



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

Processo n° 13982.001785/2008-39
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2803-001.079 – 3ª Turma Especial
Sessão de 26 de outubro de 2011.
Matéria CP: CONTRIBUINTE INDIVIDUAL e CESSÃO DE MÃO DE OBRA: RETENÇÃO. EMPRESAS EM GERAL e SEGURO DE ACIDENTES DO TRABALHO – SAT/GILRAT/ADICIONAL.
Recorrente MUNICÍPIO DE BOM JESUS DO SUL - PREFEITURA MUNICIPAL.
Recorrida FAZENDA NACIONAL.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/09/2003 a 01/09/2008

AUTO DE INFRAÇÃO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. SEGURADOS OBRIGATÓRIOS - CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS. SAT. RETENÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. DECADÊNCIA. INEXISTÊNCIA. SAT. RUBRICA LEGALIDADE. POSSIBILIDADE. PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. APÓS DISTRIBUIÇÃO. LANÇAMENTO. LEGISLAÇÃO ATENDIDA. RUBRICA INDENIZATÓRIAS AUSENTES DO CRÉDITO. MULTA MORATÓRIA. E SELIC. POSSIBILIDADE. ANATOCISMO. INEXISTÊNCIA. MULTA MORATÓRIA. BENÉFICA, APLICAÇÃO RETROATIVA. POSSIBILIDADE. VERIFICAÇÃO NO MOMENTO DO PAGAMENTO.

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(a) relator(a), não conhecendo do pedido de compensação do SAT, pois além de não ser competência deste órgão julgador a matéria, não haveria o que compensar, pois a recorrente só recolheu o que entendia devido, não havendo excesso de recolhimentos nesta rubrica. Entretanto, nas demais matérias expressas pelo contribuinte conhece-se do recurso para no mérito afastar sua incidência, tendo em vista que as alegações do contribuinte não encontram respaldo na legislação e nos fatos. Porém, ainda, que de ofício, dar provimento parcial ao recurso para determinar a aplicação da nova multa moratória do artigo 35, caput, da Lei 8.212/91 em atendimento ao artigo 106, II, "c", da Lei 5.172/66, caso seja mais favorável ao contribuinte, situação a se perquirir na DRF no momento do pagamento ou parcelamento deste.

Processo nº 13982.001785/2008-39
Acórdão n.º **2803-001.079**

S2-TE03
Fl. 289

(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, Oséas Coimbra Júnior, Amílcar Barca Teixeira Júnior, Gustavo Vettorato.

Relatório

O presente Auto de Infração de Obrigação Principal – AIOP - DEBCAD 37.156.252-0, objetiva o lançamento das contribuições sociais previdenciárias decorrentes da remuneração paga, devida ou creditada aos trabalhadores segurados obrigatórios – contribuintes individuais, relativamente a parte da empresa, bem como em virtude da cessão de mão de obra de trabalhadores das prestadoras de serviço, que prestaram serviços à autuada e do SAT, conforme Relatório Fiscal da Auto de Infração de Obrigação Principal – REFISC do AIOP, de fls. 72 e 73, com período de apuração de 09/2003 a 08/2008, conforme Termo de Início de Ação Fiscal - TIAF, de fls. 216.

O sujeito passivo foi cientificado da autuação, em 23/12/2008, Histórico de Objeto, de fls. 221, e AR, de fls. 251, datado de 19/12/2008.

O contribuinte apresentou sua defesa/impugnação, em 19/01/2009, as fls. 224 a 244, estando acompanhada dos documentos, de fls. 245 a 247.

A defesa foi considerada tempestiva, fls. 248 e 253.

O órgão julgador de primeiro grau emitiu o Acórdão Nº 02-28.816 - 8ª Turma da DRJ/BHE, em 29/09/2010, fls. 254 a 257. No qual a impugnação foi considerada improcedente.

O contribuinte tomou conhecimento deste decisório, em 21/10/2010, AR, de fls. 259.

Irresignado o contribuinte impetrou o Recurso Voluntário, as fls. 261 a 284, datado de 19/01/2010, onde alega em síntese.

Preliminar.

- Que ocorreu a decadência das contribuições exigidas a mais de cinco anos da data do lançamento, que se deu em 17/12/2008;
- Que o SAT é ilegal, pois só lei poderia definir os seus contornos;
- Que cabe a empresa enquadrar-se no grau de risco, levando em conta os estabelecimentos;
- Que a imposição de alíquota 2% não é justa, pois barracão tem atividade administrativa ;
- Que a Administração Pública enquadra-se na divisão 84 e que em muitas a maioria são dos trabalhadores são da educação que é divisão 85 com SAT 1%;

- Que a alíquota 2% é inconstitucional, pois a atividade da municipalidade é burocrático-administrativa, sendo grau de risco 1%;
- Que há erro no lançamento, pois certas notas consideradas não foram pagas, uma vez que o serviço não foi prestado e que em razão de dificuldade administrativa não foi possível apresentar os documentos, razão pela qual pedimos prazo;
- Que boa parte dos fatos geradores são incertos, pois não acompanhados de provas, sem a prestação dos serviços e do pagamento não há contribuição;
- Que promover o lançamento sem buscar a verdade real por todos os meios é o mesmo que macular a segurança jurídica, o Estado Democrático de Direito e desconsiderar as garantias constitucionais do contribuinte;
- Que vige no direito tributário o princípio *in dubio contra fiscum*, nos termos do artigo 112 do CTN;
- Que no presente auto o crédito foi lavrado com meras presunções sem a exata determinação do fato gerador, o que leva a sua nulidade;
- Que na sigla RES, fls.59, dos autos diversos itens foram considerados salários de contribuição, em contradição ao § 9º, do artigo 28, da Lei 8.212/91;
- Que das rescisões que integram os autos há itens que não ensejariam contribuição, como as indenizações de férias, adicional constitucional, licença-prêmio, vale-transporte, ajuda de custo, e outras que nomina, sendo, assim, improcedente o crédito;
- Que pela eventualidade a multa seja reduzida, pois aplicada em percentual exagerado, que só se justificaria no caso de fraude, traz jurisprudência dos CC's, devendo a multa ser cancelada, pois não há requisitos para a sua aplicação;
- Que se assim não for a multa assumirá caráter de confisco, não tendo esta, função exclusivamente punitiva, e muito menos arrecadatória, mas sim para adequação das condutas;
- Que o Supremo já decidiu que multa moratória acima de 30% é confiscatória, devendo, assim, em face da abusividade da multa ser esta anulada;
- Que na eventualidade de permanecer o auto os juros devem ser aplicados no patamar de 12% aa, nos termos do artigo 406 do NCC;
- Que além de encargos moratórios excessivos, está ocorrendo no crédito a incidência de anatocismo com a incidência de juros, sobre

Documento assinado digitalmente conforme MP nº **multa e os juros que integram o saldo devedor;**

Autenticado digitalmente em 22/11/2011 por EDUARDO DE OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 22/11/2011

por EDUARDO DE OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 23/11/2011 por HELTON CARLOS PRAIA DE LIMA

Impresso em 28/02/2012 por APARECIDA DA SILVA - VERSO EM BRANCO

- Que fora a multa de 75%, que confirma o anatocismo, não há razão para a aplicação da Taxa de Captação do Tesouro Nacional relativa à dívida mobiliária federal;
- Que a SELIC é inaplicável nas relações tributárias, conforme jurisprudências, estando todos os encargos de multa e juros viciados de ilegalidade, devendo serem excluídos;
- Finalizando pede: a) que seja reconhecida a decadência das contribuições anteriores 17/12/2003; b) que o auto seja julgado improcedente ante as razões do recurso; c) a compensação com os demais débitos da cobrança ilegal da alíquota SAT; d) exclusão da multa confiscatória e dos juros acima e 12% aa,.

O Recurso Voluntário foi considerado tempestivo, fls. 287.

Os autos subiram ao CARF/MF, fls. 287.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo de Oliveira.

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme, AR, de fls. 259, datado de 21/10/2010, e carimbo de recepção do Recurso, de fls. 261, datado de 19/11/2010, a tempestividade, também, foi reconhecida, as fls. 287.

Superado o pressuposto de admissibilidade passo ao recurso.

Nos presentes autos o período de lançamento do crédito compreende as competências 12/2003 a 08/2008, incluindo o décimo - terceiro salário do ano de 2007, basta observar o Discriminativo Sintético de Débito – DSD, de fls. 38 a 46.

Desta forma, a alegação de decadência é impertinente, pois não ocorreu no presente caso, haja vista que o contribuinte foi cientificado do lançamento pelo AR, de fls. 251, datado de 19/12/2008. Assim, retroagindo-se a cinco anos do lançamento ter-se-ia o marco decadencial em 20/12/2003 e a primeira competência cobrada é justamente 12/2003, ou seja, não ocorre a alegada decadência

Preliminar afastada.

O Supremo Tribunal Federal – STF em diversas ocasiões decidiu que o SAT é legítimo.

“A cobrança da contribuição ao SAT incidente sobre o total das remunerações pagas tanto aos empregados quanto aos trabalhadores avulsos é legítima.” (AI 742.458-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 14-4-2009, Segunda Turma, DJE de 15-5-2009.) No mesmo sentido: AI 586.109-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 14-10-2008, Segunda Turma, DJE de 21-11-2008.

“Contribuição para o custeio do Seguro de Acidente do Trabalho – SAT: Lei 7.787/1989, art. 3º, II; Lei 8.212/1991, art. 22, II: alegação no sentido de que são ofensivos ao art. 195, § 4º, c/c art. 154, I, da Constituição Federal: improcedência. Desnecessidade de observância da técnica da competência residual da União, CF, art. 154, I. Desnecessidade de lei complementar para a instituição da contribuição para o SAT.” (RE 343.446, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 20-3-2003, Plenário, DJ de 4-4-2003.) No mesmo sentido: AI 736.299-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 22-2-2011, Segunda Turma, DJE de 11-3-2011; AI 809.496-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 2-12-2010, Primeira Turma, DJE de 1º-2-2011; AI 625.653-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 30-11-2010, Segunda Turma, DJE de 1º-2-2011; AI 744.295-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 27-10-2009, Primeira Turma, DJE de 27-11-

2009; **RE 567.544-AgR**, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 28-10-2008, Primeira Turma, DJE de 27-2-2009; **AI 592.269-AgR**, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 8-8-2006, Segunda Turma, DJ de 8-9-2006.

(grifos do original).

No que tange a legalidade da determinação dos graus de risco por decreto o Superior Tribunal de Justiça – STJ, assim se pronunciou.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. SÚMULA 126/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. SAT. PARÂMETROS ESTABELECIDOS POR DECRETO. LEGALIDADE. SÚMULA 83/STJ. 1. Afasta-se a aplicação da Súmula 126/STJ, no caso, ante a ausência de intimação da recorrente da decisão que não admitiu o recurso extraordinário. 2. Pacífico o entendimento em relação à legalidade da cobrança da contribuição ao SAT, no sentido de que o decreto que estabeleça o que venha a ser atividade preponderante da empresa e seus correspondentes graus de risco - leve, médio ou grave - não exorbita de seu poder regulamentar. Incidência da Súmula 83/STJ. Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos modificativos. (EARESP 201001073930, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, 14/02/2011). (grifo meu).

Embora seja função da empresa autoenquadrar-se nos graus de risco esta deve observar a atividade econômica que ocupe o maior número de seus trabalhadores e o fisco pode rever a qualquer tempo este autoenquadramento e se necessário cobrar as diferenças cabíveis.

A tabela CNAE constante do Anexo V, do Regulamento da Previdência Social – RPS, apenso ao Decreto 3.048/99 alterada pelo Decreto 6.042/2007 traz para a Administração Pública em geral a alíquota 2% e assim esta e a “taxa” a ser exigida, para que tal seja alterada e necessário que o contribuinte demonstre à fiscalização que sua situação é distinta, o que aqui não se fez pois nada apresentou que demonstre que o maior número de seus trabalhadores são ocupados em atividades com alíquota reduzida.

Nos termos do artigo 333, II, das Lei 5.869/73 a prova do fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito do fisco cabe ao contribuinte. A simples alegação de erro sem que este venha devidamente demonstrado não é o bastante para infirmar o lançamento, ainda, que os pagamentos tenham sido demonstrados por amostragem.

O artigo 16, § 4º, do Decreto 70.235/72 é taxativo no sentido de que a prova deve ser apresentada junto à impugnação. Entretanto, este colegiado vem interpretando tal regra com temperamentos ante a busca do princípio da verdade real. Porém não cabe a esta instância julgadora devolver os autos à origem para que o contribuinte junte provas, este teve toda a tramitação processual até a distribuição deste processo para tomar tal providência, se não o fez é responsabilidade exclusiva, deste.

Aliás, do lançamento até a distribuição o contribuinte contou com aproximadamente dois (02) anos e quatro (04) meses de prazo para fazer tal prova.

Retroceder a marcha processual para aliviar a inação do contribuinte seria violar o que previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII, da CF/88. Nestes termos nego a produção de prova a destempo.

O agente fiscal autuante elaborou as planilhas, de fls. 74 a 95, através das quais demonstrou as diferenças a serem recolhidas em razão do SAT com base na folha de salários, as notas fiscais que foram objeto da retenção de 11% em razão da cessão de mão de obra e ainda os trabalhadores pessoas físicas, que na qualidade de contribuintes individuais prestaram serviços a recorrente, identificados pelos empenhos das despesas.

O lançamento foi estabelecido dentro das normas que regem a matéria e com base nas informações cedidas e apresentadas pelo contribuinte, qualquer falha na constituição deste deveria ser apresentada pelo contribuinte e devidamente comprovada, bem como o lançamento, também, está fundado nos contratos de prestação de serviços e aditivos, as folhas 96 a 181, e nos extratos de credor, de fls. 198 e 199; 201 a 214.

As provas que a fiscalização pode encontrar e precisou então todas nos autos, não há violação a verdade material e a princípios constitucionais, pois o agente autuante apenas cumpriu o seu mister.

No presente caso não se está cuidando de infração, mas única e exclusivamente do lançamento da contribuição previdenciária propriamente dita, obrigação principal, espécie do gênero tributo, razão pela qual o artigo 112, do CTN não se aplica, uma vez constatado pelo autuante a ocorrência do fato gerador.

No caso em testilha o agente fiscal apenas aplicou o artigo 142, da Lei 5.172/66, como é seu dever, pois verificado o recolhimento espontâneo e voluntário da contribuição social previdenciária, cabe ao agente fiscal promover ao seu lançamento, com todas as exigências legais. As planilhas supracitadas deixam claro o fato gerador, assim como o Relatório de Lançamentos – RL, de fls. 47 a 66.

O contribuinte volta a alegar situações que não ocorrem no presente crédito, as fls. 59, deste não existe a sigla RES, bem como no crédito guerreado, está lançado contribuição em razão de contribuinte individual – pessoa física – mais conhecido como Autônomo – e este via de regra não recebe as parcelas alegadas com inclusas no lançamento, retenção sobre nota fiscal 11%, sendo que nestas rubricas não se recebe/inclui as verbas alegadas, tais como: férias indenizadas e respectivo adicional constitucional; recebidas a título de licença-prêmio indenizada; a parcela recebida a título de vale-transporte; a ajuda de custo, em parcela única, recebida exclusivamente em decorrência de mudança de local de trabalho do empregado; as diárias para viagens, desde que não excedam o percentual legal; o valor da multa prevista no § 8º do art. 477 da CLT.

As verbas acima mencionadas fariam diferença apenas na rubrica SAT, uma vez que esta incide sobre as folhas de salários. Mas neste caso tais parcelas também não incidiram basta ver que na planilhas, de fls. 74, onde o agente fiscal identificou as parcelas devidas, a base de cálculo foi a própria massa salarial declarada pela municipalidade na GFIP mensal, pois a diferença cobrada é igual ao valor recolhido espontaneamente pela recorrente, o que afasta estas incidências.

O recorrente alega que a multa foi aplicada em patamar muito alto citando 150%, mas isto não é verdade de uma simples averiguação no Discriminativo Sintético do

Débito – DSD, de fls. 38 a 46, tomando as competências 01/2004, levantamentos AUT; JMC; SJC, a multa é, respectivamente, 0%, 0% e 0%, na competência 05/2006 a multa continua sendo 0%, 0% e 0% e na competência 08/2008 para os levantamentos AUT e SJC, pois o JMC não existe nesta competência a multa é 30% e 15%, assim o porcentagem da multa moratória, por amostragem, não chega nem perto do que alegado pelo contribuinte.

Desta forma, a multa não pode ter caráter de confiscatória, pois atende perfeitamente as prescrições inclusive o alegado pelo contribuinte de que esta deve pautar-se em 30% do tributo.

Nos presentes autos não há multa de 150%, basta ver, as fls. 03, Instruções para o Contribuinte – IPC, de fls. 02, que diz que a multa é de 12% a 30%, sendo que na fase atual é de 15%.

A propósito da multa moratória o judiciário, assim, já se pronunciou.

EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. AGRAVO RETIDO. DECADÊNCIA. READEQUAÇÃO DO LAUDO PERICIAL. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. PRAZO DECADENCIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. AFERIÇÃO INDIRETA. EXCESSO DE EXECUÇÃO. TAXA SELIC. MULTA. RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA. CONFISCO NÃO CARACTERIZADO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E PERICIAIS.

7. Não se realiza a hipótese de confisco quando aplicado o índice de 75%. Precedente do STF no sentido de que multas aplicadas até o limite de 100% não configuram confisco (ADI nº 551 - voto do Ministro Marco Aurélio). (AC 00039920320044047009, LUCIANE AMARAL CORRÊA MÜNCH, TRF4 - SEGUNDA TURMA, 12/05/2010)

PROCESSO CIVIL, CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRETENSÃO INICIAL. LIMITES. FALÊNCIA. SÓCIO. EXCLUSÃO DA MULTA E DE JUROS DE MORA. NÃO APROVEITAMENTO. JUROS DE MORA. TAXA SELIC. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE. CAPITALIZAÇÃO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. DUPLA INCIDÊNCIA DE CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA. MULTA. PERCENTUAL DE 30%. CONSTITUCIONALIDADE.

7. Quanto à multa de 30% incidente sobre o débito tributário do Apelante, o próprio STF (STF, 1.ª Turma, RE n.º 241.074/RS, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ 19.12.2002) já entendeu constitucional multa no percentual de 80%, sendo o percentual da multa ora examinado justificado pela necessidade de esta servir tanto de punição como de fator de dissuasão em relação à prática dos atos caracterizados como infração para fins de sua incidência. 8. Não provimento da apelação. (AC 200182000032880, Desembargador Federal Emiliano Zapata Leitão, TRF5 - Primeira Turma, 24/09/2009)

(grifos meus).

No atualidade os juros tributários são representados pela taxa SELIC, sendo esta perfeitamente aplicável e aceita pela jurisprudência.

No que tange a taxa SELIC tal material está Sumulada no CARF.

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

Além do que, esta é plenamente aceita pelos tribunais como aplicáveis aos créditos tributários, senão vejamos.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. UTILIZAÇÃO DA TAXA SELIC SOBRE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. JUROS. LIMITAÇÃO. ARTIGO 192, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. A controvérsia relativa à aplicação da taxa SELIC sobre débitos tributários reside no âmbito infraconstitucional, circunstância que impede a admissão do recurso extraordinário. 2. O Pleno deste Tribunal já decidiu que o artigo 192, § 3º, da Constituição do Brasil, que limita as taxas de juros em 12% ao ano, necessita de regulamentação [ADI n. 4, Relator o Ministro Sydney Sanches, DJ de 25.6.93]. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI-AgR 713488, EROS GRAU, STF)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO INATACADOS. SÚMULA 283/STF. NULIDADE DAS CDAs. SÚMULA 07/STJ. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. NÃO-CONFIGURAÇÃO. SELIC. LEGALIDADE. CARÁTER CONFISCATÓRIO DE MULTA. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DA SUPREMA CORTE.

6. É devida a Taxa Selic no cálculo dos débitos dos contribuintes para com a Fazenda Pública Federal. 7. A apuração do caráter confiscatório da multa tributária depende da interpretação da norma prevista no artigo 150, V, da Constituição Federal, o que refoge ao âmbito do recurso especial. 8. Agravo regimental não provido. (AGA 201001365825, CASTRO MEIRA, STJ - SEGUNDA TURMA, 23/11/2010)

TRIBUTÁRIO. CDA. EXAME DE REGULARIDADE. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA. ART. 261 DO CPC. ALEGAÇÃO EM PRELIMINAR DE CONTESTAÇÃO. POSSIBILIDADE. TAXA SELIC. LEGALIDADE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COTEJO.

5. É pacífico na jurisprudência do STJ que é possível utilização da Taxa Selic como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos créditos tributários. (AGEDAG 201001476055, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, 09/11/2010)

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

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. (AGA 200900895519, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, 28/09/2010)

(grifos meus).

Por fim o STF no julgamento da Repercussão Geral Tema nº 214, no RE 212.209, em 08/06/2011, considerou cabível tal índice, conforme sua página de notícias.

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).*

Engana-se o contribuinte não há no crédito a ocorrência de anatocismo, pois aplica-se a multa sobre o valor não recolhido da competência e os juros sobre o valor não recolhido da competência para só após consolidar a competência, para no fim consolidar o crédito com o somatório do valor das competências, não se aplicado mais nada sobre este valor final. As diversas taxas que incidiram nos diversos períodos sucessivos são aplicadas individualmente em cada período sem a cumulação das outras. Basta ver o Fundamentos Legais do Débito – FLD, de fls. 68, como a seguir consta.

*CALCULO DOS JUROS: JUROS CALCULADOS SOBRE O VALOR ORIGINÁRIO, MEDIANTE A APLICAÇÃO DOS SEGUINTE PERCENTUAIS: **A) 1% (UM POR CENTO) NO MÊS SUBSEQUENTE 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.***

No presente crédito quando do lançamento a taxa media mensal de captação do tesouro nacional relativa a dívida mobiliaria federal não mais existia, pois a partir de 1995 passou a incidir a taxa referencial do sistema especial de liquidação e de custódia – SELIC, daí a citação nos seus respectivos períodos.

Ficou esclarecido acima que não foi aplicada multa de 150 ou de 75% no presente crédito, aliás, o Acórdão de primeiro grau já havia dirimido tal dúvida.

Entretanto, não foi lavrado Auto de Infração por descumprimento da obrigação acessória — omissão de contribuições em GFIP, AI Código de Fundamento Legal — CFL 68. Logo, também não foram comparadas as multas, tendo sido lançada nos Autos de Infração acima citados a multa de 30%, valor inferior aos 75% determinado pelo artigo 35-A da Lei 8.212/91.(grifo meu).

Inexiste razão para limitação do juro a 12% ao ano com sugerido pelo contribuinte e nossos tribunais deixam isto claro, pois tal limite não era autoaplicável e foi revogado, assim como a SELIC atende perfeitamente o artigo 161, §1º, da lei 5.172/66, como a seguir explicitado.

*EMENTA: AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. UTILIZAÇÃO DA TAXA SELIC SOBRE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. JUROS. LIMITAÇÃO. ARTIGO 192, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. A controvérsia relativa à aplicação da taxa SELIC sobre débitos tributários reside no âmbito infraconstitucional, circunstância que impede a admissão do recurso extraordinário. 2. **O Pleno deste Tribunal já decidiu que o artigo 192, § 3º, da Constituição do Brasil, que limita as taxas de juros em 12% ao ano, necessita de regulamentação** [ADI n. 4, Relator o Ministro Sydney Sanches, DJ de 25.6.93]. Agravo regimental a que se nega provimento.(AI-AgR 713488, EROS GRAU, STF)*

*PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRADO 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) (grifos meus).*

Desta forma, inexistem motivos para o acatamento dos pedidos da recorrente. A decadência não se verifica, uma vez que a primeira competência lançada foi 12/2003. As razões do contribuinte não demonstram a improcedência do crédito. Não ficando configurada nem multa e nem juros excessivos ou ilegais na presente exação.

Entretanto, não se pode perder de vista o novo artigo 35, *caput*, da Lei 8.212/91 com a redação da Lei 11.941/2009, que determina a aplicação do artigo 61, da Lei 9.430/96, ou seja, multa moratória mais benéfica de no máximo 20%, enquanto que no velho artigo 35 esta era progressiva em função de cada fase do crédito no processo fiscal.

Desta forma, o artigo 106, II, “c”, da Lei 5.172/66 deve ser aplicado ante sua imperatividade, ainda, que de ofício, pois, assim, se cumpre o princípio da legalidade, artigo 37, *caput*, da CF/88.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto, voto pelo **NÃO CONHECIMENTO** do pedido de compensação do SAT, pois além de não ser competência deste órgão julgador a matéria, não haveria o que compensar, pois a recorrente só recolheu o que entendia devido, não havendo excesso de recolhimentos neste rubrica.

Entretanto, nas demais matérias expressas pelo contribuinte **CONHEÇO** do recurso para no mérito afastar sua incidência, tendo em vista que as alegações do contribuinte não encontram respaldo na legislação e nos fatos.

Porém, ainda, que **de ofício, DOU PROVIMENTO PARCIAL**, ao recurso para determinar a aplicação da nova multa moratória do artigo 35, *caput*, da Lei 8.212/91 em atendimento ao artigo 106, II, “c”, da Lei 5.172/66, como supramencionado, caso esta seja mais favorável ao contribuinte, situação a se perquirir na DRF no momento do pagamento ou parcelamento deste.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira.