuração dos débitos previdenciários, defendendo a sua nulidade; principalmente por não conter a narrativa dos fatos ocorridos no procedimento fiscal, bem como a identificação dos fatos geradores da obrigação previdenciária. Entendeu, nesse contexto, haver violação ao contraditório e a ampla defesa.

- Que a auditoria fiscal qualificou os sócios-gerentes da empresa recorrente como co-responsáveis sem qualquer fundamentação para tal ato, posto que não houve dissolução irregular da sociedade, infração à lei penal praticada pelos dirigentes ou excesso de poderes.

No mérito:

- Defendeu a extinção das competências cobradas anteriores a dezembro de 2001 em razão da decadência;

- Alegou a inconstitucionalidade e inaplicabilidade do artigo 45 da Lei nº 8.212/1991 aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação;

- *Afirmou a incompetência da Previdência Social para apreciar controvérsias decorrentes da relação de trabalho, sustentando, nesse último assunto, a competência exclusiva da Justiça do Trabalho para apreciar qualquer controvérsia decorrente da relação laboral;*

- *Argumentou ainda a não caracterização dos valores pagos como verba não habitual como base de cálculo para a apuração das contribuições previdenciárias.*

No pedido, requereu a nulidade da NFLD, a extinção pela decadência dos créditos anteriores a novembro de 2001 e a declaração de incompetência da Previdência Social para exigir o recolhimento das contribuições sociais.

Instada a se manifestar acerca da impugnação apresentada pela empresa recorrente, a 6ª Turma da DRJ-Campinas/SP assim decidiu:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/08/1998 a 30/06/2006

PREVIDÊNCIA SOCIAL. CUSTEIO. SEGURADO EMPREGADO. PRÊMIO CONTRIBUIÇÕES. INCIDÊNCIA.

Sobre a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja sua forma, incide a contribuição previdenciária.

Lançamento Procedente.

Nas razões recursais, a recorrente alegou preliminarmente:

- *A necessidade da NFLD ser declarada nula, em razão da falta de clareza e precisão dos fatos geradores no relatório de auditoria fiscal, sustentando o desrespeito à ampla defesa e contraditório;*

- *Ser impossível o redirecionamento da responsabilidade tributária aos sócios da empresa recorrente, sem comprovação de atos que autorizem tal circunstância.*

No mérito, alegou:

- *A decadência das competências cobradas anteriores a dezembro de 2001;*

- *A inaplicabilidade dos artigos 173, inciso I do CTN; 45, da Lei 8.212/1991 em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, reiterando os mesmos argumentos alegados na impugnação;*

- *Que o controle de constitucionalidade não é poder exclusivo conferido ao Poder Judiciário, mas sim a todos que aplicam ou interpretam a lei;*

- *A inconstitucionalidade do artigo 45 da Lei nº 8.212/1991, não podendo o Fisco delimitar os temas específicos incluídos ou excluídos do campo de abrangência das normas gerais;*

- *A inaplicabilidade da tese dos “5 mais 5”, devendo ser adotada a regra explicitada no artigo 150, §4º do CTN;*

- A não caracterização dos valores pagos como integrante da base de cálculo das contribuições previdenciárias, repetindo o argumentado exposto na impugnação;

- A não ocorrência da habitualidade com relação aos profissionais que receberam parcelas com intervalo de tempo superior a 2 (dois) anos.

No pedido, pleiteou a nulidade da NFDL, a extinção pela decadência das competências anteriores a dezembro de 2001 e o cancelamento da cobrança. Por fim, juntou documentos (jurisprudências e petições).

É o relatório.

Voto

Conselheiro Cid Marconi Gurgel de Souza, Relator.

PRELIMINARMENTE:

I – DA AUSÊNCIA DE MOTIVOS PARA SER DECRETADA A NULIDADE DA NFLD:

A recorrente alega inicialmente que a NFLD deve ser declarada nula, por entender que houve violação da garantia do contraditório e ampla defesa, tendo em vista que o fisco não ofertou ao contribuinte o direito de se defender durante a auditoria fiscal, alegando ainda que houve tão somente uma análise parcial dos documentos da empresa.

Cumprе salientar que não há qualquer razão para a NFLD ser decretada nula, pois tal documento foi expedido de acordo com as determinações legais. Analisando especificamente o argumento da recorrente, entendo que o mesmo encontra-se totalmente desamparado de fundamentos.

Ora, o contraditório e a ampla defesa são garantias constitucionais que foram respeitadas em todos os momentos pelo fisco federal. Todavia, antes de ser explicado o motivo pelo qual não deverá em hipótese alguma a NFLD ser decretada nula, impende-se citar e destacar pontos importantes do lançamento do crédito tributário.

Primeiramente, cabe destacar que a NFLD realmente é ato unilateral da Administração Pública e constitui uma das espécies de lançamento que acontece no âmbito federal, segundo o art.9º, caput, do Decreto nº 70.235/72, *in verbis*:

Art. 9º A exigência do crédito tributário e a aplicação de penalidade isolada serão formalizados em autos de infração ou notificações de lançamento, distintos para cada tributo ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

Ressalta-se que as notificações fiscais referem-se a lançamento de crédito tributário ligado às obrigações principais, já os autos de infração estão ligados às obrigações acessórias.

Veamos ainda o dispositivo legal que trata do procedimento de apuração de obrigação tributária e que afasta como correta a alegação da recorrente.

Sendo a NFLD uma espécie de lançamento no âmbito federal, sua aplicação obedecerá o art.142 do Código Tributário Nacional, o qual dispõe:

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.

Diante do exposto, pode-se perceber que o lançamento, primeiramente, é ato exclusivo da autoridade administrativa e que seu objetivo é a constituição de crédito tributário. Ademais, tal ato é entendido como um procedimento que vise à ocorrência do fato gerador da obrigação tributária.

Assim, considerando que o objetivo do lançamento é verificar a ocorrência do fato gerador e depois, após constatado o ocorrido, lançar o crédito e constituí-lo, é inegável que essa 1ª fase é revestida pela unilateralidade do fisco.

Desse modo, pode-se dizer que o lançamento é dividido em duas fases: a administrativa e a litigiosa. A primeira é verificada pela realização de todos os praticados pela autoridade fazendária ao instaurar o procedimento administrativo para apurar se há realmente um crédito a ela devido.

Já a segunda etapa do lançamento, a litigiosa, ocorrerá se houver as modalidades do ato de ofício ou por declaração, iniciando-se a partir do momento em que o contribuinte é notificado da lavratura de um auto de infração/notificação fiscal e discorda da cobrança constante naquela autuação.

Nessa ocasião, o contribuinte, não concordando em ser devedor do crédito fiscal disposto no auto de infração/notificação fiscal, apresenta defesa/impugnação junto ao órgão responsável pela arrecadação daquele tributo, o qual terá seu trâmite realizado em acordo com o previsto nas legislações dos Contenciosos Municipais, Estaduais e Federal.

Nesses casos, em que o contribuinte se vê insatisfeito com a cobrança do crédito tributário, e decide pela impugnação daquele auto de infração/notificação fiscal, inicia-se a fase contenciosa do lançamento tributário, haja vista que haverá conflito de interesses nessa relação.

Surge, portanto, um processo administrativo fiscal, o qual terá princípios norteando seu trâmite, para que o mesmo alcance seu objetivo e o contribuinte não seja lesado ante a previsão do Princípio do Devido Processo Legal.

Desse modo, o fato do procedimento de lançamento ser ato unilateral do fisco não importa dizer que houve violação das garantias constitucionais levantadas pela recorrente, tendo em vista que as garantias do contribuinte foram respeitadas desde o primeiro momento, ou seja, com a apresentação pelo sujeito passivo de impugnação administrativa (fls.290 a 297).

Sendo assim, diante dos fatos expostos, não há motivos que autorizem a declaração de nulidade da NFLD nº 37.038.430-0, tendo em vista que não houve violação alguma às garantias do contraditório e da ampla defesa.

DO MÉRITO:

I – DA OCORRÊNCIA DOS FATOS GERADORES

A recorrente alega que não houve a ocorrência de fatos geradores que autorizasse a cobrança da exação em tela, sustentando que autuação teve-se tão somente à análise de GFIP's.

Ora, a fiscalização examina e pede vistas de documentos que entenda serem necessários para cada situação. Em se tratando de ação fiscal que tenha como objetivo a ocorrência de fato gerador específico, qual seja, o recolhimento ou não das contribuições previdenciárias a cargo da empresa, nada mais plausível do que examinar as GFIP's e as GPS's, procedendo assim ao cruzamento das informações.

Assim, segundo o relatório fiscal às fls.283 a 286, os fatos geradores ocorreram com o pagamento das remunerações aos segurados empregados, sendo a base de cálculo resultante da diferença entre os valores apurados a título de contribuições previdenciárias/terceiros, conforme declaração em GFIP's realizada pela recorrente, com os recolhimentos efetuados ou não através de GPS's.

Desse modo, não deve prosperar a alegação da recorrente em afirmar que não houve a ocorrência de fatos geradores que possam autorizar a cobrança do crédito tributário constante na NFLD nº 37.038.430-0.

II – DA IMPOSSIBILIDADE DO CARF MANIFESTAR-SE ACERCA DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS:

Diante das argumentações trazidas à baila pela recorrente, um dos pontos levantados no recurso voluntário foi o de que a multa imposta teria natureza confiscatória.

Sobre o argumento da recorrente, cumpre salientar que todas as normas infraconstitucionais, quando vigentes no ordenamento jurídico, são para ser cumpridas, não podendo, em nenhuma hipótese a autoridade administrativa exercer juízo de valor e afastar a aplicação da norma, tendo em vista sua atividade como agente público ser vinculada à lei.

Desse modo, é a atividade do agente público um poder-dever, não podendo haver discricionariedade para a aplicação da lei, o que só é admitido quando a própria norma autoriza. Assim, estando a legislação vigente, deparando-se o agente administrativo com uma situação que lhe exija a aplicação de norma infraconstitucional, esta será aplicada em todos os termos, sendo vedada a conduta de afastar a incidência dessa norma, sob pena de violação ao Princípio da Legalidade.

Ademais, a Portaria RFB nº 10.875, de 16 de agosto de 2007, que disciplina o processo administrativo fiscal relativo às contribuições sociais de que tratam os arts. 2º e 3º da Lei nº 11.457/2007, veda, em seu art.18, que o Contencioso Administrativo Federal afaste aplicação de lei por inconstitucionalidade ou ilegalidade:

Art. 18 É vedado à autoridade julgadora afastar a aplicação, por inconstitucionalidade ou ilegalidade, de tratado, acordo internacional, lei, decreto ou ato normativo em vigor, ressalvados os casos em que:

1 - tenha sido declarada a inconstitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal (STF); em ação direta, após a publicação da decisão, ou pela via incidental, após a publicação da resolução do Senado Federal que suspender a sua execução;

II - haja decisão judicial, proferida em caso concreto, afastando a aplicação da norma, por ilegalidade ou inconstitucionalidade, cuja extensão dos efeitos jurídicos tenha sido autorizada pelo Presidente da República ou, nos termos do art. 4º 2 do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, pelo Secretário da Receita Federal do Brasil ou pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional.

Além disso, vale destacar que a Portaria n 256 do Ministério da Fazenda, que aprovou o Regimento Interno do CARF, em seu artigo 62, veda aos julgadores do Contencioso Administrativo Federal afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Observe-se, que somente nas hipóteses contempladas no parágrafo único e incisos do dispositivo legal acima citado poderá ser afastada a aplicação da legislação de regência, o que não se vislumbra no presente caso.

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

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;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou

c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

Para haver harmonia nos julgamentos, conforme artigo 72 do Regimento Interno, o CARF emitirá súmulas para decisões reiteradas e uniformes, de observância obrigatória pelos membros do CARF.

Art. 72. As decisões reiteradas e uniformes do CARF serão consubstanciadas em súmula de observância obrigatória pelos membros do CARF.

Nesse sentido, o CARF sumulou a matéria em comento, Súmula CARF nº 2:

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

Finalmente, o artigo 102, I, “a” da Constituição Federal, não deixa dúvida a propósito da discussão sobre inconstitucionalidade, que deve ser debatida na esfera do Poder Judiciário, senão vejamos:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de Lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de Lei ou ato normativo federal;

Dessa forma, não há como se acolher a pretensão do contribuinte em relação à possibilidade da autoridade julgadora afastar norma infraconstitucional, sob o argumento da norma aplicável à multa ter supostamente caráter confiscatório, pois analisar essa natureza da multa seria função do judiciário, que goza da liberdade para decidir, desde que haja motivação em suas decisões.

III – DA CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA INCIDÊNCIA DE JUROS MORATÓRIOS COM BASE NA TAXA SELIC:

Alega ainda a recorrente que a aplicação de juros com base na taxa SELIC é indevida, sob o argumento de que sobre o débito deveria incidir tão somente multa ou juros e não os dois cumulativamente. Todavia, a lei determina que sobre todo o montante em atraso, serão acrescidos multa e juros calculados com os índices da taxa SELIC, não cabendo a alegação da recorrente em afirmar que a natureza destes é remuneratória.

Com relação à incidência da taxa SELIC sobre os débitos federais, inclusive contribuições sociais, registre-se que a legislação de regência à época do fato gerador, a Lei nº 8.212/91, afastava literalmente os argumentos erguidos pela recorrente, *in verbis*::

Art. 34. As contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo INSS, incluídas ou não em notificação fiscal de lançamento, pagas com atraso, objeto ou não de parcelamento, ficam sujeitas aos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, a que se refere o art. 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, incidentes sobre o valor atualizado, e multa de mora, todos de caráter irrelevável. (Restabelecido com redação alterada pela MP nº 1.571/97, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97. A atualização monetária foi extinta, para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/95, conforme a Lei nº 8.981/95. A multa de mora esta disciplinada no art. 35 desta Lei)

Entretanto, a Lei n 11.941/2009 revogou o dispositivo acima e deu nova redação ao art.35 da Lei n 8.212/91, determinando que os débitos tributários a nível federal, teriam suas cobranças acrescidas de multa e juros na forma do art.61 da Lei n 9.430/96. Então vejamos:

Art. 35. Os débitos com a União decorrentes das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, não pagos nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora e juros de mora.

nos termos do art. 61 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

LEI N 9.430/96

Art.61.Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

§1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

§3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento. (Vide Lei nº 9.716, de 1998)

Art. 5º(...)

(...)

§ 3º **As quotas do imposto serão acrescidas de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC,** para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao do encerramento do período de apuração até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento.

A propósito, convém ainda mencionar que o Segundo Conselho de Contribuintes aprovou a Súmula nº 03, nos seguintes termos:

SÚMULA Nº 3 É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic para títulos federais.

Portanto, a aplicação da taxa SELIC sobre os débitos tributários federais é correta com fulcro no artigo 35, *caput*, da Lei nº 8.212/91.

IV – DA MULTA MORATÓRIA:

Com relação à multa incidente sobre débitos pagos fora do prazo legal, a sua aplicação encontra-se também fundamentada também no mesmo art.35, *caput*, da Lei n 8.212/91, *in verbis*:

Art. 35. Os débitos com a União decorrentes das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, não pagos nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora e juros de mora, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.(Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

Sobre a aplicação deste dispositivo, o qual prevê multa de 0,33% ao dia e limitada a 20%, vale destacar que a redação acima foi dada por Lei diversa daquela vigente à época do fato gerador, motivo pelo qual será aplicada em conformidade com o art.106, II, do Código Tributário Nacional, não havendo razões para a recorrente alegar a indevida progressividade da multa, em razão da atividade vinculada do agente público.

V – DA APLICAÇÃO DA LEI MAIS BENÉFICA AO ATO NÃO DEFINITIVAMENTE JULGADO:

Tratando-se de ato pendente de julgamento, há que se observar alguns preceitos legais do Código Tributário Nacional no que se refere à possibilidade de uma lei retroagir e alcançar fatos pretéritos, os quais ocorreram sob a égide de outra legislação.

No caso em tela, verifica-se que tanto a aplicação de multa como a incidência de taxa SELIC sobre os débitos tributários federais encontra amparo atualmente no art.35 da Lei n 8.212/91, dispositivo este alterado pela Lei n 11.941/2009.

Deste modo, caso seja mais benéfico ao sujeito passivo, a Lei n 11.941/2009 deverá retroagir em respeito ao art.106 do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

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

(...)

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

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

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

VI – DA DESNECESSIDADE DE FASE INSTRUTÓRIA ANTES DO LANÇAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO:

A recorrente alega ainda, e mais uma vez, que deveria ter ocorrido uma fase instrutória para apurar os cálculos do lançamento. Ocorre que, conforme demonstrado no tópico I da PRELIMINAR, o procedimento que apura a ocorrência do fato gerador tem caráter inquisitivo e não instrutório, motivo pelo qual não deverá ser considerada a alegação da recorrente.

CONCLUSÃO

Voto pelo CONHECIMENTO do recurso voluntário para DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, no sentido de manter a cobrança da NFLD 37.038.430-0, devendo-se proceder ao recálculo da 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.

Cid Marconi Gurgel de Souza.