



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

Processo nº 15504.003674/2008-28
Recurso nº 999.999 Voluntário
Acórdão nº 2403-01.217 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de abril de 2012
Matéria CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA
Recorrente HOSPITAL SOCOR S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1997 a 31/10/2005

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA - NÃO APRECIÇÃO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO.

A legislação ordinária de custeio previdenciário não pode ser afastada em âmbito administrativo por alegações de inconstitucionalidade, já que tais questões são reservadas à competência, constitucional e legal, do Poder Judiciário.

Neste sentido, o art. 26-A, caput do Decreto 70.235/1972 e a Súmula nº 2 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente veda ao CARF se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de lei tributária.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - INOBSERVÂNCIA DE REGULARIDADE NO LANÇAMENTO - NÃO OCORRÊNCIA.

Tendo o fiscal autuante demonstrado de forma clara e precisa os fatos que suportaram o lançamento, oportunizando ao contribuinte o direito de defesa e do contraditório, bem como em observância aos pressupostos formais e materiais do ato administrativo, nos termos da legislação de regência, especialmente artigo 142 do CTN, não há que se falar em nulidade do lançamento.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO - SÚMULA VINCULANTE STF Nº. 8 - PERÍODO ATINGIDO PELA DECADÊNCIA QUINQUÊNAL - APLICAÇÃO DO ART. 150, § 4º, CTN.

O STF em julgamento proferido em 12 de junho de 2008, declarou a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/1991. Após, editou a Súmula Vinculante nº 8, publicada em 20.06.2008, nos seguintes termos: “São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os

artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

Nos termos do art. 103-A da Constituição Federal, as Súmulas Vinculantes aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terão efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal

Na hipótese dos autos, aplica-se o entendimento do STJ no REsp 973.733/SC nos termos do art. 62-A, Anexo II, Regimento Interno do CARF - RICARF, com a regra de decadência insculpida no art. 150, § 4º, CTN posto que houve recolhimentos antecipados a homologar feitos pelo contribuinte.

No presente caso, o fato gerador ocorreu entre as competências 01/1997 a 10/2005, a ciência da NFLD ocorreu em 17.08.2007, dessa forma, já se operara a decadência do direito de constituição dos créditos ora lançados até a competência 07/2002, inclusive, nos termos do art. 150, § 4º, CTN

PRODUÇÃO DE PROVA DOCUMENTAL - INOBSERVÂNCIA DE MOMENTO OPORTUNO - INOCORRÊNCIA.

Em relação à produção de prova documental, a Recorrente não demonstrou, fundamentadamente, a ocorrência de uma das condições elencadas no art. 16, § 5º c/c art. 16, § 4º, Decreto 70.235/1972, posto que não há que se falar em cerceamento de defesa.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - CONTRIBUIÇÃO PARA O INCRA - EMPRESA URBANA - SUJEIÇÃO

A contribuição para o INCRA, mesmo após a publicação das Leis nº 7.787/89 e nº 8.212/91, permanece plenamente exigível, inclusive em relação às empresas dedicadas a atividades urbanas.

Quanto às empresas urbanas terem que recolher contribuição destinada ao INCRA, não há óbice normativo para tal exação. Não se olvida que a contribuição destinada ao INCRA tenha natureza distinta das contribuições sociais da Seguridade Social. As competências do INCRA são atribuídas pela sua lei de criação e o Estatuto da Terra.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - CONTRIBUIÇÃO PARA O SAT/RAT - INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO.

O art. 22, II, Lei nº 8.212/1991, define todos os elementos capazes de fazer nascer obrigação tributária válida.

Os conceitos de atividade preponderante e grau risco de acidente de trabalho não precisam estar definidos em lei, pois o Regulamento é ato normativo suficiente para definição de tais conceitos, uma vez que são complementares e não essenciais na definição da exação.

Considera-se preponderante a atividade que ocupa, na empresa, o maior número de segurados empregados e trabalhadores avulsos.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - CONTRIBUIÇÃO PARA O SEBRAE - EMPRESA DE GRANDE PORTE - SUJEIÇÃO.

A contribuição para o SEBRAE, prevista no art. 8º, § 3º, da Lei nº 8.029/90, não se restringe as micro e pequenas empresas, também incidindo em empresa de grande porte.

CONTRIBUIÇÃO PARA O SESC E SENAC - EXIGIBILIDADE

As contribuições aos SESC e SENAC, por força do Decreto-Lei nº 2.318/86, permanece plenamente exigível.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - TAXA SELIC - APLICAÇÃO À COBRANÇA DE TRIBUTOS.

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

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO - ACRÉSCIMOS LEGAIS - JUROS E MULTA DE MORA - ALTERAÇÕES DADAS PELA LEI 11.941/2009 - RECÁLCULO DA MULTA MAIS BENÉFICA - ART. 106, II, C, CTN

Até a edição da Lei 11.941/2009, os acréscimos legais previdenciários eram distintos dos demais tributos federais, conforme constavam dos arts. 34 e 35 da Lei 8.212/1991. A Lei 11.941/2009 revogou o art. 34 da Lei 8.212/1991 (que tratava de juros moratórios), alterou a redação do art. 35 (que versava sobre a multa de mora) e inseriu o art. 35-A, para disciplinar a multa de ofício.

Visto que o artigo 106, II, c do CTN determina a aplicação retroativa da lei quando, tratando-se de ato não definitivamente julgado, lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, princípio da retroatividade benigna, impõe-se o cálculo da multa com base no artigo 61 da Lei 9.430/96 para compará-la com a multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei 8.212/91 (presente no crédito lançado neste processo) para determinação e prevalência da multa de mora mais benéfica.

Ressalva-se a posição do Relator, vencida nesta Colenda Turma, na qual se deve determinar o recálculo dos acréscimos legais na forma de juros de mora (com base no art. 35, Lei 8.212/1991 c/c art. 61, § 3º Lei 9.430/1996 c/c art. 5º, § 3º Lei 9.430/1996) e da multa de ofício (com base no art. 35-A, Lei 8.212/1991 c/c art. 44 Lei 9.430/1996), com a prevalência dos acréscimos legais mais benéficos ao contribuinte.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, nas Preliminares por unanimidade de voto, em dar provimento parcial ao recurso reconhecendo a decadência das competências 07/2002, com base no art. 150, § 4º do CTN. No mérito por unanimidade de votos, em dar **provimento parcial ao recurso para que seja recalculada a multa de mora de acordo com a**

redação do artigo 35 da Lei 8.212/91, dada pela Lei 11.941/2009, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, fazendo prevalecer a mais benéfica ao contribuinte.

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Marcelo Magalhães Peixoto, Maria Anselma Coscrato dos Santos e Cid Marconi Gurgel de Souza.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário, às fls. 309 a 326, apresentado contra Acórdão nº 02-20.618 – 8ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belo Horizonte - MG, fls. 261 a 304, que julgou procedente em parte a autuação por descumprimento de obrigação principal, NFLD – Notificação Fiscal de Lançamento de Débito nº 37.116.781-7, com valor consolidado inicial de R\$ 506.306,41 retificado para R\$ 492.444,04.

O crédito previdenciário se refere às contribuições previdenciárias destinadas à Seguridade Social correspondente à parte dos segurados empregados, à contribuição da empresa, à contribuição destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho e aos Terceiros (Salário Educação, INCRA, SEBRAE, SESC e SENAC), do período de 01/1997 a 10/2005.

De acordo com o Relatório Fiscal, às 105 a 117, com Anexo às fls. 118 a 228, bem como com o Relatório da decisão de primeira instância, às fls. 261 a 304:

1.1.0 Hospital Socor S/A é o sucessor de Fundação Socor, que foi constituída como pessoa jurídica de direito privado, tendo como guardião o Ministério Público, que determinou a sua extinção em decorrência da sua inviabilidade econômico-financeira.

1.2.Foi dada a vista A Promotora de Justiça Curadora de Fundações em 08/08/2005 da Ata de Extinção da Fundação, relativa A sessão ocorrida em 29/06/2005, que somente pode ser registrada após a emissão de Certidão Negativa de Débito junto ao INSS.

1.3.A transferência dos empregados e dos médicos residentes ao Hospital Socor deu-se a partir de novembro de 2005, conforme Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia e Informações A Previdência Social sem movimento desta competência.

1.4.Foi emitida a Certidão de fls. 185/187 do Livro 830-N do Cartório do 6.º Ofício de Notas, constando "Escritura pública de extinção da Fundação Socor, outorgam Dr. José Alberto da Silveira e Outros".

1.5.Foram registrados os lançamentos de bens, direitos e obrigações ao Hospital Socor S/A no Livro Diário da Fundação Socor nº 17 do exercício de 2005 e na Ata da Reunião Extraordinária do Conselho de Administração do Hospital Socor S/A, realizada em 20/07/2005, registrada na Junta Comercial do Estado de Minas Gerais sob o nº 3490249, em 09/01/2006.

1.6. Fica caracterizada a sucessão (e a correspondente responsabilidade solidária): no artigo 133, caput e inciso I do Código Tributário Nacional (Lei n.º 5.172, de 25/10/1966; no artigo 751 da Instrução Normativa da Secretaria da Receita Previdenciária n.º 3, de 14/07/2005; no artigo 48 da Lei n.º 11.457, de 16/03/2007.

1.7. As contribuições lançadas referem-se a contribuição dos segurados, contribuição da empresa, inclusive para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho (GILRAT) e as destinadas a outras entidades e fundos (terceiros) — Salário Educação, INCRA, SEBRAE, SESC e SENAC, não recolhidas aos cofres públicos no prazo legal estabelecido.

1.8. As contribuições lançadas têm como base de cálculo: - remuneração de médicos preceptores e coordenadores na Residência Médica, obtidas por arbitramento, no período de fevereiro/2004 a outubro/2005:

- valores não declarados em Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia e Informações à Previdência Social remunerações relativas às rubricas alimentação e plano de saúde, obtidas por aferição indireta, no período de janeiro/1997 a dezembro/2002;

- pagamentos realizados aos autônomos, no período de fevereiro/1997 a dezembro/1997;

- pagamentos realizados aos contribuintes individuais que prestaram serviços notificada, no período de fevereiro/1999 a junho/2005, inclusive valor arbitrado referente aos serviços contábeis na competência 07/2004;

- diferenças detectadas em folhas de pagamento, no período de janeiro e fevereiro/1997;

- diferenças do salário-maternidade, no período de março a maio/2000;

- valores não declarados em Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia e Informações à Previdência Social a partir de janeiro/1999.

1.9. Compõem a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito os seguintes levantamentos:

***a- AUT — AUTÔNOMOS ANTES DA GFIP:** referente as contribuições incidentes sobre remunerações pagas aos segurados autônomos, conforme apuração realizada no Livro Diário n.º 9, exercício de 1997 (fevereiro a dezembro/1997), conta Serv. Ter. Pessoa Física;*

***b- CII — CONTRIBUINTE INDIVIDUAL ARBIT.:** referente a contribuição incidente sobre remuneração paga ao segurado contribuinte individual, aferida na competência julho/2004, em função dos valores pagos até 12/2003 A contadora Débora Silva Nogueira, uma vez que a responsabilidade pela escrituração*

contábil é do contador Mario Lúcio Marques e não houve o lançamento contábil correspondente;

c- CIN — CONTRIBUINTE INDIVIDUAL: referente as contribuições incidentes sobre remunerações pagas aos segurados autônomos/contribuintes individuais conforme apuração realizada na escrituração contábil, período de **fevereiro/1999 a junho/2005**;

d- DAL — Diferença de Acréscimos Legais (competências **09/2000, 11/2000 e 01/2001**, pagamentos realizados em 29/06/2001);

e- PAT — VALE-REFEIÇÃO E CESTA BÁSICA: referente as contribuições incidentes sobre valores decorrentes do fornecimento de cesta básica e vale-refeição aos empregados administrativos da Fundação, sem a devida inscrição no Programa de Alimentação do Trabalhador, gerido pelo Ministério do Trabalho e Emprego, no período de janeiro/1997 a junho/1998, cujas bases de cálculo foram arbitradas;

f- PS — PLANO DE SAÚDE UNIHOSP: referente As contribuições incidentes sobre plano de saúde UNIHOSP fornecido apenas aos empregados do setor administrativo, no período de **janeiro/1997 a dezembro/1998**, antes da instituição da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia e Informações à Previdência Social, cujos valores foram arbitrados;

g- PSI — PLANO DE SAÚDE UNIHOSP AP GFIP: referente as contribuições incidentes sobre plano de saúde UNIHOSP fornecido apenas aos empregados do setor administrativo, no período de **janeiro/1999 a dezembro/2002**, após a instituição da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia e Informações A Previdência Social, cujos valores foram arbitrados;

h- RES — MÉDICO PRECEP COORD RESIDÊNCIA: referente às contribuições incidentes sobre valores pagos aos profissionais médicos responsáveis pelo programa de Residência Médica (cujo interessado/mantenedor é a Fundação Socor), arbitrados com base no piso salarial da categoria conforme publicação da FENAM — Federação Nacional dos médicos, nos anos de 2004 e 2005 (**02/2004 a 13/2004, 01/2005 a 10/2005**), vez que a notificada não apresentou quaisquer documentos que discriminassem os serviços prestados pelos médicos coordenadores e preceptores, presentes a subordinação, pessoalidade, e onerosidade (tendo em vista a elevada carga horária exigida pela residência médica, que em alguns casos chega a 40 horas semanais, é inviável a existência de trabalho voluntário e/ou gracioso da parte dos profissionais médicos);

i- SM — SALÁRIO MATERNIDADE: referente A contribuição patronal incidente sobre salário-maternidade pago pelo INSS A empregada Mariléia Delgado Campos, no período de **março/2000 a maio/2000**.

O Mandado de Procedimento Fiscal – MPF nº 09413610F00, cientificado pelo contribuinte, fls. 83.

O período objeto da NFLD, conforme o Relatório Discriminativo Sintético de Débito - DSD, às fls. 32, é de 01/1997 a 10/2005.

A Recorrente teve ciência do Auto de Infração no dia 17.08.2007, conforme fls. 01.

Contra a autuação, a Recorrente apresentou impugnação tempestiva, de fls. 232 a 249, com Anexo às fls. 250 a 257.

Após análise dos autos, a **decisão de primeira instância** proferida no Acórdão nº 02-20.618 – 8ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belo Horizonte - MG, fls. 261 a 304, julgou procedente em parte a autuação para se reconhecer a decadência parcial até a competência 11/2001 com fulcro no art. 173, I, CTN, conforme a Ementa a seguir:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1997 a 31/03/2007

VALORES NÃO DECLARADOS EM GFIP's, LANÇADOS EM FOLHAS DE PAGAMENTO, NA ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL, E ARBITRADOS. DECADÊNCIA. RELAÇÃO DE EMPREGO. AFERIÇÃO INDIRETA. CONTRIBUIÇÃO DEVIDA EM RAZÃO DO GRAU DE INCIDÊNCIA DE INCAPACIDADE LABORATIVA DECORRENTE DOS RISCOS AMBIENTAIS DO TRABALHO. TERCEIROS.JUROS SELIC. INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE.

São fatos geradores de contribuições sociais os valores pagos pela empresa a segurados a seu serviço.

O Supremo Tribunal Federal - STF, por meio da Súmula Vinculante nº 8, de 12 de junho de 2008, declarou inconstitucional o artigo 45 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, que havia fixado o prazo decadencial de 10 (dez) anos para a constituição de contribuições para a Seguridade Social.

É devida a contribuição sobre as verbas referentes ao vale-transporte e assistência médico-hospitalar não atendidas as condições previstas nas exclusões do art. 28, § 9º, alínea "q", c/c o art. 214, § 9º, XVI do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto n.º 3.048/99.

Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, a Delegacia da Receita Federal do Brasil pode, sem prejuízo da penalidade cabível, inscrever de ofício a importância que reputar devida, cabendo empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário, Lei 8.212/91, artigo 33, §3.º.

As contribuições devidas a terceiros são regidas por legislação própria, definidora dos sujeitos passivos da obrigação do recolhimento correspondente.

As contribuições sociais, pagas com atraso, ficam sujeitas aos juros equivalentes A taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, e multa de mora, ambas de caráter irrelevável, artigos 34 e 35 da Lei 8.212/91.

A lei, cuja invalidade ou inconstitucionalidade não tenha sido declarada, surte os seus efeitos enquanto estiver vigente, e deve obrigatoriamente ser cumprida pela autoridade administrativa por força do ato administrativo vinculado, não sendo o fórum administrativo próprio para albergar discussões dessa ordem.

Lançamento Procedente em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros da 8.ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, considerar procedente em parte o lançamento, mantendo o crédito retificado na (o) Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD nº 37.116.781-7, conforme Discriminativo Analítico do Débito Retificado - DADR em anexo.

Intime-se para pagamento do crédito mantido no prazo de 30 dias da ciência, salvo interposição de recurso voluntário ao 2º Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, em igual prazo, conforme facultado pelo artigo 33 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, tendo em vista o disposto no inciso I do artigo 25 e no artigo 29 da Lei nº 11.457, de 16 de março 2007.

De acordo com o Decreto nº 70.235, de 1972, artigo 34, inciso I, não cabe recurso de ofício ao Conselho de Contribuintes, porque o valor exonerado é inferior ao previsto no artigo 1º da Portaria MF nº 3, de 3 de janeiro de 2008.

A intimação deverá ser feita A Rua Juiz de Fora, 115 — Conjunto 1.406/1.410 / Barro Preto / Belo Horizonte/MG — CEP 30.180-060, conforme solicitado As fls. 249.

Encaminhe-se A Delegacia da Receita Federal do Brasil de origem para cientificar o contribuinte do inteiro teor deste Acórdão e demais providências. Sala de Sessões, em 07 de janeiro de 2009.

Inconformada com a decisão, a Recorrente apresentou Recurso Voluntário, fls. 309 a 326, na qual alega em síntese:

(i) Da decadência de lançar o tributo.

Há que se salientar que, na forma do art. 173 do CTN, o prazo d
que dispõe o Fisco para constituir o crédito tributário é de 05

anos, contados do primeiro dia o exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

(ii) Da inexistência de vínculo empregatício ou pagamento de salários.

A presente autuação se refere a multa pela não inscrição de e notadamente médicos preceptores da residência médica.

Entretanto, tais pessoas jamais foram empregados da Fundação ou sequer receberam salários da instituição, sendo tais serviços sempre prestados sob regime de voluntariado.

Por tais razões não houve a inscrição de tais pessoas nos quadros de funcionários, e pelo fato de não ter havido pagamento de qualquer remuneração não houve recolhimentos de contribuições devidas ao INSS.

Importante frisar que tais alegações poderão ser facilmente comprovados através de prova testemunhal.

(iii) questiona a ilegalidade/inconstitucionalidade do SAT.

(iv) questiona a ilegalidade/inconstitucionalidade do INCRA.

(v) questiona a ilegalidade/inconstitucionalidade do SEBRAE.

(vi) questiona a ilegalidade/inconstitucionalidade do SESC/SENAC.

(vii) Da Multa - E a cobrança de multa em percentual tão elevado configura verdadeira cobrança de tributo disfarçado sob a roupagem de multa, que adquire caráter confiscatório extrapola sua função primária e onera em demasia o contribuinte.

(viii) questiona a ilegalidade da Taxa SELIC.

(ix) Requer a produção de todas as provas

Assim, o ora defendente requer, desde já, a produção de todas as provas possíveis para demonstrar a insubsistência do auto de infração. **Requer-se, então, a abertura da fase probatória, na qual se produzirá prova testemunhal, depoimento do agente que promoveu a conferência, documental, entre outras. Provas que,**

Processo nº 15504.003674/2008-28
Acórdão n.º **2403-01.217**

S2-C4T3
Fl. 336

repita-se, deverão ser admitidas, pena de violação aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, Cr), o que implicará na nulidade do procedimento.

Posteriormente, os autos foram enviados ao Conselho, para análise e decisão,
fls. 330.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro , Relator

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 330.

Anota-se ainda que o Supremo Tribunal Federal – STF ao editar a Súmula Vinculante nº. 21 afastou a exigência de depósito para a admissibilidade de recurso na esfera administrativa.

Súmula Vinculante 21

É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.

Fonte de Publicação: DJe nº. 210, p. 1, em 10/11/2009. DOU de 10/11/2009, p. 1.

Avaliados os pressupostos, passo para as Questões Preliminares e ao Mérito.

DAS PRELIMINARES

(a) Inconstitucionalidades.

Analisemos.

Não assiste razão à Recorrente pois o previsto no ordenamento legal não pode ser anulado na instância administrativa por alegações de inconstitucionalidade, já que tais questões são reservadas à competência, constitucional e legal, do Poder Judiciário.

Neste sentido, o art. 26-A, caput do Decreto 70.235/1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências:

“Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 1º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 2º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 3º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 4º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 5º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

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

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

II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

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; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)”(gn).

Ademais, há a Súmula nº 2 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente veda ao CARF se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de lei tributária.

Súmula CARFnº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Analisemos.

Foi realizada auditoria-fiscal que resultou no lançamento da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito — NFLD, de contribuições destinadas à Seguridade Social correspondente a parte patronal e a Terceiros.

Desta forma, conforme o artigo 37 da Lei nº 8.212/91, foi lavrada **Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD nº 37.116.781-7** que, conforme definido no inciso IV do artigo 633 da IN MPS/SRP nº 03/2005, é o documento constitutivo de crédito relativo às contribuições devidas à Previdência Social e a outras importâncias arrecadadas pela SRP, apuradas mediante procedimento fiscal:

(redação à época da lavratura da NFLD nº 37.116.781-7)

Lei n° 8.212/91

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.

IN MPS/SRP n° 03/2005

Art. 633. São documentos de constituição do crédito tributário, no âmbito da SRP:

IV - Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD, que é o documento constitutivo de crédito relativo às contribuições devidas à Previdência Social e a outras importâncias arrecadadas pela SRP, apuradas mediante procedimento fiscal;

Não obstante a argumentação da Recorrente, **não confiro razão à Recorrente pois, de plano, nota-se que o procedimento fiscal atendeu a todas as determinações legais, com a clara discriminação de cada débito apurado e dos acréscimos legais incidentes, não havendo, pois, nulidade por vício insanável e tampouco cerceamento de defesa.**

Pode-se elencar as etapas necessárias à realização do procedimento:

- *A autorização por meio da emissão do Mandado de Procedimento Fiscal – MPF- F, com a competente designação do Auditor-Fiscal responsável pelo cumprimento do procedimento;*

- *A intimação para a apresentação dos documentos conforme Termo de Intimação para Apresentação de Documentos – TIAD, intimando o contribuinte para que apresentasse todos os documentos capazes de comprovar o cumprimento da legislação previdenciária;*
- *A autuação dentro do prazo autorizado pelo referido Mandado, com a apresentação ao contribuinte dos fatos geradores e fundamentação legal que constituíram a lavratura do auto de infração ora contestado, com as informações necessárias para que o autuado pudesse efetuar as impugnações que considerasse pertinentes:*

a. IPC - Instruções para o Contribuinte (que tem a finalidade de comunicar ao contribuinte como regularizar seu débito, como apresentar defesa e outras informações);

b. DAD - Discriminativo Analítico do Débito (que discrimina os valores originários das contribuições devidas pelo contribuinte, abatidos os valores já recolhidos e as deduções legais);

c. DSD - Discriminativo Sintético do Débito (que apresenta os valores devidos em cada competência, referentes aos levantamentos indicados agrupados por estabelecimento);

d. RL - Relatório de Lançamentos (que relaciona os lançamentos efetuados nos sistemas específicos para apuração dos valores devidos pelo sujeito passivo);

e. RDA - Relatório de Documentos Apresentados;

f. RADA - Relatório de Apropriação de Documentos Apresentados;

g. DAL - Diferença de Acréscimos Legais;

h. FLD- Fundamentos Legais do Débito (que indica os dispositivos legais que autorizam o lançamento e a cobrança das contribuições exigidas, de acordo com a legislação vigente à época do respectivo fato gerador);

i. CORESP- - Relatório de Co-responsáveis do Débito;

j. VÍNCULOS - Relatório de Vínculos (que lista todas as pessoas físicas ou jurídicas em razão de seu vínculo com o sujeito passivo, indicando o tipo de vínculo existente e o período);

k. MPF – Mandado de Procedimento Fiscal;

l. TIAD – Termo de Intimação para Apresentação de Documentos;.

m. TEAF - Termo de Encerramento da Ação Fiscal;.

n. REFISC – Relatório Fiscal.

Cumpra-se esclarecer ainda, que o lançamento fiscal foi elaborado nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional, especialmente a verificação da efetiva ocorrência do fato gerador tributário, a matéria sujeita ao tributo, bem como o montante individualizado do tributo devido.

De plano, o art. 142, CTN, estabelece que:

“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.”

Analisando-se a **NFLD nº 37.116.781-7**, tem-se que foi cumprido integralmente os limites legais dispostos no art. 142, CTN.

Ademais, não compete ao Auditor-Fiscal agir de forma discricionária no exercício de suas atribuições. Desta forma, em constatando a falta de recolhimento, face a ocorrência do fato gerador, cumpri-lhe lavrar de imediato a notificação fiscal de lançamento de débito de forma vinculada, constituindo o crédito previdenciário. O art. 243 do Decreto 3.048/99, assim dispõe neste sentido:

Art.243. Constatada a falta de recolhimento de qualquer contribuição ou outra importância devida nos termos deste Regulamento, a fiscalização lavrará, de imediato, notificação fiscal de lançamento com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, de acordo com as normas estabelecidas pelos órgãos competentes.

(i) Da decadência de lançar o tributo.

Há que se salientar que, na forma do art. 173 do CTN, o prazo de que dispõe o Fisco para constituir o crédito tributário é de 05 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Analisemos.

Em que pese a decisão de primeira instância ter reconhecido a decadência até a competência 11/2001, inclusive, nos termos do art. 173, I, CTN, deve-se analisar a questão.

O Supremo Tribunal Federal - STF, conforme o Informativo STF nº 510 de 19 de junho de 2008, por entender que apenas lei complementar pode dispor sobre prescrição e decadência em matéria tributária, nos termos do artigo 146, III, b, da Constituição Federal, negou provimento por unanimidade aos Recursos Extraordinários nºs 556664/RS, 559882/RS, 559.943 e 560626/RS, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei nº 8.212/91, atribuindo-se, à decisão, eficácia *ex nunc* apenas em relação aos recolhimentos efetuados antes de 11.6.2008 e não impugnados até a mesma data, seja pela via judicial, seja pela administrativa.

Após, o STF aprovou o Enunciado da Súmula Vinculante nº 8, publicada em 20.06.2008, nestes termos:

Súmula Vinculante nº 8 - São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário. Publicada no DOU de 20/6/2008, Seção 1, p.1.

É necessário observar ainda que as súmulas aprovadas pelo STF possuem efeitos vinculantes, conforme se depreende do art. 103-A e parágrafos da Constituição Federal, que foram inseridos pela Emenda Constitucional nº 45/2004. *in verbis*:

“Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (g.n.).”

Portanto, da leitura do dispositivo constitucional acima, conclui-se que a vinculação à súmula alcança a administração pública e, por consequência, os julgadores no âmbito do contencioso administrativo fiscal.

Ademais, no termos do artigo 64-B da Lei 9.784/99, com a redação dada pela Lei 11.417/06, a **administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal**, deve adequar a decisão administrativa ao entendimento do STF, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.

“Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal”

Cumprе ressaltar que o art. 62, caput do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF do Ministério da Fazenda, Portaria MF nº 256 de 22.06.2009, veda o afastamento de aplicação ou inobservância de legislação sob fundamento de inconstitucionalidade.

Porém, o art. 62, parágrafo único, inciso I, do Regimento Interno do CARF, ressalva que o disposto no caput não se aplica a dispositivo que tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal:

“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. (g.n.)”

Portanto, em razão da declaração de inconstitucionalidade dos arts 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 pelo STF, há que serem observadas as regras previstas no Código Tributário Nacional - CTN. Dessa forma, constata-se que já se operara a decadência do direito de constituição dos créditos ora lançados, nos termos dos artigos 150, § 4º, e 173 do Código Tributário Nacional.

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. (g.n.)”

Já em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, quando ocorre pagamento antecipado inferior ao efetivamente devido, sem que o contribuinte tenha incorrido em fraude, dolo ou simulação, aplica-se o disposto no § 4º, do artigo 150, do CTN, segundo o qual, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador:

“Art.150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º - O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento.

§ 2º - Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.

§ 3º - Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.

*§ 4º - Se a lei não fixar prazo a homologação, **será ele de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador**; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. (g.n.)”*

Essas interpretações estão em sintonia com decisões do Poder Judiciário.

“Ementa:I. O entendimento jurisprudencial consagrado no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação cujo pagamento ocorreu antecipadamente, o prazo decadencial de que dispõe o Fisco para constituir o crédito tributário é de cinco anos, contados a partir do fato gerador. Todavia, se não houver pagamento antecipado, incide a regra do art. 173, I, do Código

Tributário Nacional.” (STJ.1ª Turma, AgRg no Ag 972.949/RS, Rel.: Min.Denise Arruda.,ago/08.) (g.n.)

“Ementa:4. Nas exações cujo lançamento se faz por homologação, havendo pagamento antecipado, conta-se o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN). Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN. Em normais circunstâncias, não se conjugam os dispositivos legais. Precedentes das Turmas de Direito Público e da Primeira Seção. 5.Hipótese dos autos em que não houve pagamento antecipado, aplicando-se a regra do art. 173, I, do CTN.” (STJ. 2ª Turma, AgRg no Ag 939.714/RS, Rel.: Min. Eliana Calmon., fev/08.) . (g.n.)

*“Ementa: Em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, a fixação do termo a quo do prazo decadencial para a constituição do crédito deve considerar, em conjunto, os arts. 150, § 4º, e 173, I, do Código Tributário Nacional. Na hipótese em exame, que cuida de lançamento por homologação (contribuição previdenciária) com pagamento antecipado, o prazo decadencial será de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador. (...) **Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN..**” (STJ. EREsp 278727/DF. Rel.: Min. Franciulli Netto. 1ª Seção. Decisão: 27/08/03. DJ de 28/10/03, p. 184.) . (g.n.)*

Uma corrente doutrinária também aponta que no caso de tributo lançado por homologação, desde que haja a antecipação de pagamento, se aplica uma regra especial disposta no art. 150, § 4º, CTN em detrimento da aplicação da regra geral do art. 173, I, CTN. No entanto, nos casos de dolo, fraude ou simulação, de modo a que se configure a comprovada má-fé do sujeito passivo, não corre o prazo do art. 150, § 4º, CTN mas sim a decadência tributária se rege pela disposição genérica do art. 173, I, CTN.

Nesta corrente doutrinária pode-se citar, dentre outros, Ricardo Lobo Torres¹, Eduardo Sabbag², Mauro Luís Rocha Lopes³ e Leandro Paulsen⁴.

Há vozes discordantes na doutrina que defendem que a decadência opera com base na regra geral de decadência exposta no art. 173 do CTN, haja ou não pagamento antecipado no caso de lançamento por homologação, de forma a não se aplicar o art. 150, § 4º, CTN.

O meu posicionamento se identifica com o direcionamento do Superior Tribunal de Justiça – STJ e com a primeira corrente doutrinária exposta no sentido de no caso de tributo lançado por homologação, desde que haja a antecipação de pagamento e não se configure os casos de dolo, fraude ou simulação, se aplica a regra especial disposta no art. 150, § 4º, CTN, conforme se depreende do REsp 973.733/SC nos termos do art. 62-A, Anexo II, Regimento Interno do CARF – RICARF.

¹ TORRES, Ricardo Lobo. Curso de direito financeiro e tributário. 16. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 283.

² SABBAG, Eduardo. Manual de direito tributário. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 723.

³ LOPES, Mauro Luís Rocha. Direito tributário brasileiro. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 248.

⁴ PAULSEN, Leandro. Direito tributário: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, ESMAFE, 2009. p. 1036.

Na hipótese presente, verifica-se que o Relatório de Documentos Apresentados – RDA, disposto às fls. 69, apresenta vários pagamentos realizados pela Recorrente a homologar pela Auditoria-Fiscal entre as competências 04/1999 a 01/2001.

Considero então que, mesmo não havendo recolhimentos em todas as competências objeto do lançamento, bastou haver pagamentos realizados pela Recorrente a homologar pela Auditoria-Fiscal entre as competências 04/1999 a 01/2001 para que se configure a antecipação de pagamentos.

Então, aplicando-se o entendimento do STJ no REsp 973.733/SC nos termos do art. 62-A, Anexo II, Regimento Interno do CARF – RICARF, exsurge a regra de decadência insculpida no art. 150, § 4º, CTN posto que houve recolhimentos antecipados a homologar pelo contribuinte, além de não se materializar as hipóteses de dolo, fraude ou simulação.

Verifica-se, da análise dos autos, que a cientificação da NFLD pela Recorrente, às fls. 01, se deu em 17.08.2007 e o débito se refere a contribuições devidas à Seguridade Social no seguinte período: 01/1997 a 10/2005.

Dessa forma, nos termos do artigo 150, § 4º, CTN, constata-se que já se operara a decadência do direito de constituição dos créditos lançados até a competência 07/2002, inclusive.

DO MÉRITO.

(ii) Da inexistência de vínculo empregatício ou pagamento de salários.

A presente autuação se refere a multa pela não inscrição de e notadamente médicos preceptores da residência médica.

Entretanto, tais pessoas jamais foram empregados da Fundação ou sequer receberam salários da instituição, sendo tais serviços sempre prestados sob regime de voluntariado.

Por tais razões não houve a inscrição de tais pessoas nos quadros de funcionários, e pelo fato de não ter havido pagamento de qualquer remuneração não houve recolhimentos de contribuições devidas ao INSS.

Importante frisar que tais alegações poderão ser facilmente comprovados através de prova testemunhal.

Analisemos.

A argumentação da Recorrente está centrada no fato de que os médicos preceptores da residência médica e coordenadores jamais foram empregados da Fundação ou sequer receberam salários da instituição, sendo tais serviços sempre prestados sob regime de voluntariado.

Não obstante tal argumentação, a Auditoria-Fiscal, no Relatório Fiscal, às fls. 105 a 117, com Anexo às fls. 118 a 228, demonstra em relação ao código de levantamento RES faticamente a existência do vínculo empregatício:

RES — Médicos Preceptores e Coordenadores residência. Em face da impossibilidade de se constatar como se deu à remuneração dos profissionais médicos responsáveis pela residência médica e da desconsideração da contabilidade, por não espelha a movimentação real da Fundação no período fiscalizado, em especial no exercício de 2004, e 2005, objeto do presente levantamento, conforme detalhado no auto de infração — AI N° arbitramos os valores referentes remuneração dos médicos preceptores e coordenadores da residência médica adotando como parâmetro o piso salarial da categoria, publicada pela FENAM- FEDERAÇÃO NACIONAL DOS MÉDICOS, observando ao que dispõe o §3º do art. 33 da Lei 8.212 de 24 de julho de 1991 DOU de 25/07/91.

Ressaltamos que o Código Tributário Nacional, Lei N° 5.172, de 25/10/66 vem ao encontro da legislação previdenciária, ao determinar em seu art. 48, "Art. 148. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial."

Assim, a que se observar a Constância da legislação em determinar o procedimento do arbitramento na obtenção da base de incidência.

5. Foram analisados, o Pedido de Credenciamento de Programa Residência Médica, folhas de pagamento de médicos residentes, Parecer n° 109/03, de 12 de junho de 2003 encaminhado, Fundação Socor, através do Ofício MEC/SESu/GAB/CNRM n° 8671/2003 de 05 de setembro de 2003, o parecer, em questão, concede credenciamento provisório de 04 vagas por ano duração de 02 anos para a Cardiologia e uma vaga/ano, com duração de 04 anos para a neurocirurgia, Guias de recolhimento, e contabilidade do exercício de 2004, livro Diário n° 16, devidamente AVERBADO SOB N° 42 REG. 72.550 LIVRO A, em 06/10/2005, livro Razão de 2004 e livro Diário n° 17, do exercício de 2005, registrado no Cartório Civil das Pessoas Jurídicas - Oficial Dr José Nadi Néri, averbado sob o n° 43 no registro 72.550, no Livro A, em 17/07/2005, Relatório de Vistoria Hospital Socor no qual encontra discriminado como órgão mantenedor da bolsa a Fundação Socor.

6. Há que se destacar a dificuldade por parte da Fundação no que concerne ao princípio da entidade que permeia nosso ordenamento jurídico, então vejamos. A Fundação Socor e o Hospital Socor S.A., embora funcionassem concomitantemente no mesmo endereço, possuem personalidade jurídica distintas, haja vista atenderem ao que dispõe o artigo 18 do Código Civil, Lei 3.071 de 1º de janeiro de 1916 e ao que dispõe o art. 985 do Novo Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

7. Ao se analisar o credenciamento da residência médica fica clara a dificuldade em definir as atividades específicas de cada uma das pessoas jurídicas. No cadastro que nos foi fornecido pela Fundação referente ao Sistema CNRM — Atualização de Residência Médica, ao se preencher a Unidade de Residência Médica foi especificado Hospital Socor Fundação Socor, mas o CNPJ é da Fundação Socor, no Parecer nº 109/03, de 12 de junho de 2003 encaminhado através do Ofício MEC/SESu/GAB/CNRM nº 8671/2003 de 05 de setembro de 2003, pelo Ministério da Educação, Secretaria de Educação Superior, Comissão Nacional de Residência Médica, que é a responsável pelo credenciamento para funcionamento da residência médica foi especificado como interessado/mantenedora a Fundação Socor, assim não a que se falar que o Hospital Socor S.A. é o mantenedor da residência médica. Destacamos, ainda, que os médicos residentes, até a desativação da Fundação Socor por determinação do ministério público, estiveram vinculados Fundação, onde eram realizados os pagamentos das bolsas de residência e que no Relatório de Vistoria do Hospital Socor, emitido pela Comissão Estadual de Residência Médica — CEREM/MG, em seus aspectos gerais discrimina como órgão mantenedor da bolsa a Fundação Socor.

8. Considerando o acima exposto, observar-se que a Residência Médica oferecida pela Fundação Socor nas áreas de cardiologia e neurocirurgia, possui médicos coordenadores e preceptores, devidamente credenciados pela Comissão Nacional de Residência Médica vinculada ao Ministério da Educação e Cultura, e que embora solicitada, reiteradamente, a Fundação Socor não nos apresentou quaisquer documentos que comprovem como se deu a relação de trabalho entre os profissionais em questão e a Fundação. Assim, apuramos os créditos previdenciários referentes aos serviços prestados pelos médicos coordenadores e preceptores através da presente Notificação que se encontra fundamentada na legislação abaixo elencada e demais legislação constata do discriminativo Fundamentos Legais do Débito, em anexo.

8.1 - na alínea "a", inciso I, artigo 12 da Lei 8.212 de 24.07.91

"Art. 12. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas: I — como empregado: aquele que presta serviço de natureza urbana ou rural A empresa, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração, inclusive como diretor empregado;"

8.2 - pelo artigo 3º da Consolidação das Leis do trabalho "Art. 3º. Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador sob a dependência deste e mediante salário."

8.3 - na legislação específica da Residência médica, ou seja, Lei 6.932 de 07.07.81, com as alterações introduzidas pelas leis nº 8.138 - de 28 de dezembro de 1990 - dou de 31/12/90 e nº 10.405, de 9 de janeiro de 2002, Decreto 80.281, de 05.09.77, e resolução 04/78, 04/80, que estabelece normas gerais, requisitos mínimos e sistemática de credenciamento da Residência Médica.

9. Analisando os documentos citados à luz da legislação relativa à Residência Médica, detectamos os requisitos legais a caracterização do vínculo empregatício, como se segue:

A não eventualidade está claramente definida no disposto na alínea "d" do art. 5º da Resolução no 4/78 da Comissão Nacional de Residência Médica.

"d) A supervisão permanente do treinamento do Residente por médicos portadores de Certificado de Residência Médica da área ou especialidade em causa ou título superior, ou possuidores de qualificação equivalente, a critério da Comissão Nacional de Residência Médica, observada a proporção mínima de um médico do corpo clínico em regime de tempo integral para 06(seis) residentes, ou de 02(dois) médicos do corpo clínico em regime de tempo parcial para 03(três) residentes."

(...) **A subordinação** fica claramente definida pela existência de carga horária a ser cumprida, pela determinação de execução do programa da Residência Médica, como se pode constatar no detalhamento do Pedido de Credenciamento, pela Fundação Socor, que é a mantenedora da Residência. Do pedido em pauta constam à programação de treinamento em serviço, as atividades didáticas complementares, a metodologia da avaliação do aprendizado, programação científica habitual para o corpo clínico, cargas horárias dos residentes e da equipe responsável pelo programa e pela legislação específica como se pode constatar pela transcrição de itens relevantes da legislação.

(...) **A personalidade** está evidente no credenciamento do Programa que discrimina os nomes dos profissionais credenciados como seus membros, que consta do Pedido de Credenciamento aprovado conforme Parecer conclusivo do plenário da CNRM de nº 109/2003 referente FUNDAÇÃO SOCOR encaminhado através do OF. No 8671/2003-MEC/SESu/GAB/CNRM, bem como, da impossibilidade de mudança no corpo de preceptores, supervisores e docentes sem o prévio conhecimento da Comissão, conforme dispõe a Resolução 04/80 da Comissão de Residência Médica.

(...) **A onerosidade** em decorrência da desconsideração da contabilidade por não espelhar a verdade fática da fundação, apuramos a remuneração dos médicos supervisores e coordenadores por aferição indireta tendo como parâmetro o **piso salarial da categoria divulgada pela FENAM, conforme**

demonstrativo em anexo. Destacamos, que a elevada carga horária exigida pela residência médica, que em alguns casos corresponde a 40 horas semanais, inviabiliza um trabalho voluntário, gracioso dos profissionais médicos.

Diante do exposto, não prospera a alegação da Recorrente.

(iii) questiona a ilegalidade/inconstitucionalidade do SAT.

Analisemos.

Não confiro razão à recorrente quanto ao argumento da ilegalidade da cobrança da contribuição devida ao SAT – Seguro de Acidente de Trabalho, em razão da reserva à lei para estabelecer os conceitos de atividade preponderante e grau de risco de acidente de trabalho

A exigência da contribuição para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente de riscos ambientais do trabalho é prevista no art. 22, II da Lei n.º 8.212/1991, alterada pela Lei n.º 9.732/1998, que fixou as alíquotas distintas, 1%, 2% e 3%, para a incidência da contribuição ao SAT:

Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

(...) II - para o financiamento do benefício previsto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos: (Redação dada pela Lei nº 9.732, de 1998).

a) 1% (um por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidentes do trabalho seja considerado leve;

b) 2% (dois por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado médio;

c) 3% (três por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado grave.

O Regulamento da Previdência Social, no art. 202, define a atividade preponderante, para o enquadramento legal nos correspondentes graus de riscos das atividades desenvolvidas pelas empresas:

Art.202. A contribuição da empresa, destinada ao financiamento da aposentadoria especial, nos termos dos arts. 64 a 70, e dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho corresponde à aplicação dos seguintes percentuais, incidentes sobre o total da remuneração paga, devida ou creditada a qualquer título, no decorrer do mês, ao segurado empregado e trabalhador avulso:

I - um por cento para a empresa em cuja atividade preponderante o risco de acidente do trabalho seja considerado leve;

II - dois por cento para a empresa em cuja atividade preponderante o risco de acidente do trabalho seja considerado médio; ou

III - três por cento para a empresa em cuja atividade preponderante o risco de acidente do trabalho seja considerado grave.

§ 1º As alíquotas constantes do caput serão acrescidas de doze, nove ou seis pontos percentuais, respectivamente, se a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa ensejar a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição.

§ 2º O acréscimo de que trata o parágrafo anterior incide exclusivamente sobre a remuneração do segurado sujeito às condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

§ 3º Considera-se preponderante a atividade que ocupa, na empresa, o maior número de segurados empregados e trabalhadores avulsos.

§ 4º A atividade econômica preponderante da empresa e os respectivos riscos de acidentes do trabalho compõem a Relação de Atividades Preponderantes e correspondentes Graus de Risco, prevista no Anexo V.

§ 5º O enquadramento no correspondente grau de risco é de responsabilidade da empresa, observada a sua atividade econômica preponderante e será feito mensalmente, cabendo ao Instituto Nacional do Seguro Social rever o auto-enquadramento em qualquer tempo.

...

§ 10. Será devida contribuição adicional de doze, nove ou seis pontos percentuais, a cargo da cooperativa de produção, incidente sobre a remuneração paga, devida ou creditada ao cooperado filiado, na hipótese de exercício de atividade que autorize a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente. (Redação dada pelo Decreto nº 4.729/2003)

§ 11. Será devida contribuição adicional de nove, sete ou cinco pontos percentuais, a cargo da empresa tomadora de serviços de cooperado filiado a cooperativa de trabalho, incidente sobre o

valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, conforme a atividade exercida pelo cooperado permita a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente. (Redação dada pelo Decreto nº 4.729/2003)

§ 12. Para os fins do § 11, será emitida nota fiscal ou fatura de prestação de serviços específica para a atividade exercida pelo cooperado que permita a concessão de aposentadoria especial. (Redação dada pelo Decreto nº 4.729/2003).

Quanto ao Decreto 612/92 e posteriores alterações (Decretos 2.173/97 e 3.048/99) que, regulamentando a contribuição em causa, estabeleceram os conceitos de “atividade preponderante” e “grau de risco leve, médio ou grave”, repele-se a arguição de contrariedade ao princípio da legalidade, uma vez que a lei fixou padrões e parâmetros, deixando para o regulamento a delimitação dos conceitos necessários à aplicação concreta da norma.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no RE nº 343.446-SC, cujo relator foi o Min. Carlos Velloso, em 20.3.2003, assentou a constitucionalidade da contribuição para o SAT incidente sobre o total das remunerações pagas aos empregados e trabalhadores avulsos:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO: SEGURO DE ACIDENTE DO TRABALHO - SAT. Lei 7.787/89, arts. 3º e 4º; Lei 8.212/91, art. 22, II, redação da Lei 9.732/98. Decretos 612/92, 2.173/97 e 3.048/99. C.F., artigo 195, § 4º; art. 154, II; art. 5º, II; art. 150, I.

I. Contribuição para o custeio do Seguro de Acidente do Trabalho - SAT. Lei 7.787/89, art. 3º, II; Lei 8.212/91, art. 22, II: alegação no sentido de que são ofensivos ao art. 195, § 4º, c/c art. 154, I, da Constituição Federal: improcedência. Desnecessidade de observância da técnica da competência residual da União, C.F., art. 154, I Desnecessidade de lei complementar para a instituição da contribuição para o SAT.

II. O art. 3º, II, da Lei 7.787/89, não é ofensivo ao princípio da igualdade, por isso que o art. 4º da mencionada Lei 7.787/89 cuidou de tratar desigualmente aos desiguais.

III. As Leis 7.787/89, art. 3º, II, e 8.212/91, art. 22, II, definem, satisfatoriamente, todos os elementos capazes de fazer nascer a obrigação tributária válida. O fato de a lei deixar para o regulamento a complementação dos conceitos de "atividade preponderante" e "grau de risco leve, médio e grave", não implica ofensa ao princípio da legalidade genérica, C.F., art. 5º, II, e da legalidade tributária, C.F., art. 150, I (STF — RE - RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Processo 343446 — SC - Decisão 20/03/2003. Tribunal Pleno. Relator MM. Carlos Velloso. DJ 04/04/2003).

Assim, os conceitos de atividade preponderante e grau risco de acidente de trabalho não precisariam estar definidos em lei, o Regulamento é ato normativo suficiente para definição de tais conceitos, uma vez que são complementares e não essenciais na definição da exação.

(iv) questiona a ilegalidade/inconstitucionalidade do INCRA.

Analisemos.

Quanto às empresas urbanas terem que recolher contribuição destinada ao INCRA, não há óbice normativo para tal exação. Não se olvida que a contribuição destinada ao INCRA tenha natureza distinta das contribuições sociais da Seguridade Social. As competências do INCRA são atribuídas pela sua lei de criação e o Estatuto da Terra:

DECRETO-LEI Nº 1.110, DE 9 DE JULHO DE 1970.

Regulamento Cria o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), extingue o Instituto Brasileiro de Reforma Agrária, o Instituto Nacional de Desenvolvimento Agrário e o Grupo Executivo da Reforma Agrária e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o artigo 55, item I, da Constituição,

DECRETA:

Art. 1º É criado o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), entidade autárquica, vinculada ao Ministério da Agricultura, com sede na Capital da República.

Art. 2º Passam ao INCRA todos os direitos, competência, atribuições e responsabilidades do Instituto Brasileiro de Reforma Agrária (IBRA), do Instituto Nacional de Desenvolvimento Agrário (INDA) e do Grupo Executivo da Reforma Agrária (GERA), que ficam extintos a partir da posse do Presidente do novo Instituto.

LEI Nº 4.504, DE 30 DE NOVEMBRO DE 1964.

Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 37. São órgãos específicos para a execução da Reforma Agrária: (Redação dada pela Decreto Lei nº 582, de 1969)

I - O Grupo Executivo da Reforma Agrária (GERA); (Redação dada pela Decreto Lei nº 582, de 1969)

II - O Instituto Brasileiro de Reforma Agrária (IBRA), diretamente, ou através de suas Delegacias Regionais; (Redação dada pela Decreto Lei nº 582, de 1969)

III - as Comissões Agrárias. (Redação dada pela Decreto Lei nº 582, de 1969)

Art. 43. O Instituto Brasileiro de Reforma Agrária promoverá a realização de estudos para o zoneamento do país em regiões homogêneas do ponto de vista sócio-econômico e das características da estrutura agrária, visando a definir:

I - as regiões críticas que estão exigindo reforma agrária com progressiva eliminação dos minifúndios e dos latifúndios;

II - as regiões em estágio mais avançado de desenvolvimento social e econômico, em que não ocorram tensões nas estruturas demográficas e agrárias;

III - as regiões já economicamente ocupadas em que predomine economia de subsistência e cujos lavradores e pecuaristas careçam de assistência adequada;

IV - as regiões ainda em fase de ocupação econômica, carentes de programa de desbravamento, povoamento e colonização de áreas pioneiras.

Art. 74. É criado, para atender às atividades atribuídas por esta Lei ao Ministério da Agricultura, o Instituto Nacional do Desenvolvimento Agrário (INDA), entidade autárquica vinculada ao mesmo Ministério, com personalidade jurídica e autonomia financeira, de acordo com o prescrito nos dispositivos seguintes:

I - o Instituto Nacional do Desenvolvimento Agrário tem por finalidade promover o desenvolvimento rural nos setores da colonização, da extensão rural e do cooperativismo;

II - o Instituto Nacional do Desenvolvimento Agrário terá os recursos e o patrimônio definidos na presente Lei;

III - o Instituto Nacional do Desenvolvimento Agrário será dirigido por um Presidente e um Conselho Diretor, composto de três membros, de nomeação do Presidente da República, mediante indicação do Ministro da Agricultura;

IV - Presidente do Instituto Nacional do Desenvolvimento Agrário integrará a Comissão de Planejamento da Política Agrícola;

Quanto à alegação de aplicação do artigo 240 da Constituição Federal, não é em razão desse dispositivo que as contribuições ao INCRA não se destinem à Seguridade Social, mas em razão das competências atribuídas à autarquia federal, como já exposto acima. A redação é clara quanto sua restrição apenas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical, **onde não se enquadra o INCRA:**

Art. 240. Ficam ressalvadas do disposto no art. 195 as atuais contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários, destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical.

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

(...)

A contribuição ao INCRA não alcança exclusivamente a produção rural, conforme sua lei de instituição, que relaciona atividades industriais que podem ser desenvolvidas tanto no meio rural como nas regiões urbanas:

DECRETO-LEI Nº 1.146, DE 31 DE DEZEMBRO DE 1970.

Consolida os dispositivos sobre as contribuições criadas pela Lei número 2.613, de 23 de setembro de 1955 e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o artigo 55, item II, da Constituição,

DECRETA:

Art 1º As contribuições criadas pela Lei nº 2.613, de 23 de setembro 1955, mantidas nos termos deste Decreto-Lei, são devidas de acordo com o artigo 6º do Decreto-Lei nº 582, de 15 de maio de 1969, e com o artigo 2º do Decreto-Lei nº 1.110, de 9 julho de 1970:

I - Ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA:

1 - as contribuições de que tratam os artigos 2º e 5º deste Decreto-Lei;

2 - 50% (cinquenta por cento) da receita resultante da contribuição de que trata o art. 3º deste Decreto-lei.

II - Ao Fundo de Assistência do Trabalhador Rural - FUNRURAL, 50% (cinquenta por cento) da receita resultante da contribuição de que trata o artigo 3º deste Decreto-lei.

Art 2º A contribuição instituída no " caput " do artigo 6º da Lei número 2.613, de 23 de setembro de 1955, é reduzida para 2,5% (dois e meio por cento), a partir de 1º de janeiro de 1971, sendo devida sobre a soma da folha mensal dos salários de contribuição previdenciária dos seus empregados pelas pessoas naturais e jurídicas, inclusive cooperativa, que exerçam as atividades abaixo enumeradas:

I - Indústria de cana-de-açúcar;

II - Indústria de laticínios;

III - Indústria de beneficiamento de chá e de mate;

IV - Indústria da uva;

V - Indústria de extração e beneficiamento de fibras vegetais e de descaroçamento de algodão;

VI - Indústria de beneficiamento de cereais;

VII - Indústria de beneficiamento de café;

VIII - Indústria de extração de madeira para serraria, de resina, lenha e carvão vegetal;

IX - Matadouros ou abatedouros de animais de quaisquer espécies e charqueadas.

Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que também se consolidou no Supremo Tribunal Federal:

PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA - CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNRURAL E INCRA - EMPRESA URBANA - LEGALIDADE - ORIENTAÇÃO DESTA PRIMEIRA SEÇÃO, SEGUINDO A JURISPRUDÊNCIA DO STF - RECURSO NÃO ADMITIDO - SÚMULA 168/STJ - AGRAVO REGIMENTAL - AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA - MERA REPETIÇÃO DAS RAZÕES DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA - IRRESIGNAÇÃO MANIFESTAMENTE INFUNDADA - RECURSO NÃO CONHECIDO, COM APLICAÇÃO DE MULTA.

1. Nos termos da orientação desta Primeira Seção e do Supremo Tribunal Federal, é legítimo o recolhimento da contribuição social para o FUNRURAL e INCRA pelas empresas urbanas. Considerando que o acórdão embargado corroborou esse entendimento, correta é a aplicação da Súmula 168 desta Corte Superior.

2. Não tendo a agravante rebatido especificamente os fundamentos da decisão recorrida, limitando-se a reproduzir as razões oferecidas nos embargos de divergência, é inviável o conhecimento do recurso.

3. Tratando-se de agravo interno manifestamente infundado, impõe-se a condenação da agravante ao pagamento de multa de 10% (dez por cento) sobre o valor corrigido da causa, nos termos do art. 557, § 2º, do Código de Processo Civil.

4. Agravo interno não conhecido, com aplicação de multa.

(AgRg nos EREsp 530802/GO. Primeira Seção. Relatora Ministra DENISE ARRUDA. Julgamento 13/04/2005. DJ 09/05/2005, p. 291) (sem grifos no original).

Ementa no Agravo Regimental do Recurso Extraordinário de n.º 211.190, publicado no Diário da Justiça em 29 de novembro de 2002:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 17/05/2012 por ANTONIA IRISMAR OLIVEIRA GUIMARAES, Assinado digitalmente em 17/05/2012 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 17/05/2012 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI

Impresso em 23/05/2012 por ANTONIA IRISMAR OLIVEIRA GUIMARAES - VERSO EM BRANCO

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DESTINADA A FINANCIAR O FUNRURAL. VIOLAÇÃO DO PRECEITO INSCRITO NO ARTIGO 195 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALEGAÇÃO INSUBSISTENTE. A norma do artigo 195, caput, da Constituição Federal, preceitua que a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, sem expender qualquer consideração acerca da exigibilidade de empresa urbana da contribuição social destinada a financiar o FUNRURAL. Precedentes. Agravo regimental não provido.

Ressalta-se, por fim, que é vedado a este órgão julgador afastar a aplicação de normas legais sob fundamento de inconstitucionalidade. Neste sentido, há a Súmula nº 2 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente veda ao CARF se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de lei tributária.

Súmula CARFnº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Desta forma, há que se manter a cobrança da contribuição ao INCRA.

(v) questiona a ilegalidade/inconstitucionalidade do SEBRAE.

Analisemos.

A cobrança das contribuições destinadas a outra entidades e fundos estão regularmente previstas em lei, conforme relatório de fundamentação legal, não assistindo razão à recorrente quanto aos vícios que suscita.

Em relação à contribuição destinada ao SEBRAE, segue ementa do entendimento firmado pelo TRF da 4ª Região:

Tributário – Contribuição ao Sebrae – Exigibilidade. 1. O adicional destinado ao Sebrae (Lei nº 8.029/90, na redação dada pela Lei nº 8.154/90) constitui simples majoração das alíquotas previstas no Decreto-Lei nº 2.318/86 (Senai, Senac, Sesi e Sesc), prescindível, portanto, sua instituição por lei complementar. 2. Prevê a Magna Carta tratamento mais favorável às micro e pequenas empresas para que seja promovido o progresso nacional. Para tanto submete à exação pessoas jurídicas que não tenham relação direta com o incentivo. 3. Precedente da 1ª Seção desta Corte (EAC n 2000.04.01.106990-9).

ACÓRDÃO: Vistos e relatados estes autos entre as partes acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Porto

Alegre, 17 de junho de 2003. (TRF 4ª R – 2ª T – Ac. nº 2001.70.07.002018-3 – Rel. Dirceu de Almeida Soares – DJ 9.7.2003 – p. 274)

No mesmo sentido se consolidou a jurisprudência no STJ, conforme ementa do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento de nº 840946 / RS, publicado no Diário da Justiça em 29 de agosto de 2007:

TRIBUTÁRIO – CONTRIBUIÇÕES AO SESC, AO SEBRAE E AO SENAC RECOLHIDAS PELAS PRESTADORAS DE SERVIÇO – PRECEDENTES.

1. A jurisprudência renovada e dominante da Primeira Seção e da Primeira e da Segunda Turma desta Corte se pacificou no sentido de reconhecer a legitimidade da cobrança das contribuições sociais do SESC e SENAC para as empresas prestadoras de serviços.

2. Esta Corte tem entendido também que, sendo a contribuição ao SEBRAE mero adicional sobre as destinadas ao SESC/SENAC, devem recolher aquela contribuição todas as empresas que são contribuintes destas.

3. Agravo regimental improvido.

Por fim, assim também vem entendendo o Supremo Tribunal Federal, conforme julgamento dos Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento nº 518.082, publicado no Diário da Justiça em 17 de junho de 2005, cuja ementa é abaixo transcrita:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS À DECISÃO DO RELATOR: CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO: SEBRAE: CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. Lei 8.029, de 12.4.1990, art. 8º, § 3º. Lei 8.154, de 28.12.1990. Lei 10.668, de 14.5.2003. CF, art. 146, III; art. 149; art. 154, I; art. 195, § 4º. I. - Embargos de declaração opostos à decisão singular do Relator. Conversão dos embargos em agravo regimental. II. - As contribuições do art. 149, CF contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas posto estarem sujeitas à lei complementar do art. 146, III, CF, isso não quer dizer que deverão ser instituídas por lei complementar. A contribuição social do art. 195, § 4º, CF, decorrente de "outras fontes", é que, para a sua instituição, será observada a técnica da competência residual da União: CF, art. 154, I, ex vi do disposto no art. 195, § 4º. A contribuição não é imposto. Por isso, não se exige que a lei complementar defina a sua hipótese de incidência, a base impositiva e contribuintes: CF, art. 146, III, a. Precedentes: RE 138.284/CE, Ministro Carlos Velloso, RTJ 143/313; RE 146.733/SP, Ministro Moreira Alves, RTJ 143/684. III. - A contribuição do SEBRAE Lei 8.029/90, art. 8º, § 3º, redação das Leis 8.154/90 e 10.668/2003 é contribuição de intervenção no domínio econômico, não obstante a lei a ela se referir como adicional às alíquotas das contribuições sociais gerais relativas

às entidades de que trata o art. 1º do DL 2.318/86, SESI, SENAI, SESC, SENAC. Não se inclui, portanto, a contribuição do SEBRAE no rol do art. 240, CF. IV. - Constitucionalidade da contribuição do SEBRAE. Constitucionalidade, portanto, do § 3º do art. 8º da Lei 8.029/90, com a redação das Leis 8.154/90 e 10.668/2003. V. - Embargos de declaração convertidos em agravo regimental. Não provimento desse.

Diante do exposto, não procede o argumento da Recorrente.

(vi) questiona a ilegalidade/inconstitucionalidade do SESC/SENAC.

Analisemos.

Quanto ao argumento de que a recorrente não é contribuinte do SESC nem do SENAC, o mesmo não merece prosperar. As contribuições são previstas em lei e não há norma expressa que fundamente a alegação suscitada.

O SENAC (Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial) foi criado pelo Decreto-lei nº 8.621, de 10/01/46, tendo ainda como norma reguladora o Decreto-lei nº 1.861, de 25/02/81 e o Decreto-lei nº 1.867, de 25/03/81.

Já o SESC (Serviço Social do Comércio) foi criado pelo Decreto-lei nº 9.853, de 13/03/46, tendo ainda a como legislação reguladora a Lei nº 4.863, de 29/11/65, o Decreto nº 60.466, de 14/03/67, o Decreto-lei nº 1.861, de 25/02/81 e o Decreto-lei nº 1.867, de 25/03/81.

O SENAC possui como finalidade colaborar, difundir e aperfeiçoar o ensino comercial aos comerciários, seus filhos ou estudantes que, comprovadamente, faltarem recursos necessários; promover acordos com estabelecimentos de ensino comercial reconhecidos pelo governo federal, em troca de auxílio financeiro e da melhoria do aparelhamento escolar.

Já o SESC possui como finalidade planejar e executar, direta ou indiretamente, medidas que contribuam para o bem-estar social e a melhoria do padrão de vida dos comerciários e suas famílias e para o aperfeiçoamento moral e cívico da coletividade; assistência em relação aos problemas de nutrição, habitação, vestuário, saúde, educação e transporte; incentivo à atividade produtora; realizações educativas e culturais visando a valorização do homem; pesquisas sócio-econômicas.

Os contribuintes do SESC/SENAC são as empresas ligadas às atividades comerciais, cujo sindicato conste do grupo relativo à Confederação Nacional do Comércio., tais como:

- *Comércio Atacadista e Varejista*
- *Agentes Autônomos do Comércio*

- *Comércio Armazenador (exceto Armazém Geral, a partir de 05/88, que contribui para o SENAI/SESI)*
- *Turismo e Hospitalidade (inclusive salões de barbeiro, institutos de beleza, compra, venda, locação e administração de imóveis, engraxates, empresas de asseio e conservação, sociedades beneficentes e religiosas, etc.)*
- *Estabelecimentos de Serviços de Saúde (hospitais, clínicas, casas de saúde, laboratórios de pesquisas e análises clínicas, cooperativas de serviços médicos, bancos de sangue, estabelecimentos de duchas, massagens e fisioterapia, empresas de prótese, etc.)*
- *Comércio Transportador Revendedor, Retalhista de Óleo Diesel, Óleo e Querosene (exceto empregados envolvidos diretamente nas atividades de transporte que, a partir de 01/94, passam a contribuir para o SENAT/SEST)*
- *Empresa e Serviço de Processamento de Dados*
- *Escritório, Consultório ou Laboratório de Profissional Liberal, pessoa jurídica (se pessoa física não contribui para o SENAC, só para o SESC)*
- *Cooperativa Agrícola até 05/92 (a partir de 06/92 passaram a contribuir para o SENAR e, a partir de 12/99, para o SESCOOP)*
- *Cooperativa Comercial até 11/99 (a partir de 12/99 passaram a contribuir para o SESCOOP)*
- *Empresa de Distribuição de Gás Líquido de Petróleo*
- *Fundação com Atividade Vinculada a Confederação do Comércio*
- *Consórcio*
- *AutoEscola (até 08/96 não contribuíam para o SENAC, só para o SESC)*
- *Curso Livre (pré-vestibular, idiomas etc.)*
- *Locações Diversas (exceto locação de veículos que, a partir de 01/94, passam a contribuir para o SENAT/SEST)*
- *Partidos Políticos.*
- *Cooperativa – sociedades que exploram as atividades econômicas acima até 11/99 (a partir de 12/99 passaram a contribuir para o SESCOOP)*

- *Tomador de serviço do trabalhador avulso vinculado ao comércio.*

Embora o Parecer/CJ nº 1861/99 tenha considerado indevida a cobrança de contribuição para o SESC e SENAC, relativamente a empresas atuantes na área de prestação de serviço, desde que o objeto social da empresa seja a prestação de serviço de natureza eminentemente civil, não se enquadrando como atividade comercial, o Parecer/CJ nº 2.911, de 29.11.02 determinou que aquele Parecer deve ser afastado, para que a Autarquia Previdenciária continue a cobrar as referidas contribuições, nos termos da decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“....as empresas prestadoras de serviços estão incluídas dentre aquelas que devem recolher, a título obrigatório, contribuição para o SESC e para o SENAC, porquanto enquadradas no plano sindical da Confederação Nacional do Comércio, consoante classificação do art. 557, da CLT.” (RESP nº 431.347).

Diante do exposto, não prospera a alegação da Recorrente.

(viii) questiona a ilegalidade da Taxa SELIC.

Analisemos.

Insurge-se a recorrente contra a aplicação da taxa SELIC ao argumento de que seria ilegal.

Registre-se, porque importante, que a legislação de regência, sobretudo a Lei nº 8.212/91, afasta literalmente os argumentos erguidos pelo recorrente.

De fato, as contribuições sociais arrecadadas estão sujeitas à incidência da taxa referencial SELIC - Sistema Especial de Liquidação e de Custódia, nos termos do artigo 34 da Lei nº 8.212/91:

Art. 34. As contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo INSS, incluídas ou não em notificação fiscal de lançamento, pagas com atraso, objeto ou não de parcelamento, ficam sujeitas aos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, a que se refere o art. 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, incidentes sobre o valor atualizado, e multa de mora, todos de caráter irrelevável. (Restabelecido com redação alterada pela MP nº 1.571/97, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97. A

atualização monetária foi extinta, para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/95, conforme a Lei nº 8.981/95. A multa de mora esta disciplinada no art. 35 desta Lei)

Neste sentido, há a Súmula nº 4 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente estabelece a aplicação da taxa SELIC.

***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.*

Nesse contexto, correta a aplicação da taxa SELIC como juros de mora, com fulcro no artigo 34 da Lei nº 8.212/91, na redação anterior à dada pela Lei 11.941/2009.

***(vii) Da Multa** - E a cobrança de multa em percentual tão elevado configura verdadeira cobrança de tributo disfarçado sob a roupagem de multa, que adquire caráter confiscatório extrapola sua função primária e onera em demasia o contribuinte.*

Analisemos.

Em relação à questão de inconstitucionalidade, já analisamos conforme o item (a) das Preliminares.

Desta forma, não prospera a argumentação da Recorrente.

DA MULTA DE MORA

Esta Colenda Turma de Julgamento vem se posicionando reiteradamente, por maioria, em relação ao recálculo dos acréscimos legais, para que se **recalcule a multa de mora, com base na redação dada pela lei 11.941/2009 ao artigo 35 da Lei 8.212/91, com a prevalência da mais benéfica ao contribuinte:**

A multa de mora aplicada teve por base o artigo 35 da Lei 8.212/91, que determinava aplicação de multa que progredia conforme a fase e o decorrer do tempo e que poderia atingir 50% na fase administrativa e 100% na fase de execução fiscal.

Ocorre que esse artigo foi alterado pela Lei 11.941/2009, que estabeleceu que os débitos referentes a contribuições não pagas nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que estabelece multa de 0,33% ao dia, limitada a 20%.

Visto que o artigo 106, II, c do CTN determina a aplicação retroativa da lei quando, tratando-se de ato não definitivamente julgado, lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, princípio da retroatividade benigna, impõe-se o cálculo da multa com base no artigo 61 da Lei 9.430/96 para compará-la com a multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei 8.212/91 (presente no crédito lançado neste processo) para determinação e prevalência da multa mais benéfica.

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Ressalva-se a posição do Relator, posição vencida nesta Colenda Turma, na qual se deve determinar o recálculo dos acréscimos legais na forma **de juros de mora** (com base no art. 35, Lei 8.212/1991 c/c art. 61, § 3º Lei 9.430/1996 c/c art. 5º, § 3º Lei 9.430/1996) **e da multa de ofício** (com base no art. 35-A, Lei 8.212/1991 c/c art. 44 Lei 9.430/1996), com a prevalência dos acréscimos legais mais benéficos ao contribuinte.

(ix) Requer a produção de todas as provas

Assim, o ora defendente requer, desde já, a produção de todas as provas possíveis para demonstrar a insubsistência do auto de infração. Requer-se, então, a abertura da fase probatória, na qual se produzirá prova testemunhal, depoimento do agente que

promoveu a conferência, documental, entre outras. Provas que, repita-se, deverão ser admitidas, pena de violação aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, Cr), o que implicará na nulidade do procedimento.

Analisei.

Reitera a Recorrente pela produção de provas.

Em relação ao pedido de produção de provas, indefiro tal pedido, porque a Recorrente não demonstrou, fundamentadamente, a ocorrência de uma das condições elencadas no art. 16, § 5º c/c art. 16, § 4º, Decreto 70.235/1972:

“Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência.

Parágrafo único. Ao sujeito passivo é facultada vista do processo, no órgão preparador, dentro do prazo fixado neste artigo.

Parágrafo único. Na hipótese de devolução do prazo para impugnação do agravamento da exigência inicial, decorrente de decisão de primeira instância, o prazo para apresentação de nova impugnação, começará a fluir a partir da ciência dessa decisão. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993) (Vide Medida Provisória nº 232, de 2004) (Revogado pela Medida Provisória nº 449, de 2008) (Revogado pela Lei nº 11.941, de 2009)

Art. 16. A impugnação mencionará:

I - a autoridade julgadora a quem é dirigida;

II - a qualificação do impugnante;

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir; (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

V - se a matéria impugnada foi submetida à apreciação judicial, devendo ser juntada cópia da petição. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993) “

§ 2º É defeso ao impugnante, ou a seu representante legal, empregar expressões injuriosas nos escritos apresentados no processo, cabendo ao julgador, de ofício ou a requerimento do ofendido, mandar riscá-las. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)

§ 3º Quando o impugnante alegar direito municipal, estadual ou estrangeiro, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o julgador. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que: (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;(Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

b) refira-se a fato ou a direito superveniente;(Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.(Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

§ 5º A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas do parágrafo anterior. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

§ 6º Caso já tenha sido proferida a decisão, os documentos apresentados permanecerão nos autos para, se for interposto recurso, serem apreciados pela autoridade julgadora de segunda instância. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997) (gn)

Da leitura do dispositivo, verifica-se que a Recorrente não cumpriu os requisitos necessários à formulação de pedido de nova prova documental, portanto não prospera o requerimento da Recorrente em relação à produção de provas.

CONCLUSÃO

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso, **DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO**, para, **NAS PRELIMINARES**, reconhecer a decadência do direito de constituição dos créditos ora lançados até a competência 07/2002, inclusive, nos termos do art. 150, § 4º, CTN, e, **no MÉRITO**, para que se recalcule o valor da multa de mora de acordo com o disposto no art. 35, "caput", da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/2009, com prevalência da mais benéfica ao contribuinte.

É como voto.

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro