



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

Processo nº 11020.724421/2012-50
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2803-003.317 – 3ª Turma Especial
Sessão de 14 de maio de 2014
Matéria CP: REMUNERAÇÃO DE SEGURADOS: PARCELAS EM FOLHA DE PAGAMENTO e SEGURO DE ACIDENTES DO TRABALHO – SAT/GILRAT/ADICIONAL e CONTRIBUINTE INDIVIDUAL e TERCEIROS.
Recorrente METALÚRGICA ENGATCAR LTDA E OUTROS.
Recorrida FAZENDA NACIONAL.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/2007 a 01/01/2009

LANÇAMENTO FUNDADO EM ROBUSTO CONJUNTO PROBATÓRIO. AUSÊNCIA DE PRESUNÇÃO E ARBITRAMENTO. BASE DE CÁLCULO. SALÁRIO EM FOLHA DE PAGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE AVALIAÇÃO CONTRADITÓRIA. HIPÓTESE SEM PREVISÃO LEGAL. PERÍCIA CONTÁBIL. INDEFERIMENTO. POSSIBILIDADE. PRAZO DE DEFESA. EXPIRAÇÃO SEM QUE O CONTRIBUINTE DEMONSTRASSE E PROVASSE A EXISTÊNCIA DE ERROS NA BASE DE CÁLCULO E NA APROPRIAÇÃO DE PAGAMENTOS ANTERIORES AO LANÇAMENTO. PERÍCIA QUE VISA BUSCAR DISCUTIR MATÉRIA ULTRAPASSADA. PERÍCIA É MEIO DE PROVA A POSSIBILITAR O JULGADOR ATINGIR O SEU LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. CUIDANDO-SE DE PROVIDÊNCIA INÚTIL E DESNECESSÁRIA, QUANDO JÁ CONVENCIDO E QUANDO A PROVA PODIA TER SIDO FEITO POR OUTRO MEIO EM OUTRO MOMENTO. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA E DEVIDO PROCESSO LEGAL ATENDIDOS. TODOS OS PRAZOS E MEIOS FORAM OFERTADOS. USÁ-LOS OU IGNORÁ-LOS É PRERROGATIVA DO CONTRIBUINTE. RECONHECIMENTO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA SEARA ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE. ENTRETANTO A CONSTITUCIONALIDADE PODE SER CONHECIDA. INCRA. SEBRAE E SELIC. PERFEITAMENTE EXIGÍVEIS E APLICÁVEIS. APLICAÇÃO DA MULTA DE MORA ANTIGA, CASO MAIS BENÉFICA. O QUE DEVE SER VERIFICADO NA ÉPOCA DO PAGAMENTO, PARCELAMENTO OU EXECUÇÃO.

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. A multa a ser aplicada, no período suscitado, é a do artigo 35, da Lei 8.212/91, na redação da Lei 9.876/99, ou seja, a multa sobre a contribuição exigida variaria de 24% a 100% a depender da fase do processo administrativo, salvo se a multa chegar a 80%, na fase de execução fiscal, ainda, que não citado o devedor, desde que não houvesse parcelamento, uma vez que nesta situação a multa do artigo 35 - A, da Lei 8.212/91 na redação da Lei 11.941/2009, passa a ser a mais benéfica, hipótese esta que deve ser aplicada, nos termos do artigo 106, II, "c", da Lei 5.172/66, tudo a depender da época do pagamento, parcelamento ou execução. Vencido o Conselheiro Helton Carlos Praia de Lima quanto à multa aplicada.

(Assinado digitalmente).

Helton Carlos Praia de Lima. -Presidente

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira. - Relator

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

Relatório

O presente Processo Administrativo Fiscal – PAF encerra o Auto de Infração de Obrigação Principal – AIOP - DEBCAD 37.380.875-5, objetivando exigir a contribuição social previdenciária decorrente da remuneração paga, devida ou creditada, aos trabalhadores da categoria de empregados, parte patronal e SAT/RAT, além da parte patronal em relação aos contribuintes individuais, bem como o Auto de Infração de Obrigação Principal – AIOP - DEBCAD 37.380.876-3, objetivando exigir as contribuições para outras entidade e fundos – terceiros em razão da remuneração paga, devida ou creditada aos trabalhadores da categoria de empregados, conforme Relatório Fiscal do Processo Administrativo Fiscal – PAF, de fls. 29 a 83, com período de apuração de 07/2007 a 12/2008, conforme Termo de Início de Procedimento Fiscal - TIPF, de fls. 1.145 e 1.146.

O sujeito passivo foi cientificado dos lançamentos, em 07/12/2012, conforme Folhas de Rosto do Auto de Infração de Obrigação Principal – AIOP, de fls. 03 e 19.

A Metalúrgica Engatcar Ltda apresentou sua defesa/impugnação, petição com razões impugnatórias, acostada, as fls. 1.175 a 1.256; 1.270 a 1.46, recebida, em 07/01/2013, conforme carimbo de recepção, de fls. 1.175; 1.270, estando acompanhada dos documentos, de fls. 1.257 a 1.267; 1.347 a 1.357.

A Engatsul Indústria Metalúrgica Ltda apresentou sua defesa/impugnação, petição com razões impugnatórias, acostada, as fls. 1.360 a 1.436, estando acompanhada dos documentos, de fls. 1.437 a 1.448.

A pessoa física Jorge Constante Tomé apresentou sua defesa/impugnação, petição com razões impugnatórias, acostada, as fls. 1.451 a 1.527, recebida, em 07/01/2013, estando acompanhada dos documentos, de fls. 1.528 a 1.530.

A pessoa física Adriano Luiz Tomé apresentou sua defesa/impugnação, petição com razões impugnatórias, acostada, as fls. 1.533 a 1.609, recebida, em 07/01/2013, estando acompanhada dos documentos, de fls. 1.610 a 1.613.

As impugnações foram consideradas tempestivas pela autoridade local, fls. 1615.

O órgão julgador de primeiro grau emitiu o Acórdão Nº 10-45.739 - 7ª, Turma DRJ/POA, em 14/08/2013, fls. 1.616 a 1.639.

As impugnações foram consideradas improcedentes.

Os contribuintes tomaram conhecimento desse decisório, em 21/08/2013, conforme AR, de fls. 1.645; 1.646; 1.647 e 1.648.

