



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

Processo n° 19515.000814/2010-52
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2403-002.198 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de agosto de 2013
Matéria LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente COR CENTRO DE ORIENTAÇÃO A FAMÍLIA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/12/2007

PREVIDENCIÁRIO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO LANÇADO. MATÉRIAS NÃO CONTESTADAS. TAXA SELIC. REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIS - RFFP. PEDIDO DE PRODUÇÃO POSTERIOR DE PROVAS, PERÍCIAS E DILIGÊNCIAS. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. MULTA MAIS BENÉFICA.

São devidas as Contribuições Seguridade Social à título de quota patronal sobre a remuneração de segurados empregados e contribuintes individuais e referentes ao grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho - GILRAT, sobre a remuneração dos segurados empregados.

Na forma do artigo 17 do Decreto 70/235/72, matérias não expressamente questionadas não serão objeto de análise.

Conforme Súmula CARF n° 4, a partir de 1° 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.

A Representação Fiscal para Fins Penais é ato administrativo vinculado e deve ser realizada quando verificada, em tese, uma das situações ensejadoras, legalmente previstas, cabendo ao Ministério Público a análise da ocorrência ou não de conduta tipificada na legislação penal.

Indefere-se o pedido de perícia e diligência, quando não são atendidas as exigências contidas na norma de regência do contencioso administrativo fiscal vigente à época da impugnação. As provas que possuir, salvo excludentes legais expressamente previstas, devem ser apresentadas no prazo para Impugnação.

Prevê o caput do art. 144 do Código Tributário Nacional - CTN que o lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada. Entretanto §1º aduz que aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização.

Tratando-se de ato não definitivamente julgado, a Administração deve aplicar a lei nova a ato ou fato pretérito quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática, assim observando, quando da aplicação das alterações na legislação tributária referente às penalidades, a norma mais benéfica ao contribuinte (art. 106, II, "c", do CTN).

AÇÃO JUDICIAL. SOBRESTAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. IMPROCEDÊNCIA.

A existência de ação judicial conexa com o processo em questão não impede o julgamento pelo CARF do recurso interposto.

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 voluntário para determinar o recálculo do valor da multa de mora, se mais benéfico ao contribuinte, de acordo com o disciplinado no art. 35 da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 11.941/2009. Vencido o conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro na questão da multa. Vencido o conselheiro Ivacir Julio de Souza, relator, na preliminar de sobrestamento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Carlos Alberto Mees Stringari.

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente e Relator Designado

Ivacir Júlio de Souza - Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Marcelo Freitas de Souza Costa, Ivacir Júlio de Souza, Maria Anselma Coscrato dos Santos, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro e Marcelo Magalhães Peixoto.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra Acórdão de fls. 276, nº16-27.200 - 13ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo (SP) - DRJ/SP1 em São Paulo I (SP) DRJ/SP1, em 21 de outubro de 2010 que negou provimento à impugnação do lançamento representado pelo Auto de Infração – AI nº 37-251.675-0. No Recurso em comento, a Recorrente ratificou as alegações que fizera em sede de impugnação.

Alega a Recorrente que a autuação aqui tratada possui íntima e indissociável relação com as autuações contidas nos autos de infração n.ºs. 37.251.674-2 e 37.251.676-9, neste sentido, os processos, 19515.000815/2010-05 e 19515.000812/2010-63, foram reunidos, para julgamento conjunto, a fim de se evitar decisões conflitantes.

São créditos lançados contra a empresa acima identificada, de contribuições devidas à Seguridade Social a título de quota patronal sobre a remuneração de segurados empregados e contribuintes individuais (20%) e grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho – GILRAT(1%) incidentes sobre a remuneração dos segurados empregados, referente às competências de 01/06 a 12/07. O montante deste crédito perfaz R\$ 1.821.506,59 (um milhão e oitocentos e vinte e um reais e quinhentos e seis reais e cinquenta e nove centavos), consolidado e notificado em 26/03/2010.

Na forma do Relatório Fiscal de fls. 42, e do Termo de Encerramento da Ação fiscal – TEAF, fls 103, a Ação Fiscal foi iniciada em 15/10/2009 e concluída em 29/03/2010, consecutivamente. Adiante, no item 4.4. Ali os Auditores registraram que :

“Verificamos que, em 18/11/2009, a empresa foi cientificada do cancelamento da isenção de contribuições sociais com efeitos desde 01/04/2003, conforme ato e aviso de recebimento em anexo, por infração aos incisos IV e V do artigo 55 da lei 8.212/1991. Apresentou recurso intempestivo em 21/12/2009. Concluo, portanto, que a empresa não possui ato declaratório de isenção válido no período de 01/04/2003 em diante.”(grifei)

Às fls 36, em 09/03/2010, a Autoridade fiscal, ainda no curso da ação fiscal, quando da emissão do Termo De Constatação Fiscal e Intimação, pretendendo justificar bem como motivar a autuação, já se pronunciara referindo-se à intempestividade daquele Recurso razão pela qual procedera ao lançamento:

“No entanto verificamos que, em 18/11/2009, a empresa foi cientificada do cancelamento da isenção de contribuições sociais a partir de 01/04/2003, conforme ato e aviso de recebimento em anexo. Apresentando recurso intempestivo em 21/12/2009. Concluo, portanto, que a empresa não possui ato declaratório de isenção válido no período de 01/01/2006 a 31/12/2007”. (grifei)

De fato, comprovando o que afirmara a Autoridade Fiscal, consta colacionado às fls 38 o ATO CANCELATÓRIO DE ISENÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES

SOCIAIS N.º 05 / 2009, a partir de 01/04/2003, o que – de plano, em princípio – justifica a lavratura da presente autuação.

Às fls 40, referindo-se a cancelamento em comento, a Autoridade Administrativa comunicou à Recorrente que não receberia o seu recurso interposto em razão da expiração do prazo regulamentar para fazê-lo, logo, **por intempestividade**:

“*ENTIDADE : Centro de Orientação à Família - COR*

CNPJ : 43.633.288/0001-44

ENDEREÇO : R Albina Barbosa, 54 – Aclimação São Paulo - SP - CEP 01530-020

PROCESSOS: 18108.000836/2007-56 e 18108.000831/2008 -12

ASSUNTO: Cancelamento de Isenção das Contribuições Sociais

Prezado Presidente do COR.

Face à expiração do prazo regulamentar para apresentação de recurso junto ao Conselho de Recursos do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, em 18/12/2009 (vide cópia de AR, anexa), não será apreciada a documentação protocolada, em 21/12/2009, na DRF/Osasco.

Desta forma, está mantida a decisão comunicada através da Intimação Gabinete/DIORT nº 64/2009 de 09/11/2009.”

Precluso aquele direito, em face da vinculação direta da Notificação em apreço, a recorrente na impugnação e ratificando o procedimento no presente recurso, de forma enviesada, apresentou alegações que não se referem às razões de fato e de direito a este processo mas inerentes àquele intempestivo. Não bastasse isso para tornar inepto seus argumentos, equivocadamente assim se manifestou no item 3 da impugnação de folhas 111 e ratificada em sede recursal:

“3. Pois bem, após a ação fiscal desenvolvida pela Receita Federal do Brasil, foi cancelada a isenção de contribuições sociais conferidas à Impugnante, através do Ato Cancelatório nº 05/2009, emitido em 09/11/2009. (doC. 4)”(grifei)

Percebe-se ilógico o argumento uma vez que conforme o Termo de Encerramento da Ação fiscal – TEAF, fls 103, a Ação Fiscal foi concluída em 29/03/2010 surgindo daí uma impossibilidade temporal. Ademais, o Ato Cancelatório referido não teve origem na Ação Fiscal em tela mas sim em ação anterior em razão de Informação Fiscal que o motivou.

Mantendo a impertinente linha de argumentação, continuou de forma transversa a busca de elementos no processo precluso :

“Apreciando as razões apresentadas pela autoridade fiscal, a Receita Federal do Brasil, após analisar as razões de fato e de direito expendidas pela Impugnante

(...)

Estas, em síntese, as razões para a expedição de Ato Cancelatório de Isenção de contribuição social, que culminou

com a autuação que ora se combate nesta exordial impugnatória, pelas razões de fato e de direito a seguir expendidas.” (grifei)

Prosseguindo, referindo-se a INFORMAÇÃO FISCAL do processo cancelatório, reincidentiu em argumentos de defesa dos autos transitados em julgado:

“Senhor Julgador, a respeitável decisão proferida pelo Chefe da Divisão de Orientação e Análise Tributária - DIORT, acolhendo a Informação Fiscal da citada Auditora Fiscal da Receita Federal do Brasil e determinando o cancelamento da isenção das contribuições sociais, desrespeitou o direito do Impugnante. Vejamos: O ato de cancelamento da isenção fundou-se nas seguintes razões:” (grifei)

Nesta toada, seguiu colocando alegações sempre referente àquele Ato Cancelatório com o propósito de em fazendo valer seus argumentos de que fora inválida sua emissão macular de vício material a autuação presente.

Somente a partir das fls 122 até a 140 final, efetivamente opõe resistência ao lançamento argüindo a aplicação da taxa selic nos juros moratórios bem como combate as Contribuições para o Salário Educação, INCRA, SESC e SEBRAE, relativas ao exercício financeiro de 2006 e 2007.

Transitado em julgado por intempestivo, o Recurso interposto na ocasião pela ora Recorrente, não resta pendente de julgamento.

Assim, o processo em comento que guardaria conexão com aquele, não se enquadra no preceituado recentemente regulamentado pelo Decreto nº 7.237/2010, que alterou a procedimentalização dos pedidos de isenção bem como os atos cancelatórios expedidos pelo ente Fiscalizador, expondo em seu art. 44 e 45, que os processos administrativos que envolvam tais questões, **e que não tenham sido definitivamente julgados**, sejam devolvidos a autoridade competente, para fins de análise do cumprimento das condicionantes para o usufruto da referida isenção.

Vejamos o texto da Lei:

“Art.44.Os pedidos de reconhecimento de isenção não definitivamente julgados em curso no âmbito do Ministério da Fazenda serão encaminhados à unidade competente daquele órgão para verificação do cumprimento dos requisitos da isenção, de acordo com a legislação vigente no momento do fato gerador.

Parágrafo único.Verificado o direito à isenção, certificar-se-á o direito à restituição do valor recolhido desde o protocolo do pedido de isenção até a data de publicação da Lei nº 12.101, de 2009.

Art.45.Os processos para cancelamento de isenção não definitivamente julgados em curso no âmbito do Ministério da Fazenda serão encaminhados à unidade competente

daquele órgão para verificação do cumprimento dos requisitos da isenção na forma do rito estabelecido no art. 32 da Lei nº 12.101, de 2009, aplicada a legislação vigente à época do fato gerador.”

Desta forma, como o presente auto não tem enquadramento nas questões regulamentadas pelo Decreto e Lei supra, há que se proceder ao julgamento neste Egrégio Conselho.

Abaixo, transcrevo o Relatório do voto da instância a quo onde o I. Julgador faz idêntico extrato ao acima relatado :

“1.1. A ciência do Sujeito Passivo, deu-se em 29/03/2010, por intermédio de representante legal.

2. O Relatório Fiscal, fls. 42/5, informa, sumariamente, o que segue.

2.1. Deram origem ao débito as remunerações dos segurados empregados e

dos segurados contribuintes individuais pagas ou creditadas pela empresa nos anos de 2006 e 2007.

2.2. Ademais, o referido relatório informa que se trata de uma Associação sem fins econômicos cujo objetivo é a promoção cultural e biopsicossocial do indivíduo e da família, que atende indistintamente e de forma gratuita, consoante plano de trabalho aprovado pelo Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS).

2.3. O Contribuinte possui registro de entidade Beneficente de Assistência social no CNAS nos anos de 2006 e 2007, além do ato declaratório de isenção, conforme previsto no art. 55, § 1º, da Lei nº 8.212/91, com isenção concedida desde 04/04/97.

2.4. Em 18/11/2009, a empresa foi cientificada do cancelamento da isenção de contribuições previdenciárias, com efeitos desde 01/04/2003, por infração aos incisos IV e V, art. 55, da Lei nº 8.212/91, ato contra o qual apresentou recurso intempestivo, em 21/12/2009.

2.5. Diante do exposto, concluiu a Autoridade Autuante que o Contribuinte não possuía ato declaratório de isenção válido no período de 01/04/2003 em diante.

2.6. As informações prestadas por meio das GFIP classificam a Impugnante como isenta das contribuições patronais - FPAS 639 - Entidade Beneficente de Assistência Social, razão pela qual não foram ofertadas à incidência das contribuições previdenciárias as remunerações acima indicadas. Apesar do código FPAS equivocado, tendo em vista que os valores das remunerações foram corretamente declarados, subsidiaram o AI em comento.

3. Foram examinados os extratos da GFIP enviados eletronicamente.

4. Em virtude dos fatos narrados, foi formalizada a correspondente Representação Fiscal para Fins Penais, haja vista a configuração, em tese, do crime previsto no art. 337-A, III, do Código Penal.

DA IMPUGNAÇÃO

5. Tempestivamente, consoante fls. 273/4, a Autuada apresentou impugnação, fls. 108/140, acompanhadas dos documentos fls. 141/272 (Estatuto, procuração, documentos dos patronos, cópia do AI em testilha e documentos complementares, Relatório de Atividades 2003/2004/2005/2006/2007/2008/2009), alegando, em síntese, os argumentos que se seguem:

5.1. Alega pela tempestividade do recurso.

5.2. Suscita a indissociável relação entre o presente AI e os de nº 37.251.674-2 e nº 37.251.676-9, solicitando a reunião destes para efeito de julgamento conjunto.

5.3. Após a ação fiscal desenvolvida, foi cancelada a isenção à qual fazia jus a Impugnante, através do Ato Cancelatório nº 05/2009, de 09/11/09.

5.4. Descreve trechos da manifestação da RFB que culminou com a emissão do indigitado Ato Cancelatório, a partir de 01/04/2003.

5.5. Ademais, expõe os motivos do cancelamento da isenção, atacando um a um, intentando, com isso, demonstrar o cumprimento aos requisitos do art. 55 da Lei nº 8.212/91, **no cerne, desconstituir o propalado cancelamento da isenção da qual gozava e, por via transversa, macular a lavratura em testilha.**

5.6. Adicionalmente, ainda que remanesça a exigência de crédito tributário, a Impugnante não concorda com a incidência dos juros moratórios calculados com base na Taxa SELIC sobre os débitos objeto da autuação fiscal, suscitando a aplicação do art.

161 do CTN. Discorre longamente sobre a função dos juros moratórios e da taxa SELIC.

Colaciona jurisprudência do STJ.

5.7. Em adição, afirma que a taxa SELIC assume, no crédito tributário em questão, caráter manifestamente confiscatório, o que é vedado pela Constituição Federal.

5.8. No mais, insurge-se quanto ao encaminhamento da Representação Fiscal para Fins Penais - RFFP à Procuradoria da República.

5.9. Independentemente do acolhimento da improcedência da imputação dos juros moratórios calculados com base na SELIC, a Impugnante protesta, adicionalmente, pela suspensão de sua incidência e exigibilidade no período compreendido entre a data da protocolização da Impugnação apresentada contra o presente AI e a data em que se proferir a decisão final do feito na esfera administrativa. Baseia-se no art. 151, III, do CTN. Traça

analogia, ademais, com o quanto previsto no art. 63, § 2º, Lei nº 9.430/96. Colaciona decisões judiciais.

5.10. Face ao exposto, requer o acolhimento das razões apresentadas, para o fim de declarar a insubsistência do auto de infração ora impugnado, posto que o lançamento

revela-se indevido, por não ser a Impugnante devedora de qualquer importância a título de contribuição para o Salário de Educação, INCRA, SESC e SEBRAE, referentes ao exercício financeiro de 2006 e 2007.

5.11. Alternativamente, a multa e os juros, ao menos, deverão ser anulados, posto que em descompasso com as respectivas legislações de regência.

5.12. Requer, ainda, a anulação da RFFP, eis que não há nos autos qualquer prova da existência de crime contra a ordem tributária.

5.13. Por fim, protesta pela produção de novos argumentos de fato e de direito, provas admitidas em direito, diligências e perícias, se necessárias.”

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Ivacir Júlio de Souza, Relator

DA TEMPESTIVIDADE

Conforme documentos de fls. 308, o recurso é tempestivo. Portanto, dele tomo conhecimento.

DAS PRELIMINARES

DAS MATÉRIAS NÃO CONTESTADAS

Em preliminar é compulsório destacar que na forma do artigo 17 do Decreto 70/235/72, matérias não expressamente questionadas não serão objeto de análise :

“ Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante. (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997) ”
(grifei)

Como foi relatado, a Recorrente – tanto em sede de impugnação quanto de recurso - não contestou expressamente os créditos lançados contra a própria referentes às contribuições devidas à Seguridade Social a título de quota patronal sobre a remuneração de segurados empregados e contribuintes individuais (20%) e grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho -GILRAT(1%) incidentes sobre a remuneração dos segurados empregados, referente às competências de 01/06 a 12/07. Face ao exposto, as matérias não expressamente questionadas não serão objeto de análise.

DO SOBRESTAMENTO

Conforme registro de fls.01, ao amparo do Mandado de Procedimento Fiscal MPF de nº 08.1.90.00-2009-04614-2, emitido em 30 setembro de 2009, consta às fls 05, que concluída a ação fiscal , a empresa foi notificada do presente lançamento em 29/03/2010.

Na forma do item 2 do Relatório Fiscal, o Auditor revela que constituíram-se créditos tributários em razão da ocorrência de fatos geradores de contribuições previdenciárias **relativas à quota-parte da empresa** referentes as parcelas integrantes da remuneração dos empregados e contribuintes individuais a serviço da Recorrente:

*“ 2 - **Identificação do débito:** Contribuições previdenciárias relativas à **quota-parte da empresa** incidentes sobre as parcelas integrantes da remuneração dos empregados e contribuintes individuais a seu serviço, informadas nas guias de recolhimento do FGTS e informações à Previdência Social (GFIP).*

*3 - **Origem do débito:** Remunerações pagas ou creditadas pela empresa aos seus empregados e contribuintes individuais nos anos de **2006 e 2007.** ”*

O Termo de Constatação Fiscal e Intimação às fls. 36, datado de 09/03/2010 abaixo transcrito revela que a empresa, fora cientificada do ATO CANCELATÓRIO DE ISENÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS n°. 05/2009 em, **18/11/2009** no curso da ação fiscal iniciada em , **15/10/2009** que encerrada motivou o presente. Aduz que o Ato Cancelatório foi declarado com efeito ex tunc alcançando a competência 01/04/2003:

“TERMO DE CONSTATAÇÃO FISCAL E INTIMAÇÃO No exercício das funções de Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, no curso da ação fiscal acima identificada, determinada pelo Mandado de Procedimento Fiscal 08.1.90.00-2009- 04614-2, constatamos os fatos a seguir:

Ação fiscal iniciada em 15/10/2009 com a intimação para apresentação de documentos. Dos documentos apresentados concluímos que se trata de uma Associação sem fins econômicos cujo objetivo é a promoção cultural e biopsicossocial do indivíduo e da família.

Possui o Registro de Entidade Beneficente de Assistência Social no CNAS, o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (antigo Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos) nos anos de 2006 e 2007 e, no período de 04/07/2006 em diante, renovado pela Medida Provisória n°. 446/2009, além de ato declaratório de isenção, conforme previsto no artigo 55, parágrafo 1º, da lei 8.212/1991, com isenção concedida desde 04/04/1997.

No entanto verificamos que, em 18/11/2009, a empresa foi cientificada do cancelamento da isenção de contribuições sociais a partir de 01/04/2003, conforme ato e aviso de recebimento em anexo. Apresentando recurso intempestivo em 21/12/2009. Concluo, portanto, que a empresa não possui ato declaratório de isenção válido no período de 01/01/2006 a 31/12/2007.

DA AÇÃO JUDICIÁRIA

Na forma do sobredito registro a Recorrente apresentou recurso intempestivo. Precluso o direito de interpor recurso na esfera administrativa, o contribuinte o fez no judiciário.

Conforme documento de fls. 276, requereu ao Sr. Presidente desta Turma a **retirada do referido processo da pauta** e sua inclusão em sessão a ser realizada após a audiência de instrução do processo que tramita junto a 9a Vara Cível da Subseção Judiciária da Justiça Federal em São Paulo posto que teria ingressado em Juízo **visando a anulação do Ato Cancelatório**.

Às fls. 727, **reiterou o solicitado** alegando conforme o abaixo transcrito:

“As razões expostas na solicitação encaminhada a essa Presidência em 27 de setembro de 2011 (cópia anexa), ainda pendem de solução junto ao Poder Judiciário. Informamos a essa Presidência que a Ação Anulatória de Atos Administrativos encontra-se em tramitação junto a 9a Vara Cível da Subseção Judiciária da Justiça Federal em São Paulo sob o n. 0021828-1Z2010.4.03.6.100 e a audiência de instrução foi realizada estando os autos conclusos aguardando a sentença a ser

prolatada pelo Exmo. Senhor Juiz responsável pelo julgamento da ação interposta pela Recorrente, conforme consulta realizada em 6 de junho p.passado (doc. anexo) .

Considerando que o Processo Administrativo Fiscal incluído na pauta de julgamento do dia 20 de junho p. vindouro, é reflexo decorrente da expedição do ATO CANCELATÓRIO DE ISENÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS N. 05/2009, requer que o julgamento do recurso interposto nos autos do processo administrativo acima referendado ocorra após a sentença a ser prolatada nos autos da Ação Anulatória de Atos Administrativos movida pela Recorrente contra a União.

Por óbvio se a sentença a ser prolatada for favorável a Recorrente, haverá de ser declarada a improcedência dos créditos tributários que estão sendo exigidos através dos autos de infração lavrados pelo órgão fazendário.”

Consulta Realizada em 12 de Julho de 2013 (18:29h) revelou que a matéria ainda não foi julgada.

Leitura atenta da peça de impugnação revela que a entidade **não rechaçou efetivamente as razões que motivaram o lançamento** guerreando tão-somente as razões que motivaram o cancelamento de sua isenção cuja oportunidade de mostrar sua inconformidade precluiu na esfera administrativa por intempestivamente.

Tal fato motivou a instância a quo a declarar matéria não impugnada **e assim negar provimento ao pleito.**

Reiterando tal prática em sede de recurso, caberia anuir o voto a quo, entretanto, é relevante ressaltar que em sede de impugnação não consta registrado se estaria correndo ação no judiciário sobre o Ato Cancelatório.

Pelo exposto, sem adentrar ao mérito, é medida conservadora retornar os autos juntamente com os vinculados AI's de nº 37.251.674-2 e nº 37.251.676-9 cujos processos receberam novas respectivas numerações : 16.151.72008/2013-25 e 16.151.72007/2013-81, também de minha relatoria, para a DRF de origem para aguardar decisão sobre o processo que encontra-se em tramitação junto a 9ª Vara Cível da Subseção Judiciária da Justiça Federal em São Paulo sob o n. 0021828-1Z2010.4.03.6.100 que versa sobre ATO CANCELATÓRIO DE ISENÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS nº. 05/2009 para prosseguir o julgamento do presente recurso interposto após a sentença a ser prolatada nos autos daquela sobredita Ação Anulatória de Atos Administrativos .

DO MÉRITO

Na hipótese desta e. Turma não anuir a preliminar de sobrestamento, adentro ao mérito na forma a seguir:

Do Auto de Infração – AI

Relatório Fiscal de fls. 42 descreve que o lançamento foi realizado conforme o **Auto de infração – AI** n.º nº 37-251.675-0. e as fls. 16, no item 601.09, nos Fundamentos

Legais dos Acréscimos Legais, atribuíram-se aos artigos 35, I, II, III da Lei n. 8.212, de 24.07.91 o suporte para efetuarem-se os cálculos da multa.

É cediço que os incisos, I, II, III, artigo 35 da Lei 8.212/91 à época do lançamento, 29/03/2010, já houvera sido revogado na forma da Redação dada pela Lei n.º 11.409, de 2009):

“ 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 11.409, de 2009) ”(grifei)

Tal irregularidade exposta é sanável posto que não prejudica o lançamento tendo em vista que a essência do fundamento restou preservada na medida em que é o fundamento legal para as infrações do gênero existe previsão na parte final do artigo 35 alterado : “ 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.”

As infrações do gênero em tela são formalizadas mediante **Notificação de Lançamento de Débito – NFLD**. A formalização da irregularidade em comento, mostra-se inadequada tendo em vista que se utilizou de um procedimento previsto para infrações das obrigações de fazer – acessórias – que é o Auto de Infração – AI. Neste sentido, destaca-se, por relevante, que as fls. 16 no item 601.09, nos Fundamentos Legais dos Acréscimos Legais, atribuíram-se aos artigos 35,I, II, III da Lei n. 8.212, de 24.07.91 o suporte para efetuarem-se os cálculos da multa: “cálculo da multa: para pagamento de obrigação vencida, não incluída em **notificação fiscal de lançamento**”.

Como se observa no artigos 10 e 11 do Decreto 70.235/72 abaixo transcrito, se fosse o caso de formalizar a irregularidade mediante Auto de Infração como procedera a Autoridade Fiscal, estaríamos analisando a PENALIDADE imputada.

“ 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. ”

Considerando, que os fatos geradores sequer foram contestados e que a forma não prejudicou a defesa do contribuinte, atento ainda ao PRINCÍPIO DA CELERIDADE ou da RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO, com assento no PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE, mesmo reconhecendo que no Código atual, o legislador não previu a fungibilidade e que tal princípio versa sobre aproveitamento de recursos, **dou prosseguimento ao processo.**

DA TAXA SELIC

No âmbito deste Egrégio Conselho, conforme a Súmula número 4, a matéria encontra-se pacificada:

“Súmula CARFnº 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.”

DA REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIS – RFFP E DO PROTESTO PELA PRODUÇÃO DE PROVAS

Reitere-se, na íntegra, o julgado em primeira instância para negar provimento.

Assim, a Representação Fiscal para Fins Penais é ato administrativo vinculado e deve ser realizada quando verificada, em tese, uma das situações ensejadoras, legalmente previstas, cabendo ao Ministério Público a análise da ocorrência ou não de conduta tipificada na legislação penal ao tempo em que indefere-se o pedido de perícia e diligência, quando não são atendidas as exigências contidas na norma de regência do contencioso administrativo fiscal vigente à época da impugnação. As provas que possuir, salvo excludentes legais expressamente previstas, devem ser apresentadas no prazo para Impugnação.

Da superveniência de legislação nova

Prevê o caput do art. 144 do Código Tributário Nacional - CTN que o lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada:

“Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada”

Entretanto, o mesmo artigo no seu § 1º preceitua que se aplicarão ao lançamento “a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização :

“ (...)

§ 1º Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.”

Diante disso, é lícita a apreciação da legislação superveniente

DA MULTA MAIS BENÉFICA

Trata-se de matéria já enfrentada em instância “ad quod” onde muito embora no acórdão da Delegacia de Julgamento a decisão concluído por negar provimento, estou convencido da necessidade de ser revista aquela decisão em razão dos argumentos que seguem:

Ao abordar o tema “**Da Superveniência de Nova Legislação. Retroação Benéfica**”, a instância “ad quod” assim se manifestou :

“12. Tendo em vista a superveniência da MP nº 449/08, convertida na Lei nº 11.941/09, deve ser analisada a questão da possibilidade de retroação benéfica, consoante prevê o art. 106, II, “c” do CTN. 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 da sua prática.

12.1. Em que pese a autuação em análise ter sido devidamente lançada de acordo com a legislação vigente, época em que coexistiam isoladamente as multas decorrentes de descumprimento de obrigação principal com a multa decorrente do descumprimento de obrigação acessória, verifica-se, atualmente, nova sistemática decorrente das alterações promovidas na nº Lei 8.212/91, por meio da Lei nº 11.941/09, em especial nos dispositivos concernentes ao cálculo e aplicação da multa para o fundamento legal da infração objeto desta autuação.

12.2. Pela legislação vigente à época da infração, quando a falta cometida pelo contribuinte era decorrente da não declaração em GFIP concomitante ao não recolhimento das contribuições não declaradas, existiam duas conseqüências:

- a aplicação de uma multa pela não declaração, consubstanciada em auto de infração por descumprimento de obrigação acessória com fundamento no artigo 32, IV e § 5o, da Lei nº 8.212/1991, na redação dada pela Lei nº 9.528/1997 e;

- a cobrança de multa pelo descumprimento da obrigação principal no tempo oportuno, com fundamento no artigo 35 da Lei nº 8.212/1991 com a redação da Lei nº 9.876/1999, além do recolhimento do valor referente a **p r o p r i a** obrigação principal.

12.3. Conforme estabelecido pela na Lei nº 11.941/09, esta mesma infração **ficou sujeita à multa de ofício prevista no artigo 44, da Lei nº 9.430/1996**, na redação dada pela Lei nº 11.488/2007. Ou seja, a situação descrita, que antes levava à lavratura de, no mínimo, dois autos de infração (um por descumprimento de obrigação acessória e outro levantando o quantum não recolhido com a devida multa correspondente) **passou a ser abordada através de um único dispositivo, que remete à aplicação da multa de ofício.**

12.4. Nestas condições, a multa prevista no art. 44, I, da referida Lei nº 9.430/96, **é única, no importe de 75% e visa apenas, de forma conjunta, tanto o não pagamento (parcial ou total) do tributo devido, quanto a não apresentação da declaração ou a declaração inexata, sem mensurar o que foi aplicado para punir apenas a obrigação acessória. Pela nova sistemática legal, as duas infrações, a saber, relativamente à obrigação principal e à obrigação acessória, são verificadas simultaneamente e, portanto, haverá a aplicação de apenas uma multa (de ofício).**

12.5. Feitas tais considerações iniciais, cumpre ressaltar, neste ponto, que no intuito de regular a aplicação das inovações trazidas pela citada Lei nº 11.941/09, mormente quanto ao entendimento e comparação para fins da mencionada retroação benéfica desta, foi **editada a Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 14, de 04/12/09**, que em seu artigo 3º o vaticina:

Art. 3º- A análise da penalidade mais benéfica, a que se refere esta Portaria, será realizada pela **comparação entre a soma** dos valores das multas aplicadas nos lançamentos por descumprimento **de obrigação principal**, conforme o art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991, em sua redação anterior à dada pela Lei n 11.941, de 2009, e **de obrigações acessórias**, conforme §§ 4º e 5º do art. 32 da Lei nº 8.212/1991 em sua redação anterior à dada pela Lei nº 11.941, de 2009, **e da multa de ofício** calculada na forma do art. 35-A da Lei nº 8.212, de 1991, acrescido pela Lei nº 11.941, de 2009.

12.6. Assim, no caso em análise, as multas mensais incluídas no **Auto de Infração (AI DEBCAD nº 37.251.674-2)**, referente a

obrigações tributárias acessórias, **deverão ser somadas às multas referentes** às contribuições previdenciárias declaradas em GFIP sob o código de FPAS 639, que foram incluídas no presente Auto de Infração DEBCAD n° 37.251.675-0, referente a obrigações tributárias principais, para o confronto com a multa que seria aplicada em observância ao acima transcrito.

12.7. Ocorre que, de acordo com a legislação anterior, a alíquota **da multa moratória** incidente sobre a contribuição previdenciária não recolhida e incluída em lançamento tributário referente à obrigação principal será definida conforme a fase processual do lançamento tributário em que o pagamento é realizado. Nestes casos (especificamente relacionados à obrigação principal), o valor da multa está sujeita à data do cumprimento (recolhimento) da obrigação devida, de acordo com a graduação especificada no art. 35, incisos I, II e III, da Lei 8.212/91.

12.8. Dessa forma, somente no momento do pagamento é que a multa mais benéfica pode ser quantificada. **Durante a atual fase do contencioso administrativo, de primeira instância, não há como se determinar a multa mais benéfica a ser aplicada, haja vista que o pagamento ainda não foi efetivamente postulado pelo contribuinte, de acordo com o artigo 35 da Lei n° 8.212/91, na redação da Lei n° 11.941/09, que estabelece que as multas de mora são apuradas no momento do pagamento, impedindo que a comparação seja realizada antes desse fato. Em conseqüência, determina a citada Portaria Conjunta n° 14:**

Art. 2° No momento do pagamento ou do parcelamento do débito pelo contribuinte, o valor das multas aplicadas serei analisado e os lançamentos, se necessário, serão retificados, para fins de aplicação da penalidade mais benéfica, **nos termos da alínea "c" do inciso II do art. 106 da Lei n° 5.172, de 25 de outubro de 1966-Código Tributário Nacional (CTN).**

12.9. Ademais, ratifique-se, a multa do presente Auto de Infração relativo à **obrigação principal deve ser apreciada em conjunto com o crédito previdenciário supracitado (obrigação acessória)**, sabendo-se que a comparação das multas aplicadas nesses lançamentos com a legislação atual, potencialmente mais benéfica ao contribuinte nos termos do artigo 106 do CTN, somente poderá ser efetivada de forma definitiva quando da liquidação do crédito, sendo que até então todos os processos deverão ter prosseguimento normal. ” (grifei)

Em síntese, como se lê no item 12.4 de sua manifestação, o I. Julgador entendeu de transformar todas as multas aplicadas em processo distintos resultante da mesma Ação Fiscal e transformá-las em uma só na condição de MULTA DE OFÍCIO. Constrói seu raciocínio sobre fundamentação estranha aos autos na medida em que alude os artigos Autos de infração por descumprimento de obrigação acessória cujos artigos de regência são o 32 e 32-A da 8.212, de 1991 que, efetivamente, não fundamentaram o Auto em comento.

É relevante destacar, também, que o Julgador de Primeira instância, no item 12.8, a seguir transcrito, se declara naquela fase do contencioso incompetente para **determinar a multa mais benéfica a ser aplicada** de acordo com o artigo 35 da Lei n° 8.212/91, na

redação da Lei nº 11.941/09, que estabelece **que as multas de mora são apuradas no momento do pagamento** :

“12.8. Dessa forma, somente no momento do pagamento é que a multa mais benéfica pode ser quantificada. Durante a atual fase do contencioso administrativo, de primeira instância, não há como se determinar a multa mais benéfica a ser aplicada, haja vista que o pagamento ainda não foi efetivamente postulado pelo contribuinte, de acordo com o artigo 35 da Lei nº 8.212/91, na redação da Lei nº 11.941/09, que estabelece **que as multas de mora são apuradas no momento do pagamento**, impedindo que a comparação seja realizada antes desse fato. ”

Cumpra notar que embora conclua que se tenha que imputar MULTA OFÍCIO, na parte final de seu parágrafo o próprio define que está diante de uma autuação que se subsume à multa de mora, ademais, a análise do citado artigo não revelou restrição alguma ao julgador no sentido de determinar em primeira instância multa mais benéfica :

“**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 11.491, 2009) ” (grifei)

É muito relevante ressaltar que o auto em epígrafe se subsume as preceituado no artigo 9 do Decreto 70.235/72 que determina não só a formalização mas também a aplicação de penalidade devem ser isolada em autos distintos para cada tributo ou PENALIDADE:

“Decreto 70.235/72

Art. 9º A exigência do crédito tributário e a aplicação de penalidade isolada serão formalizados em autos de infração ou notificações de lançamento, distintos para cada tributo ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito. (Redação dada pela Lei n 11.941, de 2009) ” (grifei)

Apenas por amor ao debate, aludindo a Portaria PGFN/RFB nº 14, de 04/12/09 exortada na definição do voto em sede de impugnação, analisando-se o referido art. 35-A, incluído na Lei 8.212/91 pela Lei 11.941, de 2009, nota-se que este contém previsão **para casos de eventuais lançamentos de ofício** relativos às contribuições **referidas no artigo 35 da** mesma lei. Em isso ocorrendo, havendo lançamento de ofício, aplica-se o disposto no artigo 44 da Lei 9.430/96:

“ 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 na Lei 8.212/91 pela Lei 11.941, de 2009) ”

Ocorre que o artigo 35 supra não registra comando de lançamento de ofício e estabelece que os débitos referentes a contribuições não pagas nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de **multa de mora e não de ofício como define a Portaria da PGFN bem como, também, não nos termos do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, mas no preceituado art. 61 da mesma Lei**, que determina multa de 0,33% ao dia, limitada a 20%.

“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 11.491, 2009)” (grifos do relator)

Lei 9.430/96:

“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).

Cumprе ressaltar que nos lançamentos de ofício, o **sujeito passivo não participa** do mesmo cabendo ao sujeito ativo tomar a iniciativa e realizar, por si só, a verificação da ocorrência do fato gerador, identificação do sujeito passivo, cálculo do montante devido, formalização do crédito e notificação do sujeito passivo para pagamento. Exemplos: **IPTU e IPVA**.

Os elementos do conceito de lançamento são extraídos do disposto no art. 142 do Código Tributário Nacional, *verbis*:

"Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível."

Por meio do lançamento, a Administração chega ao valor devido pelo sujeito passivo, que tem oportunidade de acompanhar o procedimento, bem como impugná-lo.

Seus pontos essenciais são:

- Ato privativo da Administração, excluindo, portanto, qualquer outro ente, inclusive o sujeito passivo;
- Apuração da obrigação tributária, com todos seus elementos: sujeito passivo, crédito, prazo etc..
- Constituição do crédito tributário, que, embora exista desde o nascimento da respectiva obrigação, somente se torna certo e exigível após a apuração;
- Imposição de penalidade, caso seja verificada alguma infração.

É cediço que as contribuições previdenciárias estão contidos no rol dos tributos de LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO na forma do preceituado no artigo 150, caput, do Código Tributário Nacional – CTN:

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

Certamente que premido pelo artigo 7º da sua Portaria de regência MF nº 58, de 17 de março de 2006, que determinava que “O julgador deve observar o disposto no art. 116, III, da Lei nº 8.112, de 1990, bem assim o entendimento da SRF expresso em atos normativos”, o I. Julgador *ad quod*” proferiu seu voto sob o comando de instrução contida na Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 14, de 04/12/09,

Nos julgados do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, entretanto, na forma do artigo 62 do Regimento Interno deste Conselho :

*“Art. 62. **Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.***

*Parágrafo único. **O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:***

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou II - que fundamente crédito tributário objeto de:

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

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993.”

À título de esclarecimento, os atos declaratórios na forma dos artigos 18 e 19, abaixo transcritos, do Procurador-Geral da Fazenda Nacional a que se refere a Lei nº 10.522/2002, não se relacionam com o presente processo:

“Art. 18. Ficam dispensados a constituição de créditos da Fazenda Nacional, a inscrição como Dívida Ativa da União, o ajuizamento da respectiva execução fiscal, bem assim cancelados o lançamento e a inscrição, relativamente:

Art. 19. Fica a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional autorizada a não contestar, a não interpor recurso ou a desistir do que tenha sido interposto, desde que inexista outro fundamento relevante, na hipótese de a decisão versar sobre: (Redação dada pela Lei n 11.033, de 2004)”

Na forma do exposto, portarias da Procuradoria, da Receita Federal do Brasil e demais órgãos, **não vincula este Conselho**. Tal observação não significa que em certas circunstâncias não possam ser observadas para formar juízo. Entretanto, em ocorrendo eventual antinomia entre instruções, decretos e leis, prevalece nos julgados os comandos dos decretos e das leis.

Às fls. 18, item 601, aduz o Relatório - ACRÉSCIMOS LEGAIS – MULTA 601.09 - Competências : 01/2006 a 13/2007 Lei n. 8.212, de 24.07.91, que o cálculo observou o **art. 35,1, II, III** (com a redação dada pela Lei n. 9.876, de 26.11.99) (**grifei**)

Assim, com foco na fundamentação legal da autuação, é que enfrento a questão da multa.

Lei 8.212, artigo 35

*“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)” (**grifei**)*

Lei 9.430/96, art. 61:

*“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).” (**grifei**)

A mesma lei 11.941, mediante o artigo 35-A, introduziu previsão para casos de LANÇAMENTO DE OFÍCIO :

“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)” (**grifei**)

Lei 9.430/96, art. 44

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

Da retroação mais benéfica

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

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

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

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

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

O artigo 106 do Código Tributário Nacional - CTN determina a aplicação retroativa da lei quando, tratando-se de ato não definitivamente julgado, lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, princípio da retroatividade benigna.

Visto do prisma exposto, impõe-se o recálculo da multa ocorra com base no artigo 35 da Lei nº 11.941/ 2009 para compará-lo com o valor da multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei 8.212/91.

CONCLUSÃO

Por tudo que foi exposto, resolvo que se deva retornar os autos juntamente com os vinculados AI's de nº 37.251.674-2 e nº 37.251.676-9 cujos processos receberam novas respectivas numerações : 16.151.72008/2013-25 e 16.151.720007/2013-81, também de minha relatoria, para a DRF de origem para aguardar decisão sobre o processo que encontra-se em tramitação junto a 9ª Vara Cível da Subseção Judiciária da Justiça Federal em São Paulo sob o n. 0021828-1Z2010.4.03.6.100 que versa sobre ATO CANCELATÓRIO DE ISENÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS nº. 05/2009 para prosseguir o julgamento do presente recurso interposto após a sentença a ser prolatada nos autos daquela sobredita Ação Anulatória de Atos Administrativos . Na hipótese de a Turma não anuir tal determinação, NO MÉRITO, DOU PROVIMENTO PARCIAL, determinando o recálculo da multa de mora na forma do comando da redação dada pela Lei 11.941/2009 (art. 61, da Lei no 9.430/96), prevalecendo o valor mais benéfico ao contribuinte.

Ivacir Júlio de Souza.

Voto Vencedor

Carlos Alberto Mees Stringari - Relator Designado

O relator posicionou-se por sobrestar o julgamento, retornando o processo para a DRF de origem para aguardar decisão sobre o processo que encontra-se em tramitação junto a 9ª Vara Cível da Subseção Judiciária da Justiça Federal em São Paulo sob o n. 0021828-1Z2010.4.03.6.100 que versa sobre ATO CANCELATÓRIO DE ISENÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS n.º. 05/2009 e prosseguir o julgamento do presente recurso interposto após a sentença a ser prolatada nos autos daquela sobredita Ação Anulatória de Atos Administrativos .

Discordo desse posicionamento.

Entendo que o julgamento do recurso deve ocorrer.

Reconheço o vínculo entre este lançamento e o resultado da ação judicial que discute o cancelamento da isenção, porém, entendo que cabe à DRF acompanhar o desenrolar da ação judicial e tomar as providências cabíveis, conforme o resultado.

Carlos Alberto Mees Stringari.