



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

Processo n° 36202.001293/2007-06
Recurso n° 999.999 Voluntário
Acórdão n° 2403-00.991 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de janeiro de 2012
Matéria CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA
Recorrente ESTADO DO ESPÍRITO SANTO - SECRETARIA DE ESTADO DA CULTURA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/06/2000 a 31/05/2002

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 REGULARIDADE NO LANÇAMENTO - NÃO OCORRÊNCIA.

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 - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO - PERÍODO PARCIALMENTE ATINGIDO PELA DECADÊNCIA QUINQUENAL - SÚMULA VINCULANTE STF Nº 8.

O STF em julgamento proferido em 12 de junho de 2008, declarou a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/1991. Após, editou a Súmula Vinculante nº 8, publicada em 20.06.2008, nos seguintes termos: “São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os

artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

Nos termos do art. 103-A da Constituição Federal, as Súmulas Vinculantes aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terão efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal

Na hipótese dos autos, aplica-se o entendimento do STJ no REsp 973.733/SC nos termos do art. 62-A, Anexo II, Regimento Interno do CARF - RICARF, com a regra de decadência insculpida no art. 173, I, CTN posto que não houve recolhimentos antecipados a homologar pelo contribuinte.

A Recorrente teve ciência da NFLD no dia 27.12.2006, o período do débito é de 06/2000 a 05/2002. Dessa forma, constata-se que já se operara a decadência do direito de constituição dos créditos ora lançados até a competência 11/2000, inclusive, nos termos do art. 173, I, CTN.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - TAXA SELIC - APLICAÇÃO À COBRANÇA DE TRIBUTOS.

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

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, I) nas preliminares, por unanimidade de votos, em reconhecer a decadência até a competência 11/2000, inclusive, com base no art. 173, I, do CTN. II) No mérito, por unanimidade de votos em 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, Marthius Sávio Cavalcante Lobato e Jhonatas Ribeiro da Silva. Ausentes o Conselheiro Marcelo Magalhães Peixoto e o Conselheiro Cid Marconi Gurgel de Souza.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário, às fls. 267 a 299, apresentado contra Decisão Notificação - DN nº 07.401.4/082/2007 da Delegacia da Receita Previdenciária em Vitória - ES, fls. 254 a 261, que julgou procedente a autuação por descumprimento de obrigação principal, NFLD – Notificação Fiscal de Lançamento de Débito nº. 37.019.642-2, com ciência da Recorrente em 27.12.2006, às fls. 189, com valor consolidado de R\$ 356.897,07 (trezentos e cinquenta e seis mil, oitocentos e noventa e sete reais e sete centavos).

O crédito previdenciário se refere às contribuições previdenciárias destinadas à Seguridade Social correspondentes à parte da empresa e referentes à retenção de 11% sobre valor dos serviços prestados pelo Centro de Orientação e Encaminhamento Profissional — COEP devida pela Recorrente na condição de tomadora de serviços com cessão de mão de obra.

O Relatório Fiscal, às fls. 22 a 30, com Anexo às fls. 31 a 188, observa que constituem atos geradores das contribuições lançadas:

3.1. Os pagamentos feitos pela notificada à pessoa jurídica CENTRO DE ORIENTAÇÃO E ENCAMINHAMENTO PROFISSIONAL - COEP, CNPJ 02.671.704/0001-11, endereço à Rua Humberto Martins de Paula, 62 Enseada do Sul — Vitória/ES, por serviços de realização de eventos (Projeto Governo da Gente), executados mediante cessão de mão-de-obra, que estão sujeitos à retenção de 11% sobre o valor bruto de cada nota fiscal, conforme preceitua o art. 31 da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 9.711/98 e art. 219 e seu parágrafo 2.º do Regulamento da Previdência Social aprovado pelo Decreto 3.048/99.

A pessoa jurídica supra mencionada não fez o destaque nas notas fiscais dos valores a serem retidos pela notificada, e esta, não fez o recolhimento destes valores em nome da prestadora do serviço, conforme disciplina o art. 31 da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 9.711/98, c/c art. 219 do Regulamento retro citado.

Os valores, números e datas de emissão das notas fiscais de serviço que serviram de base para o lançamento do débito, assim como os números dos processos de empenhos/pagamentos onde as mesmas foram localizadas, estão discriminados no Relatório de Lançamentos, anexo à presente.

Anexei à primeira via da presente cópias, por amostragem das notas fiscais que serviram de base para o lançamento do débito, com os originais em poder da notificada e de extratos do sistema SIAFEM do Governo do Estado (sistema de controle financeiro do Governo do Estado), contendo os números das ordens bancárias de pagamentos -OB's, datas de emissão das OB's, valores pagos e históricos dos pagamentos.

Segundo ainda o Relatório Fiscal, às fls. 24 e 25, a comprovação de que os serviços foram executados mediante cessão de mão-de-obra pode ser observada nas cláusulas

dos contratos firmados entre a Recorrente e o COEP nos itens dos Planos de Trabalho (que integram o contrato) e nas propostas de execução para o projeto:

A comprovação de que os serviços foram executados mediante cessão de mão-de-obra está clara nas cláusulas dos contratos firmados entre a notificada e o Centro de Orientação e Encaminhamento Profissional — COEP (contrato processo 18011012, publicado do Diário Oficial do Estado do Espírito Santo em 08/06/2000 e contrato processo 19789963 publicado no Diário Oficial do Estado do Espírito Santo em 10/04/2001), nos itens dos Planos de Trabalho (que integram o contrato) e nas propostas de execução para o projeto.

Verificamos que os segurados envolvidos na execução dos eventos, não só trabalhavam todos os dias em expediente comercial, como ficavam à disposição da notificada durante todo o período dos eventos, inclusive dormiam nos municípios nos dias dos eventos, pois como veremos, consta do Plano de Aplicação dos Recursos Financeiros, integrante do Plano de Trabalho, o item "Despesa com alojamento". Transcrevo abaixo cláusulas dos contratos, itens dos Planos de Trabalho e das propostas de execução do projeto (cópias anexadas A primeira via desta com os originais em poder da notificada):

- CONTRATO PROCESSO 19789963:

"Cláusula Primeira: Do objeto:

O objeto do presente Contrato constitui-se na contratação de serviços técnicos — profissionais especializados da contratada, necessários à pesquisa, ao ensino e ao desenvolvimento institucional e, ações sócio-culturais, para o projeto "GOVERNO DA GENTE", conforme PROPOSTA DE SERVIÇOS E PLANO DE TRABALHO elaborados, parte integrante deste Contrato.

Clausula Segunda: Do escopo dos serviços:

Os serviços objeto do presente contrato serão desenvolvidos ou executados pela contratada, abrangendo as seguintes áreas e especificações técnicas:

III — treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

V — programas de apoio informativo e/ou promocional a eventos públicos;

VI — desenvolvimento, organização e promoção de Wes e atividades sócio-culturais em parceria com as Secretarias e órgãos do Governo do Estado, contratando, se necessário, empresas ou profissionais para a execução dos serviços ou fornecimento de materiais;

VIII— desenvolvimento de atividades de caráter educativo, cultural, técnico e científico."

- PLANO DE TRABALHO:

"IV — PLANO DE APLICAÇÃO DOS RECURSOS FINANCEIROS:

1) PESSOAL — Contratação de cerca de 400 pessoas que irão executar todo o projeto desde a montagem dos stands e equipamentos, até a equipe técnica de coordenadores do projeto;

2) Todo o pessoal a ser contratado deverá ter seguro de vida, vale transporte e ticket alimentação uma vez que a equipe trabalhará todos os dias em expediente comercial, preparando os eventos e materiais para instrução e divulgação do projeto, como jornais, panfletos, cartazes entre outros;

05) Material de Consumo em Geral — A equipe a ser montada utilizará todo material de consumo necessário para realização dos trabalhos, como papel, canetas, lápis, borracha, carimbos e almofadas, disquetes, corretivos, bobina para calculadora e fax, agendas telefônicas, pastas para arquivo, envelopes, etiquetas, cartuchos, toner, cliques, grampos, formulários contínuos, material de limpeza como detergente, sabão, pano de chão, desinfetante, papel higiênico, papel toalha, etc.;

09) Uniformes para identificação da equipe do projeto:

- 400 uniformes para a equipe toda do projeto, sendo 4 camisas e 2 calças para cada pessoa da equipe;

12) Despesa com alojamento:

- 300 colchonetes;

- 300 cobertores;

- 300 lençóis.

VII— METODOLOGIA:

Após definirmos o planejamento, trabalharemos a execução propriamente dita, na qual necessitaremos de recursos humanos devidamente preparados para desenvolverem atividades específicas como:

- preparação de alojamento para todas as equipes;

- preparação do sistema de identificação do local, das pessoas e dos stands;

- preparação da alimentação, incluindo lanches, almoços e Água;

- divulgação do projeto entre todas as comunidades da região, de forma clara, simples e precisa;

- preparação dos eventos sociais e culturais;

- preparação da infra-estrutura para a realização dos eventos, ressaltando sistema de comunicação (sonorização, vídeo, fotografias, folder, faixas, cartazes, etc.), espaço físico

(atentando para as alterações climáticas que possam vir a ocorrer), etc."

- PROPOSTA DE EXECUÇÃO PARA O PROJETO "GOVERNO DA GENTE"

"III — METODOLOGIA:

O COEP propõe a execução do projeto "GOVERNO DA GENTE", atendendo o PLANO DE TRABALHO inicial onde são previstos trinta e dois eventos para este exercício, considerando o calendário do ano de 2001.

Conforme exposto naquele planejamento, constatamos a necessidade de recursos humanos devidamente preparados. Propomos a contratação de pessoal e seu respectivo treinamento de modo que possam executar de forma satisfatória todas as necessidades do projeto.

A execução se constitui no sentido de tomar as providências necessárias para o desenrolar do projeto, como aquelas relativas ao alojamento das equipes, a preparação do sistema de identificação do local, das pessoas e dos stands, preparação da alimentação em geral, divulgação do projeto, infra-estrutura total e acima de tudo a preparação dos eventos sociais e culturais a serem realizados."

Ainda, o Relatório Fiscal, às fls. 28, observa que nos contratos firmados entre a Recorrente e a COEP, esta se obriga a fornecer material e equipamentos. Para estes tipos de contrato (com fornecimento de material), como não estão discriminados nas notas fiscais os valores correspondentes a material ou equipamentos, a base de cálculo da retenção foi obtida aplicando-se o percentual de 50% sobre o valor bruto das notas fiscais, conforme determinam o art. 219, §§ 7º e 8º do Decreto 3.048/1999 e os arts. 149 e 150 da IN SRP 03/2005.

O período de apuração, de acordo com o Mandado de Procedimento Fiscal – MPF nº 09322608F00, foi de 01/2000 a 02/2006, fls. 15.

O período objeto da NFLD, conforme o Relatório Discriminativo Sintético de Débito - DSD, às fls. 06, é de 06/2000 a 05/2002.

A Recorrente teve ciência da NFLD no dia 27.12.2006, conforme recibo no Ofício nº 371/DRP/Seção de Fiscalização, às fls. 189.

Contra a autuação, a Recorrente apresentou impugnação tempestiva, de fls. 196 a 223, com Anexo às fls. 224 a 252, alegando, em apertada síntese:

(i) A exclusão dos valores indevidamente consignados após o decurso do prazo de cinco (5) anos contados da data do ato ou fato do qual se originaram, uma vez que atingidos pela decadência,

(ii) A Lei n.º 9.711/98 ao eleger substituto tributário, atinge os arts. 121 e 128 do CTN, pois a base de cálculo adotada para a retenção não guarda relação com a folha de salário da empresa cedente;

(iii) Não pode exigir a responsabilidade da retenção com base na Lei n.º 9.711/98, pois a mesma está eivada de inconstitucionalidade/ilegalidade;

(iv) Não cabimento da aplicação da Taxa SELIC como índice de taxa de juros moratórios sobre débitos fiscais.

(v) A exação relativa ao Seguro de Acidente do Trabalho -SAT não é devida, qualquer que seja a alíquota referenciada, haja vista que a legislação de regência afronta o princípio da legalidade.

