



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

Processo n° 15586.001349/2009-49
Recurso n° 000.000 Voluntário
Acórdão n° 2401-002.014 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 23 de agosto de 2011
Matéria CONTRIBUIÇÕES SEGURADOS EMPREGADOS E CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS
Recorrente META METAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2005 a 30/09/2007

CONTRIBUIÇÕES SEGURADO EMPREGADO E CONTRIBUINTE INDIVIDUAL. OBRIGAÇÃO RECOLHIMENTO. Nos termos do artigo 30, inciso I, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 8.212/91, a empresa é obrigada a arrecadar as contribuições dos segurados empregados, trabalhadores avulsos e contribuintes individuais a seu serviço, descontando-as das respectivas remunerações e recolher o produto no prazo contemplado na legislação de regência.

REGIME DE TRIBUTAÇÃO DO SIMPLES. INDEFERIMENTO REQUERIMENTO INCLUSÃO. DISCUSSÃO PROCESSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE REEXAME. A discussão quanto à legalidade/regularidade da não inclusão da empresa no regime de tributação do SIMPLES é levada a efeito em processo próprio, não cabendo o reexame da matéria nos autos de notificação fiscal e/ou auto de infração decorrente de referida decisão, sobretudo quando esta transitou em julgado, após o devido processo legal.

MULTA DE MORA. LEGISLAÇÃO POSTERIOR MAIS GRAVOSA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA. Considerando-se que aos lançamentos de ofício aplica-se a multa prevista no art. 35-A da Lei nº 8.212/1991, com redação dada pela Lei 11.941/2009, a qual é mais gravosa que aquela aplicada no lançamento sob discussão, não há possibilidade de se aplicar a nova legislação aos fatos geradores pretéritos.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de votos, negar provimento ao recurso. Vencido(a)s o(a)s Conselheiro(a)s Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira (relator) e Igor Araújo Soares, que davam provimento parcial para reduzir a multa de mora ao percentual de 20%. Designado para redigir o voto vencedor o(a) Conselheiro(a) Kleber Ferreira de Araújo.

Elias Sampaio Freire - Presidente.

Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira - Relator.

Kleber Ferreira de Araújo – Redator Designado

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Elias Sampaio Freire, Kleber Ferreira de Araújo, Igor Araújo Soares, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Marcelo Freitas de Souza Costa e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

META METAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., contribuinte, pessoa jurídica de direito privado, já qualificada nos autos do processo administrativo em referência, recorre a este Conselho da decisão da 11ª Turma da DRJ no Rio de Janeiro/RJ I, Acórdão nº 12-28.877/2010, às fls. 1.260/1.270, que julgou procedente o lançamento fiscal referente às contribuições sociais devidas pela notificada ao INSS, correspondentes a parte da empresa e do financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho, incidentes sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas aos segurados empregados e contribuintes individuais, em relação ao período de 01/2005 a 09/2007, conforme Relatório Fiscal, às fls. 56/64.

Trata-se de Auto de Infração (antiga NFLD), lavrado em 12/11/2009, contra a contribuinte acima identificada, constituindo-se crédito no valor de R\$ 86.015,25 (Oitenta e seis mil e quinze reais e vinte e cinco centavos).

De conformidade com o Relatório Fiscal, a contribuinte se auto enquadrava e efetuava os recolhimentos das contribuições previdenciárias com base no SIMPLES, em que pese o seu pedido de inclusão naquele regime de tributação haver sido indeferido, mediante Parecer SEORT nº 158/2005 exarado nos autos do processo nº 11543.000719/2002-08.

Inconformada com a Decisão recorrida, a contribuinte apresentou Recurso Voluntário, às fls. 1.276/1.292, procurando demonstrar a improcedência do lançamento, desenvolvendo em síntese as seguintes razões.

Após breve relato das fases ocorridas no decorrer do processo administrativo, insurge-se contra a exigência fiscal consubstanciada na peça vestibular do feito, corroborada pela decisão de primeira instância, por entender que a fiscalização, bem como o julgador recorrido, deixaram de considerar os argumentos e documentos ofertados pela contribuinte em defesa de sua pretensão, comprovando a regularidade fiscal da empresa, lançando o crédito tributário em verdadeiro *bis in idem*.

Sustenta que a autoridade lançadora olvidou-se que à época da ocorrência dos fatos geradores a contribuinte encontrava-se enquadrada no SIMPLES, tendo efetuado o recolhimento das contribuições previdenciárias, portanto, de conformidade com aludido regime de tributação, o que impede a procedência da presente autuação.

Inferre que a Lei nº 9.317/98, e posteriores alterações, que disciplina o regime de tributação do SIMPLES, inclusive as formas e procedimentos de exclusão, estabelece que a empresa somente será excluída mediante Ato Declaratório, após o devido exercício da ampla defesa e do contraditório, em observância ao processo tributário administrativo competente.

Traz à colação histórico da empresa e, bem assim, as atividades desenvolvidas desde a sua constituição, opondo-se à exclusão do regime de tributação do SIMPLES, mormente quando sempre observou a legislação de regência, apresentando Declarações Anuais Simplificadas, estando, ainda, escorada na jurisprudência transcrita na peça recursal, possibilitando a retroatividade dos efeitos da opção do SIMPLES.

Contrapõe-se ao crédito previdenciário sob análise, pleiteando a restituição dos tributos recolhidos na modalidade do Lucro Presumido, tendo em vista que a recorrente sempre se enquadrava no SIMPLES, o que a desobriga, igualmente, de promover o pagamento das contribuições destinadas a Terceiros, devendo ser decretada a insubsistência do lançamento.

Pretende seja recalculada a multa de mora aplicada, reduzindo do patamar de 24% para 20%, limite estabelecido para referida penalidade pela Lei nº 11.941/2009, a qual deverá ser aplicada retroativamente, em face do princípio da retroatividade benigna contemplada no artigo 106, inciso II, alínea “c”, do Código Tributário Nacional.

Por fim, requer o conhecimento e provimento do seu recurso, para desconsiderar o Auto de Infração, tornando-o sem efeito e, no mérito, sua absoluta improcedência.

Não houve apresentação de contrarrazões.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, Relator

Presente o pressuposto de admissibilidade, por ser tempestivo, conheço do recurso e passo ao exame das alegações recursais.

Conforme se depreende dos elementos que instruem o processo, a discussão da presente demanda, em síntese, diz respeito ao indeferimento do pedido da contribuinte de inclusão no regime de tributação do SIMPLES e seus efeitos, sobretudo quanto à retroatividade.

Destarte, extrai-se do Relatório Fiscal que a contribuinte uma vez intimada a apresentar o Termo de Opção pelo SIMPLES, de maneira a justificar o recolhimento das contribuições previdenciárias sob o manto daquele regime de tributação, ficou-se silente. Diante de tal constatação, a fiscalização teve acesso ao Parecer SEORT nº 158/2005 exarado nos autos do processo administrativo nº 11543.000719/2002-08, onde a empresa pleiteava a sua inclusão no SIMPLES, não tendo, porém, obtido êxito em sua empreitada, como segue:

“ Na Auditoria Fiscal desenvolvida na empresa constatamos que a mesma estava sem opção pelo SIMPLES e recolhendo para a Previdência Social no código de pagamento 2003 como se do SIMPLES fosse. A forma de Tributação do Lucro da empresa foi pelo Lucro Presumido constatada através das Declarações de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ's dos exercícios de 2005, 2006 e 2007.

Apesar de intimada a apresentar o Termo de Opção pelo SIMPLES, através do Termo de Intimação Fiscal nº 01 (específico) de 05/11/09, a empresa não apresentou. Também no momento da ação fiscal tivemos acesso ao Parecer SEORT nº 158/2005, relativo ao Processo 11543.000719/2002- 08 através do qual o contribuinte solicitou sua inclusão no SIMPLES, e que de acordo com o Parecer, o pedido já havia sido indeferido através do Despacho Decisório da Senhora Delegada da Receita, datado em 11/04/03. Conforme consta do referido Parecer, em 04/07/2003, inconformada com a decisão a empresa protocolizou requerimento contestando o despacho da Delegada, porém tal requerimento não apresentou nenhum fato novo e suficiente capaz de reformular a decisão. O Processo foi arquivado por determinação da Delegada, em 07/03/05. [...]”

Em suas razões recursais pretende a contribuinte a reforma da decisão recorrida, a qual manteve a exigência fiscal em sua plenitude, suscitando basicamente questões relativas ao indeferimento de seu requerimento de inclusão no SIMPLES, notadamente quanto aos efeitos retroativos.

A fazer prevalecer seu entendimento, cita a legislação de regência, trazendo à colação jurisprudência corroborando sua pretensão, sustentando ser ilegal e indevido o crédito previdenciário consagrado pelo lançamento.

Traz à colação histórico da empresa e, bem assim, as atividades desenvolvidas desde a sua constituição, opondo-se à exclusão do regime de tributação do SIMPLES, mormente quando sempre observou a legislação de regência, apresentando Declarações Anuais Simplificadas, estando, ainda, escorada na jurisprudência transcrita na peça recursal, possibilitando a retroatividade dos efeitos a opção do SIMPLES.

Em que pesem as substanciosas razões ofertadas pela contribuinte, seu inconformismo, contudo, não tem o condão de prosperar. Do exame dos elementos que instruem o processo, conclui-se que o lançamento, corroborado pela decisão recorrida, apresenta-se incensurável, devendo ser mantido em sua plenitude, como passaremos a demonstrar.

Observe-se, que em nenhum momento a contribuinte manifestou inconformidade contra o mérito da exigência fiscal propriamente dito, ou seja, os fatos geradores dos tributos ora lançados, se limitando a atacar o indeferimento do seu pedido de inclusão no SIMPLES e, bem assim, os seus efeitos.

Aliás, procede o norte admitido pela contribuinte em sua defesa, uma vez que a presente notificação fora lavrada justamente em decorrência da não inclusão da empresa daquele regime de tributação.

Entrementes, olvidou-se que aludida questão já fora objeto de contestação no foro específico, ou seja, em processo administrativo próprio, na forma que a legislação de regência estabelece, com o devido trânsito em julgado daquele ato.

Na esteira desse entendimento, torna-se defeso a este Colegiado se manifestar a propósito da legalidade/regularidade da não inclusão da notificada no SIMPLES, eis que essa matéria já fora debatida e consumada (contra a recorrente) em processo administrativo próprio, impondo seja contemplada a presente demanda com esteio na decisão exarada nos autos do processo específico do SIMPLES.

Dessa forma, uma vez mantida a condição da contribuinte à época da ocorrência dos fatos geradores, de empresa não optante pelo SIMPLES, sequer merece analisar as demais alegações suscitadas pela autuada, sobretudo no que tange ao requerimento de restituição de pretenso indébito e, bem assim, relativamente inexigibilidade das contribuições destinadas a Terceiros.

Isto porque, todo o insurgimento da recorrente encontra sustentáculo na tese de que a empresa faz jus e é optante pelo SIMPLES, o que daria supostamente direito a restituição dos tributos pagos sob o regime de tributação do Lucro Presumido, bem como afastaria a exigência de contribuições destinadas a Terceiros. Assim, caindo por terra referida alegação, igualmente, não tem o condão de prosperar as matérias decorrentes.

DA MULTA DE MORA – ALTERAÇÃO DA LEI 11.941/2009 – LEGISLAÇÃO MAIS BENÉFICA - RETROATIVIDADE

Alfim, pretende, ainda, a recorrente seja recalculada a multa de mora aplicada, reduzindo do patamar de 24% para 20%, limite estabelecido para referida penalidade pela Lei nº 11.941/2009, a qual deverá ser aplicada a fatos pretéritos, em face do princípio da

retroatividade benigna contemplada no artigo 106, inciso II, alínea “c”, do Código Tributário Nacional.

Antes mesmo de contemplar as razões recursais da contribuinte, mister se faz elencar a legislação de regência, bem como a sua evolução de maneira a aclarar o exame da matéria posta em debate.

Consoante se positiva da legislação previdenciária, a multa moratória achava-se regulamentada pelo artigo 35 da Lei nº 8.212/91, que assim prescrevia:

*“Art. 35. Sobre as contribuições sociais em atraso, arrecadadas pelo INSS, incidirá multa de mora, que não poderá ser relevada, nos seguintes termos: **(Redação dada pela Lei 9.528, de 10/12/97)***

*I - para pagamento, após o vencimento de obrigação não incluída em notificação fiscal de lançamento: **(Inciso e alíneas restabelecidas, com nova redação, pela Lei 9.528, de 10/12/97)***

*a) oito por cento, dentro do mês de vencimento da obrigação; **(Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26/11/99)***

*b) quatorze por cento, no mês seguinte; **(Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26/11/99)***

*c) vinte por cento, a partir do segundo mês seguinte ao do vencimento da obrigação; **(Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26/11/99)***

II - para pagamento de créditos incluídos em notificação fiscal de lançamento:

*a) vinte e quatro por cento, em até quinze dias do recebimento da notificação; **(Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26/11/99)***

*b) trinta por cento, após o décimo quinto dia do recebimento da notificação; **(Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26/11/99)***

*c) quarenta por cento, após apresentação de recurso desde que antecedido de defesa, sendo ambos tempestivos, até quinze dias da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS; **(Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26/11/99)***

*d) cinquenta por cento, após o décimo quinto dia da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS, enquanto não inscrito em Dívida Ativa; **(Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26/11/99)***”

Entrementes, a Medida Provisória nº 449, de 04/12/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009, em seu artigo 24, alterou a redação do dispositivo legal encimado, revogando, ainda, os seus incisos e parágrafos, passando a estabelecer que:

“Art. 35. Os débitos com a União decorrentes das contribuições sociais previstas nas alíneas “a”, “b” e “c” do parágrafo único do art. 11, 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.

Art. 35-A. Nos casos de lançamento de ofício relativos às contribuições referidas no art. 35, aplica-se o disposto no art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.”

Por sua vez, os artigos 44 e 61 da Lei nº 9.430/96, ao tratarem da matéria, preceituam o seguinte:

“Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

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;

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

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;

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.

§ 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.

§ 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:

I - prestar esclarecimentos;

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;

III - apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38 desta Lei.

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.”

Conforme se verifica da evolução da legislação acima transcrita, constata-se que, para as contribuições previdenciárias, as notificações fiscais eram lavradas com a exigência de multa de mora gradativa, dependendo da época em que fosse pago o tributo. Não havia, porém, a exigência de multa de ofício nos lançamentos efetuados.

Em outra via, os débitos administrados pela Receita Federal do Brasil, anteriormente à unificação com a Previdência, se pagos em atraso estariam sujeitos à multa de mora, limitada a 20%, na forma do artigo 61, § 2º, da Lei nº 9.430/96. No entanto, na hipótese de lançamento de ofício, aplica-se a multa de ofício contemplada no artigo 44 da Lei nº 9.430/96, deixando de se exigir a multa de mora do artigo 61 do mesmo Diploma Legal.

Em outras palavras, no que concerne as contribuições previdenciárias, antes da edição da Lei nº 11.941/2009, somente se exigiria multa de mora, que podia variar de acordo com a data do pagamento, não se cogitando em multa de ofício.

Por seu turno, na Receita Federal do Brasil a multa de mora só é exigida no pagamento, antes do lançamento de ofício, que, se ocorrer, sujeitará o contribuinte à multa de ofício, não mais a de mora.

Assim, a partir da edição da MP nº 449/2008, convertida na Lei nº 11.941, a multa de mora exigida/lançada nas Notificações Fiscais de Lançamento de Débito – NFLD e/ou Autos de Infração de contribuições previdenciárias, como *in casu*, deixou de ter amparo legal, eis que aqueles Diplomas Legais determinaram que somente seria cobrada multa de mora, limitada a 20%, no caso de pagamento e, multa de ofício, na hipótese de lançamento.

Dessa forma, tendo a multa moratória encontrado limite legal, qual seja, 20% (vinte por cento), nos termos do artigo 61, § 2º, da Lei nº 9.430/96, por força da alteração introduzida pela Lei nº 11.941/2009, devem seus efeitos retroagirem para alcançar fatos geradores ocorridos anteriormente à sua edição, por tratar-se de norma que comina penalidade mais branda, com base no artigo 106, inciso II, alínea “c”, do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

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

[...]

II – tratando-se de ato não definitivamente julgado:

[...]

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

Observe-se que a multa de ofício, atualmente exigida no lançamento fiscal, não poderá ser aplicada retroativamente, tendo em vista não ser mais benéfica ao contribuinte, ao contrário do que ocorre com a multa de mora.

Neste sentido, aliás, impende transcrever os ensinamentos do doutrinador LEANDRO PAULSEN, que assim preleciona:

“Penalidade, inclusive multa moratória. A retroatividade abrange qualquer penalidade pelo descumprimento da legislação tributária, incluindo-se, nesta categoria, evidentemente, a multa moratória. Ou juros moratórios, por não terem caráter punitivo, não sofrem a incidência deste dispositivo. Na nota acima, sob a rubrica Retroatividade da lei mais benigna, há ementas de acórdãos dando aplicação ao art. 106, II, c, do CTN em relação a multas moratórias.” (Direito tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência / Leandro Paulsen. 10 ed. Ver. Atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; a ESMAFE, 2008)

A propósito da matéria, não é demais citar outro excerto da obra de Leandro Paulsen, supratranscrita, corroborando a pretensão da contribuinte, senão vejamos:

“ – Multa moratória. Art. 61 da Lei 9.430/96. O percentual de multa moratória teve inúmeras variações ao longo do tempo. Alternou-se entre 20% e 30% e chegou até mesmo a 40% aplicada com suporte na Lei 8.218/91, tendo sido novamente reduzida para 30% pelo art. 84, III, c, da Lei nº 8.981/95 e para 20% novamente em razão da superveniência do art. 61 da Lei 9.430/96. Sempre que o percentual aplicado tenha sido superior a 20%, cabe reduzir a mesma a este percentual por força da lei superveniente em cumprimento ao art. 106, II, c, do CTN.” (grifamos)

A jurisprudência judicial não discrepa deste entendimento, se posicionando em favor da limitação da multa de mora em 20%, na forma pleiteada pela contribuinte, como se constata do julgado com sua ementa abaixo transcrita:

“PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. DECISÃO TERMINATIVA. PEDIDO DE REDUÇÃO DO PERCENTUAL DA MULTA MORATÓRIA. RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA. POSSIBILIDADE. LIMITAÇÃO AO PERCENTUAL DE 20%. ARTIGO 61, § 2º DA LEI Nº 9.430/96. TAXA SELIC. CORREÇÃO MONETÁRIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. POSSIBILIDADE. I - O agravo em exame não reúne condições de acolhimento, visto desafiar decisão que, após exauriente análise dos elementos constantes dos autos, alcançou conclusão no sentido do não acolhimento da insurgência aviada através do recurso interposto contra a r. decisão de primeiro grau. II - A recorrente não trouxe nenhum elemento capaz de ensejar a reforma da decisão guerreada, limitando-se a mera reiteração do quanto afirmado na petição inicial. Na verdade, a agravante busca reabrir discussão sobre a questão de mérito, não atacando os fundamentos da decisão, lastreada em jurisprudência dominante desta Corte. III - A despeito de não merecer amparo o pedido de redução do percentual da multa moratória aplicada, simplesmente por ser excessivo e confiscatório, cumpre, de fato, reduzir a multa que incide sobre

o débito exequendo. IV - A Medida Provisória nº 449, de 03 de dezembro de 2008 (convertida na Lei nº 11.941, de 27/05/2009), deu nova redação ao artigo 35 da Lei 8.212/91 que assim dispõe: "Os débitos com a União decorrentes das contribuições sociais previstas nas alíneas "a", "b" e "c" do parágrafo único do art. 11, 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 1996". V - Tratando-se de ato não definitivamente julgado aplica-se a retroatividade dos efeitos da lei mais benéfica, nos termos do artigo 106, II, "c" do Código Tributário Nacional. VI - Impõe-se, portanto, a limitação da multa moratória ao percentual de 20% (vinte por cento), na forma do § 2º do artigo 61 da Lei nº 9.430/96, supracitado. VII - A redução da multa moratória não enseja a nulidade da CDA, pois a apuração do débito executado dependerá de simples cálculos aritméticos. VIII - Não há, outrossim, qualquer ilegalidade na cumulação de juros de mora, multa e correção monetária, pois são institutos com natureza jurídica e finalidades diversas, sendo que multa e juros incidem sobre o débito atualizado e os três acréscimos são devidos a partir do vencimento. IX - No que se refere à taxa SELIC, a jurisprudência é pacífica em reconhecer a legalidade de sua utilização como fator de atualização monetária dos créditos tributários. X - Os honorários advocatícios ficam mantidos, tendo em vista a sucumbência mínima do embargado. XI - Agravo improvido." (Apelação Cível nº 2006.03.99.037140-2 - Eg. TRF da 3ª Região) (Grifamos)

Na esteira desse entendimento, em que pese à procedência do lançamento em relação ao mérito, impõe-se acolher a pretensão da contribuinte no que pertine a necessidade de redução da multa de mora, limitando-a ao percentual de 20%, na forma prescrita na legislação hodierna mais benéfica, retroagindo, portanto, para alcançar fatos pretéritos.

Por todo o exposto, estando o Auto de Infração *sub examine* parcialmente em consonância com os dispositivos legais que regulamentam a matéria, VOTO NO SENTIDO DE CONHECER DO RECURSO VOLUNTÁRIO E DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, para reduzir a multa de mora ao percentual de 20%, pelas razões de fato e de direito acima esposadas.

Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira

Voto Vencedor

Kleber Ferreira de Araújo – Redator Designado

Ouso discordar do Ilustre Relator quanto ao seu entendimento acerca da redução no percentual de multa aplicado. Embora a fundamentação legal citada no voto do Relator seja perfeitamente aplicável ao caso sob enfoque, entendo que não se deva atender ao pedido da recorrente para que seja fixada a multa prevista no art. 61 da Lei n.º 9.430/1996.

O enfrentamento dessa questão passa obrigatoriamente por ser fazer a distinção entre o que seja multa moratória e multa de ofício. Na sistemática estabelecida pela Lei n.º 9.430/1996 a multa de mora (art. 61) é aquela que incide sobre o tributo quando o recolhimento, embora em atraso, é efetuado espontaneamente pelo contribuinte, ou seja, antes de qualquer procedimento de fiscalização.

Quando o inadimplemento do tributo gera um lançamento de ofício (art. 44), a multa de mora (que era de 20%) assume a feição de multa de ofício (75% sobre o valor do tributo).

Vale a pena transcrever mais uma vez o citado art. 35-A:

Art. 35-A. Nos casos de lançamento de ofício relativos às contribuições referidas no art. 35, aplica-se o disposto no art. 44 da Lei n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996.(grifei)

Vê-se que, tendo havido lançamento de ofício, o preceptivo aplicável é o art. 35-A e não o art. 35, ambos da Lei n.º 8.212/1991, na redação dada pela MP n.º 449/2008, posteriormente convertida na Lei n.º 11.941/2009.

Tendo-se em conta que o art. 44, I, da Lei n.º 9.430/1996 conduz a aplicação da multa de ofício de 75% que é mais gravosa de que aquela aplicada no lançamento (24%), não há espaço para se cogitar da aplicação retroativa da nova legislação.

Diante do exposto, voto por negar provimento ao recurso.

Kleber Ferreira de Araújo