



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

Processo n° 35313.003250/2006-56
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2202-003.167 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de fevereiro de 2016
Matéria CP: CONTRIBUINTE INDIVIDUAL.
Recorrente TECHBLAST LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/11/1999 a 01/09/2005

NULIDADE DA DECISÃO *A QUO*. CERCEAMENTO DE DEFESA. EXIGUIDADE DO PRAZO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE APRESENTAÇÃO DE PROVA EM MOMENTO FUTURO. INOCORRÊNCIA. AS PROVAS DEVEM SER APRESENTADAS NO MOMENTO DA IMPUGNAÇÃO. SALVO AS EXCEÇÕES PREVISTAS EM LEI, O QUE INEXISTE NO LANÇAMENTO GUERREADO. INOVAÇÃO NA FASE RECURSAL. PRECLUSÃO, SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO *TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APELLATUM*. TESE A QUE SE VEDA O CONHECIMENTO. DECADÊNCIA PARCIAL OCORRÊNCIA. RETENÇÃO. DESNECESSIDADE DE FISCALIZAÇÃO NO PRESTADOR. O TOMADOR É O RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO. INAPLICABILIDADE DA SOLUÇÃO DE CONSULTA CITADA, POIS AS SITUAÇÕES SÃO DIVERSAS. SELIC APLICAÇÃO NA SEARA TRIBUTÁRIA. POSSIBILIDADE E LEGLAIDADE. RECONHECIDAS PELO STJ E STF.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos: não conhecer do pedido de diligência; acolher a preliminar de decadência em relação às competências 03/2000; 08/2000; 10/2000 a 07/2001; e, no mérito, negar provimento ao recurso.

(Assinado digitalmente).

Processo nº 35313.003250/2006-56
Acórdão n.º 2202-003.167

S2-C2T2
Fl. 461

Marco Aurélio de Oliveira Barbosa - Presidente.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira - Relator.

Participaram, ainda, do presente julgamento, Marco Aurélio de Oliveira Barbosa (Presidente), Junia Roberta Gouveia Sampaio, Paulo Mauricio Pinheiro Monteiro, Eduardo de Oliveira, Jose Alfredo Duarte Filho (Suplente Convocado), Wilson Antonio de Souza Correa (Suplente Convocado), Martin da Silva Gesto, Marcio Henrique Sales Parada.

Relatório

O presente Processo Administrativo Fiscal – PAF encerra a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD - DEBCAD 37.008.312-1, que objetiva o lançamento da retenção de 11%, instituída pela Lei 9.711/1998, decorrente de arbitramento, conforme Relatório Fiscal do Processo Administrativo Fiscal – PAF, de fls. 172 a 176, com período de apuração de 01/2006 a 11/2008, conforme Mandados de Procedimento Fiscal - MPF, de fls. 80 a 88.

O sujeito passivo foi cientificado do lançamento, em 29/08/2006, conforme Folha de Rosto da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD, de fls. 04.

O contribuinte apresentou sua defesa/impugnação, petição com razões impugnatórias, acostada, as fls. 199 a 218, recebida, em 13/09/2006, conforme espelho protocolo SIPPS, de fls. 198, acompanhada dos documentos, de fls. 219 a 292.

A impugnação foi considerada tempestiva, fls. 294.

O órgão julgador de primeiro grau emitiu a Decisão – Notificação - DN Nº 017.423.4/0264/2006, em 30/10/2006, fls. 296 a 314.

O lançamento foi considerado procedente.

O contribuinte tomou conhecimento desse decisório, em 01/12/2006, conforme AR, de fls. 317.

Foi emitido, em 16/01/2007, fls. 319, e, cientificado ao contribuinte, em 26/01/2007, AR, de fls. 320, o Termo de Trânsito em Julgado.

Os autos foram remetidos a Procuradoria, fls. 323.

Irresignado o contribuinte impetrou o Recurso Voluntário, petição de interposição, as fls. 356, remetida via correio, conforme AR, de fls. 391, postado, em 05/01/2007, com razões recursais acostadas, as fls. 357 a 374, acompanhado dos documentos, de fls. 375 a 391.

O contribuinte obteve junto ao Poder Judiciário sentença no sentido de ser seu Recurso Voluntário apreciado, ainda, que sem o depósito recursal, fls. 399 a 402.

O PAF foi devolvido para a fase administrativo e teve prosseguimento, fls. 457.

Preliminares.

- que a recorrente foi cientificada da lavratura de dezessete lançamentos provenientes de uma única ação fiscal na mesma data, pedindo a juntada superveniente de documentos, pois o prazo de defesa de quinze dias era exíguo, contudo tal pedido foi rejeitado, o que implica

em violação à ampla defesa e cerceamento do direito de defesa, o que enseja a nulidade da decisão recorrida, tendo em vista que o parágrafo 2º, do artigo 9º, da Portaria MPS 520/2004 permite tal apresentação, sendo que a necessidade de apresentar defesa de dezessete notificações em quinze dias, demonstra a impossibilidade de apresentação oportuna, bem como o motivo de força maior, apresentando-se o auto de infração nulo por flagrante preterição do direito de defesa;

- que necessário se faz baixar os autos em diligência para a realização de perícia específica, conforme os três quesitos declinados;

Mérito.

- que ocorreu a decadência do direito de lançar, uma vez que a fiscalização considerou o prazo de dez anos, mas em verdade esse é de cinco anos, conforme jurisprudência do STJ e as regras do artigo 173, I, do CTN, pois parte do débito se refere ao período de 03/2000 a 07/2001 com lançamento se dando em 29/08/2006, quando já decaído;
- que o lançamento não deve prevalecer, pois alicerçado em arbitramento, decorrente da ausência de verificação pelo fisco da natureza dos serviços prestados e registrados nas contas contábeis informadas pela recorrente à fiscalização no curso do procedimento fiscal, deixando o INSS de verificar o recolhimento pelas principais obrigadas;
- que a recorrente nos termos do artigo 9º, §2º, da MPS 520/2004 protesta pela apresentação dos documentos que comprovem a desnecessidade da retenção, cita a solução de consulta nº 602, sendo o lançamento insubsistente;
- que a taxa SELIC não é aplicável ao créditos tributários, conforme jurisprudência do STJ;
- Dos pedidos e requerimentos: a) acolhimento do recurso, a fim de ser conhecido e provido, anulando-se o Acórdão da DRJ, determinando a notificação da recorrente para apresentar os documentos inerentes a sua defesa; alternativamente - b) reforma do *decisum* para julgar improcedente o auto de infração em razão do vícios apontados; c) que a taxa SELIC seja excluída, pois inaplicável para fins de atualização tributária.

A autoridade preparadora reconheceu a tempestividade do recurso, fls. 456 e 457.

O autos foram remetidos ao Segundo Conselho de Contribuintes, fls. 457.

O presente PAF foi sorteado e distribuído a esse conselheiro, em 06/11/2014, lote 05, conforme fls. 458.

Processo nº 35313.003250/2006-56
Acórdão n.º **2202-003.167**

S2-C2T2
Fl. 464

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.

Retenção.

O presente processo ficou retido e sua solução foi retardada em razão dos recentes acontecimentos que afetaram o normal funcionamento do CARF, situação, absolutamente, fora do alcance do presente conselheiro.

Delimitação da Lide.

O pedido de diligência feito, exclusivamente, nas fase recursal não é apto há ser conhecido ante as razões declinadas abaixo.

Tal conduta implica que a recorrente inovou na tese jurídica na fase recursal, pois o que alegado na peça vestibular de segundo grau, não foi suscitado em primeiro grau.

A uma, porque tal matéria não foi questionada em primeiro grau e assim em relação a ela aplica-se os artigos 14, 15 e 17, do Decreto 70.235/72, pois considera-se não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada.

A duas, por que o conhecimento dessa matéria implicaria supressão de instância.

*EMEN: AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. 1. EXECUÇÃO DA PENA. SUPERVENIENTE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PRETENSÃO DE REDUÇÃO DOS DIAS REMIDOS PERDIDOS. INTERESSE PROCESSUAL NO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS. RECONHECIMENTO. 2. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO. VÍCIO NÃO CONFIGURADO. PERDA DOS DIAS REMIDOS. PLEITO DE APLICAÇÃO DA LEI Nº 12.433/11. ÓBICE À ANÁLISE EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. **INOVAÇÃO RECURSAL E SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.** AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. Tendo em conta que ainda persiste o interesse da parte agravante no conhecimento dos embargos de declaração opostos contra acórdão desta eg. Quinta Turma, merece reforma o decisum monocrático que os julgou prejudicados, com a submissão deles ao Órgão Colegiado. 2. O pleito de apreciação da questão referente à revogação dos dias remidos à luz da Lei nº 12.433/11 não foi deduzido na inicial do writ, tampouco enfrentado pelo*

Tribunal de origem no acórdão do recurso de agravo em execução, tratando-se, a um só tempo, de inovação recursal, que impede o conhecimento da matéria neste momento processual, tendo em vista o advento da preclusão consumativa e também de supressão de instância. 3. Agravo regimental provido para, afastada a ausência de interesse, rejeitar os embargos de declaração, com a observação de que caberá à Primeira Instância examinar a questão relativa à retroação benéfica da nova lei. ..EMEN: (AGRHC 201101494878, MOURA RIBEIRO, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:11/12/2013 ..DTPB:.)

*Ementa: HABEAS CORPUS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 38 DA LEI 8.038/90. IMPETRAÇÃO CONTRA ALEGADA DEMORA DO STJ PARA PROCEDER AO JULGAMENTO DE HC. INEXISTÊNCIA. **INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE.** 1. Não há falar em ofensa ao princípio da colegialidade, já que a viabilidade do julgamento por decisão monocrática do relator se legitima quando se tratar de pedido manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal (art. 38 da Lei 8.038/1990). Ademais, eventual nulidade da decisão monocrática fica superada com a reapreciação do recurso pelo órgão colegiado, na via de agravo interno. 2. O art. 5º, LXXVIII, da CF assegura, nos âmbitos judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Duração razoável é o processo que se desenvolve regularmente, consideradas, ainda, a natureza e a complexidade da causa, bem como a quantidade de demandas em trâmite no órgão judicial. Nessa perspectiva, o exíguo período de tempo que o recurso aguarda julgamento no STJ (agosto de 2014) afasta qualquer alegação de constrangimento ilegal. 3. As alegações de mérito não podem ser conhecidas, já que (a) não foram enfrentadas definitivamente pelo Superior Tribunal de Justiça, **dando azo ao óbice da supressão de instância;** e (b) só foram suscitadas em sede de agravo regimental, **constituindo indevida inovação recursal.** 4. Agravo regimental a que se nega provimento.(HC-AgR 125068, TEORI ZAVASCKI, STF.) (destaquei).*

A três, por que não ocorre a devolutividade da matéria, pois tal não foi levada do conhecimento do julgador *a quo*, violando o princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*.

*EMEN: TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO NÃO CARACTERIZADA. RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. PERÍODO DE 2002 A 2006. **INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE.** 1. Inexiste violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso. 2. O efeito devolutivo expresso nos arts.*

505 e 515 do CPC consagra o princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*, que consiste em transferir ao tribunal ad quem todo o exame da matéria impugnada. Se a apelação for total, a devolução será total. Se parcial, parcial será a devolução. Assim, o tribunal fica adstrito apenas ao que foi impugnado no recurso. 3. **A alegada violação dos arts. 168, inciso I, e 6º, inciso XIV, da Lei n. 7.713/88, não foi sequer citada nas razões de apelação. Logo, não foi devolvida ao Tribunal de origem, não podendo ser apreciada também em recurso especial por tratar-se de inovação recursal. Agravo regimental improvido. ..EMEN:(AGRESP 201402621001, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:21/11/2014 ..DTPB:.)**

CARF

Assunto: Processo Administrativo Fiscal Período de apuração: 01/01/2008 a 31/03/2008 **PRECLUSÃO. MATÉRIA NÃO IMPUGNADA. CONTESTAÇÃO NO RECURSO VOLUNTÁRIO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. Em conformidade com o regra da preclusão, se a matéria não foi contestada na fase de impugnação ou de manifestação de inconformidade, o recorrente não poderá mais fazê-lo em sede recursal, sob pena de supressão de instância e inovação dos fundamentos do julgado recorrido. DESPACHO DECISÓRIO. NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. MOTIVAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. IMPOSSIBILIDADE. Não é passível de nulidade, por cerceamento do direito de defesa, o despacho decisório que apresenta motivação e fundamentação adequada da decisão proferida. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. MATÉRIA NÃO RECORRIDA. DECISÃO DEFINITIVA. É considerada definitiva, na esfera administrativa, a parte da decisão de primeira instância na recorrida. Recurso Voluntário Negado. PRO: 10280.900644/2010-34. Acórdão 3102-001.880. Rel. Jose Fernandes do Nascimento. Data 12/08/2013.**

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias Período de apuração: 01/12/2002 a 31/12/2002 **PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RECURSO VOLUNTÁRIO. IMPUGNAÇÃO INOVADORA. PRECLUSÃO. No Processo Administrativo Fiscal, dada à observância aos princípios processuais da impugnação específica e da preclusão, todas as alegações de defesa devem ser concentradas na impugnação, não podendo o órgão ad quem se pronunciar sobre matéria antes não questionada, sob pena de supressão de instância e violação ao devido processo legal. DILIGÊNCIA. INFORMAÇÃO FISCAL COM NATUREZA DE RÉPLICA. PRAZO PARA MANIFESTAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. DEZ DIAS. ART. 44 DA LEI Nº 9.784/99. A lei tributária apenas prevê a devolução de prazo ao sujeito passivo para impugnação quando, e tão somente quando, em razão de exames posteriores, diligências ou perícias, realizados no curso do processo, forem verificadas incorreções, omissões ou inexactidões das quais**

resultem agravamento da exigência inicial, inovação ou alteração da fundamentação legal da exação lançada, hipóteses em será lavrado auto de infração ou emitida notificação de lançamento complementar, contemplando tal agravamento da exigência, se for o caso, reabrindo-se o prazo de impugnação no concernente à matéria agravada. Inexistindo em razão da diligência qualquer agravamento, inovação ou alteração da fundamentação legal do tributo lançado, em atenção ao princípio constitucional da transparência, da informação fiscal deve ser dada ciência ao sujeito passivo, assinalando-se o prazo de dez dias para se manifestar nos autos, a teor do art. 44 da Lei nº 9.784/99. GPS. RETIFICAÇÃO. DESDOBRAMENTO EM DOIS DOCUMENTOS OU ALTERAÇÃO DE COMPETÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA. Serão indeferidos pedidos de retificação que versem sobre desdobramento de GPS em dois ou mais documentos ou sobre alteração de campos de GPS referentes a competências incluídas em débito lançado de ofício, cujo pagamento tenha ocorrido em data anterior à constituição do débito, a teor do art. 4º da IN RFB nº 1.265/2012. RELAÇÃO DE CORRESPONSÁVEIS. RELATÓRIO OBRIGATÓRIO DA NOTIFICAÇÃO FISCAL. A inclusão dos sócios na Relação de Corresponsáveis - CORESP não tem o condão de os inserir no polo passivo da relação jurídica tributária. Presta-se apenas como subsídio à Procuradoria, caso se configure a responsabilidade pessoal de terceiros, na hipótese encartada no inciso III do art. 135 do CTN. Recurso Voluntário Provido em Parte PROC: 36624.000679/2006-41. Acórdão: 2302-002.993. Rel. Arlindo da Costa e Silva. Data 31/03/2014. (os destaques foram feitos por mim).

Preliminares.

Cabe, inicialmente, esclarecer que a fiscalizada e no caso contratante dos serviços tem o dever de manter em guarda e em boa ordem a documentação relativa à retenção, é isso, o que dispõe a legislação, artigo 219, parágrafo 6º, do Decreto 3.048/99, abaixo transcrito .

Art. 219. omissis....

§ 6º A empresa contratante do serviço deverá manter em boa guarda, em ordem cronológica e por contratada, as correspondentes notas fiscais, faturas ou recibos de prestação de serviços, Guias da Previdência Social e Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social com comprovante de entrega.

Ademais, o contencioso administrativo fiscal se desenvolve dentre do devido processo legal estabelecido pelas normas que regem a matéria e à época do lançamento o prazo de defesa estava estabelecido pelo parágrafo único, do artigo 37, da Lei 8.212/91, era o de quinze dias, o qual foi concedido ao contribuinte, conforme texto legal a seguir exposto.

Art. 37. Constatado o atraso total ou parcial no recolhimento de contribuições tratadas nesta Lei, ou em caso de falta de pagamento de benefício reembolsado, a fiscalização lavrará

notificação de débito, com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, conforme dispuser o regulamento.

Parágrafo único. Recebida a notificação do débito, a empresa ou segurado terá o prazo de 15 (quinze) dias para apresentar defesa, observado o disposto em regulamento. (grifei).

Aliás, a citada lei traz a mesma disposição do foro em geral, uma vez que repete o que determina o artigo 297, da Lei 5.869/73 e nada mais.

Não pode servir de justificativa para prorrogação do prazo legal a própria falha de atuação do empresa fiscalizada, pois se dezessete autos foram lançados em face do contribuinte no mesmo procedimento fiscal, foi porque o agente lançador encontrou falhas e bases legais para tal formulação.

O indeferimento do pedido de prorrogação de prazo foi feito de forma fundamentada pela autoridade julgadora de primeira instância, pois essa asseverou que tal pedido do contribuinte era injustificado, veja a transcrição.

5- É injustificado o pedido da impugnante de juntada superveniente de documentos em razão da flagrante impossibilidade de sua apresentação oportuna, visto que, se a mesma dispusesse de documentos que comprovassem a improcedência total ou parcial da autuação, tais documentos deveriam ser apresentados dentro do prazo de defesa, concedido no art. 37, § 1º da Lei nº 8.212, de 24/07/1991;

6- Não há nenhuma justificação, que se enquadre nos termos do § 1º do art. 9º da Portaria MPS nº 520, de 19/05/2004, que estabelece, in verbis :

Art. 9º (...)

§ 1º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que:

- a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;*
- b) refira-se a fato ou a direito superveniente;*
- c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.*

Compartilho do entendimento do julgador *a quo* e não reputo presentes as exceções das alíneas "a", "b" e "c", do artigo 9º, da Portaria MPS nº 520/2004 ou as exceções das alíneas "a", "b" e "c", do parágrafo 4º, do artigo 16, do Decreto 70.235/72.

Assim sendo, afasto a preliminar suscitada.

No que tange a alegação de decadência razão assiste a recorrente.

Verifica-se do crédito que o lançamento se deu, em 29/08/2006, Folha de Rosto da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD, de fls. 04, e que o crédito contempla as contribuições de 03/2000; 08/2000; 10/2000 a 07/2001, Discriminativo Sintético de Débito – DSD, de fls. 14 e 15, e, com competências lançadas até 12/2004.

Observa-se, ainda, da análise do autos, conforme Relatório de Documentos Apresentados – RDA, de fls. 24 e 25, que está registrado no lançamento a realização de pagamento para as competências 07/2000; 08/2000; 09/2000; 10/2000; 11/2000; 12/2000; 13º/2000; 01/2001; 02/2001; 03/2001; 04/2001; 05/2001; 06/2001 e 07/2001, sendo assim deve ser aplicada a Súmula CARF 99, que colaciono abaixo.

Súmula CARF nº 99: Para fins de aplicação da regra decadencial prevista no art. 150, § 4º, do CTN, para as contribuições previdenciárias, caracteriza pagamento antecipado o recolhimento, ainda que parcial, do valor considerado como devido pelo contribuinte na competência do fato gerador a que se referir a autuação, mesmo que não tenha sido incluída, na base de cálculo deste recolhimento, parcela relativa a rubrica especificamente exigida no auto de infração.

Desta forma, retroagindo-se a cinco anos da data do lançamento para as competências que contenham pagamento o marco decadencial será 30/08/2001.

Porém, para as competência que não registram pagamentos o marco da decadência será 01/01/2001.

Na busca da aplicação da regra e normal decadencial adequada adoto o entendimento do STJ no julgado a seguir transcrito.

RECURSO ESPECIAL Nº 970.947 SC (2007/0173291-6)

Esta Corte tem firmado o entendimento de que o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário pode ser estabelecido da seguinte maneira:

a) em regra, segue-se o disposto no art. 173, I, do CTN, ou seja, o prazo é de cinco anos, contado "do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado";

b) nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, cujo pagamento ocorreu antecipadamente, o prazo é de cinco anos, contado do fato gerador, nos termos do art. 150, § 4º do CTN

Assim, como exposto acima havendo pagamento a regra decadencial a ser aplicada é a do artigo 150º, parágrafo 4º, da Lei 5.172/66 ou artigo 173,I, do citado diploma, quando não há pagamentos para a competência em questão, devido a incidência da SV nº 08/2006 - STF.

Com esses esclarecimentos reconheço a existência de decadência para as competências 03/2000; 08/2000; 10/2000 a 07/2001, inclusive.

Mérito.

O fisco não tem o dever de fiscalizar o prestador, seja antes ou depois de fiscalizar o tomador de serviços para verificar a ocorrência de recolhimentos no prestador, pois o tomador nos termos do artigo 31, da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 9.711/98 é o responsável tributário pelo recolhimento, veja o excerto do acórdão do STJ, que transcrevo.

*12. A Lei 9.711/98, entretanto, que introduziu a nova redação do artigo 31, da Lei 8.212/91, instituiu técnica arrecadatória via substituição tributária, mediante a qual compete à empresa tomadora dos serviços reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação dos mesmos, bem como recolher, no prazo legal, a importância retida. **Cuida-se de previsão legal de substituição tributária com responsabilidade pessoal do substituto, que passou a figurar como o único sujeito passivo da obrigação tributária** (Precedentes do STJ: REsp 511.853/MG, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Seção, julgado em 10.11.2004, DJ 17.12.2004; REsp 638.333/SP, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, julgado em 23.08.2005, DJ 10.10.2005; REsp 432.775/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 27.06.2006, DJ 01.08.2006; REsp 553.499/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 12.12.2006, DJ 08.02.2007; REsp 855.066/SP, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 24.04.2007, DJ 31.05.2007; AgRg no REsp 899.598/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 22.05.2007, DJ 04.06.2007; AgRg no Ag 795.758/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 19.06.2007, DJ 09.08.2007; REsp 931.772/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 14.08.2007, DJ 27.08.2007) 18. Agravo regimental desprovido. ..EMEN: (AGRESP 200700071626, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:06/08/2009 ..DTPB:.) (destaquei).*

O arbitramento se justifica não porque o fisco não verificou os prestadores de serviços, pois na retenção como supramencionado, não existe essa obrigação.

O fisco promoveu o arbitramento em razão da recusa do contribuinte em fornecer os documentos necessários a apuração dos elementos e fatos, conforme trechos do REFISC a seguir transcritos.

5. Na análise da contabilidade verificamos haver pagamentos a outras empresas nas seguintes contas contábeis:

- a) 5.1.2.03.002 – Custo de Serviços Prest. - PJ.
- b) 4.1.1.05.002 – Custo de Serviços Prest. - PJ.
- c) 55103 – Conservação, Manutenção e Reparo.

6. Prontamente solicitamos, por meio dos TIADs datados de 18/04/2006 e 18/05/2006 os documentos que embasaram os lançamentos contábeis.

7. A empresa não apresentou nenhum dos documentos constantes da planilha denominada “RETENÇÃO DOS 11”, o que resultou na autuação n. 37.008.306-7.

7.1. Em virtude da posição da empresa em não apresentar documentação ficou a fiscalização impossibilitada de reconhecer as características dos serviços prestados, enquadrando,

portanto, todos os lançamentos contábeis, nas contas citadas acima, como sujeitas a retenção dos 11%.

8. Em consequência dos fatos narrados arbitramos como base de cálculo para fins de incidência da alíquota de 11% sobre o total mensal apurado nas contas citadas no item 5.

9. Foi anexada planilha denominada “RETENÇÃO DOS 11%” onde demonstramos a competência do registro contábil, o número e nome da conta, o histórico e o valor lançado contabilmente, e totais mensais.

10. O procedimento do arbitramento encontra-se amparado pelo artigo 33, § 3º da Lei n. 8.212/91, e no artigo 597 da Instrução Normativa SRP n. 03/2005:

Evidente, pois que o arbitramento foi aplicado em razão da determinação legal do artigo 33, parágrafo 3º, da Lei 8.212/91, uma vez que o contribuinte se recusou ou não forneceu os documentos a tempo e ordem e na forma devida e solicitada.

A solução de consulta 602, não se aplica ao caso o agente lançador deixou claro na passagem acima transcrita que solicitou os documentos por Termo de Intimação para Apresentação de Documentos - TIAD em duas ocasiões, ou seja, 18/04/2006 e 18/05/2006, mas que a empresa não forneceu nenhum dos documentos constantes da planilha "Retenção dos 11%".

A utilização da taxa SELIC é absolutamente admitida e normal na esfera tributária. O artigo 34, da Lei 8.212/91, assim o determinava, bem como é admitida pela Súmula 4 do CARF e pelos nossos tribunais superiores – STJ e STF.

Aliás, o próprio CARF tem Súmula sobre o assunto.

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

O STJ assim se posiciona, sendo inclusive compatível com o artigo 161, § 1º da Lei 5.172/66 para este tribunal superior.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. AFERIÇÃO DA NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. ANÁLISE DOS REQUISITOS FORMAIS DA CDA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. PAGAMENTO NÃO EFETUADO. NÃO OCORRÊNCIA DE DENÚNCIA ESPONTÂNEA. TAXA SELIC. LEGALIDADE. PRECEDENTE REGIDO PELA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C, DO CPC. 1. "Avaliar a necessidade da produção de prova pericial atrai o óbice contido na Súmula 7/STJ, haja vista tal providência demandar o revolvimento do substrato fático-probatório permeado nos autos" (AgRg no Ag 989.493/SP, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 23/06/2008). 2. A investigação acerca do preenchimento dos requisitos formais da CDA que aparelha a execução fiscal demanda, necessariamente, a revisão do substrato fático-probatório contido nos autos, providência que não se coaduna com a via eleita, conforme vedação expressa da Súmula 7/STJ. 3. É inaplicável o benefício do art. 138 do CTN ao tributo confessado e não-pago pelo contribuinte. 4. A Primeira Seção desta Corte, quando do julgamento do REsp. n. 1.111.175/SP, de relatoria da Ministra Denise Arruda, pacificou entendimento, pela sistemática do art. 543-C, do CPC, no sentido da legalidade da Taxa Selic, a qual incide sobre o crédito tributário a partir de 1º.1.1996 - não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária - tendo em vista que o art. 39, § 4º da Lei n. 9.250/95 preenche o requisito do § 1º do art. 161 do CTN. 5. O presente agravante regimental tratou, também, de questões diversas daquelas pacificadas em sede de recurso repetitivo, pelo que deixo de aplicar a multa prevista no § 2º do art. 557 do CPC. 6. Agravo regimental não provido. (AGA 200900895519, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, 28/09/2010) (grifo meu).

A SELIC em recente julgamento do STF no sistema da Repercussão Geral Tema nº 214, no RE 212.209, em 08/06/2011, foi considerada cabível e compatível com a seara tributária, conforme sua página de notícias, assim pensa, também, o STJ, observe-se os textos.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (SFT) ratificou, ontem, quarta-feira (18), por maioria de votos, jurisprudência firmada em 1999, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 212209, no sentido de que é constitucional a inclusão do valor do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual, Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) na sua própria base de cálculo.

A decisão foi tomada no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 582461, interposto pela empresa Jaguarly 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, o índice de atualização esta dentro das determinações legais.

Postos os argumentos acima declinados não há motivos para atender aos pedidos da recorrente, salvo quanto ao reconhecimento da decadência parcial.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto, voto por não conhecer o pedido de diligência; para em preliminar da parte conhecida, reconhecer a decadência parcial para as competências a seguir discriminadas 03/2000; 08/2000; 10/2000 a 07/2001, tendo em vista a data do lançamento e a existência de pagamento parcial e no mérito negar provimento ao recurso.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira.