



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

Processo nº 19515.004004/2010-75
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2803-003.630 – 3ª Turma Especial
Sessão de 10 de setembro de 2014
Matéria CP: AUTO DE INFRAÇÃO: GFIP. FATOS GERADORES.
Recorrente FIDELIDADE CONSULTORIA EM INFORMÁTICA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL.

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Data do fato gerador: 24/11/2010

CONEXÃO. AUTOS LANÇADOS EM UM ÚNICO PROCEDIMENTO FISCAL. INEXISTÊNCIA. OS AUTOS REPUTADOS CONEXOS EXIGEM TRIBUTOS DISTINTOS E MULTA TRIBUTÁRIAS DE DIFERENTES ORIGENS. REGIME TRIBUTÁRIO DO LUCRO PRESUMIDO. DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS EM PARCELA SUPERIOR AO LIMITE LEGAL. AUSÊNCIA DE CONTABILIDADE REGULAR. LIVRO CAIXA. AUSÊNCIA DE REGISTRO DE TODA MOVIMENTAÇÃO. SELIC APLICABILIDADE RECONHECIDA PELO STJ E STF. SUSPENSÃO DOS JUROS MORATÓRIOS NO CURSO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL DA SUSPENSÃO AO CONTRÁRIO DO ALEGADO EXISTENTE PREVISÃO LEGAL PARA A COBRANÇA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA E IGUALDADE DE TRATAMENTO CONTRIBUINTE/FISCO, VISANDO EVITAR LESÃO AO BEM DA SOCIEDADE.

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, para aplicação do artigo 32 - A, I, da Lei 8.212/91 na redação dada pela Lei 11.941/2009, se mais benéfica, conforme o momento do pagamento, parcelamento ou execução.

(Assinado digitalmente).

Helton Carlos Praia de Lima. -Presidente

Processo nº 19515.004004/2010-75
Acórdão n.º **2803-003.630**

S2-TE03
Fl. 415

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira. - Relator

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

Relatório

O presente Processo Administrativo Fiscal – PAF encerra o Auto de Infração de Obrigação Acessória - AIOA - DEBCAD 37.255.846-1 - CFL.68, em razão de apresentar a empresa o documento a que se refere a Lei 8.212, de 24.07.91, art. 32, inciso IV, parágrafo 3º, acrescentados pela Lei n. 9.528, de 10.12.97, com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, conforme previsto na Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 32, IV, parágrafo 5º., também, acrescentado pela Lei 9.528, de 10.12.97, combinado com o art. 225, IV e parágrafo 4º., do Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 06.05.99, conforme Relatório Fiscal da Infração – REFISC, de fls. 11 e 12, com período de apuração de 01/2006 a 12/2006, segundo consta do Mandado de Procedimento Fiscal - MPF, de fls. 01.

O sujeito passivo foi cientificado da autuação, em 29/04/2010, conforme AR, de fls. 26.

O contribuinte apresentou petição de defesa, as fls. 252, recebida, em 25/12/2010, com razões impugnatórias acostadas, as fls. 253 a 256, acompanhada dos documentos, de fls. 257 a 283.

A defesa foi considerada tempestiva, fls. 318 e 319.

O órgão julgador de primeiro grau emitiu o Acórdão Nº 16-38.792 - 11ª, Turma DRJ/RJ1, em 15/05/2012, fls. 347 a 368.

No qual a impugnação foi considerada improcedente.

O contribuinte tomou conhecimento desse decisório, em 11/12/2012, conforme Termo de Ciência, de fls. 375.

Irresignado o contribuinte impetrou o Recurso Voluntário, petição de interposição, as fls. 379, recebida, em 09/01/2013, carimbo de recepção, de fls. 379, com razões recursais, as fls. 380 a 409, desacompanhado de qualquer documento.

Mérito.

- que há conexão entre os autos Nº 19515.003987/2010-22 – DEBCAD 37.255.844-5; Nº 19515.00406/2010-64 – DEBCAD 37.255.847-0 – CFL.35, Nº 19515.004012/2010-11, multa isolada IRRF e Nº 19515.003426/2010-23, IRPJ e reflexos, o que foi reconhecido pela DRJ, bem como por terem sido emitidos na mesma ação fiscal determinada pelo MPF;
- que a análise pela DRJ, ainda, que indireta das alegações da defesa apresentada no processo 19515.004012/2010-11 demonstra a conexão, não sendo o lucro distribuído aos sócios pró-labore o crédito é improcedente;