A Delegacia da Receita Previdenciária em Vitória - ES, certifica que a Impugnação apresentada é tempestiva, conforme fls. 253, desconsiderando, portanto, o Termo de Revelia por intempestividade às fls. 192.

Após análise dos autos, a Delegacia da Receita Previdenciária em Vitória - ES emitiu a Decisão Notificação - DN nº 07.401.4/082/2007, fls. 254 a 261, julgando procedente a autuação e mantendo a multa aplicada, conforme a Ementa a seguir:

**CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ÓRGÃO PÚBLICO.
RETENÇÃO. DECADÊNCIA. TAXA SELIC.
INCONSTITUCIONALIDADE DE LEIS.**

órgão Público é equiparado a empresa nos termos do art. 15, I, da Lei n.º 8.212/91. A empresa contratante de serviços é obrigada a reter 11% sobre o valor bruto da Nota Fiscal ou Fatura - art. 31, "caput" da lei 8.212/91, na redação dada pela lei 9.711/98.

O direito do INSS de apurar e constituir seus créditos extingue-se em 10 anos — art. 45, I da Lei n.º 8.212/91.

E licita a cobrança de juros equivalentes à taxa referencial do sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIG, de caráter irrelevável, conforme arts. 34 da N.º Lei 8.212/91.

Inconstitucionalidade é matéria reservada ao Supremo Tribunal Federal, conforme Art. 102 parágrafo 1º da Constituição Federal de 1988.

LANÇAMENTO PROCEDENTE.

Inconformada com a decisão, **a Recorrente apresentou Recurso Voluntário**, fls. 267 a 299, na qual alega em síntese que:

Em sede preliminar.

(i) *Da decadência.* A exclusão dos valores indevidamente consignados após o decurso do prazo de cinco (5) anos contados da data do ato ou fato do qual se originaram, uma vez que atingidos pela decadência;

Do Mérito.

(ii) *A Lei n.º 9.711/98 ao eleger substituto tributário, viola os arts. 121 e 128 do CTN, pois a base de cálculo adotada para a retenção não guarda relação com a folha de salário da empresa cedente;*

(iii) *Não pode exigir a responsabilidade da retenção com base na Lei n.º 9.711/98, pois a mesma está eivada de inconstitucionalidade/ilegalidade.*

Deste modo, quando a fiscalização calcula o pretense tributo devido, utilizando-se para tal as faturas/ notas fiscais, tendo por respaldo legal para o procedimento, uma Instrução Normativa, em verdade está a exigir tributo não previsto na Constituição Federal ou na Legislação de regência;

Assim quanto a fiscalização do INSS, baseando-se em, meras ordens de serviços impõe a exação fiscal nos moldes da presente notificação não só ofende o art. 195 da CF188, como também o princípio da legalidade estrita, insito no art. 97, IV do CTN.

(iv) *Não cabimento da aplicação da Taxa SELIC como índice de taxa de juros moratórios sobre débitos fiscais.*

(v) *A exação relativa ao Seguro de Acidente do Trabalho -SAT não é devida, qualquer que seja a alíquota referenciada, haja vista que a legislação de regência afronta o princípio da legalidade.*

Posteriormente, os autos foram enviados ao Conselho, para análise e decisão,
fls. 303.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Relator

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 303.

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

DAS PRELIMINARES***(a) Inconstitucionalidades.***

Analisemos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(b) Da regularidade do lançamento

Analisemos.

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 Terceiros.

Desta forma, conforme o artigo 37 da Lei nº 8.212/91, foi lavrada **Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD nº 37.019.642-2** que, conforme definido no inciso IV do artigo 633 da IN MPS/SRP nº 03/2005, é o documento constitutivo de

crédito relativo às contribuições devidas à Previdência Social e a outras importâncias arrecadadas pela SRP, apuradas mediante procedimento fiscal:

(redação à época da lavratura da NFLD nº 37.019.642-2)

Lei nº 8.212/91

Art. 37. Constatado o atraso total ou parcial no recolhimento de contribuições tratadas nesta Lei, ou em caso de falta de pagamento de benefício reembolsado, a fiscalização lavrará notificação de débito, com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, conforme dispuser o regulamento.

IN MPS/SRP 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;

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, com a clara discriminação de cada débito apurado e dos acréscimos legais incidentes, não havendo, pois, nulidade por vício insanável e tampouco cerceamento de defesa.**

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. CORESP- - Relatório de Co-responsáveis do Débito;

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 37.019.642-2**, 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-se 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.

*(i) **Da decadência.** A exclusão dos valores indevidamente consignados após o decurso do prazo de cinco (5) anos contados da data do ato ou fato do qual se originaram, uma vez que atingidos pela decadência;*

Analisemos.

O Supremo Tribunal Federal - STF, conforme o Informativo STF nº 510 de 19 de junho de 2008, por entender que apenas lei complementar pode dispor sobre prescrição e decadência em matéria tributária, nos termos do artigo 146, III, b, da Constituição Federal, negou provimento por unanimidade aos Recursos Extraordinários nºs 556664/RS, 559882/RS, 559.943 e 560626/RS, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei nº 8.212/91, atribuindo-se, à decisão, eficácia *ex nunc* apenas em relação aos recolhimentos efetuados antes de 11.6.2008 e não impugnados até a mesma data, seja pela via judicial, seja pela administrativa.

Após, o STF aprovou o Enunciado da Súmula Vinculante nº 8, publicada em 20.06.2008, nestes termos:

Súmula Vinculante nº 8 - São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário. Publicada no DOU de 20/6/2008, Seção 1, p.1.

É necessário observar ainda que as súmulas aprovadas pelo STF possuem efeitos vinculantes, conforme se depreende do art. 103-A e parágrafos da Constituição Federal, que foram inseridos pela Emenda Constitucional nº 45/2004. *in verbis*:

“Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa

oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (g.n.)."

Portanto, da leitura do dispositivo constitucional acima, conclui-se que a vinculação à súmula alcança a administração pública e, por consequência, os julgadores no âmbito do contencioso administrativo fiscal.

Ademais, no termos do artigo 64-B da Lei 9.784/99, com a redação dada pela Lei 11.417/06, a **administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal**, deve adequar a decisão administrativa ao entendimento do STF, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.

“Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal”

Cumprе ressaltar que o art. 62, caput do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF do Ministério da Fazenda, Portaria MF nº 256 de 22.06.2009, veda o afastamento de aplicação ou inobservância de legislação sob fundamento de inconstitucionalidade.

Porém, o art. 62, parágrafo único, inciso I, do Regimento Interno do CARF, ressalva que o disposto no caput não se aplica a dispositivo que tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal:

“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. (g.n.)”

Portanto, em razão da declaração de inconstitucionalidade dos arts 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 pelo STF, há que serem observadas as regras previstas no Código Tributário Nacional - CTN. Dessa forma, constata-se que já se operara a decadência do direito de constituição dos créditos ora lançados, nos termos dos artigos 150, § 4º, e 173 do Código Tributário Nacional.

O Código Tributário Nacional, ao dispor sobre a decadência, causa extintiva do crédito tributário, assim estabelece em seu artigo 173:

“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento. (g.n.)”

Já em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, quando ocorre pagamento antecipado inferior ao efetivamente devido, sem que o contribuinte tenha incorrido em fraude, dolo ou simulação, aplica-se o disposto no § 4º, do artigo 150, do CTN, segundo o qual, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador:

“Art.150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º - O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento.

§ 2º - Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.

§ 3º - Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduaçãoção.

§ 4º - Se a lei não fixar prazo a homologação, **será ele de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador**; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, **salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.** (g.n.)”

Essas interpretações estão em sintonia com decisões do Poder Judiciário.

“Ementa:1. O entendimento jurisprudencial consagrado no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, **em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação cujo pagamento ocorreu antecipadamente, o prazo decadencial de que dispõe o Fisco para constituir o crédito tributário é de cinco anos, contados a partir do fato gerador. Todavia, se não houver pagamento antecipado, incide a regra do art. 173, I, do Código Tributário Nacional.**” (STJ.1ª Turma, AgRg no Ag 972.949/RS, Rel.: Min. Denise Arruda., ago/08.) (g.n.)

“Ementa:4. **Nas exações cujo lançamento se faz por homologação, havendo pagamento antecipado, conta-se o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN). Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN.** Em normais circunstâncias, não se conjugam os dispositivos legais. Precedentes das Turmas de Direito Público e da Primeira Seção. 5. Hipótese dos autos em que não houve pagamento antecipado, aplicando-se a regra do art. 173, I, do CTN.” (STJ. 2ª Turma, AgRg no Ag 939.714/RS, Rel.: Min. Eliana Calmon., fev/08.) (g.n.)

“Ementa: Em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, a fixação do termo a quo do prazo decadencial para a constituição do crédito deve considerar, em conjunto, os arts. 150, § 4º, e 173, I, do Código Tributário Nacional. Na hipótese em exame, que cuida de lançamento por homologação (contribuição previdenciária) com pagamento antecipado, o prazo decadencial será de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador. (...) **Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN.**” (STJ. EREsp

278727/DF. Rel.: Min. Franciulli Netto. 1ª Seção. Decisão:
27/08/03. DJ de 28/10/03, p. 184.) . (g.n.)

Uma corrente doutrinária também aponta que no caso de tributo lançado por homologação, desde que haja a antecipação de pagamento, se aplica uma regra especial disposta no art. 150, § 4º, CTN em detrimento da aplicação da regra geral do art. 173, I, CTN. No entanto, nos casos de dolo, fraude ou simulação, de modo a que se configure a comprovada má-fé do sujeito passivo, não corre o prazo do art. 150, § 4º, CTN mas sim a decadência tributária se rege pela disposição genérica do art. 173, I, CTN.

Nesta corrente doutrinária pode-se citar, dentre outros, Ricardo Lobo Torres¹, Eduardo Sabbag², Mauro Luís Rocha Lopes³ e Leandro Paulsen⁴.

Há vozes discordantes na doutrina que defendem que a decadência opera com base na regra geral de decadência esposta no art. 173 do CTN, haja ou não pagamento antecipado no caso de lançamento por homologação, de forma a não se aplicar o art. 150, § 4º, CTN.

O meu posicionamento se identifica com o direcionamento do Superior Tribunal de Justiça – STJ e com a primeira corrente doutrinária exposta no sentido de no caso de tributo lançado por homologação, desde que haja a antecipação de pagamento e não se configure os casos de dolo, fraude ou simulação, se aplica a regra especial disposta no art. 150, § 4º, CTN.

Por outro lado, na hipótese dos autos, aplica-se o entendimento do STJ no REsp 973.733/SC nos termos do art. 62-A, Anexo II, Regimento Interno do CARF - RICARF, com a regra de decadência insculpida no art. 173, I, CTN posto que não houve recolhimentos antecipados a homologar pelo contribuinte, conforme se verifica do Relatório Discriminativo Analítico de Débito – DAD, às fls. 4 e 5.

Verifica-se, da análise dos autos, que:

O período objeto da NFLD, conforme o Relatório Discriminativo Sintético de Débito - DSD, às fls. 06, é de 06/2000 a 05/2002.

A Recorrente teve ciência da NFLD no dia 27.12.2006, conforme recibo no Ofício nº 371/DRP/Seção de Fiscalização, às fls. 189.

Dessa forma, constata-se que já se operara a decadência do direito de constituição dos créditos ora lançados até a competência 11/2000, inclusive, nos termos do artigo 173, I, CTN.

¹ TORRES, Ricardo Lobo. Curso de direito financeiro e tributário. 16. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 283.

² SABBAG, Eduardo. Manual de direito tributário. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 723.

³ LOPES, Mauro Luís Rocha. Direito tributário brasileiro. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 248.

⁴ PAULSEN, Leandro. Direito tributário: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, ESMARF, 2009. p. 1036. Assinado digitalmente e

Autenticado em 14/03/2012 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 16/03/2012 por CARLOS AL

BERTO MEES STRINGARI

Impresso em 27/03/2012 por MARIA MADALENA SILVA - VERSO EM BRANCO

DO MÉRITO.

(ii) A Lei n.º 9.711/98 ao eleger substituto tributário, viola os arts. 121 e 128 do CTN, pois a base de cálculo adotada para a retenção não guarda relação com a folha de salário da empresa cedente;

Analisemos.

Em relação à questão de inconstitucionalidade, já analisamos conforme o item (a) das Preliminares.

A Recorrente alega que o que existe é a faculdade de efetuar a retenção para afastar a responsabilidade, não sendo a impugnante substituta tributária da cedente de mão-de-obra, às fls. 274:

Outrossim, a relação estabelecida entre o Impugnante e a empresa cedente de mão-de-obra, é de ordem contratual administrativa, enquanto que o cedente e seus empregados estabelecem relações abrangidas pela legislação trabalhista.

Tão distintas e independentes são as relações estabelecidas entre o Impugnante o prestador de serviço e este com seus empregados que se, por acaso, a impugnante deixar de pagar ao cedente pelos serviços prestados, em nada este fato influenciará em relação aos empregados que, ainda assim, terão direito de serem remunerados pelos seus serviços.

Veja-se, portanto, que o fato de o Impugnante remunerar o cedente pelos serviços prestados, não o vincula de modo algum com o fato gerador subjacente concernente ao recolhimento da contribuição previdenciária de 20 % (vinte por cento) incidente sobre a folha de pagamento.

O artigo 31 da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 9.711/98, obriga diretamente o contratante dos serviços a efetuar a retenção, determinando a observação do disposto no artigo 33, § 5º, in verbis:

“Art. 33. “Omissis”

§ 5º O desconto de contribuição e de consignação legalmente autorizadas sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa a isso obrigada, não lhe sendo lícito alegar omissão para se eximir do recolhimento, ficando diretamente responsável pela importância que deixou de receber ou arrecadou em desacordo com o disposto nesta Lei”.

Ademais, com a nova redação do artigo 31 da Lei nº 8.212/91, dada pela Lei nº 9.711/98, não há mais que se falar em responsabilidade solidária ou subsidiária, como apontado pelo defendente, pois se estabeleceu nova sistemática de tributação quando da contratação de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, restando reconhecida a

legalidade e constitucionalidade desta norma pelo Supremo Tribunal Federal, conforme ementa transcrita abaixo:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL: SEGURIDADE. RETENÇÃO DE 11% SOBRE O VALOR BRUTO DA NOTA FISCAL OU DA FATURA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. Lei 8.212/91, art. 31, com a redação da Lei 9.711/98. I. - Empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra: obrigação de reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia 2 do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente da mão-de-obra: inoportunidade de ofensa ao disposto no art. 150, § 7º, art. 150, IV, art. 195, § 4º, art. 154, I, e art. 148. II. - R.E. conhecido e improvido

(RE 393946/MG Rel: Min. CARLOS VELLOSO, DJ 01/04/2005)

O Superior Tribunal de Justiça pronunciou-se, em relação à matéria, no mesmo sentido:

"116020647 – PREVIDENCIÁRIO – CONTRIBUIÇÃO – EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO – LEI Nº 9.711/98 – I. Nova redação do art. 31 da Lei nº 8.212/91 pela Lei nº 9.711/98, não alterou a fonte de custeio, nem elegeru novo contribuinte. 2. A alteração foi apenas da sistemática de recolhimento, continuando a contribuição previdenciária a ser calculada pela folha de salário, tendo como contribuinte de direito a empresa prestadora do serviço de mão-de-obra. 3. A nova sistemática impôs ao contribuinte de fato a responsabilidade pela retenção de parte da contribuição, para futura compensação, quando do cálculo do devido. 4. Sistemática que se harmoniza com o disposto no art. 128 do CTN. 5. Recurso Especial provido.

(STJ – RESP 433814 – SP – 2ª T. – Relª Min. Eliana Calmon – DJU 19.12.2002)

16014676 – TRIBUTÁRIO – RECURSO ESPECIAL – CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA – EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO – RETENÇÃO DE 11% SOBRE FATURAS – ART. 31, DA LEI Nº 8.212/91, COM A REDAÇÃO DA LEI Nº 9.711/98 – NOVA SISTEMÁTICA DE ARRECADAÇÃO MAIS COMPLEXA, SEM AFETAÇÃO DAS BASES LEGAIS DA ENTIDADE TRIBUTÁRIA MATERIAL DA EXAÇÃO – 1. A Lei nº 9.711, de 20/11/1999, que alterou o art. 31, da Lei nº 8.212/1991, não criou qualquer nova contribuição sobre o faturamento, nem alterou a alíquota, nem a base de cálculo da contribuição previdenciária sobre a folha de pagamento. 2. A determinação do mencionado artigo 31 configura, apenas, uma técnica de arrecadação da contribuição previdenciária, colocando as empresas tomadoras de serviço como responsáveis tributários pela forma de substituição tributária. 3. O procedimento a ser adotado não viola qualquer disposição legal, haja vista que, apenas, obriga a empresa contratante de serviços a reter da empresa contratada, em benefício da previdência social, o percentual de 11% sobre o

valor dos serviços constantes da nota fiscal ou fatura, a título de contribuição previdenciária, em face dos encargos de Lei decorrentes da contratação de pessoal. 4. A prestadora dos serviços, isto é, a empresa contratada, que sofreu a retenção, procede, no mês de competência, a uma simples operação aritmética: De posse do valor devido a título de contribuição previdenciária incidente sobre a folha de pagamento, diminuirá deste valor o que foi retido pela tomadora de serviços; se o valor devido a título de contribuição previdenciária for menor, recolhe, ao GRPS, o montante devedor respectivo, se o valor retido for maior do que o devido, no mês de competência, requererá a restituição do seu saldo credor. 5. O que a Lei criou foi, apenas, uma nova sistemática de arrecadação, embora mais complexa para o contribuinte, porém, sem afetar as bases legais da entidade tributária material da contribuição previdenciária. 6. Recurso não provido. (STJ – RESP 439155 – MG – 1ª T. – Rel. Min. José Delgado – DJU 23.09.2002)

Assim, a retenção de 11% sobre o total da fatura ou nota fiscal de prestação de serviços mediante empreitada ou cessão de mão-de-obra consiste em antecipação de recolhimento, feita pelo tomador do serviço em nome do prestador. Caso a empresa contratante não efetue a retenção, assumirá este ônus.

Diante do exposto, não prospera a argumentação da Recorrente.

(iii) Não pode exigir a responsabilidade da retenção com base na Lei n.º 9.711/98, pois a mesma está eivada de inconstitucionalidade/ilegalidade.

Deste modo, quando a fiscalização calcula o pretense tributo devido, utilizando-se para tal as faturas/ notas fiscais, tendo por respaldo legal para o procedimento, uma Instrução Normativa, em verdade está a exigir tributo não previsto na Constituição. Federal ou na Legislação de regência;

Assim quanto a fiscalização do INSS, baseando-se em, meras ordens de serviços impõe a exação fiscal nos moldes da presente notificação não só ofende o art. 195 da CF188, como também o princípio da legalidade estrita, insito no art. 97, IV do CTN.

Analisemos.

Em relação à questão de inconstitucionalidade, já analisamos conforme o item (a) das Preliminares.

Desta forma, não prospera a argumentação da Recorrente.

*(iv) Não cabimento da aplicação da **Taxa SELIC** como índice de taxa de juros moratórios sobre débitos fiscais.*

Analisemos.

Insurge-se a Recorrente contra a aplicação da taxa SELIC ao argumento de que seria ilegal.

Registre-se, porque importante, que a legislação de regência, sobretudo a Lei nº 8.212/91, afasta literalmente os argumentos erguidos pela Recorrente.

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

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

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

***Súmula CARF nº 4:** A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.*

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

*(v) A exação relativa ao **Seguro de Acidente do Trabalho -SAT** não é devida, qualquer que seja a alíquota referenciada, haja vista que a legislação de regência afronta o princípio da legalidade.*

Analisemos.

No tocante a contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social para o financiamento da complementação das prestações por acidente do trabalho, no presente lançamento não consta contribuições destinadas à mesma, conforme Discriminativo Analítico de Débito, às fls. 04 a 05, sendo improcedente as alegações da Recorrente.

Diante do exposto, não prospera a argumentação da Recorrente.

DA MULTA DE MORA

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

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

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

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

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

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

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

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

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

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

CONCLUSÃO

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso, **nas PRELIMINARES**, declarar a decadência até a competência 11/2000, inclusive, com base no art. 173, I, CTN e; **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