



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

Processo n° 11444.000327/2008-44
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2302-002.034 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de agosto de 2012
Matéria Salário Indireto: Educação
Recorrente ASSOCIAÇÃO DE ENSINO DE MARÍLIA S/C
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/08/1991 a 31/12/1998

Ementa:

AÇÃO JUDICIAL. RENÚNCIA AO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. MATÉRIA DIFERENCIADA.

A propositura pelo sujeito passivo de ação judicial, por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento, que tenha por objeto idêntico pedido sobre o qual trate o processo administrativo, importa renúncia ao contencioso administrativo, conforme art. 126, § 3º, da Lei nº 8.213/91, combinado com o art. 307 do RPS, aprovado pelo Decreto 3.048/99.

O julgamento administrativo limitar-se-á à matéria diferenciada, se na impugnação houver matéria distinta da constante do processo judicial.

JUROS/SELIC

As contribuições sociais e outras importâncias, pagas com atraso, ficam sujeitas aos juros equivalentes à Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, nos termos do artigo 34 da Lei 8.212/91.

Súmula do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais diz que 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.

MULTA MORATÓRIA

A aplicação do artigo 35 da Lei nº 8.212/91, na redação vigente à época da ocorrência dos fatos geradores e do lançamento traz percentuais variáveis, de acordo com a fase processual em que se encontre o processo de constituição do crédito tributário e se mostra mais benéfico ao contribuinte, uma vez em que se aplicando a redação dada pela Lei nº 11.941/2009, mais precisamente

o artigo 35 A da Lei n.º 8.212/91, o valor da multa seria mais oneroso ao contribuinte, pois deveria ser aplicado o artigo 44, I da Lei n.º 9430/96.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, em conhecer parcialmente o recurso e na parte conhecida negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o julgado.

Marco Andre Ramos Vieira - Presidente.

Liege Lacroix Thomasi - Relatora

EDITADO EM: 20/08/2012

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marco Andre Ramos Vieira (Presidente), Manoel Coelho Arruda Junior, Arlindo da Costa e Silva, Liege Lacroix Thomasi, Adriana Sato.

Relatório

Trata a presente Notificação Fiscal de Lançamento de Débito, lavrada e cientificada ao sujeito passivo em 31/05/2000, de contribuições previdenciárias incidentes sobre valores pagos aos segurados empregados e dependentes a título de bolsas de estudo, correspondentes a matrículas e mensalidades, no período de 08/1991 a 12/1998.

As competências de 08/1991 a 05/1995, foram excluídas do lançamento através do Despacho Decisório DRF/MRA/Sacat n.º 251/2009 (fls. 776/779), devido ao decurso do prazo decadencial.

O relatório fiscal, fls.66/68, consigna que a NFLD foi lavrada em decorrência do cancelamento da isenção usufruída, através do Ato Cancelatório n.º 03/1999, com efeitos retroativos a 08/1991, visando apenas ao registro dos valores, devendo o processo ficar sobrestado, frente ao Mandado de Segurança n.º 1999.61.11.008650-5, impetrado pela entidade, que obteve liminar para suspender os efeitos de tal Ato e determinando que a impetrada se abstivesse de exigir as contribuições dele decorrentes até o final do julgamento do MS, fls.1583/1585.

A entidade interpôs, também, Ação Ordinária n.º 2000.61.11.004381-0, onde obteve antecipação de tutela, a fim de suspender a exigibilidade do crédito incidente sobre valores pagos a título de bolsas de estudo, fls. 650/672.

No Mandado de Segurança foi proferida sentença, fls. 1586/1598, em 29/08/2003, julgando improcedente o pedido e revogando expressamente a liminar concedida. A entidade interpôs recurso de apelação, ao qual foi atribuído efeito suspensivo pela Medida Cautelar n.º 2003.03.00.063430-9, e em 07/05/2009 o TRF da 3ª Região deu provimento parcial a apelação, para reconhecer a decadência parcial nos termos do artigo 173, do CTN, em função da Súmula Vinculante n.º 8.

A impetrante ainda interpôs embargos de declaração que foram rejeitados e apresentou Recurso Especial e Extraordinário em 12/02/2010 e 05/04/2010, estando ainda pendentes de julgamento, fls. 1612/1614.

Na Ação Ordinária n.º 2000.61.11.004381-0, foi proferida sentença em 07/10/2003, julgando procedente a ação para desconsiderar os valores pagos a título de bolsa de estudo aos segurados empregados, como integrantes do salário de contribuição, fls. 1615/1624. A União Federal interpôs recurso de apelação, recebido em ambos os efeitos, devolutivo e suspensivo e, em 23/03/2009, decisão proferida deu parcial provimento ao reexame necessário e ao recurso de apelação, para reconhecer a obrigatoriedade do recolhimento das contribuições previdenciárias incidentes sobre os valores pagos a título de bolsas de estudo concedidas aos dependentes dos funcionários e professores, mantendo, nos demais termos, a sentença, fls. 1625/1627. a União Federal interpôs, ainda Agravo Regimental e os autos encontram-se no Tribunal, aguardando julgamento do recurso, fls. 1628/1629.

Dentro do prazo regulamentar para a apresentação de defesa, a notificada protocolou requerimento dizendo que considerava sobrestado o procedimento fiscal,

protestando pelo oferecimento de defesa no momento oportuno, fls. 673. Em 05/02/2010, protocolou, voluntariamente, impugnação com argumentos diversos dos expendidos nas ações judiciais, o que motivou o julgamento administrativo.

Acórdão de fls. 1642/1654, manteve o crédito lançado.

Inconformado, o contribuinte apresentou recurso, onde alega, em apertada síntese:

- a) a nulidade do Acórdão porque não observou todos os pedidos apresentados na defesa e o pedido de diligência;
- b) que a conclusão do procedimento fiscal se deu com base em fiscalização não encerrada;
- c) que solicitou a juntada dos Termos de Encerramento da Fiscalização, pois não houve a entrega do resultado da fiscalização e do relatório, que não lhe assegurou a ampla defesa e contraditório, culminando com o cancelamento da isenção;
- d) que o exaurimento da defesa deve ocorrer em regular procedimento fiscal;
- e) que nenhuma prova foi produzida pelo INSS para sustentar a exigência vinda com a NFLD;
- f) que o INSS copiou o auto de infração da Delegacia da Receita Federal em Marília, que também fiscalizava o contribuinte;
- g) que a decisão não se manifestou sobre os relatórios de atividade juntados, que são provas do cumprimento do artigo 55 da Lei n.º 8.212/91;
- h) que a incidência de correção, juros e multas só poderia ocorrer a partir de 02/2010; não pode ser onerada com multas e juros;
- i) o cancelamento da isenção foi feito por agente incompetente;
- j) o salário in natura não se caracteriza por imposição do órgão fiscal;
- k) que não concedeu benefício, apenas cumpriu a convenção coletiva, que é compulsória;
- l) que as bolsas concedidas não eram habituais, periódicas ou uniformes, que cessavam com o término do curso, que eram concedidas a todos empregados e dependentes e não estava sujeita à contraprestação de serviços.

Por fim, requer a anulação do Acórdão da DRJ, a nulidade da NFLD ou a sua improcedência. Alternativamente, requer que seja afastada a exigência dos tributos no período em que gozava da isenção do artigo 55 da Lei n.º 8.212/91; que os efeitos do Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos sejam produzidos *ex nunc* ; que seja desconstituído o lançamento por falta de provas e deferida diligência para que seja dito do encerramento das ações fiscais iniciadas em 23/07/97 e 09/10/97, em qual data foi protocolado o resultado das fiscalizações; que assinou os protocolos; qual prazo foi deferido para a apresentação dos recursos? Protesta pela adequação dos acréscimos, excluindo-se a SELIC e que a multa aplicada seja a mais benéfica de acordo com o CTN. Aduz que caso mantida a NFLD, os valores gastos com filantropia sejam deduzidos da exigência fiscal, já que convalidados pelo INSS e CNAS quando do recebimento e aprovação dos Relatórios de Atividades, que sustentaram a emissão do Certificado de Filantropia da recorrente.

É o relatório.

Voto

Conselheira Liege Lacroix Thomasi, Relatora

Cumprido o requisito de admissibilidade, frente à tempestividade, conheço do recurso e passo ao seu exame.

Da Preliminar

Não vislumbro a tese de nulidade da notificação, pois não foi observado qualquer vício no procedimento da fiscalização e formalização do lançamento. Foram cumpridos todos os requisitos dos artigos 10 e 11 do Decreto nº 70.235, de 06/03/72, *verbis*:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Art. 11. A notificação de lançamento será expedida pelo órgão que administra o tributo e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do notificado;

II - o valor do crédito tributário e o prazo para recolhimento ou impugnação;

III - a disposição legal infringida, se for o caso;

IV - a assinatura do chefe do órgão expedidor ou de outro servidor autorizado e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

O recorrente foi devidamente intimado de todos os atos processuais que trazem fatos novos, assegurando-lhe a oportunidade de exercício da ampla defesa e do contraditório, nos termos do artigo 23 do mesmo Decreto:

Art. 23. Far-se-á a intimação:

I - pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou,

*no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar;
(Redação dada pela Lei nº 9.532, de 10.12.1997)*

*II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via,
com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo
sujeito passivo; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 10.12.1997)*

*III - por edital, quando resultarem improficuos os meios
referidos nos incisos I e II. (Vide Medida Provisória nº 232, de
2004)*

A decisão recorrida também atendeu às prescrições que regem o processo administrativo fiscal: enfrentou as alegações pertinentes do recorrente, com indicação precisa dos fundamentos e se revestiu de todas as formalidades necessárias. Não contém, portanto, qualquer vício que suscite sua nulidade, passando, inclusive, pelo crivo do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

Art. 31. A decisão conterà relatório resumido do processo, fundamentos legais, conclusão e ordem de intimação, devendo referir-se, expressamente, a todos os autos de infração e notificações de lançamento objeto do processo, bem como às razões de defesa suscitadas pelo impugnante contra todas as exigências. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 9.12.1993).

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. NULIDADE DO ACÓRDÃO. INEXISTÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SERVIDOR PÚBLICO INATIVO. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. SÚMULA 188/STJ.

1. Não há nulidade do acórdão quando o Tribunal de origem resolve a controvérsia de maneira sólida e fundamentada, apenas não adotando a tese do recorrente.

2. O julgador não precisa responder a todas as alegações das partes se já tiver encontrado motivo suficiente para fundamentar a decisão, nem está obrigado a ater-se aos fundamentos por elas indicados “. (RESP 946.447-RS – Min. Castro Meira – 2ª Turma – DJ 10/09/2007 p.216)

Portanto, em razão do exposto e nos termos das regras disciplinadoras do processo administrativo fiscal, não se identificam vícios capazes de tornar nulo quaisquer dos atos praticados:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Superadas as questões preliminares para exame do cumprimento das exigências formais, passo à apreciação do mérito.

Do Mérito

Cuida a notificação, exclusivamente, de contribuições previdenciárias patronais incidentes sobre valores pagos aos segurados empregados a título de bolsas de estudo, consubstanciadas nos pagamentos de matrículas e mensalidades para funcionários, professores e seus dependentes, nas competências de 06/1995 a 12/1998, após a exclusão do período decadente.

Da análise dos elementos constantes dos autos, vislumbra-se que a recorrente possui ações judiciais, já transcritas anteriormente, onde discute a ilegalidade de tal contribuição e do Ato Cancelatório da isenção das contribuições patronais, que ainda se encontram pendentes de julgamento definitivo.

De acordo com o disposto no art. 126, § 3º da Lei n.º 8.213/1991, a propositura, pelo beneficiário ou contribuinte, de ação que tenha por objeto idêntico pedido sobre o qual versa o processo administrativo importa renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto.

Toda a matéria litigiosa no Judiciário impede o conhecimento administrativo, motivo pelo qual deixo de me manifestar tanto no que se refere às contribuições relativas à bolsa de estudo, matéria específica deste lançamento, quanto definitividade do Ato Cancelatório da isenção usufruída pela recorrente, frente à primazia da decisão judicial a ser proferida em última instância.

De acordo com o disposto no art. 126, § 3º da Lei n.º 8.213/1991, a propositura, pelo beneficiário ou contribuinte, de ação que tenha por objeto idêntico pedido sobre o qual versa o processo administrativo importa renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto.

Portanto, cabe análise apenas das matérias diversas daquelas discutidas judicialmente, quais sejam a falta de apresentação de documentos, a multa de mora e os juros com base na taxa SELIC.

Em que pese a existência de ação judicial, esta acarreta a suspensão da exigibilidade do crédito nos casos de:

- depósito integral da contribuição discutida judicialmente (art. 151, II, do CTN);
- concessão de medida liminar em mandado de segurança (art. 151, IV, do CTN);
- concessão de medida liminar ou de tutela antecipada em outras espécies de ação judicial (art. 151, V, do CTN).

É oportuno esclarecer, entretanto, que não há que se confundir “suspensão da exigibilidade do crédito tributário” com a impossibilidade de lançamento. A “suspensão” refere-se tão somente a exigibilidade do crédito previdenciário por via de execução, ou seja, do adimplemento forçado em juízo, impedindo que sejam praticados, contra o sujeito passivo, atos de natureza constitutiva, expropriatórios ou assemelhados, ainda que esgotada a fase administrativa.

Assim, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário não afeta a efetividade do lançamento escorreito, feito por autoridade competente dentro dos moldes

definidos em lei. Em regra, quando o contribuinte ajuíza ação para afastar a cobrança de determinada contribuição, não fica a Fazenda Pública impedida de proceder ao lançamento, pois este, segundo o parágrafo único do art. 142 do CTN, constitui atividade vinculada e obrigatória da autoridade administrativa, sob pena de responsabilidade funcional.

Neste sentido, é a inteligência do Superior Tribunal de Justiça, consolidado em acórdão da lavra da Segunda Turma, cuja ementa é ora transcrita:

"TRIBUTÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – MEDIDA LIMINAR – RECURSO ADMINISTRATIVO – LANÇAMENTO – EFETIVAÇÃO DE NOVOS LANÇAMENTOS – POSSIBILIDADE – CTN, ARTS. 151, I E III E 173 – PRECEDENTES. A concessão da segurança requerida suspende a exigibilidade do crédito tributário, mas não tem o condão de impedir a formação do título executivo pelo lançamento, paralisando apenas a execução do crédito controvertido."(STJ – Segunda Turma – RESP 75075 – Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ 14.04.2003, p.206)."

Por outro lado, o lançamento do débito, mesmo estando a Fazenda Pública impossibilitada de cobrar, tem como objetivo resguardar o crédito previdenciário do prazo decadencial. Note-se que o prazo decadencial não se interrompe nem se suspende com a interposição de medida judicial, fluindo a partir da ocorrência do fato gerador ou da data prevista em lei, e, em razão disso, eventual demora na solução do processo judicial poderia acarretar a perda do direito de constituir o crédito pelo lançamento, caso a recorrente fosse vencida no pleito judicial.

Desta forma, o ajuizamento de ação pelo contribuinte visando afastar a cobrança de determinada contribuição não impede a Administração de proceder ao lançamento, ainda que haja causa de suspensão da exigibilidade do crédito, ficando, neste caso, suspensos tão somente os atos executórios de cobrança.

Assim, verifico que a fiscalização agiu no estrito cumprimento de seu dever legal, eis que o lançamento é ato vinculado e obrigatório, procedendo corretamente ao lançar o crédito previdenciário, o qual ficará com sua exigibilidade suspensa até o final da demanda judicial ou até decisão judicial que lhe possibilite a cobrança.

Portanto, cabe análise apenas das matérias diversas daquelas discutidas judicialmente, quais sejam a solicitação de diligência para pronunciamento quanto falta dos termos de encerramento das ações fiscais de 1997, assim como do recebimento do resultado das mesmas e do prazo para apresentação de recurso e a inexigibilidade de juros e multa.

Quanto à diligência, informo à recorrente que este processo refere-se exclusivamente à Notificação Fiscal de Lançamento de Débito DEBCAD n.º 35.100.954-0, lavrada em 31/05/2000, com ciência em 12/06/2000, Aviso de Recebimento às fls. 687, decorrente da ação fiscal iniciada em 23/08/1999, conforme Termo de Início de Ação Fiscal – TIAD, às fls. 51, cujo Termo de Encerramento de Ação Fiscal – TEAF, consta das fls. 89, ambos do volume I, onde está consignada a lavratura da NFLD.

Por este motivo, deixo de me manifestar quanto às ações fiscais do período de 1997, já que não fazem parte deste processo, que repito está sustentado na ação fiscal

iniciada em 23/08/1999, e encerrada em 31/05/2000, conforme todos os documentos constantes dos autos.

Quanto aos acréscimos legais tenho que, na inexistência de depósitos judiciais é passível a incidência dos juros moratórios, eis que somente o depósito integral do montante devido faria cessar tal incidência.

No tocante à taxa SELIC, cumpre asseverar que sobre o principal apurado e não recolhido, incidem os juros moratórios, aplicados conforme determina o artigo 34 da Lei 8.212/91:

“... 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 artigo 13, da Lei n.º 9.065, de 20 de junho de 1995, incidentes sobre o valor atualizado, e multa de mora, todos de caráter irrelevável.”

O art. 161 do CTN prescreve que os juros de mora serão calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês, se a lei não dispuser de modo diverso. No caso das contribuições em tela, há lei dispendo de modo diverso, ou seja, o aludido art. 34 da Lei 8.212/91 dispõe que sobre as contribuições em questão incide a Taxa SELIC.

Portanto, está correta a aplicação da referida taxa a título de juros, perfeitamente utilizável como índice a ser aplicado às contribuições em questão, recolhidas com atraso, objetivando recompor os valores devidos.

Ainda, quanto à admissibilidade da utilização da taxa SELIC, ressaltamos que o Segundo Conselho, do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, aprovou - na Sessão Plenária de 18 de setembro de 2007, publicada no D.O.U. de 26/09/2007, Seção 1, pág. 28 - a Súmula 3, que dita:

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.

E, com a criação do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, tal súmula foi consolidada na Súmula CARF n.º 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.

Quanto à multa de mora, no caso sob exame, a recorrente teve sentença proferida revogando expressamente a liminar concedida, pelo que entendo que a situação não encontra abrigo no artigo 63, §2º da Lei nº 9.430/96 e no artigo 491 da Instrução Normativa MPS/SRP nº 03, de 14/07/2005, para a exclusão da multa de mora incidente desde o deferimento da medida liminar, *verbis*:

LEI Nº 9.430, de 27/12/96

Débitos com Exigibilidade Suspensa

Art. 63. Não caberá lançamento de multa de ofício na constituição do crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributos e contribuições de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma do inciso IV do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, aos casos em que a suspensão da exigibilidade do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo.

*§ 2º A interposição da ação judicial favorecida com a medida liminar **interrompe** a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição.*

Art. 491. (...)

Parágrafo único. A interposição da ação judicial favorecida com a medida liminar interrompe a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo, conforme previsto no § 2º do art. 63 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. (Incluído pela IN MPS/SRP nº 20, de 11/01/2007)

Ainda quanto à multa, a recorrente requer que seja aplicada a retroatividade benigna exposta no artigo 106 do Código Tributário Nacional para fazer incidir alterações introduzidas pela MP nº 449/2008.

Todavia, é de se notar que o benefício da retroatividade benigna contido na alínea 'c' do inciso II do art. 106 do CTN é de ser observado sempre que uma nova lei cominar a uma determinada infração tributária uma penalidade menos severa que aquela prevista na lei vigente ao tempo da prática da infração.

No caso em tela, à época do fatos geradores, pelo não recolhimento em época própria do tributo devido, a legislação previdenciária previa a aplicação de multa moratória, conforme disposto pelo 35 da Lei nº 8.212/91, com a redação da Lei nº 9.876/99.

A MP nº 449/08, posteriormente convertida na Lei nº 11.941/2008, excluiu do ordenamento jurídico a gradação da multa de mora prevista no art. 35 da Lei nº 8.212/91, conferindo-lhe outras condições, eis que se tratando de recolhimento espontâneo pelo contribuinte de contribuições previdenciárias pagas em atraso, a multa de mora a ser aplicada será de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso, contados 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, limitado a vinte por cento:

Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991

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 11.941/2009).

Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996

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)

Quando se tratar de lançamento de ofício, como no caso da presente notificação fiscal de lançamento de débito –NFLD, a legislação superveniente determinou a incidência de multa de ofício, correspondente a 75% da totalidade ou diferença de imposto ou contribuição devidos e não recolhidos, podendo, inclusive ser duplicado o valor em caso de fraude, simulação ou conluio:

Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991

Art. 35-A. Nos casos de lançamento de ofício relativos às contribuições referidas no art. 35 desta Lei, aplica-se o disposto no art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 11.941/2009).

Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de

pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

a) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física; (Incluída pela Lei nº 11.488, de 2007)

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica. (Incluída pela Lei nº 11.488, de 2007)

§1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

§2º Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do caput e o §1º deste artigo serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - prestar esclarecimentos; (Renumerado da alínea "a", pela Lei nº 11.488, de 2007)

II - apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991; (Renumerado da alínea "b", com nova redação pela Lei nº 11.488, de 2007)

III - apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38 desta Lei. (Renumerado da alínea "c", com nova redação pela Lei nº 11.488, de 2007)

§3º Aplicam-se às multas de que trata este artigo as reduções previstas no art. 6º da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991, e no art. 60 da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991.

§4º As disposições deste artigo aplicam-se, inclusive, aos contribuintes que derem causa a ressarcimento indevido de tributo ou contribuição decorrente de qualquer incentivo ou benefício fiscal.

Portanto, no exame do caso em questão é de se ver que a aplicação do artigo 35 da Lei nº 8.212/91, na redação vigente à época da ocorrência dos fatos geradores e do

lançamento traz percentuais variáveis, de acordo com a fase processual em que se encontre o processo de constituição do crédito tributário e mostra mais benéfico ao contribuinte, uma vez em que se aplicando a redação dada pela Lei n.º 11.941/2008, mais precisamente o artigo 35 A da Lei n.º 8.212/91, o valor da multa seria mais oneroso ao contribuinte, pois deveria ser aplicado o artigo 44, I da Lei n.º 9430/96, já transcrito anteriormente.

Por todo o exposto,

Voto por conhecer parcialmente do recurso e na parte conhecida negar-lhe provimento.

Liege Lacroix Thomasi - Relatora