



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

Processo nº 11020.722273/2011-58
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2803-002.923 – 3ª Turma Especial
Sessão de 21 de janeiro de 2014
Matéria CP: SALÁRIO INDIRETO: PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS e AUTO DE INFRAÇÃO: GFIP. FATOS GERADORES.
Recorrente TRAMONTINA CENTRAL DE ADMINISTRAÇÃO LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/12/2006 a 01/03/2009

VERBAS PAGAS A TÍTULO DE PLANO DE PARTICIPAÇÃO NOS RESULTADOS. AUSÊNCIA DE REGRAS CLARAS E OBJETIVAS EM RELAÇÃO A PARCELA ADICIONAL PAGA AOS EMPREGADOS COM CARGOS DE CHEFIA E GERÊNCIA, MEDIANTE, EXCLUSIVO, ARBITRÍO DA DIREÇÃO DA EMPRESA. VERBAS PAGAS A TÍTULO DE PLANO DE PARTICIPAÇÃO NOS RESULTADOS EM FAVOR DE CONTRIBUINTE INDIVIDUAIS. VALORES QUE SE REVESTEM DA CARACTERÍSTICA DE VERBA REMUNERATÓRIO DANDO ENSEJO A CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA. A MULTA PUNITIVA POR DESCUMPRIMENTO DE DEVER INSTRUMENTAL DEVE SER APLICADA NOS TERMOS DA LEGISLAÇÃO MAIS BENÉFICA.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do Relator, para determinar a aplicação da multa punitiva benéfica, do artigo 32 - A - I, que foi introduzido pela Lei 11.941/2009, conversão da MP 449/2008, na Lei 8.212/91, em relação ao DEBCAD 37.261.176-7.

(Assinado digitalmente).

Helton Carlos Praia de Lima. -Presidente

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira. - Relator

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

Autenticado digitalmente em 30/01/2014 por EDUARDO DE OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 30/01/2014

por EDUARDO DE OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 03/02/2014 por HELTON CARLOS PRAIA DE LIMA

Impresso em 19/02/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Processo nº 11020.722273/2011-58
Acórdão nº **2803-002.923**

S2-TE03
Fl. 393

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Helton Carlos Praia de Lima, Eduardo de Oliveira, Natanael Vieira Santos, Oseas Coimbra Júnior, Amílcar Barca Teixeira Júnior, Gustavo Vettorato.

CÓPIA

Relatório

O presente Processo Administrativo Fiscal – PAF encerra o Auto de Infração de Obrigação Principal - AIOP - DEBCAD 37.261.061-7, objetiva o lançamento das contribuições sociais previdenciárias decorrente da remuneração paga, devida ou creditada aos trabalhadores da empresa, em razão da Participação nos Lucros ou Resultados – PLR – parte patronal e SAT, bem como o Auto de Infração de Obrigação Principal - AIOP - DEBCAD 37.321.175-9, objetiva o lançamento das contribuições sociais previdenciárias decorrente da remuneração paga, devida ou creditada aos trabalhadores da empresa, em razão da Participação nos Lucros ou Resultados – PLR – parte devida a outras entidade e fundos – terceiros, e, ainda, do o Auto de Infração de Obrigação Acessória - AIOA - DEBCAD 37.321.176-7, CFL.68, em razão de apresentar a empresa o documento a que se refere a Lei 8.212, de 24.07.91, art. 32, inciso IV, parágrafo 3º, acrescentados pela Lei n. 9.528, de 10.12.97, com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, conforme previsto na Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 32, IV, parágrafo 5º., também, acrescentado pela Lei 9.528, de 10.12.97, combinado com o art. 225, IV e parágrafo 4º., do Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 06.05.99, conforme Relatório Fiscal do Auto de Infração – REFISC, de fls. 21 a 44, com período de apuração de 12/2006 a 02/2009, conforme Termo e Início de Procedimento Fiscal - TIPF, de fls. 46 e 47.

O sujeito passivo foi cientificado das autuações, em 29/06/2011, conforme Folha de Rosto do Auto de Infração de Obrigação Principal – AIOP, de fls. 03; 10 e 17, respectivamente.

O contribuinte apresentou petição de defesa com suas razões, as fls. 223 a 253, acompanhada dos documentos, de fls. 254 a 311.

A defesa foi considerada tempestiva, fls. 312 a 314 e 316.

Consta, as fls. 315, Termo de Apensação (1), onde consta que a este processo foi juntado por apensação o PROCESSO: 11020.722426/2011-67.

O órgão julgador de primeiro grau emitiu o Acórdão Nº 10-41.629 - 6ª, Turma DRJ/POA, em 29/11/2012, fls. 317 a 337.

No qual a impugnação foi considerada improcedente.

O contribuinte tomou conhecimento desse decisório, em 20/02/2013, conforme AR, de fls. 346.

Irresignado o contribuinte impetrou o Recurso Voluntário, petição de interposição com razões recursais, as fls. 351 a 374, recebido, em 18/03/2013, conforme carimbo de recepção, de fls. 351, acompanhado dos documentos, de fls. 375 a 386.

Mérito.

- que a recorrente promoveu pagamento diferenciado aos seus empregados com cargo de chefia e de gerência, mas tais pagamentos foram realizados dentro da lei e oferecidos a todos os trabalhadores e observando suas políticas meritocrática, incluindo-se está no artigo 28, § 9º, “j”, da Lei 8.212/91, uma vez que os pagamentos não possuem natureza salarial estão excluídos da incidência previdenciária, cita doutrina e o STJ;
- que tais pagamentos são incertos e eventuais e assim se conformam ao artigo 28, § 9º, “e”, “7”, da Lei 8.212/91, pois a recorrente pode não alcançar seus objetivos, estando os pagamentos previsto na cláusula 3.4.1 do acordo firmando entre a comissão de empregados e a empresa, possuindo este regras claras e objetivas;
- que o pagamento de valores diferenciados está previsto nos acordos de 2006/2007 - entre 0,5 e 4 vezes o valor do salário base do empregado, bem como a comissão autorizou tal pagamento diferenciado nos acordos de 2002/2007 e não em 28/08/2008 como alega o fisco, conforme termo de declaração;
- que cargos idênticos exercidos em setores ou seções diferentes podem corresponder a salários diferentes, o que se reflete no PPR, pois empregados com salários diferentes recebem uma participação igual ao seu salário mensal, mas que dezessete colaboradores recebem um tratamento e participação diferenciada, o que se explicará;
- que não há tratamento diferenciado, pois todos com cargo, função e responsabilização idêntica têm o mesmo tratamento, o contrário não premiaria o mérito, pois as pessoas que mais se empenham, possibilitam maiores resultados e possuem maiores responsabilidades têm maiores méritos, cita decisão da DRJ/RJ1 Acórdão 12-36.214 onde a fazenda reconhece que a recorrente não violou a lei, o que enfraquece a autuação, devendo esta ser afastada;
- que os ditos programas passaram pela aprovação dos sindicatos, estando o programa de acordo com o artigo 7º, XI; 195, I e 201, § 4º, d a CF/88 c/c o artigo 28, § 9º, “j”, da Lei 8.212/91 e da Lei 10.101/2000, cita doutrina;
- que a cobrança de contribuição do PPR dos diretores/administradores, também, não prospera, uma vez que estas não ostentam natureza salarial, sendo inconstitucional a sua exigência, cita doutrina
- que o artigo 12, I, “a”, da Lei 8.212/91 define os segurados obrigatórios empregados, o RPS faz o mesmo, cita a CLT e o enunciado 229 do TST, estando equivocada a decisão recorrida ao dizer que incide a contribuição por não serem os diretores empregados, cita decisão do TRF4, não havendo ilegalidade na participação destes no plano PLR;

- que os juros não podem ser mantidos da forma como estabelecidos, pois o artigo 34, da Lei 8.212/91 foi revogado pela MP 449/2008, além do que a SELIC não se aplica, pois contém índice de atualização, cita doutrina;
- que os juros moratórios não podem ser mantidos, pois o artigo 36, da Lei 8.212/91 foi revogado, não podendo haver, também, a incidência de juros sobre as multas de ofício aplicadas, como decidido pelo CARF;
- que não havendo a prática de nenhuma ilegalidade pela recorrente, deve ser reconhecida a inexistência de imposição legal dos pretensos fatos geradores como base de cálculo, bem como a desnecessidade de declará-los em GFIP;
- Ao final espera a recorrente: a) recebimento do recurso; b) devendo este ser conhecido e provido, reconhecendo-se que nada deve a recorrente.

A autoridade preparadora considerou o recurso tempestivo, fls. 391.

Os autos subiram ao CARF, fls. 391.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo de Oliveira.

O recurso voluntário é tempestivo e considerando o preenchimento dos demais requisitos de sua admissibilidade ele merece ser apreciado.

Ficou demonstrado de forma clara, objetiva e evidente que a empresa apesar de instituir um plano de participação nos resultados estabeleceu neste regras diferenciadas para pagamento adicional a seus empregados com cargo de chefia e gerência, pagamento adicional este que não se submetia as regras da Lei 10.101/2000, mas sim a critérios subjetivos da diretoria da empresa por ocasião do pagamento, conforme consta do subitens 6.1.3.1.1.4 a 6.1.3.1.1.7.6, do REFISC, de fls. 21 a 44, observe-se o que diz a DRJ sobre o assunto.

No caso dos autos o pagamento dos valores diferenciados a empregados, a título de participação nos lucros ou resultados, está previsto na *cláusula 3.4.1 dos instrumentos de acordos coletivos* pactuados entre a empresa e os empregados. Segundo esta cláusula, o valor a ser distribuído aos empregados ocupantes de cargos de chefia e gerência está delimitado num intervalo que varia entre 0,5 (zero vírgula cinco) e 4 (quatro) vezes o valor do padrão de salário base do beneficiário.

A leitura da cláusula 3.4.1 dos instrumentos de acordo denota a subjetividade no pagamento dos valores, sem estabelecer claramente o valor a ser pago e os critérios para tanto. Mesmo oferecendo um parâmetro de valores, através da fixação de intervalo de variação (com limite mínimo e máximo), a referida cláusula ainda assim não atende à clareza e objetividade exigidas pela lei, pois não define os critérios para a própria fixação do valor a ser pago, por exemplo.

Intimada a prestar esclarecimentos acerca dos critérios utilizados para o pagamento do valor diferenciado, a empresa se manifestou dizendo que o procedimento é decorrente de sua *política remuneratória meritocrática*.

Como se vê a regra é genérica e imprecisa. O critério carece de transparência e de objetividade. Não se sabe o que é esperado dos trabalhadores. Também não se tem elementos para verificar o cumprimento do que foi acordado.

Não há regras claras e objetivas quanto à fixação dos direitos substantivos da participação e das regras adjetivas. Nem mecanismo de aferição das informações pertinentes ao cumprimento do acordado, demonstrando a ausência de regras claras e objetivas para conhecimento prévio das partes quanto a seus direitos e obrigações. Verifica-se, portanto, que com relação aos empregados ocupantes de cargos de chefia não foram cumpridas as exigências do § 1º do art. 2º da Lei nº 10.101/2000 em razão do desconhecimento dos requisitos, metas e critérios para alcançar o pagamento relativo ao valor diferenciado, além da indefinição do *quantum* devido.

Observa-se ainda em relação à cláusula 3.4.1 dos instrumentos de acordo da impugnante – que define a participação diferenciada, que ela está recheada de expressões imprecisas e incertas, que geram dúvidas e incertezas também em relação à ocorrência do pagamento da referida verba (“...*poderá ocorrer pagamento do valor da participação nos resultados de forma diferenciada*...” ou “... *no caso da empresa utilizar-se desta prerrogativa*...”), de quais empregados ocupantes das funções de comando serão contemplados com a verba (“... *a empresa definirá a diferenciação dirigida às funções de comandos*,...), e quais as funções de comando que serão contempladas (“... *dentre as hierarquias que decidir*”), demonstrando a ausência de regras claras e objetivas e, por consequência, a subjetividade do procedimento, norteadas unicamente pela vontade do sujeito passivo.

Assim sendo, com esses esclarecimentos fica evidente que a verba paga não atende aos requisitos do artigo 28, § 9º, alínea “e”, item “7”, da Lei 8.212/91, haja vista que pago em desacordo com a lei de regência da matéria Lei 10.101/2000.

Os pagamentos não são incertos e nem eventuais, pois é da natureza dos mesmos que se atinja a determinados parâmetros e metas para o seu recebimento, mas uma vez atingidos tais objetivos, o pagamento é obrigatório, bem como não é eventual, pois cuida-se de um direito incorporado ao patrimônio do trabalhador que não pode ser suprimido.

A previsão do pagamento adicional no acordo do plano de participação nos resultados é irrelevante se este viola as determinações legais para a espécie, sendo aplicável no caso o artigo 123, *caput*, da Lei 5.172/66.

A alegação de que empregados com mesmo cargo, mas que atuem em setores ou seções diferentes podem corresponder ao recebimento de salários diferentes, viola o direito dos trabalhadores e a CLT, que em seu artigo quinto diz: "Art. 5º - A todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo." . Aliás, a doutrina e a jurisprudência sobre equiparação salarial não deixam dúvidas sobre isso, observe-se.

*Assim, para a configuração da equiparação salarial mister se faz o atendimento dos seguintes requisitos: (a) identidade de funções; (b) trabalho de igual valor; (c) mesma localidade; (d) mesmo empregador; (e) simultaneidade na prestação do serviço; (f) inexistência de quadro organizado em carreira.*¹

Processo: 14. 0001390-82.2011.5.03.0075 RO (01390-2011-075-03-00-2 RO)

Órgão Julgador: Oitava Turma Relator: Marcio Ribeiro do Valle

Revisor: Denise Alves Horta

Vara de Origem: 1ª. Vara do Trabalho de Pouso Alegre

Publicação: 06/03/2012

Divulgação: 05/03/2012. DEJT. Página 132. Boletim: Não.

EMENTA: EQUIPARAÇÃO SALARIAL. REQUISITOS. O artigo 461 da CLT assegura o pagamento de salário igual a todos os empregados que, prestando serviços ao mesmo empregador e na mesma localidade, desempenhem funções idênticas, com a mesma produtividade e perfeição técnica, desde que a diferença de tempo de serviço na função entre eles não ultrapasse dois anos. A teor do estipulado no item VIII da Súmula 06 do C. TST, em matéria de equiparação salarial, cabe ao empregado a prova do fato constitutivo de seu direito, qual seja, a identidade de funções exercida entre ele e o paradigma citado. Se, no caso dos autos, o Reclamante se desincumbiu de seu ônus a contento, eis que restou comprovada a identidade funcional com o paradigma apontado, não apresentando a Reclamada prova dos fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito à equiparação salarial, impõe-se manter a sentença que acolheu a pretensão equiparatória.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Recursos Ordinários, interpostos em face de decisão proferida pelo douto Juízo da 1ª Vara do Trabalho de Pouso Alegre, em que figuram, como Recorrentes, MEDABIL SISTEMAS CONSTRUTIVOS S.A. e RAFAEL NUNES PEREIRA, e, como Recorridos, OS MESMOS. (o grifo é meu).

Assim um eventual e suposto não cumprimento de obrigações trabalhistas não justifica o não cumprimento das obrigações tributárias.

Ademais, a existência ou não de salários diferentes em razão da mesma função é irrelevante para a solução do presente caso, valendo o mesmo entendimento para o tratamento diferenciado para dezessete trabalhadores, pois não é a existência de salários diferenciados e sim o pagamento de PLR diferenciado e em desacordo com a lei, que deu ensejo ao lançamento, devido a ausência de critérios claros e objetivos no acordo do PLR em

¹ Martins, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 15ª Edição. Editora Atlas. São Paulo. 2002. páginas 276.

relação ao acréscimo em favor desses profissionais, que segundo a autoridade lançadora ficou submetido completa e exclusivamente aos critérios e arbítrio da empresa e nada mais, conforme trecho do REFISC transcrito acima.

A decisão da DRJ/RJ1 não se aplica ao caso, pois não há identidade jurídica entre os casos tratados, naquela decisão cuidou-se de dedução de custos operacionais para definição do lucro em razão da apuração do IRPJ e no presente de verbas que integram ou não da base de cálculo da contribuição social previdenciária.

A aprovação do sindicato da categoria profissional em relação ao acordo do PLR em nada implica que este esteja dentro das regras e normas que regem a tributação, pois aquela entidade não detém competência legal sobre esta matéria, sendo isso irrelevante, pois a função do sindicato é proteger e privilegiar o direito do trabalhador e não definir e determinar norma ou regra de tributação. Aliás, como já esclarecido anteriormente aplica-se aqui o artigo 123, *caput*, da Lei 5.172/66.

Nos termos da legislação a seguir colacionada não cabe a este órgão se pronunciar sobre inconstitucionalidade de lei.

Os agentes da Administração devem obediência ao artigo 37, *caput*, da CRFB/88 c/c o artigo 116, III, da Lei 8.112/90 c/c o artigo 26 – A, do Decreto 70.235/72 introduzido pelo artigo 25, da Lei 11.941/2009.

Além do que, no CARF a questão está inserida na Portaria MF 256/2009 Regimento Interno do CARF, artigo 62, abaixo transcrito, estando tal matéria sumulada no âmbito desse colegiado.

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.

Súmula CARF nº 2:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

A interpretação do termo lei, aqui deve ser restritiva e não ampliativa, pois a CRFB/88 diz que o Supremo Tribunal Federal – STF é o seu guardião.

O agente lançador e o órgão julgador *a quo* deixaram claro que em relação as competências 01/2007; 01/2008 e 01/2009 foi exigida contribuição previdenciária em relação, respectivamente, aos Senhores Clovis Tramontina; Eduardo Scomazzon e Ildo Paludo - Clovis Tramontina; Eduardo Scomazzon; Ildo Paludo; Inácio Chies e Joselito Gusso, e por fim - Clovis Tramontina; Eduardo Scomazzon; Ildo Paludo; Inácio Chies e Joselito Gusso, uma vez que todos se enquadram na condição de contribuintes individuais, pois são sócios da recorrente, o que fica evidente e comprovado pela alteração nº 07, do Contrato Social da empresa, conforme fls. 100 a 106, sendo que a regra de isenção do artigo 28, § 9º, alínea “e” item “7”, aplica-se, exclusivamente, aos empregados e não aos contribuintes individuais.

A própria decisão do TRF4 suscitada e transcrita pela recorrente deixa isso claro veja a passagem abaixo.

4. A participação nos lucros paga ao diretor não empregado integra o salário-de-contribuição. O mesmo sucede em relação ao diretor empregado, se o mesmo, quanto à participação nos lucros, goza de situação privilegiada em relação aos demais empregados.

A citação acima esclarece a questão em relação ao diretor não empregado a participação nos lucros é salário de contribuição e quanto ao diretor empregado, também, será, sua participação no lucro, base de cálculo da contribuição, se este estiver em posição de vantagem em relação aos demais trabalhadores, sendo justamente isso o que a recorrente advogou o tempo todo.

A revogação do artigo 34, da Lei 8.212/91 pela MP 449/2008, convertida na Lei 11.941/2009 em nada afeta a aplicação de juros no lançamento tributário, uma vez que a mesma lei alterou a redação do artigo 35 e introduziu o artigo 35 - A, na Lei 8.212/91 e estes se reportam, respectivamente, ao artigo 61 e ao artigo 44, da Lei 9.430, sendo que o primeiro prevê a aplicação de multa moratória e juros de mora (SELIC) e o segundo a substituição da multa moratório por multa de ofício, quando o lançamento se der pelo fisco.

A utilização da taxa SELIC é absolutamente admitida e normal na esfera tributária.

O artigo 35, da Lei 8.212/91, assim o determina, bem como é admitida pela Súmula 4 do CARF e pelos nossos tribunais superiores – STJ e STF.

Aliás, o próprio CARF tem Súmula sobre o assunto.

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.*

O STJ assim se posiciona, sendo inclusive compatível com o artigo 161, § 1º da Lei 5.172/66 para este tribunal superior.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. AFERIÇÃO DA NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. ANÁLISE DOS REQUISITOS FORMAIS DA CDA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. PAGAMENTO NÃO EFETUADO. NÃO OCORRÊNCIA DE DENÚNCIA ESPONTÂNEA. TAXA SELIC. LEGALIDADE. PRECEDENTE REGIDO PELA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C, DO CPC. 1. "Avaliar a necessidade da produção de prova pericial atrai o óbice contido na Súmula 7/STJ, haja vista tal providência demandar o revolvimento do substrato fático-probatório permeado nos autos" (AgRg no Ag 989.493/SP, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 23/06/2008). 2. A investigação acerca do preenchimento dos requisitos formais da CDA que aparelha a execução fiscal demanda, necessariamente, a revisão do substrato fático-probatório contido nos autos, providência que não se coaduna com a via eleita, conforme vedação expressa da Súmula 7/STJ. 3. É inaplicável o benefício do art. 138 do CTN ao tributo confessado e não-pago pelo contribuinte. 4. **A Primeira Seção desta Corte, quando do julgamento do REsp. n. 1.111.175/SP,**

de relatoria da Ministra Denise Arruda, pacificou entendimento, pela sistemática do art. 543-C, do CPC, no sentido da legalidade da Taxa Selic, a qual incide sobre o crédito tributário a partir de 1º.1.1996 - não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária - tendo em vista que o art. 39, § 4º da Lei n. 9.250/95 preenche o requisito do § 1º do art. 161 do CTN. 5. O presente agravante regimental tratou, também, de questões diversas daquelas pacificadas em sede de recurso repetitivo, pelo que deixo de aplicar a multa prevista no § 2º do art. 557 do CPC. 6. Agravo regimental não provido. (AGA 200900895519, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, 28/09/2010) (grifo meu).

A SELIC em recente julgamento do STF no sistema da Repercussão Geral Tema nº 214, no RE 212.209, em 08/06/2011, foi considerada cabível e compatível com a seara tributária, conforme sua página de notícias, assim pensa, também, o STJ, observe-se os textos.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (SFT) ratificou, ontem, quarta-feira (18), por maioria de votos, jurisprudência firmada em 1999, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 212209, no sentido de que é constitucional a inclusão do valor do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual, Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) na sua própria base de cálculo.

A decisão foi tomada no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 582461, interposto pela empresa Jaguary Engenharia, Mineração e Comércio Ltda .contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP), que entendeu que a inclusão do valor do ICMS na própria base de cálculo do tributo – também denominado “cálculo por dentro” – não configura dupla tributação nem afronta o princípio constitucional da não cumulatividade.

No caso específico, a empresa contestava a aplicação, pelo governo de São Paulo, do disposto no artigo 33 da Lei paulista nº 6.374/89, segundo o qual o montante do ICMS integra sua própria base de cálculo.

*Súmula Em 23 de setembro de 2009, o Plenário do STF reconheceu **repercussão geral** à matéria suscitada no RE. Após a decisão do RE, o presidente da Corte, ministro Cezar Peluso, propôs que fosse editada uma súmula vinculante para orientar as demais cortes nas futuras decisões de matéria análoga. Assim, uma comissão da Corte vai elaborar o texto da súmula para ser posteriormente submetido ao Plenário.*

O caso A decisão da Justiça paulista afastou a alegação da empresa de que o artigo 13, parágrafo 1º, da Lei Complementar (LC) nº 87/96 (que prevê a inclusão do valor do ICMS na sua própria base de cálculo), bem como o artigo 33 da lei paulista nº 6.374/89, no mesmo sentido, conflitariam com a Constituição

Federal (CF) no que diz caber a lei complementar definir os fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes dos impostos.

Considerou legítima, ainda, a aplicação da taxa Selic e da multa de 20% sobre o valor do imposto corrigido. (grifos meus).

Esta casa de justiça vem assim decidindo.

EMBARGOS DECLARATÓRIOS – ESCLARECIMENTOS. Em se tratando de situação concreta a reclamar esclarecimentos, impõe-se prover os declaratórios sem o empréstimo de eficácia modificativa. TAXA SELIC – DÉBITO TRIBUTÁRIO. O Tribunal, na sessão plenária de 18 de maio de 2011, apreciando o Recurso Extraordinário nº 582.461/SP, assentou a legalidade da aplicação da taxa Selic para fins tributários. (AI 760894 AgR-ED, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 03/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-084 DIVULG 30-04-2012 PUBLIC 02-05-2012 RET v. 15, n. 85, 2012, p. 139-141) (realce meu)

O artigo 36, da Lei 8.212/91 foi revogado a muito pela Lei 8.218/91, passando tal assunto a ser disciplinado pela MP 1.571/97 e suas reedições até sua conversão na Lei 9.528/07 a disciplinar o juro moratórios, sendo impertinente a alegação da recorrente.

Além do que, deve-se observar a legislação de regência do lançamento, haja vista que esta nos termos do artigo 144, *caput*, da Lei 5.172/66 se reporta a data da ocorrência do fato gerador e o presente crédito tem contribuições para os anos de 2007 e 2008 época em que os dispositivos legais estavam em vigor, pois alterados apenas em 12/2008, assim só se aplicariam a contribuição da competência 01/2009 ou retroativamente se mais benéficos artigo 106, II, “c”, da Lei 5.172/66.

Não há a incidência de juros sobre multa de ofício, basta ver os lançamento *de per si* para o DEBCAD 37.261.061-7, o relatório Fundamentos Legais do Débitos – FLD, de fls. 06 a 08, nas rubricas “601 - ACRÉSCIMOS LEGAIS – MULTA” e “602 - ACRÉSCIMOS LEGAIS – JUROS” esclarecem a questão, basta ler os tópicos.

No que tange ao DEBCAD 37.261.175-9, o relatório Fundamentos Legais do Débitos – FLD, de fls. 13 a 15, nas rubricas “601 - ACRÉSCIMOS LEGAIS – MULTA” e “602 - ACRÉSCIMOS LEGAIS – JUROS” esclarecem a questão, basta ler os tópicos.

Relativamente, ao DEBCAD 37.261.176-7, por tratar-se de multa punitiva por descumprimento de dever instrumental, ou seja, obrigação acessória lei estabelece se patamar, o que esta devidamente esclarecido no item 6.2.1.5, do REFISC, fls. 40 e 41.

Assim, não há aplicação de juros sobre multa de ofício.

Todavia, a multa do DEBCAD 37.261.176-7 foi aplicada nos termos da legislação em vigor à época do fato gerador, artigo 32, §§ 4º e 5º, da Lei 8.212/91, na redação da Lei 9.876/99.

Contudo, o artigo 32 – A - I, foi introduzido pela Lei 11.941/2009, conversão da MP 449/2008 passando a ser mais benéfico e, assim, deve ser aplicado, em respeito ao artigo 106, II, “c”, da Lei 5.172/66.

Assim com esses esclarecimentos rejeito todas as alegações de mérito, suscitadas pela recorrente, mas de ofício reconheço a aplicação da multa punitiva benéfica como esclarecido.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto voto por conhecer do recurso, para no mérito dar-lhe provimento parcial, para determinar a aplicação da multa punitiva benéfica, do artigo 32 – A - I, que foi introduzido pela Lei 11.941/2009, conversão da MP 449/2008, na Lei 8.212/91, em relação ao DEBCAD 37.261.176-7.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira.