



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

Processo nº	15215.720004/2012-10
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	2402-003.146 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de	16 de outubro de 2012
Matéria	REMUNERAÇÃO DE SEGURADOS: PARCELAS EM FOLHA DE PAGAMENTO
Recorrente	MUNICÍPIO DE DIVINO DAS LARANJEIRAS - PREFEITURA MUNICIPAL
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2007 a 30/12/2008

RESTITUIÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RE nº 566.621/RS)

A partir de 09/06/2005, portanto após término do *vacatio legis* da Lei Complementar nº 118/2005, o direito de pleitear a restituição ou realizar compensações de tributos lançados por homologação extingue-se em 5 (cinco) anos contados da data do pagamento, ainda que tenha sido realizado anteriormente à sua vigência.

JUROS DE MORA. SELIC. APLICAÇÃO

É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC.

INCONSTITUCIONALIDADE.

É vedado ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais afastar dispositivo de lei vigente sob fundamento de inconstitucionalidade.

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 voluntário que sejam excluídos do lançamento os valores relativos aos pagamentos efetivamente realizados a partir de 01/2002.

Julio Cesar Vieira Gomes – Presidente e Relator.

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Julio Cesar Vieira Gomes, Ana Maria Bandeira, Walter Murilo Melo Andrade, Ronaldo de Lima Macedo, Jhonatas Ribeiro da Silva e Nereu Miguel Ribeiro Domingues.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra decisão de primeira instância que julgou procedente o lançamento fiscal com ciência em 17/01/2012 em razão da glosa de compensações com supostos créditos de contribuições previdenciárias incidentes sobre subsídios de agentes políticos. Seguem transcrições da ementa e trechos do relatório/voto que compõem o acórdão recorrido:

COMPENSAÇÃO. JUROS SELIC.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEIS.

O procedimento de compensação é uma faculdade conferida ao contribuinte que deve comprovar de forma inequívoca ter dela se utilizado nos termos da lei.

Sobre as contribuições sociais em atraso incidem juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - Selic, aplicados sobre o valor atualizado.

Compete privativamente ao Poder Judiciário decidir acerca de inconstitucionalidade e/ou ilegalidade de leis.

...

Informa o auditor fiscal que o contribuinte compensou contribuições incidentes sobre valor pago a exercente de mandato eletivo (Lei 8.212/1991, artigo 12, inciso I, alínea "h"), sem, no entanto, observar os seguintes pré-requisitos:

-comprovação do efetivo recolhimento indevido;

-regularidade fiscal;

-prévia retificação de todas as GFIP em que foram informadas inicialmente as remunerações dos exercentes de mandato eletivo;

-prazo prescricional de cinco anos, a partir do pagamento indevido;

-decisão judicial definitiva transitada em julgado.

Observa a fiscalização no item 2.5.18, fl. 16, que o Município de Divino das Laranjeiras não possui processo judicial pleiteando à restituição dos valores arrecadados relativos a pagamentos efetuados aos agentes políticos.

...

Contra a decisão, o recorrente interpôs recurso voluntário, onde reitera as

Documentos assinados digitalmente em 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 24/11/2012 por JULIO CESAR VIEIRA GOMES, Assinado digitalmente em 24/11/2012 por JULIO CESAR VIEIRA GOMES

Impresso em 26/11/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Os agentes políticos devem ser restituídos das contribuições previdenciárias recolhidas indevidamente, desde que não sejam utilizadas para efeito de aposentadoria.

O INSS ignora os princípios constitucionais da legalidade, moralidade e da eficiência, indeferindo qualquer postulação, fundamentado em teses incompatíveis com o ordenamento jurídico.

A alegação de que a Emenda Constitucional 20/1998 teria sanado a inconstitucionalidade da alínea "h" do inciso I do artigo 12 da Lei 8.212/1991 resulta de um absurdo jurídico.

As normas tributárias devem ter segurança de orientação, ou seja, devem ser dotadas de clareza, simplicidade, univocidade e suficiência, a fim de que efetivamente exerçam a segurança que todos esperam. A Constituição Federal, em seu artigo 150, inciso I, é imperativa de que toda e qualquer espécie deve obedecer ao princípio da estrita legalidade.

É de rigor garantir a restituição das contribuições que vinham sendo descontadas mensalmente dos subsídios dos agentes políticos, diante da inexistência de previsão constitucional e infraconstitucional que lhes diga respeito diretamente, bem como pela clara ofensa ao princípio da proteção do direito de propriedade.

A incidência de contribuição sobre os subsídios dos agentes políticos só é devida a partir de 09/2004.

É preciso que o INSS respeite a decisão de inconstitucionalidade, deixando de lado a arrogância doutrinária e sigam as orientações do STF, o que evitaria novas ações judiciais, recursos protelatórios, gasto do dinheiro público, tempo, etc.

Seria mais acertado que o INSS desistisse de manter em debate matéria que já foi definitivamente declarada inconstitucional; todos os argumentos trazidos à tona pela autarquia federal já foram apreciados pelo Pretório Excelso, e rechaçados em sua totalidade;

insistir em afirmar a constitucionalidade da contribuição previdenciária dos agentes políticos é abusar do direito de defesa do contribuinte, além de clara afronta ao princípio constitucional da moralidade pública.

É impossível a constitucionalização superveniente, uma vez declarada inconstitucional, não mais voltará a ter validade a norma viciada.

Não é pertinente o argumento dos procuradores federais que, caso sua tese não seja acolhida, os maiores prejudicados seriam os segurados e seus dependentes que teriam protraído o direito à percepção dos correspondentes benefícios.

Os municípios só pleiteiam a devolução da contribuição patronal.

Recuperar a parcela do empregador não retira do agente político o direito de receber a contraprestação estatal pelo tempo que contribuiu, nem a restituição dos valores indevidamente exigidos irá, como alegam os procuradores federais, inviabilizar a Previdência Social, porém, a recuperação dos valores pelo município poderá dar ensejo a investimentos que efetivamente serão sentidos pelos municípios, garantindo a esses o acesso a alguns dos direitos sociais previstos na Constituição.

Faz ampla explanação sobre juros moratórios, taxa SELIC, cita os artigos 146 e 150, inciso I, da Constituição Federal, 161, § 1º, do CTN, para concluir que a matéria relativa a juro moratório é reservada à Lei Complementar e que a aplicação da taxa SELIC aos débitos fiscais é inconstitucional e ilegal.

Alega que o Código Tributário Nacional não veda a mera atualização do tributo, desde que o critério atualizador esteja previsto em lei, o mesmo ocorrendo com os juros de mora, que, na ausência de lei em sentido contrário, deve-se ater à taxa de 1% ao mês.

Diz que a SELIC é uma taxa de remuneração de capital investido. Quando o contribuinte deixa de recolher impostos e contribuições é obrigação do Fisco efetuar o lançamento e não agir como agente financeiro e cobrar juros. Elabora à fl. 116, quadro comparativo, calculando sobre uma dívida de R\$100,00 a aplicação de juros de 1% am. versus taxa SELIC, deduzindo pela evidência da natureza remuneratória da taxa SELIC, que tem o fim de recompensar o investidor que se dispõe a aplicar em títulos públicos com o ânimo de obter lucro, fim que não se compatibiliza com a atividade estatal de cobrar tributo.

Cita decisão dada na execução fiscal 11.281.725-8 pela Vara de Execuções Fiscais de São Paulo, fls. 116 a 118, onde o juiz considerou inconstitucional a cobrança de juros de mora com base na taxa SELIC, devendo estar os mesmos limitados ao artigo 161, § 1º, do CTN (aplicáveis a partir da mora) e decidiu pela aplicação da correção monetária conforme índices estabelecidos pela Tabela Prática do TJ do Estado de São Paulo.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Julio Cesar Vieira Gomes, Relator

Comprovado nos autos o cumprimento dos pressupostos de admissibilidade do recurso, passo ao exame das questões preliminares.

Quanto ao procedimento da fiscalização e formalização do lançamento também não se observou qualquer vício. Foram cumpridos todos os requisitos dos artigos 10 e 11 do Decreto nº 70.235, de 06/03/72, *verbis*:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Art. 11. A notificação de lançamento será expedida pelo órgão que administra o tributo e conterá obrigatoriamente:

I - a qualificação do notificado;

II - o valor do crédito tributário e o prazo para recolhimento ou impugnação;

III - a disposição legal infringida, se for o caso;

IV - a assinatura do chefe do órgão expedidor ou de outro servidor autorizado e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

O recorrente foi devidamente intimado de todos os atos processuais que trazem fatos novos, assegurando-lhe a oportunidade de exercício da ampla defesa e do contraditório, nos termos do artigo 23 do mesmo Decreto.

Art. 23. Far-se-á a intimação:

I - pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar;
(Redação dada pela Lei nº 9.532, de 10.12.1997)

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 10.12.1997)

III - por edital, quando resultarem improfícuos os meios referidos nos incisos I e II. (Vide Medida Provisória nº 232, de 2004)

A decisão recorrida também atendeu às prescrições que regem o processo administrativo fiscal: enfrentou as alegações pertinentes do recorrente, com indicação precisa dos fundamentos e se revestiu de todas as formalidades necessárias. Não contém, portanto, qualquer vício que suscite sua nulidade, passando, inclusive, pelo crivo do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

Art. 31. A decisão conterá relatório resumido do processo, fundamentos legais, conclusão e ordem de intimação, devendo referir-se, expressamente, a todos os autos de infração e notificações de lançamento objeto do processo, bem como às razões de defesa suscitadas pelo impugnante contra todas as exigências. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 9.12.1993).

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. NULIDADE DO ACÓRDÃO. INEXISTÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SERVIDOR PÚBLICO INATIVO. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. SÚMULA 188/STJ.

1. Não há nulidade do acórdão quando o Tribunal de origem resolve a controvérsia de maneira sólida e fundamentada, apenas não adotando a tese do recorrente.

2. O julgador não precisa responder a todas as alegações das partes se já tiver encontrado motivo suficiente para fundamentar a decisão, nem está obrigado a ater-se aos fundamentos por elas indicados “. (RESP 946.447-RS – Min. Castro Meira – 2ª Turma – DJ 10/09/2007 p.216).

Portanto, em razão do exposto e nos termos das regras disciplinadoras do processo administrativo fiscal, não se identificam vícios capazes de tornar nulo quaisquer dos atos praticados:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Superadas as questões preliminares para exame do cumprimento das exigências formais, passo à apreciação do mérito.

No mérito

No presente caso, a recorrente realizou pagamentos indevidos antes da vigência da LC nº 118/2005, porém iniciou a compensação a partir de 01/2007; portanto, após o término de seu *vacatio legis*, em 08/06/2005.

Apesar da jurisprudência pacífica do STJ no sentido de que se aplicaria o prazo de 10 anos para os pagamentos realizados antes da LC nº 118/2005, limitado a 5 anos de sua vigência, o STF, instado a examinar a matéria, acabou por inovar a regra de fixação do termo *a quo*. Segundo o entendimento de nossa Suprema Corte, ainda que os pagamentos sejam anteriores a vigência da Lei Complementar nº 118/2005, seria necessário o requerimento ou ajuizamento até o dia 08/06/2005, término do *vacatio legis*, para que se aplicasse o prazo de 10 anos:

STF- RECURSO EXTRAORDINÁRIO RE 566621 RS (STF)

*DIREITO TRIBUTÁRIO -LEI INTERPRETATIVA -APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005 - DESCABIMENTO -VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA - NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA VACACIO LEGIS - APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005. Quando do advento da LC 118/05, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN. A LC 118/05, embora tenha se auto-proclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido. Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova. Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação. A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça. Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a *vacatio legis*, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal. O prazo de *vacatio legis* de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos. Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/08, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário. Reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005.*

*Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC aos recursos sobreestados.
Recurso extraordinário desprovido.*

Portanto, deve ser aplicado ao caso o prazo de 5 anos. Com isso, estariam alcançados pela prescrição todos os pagamentos realizados até 12/2001. Entendo que o início da compensação interrompe o prazo prescricional; sobretudo pelo fato de que o contribuinte deve observar como limite o montante da contribuição a ser paga no mês e, considerando que as compensações foram realizadas no período de vigência do §3º do artigo 89 da Lei 8.212/91, posteriormente revogado pela Medida Provisória 449/2008, ainda estava sujeito ao limite de 30% da contribuição devida.

Afora a prescrição como motivo para a glosa da compensação, foram trazidas outras razões:

- a) comprovação do efetivo recolhimento indevido;*
- b) regularidade fiscal;*
- c) prévia retificação de todas as GFIP em que foram informadas inicialmente as remunerações dos exercentes de mandato eletivo;*
- d) prazo prescricional de cinco anos, a partir do pagamento indevido;*
- e) decisão judicial definitiva transitada em julgado.*

Todas com base no artigo 4º da Portaria MPS nº 133/2006 e no artigo 6º da Instrução Normativa IN MPS/SRP nº 15, de 12/9/2006:

Art. 4º Eventual compensação ou pedido de restituição por parte do ente federativo observará as seguintes condições:

I - será precedido de retificação da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e de Informações à Previdência Social - GFIP;

II - quando envolver valores descontados, será necessariamente precedido de declaração do exercente de mandato eletivo de que está ciente que esse período não será computado no seu tempo de contribuição para efeito de benefícios de Regime Geral de Previdência Social, bem como da comprovação de devolução dos recursos ao segurado ou de autorização deste; e

III- obedecerá ao prazo prescricional previsto em lei.

...

Art. 6º É facultado ao ente federativo, observado o disposto no art. 3º, compensar os valores pagos à Previdência Social com base no dispositivo referido no art. 1º, observadas as seguintes condições:

I - a compensação deverá ser precedida de retificação das GFIP, para excluir destas todos os exercentes de mandato eletivo informados, bem como, a remuneração proporcional ao período

de 1º a 18 na competência setembro de 2004 relativa aos referidos exercentes;

II - deverá ser realizada com contribuições previdenciárias declaradas em GFIP;(Nova redação dada pela IN RFB Nº 909, DE 14/01/2009)

Redação Original:

~~II - deverá ser realizada com contribuições sociais arrecadadas pela SRP para a Previdência Social;~~

III - o ente federativo deverá estar em situação regular, considerando todos os seus órgãos e obras de construção civil executadas com pessoal próprio, em relação às contribuições sociais previstas nas alíneas "a", "b" e "c" do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212, de 1991, e das contribuições instituídas a título de substituição;(Nova redação dada pela IN RFB Nº 909, DE 14/01/2009).

Redação Original:

~~III - o ente federativo deverá estar em situação regular, considerando todos os seus órgãos e obras de construção civil executadas com pessoal próprio, em relação a débitos objeto de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD, cuja exigibilidade não esteja suspensa, de Lançamento de Débito Confessado - LDC, de Lançamento de Débito Confessado em GFIP - LDCG e de Débito Confessado em GFIP - DCG;~~

IV - o ente federativo deverá estar em dia com parcelas relativas a acordos de parcelamento de contribuições objeto dos lançamentos de que trata o inciso III, considerados todos os seus órgãos e obras de construção civil executadas com pessoal próprio;

V - somente é permitida a compensação de valores que não tenham sido alcançados pela prescrição;

VI - a compensação somente poderá ser realizada em recolhimento de importância correspondente a períodos subseqüentes àqueles a que se referem os valores pagos com base na alínea "h" do inciso I do art. 12 da Lei 8.212, de 1991, acrescentada pelo § 1º do art. 13 da Lei nº 9.506, de 1997; e VII - (Revogado pela IN RFB Nº 909, DE 14/01/2009)

Quanto aos motivos nos itens "b" e "c", a exigência somente veio com a IN RFB Nº 909, de 14/01/2009, quando já haviam sido realizadas as compensações, portanto não poderiam ser aplicadas retroativamente.

Quanto aos motivos nos itens "d" e "e", conforme aqui examinado o STF decidiu definitivamente a matéria quanto a prescrição apenas para os pagamentos, no caso, realizados até 12/2001, inclusive. Assim, em razão do artigo 26-A do Decreto nº 70.235/72, a tese do STF deve ser aplicada ao presente caso, independentemente do ajuizamento de ação individual pelo recorrente:

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)

...

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

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

Por fim, quanto a comprovação do efetivo recolhimento, mais do que exigência ou condição, é elemento indissociável do direito. Não se restitui ou se compensa o que não foi pago. Conforme relatório fiscal houve comprovação de pagamentos para alguns meses e outros não. Uma vez examinada e decidido sobre os outros motivos da negativa do direito, deve agora ser feita a verificação detalhada dos pagamentos indevidos no período de 01/2002 em diante para que seja retificado o lançamento.

SELIC

Ressalta-se que recentemente o Supremo Tribunal decidiu pela constitucionalidade da incidência da taxa SELIC para fins de acréscimos legais de tributos:

RE 582461 / SP - SÃO PAULO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 18/05/2011 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-158 DIVULG 17-08-2011 PUBLIC 18-08-2011 EMENT VOL-02568-02 PP-00177 Parte(s) RELATOR : MIN. GILMAR MENDES RECTE.(S) : JAGUARY ENGENHARIA, MINERAÇÃO E COMÉRCIO LTDA ADV.(A/S) : MARCO AURÉLIO DE BARROS MONTENEGRO E OUTRO(A/S) RECDO.(A/S) : ESTADO DE SÃO PAULO PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO INTDO.(A/S) : UNIÃO PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

Ementa 1. Recurso extraordinário. Repercussão geral. 2. Taxa Selic. Incidência para atualização de débitos tributários. Legitimidade. Inexistência de violação aos princípios da legalidade e da anterioridade. Necessidade de adoção de critério isonômico. No julgamento da ADI 2.214, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 19.4.2002, ao apreciar o tema, esta Corte assentou que a medida traduz rigorosa igualdade de tratamento entre contribuinte e fisco e que não se trata de imposição tributária. 3. ICMS. Inclusão do montante do tributo em sua própria base de cálculo. Constitucionalidade. Precedentes. A base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação da circulação de mercadorias (art. 155, II, da CF/1988, c/c arts. 2º, I, e 8º, I, da LC 87/1996), inclui o próprio montante do ICMS incidente, pois ele faz parte da importância paga pelo comprador e recebida pelo vendedor na operação. A Emenda Constitucional nº 33, de 2001, inseriu a alínea “i” no inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, para fazer constar que cabe à lei complementar “fixar a base de cálculo; de modo que o montante do imposto a integrar, também

na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço". Ora, se o texto dispõe que o ICMS deve ser calculado com o montante do imposto inserido em sua própria base de cálculo também na importação de bens, naturalmente a interpretação que há de ser feita é que o imposto já era calculado dessa forma em relação às operações internas. Com a alteração constitucional a Lei Complementar ficou autorizada a dar tratamento isonômico na determinação da base de cálculo entre as operações ou prestações internas com as importações do exterior, de modo que o ICMS será calculado "por dentro" em ambos os casos. 4. *Multa moratória. Patamar de 20%. Razoabilidade. Inexistência de efeito confiscatório. Precedentes. A aplicação da multa moratória tem o objetivo de sancionar o contribuinte que não cumpre suas obrigações tributárias, prestigiando a conduta daqueles que pagam em dia seus tributos aos cofres públicos. Assim, para que a multa moratória cumpra sua função de desencorajar a elisão fiscal, de um lado não pode ser pífia, mas, de outro, não pode ter um importe que lhe confira característica confiscatória, inviabilizando inclusive o recolhimento de futuros tributos. O acórdão recorrido encontra amparo na jurisprudência desta Suprema Corte, segundo a qual não é confiscatória a multa moratória no importe de 20% (vinte por cento).* 5. *Recurso extraordinário a que se nega provimento.*

*Decisão O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, conheceu do recurso extraordinário, contra o voto da Senhora Ministra Cármen Lúcia, que dele conhecia apenas em parte. No mérito, o Tribunal, por maioria, negou provimento ao recurso extraordinário, contra os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello. Votou o Presidente, Ministro Cesar Peluso. Em seguida, o Presidente apresentou proposta de redação de súmula vinculante, a ser encaminhada à Comissão de Jurisprudência, com o seguinte teor: "É constitucional a inclusão do valor do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS na sua própria base de cálculo." Falaram, pelo recorrido, o Dr. Aylton Marcelo Barbosa da Silva, Procurador do Estado e, pelo *amicus curiae*, a Dra. Cláudia Aparecida de Souza Trindade, Procuradora da Fazenda Nacional. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa e, em viagem oficial à Federação da Rússia, o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski.*

Plenário, 18.05.2011.

A recorrente, embora tenha declarado em seus documentos como devidas as contribuições, insurge-se contra a cobrança em tese – seriam inconstitucionais os dispositivos legais.

No entanto, o artigo 26-A do Decreto nº 70.235/72 restringe a atuação do órgão administrativo no sentido de afastar dispositivo legal vigente:

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.

Por tudo, voto por dar provimento parcial ao recurso voluntário que sejam excluídos do lançamento os valores relativos aos pagamentos efetivamente realizados a partir de 01/2002.

É como voto.

Julio Cesar Vieira Gomes