



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

Processo nº 35232.000460/2007-73
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2803-001.011 – 3ª Turma Especial
Sessão de 29 de setembro de 2011.
Matéria CP: CESSÃO DE MÃO DE OBRA: RETENÇÃO. EMPRESAS EM GERAL.
Recorrente HOSPITAL DO CORAÇÃO DE NATAL LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/2002 a 01/09/2006

NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO - RETENÇÃO 11%.

NOTIFICAÇÃO FISCAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. PERÍCIA DESNECESSIDADE. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO E DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICADOS E RESPEITADOS. REJEIÇÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. MULTA DENTRO DOS LIMITES LEGAIS. CONFISCO. INOCORRÊNCIA. SELIC. POSSIBILIDADE. ANATOCISMO. INEXISTÊNCIA.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Relator(a).

(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, Amílcar Barca Teixeira Junior, Gustavo Vettorato, Wilson Antonio de Souza Correa

Relatório

A presente Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD – DEBCAD 37.053.997-4, objetiva o lançamento de contribuições sociais previdenciárias em razão das remunerações pagas devidas ou creditadas aos trabalhadores, decorrente da prestação de serviços com cessão de mão de obra, conforme Relatório Fiscal da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – REFISC – NFLD, de fls. 39 a 41, com período de apuração de 05/2002 a 08/2006, conforme Mandado de Procedimento Fiscal – MPF, de fls. 29.

O sujeito passivo foi cientificado da notificação, em 23/02/2007, Folha de Rosto do Auto de Infração – FR, fls. 01.

O contribuinte apresentou sua defesa/impugnação, em 12/03/2007, as fls. 46 a 61, a qual foi acompanhada dos documentos, de fls. 62 a 88.

A defesa foi considerada tempestiva, fls. 89.

O órgão julgador de primeiro grau emitiu a Decisão-Notificação – DN Nº 18.401.4/0073/2007, fls. 90 a 102, em 29/03/2007. Na qual a autuação foi considerada procedente.

O contribuinte tomou conhecimento desse decisório, em 17/04/2007, AR, fls. 104.

Irresignado o contribuinte impetrou o Recurso Voluntário, fls. 107, espelho protocolo SIPPS, com petição e razões recursais, as fls. 108 a 124, desacompanhado de qualquer documento, onde alega em síntese.

Preliminarmente –

- Que o recurso é tempestivo;
- Que o depósito recursal é inconstitucional;
- Que na decisão guerreada o julgador alegou não poder tecer comentários sobre a inconstitucionalidade de normas e nem tão pouco sobre a desproporcionalidade da multa;
- Que os requisitos para a realização de perícia não foram cumpridos, indeferindo a mesma e isto caracteriza cerceamento de defesa;
- Que houve cerceamento de defesa, pois a NFLD só poderia ter sido lançada, após decisão no AI;
- Que nada falou sobre a multa moratória e seu caráter de confisco, da SELIC, do anatocismo;

-
- Que o contribuinte não concorda com a decisão de primeiro grau e interpõe o presente recurso para que o CRPS declare a improcedência da notificação
 - Que a principal alegação do fisco é a de ter supostamente deixado a empresa de recolher as contribuições sobre notas fiscais ou faturas de prestação de serviços de cooperados por intermédio de cooperativas;
 - Que duas são as alegações principais das defesas, julgamento da notificação antes dos dois AIs que elenca;
 - Que tal conduta fere a ampla defesa, contraditório e devido processo legal;
 - Que os autos de infração são arbitrários, sendo a multa estipulada por critério matemático em razão do número de funcionários, tendo sido sanadas as irregularidades se existentes e que negar perícia é cerceamento de defesa;

Mérito –

- Que o contribuinte tem o direito de defesa para contestar o Auto de Infração e o procedimento fiscal, instaurando a fase litigiosa, segundo garantia constitucional;
- Que houve supressão do devido processo legal, pois a defesa prévia apresentada no AI 37.053.994-0 não foi julgada, mas a notificação foi expedida;
- Que a CF trouxe a presunção de inocência, o direito e não só o devido processo legal e a ampla defesa, que o lançamento da notificação antes de julgado o AI constitui condenação prévia e cerceamento de defesa;
- Que para ele recorrente a notificação só poderia ser expedida após julgamento do AI;
- Que a recorrente não pode refutar a hipotética infração, defendendo-se previamente da emissão da notificação, sendo aplicada de imediato a multa, o que a torna inválida para todos os efeitos, pois fere direito constitucional, transcreve lição de CABM, com base na qual diz o contribuinte que defesa prévia é direito subjetivo;
- Que neste caso os meios e recursos cabíveis foram cortados ilegalmente, pois a notificação foi expedida antes do conhecimento do AI, devendo esta ser cancelada, transcreve decisão do TJRS, sobre defesa em infração de trânsito;
- Que na apuração do *quantum debeatur* o agente não informou de forma plena e eficaz como tais valores foram apurados, sequer informou o número de trabalhadores considerados;

-
- Que os demonstrativos analíticos e sintéticos não demonstram a forma como se chegou nos valores, nem o número de funcionários, o que torna o auto insubsistente;
 - Que não se pode fixar o limite legal da multa por faltar o número de funcionários, sendo lançado ao bel prazer do agente fiscal, sendo sim dependente do números de funcionárias da empresa, embora o Acórdão *a quo* diga que não;
 - Que a multa assume caráter confiscatório, vedado pela CF, sendo interdição à injusta apropriação do patrimônio, rendimentos ou capital financeiro;
 - Que esta não pode comprometer o exercício do direito a existência digna, a prática de atividade ou a satisfação das necessidades básicas, pelo excesso de carga tributária; ainda, que em razão de multa excessiva;
 - Que o valor estratosférico não é devido, sendo isto matéria pacífica no STJ, sendo lastimável que a administração continue a desrespeitar decisões de corte superiores, o que é um abuso, que devia ensejar punições;
 - Que o juros devem ser aplicados com base no artigo 161, § 1º do CTN em atenção a lei civil;
 - Que a taxa SELIC não pode ser aplicada a créditos tributários, pois encerra juros moratórios e remuneratórios, não tendo sido criada por lei e fixados unilateralmente pelo BC;
 - Que na elaboração dos débitos ocorre anatocismo vedação em nosso ordenamento, o que aumento o débito, pela aplicação de juros sobre juros;
 - Finaliza requerendo: a) declaração de improcedência da notificação com sua desconstituição; b) não acolhido o pleito anterior, que sejam afastados: a multa arbitrária e desproporcional; juros moratórios além de 1% am; taxa SELIC; anatocismo; c) recebimento do recurso sem o depósito.

Consta, dos autos, as fls. 153 a 157, sentença de procedência no MS 2007.84.00.003216-2 para que os recursos administrativos sejam processados sem a exigência do depósito recursal.

O recurso foi considerado tempestivo, fls. 165.

Os autos subiram ao Segundo Conselho de Contribuintes, fls. 165.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo de Oliveira, Relator

O recurso foi interposto tempestivamente, em 11/05/2007, conforme, fls. 107, uma vez que o contribuinte foi cientificado da decisão de primeiro grau, em 17/04/2007, AR, fls 104. No que tange ao depósito recursal a empresa não o realizou, mas está amparada por sentença de procedência no MS 2007.84.00.003216-2, fls. 153 a 157.

A tempestividade do recurso foi reconhecida.

Quanto ao depósito recursal, ainda, que necessário a época da impetração do recurso voluntário, hoje este não mais vige, uma vez que revogado pela MP 413/2008, convertida na Lei 11.727/2008. Ainda, que se alegue que tal condição deva ser averiguada tendo como marco a data da interposição do recurso, tenho para mim que tal exigência estava com os dias contados, basta ver a ADIN 1976-7, que exclui do Decreto 70.235/72, tal exigência, acrescentada pela Lei 10.522/2002. Neste diapasão temos, também, a Súmula Vinculante nº 21 do STF, ou seja, se não tivesse sido revogado tal depósito na seara previdenciária fatalmente este acabaria declarado inconstitucional, sendo inexigível desde a origem.

Não fosse esses argumentos suficientes o Regimento Interno do CARF Portaria MF 256/2009, em seu artigo 62, parágrafo único, inciso I, do Anexo II, estabelece que:

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.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Assim, verifico no caso a possibilidade do afastamento desta exigência, uma vez que em RE, conforme abaixo transcrito o STF já reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 126, §§ 1º e 2º, da Lei 8.213/91, senão vejamos:

RECURSO ADMINISTRATIVO - DEPÓSITO - §§ 1º E 2º DO ARTIGO 126 DA LEI Nº 8.213/1991 - INCONSTITUCIONALIDADE. A garantia constitucional da ampla defesa afasta a exigência do depósito como pressuposto de admissibilidade de recurso administrativo.

(RE 389383, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 28/03/2007, DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ 29-06-2007 PP-00031 EMENT VOL-02282-08 PP-01625 RDDT n. 144, 2007, p. 235-236.

(grifos neste).

Tal decisão transitou em julgado em 14/09/2007, conforme resumo de andamento do processo, consultado no site do STF. Desta forma, e tendo em vista os princípios da isonomia e da segurança jurídica, bem como em razão da decisão judicial em MS, admito o presente recurso.

Na seara do contencioso administrativo os órgãos julgadores estão limitados em sua atividade cognitiva, assim, certas matérias lhe são vedadas o conhecimento, a exemplo:

NO PRIMEIRO GRAU.

PORTARIA RFB Nº 10.875, DE 16 DE AGOSTO DE 2007 - DOU DE 24/08/2007

Art. 18. É vedado à autoridade julgadora afastar a aplicação, por inconstitucionalidade ou ilegalidade, de tratado, acordo internacional, lei, decreto ou ato normativo em vigor, ressalvados os casos em que:

I - tenha sido declarada a inconstitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em ação direta, após a publicação da decisão, ou pela via incidental, após a publicação da resolução do Senado Federal que suspender a sua execução;

II - haja decisão judicial, proferida em caso concreto, afastando a aplicação da norma, por ilegalidade ou inconstitucionalidade, cuja extensão dos efeitos jurídicos tenha sido autorizada pelo Presidente da República ou, nos termos do art. 4º do [Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997](#), pelo Secretário da Receita Federal do Brasil ou pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional.

NO SEGUNDO GRAU.

PORTARIA MF Nº 256, DE 22 DE JUNHO DE 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.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou

c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

(grifos meus).

Equivoca-se a recorrente ao arguir cerceamento de defesa pelo indeferimento do pedido de perícia, pois este pode ser rejeitado, caso a perícia seja desnecessária ou protelatória, bem como se o seu pedido não preencher os requisitos legais. A jurisprudência é forte nesta vertente. Assim rejeita-se esta preliminar.

HABEAS CORPUS. ART. 19, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 7.492/1986. ART. 333, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL. PACIENTE ABSOLVIDO. PEDIDO PREJUDICADO. INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL REQUERIDA NA DEFESA PRELIMINAR E NA FASE DO ART. 499 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. DECISÃO FUNDAMENTADA. RAZOABILIDADE. 1. Diante da notícia de que um dos pacientes foi absolvido na ação penal de que aqui se cuida, o writ mostra-se prejudicado quanto a ele. 2. É pacífico o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal de que o deferimento de prova pericial e de diligências na fase do art. 499 do Código de Processo Penal está condicionado à avaliação de sua conveniência, cabendo ao julgador aferir, em cada caso, dentro da esfera de discricionariedade, a real necessidade da medida para a formação de sua convicção. 3. Não há que falar em cerceamento de defesa se o indeferimento da realização da perícia está suficientemente justificado, de forma razoável, notadamente pela possibilidade de a defesa produzir provas diversas capazes de atingir o fim almejado com a perícia, assim também pela existência de outros elementos de convicção hábeis a comprovar a prática do delito, não evidenciado qualquer constrangimento ilegal. 4. Habeas corpus julgado prejudicado quanto a a Flávio Antônio Bonet e denegado em relação a Cezar Antônio Bonet. (HC 200601141456, PAULO GALLOTTI, STJ - SEXTA TURMA, 30/06/2008)

(grifo meu).

O lançamento é atividade administrativa plenamente vinculada, o agente fiscal não tem competência ou autorização legal para fazer juízo de valor sobre a matéria. Assim, constatada a ocorrência do fato gerador e o não recolhimento espontâneo do tributo só resta a este uma atitude lançá-lo.

No Termo de Encerramento da Ação Fiscal – TEAF pode-se observar que ao fim do procedimento fiscal o agente lançou seis Ai's e quatro NFLD's em face do contribuinte, fls. 37 e 38, incluindo, esta NFLD 37.053.997-4.

Desta forma, não há violação a direito algum do contribuinte, pois o fisco apenas cumpriu com o seu dever, ao final da fase de apuração, procedimento fiscal, lançou os créditos que entendeu devidos, intimando o contribuinte destes lançamentos. Feita tal intimação é que se abre o momento do contribuinte falar nos autos e se quiser apresentar defesa.

O julgador *a quo* nos itens 16, *in fine*, 23 a 27 de sua decisão abordou de forma elucidativa os temas postos pelo contribuinte, o que afasta a sua alegação.

O contribuinte tem o direito de discordar do que bem entender e de manejar os instrumentos que entender cabível a defesa de seus interesses.

O não recolhimento das contribuições pela técnica da retenção de 11% das notas fiscais e faturas de prestação de serviços não é uma suposição, mas sim uma comprovação, pois assim assevera o agente notificante em seu REFISC.

*...para os quais a contratante efetuou a retenção de onze por cento (11%) sobre do valor bruto da nota • fiscal, **mas não efetuou o recolhimento da retenção devida pelo contratante, o que em tese constitui crime e será objeto de Representação Fiscal para Fins Penais...***

*Os valores pagos às prestadoras de serviço foram apurados da análise efetuada na escrituração contábil da empresa, bem como verificação em contratos de prestação de serviço e em documentos disponibilizados para exame pela fiscalização, tais como notas fiscais de serviço, faturas, recibos e **guias de recolhimento de retenções, código 2631.***

(grifos meus).

A recorrente tem o direito de arguir quantas teses entender cabível para a proteção e defesa de seus interesses, porém isto não implica em acatamento delas pelo órgão julgador.

A recorrente equivoca-se, pois nos autos em vergasta tem-se exatamente uma Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD, ou seja, crédito decorrente do não recolhimento da própria contribuição social previdenciária. Porém nos demais autos representados pelos números 37.053.991-5, 37.053.992-3, 37.053.993-1, 37.053.994-0, 37.053.995-8, 37.053.996-6, citados pelo contribuinte, todos eles são Autos de Infração por descumprimento de dever instrumental.

Nos casos citados acima todos os créditos decorrem de fatos e fundamentos jurídicos distintos não havendo interdependência entre eles, caso houvesse tal interdependência o que não ocorre em se tratado de lançamento, artigo 142, do CTN nada impede que eles sejam lançados concomitantemente, muito pelo contrário a lei impõe tal lançamento.

Desta forma, o lançamento simultâneo de diversos autos e notificações como seu deu no presente caso em nada afeta o direito de ampla defesa, contraditório e devido processo legal, pois só após notificado(cientificado) dos lançamentos é que o direito ao contraditório e a ampla defesa, nascem, pois antes de cientificado nem crédito existe. Como poderia o contribuinte se defender de algo que não está materializado, que não existe no mundo

jurídico exigir tal defesa é que seria cercear tal direito. Não há como produzir defesa de fato ou ato não imputado.

A presente notificação fiscal não depende do números de funcionárias da empresa notificada e de critérios matemáticos para o seu cálculo, salvo os critérios objetivos fixado em lei, quais sejam valor bruto da nota fiscal ou fatura e alíquota de retenção 11% e nada mais, sendo descabida a alegação do contribuinte. O indeferimento de perícia foi alhures abordado.

Tanto o contribuinte tem direito de defesa que a utilizou ao apresentar impugnação em primeiro grau, as fls. 46 a 61, que foi devidamente considerada e que abriu a oportunidade de recurso voluntário em continuidade ao seu direito de defesa.

O crédito ora em comento de número 37.053.997-4 não cuida de Auto de Infração, mas sim de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD.

Não houve supressão de devido processo legal pelo fato de que conjuntamente com este foram cientificados ao contribuinte outros lançamentos, pois o contribuinte só pode apresentar defesa daquilo que teve conhecimento. Além do que, os diversos créditos decorrem de rubricas distintas, exigências distintas e fundamentos, distintos.

O fato de que para o contribuinte na visão deste a notificação só poderia ser emitida após julgamento do AI é irrelevante para o fisco, pois este age sob o manto do artigo 37, caput, da CF/88 c/c o artigo 142, da Lei 5.172/66.

Não há condenação prévia no lançamento da notificação, *nas palavras do contribuinte*, antes do julgamento do AI, pois é justamente com a notificação/comunicação/intimação/cientificação do lançamento ao contribuinte que se oportuniza a este o exercício constitucional da ampla defesa, contraditório e devido processo legal.

O auto de infração e a notificação fiscal são documentos distintos de constituição do crédito, sendo que estes materializam créditos decorrentes de fundamentos diversos. A notificação do lançamento ao contribuinte tem justamente a função de informar o contribuinte do débito que a ele é imputado, visando dar a este conhecimento da matéria tributária, oportunizando a este se desejar a apresentação de defesa. Assim sendo, inexistente invalidade no procedimento, pois não há direitos violados, muito pelo contrário o lançamento visa preservar os direitos do fisco e do contribuinte.

Na seara tributária não existe direito subjetivo a defesa prévia, pois simplesmente não existe defesa prévia. Todo sistema que admite defesa prévia, tem tal situação estabelecida em lei e no lançamento tributário isto não ocorre, não há previsão legal.

Foi exaustivamente refutada a tese de que a notificação, conforme diz o contribuinte, só poderia ser emitida após julgada a defesa do auto de infração. Tal assertiva não é verdadeira, pois a Lei 5.172/66 e o Decreto 70.235/72, não registram esta exigência, sendo descabida e impertinente.

A citação do caso do TJRS em nada ajuda o contribuinte, pois no campo da infração administrativa do Código de Trânsito, o que é muito diferente das infrações tributárias. Mas, ainda, que se aplica-se, poder-se-ia, *ad argumentandum tantum*, vislumbrar

que as fase do processo fiscal se encaixam em todas as prescrições da decisão. Notificação do lançamento = notificação de infração de trânsito. Impugnação tributária = defesa prévia. Autoridade preparadora comunica resultado impugnação e notifica para pagamento, parcelamento, recurso = notificação da penalidade. Contribuinte recorre = recurso do infrator de trânsito. Fim do recurso. Na seara fiscal pode o contribuinte parcelar ou pagar ou aguardar execução judicial = Na seara do trânsito paga ou é exigido no licenciamento. Assim, as fases se equivalem. Com as diferenças decorrentes dos ramos jurídicos distintos, com requisitos e princípios específicos distintos em cada vertente jurídica.

De outro lado, ressalta-se, também, que o lançamento tributário, na modalidade de ofício, é direito potestativo do fisco e o contribuinte não tem participação em sua produção, assim diz a lei, a jurisprudência e a doutrina, veja as transcrições abaixo.

Lei 5.172/66

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

xx

*TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL. PIS. OMISSÃO DE RECEITA OPERACIONAL. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. DECADÊNCIA. ATO FINAL. LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO E NOTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. 1. Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, quando o sujeito passivo omite-se no cumprimento dos deveres que lhe foram legalmente atribuídos, deve a autoridade fiscal proceder ao lançamento de ofício (CTN, art. 149), iniciando-se o prazo decadencial de cinco anos no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido feito (art. 173, I, do CTN). 2. Se a Fazenda Pública notifica o contribuinte do auto de infração no prazo de cinco anos a que alude o art. 173, I, do CTN, não há que se falar em decadência do direito à constituição do crédito tributário. 3. **O direito de lançar é potestativo. Logo, iniciado o procedimento fiscal com a lavratura do auto de infração e a devida ciência do sujeito passivo da obrigação tributária no prazo legal, desaparece o prazo decadencial.** 4. Súmula TFR 153: "Constituído, no quinquênio, através de auto de infração ou notificação de lançamento, o crédito tributário, não há que se falar em decadência, fluindo, a partir daí, em princípio, o prazo prescricional, que, todavia, fica em suspenso, até que sejam decididos os recursos administrativos". 5. Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes, para dar*

providimento ao recurso especial.
(EDRESP 200900655845, CASTRO MEIRA, STJ - SEGUNDA
TURMA, 14/02/2011)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. MATÉRIA DECIDIDA NO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA Nº 973.733/SC. ARTIGO 543-C, DO CPC. PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE COBRANÇA JUDICIAL PELO FISCO. PRAZO QUINQUÊNAL. TRIBUTO SUJEITO À LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. OCORRÊNCIA. 1. O Código Tributário Nacional, ao dispor sobre a decadência, causa extintiva do crédito tributário, assim estabelece em seu artigo 173: "Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado. Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento." 2. A decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do **direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento**, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, quais sejam: (i) regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado; (ii) regra da decadência do direito de lançar nos casos em que notificado o contribuinte de medida preparatória do lançamento, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento de ofício ou de tributos sujeitos a lançamento por homologação em que incorre o pagamento antecipado; (iii) regra da decadência do direito de lançar nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em que há parcial pagamento da exação devida; (iv) regra da decadência do direito de lançar em que o pagamento antecipado se dá com fraude, dolo ou simulação, ocorrendo notificação do contribuinte acerca de medida preparatória; e (v) regra da decadência do direito de lançar perante anulação do lançamento anterior (In: Decadência e Prescrição no Direito Tributário, Eurico Marcos Diniz de Santi, 3ª Ed., Max Limonad, págs. 163/210). 3. A Primeira Seção, quando do julgamento do REsp 973.733/SC, sujeito ao regime dos recursos repetitivos, reafirmou o entendimento de que "o dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido

efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato impositivo, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199). (Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em FALTA O JULGAMENTO AGUARDAR) 4. À luz da novel metodologia legal, publicado o acórdão do julgamento do recurso especial, submetido ao regime previsto no artigo 534-C, do CPC, os demais recursos já distribuídos, fundados em idêntica controvérsia, deverão ser julgados pelo relator, nos termos do artigo 557, CPC (artigo 5º, I, da Res. STJ 8/2008). 5. In casu: (a) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (b) a obrigação ex lege de pagamento antecipado de contribuição social foi omitida pelo contribuinte concernente ao fato gerador compreendido a partir de 1995, consoante consignado pelo Tribunal a quo; (c) o prazo do fisco para lançar iniciou a partir de 01.01.1996 com término em 01.01.2001; (d) a constituição do crédito tributário pertinente ocorreu em 15.07.2004, data da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito que formalizou os créditos tributários em questão, sendo a execução ajuizada tão somente em 21.03.2005. 6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo. 7. Agravo regimental desprovido. (AGRESP 201001395597, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA TURMA, 24/11/2010)

TRIBUTÁRIO - IOF - DECADÊNCIA - TERMO INICIAL - FATO GERADOR - DRAWBACK - SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE - IRRELEVÂNCIA PARA O EXERCÍCIO DO DIREITO POTESTATIVO AO LANÇAMENTO. 1. O IOF não é tributo inerente à atividade de importação/exportação e não integra, em regra, o Termo de Compromisso, forma de constituição do crédito tributário prevista na legislação aduaneira. 2. O fato gerador do IOF na operação de câmbio é a sua efetivação pela entrega de moeda nacional ou estrangeira, ou de documento que a represente, ou sua colocação à disposição do interessado em montante equivalente à moeda estrangeira ou nacional entregue ou posta à disposição por este, nos termos do art. 63, II, do CTN. 3. A decadência, direito potestativo, não se interrompe, nem se suspende, de modo que o regime aduaneiro de drawback é irrelevante na fixação do termo inicial do prazo para a constituição do crédito tributário. 4. Recurso especial provido. (RESP 200702726133, ELIANA CALMON, STJ - SEGUNDA TURMA, 18/02/2009)

[illegible]

Para uma melhor compreensão, pode-se citar o estado de sujeição em que se encontra o contribuinte ao lançamento tributário, não lhe sendo possível impedir o direito de a Fazenda Pública lançar o tributo. Efetuado o lançamento, no entanto, o sujeito passivo poderá simplesmente não realizar o pagamento, frustrando, então, a pretensão da Fazenda.

Nesse caso, o prazo para o Fisco efetuar o **lançamento tributário (direito potestativo)**, segundo essa tese, seria de decadência. Já o prazo para a cobrança do crédito tributário não pago (direito a uma pretensão) de prescrição.¹

XX

O processo de determinação e exigência do crédito tributário, ou processo de acerto, ou simplesmente o lançamento tributário, divide-se em duas fases: (a) unilateral ou não contenciosa e (b) bilateral, contenciosa ou litigiosa.

Este processo também tem recebido a denominação de ação fiscal.

A fase não contenciosa é essencial no lançamento de ofício de qualquer tributo.

A fase não contenciosa ou unilateral termina com o termo de encerramento de fiscalização, que será acompanhado de um auto de infração nos casos em que alguma infração da legislação tributária tenha sido constatada.

*Denomina-se auto de infração o documento no qual o agente da autoridade da Administração tributária narra a infração ou as infrações da legislação tributária atribuídas por ele ao sujeito passivo da obrigação tributária, no período abrangido pela ação fiscal.*²

(todos os grifos meus).

Assim fica evidente que não há motivos, justificavas ou direito do contribuinte de interferir na atividade fiscal antes do lançamento. Não havendo violação a direito, pois até a notificação nada foi imputado ao contribuinte e este não pode se defender em face do nada.

O presente crédito não tem por base o número de trabalhadores. O valor da contribuição como supramencionado depende apenas do valor bruto da nota fiscal ou fatura e

¹ HABLE, José. Decadência e prescrição no direito civil em confronto com o direito tributário. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1941, 24 out. 2008. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/11878>. Auditor tributário da Secretaria de Fazenda do Distrito Federal, graduado em Agronomia pela UFPR, Administração de Empresas pela FAE e em Direito pela CEUB, pós-graduado em Direito Tributário pelo ICAT, mestre em Direito Internacional Econômico pela UCB, professor de Direito Tributário é autor do livro: "A Extinção do Crédito Tributário por Decurso de Prazo"

² Machado, Hugo de Brito - Curso de Direito Tributário - 13 Edição - Editora Malheiros - 1998, pág. 336 e 337.

da alíquota de 11% definida em lei, dependente de simples operação matemática. O agente fiscal aplicou o valor estabelecido e esclareceu de forma cristalina como tal valor foi alcançado, basta ler o Relatório de Lançamentos – RL, de fls. 12 a 14, Discriminativo Analítico de Débito – DAD, de fls. 04 a 08 e Discriminativo Sintético do Débito – DSD, de fls. 09 a 11.

A alegação de que o Discriminativo Analítico de Débito - DAD e Discriminativo Sintético do Débito – DSD não demonstram os valores e número de segurados e que por isso o auto é insubsistente é equivocada e impertinente, pois a presente Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD, não depende do número de trabalhadores, sendo tal fato esclarecido linha atrás, bem como os citados relatórios dão a exata dimensão do valores lançados como também esclarecido.

A multa aplicada decorre exclusivamente da culpa do contribuinte que deixou de cumprir com sua obrigação legal da forma estabelecida, sendo que está nada tem a ver com o número de trabalhadores da recorrente e não fixada ao bel prazer do fisco, mas sim cumprindo-se a Lei artigo 35, da Lei 8.212/91.

A multa não é excessiva, pois aplicada no valor estipulado pelo legislador federal, a quem compete constitucionalmente fazer juízo de valor e estipular o limite da multa. Não pode o empresário querer investir e sua atividade com o dinheiro do contribuinte e o risco da atividade econômica deve ser por este suportado e não pela sociedade, pois os lucros aquele não divide com esta.

A multa não busca extrair do contribuinte seus direitos constitucionais. Não é esta a sua função. A função da multa moratória é desestimular o contribuinte a querer deixar de adimplir sua obrigação originária e punir o infrator da norma e a conduta “ilícita”.

O tribunais pátrios tem como plenamente admissível a multa moratória, não havendo abuso algum da administração, pois está só esta cumprindo a lei e exigindo o tributo a que tem direito.

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. NULIDADE DA CDA NÃO DEMONSTRADA. MULTA MORATÓRIA. CARÁTER CONFISCATÓRIO NÃO CONFIGURADO. APLICABILIDADE DA TAXA SELIC. LEI 9.065/1995. 1. A Certidão de Dívida Ativa - CDA tem presunção de legitimidade, e está a cargo do devedor provar de sua nulidade, uma vez que ela satisfaz os requisitos insculpidos no art. 2º, § 5º, da Lei 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal). 2. Nas hipóteses de tributos sujeitos a lançamento por homologação, desnecessária a instauração de procedimento administrativo fiscal e notificação do contribuinte acerca da inscrição do crédito tributário em dívida ativa, uma vez que a ele incumbe toda a atividade de apurar o tributo devido e pagar antecipadamente o respectivo valor. Cabe à Fazenda Pública apenas a homologação (art. 150 do CTN). 3. A multa moratória aplicada em percentual previsto legalmente, em patamar razoável, tem a função de prevenir e reprimir a mora do contribuinte, e não pode ser afastada sob a alegação de confisco. O caráter confiscatório da multa somente tem lugar quando fixada em valores excessivos, o que não ocorre no caso. 4. O art. 13 da Lei 9.065/1995, inclusive sob o aspecto formal, é

compatível com o art. 161, § 1º, do CTN, segundo o qual o legislador ordinário estava autorizado a fixar juros de mora, conforme pacífica jurisprudência do STJ. Desde 1º/04/1995, os juros de mora incidentes sobre tributos arrecadados pelo Fisco Federal equivalem à taxa SELIC. 5. Apelação a que se nega provimento.(AC 200233000262460, DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA DO CARMO CARDOSO, TRF1 - OITAVA TURMA, 24/09/2010)

*TRIBUTARIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. HONORARIOS FIXADOS DENTRO DO DETERMINADO NA LEGISLAÇÃO. MULTA MORATORIA DE 75% NÃO CONFISCO. PRECEDENTES. 1. Não encontro obscuridade na fixação dos honorários advocatícios em 10% sobre o valor da execução já que em no caso em particular houve a renúncia ao direito sobre que se funda os embargos à execução, com a improcedência do pedido, não havendo a aplicação do DL 1025/69. O valor foi fixado de acordo com o artigo 20 do CPC, não ferindo o parágrafo 4º do artigo 1º da medida provisória 303/2006, que em sua parte final ressalva a possibilidade de o Juízo estabelecer a verba de sucumbência em valor diverso de um por cento do montante do débito consolidado. 2. **O pleno deste Tribunal já se posicionou no sentido de que a multa no percentual de 75% não ofende ao princípio do não confisco.** 3. Embargos do particular não providos. Embargos da Fazenda Nacional providos, com atribuição de efeitos infringentes.(EDAC 20058300012035002, Desembargador Federal Frederico Pinto de Azevedo, TRF5 - Quarta Turma, 13/05/2010)*

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. 1. A consumação ou não da decadência constitui matéria de direito sobre a qual não cabe ao perito contábil opinar. Além disso, no caso, o expurgo do excesso daí decorrente pode ser feito pela simples exclusão das competências eventualmente atingidas. 2. Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, quando não houver pagamento antecipado, o direito da Fazenda constituir o crédito tributário, nos termos do art. 173, I, do CTN, extingue-se após 5 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. A regra do § 4º do artigo 150 do CTN só pode ser aplicada nos casos de antecipação. 3. O arbitramento é o meio previsto legalmente para a autoridade fiscal apurar o valor do tributo nos casos em que o sujeito passivo se omitir a fornecer a documentação necessária ou esta apresentar irregularidades insanáveis. Hipótese demonstrada nos autos. 4. No caso, os documentos trazidos pela parte embargante não fizeram diminuir a dívida apontada no laudo pericial, mas aumentá-la consideravelmente. Assim, a sonegação de documentos apresentou-se como benéfica à parte

embargante.5. A Taxa SELIC se aplica aos débitos tributários, não existindo vício na sua incidência.6. É entendimento pacífico desta Corte que, por força do art. 106, II, "c", do CTN, aplica-se de forma retroativa, sobre fatos ainda não definitivamente julgados, a lei tributária que imponha penalidades mais brandas ao contribuinte. 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). 8. A verba honorária usualmente fixada quando da determinação de citação nas execuções fiscais é provisória, para o caso de pronto pagamento. 9. Hipótese em que tanto a embargante quanto a embargada foram vencedoras e vencidas. Todavia, considerando a cobrança do encargo legal de 20% na execução fiscal (DL nº 1.025/69), cabível a condenação da embargada ao pagamento de honorários advocatícios.10. Honorários advocatícios a carga da União arbitrados em 1% sobre o valor correspondente à parcela da dívida declarada inexigível, em consonância com o artigo 20, § 4º, do CPC. 11. Mantida a condenação da parte embargante ao pagamento dos honorários periciais, à luz do princípio da causalidade.(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. 1. A pretensão inicial deduzida pelo Apelante nestes embargos à execução não incluiu a alegação de sua ilegitimidade passiva para responder às execuções embargadas, sendo, portanto, essa questão exorbitante aos limites da lide posta em juízo nesta ação e não podendo, portanto, ser acolhida sua postulação recursal nessa parte. 2. Conforme entendido na sentença apelada, tendo apenas o sócio da empresa falida permanecido no pólo ativo dos embargos à execução não é cabível a exclusão da multa e de juros de mora do crédito executado com base no fato de estar-se diante de massa falida, pois tal medida aproveita, apenas, à empresa falida e não a seus sócios, os quais respondem integralmente pelo débito tributário. 3. O art. 161, § 1.º, do CTN prevê a possibilidade de que lei ordinária estabeleça taxa de juros de mora diversa do percentual de 1% ali previsto, não sendo, portanto, necessária a utilização de lei complementar para a determinação de incidência da Taxa Selic com essa finalidade, nem havendo, qualquer óbice a que seja utilizada taxa variável (de mercado) para esse fim, não prevendo esse dispositivo legal exigência de taxa fixa nem a impossibilidade de a lei ordinária fixar índice cuja determinação concreta seja decorrente de ato infralegal, nem estando os juros de mora em matéria tributária sujeitos a reserva legal estrita quanto aos seus elementos de cálculo. 4. A utilização da Taxa Selic como índice de juros de mora para os

*créditos tributários federais representa, apenas, a fixação de instrumento variável de estipulação da taxa de juros moratório que acompanhe as flutuações do mercado financeiro e, por conseguinte, sirva de efetivo mecanismo de desestímulo à inadimplência tributária, não havendo óbice constitucional a essa escolha normativa. 5. Os juros de mora à Taxa Selic são acumulados mensalmente e não capitalizados. 6. Não há, também, dupla incidência de correção monetária, vez que são eles aplicados de forma isolada e não cumulativamente com índice de atualização monetária, não decorrendo essa dupla incidência da sucessão dele em relação aos índices de atualização monetária que o antecederam, pois só a aplicação conjunta em um mesmo período a caracterizaria. 7. **Quanto à multa de 30% incidente sobre o débito tributário do Apelante, o próprio STF (STF, 1.ª Turma, RE nº 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).

Entendem, também, nossos tribunais que a limitação de 12% de juros não era auto aplicável, além do que está revogada e que o atual sistema de correção dos créditos tributários atendem plenamente a lei civil.

*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 nº 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. 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)*

(grifos meus).

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: 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. 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).

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).

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 (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).

O citado anatocismo não ocorre, além de não ter sido provado e sua não ocorrência é de simples percepção basta ler no Fundamentos Legais do Débito - FLD, de fls. 23 e 24, rubrica Acréscimos Legais – Juros, onde está consignado.

CÁLCULO 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 MÉDIA MENSAL DE CAPTAÇÃO DO TESOURO NACIONAL RELATIVA À DÍVIDA MOBILIÁRIA FEDERAL/TAXA REFERENCIAL DO SISTEMA ESPECIAL DE LIQUIDAÇÃO E DE CUSTODIA - SELIC, NOS RESPECTIVOS PERÍODOS;

C) 1% (UM POR CENTO) NO MÊS DO PAGAMENTO.

(grifo meu).

A análise do DSD e seus valores também demonstram a não existência de anatocismo, pois juros e multa são aplicados sobre o valor original separadamente e depois as três parcelas são somadas para obter o total da competência, o que vergasta qualquer alegação desta natureza.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto voto por CONHECER DO RECURSO, porém afastando as preliminares suscitadas, para no mérito **NEGAR-LHE PROVIMENTO**, tendo em vista que as alegações da recorrente não encontram suporte fático ou jurídico.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira.