



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

Processo nº 10932.720083/2011-51
Recurso nº 999.999 Voluntário
Acórdão nº 2403-002.534 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de março de 2014
Matéria CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA
Recorrente LOTUS SERVICOS TECNICOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/2006 a 31/12/2007

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA - NÃO APRECIACÃO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO.

A legislação ordinária de custeio previdenciário não pode ser afastada em âmbito administrativo por alegações de inconstitucionalidade, já que tais questões são reservadas à competência, constitucional e legal, do Poder Judiciário.

Neste sentido, o art. 26-A, caput do Decreto 70.235/1972 e a Súmula nº 2 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente veda ao CARF se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de lei tributária.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - MATÉRIA DE DIREITO NÃO IMPUGNADA - PRECLUSÃO DO DIREITO DO IMPUGNANTE FAZÊ-LO EM OUTRO MOMENTO PROCESSUAL

A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento. Considerar-se-á não impugnada a matéria de direito que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante, ocorrendo a preclusão de fazê-lo em outro momento processual.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - TAXA SELIC - APLICAÇÃO À COBRANÇA DE TRIBUTOS.

É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais. Neste sentido, há a Súmula nº 4 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente estabelece a aplicação da taxa SELIC.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro - Relator

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

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto pela Recorrente – LOTUS SERVICOS TECNICOS LTDA. contra Acórdão nº 05-36.447 - 7ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Campinas - SP, que julgou procedente a autuação por descumprimento de obrigação tributárias: (i) AIOP nº. 37.294.537-6, com valor inicial de R\$ 1.111.344,90; (ii) AIOA nº. 37.294.538-4, CFL - 78, com valor inicial de R\$ 5.000,00; (iii) AIOA nº. 37.294.631-6, CFL - 91, com valor inicial de R\$ 1.523,57; (iv) AIOA nº. 37.348.632-4, CFL - 37, com valor inicial de R\$ 1.523,57.

Conforme o Relatório Fiscal, às fls. 43 a 44, identificou-se notas fiscais emitidas pelo contribuinte em razão de prestação de serviço, enquadradas no conceito de cessão ou empreitada de mão de obra:

Tal relação jurídica enseja a retenção de 11%, conforme preceitua o artigo 219 do Decreto 3048 de 06 de maio de 1999 (Regulamento da Previdência Social), combinado com o artigo 31 da Lei 8212 de 23 de julho de 1991.

Em que pese o fato do contribuinte ter informado em GFIP's os valores das retenções das notas fiscais discriminadas no relatório anexo ao presente processo "RELATÓRIO DE NOTAS FISCAIS GLOSADAS", bem como ter compensado tais valores nas contribuições previdenciárias apuradas, não houve o destaque da retenção nas Notas Fiscais e nem ficou provado que houve, de fato as retenções, nem os respectivos recolhimentos por parte das contratantes dos serviços prestados.

(...) Os valores declarados em GFIP's de retenção efetuada pelo contribuinte nas competências 13/2006 e 13/2007 (décimos terceiros salários) foram objeto de glosa, em razão da não comprovação por parte da empresa, da origem de créditos de retenção que deram suporte aos valores compensados. Tal justificativa foi demandada no Termo de Intimação Fiscal 02, emitido em 04/07/2011.

Seguem as autuações, conforme o Relatório Fiscal:

(i) AIOP nº. 37.294.537-6, com valor inicial de R\$ 1.111.344,90;

GL1 – GLOSA RETENÇÃO – referente aos valores de retenção que trata o artigo 31 da Lei 8.212 de 24 de julho de 1991, declarados em Guia de Recolhimento do FGTS e Informação à Previdência Social – GFIP, não retidos em época própria e não comprovados os respectivos recolhimentos, nos períodos 07/2006, 09/2006 a 13/2006 (décimo terceiro salário de 2006), 02/2007, 03/2007, 05/2007 e 13/2007 (décimo terceiro salário de 2007).

(ii) AIOA nº. 37.294.538-4, CFL - 78, com valor inicial de R\$ 5.000,00

Auto de Infração - DEBCAD 37.294.538-4 – AI 78 – Apresentar a empresa a declaração a que se refere a Lei 8212/91, art. 32, inciso IV, acrescentado pela Lei 9528/97 e redação da MP 449 de 03/12/2008, convertida em Lei 11941/99, com informações incorretas ou omissas.

A multa aplicada está prevista no inciso I, artigo 32A da Lei 8.212/91, que, na data da autuação, correspondia a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), conforme descrito no Relatório Fiscal da Aplicação da Multa.

(iii) AIOA nº. 37.294.631-6, CFL - 91, com valor inicial de R\$ 1.523,57

Auto de Infração - DEBCAD 37.348.631-6 – AI 91 – Apresentar a empresa o documento a que se refere a Lei 8212/91, art. 32, inciso IV, acrescentado pela Lei 9528/97, em desconformidade com o respectivo Manual de Orientação, conforme Lei 8212/91, art. 32, IV, parágrafos 1 e 3, combinado com o art. 225, IV, do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto 3048/99.

A multa aplicada está prevista nos artigos 92 e 102 da Lei 8.212/91 e parágrafo 3º, caput do artigo 283 e artigo 373 do RPS/1999, que, na data da autuação, correspondia a R\$ 1.523,57 (um mil, quinhentos e vinte e três reais e cinquenta e sete centavos), conforme descrito no Relatório Fiscal da Aplicação da Multa.

(iv) AIOA nº. 37.348.632-4, CFL - 37, com valor inicial de R\$ 1.523,57

Auto de Infração - DEBCAD 37.348.632-4 – AI 37 – Deixar a empresa cedente de mão de obra de destacar onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, conforme dispõe o art. 31, parágrafos 1 e 6, da Lei 8212/91, na redação dada pela Lei 9711/98, com redação da Lei 11941/09, combinado com o art. 219, parágrafo 4, do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto 3048/99.

A multa aplicada está prevista nos artigos 92 e 102 da Lei 8.212/91 e parágrafo 3º, caput do artigo 283 e artigo 373 do RPS/1999, que, na data da autuação, correspondia a R\$ 1.523,57 (um mil, quinhentos e vinte e três reais e cinquenta e sete centavos), conforme descrito no Relatório Fiscal da Aplicação da Multa.

Em relação à comparação de multas, o Relatório Fiscal informa que aplicou a mais benéfica ao contribuinte a partir do quadro comparativo de multas:

Faz parte deste Auto de Infração o relatório “SAFIS – Comparação de Multas”, onde é demonstrado a comparação de multas com o advento da MP 449, de 03 de dezembro de 2008, posteriormente convertida em Lei 11.941/09, de 27 de maio de 2009. De acordo com o Código Tributário Nacional – CTN a lei

aplica-se a fato pretérito quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista em lei vigente ao tempo da sua prática.

A Recorrente teve **ciência dos Autos de infração em 18.07.2011**, conforme Aviso de recebimento - AR às fls. 207.

O **período objeto do auto de infração**, conforme o Relatório Discriminativo do Débito - DD, é de **07/2006, 09/2006 a 13/2006, 02/2007, 03/2007, 05/2007 e 13/2007**.

A **Recorrente apresentou Impugnação tempestiva**, conforme o Relatório da decisão de primeira instância:

A empresa apresentou impugnação, em 17/08/2011, onde informa que optou pelo parcelamento de que trata a Lei 11.941, de 27/05/2009 e requer a possibilidade de inclusão de também esse débito em referido processo de parcelamento.

Volta-se contra a aplicação da multa em valor diferente do que prevê a alínea 'c', inciso I, artigo 35 da Lei 8.212/1991.

Alega que a atividade fiscal não é discricionária e, portanto, a multa que lhe foi imposta está equivocada devendo por isso ser o lançamento anulado.

Pondera que, não sendo anulado o lançamento, deve ser excluído o valor cobrado a maior da multa, pois sua aplicação à taxa de vinte por cento configura-se verdadeiro abuso do poder fiscal.

Entende que a multa de mora e os juros cobrados POSSUEM A MESMA NATUREZA JURÍDICA DE SANÇÕES RESSARCITÓRIAS, não há como se negar que está ocorrendo o chamado BIS IN IDEM, em decorrência da aplicação da mesma PENALIDADE por duas vezes.

Assegura que os juros calculados com base na taxa do SELIC não podem ser aplicados como de mora, vez que essa taxa foi criada para remunerar o capital investido na compra de títulos públicos.

No seu entender a cobrança dos juros calculados com base no SELIC é ilegal, pois não foi criada por lei, mas sim pela Resolução do Banco Central nº 11124/85.

Cita o artigo 13 da Lei 9.065/95, artigo 161 do Código Tributário Nacional- CTN, artigos 150 e 192 da Constituição Federal de 1988, artigo 4º do Decreto 22.626/33, Súmula 121 do Supremo Tribunal Federal, doutrina e jurisprudência para fazer valer sua tese.

O Relatório da decisão de primeira instância, às fls. 296, observa que **a empresa não abordou as infrações lhes imputadas pela lavratura dos autos de infração nº 37.294.5384, 37.348.6316, 37.348.6324 e, tão pouco apresentou impugnações específicas para cada um deles.**

A **Recorrida** analisou a autuação e a impugnação, **julgando procedente a autuação**, nos termos do **Acórdão nº 05-36.447 - 7ª Turma** da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Campinas - SP, conforme Ementa a seguir:

Acórdão 0536.447 7ª Turma da DRJ/CPS

Sessão de 05 de janeiro de 2012

Processo 10932.720083/201151

Interessado LOTUS SERVIÇOS TÉCNICOS LTDA

CNPJ/CPF 49.319.882/000141

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIA

S Período de apuração: 01/07/2006 a 31/12/2007

COMPENSAÇÃO. GLOSA.

Serão glosados os valores compensados indevidamente pelo sujeito passivo.

MATÉRIA NÃO IMPUGNADA. *Consolida-se administrativamente a matéria não expressamente impugnada.*

MULTA DE MORA. *A multa de mora prevista na antiga redação do inciso II do artigo 35 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991 não tem a mesma natureza da multa moratória instituída pelo artigo 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, impedindo que esta retroaja para substituir aquela.*

SELIC. *A utilização da taxa SELIC como juros de mora está determinada por lei, o que impede a autoridade julgadora administrativa de apreciar as alegações de inconstitucionalidade ou ilegalidade.*

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Acórdão

Acordam os membros da 7ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, considerar PROCEDENTE a impugnação apresentada e MANter O CRÉDITO TRIBUTÁRIO ora exigido, por meio dos Autos de Infração nº 37.294.5384, 37.348.6316, 37.348.6324 e 37.294.5376, conforme voto da relatora.

Intime-se para pagamento do crédito mantido no prazo de 30 dias da ciência, salvo interposição de recurso voluntário ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, em igual prazo, conforme facultado pelo art. 33 do Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972, alterado pelo art. 1º da Lei n.º 8.748, de 9 de dezembro de 1993, e pelo art. 32 da Lei 10.522, de 19 de julho de 2002.

Documento assinado digitalmente por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 15/09/2014 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 15/09/2014 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 30/09/2014 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI

Impresso em 02/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

À DRF jurisdicionante, para dar ciência deste acórdão ao sujeito passivo e demais providências.

Inconformada com a decisão de primeira instância, **a Recorrente apresentou Recurso Voluntário**, reiterando os argumentos deduzidos em sede de Impugnação e combatendo a decisão de primeira instância, em apertada síntese:

(i) Solicita a inclusão do débito no parcelamento da Lei 11.941/2009

(ii) Questiona a imposição da multa de 75% sobre o valor do imposto devido - efeito confiscatório da multa

No presente caso, houve imposição de multa de 75% (setenta e cinco por cento) sobre o valor do pretense Imposto devido, conforme se depreende do próprio auto de infração.

"Data vénia", a multa aplicada à base de 75% (setenta e cinco por cento) pela ilustre autoridade fiscal, configura-se num verdadeiro abuso do poder fiscal, na exata medida em que seu montante é excessivo e despropositado.

Nesse passo, a norma insculpida no artigo 150, IV, da Constituição Federal, que veda a utilização de tributo com efeito de confisco está sendo desrespeitada, cabendo, portanto, tanto aos Tribunais Administrativos como aos Judiciais coibir as multas exigidas de efeito confiscatório. Aliás, a jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal é mansa e pacífica neste sentido e determina reduzir as multas excessivas aplicadas pelo fisco.

(...) Impugnante, cumpridora dos seus deveres para com o fisco, ressalta estar plenamente imbuída da consciência cívica e política a que alude o ilustre Professor, porém, no estrito cumprimento de seus deveres, não pode concordar de forma alguma, com a cobrança de multa excessiva e confiscatória a base de 75% do valor principal, pois tal fato não é condizente com a realidade democrática pela qual atravessa o país e, que vai de encontro aos ditames constitucionais.

(iii) Da cobrança concomitante de multa e juros de mora

Além das multas moratórias estão sendo cobrados juros dessa mesma natureza. Tanto uma quanto a outra POSSUEM A MESMA NATUREZA JURÍDICA DE SANÇÕES RESSARCITÓRIAS, não há como se negar que está ocorrendo o chamado BIS IN IDEM em decorrência da aplicação da mesma PENALIDADE por duas vezes, ou seja, pela cobrança de multa

pela mora e juros pela mora que como visto possuem a natureza jurídica e função equivalentes.

(iv) Impossibilidade de aplicação da Taxa SELIC como taxa de juros moratórios

Ainda que fosse possível a cobrança de juros de mora com base na variação da taxa SELIC, o que de fato não pode ocorrer, tendo em vista que a SELIC é taxa de juros remuneratórios, não podendo ser aplicada como juros moratórios. Assim, sua cobrança é totalmente ilegal, tendo em vista que a referida taxa não foi criada por lei, como abaixo restará demonstrado.

Como mencionado anteriormente, a Taxa SELIC foi instituída pela Resolução do Banco Central nº 11124/85, tendo sua definição mais recente sido feita pela CIRCULAR BACEN nº 2900/99. Portanto, toda a definição do que seja a taxa SELIC e como ela está concentrada em meras resoluções do Banco Central, não existindo nenhuma lei que estabeleça o que vem a ser esta Taxa e como ela é composta está concentrada em meras resoluções do Banco Central, não existindo nenhuma lei que estabeleça o que vem a ser esta Taxa e como ela é composta.

Posteriormente, os autos foram enviados ao Conselho, para análise e decisão.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Relator

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação colhida aos autos a partir da data de ciência do Acórdão da decisão de primeira instância e a data de protocolo do Recurso Voluntário.

Avaliados os pressupostos, passo para as Questões Preliminares e ao Mérito.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES

(A) Alegações diversas de inconstitucionalidade.

Analisemos.

Não assiste razão à Recorrente pois o previsto no ordenamento legal não pode ser anulado na instância administrativa por alegações de inconstitucionalidade, já que tais questões são reservadas à competência, constitucional e legal, do Poder Judiciário.

Neste sentido, o art. 26-A, caput do Decreto 70.235/1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências:

“Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 1º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 2º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 3º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 4º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 5º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

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; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)”(gn).

Ademais, há a Súmula nº 2 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente veda ao CARF se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de lei tributária.

Súmula CARFnº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

(B) Preclusão de discussão de matéria não impugnada

Analisemos.

O Relatório da decisão de primeira instância, às fls. 296, observa que **a empresa não abordou as infrações lhes imputadas pela lavratura dos autos de infração nº 37.294.5384, 37.348.6316, 37.348.6324 e, tão pouco apresentou impugnações específicas para cada um deles.**

Nos termos do art. 58 do Decreto 7574/2011 e do art. 17 do Decreto 70235/1972, considera-se não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante. Ou seja, para se discutir as matérias aduzidas pela autuação fiscal, o momento processual adequado é aquele da Impugnação:

Decreto 70235/1972 - Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante

Decreto 7574/2011 - Art.58.Considera-se não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante (Decreto nº 70.235, de 1972, art. 17, com a redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997, art. 67).

Ora, diante do preceituado pelo art. 17, Decreto 70.235/1972, tem-se que a matéria de direito não argüida pela Recorrente em sede de Impugnação ocasiona a preclusão da discussão de matéria de direito neste momento processual do Recurso Voluntário.

Portanto, considera-se ocorrida a preclusão da discussão das matérias elencadas nos autos de infração: (i) AIOA nº. 37.294.538-4, CFL - 78, com valor inicial de R\$ 5.000,00; (i) AIOA nº. 37.294.631-6, CFL - 91, com valor inicial de R\$ 1.523,57; (iii) AIOA nº. 37.348.632-4, CFL - 37, com valor inicial de R\$ 1.523,57.

DO MÉRITO

(i) Solicita a inclusão do débito no parcelamento da Lei 11.941/2009

Analisemos.

A Recorrente deve verificar a possibilidade de adesão a parcelamentos na Unidade da Receita Federal do Brasil de jurisdição do contribuinte, posto que o CARF não é a instância adequada para análise de tal requerimento administrativo.

Diante do exposto, não prospera a argumentação da Recorrente.

(ii) Questiona a imposição da multa de 75% sobre o valor do imposto devido - efeito confiscatório da multa.

No presente caso, houve imposição de multa de 75% (setenta e cinco por cento) sobre o valor do pretense Imposto devido, conforme se depreende do próprio auto de infração.

"Data vénia", a multa aplicada à base de 75% (setenta e cinco por cento) pela ilustre autoridade fiscal, configura-se num verdadeiro abuso do poder fiscal, na exata medida em que seu montante é excessivo e despropositado.

Nesse passo, a norma insculpida no artigo 150, IV, da Constituição Federal, que veda a utilização de tributo com efeito de confisco está sendo desrespeitada, cabendo, portanto, tanto aos Tribunais Administrativos como aos Judiciais coibir as multas exigidas de feição confiscatório. Aliás, a jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal é mansa e pacífica neste sentido e determina reduzir as multas excessivas aplicadas pelo fisco.

(...) Impugnante, cumpridora dos seus deveres para com o fisco, ressalta estar plenamente imbuída da consciência cívica e política a que alude o ilustre Professor, porém, no estrito

cumprimento de seus deveres, não pode concordar de forma alguma, com a cobrança de multa excessiva e confiscatória a base de 75% do valor principal, pois tal fato não é condizente com a realidade democrática pela qual atravessa o país e, que vai de encontro aos ditames constitucionais.

Analisemos.

A Recorrente argumenta que a aplicação da multa de 75% possui efeito confiscatório.

No entanto, compulsando-se os autos, observa-se no Relatório Discriminativo de Débito - DD, às fls. 53 a 55, que na presente autuação fiscal, AIOP nº 37.294.537-6, não foi aplicada a multa de ofício de 75 %.

No mesmo sentido, o Relatório Fundamentos legais do Débito - DD, às fls. 56 a 57, também não apresenta qualquer referência à multa de ofício de 75 %.

Diante do exposto, não prospera a argumentação da Recorrente.

(iii) Da cobrança concomitante de multa e juros de mora

Além das multas moratórias estão sendo cobrados juros dessa mesma natureza. Tanto uma quanto a outra POSSUEM A MESMA NATUREZA JURÍDICA DE SANÇÕES RESSARCITÓRIAS, não há como se negar que está ocorrendo o chamado BIS IN IDEM em decorrência da aplicação da mesma PENALIDADE por duas vezes, ou seja, pela cobrança de multa pela mora e juros pela mora que como visto possuem a natureza jurídica e função equivalentes.

Analisemos.

Em relação aos juros, observa-se do Relatório Fundamentos legais do Débito - DD, às fls. 56 a 57, a correta aplicação nos termos da legislação:

602 - ACRÉSCIMOS LEGAIS - JUROS 602.07 - Competências : 07/2006, 09/2006 a 13/2006, 02/2007 a 03/2007, 05/2007, 13/2007 Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 34 (restabelecido com a redação dada pela MP n. 1.571, de 01.04.97, art. 1., e reedições posteriores ate a MP n. 1.523-8, de 28.05.97, e reedições, republicada na MP n. 1.596-14, de 10.11.97, convertidas na Lei n. 9.528, de 10.12.97); Regulamento da Organização do Custeio da Seguridade Social - ROCSS, aprovado pelo Decreto n. 2.173, de 05.03.97, art. 58 , I, "a", "b", "c", parágrafos 1., 4. e 5. e art. 61, parágrafo único; Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 06.05.1999, art. 239, II, "a", "b" e "c", parágrafos 1., 4. e 7. e art. 242, parágrafo 2.; CALCULO DOS JUROS: JUROS CALCULADOS SOBRE O VALOR ORIGINÁRIO, MEDIANTE A APLICAÇÃO DOS SEGUINTE PERCENTUAIS: A) 1% (UM POR CENTO) NO MÊS SUBSEQÜENTE AO DA COMPETÊNCIA; B) TAXA MEDIA MENSAL DE CAPTAÇÃO DO TESOIRO NACIONAL RELATIVA A DIVIDA MOBILIARIA FEDERAL / TAXA REFERENCIAL DO SISTEMA ESPECIAL DE LIQUIDAÇÃO E

*DE CUSTODIA - SELIC, NOS RESPECTIVOS PERÍODOS; C)
1% (UM POR CENTO) NO MÊS DO PAGAMENTO.*

Por outro lado, em relação aos acréscimos moratórios, deve-se observar o art. 35, Lei 8.212/1991 posto que a autuação principal AIOP nº 37.294.537-6 trata de glosa de compensação indevida e tem como fundamento o art. 89, da Lei 8.212/1991 que limita a multa de mora a 20%, conforme se depreende do Relatório Fundamentos legais do Débito - DD, às fls. 56 a 57:

*705 - **COMPENSAÇÃO INDEVIDA** 705.01 - Competências :
07/2006, 09/2006 a 13/2006, 02/2007 a 03/2007, 05/2007,
13/2007 **Multa de mora (0,33 % ao dia, limitada a 20%) -
compensação indevida - Lei 8212/91 - art. 89, parágrafo 9º:***

Art. 89. As contribuições sociais previstas nas alíneas 'a' 'b' e 'c' do parágrafo único do art. 11, as contribuições instituídas a título de substituição e as contribuições devidas a terceiros somente poderão ser restituídas ou compensadas nas hipóteses de pagamento ou recolhimento indevido ou maior que o devido, nos termos e condições estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

§ 9º Os valores compensados indevidamente serão exigidos com os acréscimos moratórios de que trata o art. 35 desta Lei

Os acréscimos moratórios previstos no art. 35, caput, da Lei 8.212/1991 (na redação dada pela Lei 11.941/2009):

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 nº 11.941, de 2009).

O art. 35, caput, da Lei 8212/91 se refere ao para o art. 61 da Lei 9.430/1996 o qual disciplina a aplicação da multa de mora:

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.(destacamos)

Verificando-se o Relatório Discriminativo de Débito - DD, às fls. 53 a 55, do AIOP nº 37.294.537-6, bem como o Relatório Fundamentos legais do Débito - DD, às fls. 56 a 57, e ainda o quadro comparativo de multas elaborado pela Fiscalização, constata-se que **a Auditoria-Fiscal utilizou no cálculo da multa de mora o previsto no art. 35, lei 8.212/1991, na redação dada pela Lei 11.941/2009, com a limitação da multa de mora a 20 %, nos termos do art. 61 da Lei 9.430/1996.**

Diante do exposto, correta a aplicação dos acréscimos moratórios, não prosperando a argumentação da Recorrente.

(iv) Impossibilidade de aplicação da Taxa SELIC como taxa de juros moratórios

Ainda que fosse possível a cobrança de juros de mora com base na variação da taxa SELIC, o que de fato não pode ocorrer, tendo em vista que a SELIC é taxa de juros remuneratórios, não podendo ser aplicada como juros moratórios. Assim, sua cobrança é totalmente ilegal, tendo em vista que a referida taxa não foi criada por lei, como abaixo restará demonstrado.

Como mencionado anteriormente, a Taxa SELIC foi instituída pela Resolução do Banco Central nº 11124/85, tendo sua definição mais recente sido feita pela CIRCULAR BACEN nº 2900/99. Portanto, toda a definição do que seja a taxa SELIC e como ela está concentrada em meras resoluções do Banco Central, não existindo nenhuma lei que estabeleça o que vem a ser esta Taxa e como ela é composta está concentrada em meras resoluções do Banco Central, não existindo nenhuma lei que estabeleça o que vem a ser esta Taxa e como ela é composta.

Analisemos.

De fato, as contribuições sociais arrecadadas estão sujeitas à incidência da taxa referencial SELIC - Sistema Especial de Liquidação e de Custódia, nos termos do artigo 34 da Lei nº 8.212/91 (na redação à época dos fatos geradores):

Art. 34. As contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo INSS, incluídas ou não em notificação fiscal de lançamento, pagas com atraso, objeto ou não de parcelamento, ficam sujeitas aos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, a que se refere o art. 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, incidentes sobre o valor atualizado, e multa de mora, todos de caráter irrelevável. (Artigo restabelecido, com nova redação dada e parágrafo único acrescentado pela Lei nº 9.528, de 10.12.97). (Revogado pela Medida Provisória nº 449, de 2008) (Revogado pela Lei nº 11.941, de 2009)

Parágrafo único. O percentual dos juros moratórios relativos aos meses de vencimentos ou pagamentos das contribuições corresponderá a um por cento. (Revogado pela Medida Provisória nº 449, de 2008) (Revogado pela Lei nº 11.941, de 2009)

Neste sentido, há a Súmula nº 4 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente estabelece a aplicação da taxa SELIC.

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 são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.*

Nesse contexto, correta a aplicação da taxa SELIC como juros de mora, com fulcro no artigo 34 da Lei nº 8.212/91, na redação anterior à dada pela Lei 11.941/2009.

CONCLUSÃO

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso, **NO MÉRITO, NEGAR-LHE PROVIMENTO**.

É como voto.

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro