



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

Processo n° 15940.720165/2012-09
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2403-002.970 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de março de 2015
Matéria CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA
Recorrente SANATÓRIO SÃO JOÃO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/2007 a 31/12/2008

AÇÃO JUDICIAL. IDENTIDADE DE OBJETO. RENÚNCIA AO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

PROVAS.

A dilação probatória fica condicionada à sua necessidade na formação da convicção da autoridade julgadora.

AÇÃO JUDICIAL. LANÇAMENTO. POSSIBILIDADE.

A mera existência de ação judicial, sem decisão favorável ao sujeito passivo, não é suficiente para impedir que a Administração Pública efetue o lançamento de ofício.

MULTA DE MORA. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE BENÉFICA. ATO NÃO DEFINITIVAMENTE JULGADO.

Conforme determinação do Código Tributário Nacional (CTN) a lei aplica-se a ato ou fato pretérito, tratando-se de ato não definitivamente julgado, quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Nova Lei limitou a multa de mora a 20%.

A multa de mora, aplicada até a competência 11/2008, deve ser recalculada, prevalecendo a mais benéfica ao contribuinte.

MULTA DE OFÍCIO. EXCLUSÃO

Se à época dos fatos geradores a multa de ofício não existia para o tributo em questão, ela deve ser excluída do lançamento.

INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE. ARGÜIÇÃO.
AFASTAMENTO DA LEGISLAÇÃO VIGENTE. INSTÂNCIA
ADMINISTRATIVA. INCOMPETÊNCIA.

A instância administrativa é incompetente para afastar a aplicação da legislação vigente em decorrência da argüição de sua inconstitucionalidade ou ilegalidade.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso para, até a competência 11/2008, excluir a multa de ofício e determinar o recálculo da multa de mora, artigo 35, nas competências em que foi aplicada. Vencido o conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro na questão das multas.

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente

Ewan Teles Aguiar - Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Ewan Teles Aguiar, Marcelo Magalhães Peixoto e Elfas Cavalcante Lustosa Aragão Elvas.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto pela Recorrente – SANATÓRIO SÃO JOÃO LTDA - contra Acórdão nº 14-41.559 - 9ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto - RPO , que julgou procedente a autuação.

O que se discute nos autos em análise são os AI's lavrados em 20/11/2012, sendo cientificado o contribuinte em 24/11/2012, assim descritos:

► **DEBCAD 37.069.291-8** - decorrente do descumprimento de obrigação tributária principal referente às contribuições previdenciárias devidas pela empresa incidentes sobre as remunerações dos segurados empregados (inclusive a parcela relativa à alíquota SAT/RAT e adicional de aposentadoria especial) e contribuintes individuais (Lei nº 8.212/91, artigo 22, I a III) no valor de R\$ 630.252,72 (seiscentos e trinta mil, duzentos e cinqüenta e dois reais e setenta e dois centavos), incluindo o principal, juros e multas de ofício e de mora.

► **DEBCAD 37.069.293-4** - decorrente do descumprimento de obrigação tributária principal referente às contribuições devidas pela empresa incidentes sobre as remunerações dos segurados empregados, destinadas a outras entidades e fundos – Terceiros (Salário-educação, INCRA, SENAC, SESC e SEBRAE), no valor de R\$ 160.112,25 (cento e sessenta mil, cento e doze reais e vinte e cinco centavos), incluindo o principal, juros e multas de ofício e de mora.

► **DEBCAD 37.069.292-6** – decorrente do descumprimento de obrigação tributária principal referente às contribuições devidas pelos segurados empregados e contribuintes individuais, no valor de R\$ 15.311,77 (quinze mil, trezentos e onze reais e setenta e sete centavos), incluindo o principal, juros e multas de ofício e de mora.

A recorrente foi intimada a apresentar o Registro de Entidade Beneficente de Assistência Social no CNAS tendo apresentado resposta com o conteúdo seguinte:

- Ingressou com ação cautelar em 25/02/2000 na qual foi proferida decisão liminar suspendendo a exigibilidade do crédito tributário.

- Em 11/04/2000 ingressou com ação declaratória requerendo o reconhecimento do seu caráter beneficente.

- A União recorreu, sendo concedido inicialmente efeito suspensivo e, em 05/04/2010, mantendo-se a decisão que determinava a suspensão da exigibilidade do crédito. Foi dado provimento ao agravo de instrumento. A ação declaratória aguarda o julgamento definitivo da ADI 2028, de modo que, segundo a autuada, faz jus à utilização do código de entidade beneficente o que será corroborado com o julgamento da ação declaratória.

Consultada a PFN, foi enviada decisão proferida pela 3ª Vara Federal de Presidente Prudente que autoriza a constituição do crédito tributário, vedando, porém, qualquer medida executiva ou obstativa de direito.

Em 07/08/2012 foi publicada sentença julgando improcedente a cautelar e a ação declaratória mencionadas anteriormente, dando azo ao lançamento que integra o presente AI.

Durante a ação fiscal, foi constatado que a atuada entregou GFIP com código FPAS 639 (próprio de entidade filantrópica) nas competências 06/2007 a 12/2008. Não foram entregues as GFIP correspondentes às competências 13/2007 e 13/2008.

O crédito tributário constituído referente às contribuições da empresa incidentes sobre as remunerações dos segurados empregados e contribuintes individuais foi lançado em decorrência da constatação de que a atuada não se enquadrava na condição de entidade filantrópica apta a utilizar o código FPAS 639.

Em atenção à regra exposta no artigo 106, II, “c” do CTN, que impõe – em caso de alteração legal superveniente à ocorrência do fato gerador e de lançamento ainda não definitivamente julgado - a aplicação da penalidade menos gravosa ao sujeito passivo, foi aplicada a multa de ofício prevista no artigo 44, I da Lei nº 9.430/96, quando menos gravosa, em virtude da alteração promovida no artigo 35 da Lei nº 8.212/91, pela Medida Provisória nº 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009, conforme esclarecimentos detalhados no Relatório Fiscal.

Irresignada, a atuada apresentou **impugnação** na qual alega que:

- *Por decisão judicial, o fisco está impedido de constituir o crédito tributário, ainda que com o objetivo de prevenir a decadência, antes do julgamento definitivo da ADI 2028;*

- *A atuada goza de imunidade, inclusive reconhecida judicialmente.*

- *A suspensão da exigibilidade do crédito perdurou de 2000 a 2008, quando provido agravo de instrumento que reformou a liminar concedida em sede de ação cautelar.*

- *Foi proferida sentença julgando improcedentes os pedidos da atuada, contudo, referida decisão não encontra respaldo no ordenamento jurídico vigente, pois é equivocado o entendimento de que os requisitos para fruição da imunidade possam ser instituídos por lei ordinária. Discorre acerca da controvérsia do tema e afirma que o STF ainda não sedimentou entendimento quanto ao tema.*

- *A fiscalização baseou-se em decisão proferida pelo STF em 1999, quando da análise de pedido de concessão de liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Referido entendimento já está ultrapassado, “sendo certo que o Supremo Tribunal Federal adotará medidas para proceder ao julgamento conforme determina a boa técnica, pugnano pela inconstitucionalidade de qualquer requisito para fruição de imunidades tributárias que esteja sendo veiculado por intermédio de lei ordinária”.*

- *Da referida sentença, foi interposta apelação em 22/08/2012, pendente de julgamento no TRF.*

- *Discorre a respeito da imunidade tributária, da importância dos serviços de saúde, dos princípios constitucionais aplicáveis.*

- *Aduz que o fisco está descumprindo a decisão judicial, ainda que não definitiva, que obsta o nascimento da obrigação tributária.*

- *Descreve as dificuldades enfrentadas na administração da instituição, inclusive com interdição judicial de uma das sócias. Aduz que os atos praticados por esta sócia não são válidos. Menciona a crise financeira enfrentada e informa que caso não sejam excluídos os créditos lançados não lhe restará outra alternativa além de recorrer ao Poder Judiciário.*

- *Resume seus argumentos concluindo que o crédito não poderia existir pois, conseqüência de uma administração desastrosa e contrário à decisão judicial.*

- *Impetrou mandado de segurança objetivando consolidar seus débitos no parcelamento previsto na Lei nº 11.941/2009 (Refis da Crise). Mesmo a ação mandamental ainda não tendo sido julgada, a fiscalização não poderia efetuar o lançamento. Esclarece que renunciou às discussões judiciais, pagando as parcelas no valor estipulado até o mês anterior ao da consolidação, mas ainda assim, o fisco lhe negou o direito à consolidação do parcelamento.*

- *Não pode subsistir a multa aplicada. Não houve pagamento parcial ou a menor, não houve preenchimento equivocado da GFIP e, não houve falta de declaração ou declarações inexatas. Para a qualificação da multa é necessário que haja a comprovação da intenção de fraude, o que não se verifica no caso concreto. Invoca o princípio da vedação ao confisco e alerta pela impossibilidade de pagamento dos valores excessivos.*

Ao final, pugna pela nulidade do processo ante a inobservância da decisão judicial, pela desconstituição dos AI que integram o feito, a exclusão da multa ou sua redução, bem como dos juros aplicados ao mínimo possível, além da realização das necessárias diligências, inclusive pericial, bem como a produção de todas as provas admitidas.

A **impugnação** apreciada pela 9ª Turma da DRJ/São José do Rio Preto, manteve hígido o lançamento, tendo sido expressa a seguinte Ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/2007 a 31/12/2008

AÇÃO JUDICIAL. IDENTIDADE DE OBJETO. RENÚNCIA AO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

PROVAS

A dilação probatória fica condicionada à sua necessidade na formação da convicção da autoridade julgadora.

AÇÃO JUDICIAL. LANÇAMENTO. POSSIBILIDADE.

A mera existência de ação judicial, sem decisão favorável ao sujeito passivo, não é suficiente para impedir que a Administração Pública efetue o lançamento de ofício.

MULTA DE OFÍCIO.

Será aplicada a multa de ofício quando verificada a falta de pagamento ou recolhimento, a falta de declaração ou declaração inexata, constatando-se tais situações de forma objetiva, dispensando-se a verificação do elemento subjetivo da conduta do agente.

MULTA DE OFÍCIO. RETROATIVIDADE.

Aos fatos geradores anteriores à Medida Provisória 449/2008, aplica-se a multa de ofício quando esta mostrar-se menos severa ao sujeito passivo do que às multas previstas na legislação vigente à época da ocorrência dos fatos geradores.

INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE. ARGÜIÇÃO. AFASTAMENTO DA LEGISLAÇÃO VIGENTE. INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. INCOMPETÊNCIA.

A instância administrativa é incompetente para afastar a aplicação da legislação vigente em decorrência da argüição de sua inconstitucionalidade ou ilegalidade.

Intimada da Decisão em 23/05/2013(fl. 300), persistindo inconformado o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, no qual repisa os argumentos trazidos quando de sua impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ewan Teles Aguiar, Relator

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação nos autos.

Avaliados os pressupostos, passo ao Mérito.

QUANTO AO MÉRITO**Do Requerimento pela Produção de Provas:**

A atuada requereu a produção de todas as provas necessárias e admitidas, inclusive prova pericial e diligências.

O ordenamento jurídico contempla regras garantidoras da celeridade processual e, nesse sentido, os elementos trazidos aos autos são suficientes à formação da convicção necessária ao seu julgamento, cabendo o indeferimento do pleito para a produção de outras provas, posto serem desnecessárias, o que se faz com fulcro na Portaria 10.875/2007, artigo 11, e Decreto 70.235/72, artigo 18.

Das Contribuições Lançadas:

O crédito tributário lançado refere-se às contribuições patronais destinadas à Seguridade Social e foi constituído em razão de a impugnante não gozar da imunidade tributária relativa a tais contribuições. Também foram lançadas no Debcad 51.032.781-8 as contribuições devidas pelos segurados não recolhidas pela empresa.

A atuada alegou que o crédito tributário não poderia ter sido constituído pois contrário à decisão judicial, além de ser originário de uma administração desastrosa.

Assim, a primeira questão a ser analisada refere-se à possibilidade de a fiscalização lançar o crédito tributário à vista das ações judiciais existentes.

Quanto a este particular, verifica-se que a atuada ingressou em juízo pleiteando o reconhecimento de sua condição de entidade beneficente e, por conseguinte, beneficiária da imunidade das contribuições previdenciárias. Pugnou, ainda, por provimento judicial que obstasse o lançamento e a cobrança das contribuições em questão.

A atuada obteve decisão liminar, proferida em 28/02/2000 nos autos da Ação Cautelar 2000.61.12.001208-0, que suspendeu a exigibilidade do crédito previdenciário, impedindo que a fiscalização lhe dirigisse qualquer medida punitiva (fls. 99).

Esta decisão foi objeto de recurso de agravo de instrumento pelo INSS, no qual não foi concedido efeito suspensivo ainda em 2000, perdurando naquela ocasião o óbice ao lançamento (fl. 89).

Posteriormente, em 28/10/2008, foi dado provimento a agravo de instrumento, afastando a decisão que impedia o lançamento do crédito tributário (fl. 96).

Em 03/04/2009 foi proferida decisão nos autos da ação declaratória suspendendo o feito até o julgamento da ADI 2028, indeferindo a possibilidade de lançamento para evitar a ocorrência da decadência (fl. 97).

Mais tarde, em 21/05/2012, foi prolatada nova decisão na ação em questão, reconsiderando a anterior e autorizando o lançamento, com vista ao afastamento da decadência, vedando qualquer medida executiva ou obstativa de direito (fl. 106).

Ambas as ações (cautelar e declaratória) foram julgadas improcedentes, conforme sentença publicada em 07/08/2012 (fls. 109/119).

Foi interposto recurso de apelação pela recorrente, cujo recebimento nos efeitos devolutivo e suspensivo ocasionou os embargos de declaração da União apresentados em 15/10/2012, aventando a possibilidade de constituição do crédito tributário (fls. 171/174).

Analisando este recurso, o juízo de primeira instância exarou o despacho publicado em 14/12/2012 com o seguinte teor:

“A parte requerida propôs Embargos de Declaração em face da decisão de fl. 2327, que recebeu a apelação no duplo efeito (devolutivo e suspensivo). Alega que não existe nos autos decisão judicial que suspenda a exigibilidade do crédito tributário ou impedindo o lançamento pela autoridade fiscal. Afirma, outrossim, que tal situação restou corroborada pela sentença que culminou na improcedência do pleito inicial. Pugna, portanto, pela ‘integração da decisão para suprir omissão relacionada à possibilidade de a União constituir e cobrar seus créditos tributários, haja vista o atual estado das coisas’, em outras palavras, que o recurso de apelação seja recebido no efeito meramente devolutivo.

(...)

Todavia, ao prolatar a sentença, a pretensão da parte autora foi julgada improcedente, oportunidade em que de forma expressa foi revogada a tutela antecipada concedida anteriormente. Nesse contexto, tem-se que após a prolação da sentença, nada obsta a atuação do fisco.

(...)

Contudo, em uma análise mais atenta, chega-se a conclusão de que, mesmo recebida no duplo efeito, a apelação não tem o poder de restabelecer a antecipação da tutela anteriormente concedida, tendo em vista a completa descaracterização da verossimilhança da alegação, frente a sentença de improcedência do pedido. Assim, o efeito suspensivo da apelação não atinge o dispositivo da sentença que cassou a antecipação da tutela.

(...)

Desta forma, embora não subsista a alegada omissão, sirvo-me da oportunidade para esclarecer a dívida trazida pela parte ré.

No mais, proceda-se conforme determinado no despacho de fls. 2327.”

Como se vê, por determinado período esteve em vigência decisão judicial que obstava a constituição do crédito tributário, mas quando efetuado o lançamento não mais havia qualquer impedimento para que o fisco assim procedesse.

Deste modo, não impedem o lançamento do crédito tributário a mera existência de ação judicial, sem qualquer provimento vigente em favor da autuada, e, da mesma forma, a ação mandamental mencionada na impugnação, na qual a autuada busca provimento judicial para ingressar no parcelamento especial previsto na Lei 11.941/2009, também sem decisão que lhe favoreça.

Portanto, não é correta para a situação atualmente vigente, a afirmação contida na impugnação, às fls. 257, de que *“conforme determinação do Excelentíssimo Doutor Juiz de Direito da 3ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Presidente Prudente, em decisão proferida no processo 0002109-62.2000.4.03.6112, não existe autorização para o Fisco sequer constituir os créditos”*. Esta vedação, conforme visto, já restou superada.

Ainda na peça impugnatória, mais adiante, a própria autuada revela que compartilha do entendimento de que a decisão que impedia a constituição do crédito tributário produziu efeitos em período anterior ao lançamento: *“... o Sanatório esteve albergado por decisão judicial que suspende a exigibilidade do crédito tributário desde 2000 até 2008, quando provido Agravo de Instrumento que reformou a liminar concedida em sede de ação cautelar.”* (fl. 259)

Não há, portanto, desrespeito a qualquer decisão judicial. Não se pode considerar como óbice ao lançamento uma decisão que fora revogada em data anterior ao lançamento.

Quanto ao mérito da questão - **referente à condição da autuada de entidade beneficente que faz jus à imunidade das contribuições previdenciárias** – como se vê no relato das ações judiciais, tal tema foi submetido à apreciação do Poder Judiciário, configurando-se desta feita, obstáculo para que o assunto seja apreciado na esfera administrativa.

A respeito, a matéria já se encontra sedimentada na Súmula 01 do CARF:

“Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.”

Em remate, a apreciação de argumentos relativos ao acerto da decisão proferida pela Justiça Federal ou o possível desfecho da ADI 2028 não tem lugar no presente Voto, no qual não se analisará, portanto, o direito da autuada à imunidade pretendida.

Quanto ao argumento de que houve a interdição judicial de uma das sócias da instituição e, por isso, os atos por ela praticados não são válidos, não há como se estabelecer um vínculo entre este fato e a obrigação tributária da qual resulta o crédito lançado, que se originou do não recolhimento oriundo do entendimento da autuada, sem amparo em decisão

judicial, de que fazia jus à imunidade tributária, entendimento este, que continua fazendo parte dos argumentos da autuada como se vê na impugnação.

E, quanto às dificuldades financeiras da instituição, é certo que a autoridade fiscal não pode por esse motivo, deixar de proceder ao lançamento – atividade plenamente vinculada nos termos do artigo 142 do CTN.

Dos Juros e da Multa:

Quanto aos juros não há qualquer reparo a ser feito ao acórdão recorrido. Os juros impostos à recorrente são aqueles dispostos na legislação de regência, não podendo a autoridade administrativa não aplicá-la no caso concreto, visto que a atuação de lançamento é vinculada e obrigatória nos termos do art. 142 do CTN.

No que se referem à multa de mora aplicada, mister se faz tecer alguns comentários.

A MP nº 449, convertida na Lei nº 11.941/09, que deu nova redação aos arts. 32 e 35 e incluiu os arts. 32-A e 35-A na Lei nº 8.212/91, trouxe mudanças em relação à multa aplicada no caso de contribuição previdenciária.

Assim dispunha o art. 35 da Lei nº 8.212/91 antes da MP nº 449, *in verbis*:

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 nº 9.876, de 1999).

I - para pagamento, após o vencimento de obrigação não incluída em notificação fiscal de lançamento:

a) oito por cento, dentro do mês de vencimento da obrigação; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

b) quatorze por cento, no mês seguinte; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

c) vinte por cento, a partir do segundo mês seguinte ao do vencimento da obrigação; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

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 1999).

b) trinta por cento, após o décimo quinto dia do recebimento da notificação; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

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 1999).

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 1999). (sem destaques no original)

Verifica-se, portanto, que antes da MP nº 449 não havia multa de ofício. Havia apenas multa de mora em duas modalidades: decorrente do pagamento em atraso, desde que de forma espontânea e decorrente da notificação fiscal de lançamento, conforme previsto nos incisos I e II, respectivamente, do art. 35 da Lei nº 8.212/91, então vigente.

Nesse sentido dispõe a hodierna doutrina (Contribuições Previdenciárias à luz da jurisprudência do CARF – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais / Elias Sampaio Freire, Marcelo Magalhães Peixoto (coordenadores). – Julio César Vieira Gomes (autor) – São Paulo: MP Ed., 2012. Pág. 94), *in verbis*:

“De fato, a multa inserida como acréscimo legal nos lançamentos tinha natureza moratória – era punido o atraso no pagamento das contribuições previdenciárias, independentemente de a cobrança ser decorrente do procedimento de ofício. Mesmo que o contribuinte não tivesse realizado qualquer pagamento espontâneo, sendo, portanto, necessária a constituição do crédito tributário por meio do lançamento, ainda assim a multa era de mora. (...) Não se punia a falta de espontaneidade, mas tão somente o atraso no pagamento – a mora.” (com destaque no original)

Com o advento da MP nº 449, que passou a vigorar a partir 04/12/2008, data da sua publicação, e posteriormente convertida na Lei nº 11.941/09, foi dada nova redação ao art. 35 e incluído o art. 35-A na Lei nº 8.212/91, *in verbis*:

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

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, de 2009). (sem destaques no original)

Nesse momento surgiu a multa de ofício em relação à contribuição previdenciária.

Logo, tendo em vista que o lançamento se reporta à data da ocorrência do fato gerador, nos termos do art. 144 do CTN, tem-se que, em relação aos fatos geradores ocorridos até 11/2008, aplica-se apenas a multa de mora. Já em relação aos fatos geradores ocorridos a partir de 12/2008, aplica-se apenas a multa de ofício.

Contudo, no que diz respeito à multa de mora aplicada até 11/2008, com base no artigo 35 da Lei nº 8.212/91, tendo em vista que o artigo 106 do CTN determina a aplicação retroativa da lei quando, tratando-se de ato não definitivamente julgado, comine-lhe 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 nº 9.430/96, **que estabelece multa de 0,33% ao dia, limitada a 20%**, em comparativo com a multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei 8.212/91, para determinação e prevalência da multa mais benéfica, **no momento do pagamento.**

CONCLUSÃO

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso, **salvo a aparte relativa a concomitância** experimentada quanto a imunidade/isenção e no **mérito para DAR PROVIMENTO PARCIAL** determinando a exclusão da multa de ofício até a competência 11/2008 e o recálculo da multa de mora, com base na redação dada pela lei 11.941/2009 ao artigo 35 da Lei 8.212/91 e prevalência da mais benéfica ao contribuinte..

É como voto.

Ewan Teles Aguiar