Irresignados os contribuintes - Metalúrgica Engatcar Ltda; Adriano Luiz Tomé; Jorge Constante Tomé e Engatsul Indústria Metalúrgica Ltda impetraram Recursos Voluntários, petição de interposição, as fls. 1.651; 1.714; 1.771; 1.825, recebida, em

23/09/2013, e razões recursais acostadas, as fls. 1.652 a 1.698; 1.715 a 1.761; 1.772 a 1.818; 1.826 a 1.872, acompanhada dos documentos, de fls. 1.762 a 1.768; 1.819 a 1.821; 1.873 a 1.885, onde se alega em síntese, o que abaixo segue.

Mérito.

1- da inaplicabilidade de presunções para apuração dos fatos que ensejaram o auto de infração.

- que a utilização de presunção para o lançamento tributário, que levou o fisco e a DRJ a entender haver empreendimento único entre as empresas está equivocado, sendo impossível a utilização da presunção para imputar os atos ilícitos descritos no lançamento, não podendo a Administração presumir a existência de ilícito e depois realizar o lançamento sob este argumento;
- que não pode o fisco desconsiderar a existência da personalidade jurídica de uma empresa legalmente constituída e com atividades já encerradas à época da fiscalização;
- que em 2012 o fisco concluiu pela existência de um só negócio formado pela Engatcar e Engatsul para promover o lançamento tributário, porém a Engatsul estava desativada a dois anos fato não citado na ação fiscal, sendo que nesse tempo a Engatcar expandiu seus negócios e englobou as dependências da Engatsul, o que derruba por terra a tese de empreendimento único do fisco, baseados em meros indícios após anos de encerramento de uma das empresas, presumindo o fisco que em 2007 e 2008 a estrutura era única, sendo irregular e ilegal a desconsideração da autonomia da Engatsul;
- que isso prejudica a defesa do contribuinte que não tem como produzir prova a seu favor, sendo que a ausência de comprovação é vício de motivação do ato administrativo e que prejudica a defesa do contribuinte, pois todos os atos administrativos devem ser motivados, sendo nulo o auto de infração, por ser baseado em mera presunção;

2 – nulidade do procedimento fiscal impossibilidade do arbitramento ou presunção em matéria tributária.

- que o arbitramento ou a presunção só podem ser usada pelo fisco, quando este descaracteriza a escrita fiscal e a contabilidade do contribuinte, mecanismo esse frágil, pois aplicada por um único agente no uso de sua discricionariedade, não se prestando os meios usados pelo fisco para provar que a Engatcar usava a Engatsul para reduzir suas contribuições previdenciárias, nem mesmo a suposta confusão patrimonial, não encontrando guarida no PAF a presunção, pois este deve pautar-se pela verdade material em razão da legalidade e tipicidade, cita PBC e FDPT,

estando o auto lastreado em meras presunções sem comprovação objetiva;

3 – ausência de comprovação da utilização de empresa interposta. Dever da administração de comprovar as alegações.

- que só há obrigação tributária com a ocorrência do fato gerador, não comprovando a intrincada rede de presunções criada pelo fisco a existência de empreendimento único pelas empresas, não comprovando o fisco que as empresas são a “mesma coisa”, não sendo possível exigir as diferenças de contribuição da Engatsul no período do SIMPLES, tendo em vista a não comprovação da ocorrência da obrigação tributária, deixando o fisco de provar suas alegações, cita SAR, não sendo possível exigir tributos por presunção;

4 – nulidade do auto de infração impugnação. Direito à avaliação contraditória. Obrigatoriedade da prova pericial.

- que havendo o lançamento, o contribuinte tem o direito a contestação e a avaliação contraditória dos dados lançados, pois apesar de constar dos autos que os valores recolhidos no sistema SIMPLES foram aproveitados, a recorrente tem o direito de revisar o lançamento devidamente assessorada por profissional habilitado, utilizando, ainda, a perícia postulada para promover uma completa análise das bases de cálculo e lançamentos para verificar se há excessos do fisco no lançamento;
- que com base no contraditório e na ampla defesa, artigo 5º, da CF, o arbitramento unilateral não pode ser aceito, tendo o contribuinte direito as explicações e aditamentos, devendo ser realizada perícia obrigatória para contraprova, pois o contribuinte não concorda com os valores lançados pelo fisco, que é direito subjetivo do contribuinte a avaliação contraditória, não estando esta no poder discricionário do julgador, devendo, ser deferida a perícia de plano sempre que requerida, não podendo esta ser indeferida, pois garantida pelo CTN, devendo ser reformada a decisão *a quo* nesse ponto, lista a finalidade da perícia: i) comprovar a real base de cálculo das operações supostamente irregulares; ii) reapurar o débito em vista das ilegalidades da cobrança aqui apontadas (incidências das contribuições sobre as verbas de caráter indenizatório); iii) verificar a regularidade do abatimento dos valores já recolhidos a título de SIMPLES, sendo a perícia imprescindível;

5 – dos princípios da ampla defesa, do contraditório e devido processo legal.

- que a ampla defesa e contraditório dão suporte a realização da perícia requerida, cita NNJ; AX; PJCJ e ZD, não tendo sido

atendidos, até o momento, os princípios constitucionais citados, sendo imperativa a realização da perícia;

6 – do princípio da verdade material.

- que no processo administrativo fiscal busca-se a verdade material, aproximando-se da verdade e extrapolando os limites dos autos, cita ASC; LHBA; HLM, pois caso não realizada a contraprova requerida o processo ficará comprometido, por ausência de contraditório, ampla defesa e verdade material, uma vez que é dever da Administração buscar a realidade dos fatos, sendo imprescindível a realização da prova técnico-contábil;

7 – possibilidade do enfretamento do argumento de inconstitucionalidade de norma legal.

- que o lançamento deve ser revisto, pois incluído nele valores ilegais e inconstitucionais, podendo os órgãos administrativos decidir com base na inconstitucionalidade, não havendo impedimento para análise dos fundamentos de inconstitucionalidade da contribuição sobre verbas indenizatórias;

8 – da manifesta inconstitucionalidade/ilegalidade da contribuição patronal sobre as verbas tendentes aos auxílio-doença, aviso prévio indenizado, 1/3 de férias e horas extras.

- que nesse tópico o julgador *a quo* é contraditório, pois diz que não se evidência do lançamento a inclusão de tais bases de cálculo e diz ser ônus do contribuinte provar tal fato, estando esta alegação em contradição com o tópico que afasta a realização da prova pericial, ficando evidente que sem a análise técnica nem mesmo a fisco sabe distinguir o que compõe o lançamento, o que demonstra a necessidade da perícia e o excesso do lançamento, pois apenas verbas remuneratórias/salariais e base de cálculo da contribuição e não as indenizatórias, artigo 195, I, “a” da CF e artigo 22, I, da Lei 8.212/91, cita e transcreve o artigo 457, da CLT ;
- que a verba paga em razão do artigo, 7º XVII, da CF é indenizatória não sendo base de cálculo da contribuição previdenciária, o que é reconhecido por nossos tribunais;
- que a verba paga em razão do artigo 7º, XVI, da CF é indenizatória não sendo base de cálculo da contribuição previdenciária, cita IGM e precedente judiciais;
- que o aviso prévio art. 7º, XXI, da CF c/c o artigo 487, da CLT irrefutavelmente possui natureza indenizatório e assim não é base de cálculo da contribuição social previdenciária;
- que os valores pagos nos quinze dias iniciais de afastamento do trabalhador não é salário e assim não pode sofrer a tributação da

contribuição social previdenciária, uma vez que não retribui o trabalho

9 – da flagrante ilegalidade e inconstitucionalidade das contribuições ao INCRA e ao SEBRAE.

- que por serem CIDE deveriam as contribuições obedecer as disposições do art. 149, § 2º, III, da CF, tendo como base de cálculo a folha de salários, mas como incidem sobre o faturamento, receita bruta ou valor operação, são claramente inconstitucional em razão da EC 33/2001, devendo serem excluídas;

10 – inaplicabilidade da multa qualificada. Ausência de comprovação válida de conduta dolosa pela contribuinte.

- que são desnecessários novos argumentos, pois analisada a constitucionalidade das normas e a inviabilidade do lançamento feito por presunção, o resultado será invariavelmente, a nulidade da multa;

11 – inaplicabilidade da taxa SELIC aos débitos ora exigidos como juros de mora, nos períodos em que superior a 1%. Limitação dos juros de mora dada pelo artigo 161 do CTN.

- que a DRJ não enfrentou este tópico, porém a aplicação da SELIC é ilegal, pois o artigo 161, § 1º, do CTN determina que o juros seja de 1% e caso mantido o lançamento no mínimo deve ser excluída a SELIC quando ultrapassar o percentual citado;
- Dos pedidos e requerimentos: a) que seja dado integral provimento ao recurso, visando desconstituir os autos de infração combatidos; b) reforma da decisão *a quo*.

1.887. A autoridade preparadora reconheceu a tempestividade dos recursos, fls.

Os autos foram remetidos ao CARF/MF, despachos de fls. 1.887.

fls. 1.888. Os autos foram sorteados e distribuídos a esse conselheiro, em 21/11/2013,

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.

Delimitação da lide.

Os quatro recursos apresentados pelos recorrentes empresas Metalúrgica Engatcar Ltda e Engatsul Indústria Metalúrgica Ltda e pessoa física Jorge Constante Tomé e Adriano Luiz Tomé serão analisados em conjunto.

Prejudicial ao mérito.

Não cabe ao julgador administrativo pronunciar-se sobre questões de inconstitucionalidade ante a expressa vedação legal, abaixo transcrita.

Decreto 70.235/72

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)

RICARF PT/MF 256/2009

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 razão é muito simples no Poder Executivo – Administração Pública vige o princípio da hierarquia e quem exerce sua chefia máxima é o Senhor Presidente da República, a quem a Constituição da República Federativa do Brasil atribui em primeiro mão a competência de por intermédio da sanção em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional, introduzir a norma no mundo jurídico, dando-lhe existência, estipulando sua vigência e atribuindo-lhe eficácia.

Logo, não é cabível que um servidor que lhe é subordinado e subalterno e lhe deve obediência, possa desfazer de um ato da maior autoridade do Poder Executivo, pois assim estaríamos subvertendo o regime.

Além do que, a própria CRFB/88 no artigo 102, caput, estabeleceu que o seu guardião é o Supremo Tribunal Federal – STF.

Assim cabe exclusivamente ao órgão maior do judiciário brasileiro o controle concentrado de constitucionalidade da leis e aos demais órgãos do judiciário o difuso.

A CRFB/88 não atribui competência para órgão julgador administrativo seja ele qual for, exercer o controle de constitucionalidade das leis.

Ademais, todas as normas que passam pelo processo legislativo constitucionalmente estabelecido gozam de presunção de constitucionalidade e assim devem ser respeitadas, afinal de contas é a própria CRFB/88 em seu artigo 5º, inciso LVII, diz: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”, “mutatis mutandis”, por que condenar a lei antes que o órgão competente o faça.

Assim sendo, todas as argumentações ligadas a questão de inconstitucionalidade, seja em preliminar ou em mérito, não serão apreciadas, ante a vedação legal expressa, que se impõe.

Entretanto, no momento oportuno e nos tópicos próprios a questão de constitucionalidade pode e será apreciada, pois o que se veda é o reconhecimento de inconstitucionalidade da norma tributária no âmbito administrativo.

Mérito.

No presente lançamento não houve a utilização de presunção, mas a demonstração cabal, clara e objetiva da união de esforços de duas empresas, que atuavam em conjunto para obter lucro no mercado, com administração única, utilização do mesmo espaço físico, compartilhamento de empregados, equipamentos, materiais, caixa (dinheiro), bens, serviços públicos, tais como: luz, água, esgoto, telefone entre outros, tudo detalhadamente descrito no REFISC, de fls. 29 a 83 e comprovado nos autos.

Não existe termo legal para que o fisco cumpra com o seu mister, salvo quanto ao direito de realização do lançamento, a possível incidência do marco temporal da decadência.

Assim, cabe, pode e deve o fisco exercer todas as suas prerrogativas previstas em lei para bem desempenhar o seu desiderato.

A fiscalização embora iniciada, em 03/08/2011, conforme, AR, de fls. 1.147, que remeteu o Termo de Início de Procedimento Fiscal – TIPF, de fls. 1.145 e 1.146, e que foi recebido pela Senhora Priscila B. Leite, reporta-se como consta do TIPF ao período de 07/2007 a 12/2008.

Pode-se verificar do que consta do REFISC item 8.2.1 e 8.2.2, que discrimina o quadro societário das duas empresa que na Engatcar a administração do sócio Jorge Constante Tomé abrange o período de 30/09/1986 a (em aberto na época da fiscalização) e para a Engatsul a administração do sócio Adriano Luiz Tomé abrange o período de 23/05/2001 a 08/03/2011, assim sendo fica claro e evidente que as duas empresa tinham existência e estavam em plena atividade no período fiscalizado 07/2007 a 12/2008, sendo irrelevante o fato da empresa Engatsul estar desativada ou encerrada em 2011, quando da efetiva realização do procedimento fiscal.

As provas dos negócios jurídicos e dos elementos com que pretende defender os seus direitos e alegações é ônus do contribuinte, artigo 333, II, da Lei 5.869/73 c/c o artigo 16, § 4º, do Decreto 70.235/72.

O fisco fundamentou e demonstrou o porquê do lançamento e na forma como realizado, estando lastreado em farto conjunto probatório e com supedâneo na legislação que rege a matéria, não havendo lançamento por presunção e não havendo razão para reconhecer a nulidade do lançamento.

Foi demonstrada acima que o presente lançamento não se funda em presunção, pois fundado em vasto conjunto probatório.

A simples observação dos autos e leitura do REFISC, também, demonstra que o lançamento não é baseado em arbitramento, pois este é mera forma de obtenção da base de cálculo do tributo e no presente caso essa técnica não foi utilizada, uma vez que foi empregado o lançamento direito, haja vista que as bases de cálculo foram obtidas nas folhas de pagamento elaboradas e apresentadas pelo contribuinte.

O Relatório de Lançamentos – RL, de fls. 1.064 a 1.071, deixa isso explícito ao dizer no campo observação, o que consta abaixo.

*B.C. REMUNERAÇÃO SEG. EMPREGADOS – RESUMO FL.
PGTO. ENGATSUL*

*B.C. REMUNERAÇÃO SEG. CONTRIB. INDIV. – RESUMO FL.
PGTO. ENGATSUL*

O agente fiscal demonstrou que havia comunhão patrimonial, direção conjunta e unificada, confusão contábil, compartilhamento e troca de vários outros elementos, tais como: empregados, materiais, equipamentos, serviços públicos, despesas e outros, além de endereço comum.

Fez o fisco justamente uso da verdade material e da essência sob a forma para no curso da ação fiscal determinar os reais agentes e negócios praticados, veja a transcrição do REFISC.

12. Assim, em virtude de todo o exposto e em respeito ao Princípio da Verdade Material e pelo poder dever de buscar o ato efetivamente praticado pelas partes, a Administração, ao verificar a ocorrência de fato gerador, pode superar o negócio jurídico para aplicar a lei tributária aos verdadeiros participantes do negócio.

Ficou superada a muito neste acórdão a questão da inexistência de lançamento por presunção, bem como está demonstrado a ocorrência do fato gerador, pois a utilização de trabalhadores empregados e contribuintes individuais é inconteste no presente caso.

O fisco nunca asseverou que as empresas Engatcar e Engatsul são a mesma coisa, mas apenas e tão somente disse o que a seguir transcrevo.

13.1. Embora sob o aspecto formal constituam empresas distintas, a estreitíssima relação existente entre a ENGATCAR e

a ENGATSUL, por tudo quanto exposto, caracterizam-nas, de fato, como um único empreendimento, de que decorre a solidariedade passiva, a teor das seguintes disposições legais contidas no Código Tributário Nacional - CTN, art. 124, inciso I; Lei nº 8.212, de 1991 e Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 3º, incisos II e III; Instrução Normativa RFB nº 971/2009, art. 152, VII.

13.2. Tal organização societária, em separado, teve como intuito permitir que as receitas auferidas por parcela do empreendimento fossem tributadas de acordo com a sistemática diferenciada e favorecida dispensada às microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo SIMPLES. Entre todos os benefícios, no entanto, o principal e mais vantajoso foi o de evitar o recolhimento das contribuições patronais integrais sobre a folha de pagamentos dos segurados que, apenas formalmente, encontravam-se vinculados a ENGATSUL, optante pelo SIMPLES – cota patronal, contribuição para financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho e contribuições destinadas a Outras Entidades e Fundos.

A avaliação contraditória é instrumento de contestação admitido pelo artigo 148, da Lei 5.172/66, quando o fisco usa do arbitramento para calcular o valor ou preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, desde que estes sejam base de cálculo do tributo.

Ocorre que como supramencionado o presente lançamento não está amparado por arbitramento, pois a base de cálculo constitucionalmente determinada e estabelecida em lei é a folha de salários e essa é uma grandeza de conhecimento comum fisco/contribuinte, pois extraída da folha de pagamento/salário elaborada todos os meses pelo contribuinte.

Desta forma, não cabe a realização de avaliação contraditória, pois não é caso dos autos e não está prevista legalmente para a determinação da base de cálculo da contribuição social previdenciária, que, inclusive, é determinada legalmente.

O aproveitamento dos valores recolhidos na sistemática do SIMPLES pela Engatsul foi afirmado pelo agente lançador, conforme consta do REFISC, basta observar a transcrição.

15.2. Os valores correspondentes às Contribuições Patronais Previdenciárias – **CPP** (tributo “**INSS/ CPP**”) incluídos nos pagamentos efetuados pela ENGATSUL mediante **Documento de Arrecadação do SIMPLES Nacional – DAS**, constantes dos **Extratos do Simples Nacional** extraídos do sistema informatizado da Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB (em anexo), foram deduzidos das Contribuições Patronais apuradas na presente ação fiscal. Os valores deduzidos encontram-se discriminados no relatório “**DD – DISCRIMINATIVO DO DÉBITO**” (coluna: **CRÉDITOS**), anexo ao Auto de Infração DEBCAD 37.380.875-5, onde foram lançadas as Contribuições Previdenciárias Patronais incidentes sobre as remunerações dos segurados empregados e **contribuintes individuais discriminadas nas folhas de pagamento**

da ENGATSUL. As Contribuições Patronais Previdenciárias – **CPP** apropriadas também encontram-se demonstradas no **RADA – Relatório de Apropriação de Documentos Apresentados** (em anexo), onde constam informações dos valores apropriados por competência, DEBCAD, Item e Levantamento.

Não há dúvidas de que o contribuinte tem o direito de rever o lançamento, mas para isso deve utilizar o seu prazo de defesa, ou seja, os trinta dias previstos em lei.

Aliás, a verificação da correta utilização dos valores pagos na sistemática do SIMPLES não exige assessoramento de profissional com expertise específica, um jovem funcionário seria capaz de em pouco tempo, conferir a coluna créditos do Discriminativo de Débito – DD, de fls. 05 a 11, com os extratos do SIMPLES NACIONAL, de fls. 1.072 a 1.107.

Evidente do que dito acima que a diligência/perícia requerida não é o meio de prova adequado, pois qualquer pessoa com o mínimo de discernimento seria capaz de fazer a conferência das informações e cabia ao sujeito passivo na fase de defesa promover tal verificação, se não o fez a responsabilidade lhe é exclusiva.

Não sendo lícito requerer perícia para suprir prova e verificação que poderiam ter sido feitos de outra forma e em outro momento, veja o que diz o Superior Tribunal de Justiça – STJ.

EMEN: Processo Civil. Iniciativa probatória do segundo grau de jurisdição por perplexidade diante dos fatos. Mitigação do princípio da demanda. Possibilidade. Ausência de preclusão pro judicato. Pedido de reconsideração que não renova prazo recursal contra decisão que indeferiu prova pericial contábil. Desnecessidade de dilação probatória. Provimento do recurso para que o tribunal de justiça prossiga no julgamento da apelação. - Os juízos de primeiro e segundo graus de jurisdição, sem violação ao princípio da demanda, podem determinar as provas que lhes aprouverem, a fim de firmar seu juízo de livre convicção motivado, diante do que expõe o art. 130 do CPC. - A iniciativa probatória do magistrado, em busca da verdade real, com realização de provas de ofício, não se sujeita à preclusão temporal, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça. - Não é cabível a dilação probatória quando haja outros meios de prova, testemunhal e documental, suficientes para o julgamento da demanda, devendo a iniciativa do juiz se restringir a situações de perplexidade diante de provas contraditórias, confusas ou incompletas. ..EMEN: (RESP 200101053265, NANCY ANDRIGHI, STJ - TERCEIRA TURMA, DJ DATA:13/05/2002 PG:00208 RDR VOL.:00024 PG:00292 REVFOR VOL.:00367 PG:00221 REVPRO VOL.:00115 PG:00275 RSTJ VOL.:00157 PG:00363 ..DTPB:.) (o realce é meu).

Inexistente nos autos o arbitramento unilateral, como denominado pela recorrente, bem como demonstrada a desnecessidade da prova pericial, pois meramente procrastinatória, uma vez que o contribuinte deixou transcorrer *in albis* o momento de produzir a prova que lhe cabia, não a produzindo, não há direito subjetivo a qualquer tipo de prova, pois

esse é voltada ao julgador para auxiliá-lo na formação de sua convicção, não sendo, também, necessário quando o fato pode ser provado por outros meios.

As três finalidades apontadas pela recorrente para a realização da prova pericial, que a seguir transcrevo, deveriam ter sido por ele realizada no prazo de impugnação, bem como estão demonstradas e esclarecidas nos autos.

- i) comprovar a real base de cálculo das operações supostamente irregulares;
- ii) reapurar o débito em vista das ilegalidade da cobrança aqui apontadas (incidências das contribuições sobre as verbas de caráter indenizatório);
- iii) verificar a regularidade do abatimento dos valores já recolhidos a título de SIMPLES, sendo a perícia imprescindível

Em verdade, a questão da utilização dos valores pagos na sistemática do SIMPLES já foi esclarecida.

As bases de cálculo como dito é a folha de salários da empresa e assim basta verificar suas folhas de pagamento e cotejá-las com os valores lançados no Relatório de Lançamentos – RL ou no Discriminativo de Débito – DD.

Quanta a segunda alegação, ainda, será objeto de análise mas a frente, pois não chegamos ao tópicos específico sobre o tema.

O contraditório e ampla defesa não dá direito ao contribuinte de deixar de cumprir com as suas obrigações no momento processual adequado para depois requerer o retorno de fase processual ultrapassada, alegando a necessidade de realização de diligência/perícia contábil.

Quando intimado do lançamento teve o contribuinte seu prazo de defesa para apresentar as suas alegações, produzir suas provas e demonstrar qualquer inexatidão no lançamento, porém o contribuinte não fez isso.

A verificação das bases de cálculo lançadas, do aproveitamento de recolhimentos efetuados e o reapurar do débito para verificar a inclusão neste, de parcelas supostamente indenizatórias deveria ter sido feito no prazo de defesa e com base nos documentos da empresa que serviram para o lançamento, podendo ser feito por qualquer pessoa com o discernimento médio normal da população, não sendo necessário conhecimento técnicos apurados ou expertise, um simples funcionário de regular compreensão seria capaz de realizar essa verificação em pouco tempo.

A perícia requerida é desnecessária e improdutiva, razão pela qual a indefiro, além, do que o pedido não preenche as determinações da legislação de regência.

A verdade material no PAF é dirigida ao julgador que pode e deve utilizar os meios adequadas para buscar as provas, visando formar a sua convicção – livre convencimento motivado.

Mas, não implica e nem autoriza o contribuinte a exigir a realização de prova para suprir a prova que ele contribuinte teve tempo de produzir, poderia ter produzido, porém não produziu por sua conta e risco.

O Superior Tribunal de Justiça – STJ admite a rejeição do pedido de perícia, veja a transcrição.

EMEN: AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. 1. SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. 2. INDEFERIMENTO DA PERÍCIA CONTÁBIL. CRITÉRIO DO JUIZ. DESTINATÁRIO DA PROVA. INVIABILIDADE DE AVALIAR A INDISPENSABILIDADE NESTA SEDE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 3. PARTICIPAÇÃO DO AGRAVANTE NO PRÉVIO PROCESSO ADMINISTRATIVO. INOVAÇÃO RECURSAL. MATÉRIA NÃO TRATADA PELO RECURSO ORDINÁRIO NEM APRECIADA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 4. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Compete ao juiz, destinatário da prova, aferir a pertinência e a necessidade de realização das diligências para a formação de seu convencimento. Não constitui constrangimento ilegal o indeferimento daquelas que, ao exame do conjunto probatório que se lhe apresenta, forem entendidas como indevidas, em decisão fundamentada, quando as julgar protelatórias ou desnecessárias à instrução criminal. 2. Na hipótese, as instâncias ordinárias apresentaram fundamentação idônea para a não realização da prova pericial. Essa conjuntura afasta a caracterização de constrangimento ilegal passível de ser sanado por meio deste writ, pois não se mostra possível a utilização do habeas corpus nos casos em que se busca a mera substituição do juízo subjetivo externado em decisão fundamentada, dentro dos parâmetros cominados pela lei. 3. Não tendo sido aventada no recurso ordinário a matéria relativa à não participação do agravante no prévio processo administrativo, não pode ser agora suscitada, pois trata de inovação, em agravo regimental, dos temas trazidos a conhecimento desta Corte. Ainda que superado esse óbice, a alegação deixou de ser apreciada pelo Tribunal a quo e seu exame, aqui, implicaria em verdadeira supressão de instância. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. ..EMEN: (AGRRHC 201102286059, MARCO AURÉLIO BELLIZZE, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:11/03/2013 ..DTPB:.)

A questão relativa à inconstitucionalidade foi abordada no tópico Prejudicial de Mérito, razão pela não será aqui tratada, cabendo aqui tudo o que dito lá.

A inclusão no crédito de valores que a recorrente considera serem indenizatórios e não remuneratórios deve ser demonstrada pela recorrente a simples alegação genérica por mera presunção sem a demonstração efetiva da existência da suposta falha, não autoriza o retorno dos autos ao início da fase processual.

Quando cientificado do lançamento o contribuinte pode e deve promover todos os estudos e averiguações sobre o crédito lançado e na oportunidade da apresentação da impugnação demonstrar a existência de falhas ou equívocos, caso existentes no lançamento.

Deixar o momento processual transcorrer para depois alegar a existência de falhas não comprovadas e se quer indicadas, buscando retroceder a marcha processual via diligência/perícia não encontra guarida no ordenamento jurídico.

As bases de cálculo utilizadas no lançamento como asseverado linhas atrás foram extraídas dos resumos das folhas de pagamento emitidas pela recorrente, o que possibilitaria com facilidade que ela demonstrasse a existência das verbas, hoje, consideradas indenizatórias pelos tribunais superiores Supremo Tribunal Federal – STF e Superior Tribunal de Justiça – STJ e que não mais devem compor a base de cálculo da contribuição social previdenciária.

Aliás, das verbas alegadas indenizatórias pela recorrente e que supostamente estariam incluídas nesse lançamento e que não foi demonstrado e comprovado pela empresa recorrente é certo afirmar que os quinze primeiros dias de afastamento do empregado do trabalho em razão de auxílio doença, o aviso prévio indenizado e o terço constitucional de férias não estão dentro da base de cálculo da contribuição essa é a posição do STJ, veja a ementa.

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. AUXÍLIO-DOENÇA PAGO PELO EMPREGADOR NOS 15 PRIMEIROS DIAS. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. NÃO INCIDÊNCIA. MATÉRIA SUBMETIDA AO RITO DO ART. 543-C DO CPC. 1. A Primeira Seção deste STJ, no julgamento do REsp 1.230.957/RS, de relatoria do Min. Mauro Campbell Marques (DJe de 18/3/2014), apreciado sob o rito do art. 543-C do CPC, firmou o entendimento de que não incide contribuição previdenciária sobre as verbas pagas pelo empregador a título de auxílio-doença nos 15 primeiros dias de afastamento, terço constitucional de férias e aviso prévio indenizado, dada sua natureza indenizatória, e não salarial. 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 152.042/CE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/03/2014, DJe 04/04/2014) (meu o realce)

Embora, esse seja o entendimento firmado na corte o contribuinte recorrente não demonstrou e não provou a existência da inclusão de tais verbas na base de cálculo lançadas no crédito, o que seria extremamente simples, bastava a observação de sua folha de pagamento, pois certamente a empresa sabe o que está pagando para os seus colaboradores.

Assim, a recorrente não cumpriu o que determina o artigo 333, II, da Lei 58969/73 c/c o artigo 16, § 4º, do Decreto 70.235/72.

Não servindo a perícia para suprir a lacuna criada pela recorrente.

Em posição diametralmente oposta a citada corte entende que as horas extras possuem natureza salarial e assim são base de cálculo da contribuição social previdenciária, veja a decisão.

*PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 165, 458, 459 E 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. AUXÍLIO-DOENÇA, AUXÍLIO-ACIDENTE. VERBAS RECEBIDAS NOS 15 (QUINZE) PRIMEIROS DIAS DE AFASTAMENTO. NÃO INCIDÊNCIA. SALÁRIO - MATERNIDADE. NATUREZA JURÍDICA SALARIAL. INCIDÊNCIA. ADICIONAL DE 1/3, **HORAS-EXTRAS E ADICIONAIS NOTURNO, DE INSALUBRIDADE E DE PERICULOSIDADE. VERBAS DE CARÁTER REMUNERATÓRIO. INCIDÊNCIA.***

COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. Inexiste violação dos arts. 165, 458, 459 e 535 do CPC na hipótese em que o Tribunal de origem examina, de modo claro e suficiente, as questões submetidas à sua apreciação.

2. O auxílio-doença pago até o 15º dia pelo empregador é inalcançável pela contribuição previdenciária, uma vez que a referida verba não possui natureza remuneratória, inexistindo prestação de serviço pelo empregado, no período. Precedentes.

3. O auxílio-acidente ostenta natureza indenizatória, porquanto destina-se a compensar o segurado quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem sequelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia, consoante o disposto no § 2º do art. 86 da Lei n. 8.213/91, razão pela qual consubstancia verba infensa à incidência da contribuição previdenciária. Precedentes.

4. O salário-maternidade possui natureza salarial e integra, consequentemente, a base de cálculo da contribuição previdenciária.

O fato de ser custeado pelos cofres da autarquia previdenciária não exime o empregador da obrigação tributária relativamente à contribuição previdenciária incidente sobre a folha de salários, incluindo, na respectiva base de cálculo, o salário-maternidade auferido por suas empregadas gestantes (Lei 8.212/91, art. 28, § 2º). Precedentes.

5. A verba recebida a título de terço constitucional de férias, quando as férias são gozadas, ostenta natureza remuneratória, sendo, portanto, passível da incidência da contribuição previdenciária.

6. Os adicionais noturno, hora-extra, insalubridade e periculosidade ostentam caráter salarial, à luz do enunciado 60 do TST, razão pela qual incide a contribuição previdenciária.

7. A Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do

prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressaltando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, contanto que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488.992/MG).

8. In casu, a empresa ajuizou a demanda em 8/6/2005 pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de contribuição social à época administrada pelo INSS, razão pela qual se revela aplicável a Lei 8.383/91, que admitia a compensação apenas entre tributos e contribuições da mesma espécie.

9. Recurso especial parcialmente provido, para afastar a incidência da contribuição previdenciária sobre o auxílio-doença e auxílio-acidente. (REsp 1098102/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/06/2009, DJe 17/06/2009) (os destaques são meus).

As contribuições destinadas a terceiros INCRA e SEBRAE são consideradas constitucionais pelas nossas cortes superiores e assim são devidas pelos sujeitos passivos determinados em lei, veja o posição dos tribunais.

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONVERTIDOS EM AGRAVO REGIMENTAL. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DE 0,2% SOBRE A FOLHA DE SALÁRIOS DESTINADA AO INCRA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ARTIGO 149 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. Os embargos de declaração opostos objetivando reforma da decisão do relator, com caráter infringente, devem ser convertidos em agravo regimental, que é o recurso cabível, por força do princípio da fungibilidade. Precedentes: Pet 4.837-ED, rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJ 14.3.2011; Rcl 11.022-ED, rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJ 7.4.2011; AI 547.827-ED, rel. Min. DIAS TOFFOLI, 1ª Turma, DJ 9.3.2011; RE 546.525-ED, rel. Min. ELLEN GRACIE, 2ª Turma, DJ 5.4.2011). 2. A controvérsia referente à constitucionalidade da exigência de contribuição social de 0,2% sobre a folha de salários das empresas urbanas destinada ao INCRA teve a sua repercussão geral rejeitada pelo Plenário desta Corte Suprema, uma vez que a matéria está restrita ao interesse das empresas urbanas eventualmente contribuintes desta exação, não alcançando, portanto, a sociedade como um todo (RE 578.635-AgR, Relator o Ministro Menezes Direito, DJ de 17.10.08). Precedentes: RE 634.074-ED, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 26.05.2011; RE 598.180-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11.02.2011; AI 700.833-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 03.04.2009. 3. In casu, o acórdão originalmente recorrido assentou: EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONTRIBUIÇÃO PARA O INCRA, PARA O SEBRAE E PARA O SAT. MULTA. TAXA SELIC. MULTA MORATÓRIA. 1. A contribuição para o INCRA não foi extinta pelas LL 7.789/1989 e 8.212/1991, ambas reguladora do custeio previdenciário. 2. As contribuições ao SEBRAE devem ser

suportadas por toda coletividade independentemente de qualquer identidade com o fomento a que objetiva a instituição beneficiada com o tributo. 3. A jurisprudência do STF reconhece a constitucionalidade da Contribuição Social do Seguro de Acidente do Trabalho – SAT. 4. Multa aplicada nos termos do art. 35 da L 8.212/1991, com a observância do disposto na letra “c” do inc. II do art. 106 do CTN, que admite retroatividade da lei tributária quando comine ao fato pretérito penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática. 5. A Taxa Selic não padece de mácula de ilegalidade ou inconstitucionalidade” 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI-ED 849045, LUIZ FUX, STF.)

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO AO INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA. EMPRESA URBANA. EXIGIBILIDADE. CONTRIBUIÇÃO AO SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS - SEBRAE. CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (AI-ED 756508, CÁRMEN LÚCIA, STF.)

EMENTA: 1. Contribuições ao SAT, SEBRAE e INCRA. Recurso extraordinário: descabimento: *controvérsia decidida à luz da legislação infraconstitucional pertinente: a alegada violação dos dispositivos constitucionais invocados, se ocorresse, seria reflexa ou indireta, que não enseja reexame em recurso extraordinário*: incidência, mutatis mutandis, da Súmula 636. 2. Improcedência das alegações de negativa de prestação jurisdicional e de inexistência de motivação do acórdão recorrido. (AI-AgR 624661, SEPÚLVEDA PERTENCE, STF.)

..EMEN: TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ENTIDADE HOSPITALAR. CERTIFICADO DE BENEFICENTE E DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. SALÁRIO-EDUCAÇÃO. REQUISITOS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS A TERCEIROS. INCRA, SESC, SENAC, SEBRAE. EXIGIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Não há omissão do acórdão recorrido que registrou a impossibilidade de apreciação da incidência da Lei 11.457/2007, por se tratar de inovação recursal não passível de ser apreciada em sede de embargos declaratórios, mormente porque consignou que o provimento se referia apenas às NFLD's questionadas na inicial, as quais se referem a períodos anteriores à vigência do referido diploma legal. 2. Não se pode conhecer do apelo especial no tocante ao dissídio alegado, referente à exigibilidade das contribuições destinadas a terceiros das entidades beneficentes e de assistência social, pois o acórdão recorrido apreciou a matéria tão somente sob o enfoque constitucional, à luz da interpretação dos artigos 240, 223, 173 e 195, todos da Constituição Federal. 3. A orientação do acórdão recorrido

coincide com o entendimento fixado por esta Corte, por ocasião do julgamento do REsp 977.058/RS, da relatoria do Ministro Luiz Fux, DJ 10/11/2008, sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), no sentido de que, por se tratar de contribuição especial de intervenção no domínio econômico, a contribuição ao Incra, destinada aos programas e projetos vinculados à reforma agrária e suas atividades complementares, foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 e continua em vigor até os dias atuais, pois não foi revogada pelas Leis 7.787/89, 8.212/91 e 8.213/91, não existindo, portanto, óbice a sua cobrança, mesmo em relação às empresas urbanas. 4. Agravo regimental não provido. ..EMEN: (AGRESP 200901570545, BENEDITO GONÇALVES, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:28/06/2012 ..DTPB:.)

EMEN: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÃO AO SEBRAE. EMPRESAS DE PEQUENO, MÉDIO E GRANDE PORTE. EXIGIBILIDADE. PRECEDENTES. CONTRIBUIÇÃO AO INCRA. EXIGIBILIDADE. TEMA JÁ JULGADO PELO REGIME DO ARTIGO 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E DA RESOLUÇÃO Nº 8/2008 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, QUE TRATAM DOS RECURSOS REPRESENTATIVOS DE CONTROVÉRSIA. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é firme em que é exigível a cobrança da contribuição ao SEBRAE, independentemente de serem micro, pequenas, médias ou grandes empresas, porquanto não vinculada a eventual contraprestação dessas entidades. 2. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 977.058/RS, submetido ao regime dos recursos repetitivos (artigo 543-C do Código de Processo Civil, incluído pela Lei nº 11.672/2008), firmou o entendimento de que a contribuição destinada ao INCRA é plenamente exigível, tendo inequívoca natureza de contribuição especial de intervenção no domínio econômico, sendo certo que não foi extinta pelas Leis nºs 7.787/89, 8.212/91 e 8.213/91. 3. A Primeira Seção, acolhendo questão de ordem nos autos do AgRgREsp nº 1.025.220/RS, entendeu ser aplicável a multa prevista no artigo 557, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil nos casos em que a parte agravante se insurge quanto ao mérito da questão decidida com base em julgado submetido à sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil. 4. Cuidando-se de agravo manifestamente infundado, impõe-se a condenação do agravante ao pagamento da multa prevista no artigo 557, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil. 5. Agravo regimental improvido. ..EMEN: (AGA 200802780422, HAMILTON CARVALHIDO, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:02/06/2010 ..DTPB:.) (todos os negritos são deste conselheiro).

O agente fiscal qualificou a multa, conforme consta de seu REFISC, item 14.4.2 e 16.6, fls. 71 e 74, observe a transcrição.

14.4.2. Códigos de Levantamento criados para lançamentos das bases de cálculo das contribuições devidas, em que é aplicada a multa de ofício qualificada de 150% (Sonegação, fraude ou conluio - Lei 4502/64) introduzida pela Medida Provisória nº 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009. Multa aplicada para as contribuições relativas às competências: 12/2008 e 13/2008 (13º salário):

16.6. Pelo exposto, caracterizada como fraude a simulação na contratação de empregados por empresa interposta, na forma do art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964, **aos fatos geradores ocorridos a partir de 12/2008, aplica-se a duplicação a que alude a Lei nº 9.430, de 1996, com o que o percentual da multa do lançamento de ofício passa de 75% para 150%.** (os grifos são do original).

No entanto, a recorrente por sua conta e risco entendeu que não precisaria contestar a qualificação da multa, pois analisada a inconstitucionalidade da norma e a ocorrência do lançamento por presunção o destino natural da multa seria a nulidade.

Ficou demonstrado que não há inconstitucionalidade e muito menos lançamento por presunção, assim aplica-se aqui o artigo 17, do Decreto 70.235/72, quanto a não contestação da qualificação da multa.

Além do que, como demonstrado a qualificação da multa está lastreada na conduta do contribuinte e na previsão legal.

A utilização da taxa SELIC é absolutamente admitida e normal na esfera tributária. O artigo 34, da Lei 8.212/91, assim o determinava, 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 Jaguar 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)

Verifiquei do Discriminativo de Débito – DD, de fls. 05 a 10, que no período de 07/2007 a 11/2008, foi aplicada a multa de setenta e cinco por cento instituída pela MP 449/2008. Contudo, tal multa não vigorava no período em questão e assim não pode ser aplicada, pois o artigo 144, da Lei 5.172/66 veda essa aplicação.

O presente crédito foi constituído, em 07/12/2012, nesta ocasião já estava em vigor a Lei 11.941/2009, oriunda da conversão da MP 449/2008, ou seja, vigorava a multa de ofício de 75%, artigo 35 - A, da Lei 8.212/91, introduzido pelo diploma legal, anteriormente, citado.

Porém o presente crédito encerra contribuições do período acima citado.

Desta forma, para o período de 01/2007 a 11/2008, nos termos do artigo 144, *caput*, da Lei 5.172/66 a regra a ser aplicada e a do artigo 35, da Lei 8.212/91, na redação da Lei 9.876/99, ou seja, a multa sobre a contribuição exigida variaria de 24% a 100% a depender da fase do processo administrativo.

Este deve ser o patamar de multa a ser aplicado, no período suscitado, salvo se a multa chegar a 80%, na fase de execução fiscal, ainda, que não citado o devedor, desde que não houvesse parcelamento, uma vez que nesta situação a multa do artigo 35 – A, da Lei 8.212/91 na redação da Lei 11.941/2009, passa a ser mais benéfica, hipótese que esta deve ser aplicada, nos termos do artigo 106, II, “c”, da Lei 5.172/66, tudo a depender da época do pagamento, parcelamento ou execução.

No que tange a competência 12/2008, a multa a aplicar é a do artigo 35-A, da Lei 8.212/91, na redação da Lei 11.941/2009, pois já se encontrava em vigor.

Assim com esses esclarecimentos rejeito as alegações suscitadas pela recorrente em preliminar e em mérito, rejeitando todos os pedidos.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto, conheço do recurso, para no mérito dar-lhe provimento parcial, pois a multa a ser aplicada, no período suscitado, é a do artigo 35, da Lei 8.212/91, na redação da Lei 9.876/99, ou seja, a multa sobre a contribuição exigida variaria de 24% a 100% a depender da fase do processo administrativo, salvo se a multa chegar a 80%, na fase de execução fiscal, ainda, que não citado o devedor, desde que não houvesse parcelamento, uma vez que nesta situação a multa do artigo 35 - A, da Lei 8.212/91 na redação da Lei 11.941/2009, passa a ser a mais benéfica, hipótese esta que deve ser aplicada, nos termos do artigo 106, II, "c", da Lei 5.172/66, tudo a depender da época do pagamento, parcelamento ou execução.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira.