



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13864.000443/2008-48
Recurso Especial do Procurador
Acórdão nº 9202-008.563 – CSRF / 2ª Turma
Sessão de 30 de janeiro de 2020
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado EMBRAER EMPRESA BRASILEIRA DE AERONÁUTICA SA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/12/1999

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RECURSO ESPECIAL DE DIVERGÊNCIA. PRESSUPOSTOS. CONHECIMENTO.

Não há que se falar em divergência de interpretação da legislação tributária relativamente à aplicação de multa previdenciária, quando os acórdãos recorrido e paradigmas tratam de situações diversas, envolvendo diferentes condutas, cada qual ensejando penalidades distintas, que não podem ser comparadas.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial.

(assinado digitalmente)

Maria Helena Cotta Cardozo – Presidente em Exercício e Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Mário Pereira de Pinho Filho, Ana Cecília Lustosa da Cruz, Pedro Paulo Pereira Barbosa, João Victor Ribeiro Aldinucci, Mauricio Nogueira Righetti, Ana Cláudia Borges de Oliveira (suplente convocada), Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri e Maria Helena Cotta Cardozo (Presidente em Exercício). Ausente a conselheira Ana Paula Fernandes, substituída pela conselheira Ana Cláudia Borges de Oliveira.

Relatório

Trata-se de lançamento de Contribuições Previdenciárias incidentes na remuneração dos segurados empregados, destinadas ao financiamento dos benefícios em razão da incapacidade laborativa decorrentes dos Riscos Ambientais do Trabalho (RAT). Os valores lançados correspondem à diferença de alíquota de 2%, não recolhida e dispensada de declaração em Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (GFIP), entre a alíquota

de 3%, prevista no Regulamento da Previdência Social para a atividade econômica preponderante da Contribuinte correspondente ao Cadastro Nacional de Atividades Econômicas (CNAE) - 35.31-9 — Construção e Montagem de Aeronaves - e a alíquota de 1%, utilizada pela Contribuinte e declarada em GFIP.

Conforme o Relatório Fiscal de fls. 64 a 76, os valores apurados no Auto de Infração encontravam-se com a exigibilidade suspensa, em decorrência da tutela antecipada concedida pela 2ª Vara da Seção Judicial do Distrito Federal em 17/07/2008, no âmbito do processo n.º 2005.34.00.016555-1. Informa ainda que a empresa impetrara o Mandado de Segurança n.º 98.0406495-2, da 3ª Vara Civil Federal de São José dos Campos (Recurso de Apelação n.º 2001.03.99.011838-3 - TRF/3 e Recurso Especial n.º 703.230 - STJ), pleiteando o recolhimento do RAT à alíquota de 1%, ao invés dos 3% previstos pelo RPS. Inicialmente, fora concedida medida liminar autorizando o recolhimento à alíquota de 1%, e assim a Contribuinte deixou de recolher e informar em GFIP os 2% de diferença. Em 22/08/2008, houve o trânsito em julgado de acórdão do STJ, que deu provimento a recurso especial interposto pelo INSS, contrariamente ao inicialmente pretendido pela Contribuinte.

Ainda conforme o Relatório Fiscal, de acordo com as informações da Contribuinte, corroboradas por consulta aos acórdãos constantes nos sítios da internet dos correspondentes Tribunais, a empresa moveria a Ação Ordinária 2005.34.016555-1, na 2ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, por meio da qual obteve Tutela Antecipada, em decisão de 17/07/2008, para, até decisão final, suspender a exigibilidade da Contribuição para o SAT, cobrada em alíquota superior àquela fixada para o grau de risco acidentário leve, no período compreendido entre 1995 e a edição do Decreto n.º 6.042, de 2007. Ademais, informa que até 24/11/2008 os efeitos da tutela antecipada permaneciam em vigor.

Impugnado o lançamento, a autuação foi mantida em primeira instância. A Contribuinte então interpôs Recurso Voluntário ao CARF.

Em sessão plenária de 18/06/2013, foi julgado o Recurso Voluntário, prolatando-se o Acórdão n.º 2403-002.079 (e-fls. 467 a 478), assim ementado:

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2004

TUTELA ANTECIPADA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE APÓS VENCIMENTO DO TRIBUTO. MULTA DE MORA.

A multa moratória, no caso de deferimento de tutela antecipada em eventual ação judicial que conceda a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, incide tão somente sobre o período em que este não estava amparado pelo provimento judicial.

Findado o período previsto no art. 63, § 2º, da Lei 9.430/96 sem que haja o recolhimento do tributo por parte do contribuinte, reiniciará a incidência da multa de mora, não retroagindo, contudo, ao período interrompido.

A decisão foi registrada nos seguintes termos:

ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso, para determinar a incidência da multa moratória tão somente até data da concessão da tutela antecipada, a saber, 17/07/2008, abarcando apenas o período em que os créditos previdenciários não estavam com a sua exigibilidade suspensa, bem como para determinar o recálculo da multa aplicada, nos termos do art. 35 da Lei 8.212 (art. 61 da Lei 9.430/96), prevalecendo a mais benéfica ao contribuinte. Vencido o conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro na questão da multa de mora.

O processo foi recebido na PGFN em 27/08/2013 (carimbo na Relação de Movimentação de e-fls. 506) e, em 1º/10/2013, a Fazenda Nacional interpôs o Recurso Especial de e-fls. 509 a 572 (Relação de Movimentação de e-fls. 508), visando rediscutir as seguintes matérias:

a) incidência de multa após cessação dos efeitos de decisão judicial que suspendia a exigibilidade do crédito tributário, se *ex tunc* ou *ex nunc*; e

b) aplicação retroativa da multa mais benéfica.

Ao Recurso Especial foi dado seguimento, conforme despacho de 24/09/2014 (e-fls. 574 a 579).

Em seu apelo, a Fazenda Nacional apresenta as seguintes alegações:

Incidência de multa após cessação dos efeitos de decisão judicial que suspendia a exigibilidade do crédito tributário, se *ex tunc* ou *ex nunc*

- o acórdão recorrido entendeu que, findado o período previsto no art. 63, § 2º, da Lei nº. 9.430, de 1996, sem que haja o recolhimento do tributo por parte do Contribuinte, reiniciará a incidência da multa de mora, não retroagindo, contudo, ao período interrompido;

- há decisões do CARF em que se reconhece que, havendo a cassação da liminar judicial, os efeitos devem ser *ex tunc*, diferentemente do acórdão ora recorrido, que defende a não-retroatividade;

- em primeiro lugar, não se diga que a Contribuinte estaria sendo punida por ter batido às portas do Judiciário, pois na verdade, ao pedir a liminar, já sabia da precariedade desta, bem como já tinha ciência dos riscos reais de ter, a qualquer momento, revogada a medida e, por conseguinte, ser retomado o procedimento de exação fiscal;

- por isso, tem-se por correta a incidência da multa e dos juros de mora, contados a partir da publicação da decisão que revogou a liminar, com efeitos *ex tunc*;

- *mutatis mutandi*, é o que consta da Súmula nº 405, do STF: "*Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar, retroagindo os efeitos da decisão contrária.*";

- em outras palavras, retornando os fatos ao *status quo ante*, em razão de ter sido cassada a liminar (antecipação de tutela), cabe ao Fisco a cobrança do crédito tributário na sua integralidade, inclusive, quanto aos encargos decorrentes da mora;

- ou seja, a suspensão da liminar possui efeitos *ex tunc*, com o retorno da situação dos autos ao *status quo ante*, sendo devidos os juros e multa moratórios, referentes ao não-recolhimento da referida exação, no espaço de tempo em que vigorou a referida medida, em face do atraso em seu pagamento.

Quanto à retroatividade benéfica, a Fazenda Nacional pede que se verifique, na execução do julgado, qual a norma mais benéfica: se a multa anterior (art. 35, II, da norma revogada) ou a do art. 35-A, da Lei nº 8.212, de 1991.

Ao final, a Fazenda Nacional requer seja conhecido e provido o Recurso Especial.

Cientificado do acórdão, do Recurso Especial da Fazenda Nacional e do despacho que lhe deu seguimento em 02/12/2014 (Termo de Abertura de Documento de e-fls. 591), o Contribuinte, em 17/12/2014, interpôs o Recurso Especial de e-fls. 594 a 605 e ofereceu as Contrarrazões de e-fls. 663 a 673.

Em sede de Contrarrazões, o Contribuinte argumenta:

- o Recurso Especial apresentado pela Fazenda deve ser inadmitido, face a não observância do disposto no art. 67, parágrafo 3º, tendo em vista que os acórdãos paradigmas citados no recurso não guardam similitude fática com o presente caso, sendo, portanto, inaplicáveis, o que afasta a suposta divergência;

- o posicionamento adotado pelo acórdão recorrido, apenas na parte que ora recorre a Fazenda Nacional (interrupção da multa de mora e aplicação da legislação mais benéfica), está consonante àquele adotado por essa Corte, devendo ser mantido, conforme demonstram as razões a seguir alinhadas;

- antes mesmo do trânsito em julgado desfavorável do mandado de segurança, e do respectivo decurso do prazo de trinta dias para pagamento, a Recorrente já se encontrava tutelada com a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, a qual permanece até o presente momento;

- ocorre que, em dezembro de 2008, decidiu a Fiscalização por lançar, mediante Auto de Infração n.º 37.180.832-4, a diferença entre a alíquota aplicada e a que entendia devida em relação ao período de 01/2004 a 12/2004, para prevenção da decadência do direito de constituição, contudo lançou, ainda, juros e multa, mesmo ciente ao tempo da lavratura - e diga-se, do período lançado - que a Contribuinte gozava de tutela judicial;

- em que pese a Contribuinte discordar da manutenção da multa de mora, uma vez que, seja da ocorrência do fato gerador, seja considerando-se a data de lavratura e ciência do Auto de Infração, certo é que a empresa estava resguardada por decisão judicial de suspensão da exigibilidade do crédito, não havendo qualquer mora por sua parte - o que está sendo demonstrado em Recurso Especial por ela interposto - certo é que a pretensão de manutenção da integralidade da multa, sob o argumento fazendário de que nunca houve interrupção, mesmo após a tutela antecipada concedida na ação ordinária 2005.34.00.016555-1, não se sustenta;

- alega a Fazenda Nacional que o acórdão vergastado teria divergido de outro julgado no qual o então Conselho de Contribuintes teria reconhecido que, com eventual cassação de liminar judicial, os efeitos deveriam abranger todo o período de forma *ex tunc* (esclarecendo-se aqui que estamos tratando de aplicação de multa moratória) e, com isso, cita trecho do paradigma nº 202-17.441, sem entretanto fazer o devido cotejo analítico e demonstrar a similitude fática entre os casos;

- contudo, ao verificar-se a integralidade do paradigma citado pela Fazenda Nacional, constata-se que a afirmativa indicada não corresponde com a verdade dos autos: naquele julgado, o Fisco estava diante de uma lançamento definitivo, pois ao tempo da lavratura do Auto de Infração, não havia qualquer medida de suspensão da exigibilidade do crédito constituído;

- diferente é o caso dos autos: ao tempo da lavratura do Auto de Infração - que ocorreu em 03/12/2008 - estava em plena vigência medida liminar de suspensão da exigibilidade do crédito tributário (concedida em 17/07/2008), mantida quando do recebimento do recurso de apelação da empresa, conforme decisão proferida pela então Desembargadora Federal, relatora do processo;

- assim, a Contribuinte não estava em mora, sendo o lançamento apenas para fins de se evitar decadência do direito de constituição de eventual crédito, caso a decisão judicial deixasse de vigor;

- assim, sua mora apenas iniciará, se caso for, nos termos do art. 63, da Lei nº 9.430, de 1996, quando o tributo estiver exigível, o que não ocorreu até o presente momento;
- dessa forma, ao tentar induzir a Corte em erro quando à malfadada aplicação de efeitos *ex tunc*, deixou a Fazenda Nacional, contudo, de informar que tal só teria cabimento após o decurso do prazo de trinta dias, a contar a decisão de cassação da medida ensejadora da suspensão tributária;
- não disse o acórdão, portanto, que a multa moratória seria aplicável a todo o período em qualquer circunstância, como pretende fazer crer a Fazenda Nacional;
- o acórdão recorrido, nesse mister (interrupção da mora por medida judicial) está inclusive em consonância com o aresto paradigma;
- vale ressaltar que o acórdão recorrido, nessa parte guarda consonância com diversos outros já proferidos por esse CARF, consoante demonstram os arestos administrativos indicados nesta peça;
- de acordo com esse CARF, o que importa para fins de aplicação do art. 63, § 2º (interrupção da multa), é que a decisão judicial que suspende a exigibilidade tenha ocorrido anteriormente à lavratura fiscal;
- nesses casos, mesmo que o vencimento tenha ocorrido em período anterior à decisão judicial, a Corte já se posicionou no sentido de que se interrompe a aplicação da multa;
- o que se constata no presente processo é que o Auto de Infração foi lavrado e cientificada a empresa em 03/12/2008, quando vigia, inclusive, a tutela judicial de suspensão da exigibilidade da exação discutida;
- assim, fica demonstrada a ausência de divergência entre o acórdão recorrido e o paradigma nº 202-17.441, indicado pela Fazenda Nacional, merecendo, portanto, ser revista a decisão de admissibilidade do Recurso Especial, uma vez que o posicionamento adotado pela Turma não diverge daquele sedimentado nesse CARF;
- o segundo paradigma citado pela Fazenda Nacional às fls. 274, Acórdão nº 2301-00.283, teria o condão, no seu ver, de demonstrar divergência de posicionamento entre este e o acórdão recorrido, em relação à aplicação da legislação mais benéfica em relação à multa;
- na visão da Fazenda Nacional, a redução da multa decorrente da Lei 11.941, de 2009, que deu nova redação ao art. 35, da Lei nº 8.212, de 1991, não seria aplicável ao caso;
- assim, se contrapõe ao acórdão recorrido que, fundamentadamente, reconhece a aplicação das reduções legais, contudo o acórdão recorrido não está dissonante do posicionamento adotado pelo Conselho;
- em contraposição ao acórdão, a Fazenda Nacional indica como divergente o Acórdão nº 2401-00.120, o que não corresponde a verdade, porque nesse julgamento a Corte Administrativa deixou de aplicar o disposto na legislação mais recente justamente porque era mais maligna ao contribuinte;
- isso só vem a confirmar que a Corte entende pela aplicação do princípio da retroatividade benigna que foi adotado pelo acórdão recorrido, para aplicação da multa, e o mesmo se aplica ao citado paradigma nº 2301-00.283;
- como se observa de diversas decisões colacionadas, não prospera a afirmação da Fazenda Nacional, de que o acórdão recorrido diverge da posição do Conselho, uma vez que, de

acordo com seu atual e sedimentado entendimento, há aplicação da legislação mais benigna em relação à multa de mora, não havendo vício no acórdão nesse mister.

Ao final, a Contribuinte requer seja inadmitido o Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional e, caso assim não se entenda, que lhe seja negado provimento.

Ao Recurso Especial do Contribuinte foi negado seguimento, conforme despacho de 13/10/2015 (e-fls. 753 a 757), o que foi mantido pelo Despacho de Reexame de 15/10/2015 (e-fls. 758 a 760).

Voto

Conselheira Maria Helena Cotta Cardozo, Relatora

O Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional é tempestivo, restando perquirir se atende aos demais pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de Auto de Infração lavrado na vigência de medida suspensiva da exigibilidade do crédito tributário, representada pela antecipação de tutela, situação que não foi contestada no recurso. No Auto de Infração foi exigida a Contribuição relativa à diferença de alíquota RAT, acrescida de multa de mora de 15% e juros de mora.

O Colegiado recorrido deu provimento parcial ao recurso, determinando a incidência da multa moratória até a data da concessão da tutela antecipada, em 17/07/2008, assim abrangendo apenas o período em que os créditos previdenciários não estavam com a sua exigibilidade suspensa. Entendeu ainda que, caso a tutela antecipada seja cassada e a Contribuinte não recolha a Contribuição no prazo de 30 dias, a multa não retroagiria ao período em que a exigibilidade estava suspensa. Ademais, aplicou a retroatividade mediante a incidência da multa do art. 35, da Lei nº 8.212, de 1991 (20%, conforme art. 61, da Lei nº 9.430, de 1996).

A Fazenda Nacional, por sua vez, defende que, havendo a cassação da medida judicial suspensiva, os efeitos da aplicação da multa de mora devem ser *ex tunc*. Quanto à retroatividade benigna, pede que se verifique, na execução do julgado, qual a norma mais benéfica, se a multa anterior (art. 35, II, da norma revogada) ou a do art. 35-A, da Lei nº 8.212, de 1991.

Em sede de Contrarrazões, oferecidas tempestivamente, a Contribuinte pede o não conhecimento do recurso, alegando ausência de cotejo analítico, bem como inexistência de similitude fática entre os acórdãos recorrido e paradigmas.

Quanto à primeira matéria - incidência de multa após cessação dos efeitos de decisão judicial que suspendia a exigibilidade do crédito tributário, se *ex tunc* ou *ex nunc* - no acórdão recorrido verifica-se que os fatos geradores ocorreram em 2004, a antecipação de tutela foi concedida em 17/07/2008 e a autuação foi efetuada em 03/12/2008 (ciência da Contribuinte às fls. 02). Confira-se o respectivo voto:

Diante de tais conclusões, reputam-se devidos os valores a título de multa moratória incidentes sobre cada competência de 2004 até a data do provimento judicial, 17/07/2008, porém não haverá a sua incidência a partir de tal data até o decurso do trintídio legal estabelecido no art. 63, § 2o, da Lei 9.430/96. Se ultrapassado este prazo e o contribuinte não houver efetuado o pagamento, começará a incidir a multa de mora não abrangendo o período em que a sua aplicação foi interrompida.

Assim, no caso do acórdão recorrido, repita-se que a autuação foi efetuada na vigência de antecipação de tutela, exigindo-se a Contribuição Previdenciária, acrescida de multa

de mora e juros de mora, concluindo-se que a multa de mora deveria ser exigida desde o fato gerador, até a data da concessão da medida suspensiva, momento em que a sua aplicação seria interrompida, voltando a fluir somente se, uma vez cassada a antecipação de tutela (o que até aquele momento não havia ocorrido), o crédito tributário não fosse recolhido no prazo do art. 63, § 2º, da Lei nº 9.430, de 1996, sem possibilidade de retroagir ao período em que a exigibilidade esteve suspensa.

Destarte, no acórdão recorrido estava em discussão a multa de mora (exigida por meio de Auto de Infração) e não multa de ofício (exigida por Notificação Fiscal de Lançamento de Débito).

Quanto ao paradigma, a Fazenda Nacional indicou o Acórdão nº 202-17.441, que retrata situação em que a autuação ocorreu quando a medida liminar já havia sido cassada, portanto foi aplicada multa de ofício e juros de mora, sendo que as referências a “mora” naquele julgado dizem respeito aos juros. Confira-se o paradigma:

Ementa

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/03/1999 a 31/12/1999

Ementa: SUSPENSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO - REVOGAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR. JUROS E MULTA. INCIDÊNCIA.

Cabível a aplicação de multa de ofício se o contribuinte decide não recolher o tributo nos 30 dias seguintes à cassação da medida suspensiva da exigibilidade do crédito tributário na forma prevista do art. 63 da Lei nº 9.430/96 e também não deposita o valor para garantia do Juízo. O simples ingresso em Juízo não é fonte de direito. Caso decida interromper o pagamento do tributo com base em tutela provisória, o contribuinte assume todo o risco gerado pelo prejuízo causado, ainda que não se configure má-fé.

JUROS DE MORA. SELIC.

Os juros de mora são devidos por força de lei, mesmo durante o período em que a respectiva cobrança houver sido suspensa por decisão administrativa ou judicial (Decreto-Lei nº 1.736/79, art. 52; RIR/94, art. 988, § 22; e RIR/99, art. 953, § 32). E, a partir de 12/04/95, serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - Selic, por força do disposto nos arts. 13 e 18 da Lei nº 9.065/95, c/c o art. 161 do CFN.

Recurso negado.

Voto

No período amparado pela medida liminar a interessada deixou de recolher o equivalente a 1% de seu faturamento a título de Cofins. A matéria posta nesta demanda versa sobre a possibilidade de cobrança de multa e juros de mora neste período, em que a contribuinte deixou de pagar o montante do tributo por força de medida judicial, posteriormente derrogada pela sentença, que não confirmou a liminar neste aspecto.

No caso, eis a situação da contribuinte:

- após a concessão da medida liminar - estava sujeito à Cofins incidente sobre seu faturamento, à alíquota de 2%; e

- após a sentença - estava sujeito à Cotins incidente sobre seu faturamento, à alíquota de 3%.

A ação judicial teve seu início em 05/03/1999 (fls. 36/47), a medida liminar foi concedida em 24/03/1999 (fls. 89/90) e a sentença foi proferida em 12/06/2000 (fls. 48/60). A ação fiscal, por sua vez, teve seu início em 12/11/01 (fl. 03) e o auto de infração foi lavrado em 28/12/2001 (fls. 69/72). **Assim, quando a fiscalização se**

iniciou não havia decisão judicial que permitisse à contribuinte recolher a Cofins à alíquota de 2% e já havia se passado o prazo para pagamento em valores históricos, nos termos do artigo 63 da Lei nº 9.430/96. Logo, encontrava-se a mesma em mora.

"Art. 63 Na constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributo de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, não caberá lançamento de multa de ofício.

§ 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."

No caso, o lançamento se refere tão-somente à parcela não recolhida nem acobertada pela suspensão da exigibilidade, pois esta já havia cessado quando da lavratura do auto de infração. É lançamento definitivo e passível de cobrança.

Vejamos o que decidiu a Egrégia Câmara Superior de Recursos Fiscais em situação idêntica:

"Recurso 101-123275 - **MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO** - SUSPENSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO - REVOGAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR - **Cabível a aplicação de multa de ofício** se o contribuinte decide não recolher o tributo nos 30 dias na forma prevista do art. 63 da Lei nº 9.430/96 e também não deposita o valor para garantia do Juízo. O simples ingresso em Juízo não é fonte de direito. Caso decida interromper o pagamento do tributo com base em tutela provisória, o contribuinte assume todo o risco gerado pelo prejuízo causado, ainda que não se configure má-fé.

RENÚNCIA À INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA - A opção do contribuinte pela via judicial, antes ou depois de autuada pelo fisco, implica renúncia à via administrativa (Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, art. 38, parágrafo único)

LANÇAMENTO DE OFÍCIO - Descabe ao contribuinte retificar a sua declaração de rendimentos, para mudar o regime de tributação nela adotado com o objetivo de infirmar o **lançamento de ofício**.

JUROS DE MORA - SELIC - Os juros de mora são devidos por força de lei, mesmo durante o período em que a respectiva cobrança houver sido suspensa por decisão administrativa ou judicial. (Decreto-lei nº 1.736/79, art. 5º; RIR/94, art. 988, § 2º, e RIR/99, art. 953, § 3º). E, a partir de 1º/04/95, serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, por força do disposto nos arts. 13 e 18 da Lei nº 9.065/95, c/c art. 161 do CTN. Recurso da Fazenda Nacional provido. Recurso do contribuinte negado."

A constatação de que no paradigma não se discutiu a aplicação de multa de mora (variável conforme a mora, limitada a 20%) e sim de multa de ofício (fixa, de 75%) transparece também no trecho a seguir, em que há referência a "valores históricos", o que de plano descartaria o cálculo do período em mora. Confira-se:

A ação judicial teve seu início em 05/03/1999 (fls. 36/47), a medida liminar foi concedida em 24/03/1999 (fls. 89/90) e a sentença foi proferida em 12/06/2000 (fls. 48/60). A ação fiscal, por sua vez, teve seu início em 12/11/01 (fl. 03) e o auto de infração foi lavrado em 28/12/2001 (fls. 69/72). **Assim, quando a fiscalização se iniciou não havia decisão judicial que permitisse à contribuinte recolher a Cofins à alíquota de 2% e já havia se passado o prazo para pagamento em valores históricos, nos termos do artigo 63 da Lei nº 9.430/96.** Logo, encontrava-se a mesma em mora.

Com efeito, se o paradigma tratasse de multa de mora e adotasse o entendimento da Fazenda Nacional, ao invés de referir-se a “valores históricos”, especificaria que já havia se passado o prazo para pagamento com multa de mora abrangendo inclusive o período em que o crédito tributário estava suspenso.

Destarte, constata-se que as situações retratadas nos acórdãos em confronto são diversas, gerando discussões que não podem ser comparadas, para efeito de demonstração de divergência jurisprudencial. Com efeito, quando se trata de multa de ofício não há que se falar em “mora” e sim na conduta do Contribuinte que, não recolhendo o tributo, sem estar acobertado por hipótese suspensiva, é sujeito à exigência acrescida de penalidade mais gravosa. Nesse passo, o paradigma apto a demonstrar a alegada divergência teria de ser representado por julgado em que, formalizando-se a exigência na vigência de medida suspensiva da exigibilidade do crédito tributário, acrescido de multa de mora e juros de mora, o entendimento fosse no sentido de que, quando em algum momento do futuro a medida suspensiva fosse cassada, e o Contribuinte não recolhesse o tributo no prazo de trinta dias, a respectiva multa de mora seria exigida inclusive no período em que o crédito tributário esteve suspenso. Entretanto, como se viu, o caso tratado no paradigma indicado não se reveste destas características.

Ademais, repita-se que no paradigma fica patente que o prazo de 30 dias garantiria o pagamento em valores históricos, o que descarta a aplicação da multa de mora, como quer a Fazenda Nacional. Registre-se que no presente caso a multa de mora foi mantida pelo menos desde os fatos geradores até a data da concessão da antecipação de tutela, portanto ainda que, na hipótese de cassação da medida suspensiva, a Contribuinte respeitasse o prazo de 30 dias para pagamento da Contribuição, já não poderia fazê-lo em valores históricos, eis que foi mantida a exigência da multa de mora no citado período. Por isso mesmo as situações não podem ser comparadas, para efeito de demonstração de dissídio jurisprudencial.

Diante do exposto, não conheço do Recurso Especial da Fazenda Nacional, no que tange a esta primeira matéria - **incidência de multa após cessação dos efeitos de decisão judicial que suspendia a exigibilidade do crédito tributário, se *ex tunc* ou *ex nunc*.**

Quanto à segunda matéria - aplicação retroativa da multa mais benéfica - repita-se que o acórdão recorrido trata de Contribuição exigida por meio de AI e não de NFLD, portanto a multa do art. 35, II, que a Fazenda Nacional pede que seja comparada com a do art. 35-A, sequer foi aplicada pela Fiscalização. Tanto é assim que a multa por declaração inexata (GFIP) também não foi aplicada.

Assim, constata-se que a Fazenda Nacional apóia-se em uma premissa equivocada, qual seja, a de que teria ocorrido lançamento de ofício, tanto assim que compara a multa exigida por meio de NFLD, com a multa de 75% (art. 35-A). Nesse passo, apresenta paradigmas que, tratando dessa modalidade de lançamento, demonstram dissídio interpretativo em face da premissa, porém não se prestam como paradigmas em relação à situação fática tratada no acórdão recorrido, de sorte que também não se pode conhecer desta segunda matéria - **aplicação retroativa da multa mais benéfica.**

Diante do exposto, não conheço do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional.

(assinado digitalmente)

Maria Helena Cotta Cardozo

Fl. 10 do Acórdão n.º 9202-008.563 - CSRF/2ª Turma
Processo nº 13864.000443/2008-48