- que a aplicação da multa por descumprimento de obrigação acessória é improcedente, pois os lucros distribuídos não são remuneração pró-labore e assim não poderiam constar da GFIP, bem como foram apuradas em procedimento fiscal, só podendo ser declaradas depois de apuradas pelo fisco;
- que a distribuição dos lucros está pautada nas demonstrações contábeis e na legislação que regem a matéria, devendo a julgadora observar as prescrições dos artigos 1.179 a 1.182; 1.188 e 1.189 da Lei 10.406/2002, pois o balanço e a DRE correspondem ao extrato de todos os fatos econômicos/financeiros da empresa, sendo que no PL, tem-se o capital subscrito, o lucro apurado e as reservas de lucros, observando-se que cabe a aplicação ao caso da Lei 6.404/76, podendo o valor de lucro distribuído ser maior que o presumido se o lucro contábil for superior ou se houver reserva de lucro nos exercícios anteriores, sendo o lucro a essência de qualquer empreendimento;
- que os serviços são prestados pela próprios sócios, não impedido que esses apesar das disposições societárias prefiram abdicarem do pró-labore, em prol da distribuição de lucros, pois essa é isenta de tributação, sendo tal imputação improcedente, pois reflexa, com íntima relação com os demais procedimentos citados;
- que com base na Lei 9.784/99 o cidadão contribuinte pode buscar todos os meios de provas lícitas, requerer diligências, perícias, juntar novos elementos e etc;
- que a taxa SELIC não deve ser aplicada ao presente, devendo os juros moratórios serem limitados a 1% ao mês;
- que os juros moratórios não devem incidir no curso do processo administrativo, sendo que o artigo 27, do Decreto 70.235/72, na redação da Lei 9.532/97 diz que os processos serão julgados na ordem e nos prazos estabelecidos em ato do Secretário da Receita Federal, o que foi disciplinado pela PT 454/2004;
- Dos requerimentos e requerimentos: a) que a razões de mérito sejam acolhidas, reconhecendo-se a improcedência da autuação; b) que acaso mantido o lançamento, ainda, que parcialmente, seja afastada a aplicação da SELIC; c) que a incidência dos juros moratórios seja suspensos no curso do contencioso; d) protesta pela produção de novos argumentos de fato e direito, provas, diligência, perícias, se necessárias.

A autoridade preparadora considerou o recurso tempestivo, fls. 411 e 412.

O processo foi remetido ao CARF, fls. 412.

Os autos foram sorteados e distribuídos a esse conselheiro, em 20/03/2014,

Lote 01, fls. 413.

Processo nº 19515.004004/2010-75
Acórdão n.º **2803-003.630**

S2-TE03
Fl. 418

É o Relatório.

CÓPIA

Voto

Conselheiro Eduardo de Oliveira.

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

Mérito.

Ao contrário do que alega a recorrente a I. Relatora em momento algum reconheceu a existência conexão ou íntima relação entre os autos emitidos em função de um único procedimento fiscal, basta ler o que a seguir está transcrito.

Ante todo o exposto, o presente Auto de Infração constitui lançamento autônomo e independente do contido no processo nº 19515.004012/201011, e encontra-se revestido das formalidades legais, gozando de liquidez e certeza, estando de acordo com os dispositivos legais e normativos que disciplinam o assunto, consoante o disposto nos artigos 2º e 3º da Lei n.º 11.457, de 16/03/2007, e artigo 293 do Regulamento da Previdência Social (RPS), aprovado pelo Decreto n.º 3.048, de 06/05/1999, tendo sido formulado de modo que a Autuada tivesse pleno conhecimento de seu conteúdo, para que pudesse exercer seu direito à ampla defesa, observados os princípios da motivação e da legalidade dos atos administrativos.

Não devem ser atendidos, portanto, os pedidos da Impugnante, de decretação de nulidade ou de improcedência, de apensação do presente AI ao processo nº 19515.004012/201011, de afastamento da aplicação da Taxa SELIC, e de não incidência de juros moratórios até a decisão final na esfera administrativa. (os realces são meus).

Além do que dito acima, a contribuição previdenciária não é reflexo de IRPJ ou IRRF, pois o fato gerador e a base de cálculo destes e da contribuição social previdenciária são distintas, como consta to artigo 195, I, “a” e II, em relação a contribuição previdenciária.

A decisão de primeiro grau apenas faz menção a defesa apresentada no processo 10.915.004012/2010-11, para esclarecer que a defesa transposta do citado processo para esse, fls. 285 a 311, não interessa a esses autos, não havendo razão para a apensação dos autos.

Desse modo, não deve ser acatado o pedido da Impugnante de que o presente processo seja apensado ao de nº 19515.004012/201011, pois são processos administrativo fiscais autônomos.

A impugnação apresentada no Processo Administrativo Fiscal 19515.004012/201011, a qual a autuada requer que seja considerada como parte integrante da contestação ao presente

AI, já foi exaustivamente analisada e a incidência das contribuições previdenciárias da parte da empresa e dos segurados contribuintes individuais sobre tais valores a título de pró-labore, correspondentes a valores de lucro distribuídos acima do limite permitido na sistemática do lucro presumido, foi decidida nos autos dos Processos Administrativos Fiscais nº 19515.003987/201022 e nº 19515.004001/201031, nos termos dos Acórdãos nº 1638.790 e nº 1638.791, respectivamente proferido pela 11ª Turma da DRJ/SP I, na sessão de 15/05/2012, que julgaram as impugnações improcedentes e mantiveram o crédito tributário lançado, conforme trechos abaixo transcritos:

O Termo de Constatação e Intimação Fiscal - TCFI, de fls. 228 a 232, é esclarecedor quanto ao fato de a distribuição de lucros, ter sido promovida acima do limite legal, bem como da inexistência de contabilidade regular, de distribuição de lucros acima do permitido em lei, observe-se a transcrição.

2.4.2 - Considerando-se que a empresa adota o regime de tributação pelo lucro presumido, apresentou o livro Caixa sem contemplar toda a movimentação financeira, não possui escrituração contábil, informou que os pagamentos eram transferências a título de distribuição de lucros aos sócios, não possuía empregados, o serviço era prestado pelos próprios sócios e que os lucros diminuídos de todos os impostos e contribuições excede o valor distribuído, concluímos que a empresa deveria reter na fonte o imposto de renda incidente sobre os valores distribuídos a maior, além de tributá-los para efeito das contribuições previdenciárias e para outras entidades e fundos.

2.4.3 - Na tabela a seguir constam os valores dos lucros apurados trimestralmente, os lucros a distribuir e os distribuídos efetivamente, resultando nos valores distribuídos além do permitido:

Trimestre	1º	2º	3º	4º	Total
(=) Lucro Presumido	55.373,48	44.234,01	33.103,53	44.786,37	177.497,39
(-) Tributos Correspondentes					
IRPJ	8.306,02	6.635,10	4.965,52	6.717,95	26.624,59
CSLL	4.993,61	3.981,06	2.979,31	4.030,77	15.974,75
PIS	1.124,76	898,48	672,40	909,72	3.605,36
COFINS	5.191,25	4.146,92	3.103,43	4.198,71	16.640,31
(=) Lucros a Distribuir	35.767,84	28.572,45	21.382,87	28.929,22	114.652,38
Lucros distribuídos (constam nos extratos bancários como pagamento de Salários)	147.163,08	113.424,59	86.274,13	106.463,28	453.325,08
Valores distribuídos a maior	111.395,24	84.852,14	64.891,26	77.534,06	338.672,70

2.4.4 - Foram verificados mensalmente quando os lucros distribuídos excederiam o apurado trimestralmente e, a partir do qual, estariam sendo distribuídos a maior:

Competência	Lucros distribuídos	Lucros a distribuir	Valores distribuídos a maior
01/2006	R\$ 43.923,99	R\$ 35.767,84	R\$ 8.156,15
02/2006	R\$ 56.840,79		R\$ 56.840,79
03/2006	R\$ 46.398,30		R\$ 46.398,30
04/2006	R\$ 45.001,70	R\$ 28.572,45	R\$ 16.429,25
05/2006	R\$ 34.147,68		R\$ 34.147,68
06/2006	R\$ 34.275,21		R\$ 34.275,21
07/2006	R\$ 31.971,17	R\$ 21.382,87	R\$ 10.588,30
08/2006	R\$ 30.375,28		R\$ 30.375,28
09/2006	R\$ 23.927,68		R\$ 23.927,68
10/2006	R\$ 27.038,96	R\$ 28.929,22	R\$ 0,00
11/2006	R\$ 31.981,54		R\$ 30.091,28
12/2006	R\$ 47.442,78		R\$ 47.442,78

É irrelevante o fisco só ter verificado a existência de parcelas que deveriam ter sido declaradas e que não foram após o período de declaração das GFIP's, pois cabe ao

contribuinte nos termos da lei identificar todos os fatos geradores da contribuição previdenciária incluindo-as em folhas de pagamento, escrituração contábil e GFIP, artigo 32, I, II, IV da Lei 8.212/91 c/c o artigo 225, I, II, IV, parágrafos 13 a 17, do Regulamento da Previdência Social – RPS apenso ao Decreto 3.048/99.

O agente fiscal asseverou que a empresa não possui escrituração contábil livro Diário e Razão, mas apenas livro Caixa é o que consta dos presentes autos no TCFI, de fls. 243 e 244, veja a transcrição.

A ação fiscal teve início com a ciência do Termo de Início da Ação Fiscal em 29/04/2010, onde foram solicitados ao contribuinte a apresentação do contrato social e alterações, Livros Diário/Razão/Caixa/Prestação de Serviços do período de 2006 e extratos bancários do período de 2006.

Diante da falta de apresentação dos mesmos, foi emitido o Termo de Reintimação Fiscal, cuja ciência se deu em 26/05/2010.

De posse dos extratos bancários e considerando que a movimentação financeira não estava escriturada em seu Livro Caixa, relacionamos todos os valores creditados em sua conta bancária e intimamos o contribuinte a comprovar a origem dos mesmos com documentos hábeis e idôneos.

No Termo de Verificação Fiscal – TVF, de fls. 218 a 221, o agente lançador informa o que segue.

*O contribuinte entregou, em 14/06/2007, a DIPJ 2007, na forma de tributação com base no Lucro Presumido, **ZERADA**. (grifo do original).*

O contribuinte foi intimado em 29/04/2010 e reintimado em 26/05/2010, através do Termo de Início do Procedimento Fiscal e Termo de Reintimação Fiscal, respectivamente, a apresentar livros Diário e Razão/Livro Caixa, livro de Prestação de Serviços, contrato social e alterações e extratos bancários que deram origem à movimentação financeira junto ao Unibanco.

O contribuinte apresentou o Livro Caixa e cópias dos extratos bancários do UNIBANCO, Ag. 7335-c/c 102916-7, do ano calendário de 2006.

Deixou evidente o agente fiscal que a recorrente não possui contabilidade regular e nem que seu livro caixa registra a movimentação financeira e assim não pode tal instrumento ser utilizado para demonstrar a existência de lucro acima do que a lei autoriza presumir.

Aliás, assevera o agente lançador que a empresa informou para 2006 DIPJ zerada sem expressão monetária.

Irrelevante a citação das normas sobre escrituração, pois segundo consta a escrituração da empresa Livro Caixa é deficiente e não registra o movimento real.

O agente lançador não discordou de que os serviços são prestados pelos sócios ao contrário consignou tal fato em várias de seus escritos.

Uma vez previsto e estipulado no contrato social o pagamento de pró-labore só é possível excluir tal previsão por meio de uma alteração contratual, pois a reserva mental não produz efeitos no mundo jurídico e só por meio desse instrumento se pode modificar a previsões estatutárias.

Lei 10.406/2002

Art. 110. A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento.

Ficou esclarecido linha atrás que o presente lançamento nada tem de reflexo, pois seus pressupostos e critérios são outros e não se confundem com os do IRPJ ou IRRF.

Nos termos do artigo 16, IV, bem como seu parágrafo 4º, do Decreto 70.235/72 todos os elementos de provas, diligência, perícias e etc devem ser requeridas, suscitadas e apresentadas no momento da impugnação.

A lei suscitada pela recorrente não se aplica ao PAF federal, uma vez que esse tem regramento próprio, veja a decisão colacionada.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL FEDERAL. PEDIDO ADMINISTRATIVO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO PARA DECISÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO DA LEI 9.784/99. IMPOSSIBILIDADE. NORMA GERAL. LEI DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DECRETO 70.235/72. ART. 24 DA LEI 11.457/07. NORMA DE NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A duração razoável dos processos foi erigida como cláusula pétrea e direito fundamental pela Emenda Constitucional 45, de 2004, que acresceu ao art. 5º, o inciso LXXVIII, in verbis:

"a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação."

2. A conclusão de processo administrativo em prazo razoável é corolário dos princípios da eficiência, da moralidade e da razoabilidade. (Precedentes: MS 13.584/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 26/06/2009; REsp 1091042/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 21/08/2009; MS 13.545/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 29/10/2008, DJe 07/11/2008; Resp 690.819/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/02/2005, DJ 19/12/2005)

3. O processo administrativo tributário encontra-se regulado pelo Decreto 70.235/72 - Lei do Processo Administrativo Fiscal-, o que afasta a aplicação da Lei 9.784/99, ainda que ausente, na lei específica, mandamento legal relativo à fixação de prazo razoável para a análise e decisão das petições, defesas e recursos administrativos do contribuinte.

4. Ad argumentandum tantum, dadas as peculiaridades da seara fiscal, quiçá fosse possível a aplicação analógica em matéria tributária, caberia incidir à espécie o próprio Decreto 70.235/72, cujo art. 7º, § 2º, mais se aproxima do thema judicandum, in verbis:

"Art. 7º O procedimento fiscal tem início com: (Vide Decreto nº 3.724, de 2001)

I - o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificado o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto;

II - a apreensão de mercadorias, documentos ou livros;

III - o começo de despacho aduaneiro de mercadoria importada.

§ 1º O início do procedimento exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos anteriores e, independentemente de intimação a dos demais envolvidos nas infrações verificadas.

§ 2º Para os efeitos do disposto no § 1º, os atos referidos nos incisos I e II valerão pelo prazo de sessenta dias, prorrogável, sucessivamente, por igual período, com qualquer outro ato escrito que indique o prosseguimento dos trabalhos."

5. A Lei nº 11.457/07, com o escopo de suprir a lacuna legislativa existente, em seu art. 24, preceituou a obrigatoriedade de ser proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo dos pedidos, litteris:

"Art. 24. É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte."

6. Deveras, ostentando o referido dispositivo legal natureza processual fiscal, há de ser aplicado imediatamente aos pedidos, defesas ou recursos administrativos pendentes.

7. Destarte, tanto para os requerimentos efetuados anteriormente à vigência da Lei 11.457/07, quanto aos pedidos protocolados após o advento do referido diploma legislativo, o prazo aplicável é de 360 dias a partir do protocolo dos pedidos (art. 24 da Lei 11.457/07).

8. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

9. Recurso especial parcialmente provido, para determinar a obediência ao prazo de 360 dias para conclusão do procedimento sub judice. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. RESP 1.138.206 – RS. Min. Relator Luiz Fux, data 09.08.2010 (o destaque é meu).

A utilização da taxa SELIC é absolutamente admitida e normal na esfera tributária. O artigo 35, 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 (STF) 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)

Assim, não há razão para a exclusão dos juros SELIC.

Inicialmente, pode-se dizer que não há previsão legal para a suspensão da fluência dos juros moratórios no curso do PAF e a Administração do qual o fisco é parte só pode agir na existência de previsão legal, artigo 37, *caput*, da CRFB/88.

Ademais, a lei manda aplicar o juros até o mês anterior ao pagamento, veja o texto.

Artigo 61, da Lei 9.430/96

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento. (Vide Lei nº 9.716, de 1998)

Por fim, e não menos importante por uma questão de isonomia e igualdade das partes, nos termos da CRFB/88, pois o contribuinte, também, pode esperar até o limite legal para pleitear restituição, compensação ou reembolso e tendo o valor corrigido, sem que o fisco nada tenha feito para isso.

Art. 89, da Lei 8.212/91.

§ 4º O valor a ser restituído ou compensado será acrescido de juros obtidos pela aplicação da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, a partir do mês subsequente ao do pagamento indevido ou a maior que o devido até o mês anterior ao da compensação ou restituição e de 1% (um por cento) relativamente ao mês em que estiver sendo efetuada. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

O CARF é órgão do Ministério da Fazenda fora da estrutura da RFB e assim não se subordina as determinações do secretário daquele órgão, aplicando-se, exclusivamente, as DRJ a prioridade de distribuição e não de julgamento, bem como a violação a tal previsão em nada afeta o crédito, pois esse não deixa de existir em razão do passagem do tempo.

Indefiro o pedido de produção de novas provas, perícias, diligências e novos argumentos, pois um vez julgados o recurso voluntário, tal providência seria inócua, bem como tal pedido encontra limite no artigo 16, do Decreto 70.235/72.

Assim sendo, rejeito todos os pedidos da recorrente.

Todavia, reconheço que a aplicação da multa como estabelecida no auto de infração fere o espírito da nova lei, pois a pena que era estipulada no artigo 32, parágrafo 5º, com a limitação do parágrafo 4º, tudo da Lei 8.212/91 na redação anterior, passou a ter outro patamar, conforme nova sistemática introduzida pelo artigo 32, A, I, da Lei 8.212/91 na redação da Lei 11.941/2009.

Assim sendo, nos termos do artigo 106, II, “c”, da Lei 5.172/66 deve a multa ser recalculada na forma estabelecida em lei, como acima declinado e sem levar em consideração o cálculo da PT Conjunta PGFN/RFB 14/2009.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto voto por conhecer do recurso, para no mérito, dar-lhe provimento parcial para aplicação do artigo 32 – A – I, da Lei 8.212/91 na redação dada pela Lei 11.941/2009, se mais benéfica, conforme o momento do pagamento, parcelamento ou execução.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira.