



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

Processo nº 23034.024172/2003-38
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2301-003.448 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de abril de 2013
Matéria CONTRIBUIÇÃO FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO
Recorrente HOTEIS GP S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Data do fato gerador: 01/12/1998, 31/12/2002

CONTRIBUIÇÕES AO FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO

Deduções realizadas em desconformidade com as informações prestadas pela Recorrente no FNDE na Relação de Alunos Indenizados (RAI).

Alunos dependentes que não se encontravam atendidos pelo SME anterior a dezembro de 1996 não pode integrar o RAI.

No caso em tela a Recorrente não provou que os alunos dependentes que receberam o RAI estavam atendidos pelo SME (Sistema de Manutenção de Ensino Fundamental) anterior a edição da Lei n 9.424 de 1996, ou seja, dezembro de 1996.

DILIGÊNCIA

A diligência poderá ser indeferida pelo julgador se for prescindível ou impraticável.

No presente caso trata-se de impraticável, uma vez que a Recorrente deseja transferir ônus probandi seu, querendo apresentar prova de que os dependentes que receberam indevidamente o RAI eram atendidos pelo SME em dezembro de 1996, sendo certo que teve todas oportunidades possíveis para tal mister.

Ademais, impraticável é a diligência que não se tem ao menos o caminho que ela deverá percorrer.

MATÉRIAS NÃO RECORRIDAS

As matérias que não são recorridas, quanto não tratarem de matéria de ordem pública, estão atingidas pelo trânsito em julgado.

Multa não é matéria de ordem pública, e, como tal, sem o presente caso, não há de ser analisada em grau de recurso se não houve manifestação expressa, como é o caso em tela, estando atingida pelo trânsito em julgado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, I) Por unanimidade de votos: a) em negar provimento ao Recurso, no mérito, nos termos do voto do(a) Relator(a); II) Por voto de qualidade: a) em não conhecer da questão sobre a retificação da multa, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Conselheiros Leonardo Henrique Pires Lopes, Mauro José Silva e Damião Cordeiro de Moraes, que votaram em conhecer da questão sobre a retificação da multa.

MARCELO OLIVEIRA - Presidente.

RELATOR - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira, (Presidente), Bernadete de Oliveira Barros, Leonardo Henrique Pires Lopes, Mauro José Silva, Damião Cordeiro de Moraes e Wilson Antonio de Souza Corrêa.

Relatório

Trata-se de contribuições ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (salário-educação), incidentes sobre as remunerações dos segurados que prestaram serviços ao Recorrente no período de 12/1998 a 12/2002.

O crédito exigido decorre de glosa de deduções irregularmente realizadas pelo Recorrente no documento de arrecadação do salário-educação, a título de indenização de dependentes, uma vez que as deduções foram feitas em desacordo com as informações prestadas pela empresa ao FNDE na Relação de Alunos Indenizados (RAI), foi realizado o lançamento correspondente às glosas das deduções indevidas no valor de R\$10.566,97.

Apresentou impugnação, com suas razões, cuja qual foi julgada parcialmente procedente, excluindo-se pela decadência com base no artigo 150 § 4º do CTN, por ser tributo lançado por homologação e por haver antecipado parte do pagamento, e, como a efetivação da notificação ocorreu em 20/04/2004, foram consideradas decadentes as competências até 03/1999 para trás.

Em 09.MAR.2012 (sexta-feira) tomou ciência da decisão e no dia 09.ABR.2012 aviou o presente remédio recursal, argumentando que a dedução de valores pagos pela Recorrente aos seus empregados a título de indenização pelo pagamento de mensalidade de ensino fundamental aos seus dependentes em instituição particular encontra espeque no inciso II, § 1º, do Artigo 10 do Decreto 3.142 de 1999. Diz que as provas dos autos são assaz para corroborar o alegado pagamento.

Alega que a Fiscalização não levou em conta os mencionados documentos sob a fundamentação de que a Recorrente não comprovou que anteriormente a vigência da Lei 9.424 de 1996, os dependentes dos segurados estivessem regularmente atendidos pelo Sistema de Manutenção de Ensino Fundamental, como beneficiário, eis que o § 3º do artigo 15º passou a vedar novos ingressos de beneficiários.

Junta Jurisprudência e pede a realização de diligência para provar que os dependentes dos empregados já estavam relacionados no ME.

É a síntese do necessário.

Voto

Conselheiro Wilson Antônio de Souza Côrrea - Relator

O presente Recurso Voluntário acode os pressupostos de admissibilidade, razão pela qual, desde já, dele conheço.

a) QUANTO A REGULAR INSCRIÇÃO NO SME

A questão posta em pauta é saber se os dependentes dos empregados da Recorrente estavam regularmente atendidos (inscritos) no Sistema de Manutenção de Ensino Fundamental, determinado pela Lei 9.424 de 1996, em dezembro de 1996. Eis o ponto nodal da questão.

Reza a legislação específica, Lei n. 9.424, de 24 de dezembro de 1996 que dispõe sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério:

Art. 1º É instituído, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, o qual terá natureza contábil e será implantado, automaticamente, a partir de 12 de janeiro de 1998:
.....

Art. 15. O Salário-Educação, previsto no art. 212, § 5º, da Constituição Federal e devido pelas empresas, na forma em que vier a ser disposto em regulamento, é calculado com base na alíquota de 2,5% (dois e meio por cento) sobre o total de remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados, assim definidos no art. 12. inciso I, da Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991.
....

§ 3º Os alunos regularmente atendidos, na data da edição desta lei, como beneficiários da aplicação realizada pelas empresas contribuintes, no ensino fundamental dos seus empregados e dependentes, à conta de deduções da contribuição social do Salário-Educação, na forma da legislação em vigor, terão, a partir de 12 de janeiro de 1997, o benefício assegurado, respeitadas as condições em que foi concedido, e vedados novos ingressos nos termos do art. 212, § 5º, da Constituição Federal.

Diz a decisão ora anatematizada que: “Da documentação juntada à impugnação (fls. 51/188), verificamos que não há qualquer comprovação de frequência e pagamento das mensalidades em estabelecimentos particulares de ensino, para o 2º. semestre/1996. Em consequência, resta impossível comprovar a regularidade das deduções de dependentes nos semestres seguintes.”

De fato, nos autos a documentação apresentada não comprova a frequência e ou, ao menos, o pagamento de mensalidades dos dependentes dos empregados da Recorrente em instituições particulares de ensino, anterior a dezembro de 1996.

E isto é muito importante, porque a exegese do dispositivo em tela não deixa remota dúvida de que há necessidade de, em dezembro de 1996 os alunos atendam-na (leia-se: estejam cursando).

Portanto, sem razão a Recorrente, pois, como não comprovou que os dependentes dos empregados indenizados estavam regularmente atendidos pelo programa SME em 12/1996, não pode querer usufruição dos benefícios concedidos pela lei, visto que a '*conditio sine qua non*' não foi acudida.

b) DILIGÊNCIA

Deseja a Recorrente a realização de diligência para o fim de provar que os dependentes dos empregados beneficiados pela indenização, causa da autuação, estavam 'atendidos' pelo SME em Dezembro de 1996.

Tenho que a diligência é prática auspiciada pelo Decreto 70.235 de 1972, apesar de estar em vigor muito antes da Carta Maior de 1988, mas que já contemplava, desde então, a ampla defesa.

Todavia, os momentos são oportunos, e como tal, se não respeitados devem, como dito pelo Decreto em tela, ser indeferido se o julgador considerar presindíveis.

No caso em tela não é presindível a diligência, porque é o ponto nodal da questão, eis que modificaria toda a autuação se, ao contrário do que alega a decisão objurgada, provasse que os dependentes atendiam ao SME.

Mas neste momento é impraticável, pois deveria a Recorrente, junto com a peça recursiva aviada, ter acostado ao menos notificações aos estabelecimentos de ensino onde estudavam os dependentes dos beneficiários requerendo a comprovação de que os dependentes atendiam o SME.

Enfim, poderia, para provar o alegado, ter juntado vários outros tipos de documentos que corroborassem com sua tese, mas não o fez, e deseja, para suprir esta ausência a realização de diligência. E aí se pergunta: Diligência onde!!! Nas casas dos beneficiários! Nas repartições das instituições de ensino!

Portanto, o que deseja a Recorrente é transferir um ônus seu para o poder Público, o que não é permissível no contencioso administrativo.

MATÉRIAS NÃO RECORRIDAS.

Urge tratar das matérias não suscitadas em seu recurso, cujas quais penso não constituir matéria de ordem pública, já que estas normas (ordem pública) são aquelas de aplicação imperativa que visam diretamente a tutela de interesses da sociedade, o que não é o caso.

Neste diapasão tenho que a 'Ordem Pública' significa dizer do desejo social de justiça, assim caracterizado porque há de se resguardar os valores fundamentais e essenciais, para construção de um ordenamento jurídico 'JUSTO', tutelando o estado democrático de direito.

Por outro lado, julgar matéria não questionada e que não trate do interesse público é decisão ‘extra petita’, como é o caso em tela onde a multa não foi anatematizada pelo Recorrente, e que tem o meu pronunciamento de aplicação da multa mais favorável ao contribuinte, mas que neste momento não julgo a questão, eis que não refutada no recurso e não se trata de matéria de ordem pública.

Tem o meu voto no sentido de que matéria não recorrida é matéria atingida pela instituição do trânsito em julgado, mesmo as matérias de ordem pública não pré-questionadas, porque, em não sendo pré-questionadas há limite para cognição.

Das pesquisas realizadas para definir o que seja ‘matéria de ordem pública’, parece-nos que a mais completa seja a de Fábio Ramazzini Becha, que peço vênia para transcrevê-la:

“.. Matéria de Ordem Pública trata-se de conceito indeterminado, a dificuldade de interpretação é maior do que nos conceitos legais determinados. ..

Prossegue:

“... A ordem pública enquanto conceito indeterminado, caracterizado pela falta de precisão e ausência de determinismo em seu conteúdo, mas que apresenta ampla generalidade e abstração, põe-se no sistema como inequívoco princípio geral, cuja aplicabilidade manifesta-se nas mais variadas ramificações das ciências em geral, notadamente no direito, preservado, todavia, o sentido genuinamente concebido. A indeterminação do conteúdo da expressão faz com que a função do intérprete assumam um papel significativo no ajuste do termo. Considerando o sistema vigente como um sistema aberto de normas, que se assenta fundamentalmente em conceitos indeterminados, ao mesmo tempo em que se reconhece a necessidade de um esforço interpretativo muito mais árduo e acentuado, é inegável que o processo de interpretação gera um resultado social mais aceitável e próximo da realidade contextualizada. Se, por um lado, a indeterminação do conceito sugere uma aparente insegurança jurídica em razão da maior liberdade de argumentação deferida ao intérprete, de outro lado é, pois, evidente, a eficiência e o perfeito ajuste à historicidade dos fatos considerada.

O fato de se estar diante de um conceito indeterminado não significa que o conteúdo da expressão “ordem pública” seja inatingível.(...)”

(...)

A ordem pública representa um anseio social de justiça, assim caracterizado por conta da preservação de valores fundamentais, proporcionando a construção de um ambiente e contexto absolutamente favoráveis ao pleno desenvolvimento humano.

Trata-se de instituto que tutela toda a vida orgânica do Estado, de tal forma que se mostram igualmente variadas as possibilidades de ofendê-la. As leis de ordem pública são aquelas que, em um Estado, estabelecem os princípios cuja

manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos de direito.

(...)

Para Andréia Lopes de Oliveira Ferreira matéria de ordem pública implica dizer que:

“são questões de ordem pública aquelas em que o interesse protegido é do Estado e da sociedade e, via de regra, referem-se à existência e admissibilidade da ação e do processo. Trata-se de conceito vago, não podendo ser preenchido com uma definição” e cita Tércio Sampaio Ferraz, para quem “é como se o legislador convocasse o aplicador para configuração do sentido adequado”

A princípio tem-se que matéria de ordem pública é aquela que diz respeito à sociedade como um todo, e dentro de um critério mais correto a sua identificação é feita através de se saber qual o regime legal que ela se encontra, ou seja, quando a lei diz.

É bem verdade e o difícil é que nem sempre a lei diz se determinada matéria é ou não de ordem pública, e, neste caso, para resolver a questão, urge que a concretização e a delimitação do conteúdo da ordem pública constitui tarefa exclusiva das Cortes Nacionais.

Todavia, elas mesmas (Cortes Superiores) não definiram com exatidão o que vem ser matéria de ordem pública, e tão pouco se a multa quando não recorrida deve ou não ser decidido por ser matéria imperiosa de julgamento, tratando-se de interesse geral.

E mais, mesmo quando a matéria é de ordem pública e não pré-questionada, o STJ vem reiteradamente decidindo que, reconhecidamente matérias de ordem pública, quando não analisada em instâncias inferiores e tão pouco pré-questionadas, não devem ser analisadas naquela Corte. ‘Ex vi’ Acórdão abaixo:

*AgRg no REsp 1203549 / ES
AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL
2010/0119540-7*

Relator Ministro CESAR ASFOR ROCHA (1098)

T2 - SEGUNDA TURMA

Data de Julgamento 03/05/2012

DJe 28/05/2012

Ementa

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. SUSPENSÃO DE LIMINARINDEFERIDA. PREQUESTIONAMENTO. QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA.- A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que, na instância especial, é vedado o exame de questão não debatida na origem, carente

de pré-questionamento, ainda que se trate eventualmente de matéria de ordem pública. Agravo regimental improvido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, acompanhando o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Assim, tenho que a multa não é matéria de ordem pública porque, como dito por Fábio Rmansini Bechara, ela não ‘representa um anseio social de justiça, assim caracterizado por conta da preservação de valores fundamentais, proporcionando a construção de um ambiente e contexto absolutamente favoráveis ao pleno desenvolvimento humano’.

CONCLUSÃO

Diante do acima exposto, como o presente recurso voluntário atende os pressupostos de admissibilidade, dele conheço, para no mérito NEGAR-LHE PROVIMENTO, julgando improcedentes os quesitos aviados no presente Recurso Voluntário.

É o voto.

Wilson Antônio de Souza Côrrea - Relator - Relator