



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

Processo nº 10865.001719/2007-26
Recurso nº 260.883 Voluntário
Acórdão nº **2301-002.590 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 8 de fevereiro de 2012
Matéria Contribuições Previdenciárias
Recorrente MASTRA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 10/10/2003 a 31/05/2006

INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. CONTRIBUIÇÃO AO INCRA E SEBRAE. LEGALIDADE. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC.

É legítima a cobrança da contribuição para o INCRA das empresas urbanas, sendo inclusive desnecessária a vinculação ao sistema de previdência rural.

O adicional destinado ao SEBRAE (Lei nº 8.029/90, na redação dada pela Lei nº 8.154/90) constitui simples majoração das alíquotas previstas no Decreto-Lei nº 2.318/86 (SENAI, SENAC, SESI e SESC).

Os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

As contribuições sociais previdenciárias estão sujeitas à multa de mora, na hipótese de recolhimento em atraso devendo observar o disposto na nova redação dada ao artigo 35, da Lei 8.212/91, combinado com o art. 61 da Lei nº 9.430/1996.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Crédito Tributário Mantido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, [I] Por maioria de votos: a) em manter a aplicação da multa, nos termos do voto do Relator. Vencido o Conselheiro Mauro José Silva, que votou pelo afastamento integral da multa; b) em dar provimento parcial ao Recurso, no mérito, para que seja aplicada a multa prevista no Art. 61, da Lei nº 9.430/1996, se mais benéfica à Recorrente, nos termos do voto do(a) Relator(a). Vencido o Conselheiro Marcelo Oliveira, que votou em manter a multa aplicada; II) Por unanimidade de votos: a) em negar provimento ao Recurso nas demais alegações da Recorrente, nos termos do voto do(a) Relator(a).

(assinado digitalmente)

Marcelo Oliveira - Presidente.

(assinado digitalmente)

Damião Cordeiro de Moraes - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira (Presidente), Adriano Gonzales Silverio, Damião Cordeiro De Moraes, Mauro Jose Silva, Leonardo Henrique Pires Lopes.

Relatório

1. Trata-se de recurso voluntário apresentado pela empresa MASTRA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA em face da decisão que julgou procedente o lançamento de débito referente ao período 10/2003 a 05/2006.

2. Conforme narrado no relatório fiscal o lançamento refere-se “às contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à parte da empresa, financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho (GILRAT), e das destinadas aos terceiros (Salário Educação, INCRA, SENAI, SESI e SEBRAE)” (f. 63).

3. Os autos foram baixados em diligência para que o auditor fiscal esclarecesse às seguintes questões:

“1) Trata-se de arbitramento ou lançamento sobre folha?”

2) Há documentos que possam ser juntados ao débito para elidir a razão de presunção?” (f. 110)

4. Em resposta à diligência solicitada, o fisco juntou aos autos Informação Fiscal com as seguintes alegações:

“1. Em cumprimento à diligência solicitada à fl. 110, esclareço que a presente Notificação Fiscal de Lançamento de Débito origina-se a partir de levantamentos sobre a folha de pagamento. O item 8 do Relatório

Fiscal, que ensejou a dívida do AFRFB indagante, apenas faz menção a aferição indireta realizada em outra NFLD, a de número 35.927.522-2, consolidada também em 13/12/2006, lavrada no mesmo procedimento fiscal.

2. Isto posto, em nada mais tendo a esclarecer, encaminhe-se ao AFRB indagante, em 06/06/2007, para as providências cabíveis.” (f. 111)

5. A ementa do acórdão de primeira instância restou lavrada nos termos que transcrevo abaixo:

“CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Não há cerceamento de defesa quando estão discriminados na NFLD e seus anexos as situações verificadas no procedimento fiscal que deram origem ao lançamento, os fatos geradores das contribuições devidas, os dispositivos legais que amparam o débito e as alíquotas aplicadas.

A Administração Pública, antes de decidir sobre o mérito de uma questão administrativa, ao dar à parte contrária a oportunidade de impugná-la da forma que entender, respeitando-se o prazo previsto pela legislação de impugnação, não infringe os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

SAT.

São devidas à Seguridade Social as contribuições previdenciárias correspondentes ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho.

TERCEIROS.

As contribuições destinadas às Entidades Terceiras são devidas, de acordo com os respectivos ordenamentos jurídicos, nos termos do art. 94 da Lei n.º 8.212/91, art. 3º da Lei n.º 11.098/05.

MULTA E JUROS MORATÓRIOS.

As contribuições sociais, não recolhidas nas épocas próprias, estão sujeitas à multa e aos juros equivalentes à taxa SELIC, ambos de caráter irrelevável.

DILIGÊNCIA E PERÍCIA. INDEFERIMENTO.

Será indeferido o pedido de diligência e perícia sempre que estes se mostrarem desnecessários.

PRODUÇÃO DE PROVAS.

A impugnação deve ser instruída com os documentos em que se fundamentar, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento, salvo exceções previstas legalmente.

CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS.

É vedado à Administração Pública o exame da Constitucionalidade das Leis.

Lançamento Procedente.” (f. 118)

6. Em sede recursal, o contribuinte apresentou recurso voluntário aduzindo em síntese:

- a) preliminarmente, a nulidade da NFLD pela falta de comprovação dos valores apontados como devidos;
- b) ilegalidade da contribuição ao SEBRAE, INCRA e para o Seguro de Acidente do Trabalho - SAT;
- c) ilegitimidade da aplicação da Taxa SELIC para correção dos valores cobrados;
- d) por fim, alega que a multa aplicada possui caráter confiscatório, tendo em vista que supera o montante original da dívida.

7. Sem contrarrazões, os autos foram encaminhados à apreciação deste Conselho.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Damiano Cordeiro de Moraes

DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

1. Conheço do recurso voluntário, uma vez que atende aos pressupostos de admissibilidade.

DA INEXISTÊNCIA DE NULIDADE

2. 2. Preliminarmente, aduz o contribuinte que “o lançamento é nulo de pleno direito, por transbordar qualquer espécie de presunção de liquidez e certeza de que poderia eventualmente gozar, eis que de fato não tomou por base nenhum documento da Recorrente capaz de transmitir a realidade da contabilidade da empresa”. (f. 138)

3. Ocorre que, compulsando os autos verifica-se que, conforme narrado pela auditoria fiscal, “os fatos geradores das contribuições ocorreram com o pagamento dos salários aos segurados empregados para o estabelecimento de CNPJ 51.476.109/0001-30, em 33 competências compreendidas entre 10/2003 e 05/2006”. (f. 65)

4. Além disso, depreende-se do Discriminativo Analítico de Débito – DAD, ff. 04 a 16, que a apuração do lançamento se deu com base nas diferenças encontradas entre as contribuições declaradas pela empresa em GFIP e as efetivamente recolhidas.

5. Dessa forma, resta demonstrado que o contribuinte não atendeu à solicitação do fisco para a apresentação dos documentos exigidos, e por esse motivo, entendo que não há como se admitir a alegação da recorrente no que se refere à nulidade na constituição do crédito.

6. Também não consta nos autos nenhum incidente processual que comprove a dificuldade do representando da empresa em cumprir o exigido pelo fisco.

7. E devido à inércia do contribuinte, o fisco procedeu à confecção dos cálculos com base em valores aferidos indiretamente, os quais resultaram em débito para o contribuinte, conforme demonstrado nos autos.

8. Além disso, cumpre ressaltar que o lançamento encontra-se devidamente fundamentado e motivado, em consonância com o que determina a legislação que rege o processo administrativo fiscal, notadamente o art. 50, da Lei n.º 9.784/99 e art. 38, do Decreto 7.574/2011. Assim, não há que se falar em anulação do lançamento fiscal.

DAS CONTRIBUIÇÕES PARA O SEBRAE

9. Quanto a alegação de ilegalidade da cobrança de contribuições para o SEBRAE, tendo em vista sua vinculação com as atividades das micro e pequenas empresas, também não dou razão à recorrente.

10. Isso porque, sobre a questão, este Conselho vem pacificando seu entendimento no sentido de que a contribuição ao SEBRAE trata-se de um adicional sobre as destinadas ao SESC/SENAC, Sesi/SENAI e Sest/SENAT. A título de ilustração, cito julgado recente do ilustre Conselheiro Mauro José Silva, membro desta Turma:

“(...)CONTRIBUIÇÃO AO SEBRAE. A contribuição ao SEBRAE como mero adicional sobre as destinadas ao SESC/SENAC, Sesi/SENAI e Sest/SENAT, deve ser recolhida por todas as empresas que são contribuintes destas.” (Acórdão n.º 2301-001.826 –Sessão realizada em 10.02.2011 – 1ª Turma, 3ª Câmara, 2ª Seção de Julgamento do CARF)

11. E com relação à cobrança da contribuição para o SEBRAE, a jurisprudência vem se posicionando no sentido de que o pagamento da contribuição não está diretamente relacionado com quem irá se beneficiar..

12. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento, conforme ementa do Agravo Regimental no Recurso Especial de n.º 1216186/RS, publicado no DJe em 16 de maio de 2011:

“TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. VÍNCULO EMPREGATÍCIO.DESCARACTERIZAÇÃO. SÚMULA 7. REDUÇÃO DE MULTA PARA 20%. LEISUPERVENIENTE N. 11.941/09. POSSIBILIDADE.

1. A contribuição para o SEBRAE constitui contribuição de intervenção no domínio econômico (CF art. 149) e, por isso, é exigível de todos aqueles que se sujeitam às Contribuições ao SESC, Sesi, SENAC e SENAI, independentemente do porte

econômico, porquanto não vinculada a eventual contraprestação dessa entidade.

2. O art. 35 da Lei n. 8.212/91 foi alterado pela Lei 11.941/09, devendo o novo percentual aplicável à multa moratória seguir o patamar de 20%, que, sendo mais propícia ao contribuinte, deve ser a ele aplicado, por se tratar de lei mais benéfica, cuja retroação é autorizada com base no art. 106, II, do CTN.3. Precedentes: REsp 1.189.915/ES, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 1º.6.2010, DJe 17.6.2010; REsp 1.121.230/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 18.2.2010, DJe 2.3.2010. Agravo regimental improvido.”

13. Por fim, ressalto que essa foi a vertente adotada pelo Supremo Tribunal Federal, ao analisar a questão nos Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento n.º 518.082, publicado no Diário da Justiça em 17 de junho de 2005, cuja ementa é abaixo transcrita:

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS À DECISÃO DO RELATOR: CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO: SEBRAE: CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. Lei 8.029, de 12.4.1990, art. 8º, § 3º. Lei 8.154, de 28.12.1990. Lei 10.668, de 14.5.2003. CF, art. 146, III; art. 149; art. 154, I; art. 195, § 4º. I. - Embargos de declaração opostos à decisão singular do Relator. Conversão dos embargos em agravo regimental. II. - As contribuições do art. 149, CF contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas posto estarem sujeitas à lei complementar do art. 146, III, CF, isso não quer dizer que deverão ser instituídas por lei complementar. A contribuição social do art. 195, § 4º, CF, decorrente de "outras fontes", é que, para a sua instituição, será observada a técnica da competência residual da União: CF, art. 154, I, ex vi do disposto no art. 195, § 4º. A contribuição não é imposto. Por isso, não se exige que a lei complementar defina a sua hipótese de incidência, a base impositiva e contribuintes: CF, art. 146, III, a. Precedentes: RE 138.284/CE, Ministro Carlos Velloso, RTJ 143/313; RE 146.733/SP, Ministro Moreira Alves, RTJ 143/684. III. - A contribuição do SEBRAE Lei 8.029/90, art. 8º, § 3º, redação das Leis 8.154/90 e 10.668/2003 é contribuição de intervenção no domínio econômico, não obstante a lei a ela se referir como adicional às alíquotas das contribuições sociais gerais relativas às entidades de que trata o art. 1º do DL 2.318/86, SESI, SENAI, SESC, SENAC. Não se inclui, portanto, a contribuição do SEBRAE no rol do art. 240, CF. IV. - Constitucionalidade da contribuição do SEBRAE. Constitucionalidade, portanto, do § 3º do art. 8º da Lei 8.029/90, com a redação das Leis 8.154/90 e 10.668/2003. V. - Embargos de declaração convertidos em agravo regimental. Não provimento desse.”

14. Por tudo, entendo que não procedem os argumentos da recorrente visto que também ela é devedora das contribuições destinadas ao SEBRAE.

DAS CONTRIBUIÇÕES DESTINADAS AO SAT

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 12/06/2012 por DAMIAO CORDEIRO DE MORAES, Assinado digitalmente em 06/07

/2012 por MARCELO OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 12/06/2012 por DAMIAO CORDEIRO DE MORAES

Impresso em 10/07/2012 por ATANAGILDO BARBOSA DE OLIVEIRA - VERSO EM BRANCO

15. Quanto ao argumento da ilegalidade da cobrança da contribuição devida ao SAT – Seguro de Acidente de Trabalho, em razão da reserva à lei para estabelecer os conceitos de atividade preponderante e grau de risco de acidente de trabalho não confiro razão à recorrente.

16. A exigência da contribuição para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente de riscos ambientais do trabalho encontra-se prevista no art. 22, II da Lei nº 8.212/1991, alterada pela Lei nº 9.732/1998, nestes termos:

“Art.22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

(...)

II - para o financiamento do benefício previsto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos: (Redação dada pela Lei nº 9.732, de 11/12/98)

- a) 1% (um por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidentes do trabalho seja considerado leve;*
- b) 2% (dois por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado médio;*
- c) 3% (três por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado grave.”*

17. Compulsando os autos, constata-se que a empresa, por sua vez, não carrou aos autos documentação apta a demonstrar quaisquer equívocos em seu enquadramento. De maneira que não vejo como retificar a decisão de primeira instância neste ponto.

DAS CONTRIBUIÇÕES PARA O INCRA

18. Muito embora a recorrida alegue que “a verba destinada ao INCRA não poderia ser instituída por via de Decreto-Lei, haja vista não se tratar de matéria de finanças públicas” (f. 148) não se olvida que a referida contribuição tenha natureza distinta das contribuições sociais da Seguridade Social. As competências do INCRA são atribuídas pela sua lei de criação e o Estatuto da Terra:

“DECRETO-LEI Nº 1.110, DE 9 DE JULHO DE 1970.

Regulamento Cria o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), extingue o Instituto Brasileiro de Reforma Agrária, o Instituto Nacional de Desenvolvimento Agrário e o Grupo Executivo da Reforma Agrária e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o artigo 55, item I, da Constituição,

DECRETA:

Art. 1º É criado o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), entidade autárquica, vinculada ao Ministério da Agricultura, com sede na Capital da República.

Art. 2º Passam ao INCRA todos os direitos, competência, atribuições e responsabilidades do Instituto Brasileiro de Reforma Agrária (IBRA), do Instituto Nacional de Desenvolvimento Agrário (INDA) e do Grupo Executivo da Reforma Agrária (GERA), que ficam extintos a partir da posse do Presidente do novo Instituto.”

...

“LEI Nº 4.504, DE 30 DE NOVEMBRO DE 1964.

Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

(...)

Art. 74. É criado, para atender às atividades atribuídas por esta Lei ao Ministério da Agricultura, o Instituto Nacional do Desenvolvimento Agrário (INDA), entidade autárquica vinculada ao mesmo Ministério, com personalidade jurídica e autonomia financeira, de acordo com o prescrito nos dispositivos seguintes:

I - o Instituto Nacional do Desenvolvimento Agrário tem por finalidade promover o desenvolvimento rural nos setores da colonização, da extensão rural e do cooperativismo;

II - o Instituto Nacional do Desenvolvimento Agrário terá os recursos e o patrimônio definidos na presente Lei;

III - o Instituto Nacional do Desenvolvimento Agrário será dirigido por um Presidente e um Conselho Diretor, composto de três membros, de nomeação do Presidente da República, mediante indicação do Ministro da Agricultura;

IV - Presidente do Instituto Nacional do Desenvolvimento Agrário integrará a Comissão de Planejamento da Política Agrícola;”

19. Assim, verifica-se que a contribuição ao INCRA não alcança exclusivamente a produção rural, conforme sua lei de instituição, a qual relaciona atividades industriais que podem ser desenvolvidas tanto no meio rural como nas regiões urbanas:

“DECRETO-LEI Nº 1.146, DE 31 DE DEZEMBRO DE 1970.

Consolida os dispositivos sobre as contribuições criadas pela Lei número 2.613, de 23 de setembro de 1955 e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o artigo 55, item II, da Constituição,

DECRETA:

Art 1º As contribuições criadas pela Lei nº 2.613, de 23 de setembro 1955, mantidas nos termos deste Decreto-Lei, são devidas de acordo com o artigo 6º do Decreto-Lei nº 582, de 15 de maio de 1969, e com o artigo 2º do Decreto-Lei nº 1.110, de 9 julho de 1970:

I - Ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA:

1 - as contribuições de que tratam os artigos 2º e 5º deste Decreto-Lei;

2 - 50% (cinquenta por cento) da receita resultante da contribuição de que trata o art. 3º deste Decreto-lei.

II - Ao Fundo de Assistência do Trabalhador Rural - FUNRURAL, 50% (cinquenta por cento) da receita resultante da contribuição de que trata o artigo 3º deste Decreto-lei.

Art 2º A contribuição instituída no "caput" do artigo 6º da Lei número 2.613, de 23 de setembro de 1955, é reduzida para 2,5% (dois e meio por cento), a partir de 1º de janeiro de 1971, sendo devida sobre a soma da folha mensal dos salários de contribuição previdenciária dos seus empregados pelas pessoas naturais e jurídicas, inclusive cooperativa, que exerçam as atividades abaixo enumeradas:

I - Indústria de cana-de-açúcar;

II - Indústria de laticínios;

III - Indústria de beneficiamento de chá e de mate;

IV - Indústria da uva;

V - Indústria de extração e beneficiamento de fibras vegetais e de descaroçamento de algodão;

VI - Indústria de beneficiamento de cereais;

VII - Indústria de beneficiamento de café;

VIII - Indústria de extração de madeira para serraria, de resina, lenha e carvão vegetal;

IX - Matadouros ou abatedouros de animais de quaisquer espécies e charqueadas."

20. E nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça - STJ que também se consolidou no Supremo Tribunal Federal – STF, *verbis*:

"TRIBUTÁRIO -CONTRIBUIÇÃO SOCIAL -INCRA -ART. 6º, § 4º, DA LEI N. 2.613/55 -EXIGIBILIDADE -EMPRESA URBANA.

1. A contribuição destinada ao INCRA, desde sua concepção, caracteriza-se como contribuição especial de intervenção no domínio econômico, sendo classificada doutrinariamente como contribuição especial atípica.

2. A contribuição ao INCRA não possui referibilidade direta com o sujeito passivo, por isso se distingue das contribuições de interesse das categorias profissionais e de categorias econômicas.

3. Possível a exigência da contribuição social destinada ao INCRA das empresas urbanas. Agravo regimental improvido.”

(AgRg nos EDcl no REsp 991214/PE. Segunda Turma. Relator Ministro Humberto Martins. DJ 16.05.2008, p. 1)

21. Abaixo, segue ementa lavrada pelo STF no julgamento do Agravo Regimental de nº 735.665/RS, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa publicado no Diário da Justiça em 01 de abril de 2011:

“AGRAVO REGIMENTAL. CONTRIBUIÇÃO AO INCRA. EMPRESA URBANA.

A decisão agravada está em perfeita harmonia com o entendimento firmado por ambas as Turmas deste Tribunal, no sentido de que é devida por empresa urbana a contribuição destinada ao INCRA. Agravo regimental a que se nega provimento.”

22. Dessa forma, com base nas considerações tecidas acima, entendo que não merecem prosperar as alegações trazidas pela recorrente em suas razões.

DA UTILIZAÇÃO DA TAXA SELIC

23. Por fim, entendo que a utilização da taxa SELIC não é indevida no caso em análise. À época do fato gerador, a utilização da referida taxa era expressamente autorizada pelo art. 34 da Lei 8.212/91.

24. A matéria, inclusive, já foi sumulada por este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, *verbis*:

“Súmula CARF Nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.”

25. No mesmo sentido, deve-se ressaltar que a utilização da taxa SELIC no caso em análise não ocorreu por determinação do Banco Central, e sim em face do art. 34 da Lei 8.212/91, vigente à época do lançamento, que encontra respaldo na súmula nº 04 deste Conselho.

26. Além disso, em julgado recente, o STF decidiu pela incidência da taxa SELIC para a atualização de débitos tributários:

“1. Recurso extraordinário. Repercussão geral. 2. Taxa Selic. Incidência para atualização de débitos tributários.

Legitimidade. Inexistência de violação aos princípios da legalidade e da anterioridade. Necessidade de adoção de critério isonômico. No julgamento da ADI 2.214, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 19.4.2002, ao apreciar o tema, esta Corte assentou que **a medida traduz rigorosa igualdade de tratamento entre contribuinte e fisco e que não se trata de imposição tributária.** 3. ICMS. Inclusão do montante do tributo em sua própria base de cálculo. Constitucionalidade. Precedentes. A base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação da circulação de mercadorias (art. 155, II, da CF/1988, c/c arts. 2º, I, e 8º, I, da LC 87/1996), inclui o próprio montante do ICMS incidente, pois ele faz parte da importância paga pelo comprador e recebida pelo vendedor na operação. A Emenda Constitucional nº 33, de 2001, inseriu a alínea “i” no inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, para fazer constar que cabe à lei complementar “fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço”. Ora, se o texto dispõe que o ICMS deve ser calculado com o montante do imposto inserido em sua própria base de cálculo também na importação de bens, naturalmente a interpretação que há de ser feita é que o imposto já era calculado dessa forma em relação às operações internas. Com a alteração constitucional a Lei Complementar ficou autorizada a dar tratamento isonômico na determinação da base de cálculo entre as operações ou prestações internas com as importações do exterior, de modo que o ICMS será calculado “por dentro” em ambos os casos. 4. Multa moratória. Patamar de 20%. Razoabilidade. Inexistência de efeito confiscatório. Precedentes. A aplicação da multa moratória tem o objetivo de sancionar o contribuinte que não cumpre suas obrigações tributárias, prestigiando a conduta daqueles que pagam em dia seus tributos aos cofres públicos. Assim, para que a multa moratória cumpra sua função de desencorajar a elisão fiscal, de um lado não pode ser pífia, mas, de outro, não pode ter um importe que lhe confira característica confiscatória, inviabilizando inclusive o recolhimento de futuros tributos. O acórdão recorrido encontra amparo na jurisprudência desta Suprema Corte, segundo a qual não é confiscatória a multa moratória no importe de 20% (vinte por cento). 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.” (g.n.)

(RE 582.461/SP. Tribunal Pleno. Relator Ministro Gilmar Mendes. DJe 18.08.2011, p. 177)

27. E quanto às alegações de multa confiscatória, deve-se concluir que não possuem fundamento, pois o valor da multa não corresponde ao valor da contribuição. Tal constatação pode ser alcançada pela leitura da discriminação dos valores realizadas pelo agente fiscal no auto de infração. Assim, tendo atendido à determinação legal e não sendo equivalente à totalidade do débito, não há que se falar em caráter confiscatório da multa.

DA MULTA APLICADA

28. Sobre a multa aplicada, cumpre ressaltar que, em respeito ao art. 106 do CTN, inciso II, alínea “c”, deve o Fisco perscrutar, na aplicação da multa, a existência de penalidade menos gravosa ao contribuinte. No caso em apreço, esse cotejo deve ser promovido em virtude das alterações trazidas pela Lei nº 11.941/2009 ao art. 35 da Lei nº 8.212/1991, que instituiu mudanças à penalidade cominada pela conduta da Recorrente à época dos fatos geradores.

29. Assim, identificando o Fisco benefício ao contribuinte na penalidade nova, essa deve retroagir em seus efeitos, conforme ocorre com a nova redação dada ao art. 35 da Lei nº 8.212/1991 que assim dispõe:

“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.”

30. E o supracitado art. 61, da Lei nº 9.430/96, por sua vez, assevera que:

“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.

(...)

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.”

31. Confrontando a penalidade retratada na redação original do art. 35 da Lei nº 8.212/1991 com a que ora dispõe o referido dispositivo legal, vê-se que a primeira permitia que a multa atingisse o patamar de cem por cento, dado o estágio da cobrança do débito, ao passo que a nova limita a multa a vinte por cento.

32. Sendo assim, diante da inafastável aplicação da alínea “c”, inciso II, art. 106, do CTN, conclui-se pela possibilidade de aplicação da multa prevista no art. 61 da Lei nº 9.430/1996, com a redação dada pela Lei nº 11.941/2009 ao art. 35 da Lei nº 8.212/1991, se for mais benéfica para o contribuinte.

CONCLUSÃO

33. Dado o exposto, CONHEÇO do recurso voluntário para, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL para aplicar a multa prevista no art. 35 da Lei n.º 8.212/91 combinada com o art. 61, §2º da Lei n.º 9.430/96, se mais benéfica ao contribuinte.

(assinado digitalmente)

Damião Cordeiro de Moraes - Relator

Processo nº 10865.001719/2007-26
Acórdão n.º **2301-002.590**

S2-C3T1
Fl. 7

CÓPIA