



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

Processo nº 35954.000373/2004-28
Recurso nº 142.563 Voluntário
Acórdão nº 2302-00.485 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 9 de junho de 2010
Matéria REMUNERAÇÃO DE SEGURADOS. ACORDOS COLETIVOS.
Recorrente TRANSPORTES COLETIVOS GRANDE LONDRINA
Recorrida SRP - SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1999 a 30/06/2002

RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES. RELAÇÃO DE CO-RESPONSÁVEIS. DOCUMENTO INFORMATIVO.

A relação de co-responsáveis é meramente informativa do vínculo que os dirigentes tiveram com a entidade em relação ao período dos fatos geradores. Não foi objeto de análise no relatório fiscal se os dirigentes agiram com infração de lei, ou violação de contrato social, ou com excesso de poderes. Uma vez que tal fato não foi objeto do lançamento, não se instaurou litígio nesse ponto.

Ademais, os relatórios de co-responsáveis e de vínculos fazem parte de todos processos como instrumento de informação, a fim de se esclarecer a composição societária da empresa no período do lançamento ou autuação, relacionando todas as pessoas físicas e jurídicas, representantes legais do sujeito passivo, indicando sua qualificação e período de atuação.

O art. 660 da Instrução Normativa SRP nº 03 de 14/07/2005 determina a inclusão dos referidos relatórios nos processos administrativo-fiscais.

INCONSTITUCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DA ALEGAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

A alegação de inconstitucionalidade formal de lei não pode ser objeto de conhecimento por parte do administrador público. Enquanto não for declarada inconstitucional pelo STF, ou examinado seu mérito no controle difuso (efeito entre as partes) ou revogada por outra lei federal, a referida lei estará em vigor e cabe à Administração Pública acatar suas disposições.

JUROS CALCULADOS À TAXA SELIC. APLICABILIDADE.

A cobrança de juros estava prevista em lei específica da Previdência Social, art. 34 da Lei nº 8.212/1991, desse modo foi correta a aplicação do índice

pela fiscalização federal. Para lançamentos posteriores à entrada em vigor da Medida Provisória n° 449, convertida na Lei n° 11.941, aplica-se o art. 35 da Lei n° 8.212 com a nova redação.

No sentido da aplicabilidade da taxa Selic, o Plenário do 2º Conselho de Contribuintes aprovou a Súmula de n° 3.

HORAS EXTRAS. REPERCUSSÃO SOBRE O DESCANSO SEMANAL REMUNERADO.

Ao prestarem o serviço para a recorrente e cumprirem horas extraordinárias, os trabalhadores conquistaram o direito de ter o reflexo das horas extras sobre o descanso semanal remunerado; portanto é um verba que seria paga pelo trabalho e não para o trabalho.

PARCELA DEVIDA OU CREDITADA. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO.

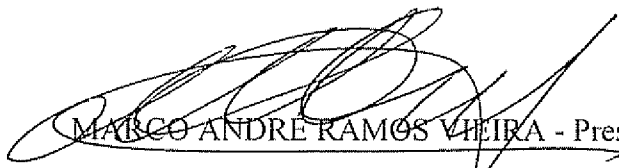
Conforme determinado pelo art. 28, inciso I da Lei n° 8.212, o fato gerador da contribuição previdenciária é a prestação de serviço remunerado. Tendo como aspecto temporal a remuneração paga, devida ou creditada no decorrer do mês. Desse modo, ao prestar o serviço por meio do contrato de trabalho, surgiu a obrigação sinalagmática, devendo o empregador pagar a remuneração devida pela prestação. Nessa relação obrigacional trabalhista, reside o fato gerador, pois traduz uma relação de crédito e débito. Assim, o empregado passou a ter um crédito perante o empregador, caracterizando o fato gerador. Daí a existência dos termos: devidos ou creditados previstos no inciso I do art. 28 da Lei n° 8.212.

Recurso Voluntário Negado.

Crédito Tributário Mantido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da Segunda Turma da Terceira Câmara da Segunda Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, por maioria de votos, negar provimento quanto à preliminar de exclusão dos co-responsáveis, nos termos do voto do Relator; vencidos os Conselheiros Thiago Davila Melo Fernandes e Manoel Coelho Arruda Junior. Quanto ao mérito, por unanimidade de votos, foi negado provimento ao recurso, nos termos do voto do Conselheiro Relator.


MARCO ANDRÉ RAMOS VIEIRA - Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Adriana Sato, Leôncio Nobre Medeiros, Maria Helena Lima, Manoel Coelho Arruda Júnior, Thiago Davila Melo Fernandes e Marco André Ramos Vieira (Presidente).

Relatório

A presente NFLD tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social, parcela a cargo dos segurados e da empresa, incluindo as destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho, bem como as destinadas aos Terceiros. O período do presente levantamento abrange as competências janeiro de 1999 a junho de 2002, fls. 34 a 53. Os valores decorrem de valores devidos a título de reflexos de horas extras e adicionais noturnos sobre repousos semanais remunerados, tendo sido reconhecida a irregularidade por meio de termo aditivo ao acordo coletivo de trabalho 2002/2003.

Não conformado com a notificação, foi apresentada defesa, fls. 62 a 108.

A Decisão-Notificação confirmou a procedência do lançamento, fls. 135 a 145.

Não concordando com a decisão do órgão previdenciário, foi interposto recurso, conforme fls. 149 a 199.

Em síntese, o recorrente em seu recurso alega o seguinte:

- a) Parte do crédito já foi atingida pela decadência;
- b) acordo coletivo substituiu os direitos controversos por uma indenização;
- c) ançamento extrapolou a competência do MPF, invadindo competência da Justiça do Trabalho;
- d) Os sócios devem ser excluídos do procedimento administrativo;
- e) São indevidas as contribuições destinadas ao INCRA, SEBRAE, SEST e SENAT;
- f) Não houve individualização dos segurados empregados, não foram consideradas as compensações de horas extras;
- g) Não cabe ao INSS estabelecer a existência de remuneração supostamente devida;
- h) Deve ser afastada a multa ante a ausência de dolo ou fraude;
- i) A taxa Selic é inconstitucional;
- j) Requerendo que seja reconhecida a improcedência da presente NFLD.

A Receita Previdenciária apresenta suas contra-razões às fls. 307 a 313. O órgão previdenciário alega, em síntese:

- a) Não foram trazidos elementos novos capazes de alterar a decisão anterior;

- b) Remete para os argumentos da Decisão-Notificação;
- c) requerendo, por fim, que seja mantida a decisão.

Decisão proferida pela 2ª Câmara do CRPS, fls. 317 a 320, converteu o julgamento em diligência a fim de que o Auditor esclarecesse se estão sendo lançadas horas extras no adicional noturno ou adicional noturno sobre descanso semanal remunerado; também deveria ser verificado em que situações os empregados recebem adicional noturno; bem como se havia instrumento normativo atribuindo aos dias de folga a conotação de descanso semanal remunerado.

A fiscalização prestou informações às fls. 329 a 337.

A notificada manifestou-se às fls. 358 a 361.

Nova decisão proferida pela 2ª Câmara do CRPS, fls. 362 a 364, converteu o julgamento em diligência a fim de que a recorrente fosse cientificada do acórdão anterior, bem como do resultado da diligência fiscal.

A recorrente manifestou-se às fls. 368 a 385.

Decisão proferida pela 5ª Câmara do 2º Conselho de Contribuintes, fls. 391 a 393, converteu o julgamento em diligência para que a fiscalização atendessem à requisição de fls. 317 a 320, nos pontos que restaram omissos.

Foram juntadas cópias às fls. 399 a 668. O órgão fazendário emitiu relatório fiscal na forma das fls. 669 a 683.

Cientificado do resultado da diligência, a autuada manifestou-se às fls. 692 a 697. Segundo a recorrente deve ser reconhecida a decadência na forma da Súmula Vinculante nº 8; há uma nova relação jurídica que fixou uma indenização compensatória em substituição, não há observação do limite do salário-de-contribuição; a diligência não supriu a nulidade.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro MARCO ANDRÉ RAMOS VIEIRA, Relator

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme fls. 147 e 149, pressuposto superado, passo para o exame das questões preliminares ao mérito.

DO MÉRITO:

Quanto à questão preliminar suscitada pela recorrente de que o lançamento já fora atingido pela decadência, razão não lhe confiro.

O lançamento foi realizado em 29 de abril de 2003, fl. 01. Ao contrário do afirmado pela recorrente não há fatos geradores de 1997 ou de 1998, os fatos geradores abrangeram o período de janeiro de 1999 a junho de 2002; portanto o lançamento foi realizado dentro do lustro. Desse modo, inaplicável a Súmula Vinculante de nº 8 do STF.

Quanto à alegação de que devem ser excluídos os dirigentes da relação de co-responsáveis, não procede o argumento da recorrente. A relação de co-responsáveis é meramente informativa do vínculo que os dirigentes tiveram com a entidade em relação ao período dos fatos geradores. Não foi objeto de análise no relatório fiscal se os dirigentes agiram com infração de lei, ou violação de contrato social, ou com excesso de poderes. Uma vez que tal fato não foi objeto do lançamento, não se instaurou litígio nesse ponto.

Ademais, os relatórios de co-responsáveis e de vínculos fazem parte de todos processos como instrumento de informação, a fim de se esclarecer a composição societária da empresa no período do lançamento ou autuação, relacionando todas as pessoas físicas e jurídicas, representantes legais do sujeito passivo, indicando sua qualificação e período de atuação.

O art. 660 da Instrução Normativa SRP nº 03 de 14/07/2005 determina a inclusão dos referidos relatórios nos processos administrativo-fiscais e esclarece:

Art. 660. Constituem peças de instrução do processo administrativo-fiscal previdenciário, os seguintes relatórios e documentos:

(...)

X - Relação de Co-Responsáveis - CORESP, que lista todas as pessoas físicas e jurídicas representantes legais do sujeito passivo, indicando sua qualificação e período de atuação;

XI - Relação de Vínculos - VÍNCULOS, que lista todas as pessoas físicas ou jurídicas de interesse da administração previdenciária em razão de seu vínculo com o sujeito passivo, representantes legais ou não, indicando o tipo de vínculo existente e o período correspondente;

Não procede o argumento recursal de que o lançamento teria extrapolado a competência do MPF, invadindo competência da Justiça do Trabalho. Ao cumprir sua atividade de arrecadar e fiscalizar a arrecadação das contribuições sociais destinadas à Seguridade Social, artigo 33, *caput* da Lei nº 8.212/91, possuía a Autarquia o direito de desconsiderar os atos e negócios jurídicos praticados pelos contribuintes com intuito de se escusarem do recolhimento de tributos, caso estivessem em desacordo com a legislação tributária.

Quanto ao mérito, ao contrário do que afirma a recorrente, o acordo coletivo não tem o condão de transmutar a natureza de uma verba de remuneratória para indenizatória perante a Fazenda Pública.

Ao prestarem o serviço para a recorrente e cumprirem horas extraordinárias, os trabalhadores conquistaram o direito de ter o reflexo das horas extras sobre o descanso semanal remunerado; portanto é um verba que seria paga pelo trabalho e não para o trabalho.

De acordo com o Enunciado da Súmula nº 172 do TST, computam-se no cálculo do repouso remunerado as horas extras habitualmente prestadas. Portanto, se as horas extras integram a base de cálculo, seus reflexos, por serem acessórios, também integrarão. O Enunciado do TST tem fundamento no art. 70 da Lei 605 de 1949, com redação conferida pela Lei nº 7.415 de 1985, nestas palavras:

Art. 7º A remuneração do repouso semanal corresponderá

a) para os que trabalham por dia, semana, quinzena ou mês, à de um dia de serviço, computadas as horas extraordinárias habitualmente prestadas; (Redação dada pela Lei nº 7.415, de 09.12.85)

Conforme acordo coletivo à fl. 58, cláusula vigésima oitava, as partes transacionaram o reconhecimento dos reflexos de horas extras nos descansos semanais remunerados e nos adicionais noturnos, no período de janeiro de 1997 a 30 de junho de 2002.

Contudo, há uma falha no cálculo, a repercussão das horas extras não pode levar em conta as faltas, mas sim o número de dias do descanso hebdomadário - DSR. Nesse sentido, foi comandada diligência, tendo a fiscalização juntado a planilha de fls. 329 a 337, retificando o lançamento para exclusão das faltas. Já estão incluídas na retificação tanto as faltas do lançamento das horas extras sobre o DSR, quanto do adicional noturno sobre o DSR. O lançamento considerou o número de dias úteis no mês, fazendo o cálculo multiplicando-se pelo número de dias de folga (fl. 679); critério razoável e proporcional; contudo, a empresa efetivamente efetuou o pagamento considerando o número de horas trabalhadas pelos segurados, e não o número de dias, conforme informação às fls. 676 e 677. Dessa forma, o ajuste descontando as faltas dos segurados tem que ser realizado por se aproximar mais da realidade, haja vista o dia de falta não computar como hora trabalhada.

Quanto à repercussão das horas extras em relação aos dias de folga, efetivamente não há nos autos prova de instrumento de convenção coletiva atribuindo aos dias de folga a conotação de DSR. Entretanto, ao realizar o cálculo da repercussão, a própria recorrente considerou os dias de folga como sujeitos ao reflexo das horas extras. Nesse sentido, é o item 10.1 à fl. 675. Da mesma forma o adicional noturno repercutiu considerando os dias de folga, conforme item 10.2 à fl. 675. Esclarecendo a forma de cálculo adotada pela recorrente, a fiscalização demonstrou por meio de exemplo itens 10.3.1

Dessa forma, o conceito de folga para a recorrente abrangeu o descanso semanal e os feriados. Em regra não haveria repercussão sobre os feriados, afinal não se confunde DSR com feriado, contudo, a recorrente fez incidir sobre tais períodos, inclusive efetuando os pagamentos aos trabalhadores. Assim, deve persistir o lançamento da forma como foi realizado, pois corresponde ao critério adotado pela recorrente.

O Auditor Fiscal no item 6 à fl. 337 esclareceu que o lançamento incluiu o reflexo do adicional noturno sobre o DSR e não de horas extras sobre o adicional noturno. O acordo coletivo à fl. 59 indica que o direito em tela refere-se a reflexos de horas extras e adicional noturno em DSR. Além do que, os termos de transação às fls. 447, 452, 457, 461, 464, 471, 475, 482, 490, 497, 502, 505 não deixam dúvidas de que realmente foi acordado o reflexo de adicional noturno sobre DSR. Desse modo, haveria que se observar o atendimento ou não do Precedente Administrativo nº 41 do Ministério do Trabalho e Emprego.

A recorrente não apresentou informações acerca da jornada de trabalho dos funcionários (diurna, noturna, ou mista), forma de pagamento salarial (diário, quinzenal, ou mensal), conforme item 6.2 à fl. 672. Dessa forma, impossível à fiscalização e a este Colegiado apurar se os funcionários exerciam atividade exclusivamente noturna, conforme Precedente Administrativo nº 41; informação que seria de interesse da recorrente, mas que não foi apresentada. Além do mais, é uma informação de conhecimento da recorrente, afinal saber se o trabalhador exerceu atividade de manhã, de tarde, ou à noite, e se era pago por dia, semana ou mês é o mínimo controle que o empregador exerce sobre seus funcionários.

A recorrente não produziu prova a seu favor de como seria a jornada de trabalho. Por meio das provas contidas nos autos, o adicional noturno não considerou o DSR, haja vista a recorrente ter efetuado o cálculo de pagamento aos funcionários considerando o reflexo do adicional noturno sobre o DSR sem nenhum ajuste ou compensação, conforme informação às fls. 676 e 677.

No sentido de repercussão do adicional noturno sobre o salário, é o entendimento do TST por meio do verbete de Súmula nº 60, nestas palavras:

SUM-60 ADICIONAL NOTURNO. INTEGRAÇÃO NO SALÁRIO E PRORROGAÇÃO EM HORÁRIO DIURNO (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 6 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - O adicional noturno, pago com habitualidade, integra o salário do empregado para todos os efeitos (ex-Súmula nº 60 - RA 105/1974, DJ 24.10.1974)

II - Cumprida integralmente a jornada no período noturno e prorrogada esta, devido é também o adicional quanto às horas prorrogadas. Exegese do art. 73, § 5º, da CLT. (ex-OJ nº 6 da SBDI-1 - inserida em 25.11.1996)

Frisa-se que a recorrente já foi autuada pelo Ministério do Trabalho por não repercutir adicional noturno sobre o DSR, fl. 350.

A nova relação jurídica, alegada pela recorrente, que teria fixado uma indenização compensatória em substituição, é uma relação de direito privado; não interferindo na relação jurídica tributária que se estabelece entre os contribuintes e a Fisco em função da ocorrência do fato gerador.

Se a verba substituída era remuneratória, a substituta também o será, pelo fato de ambas terem o mesmo pressuposto: a conquista ocorreu em função da prestação de serviços à sociedade empresária.

Ao contrário do que afirma a recorrente, as verbas possuem natureza remuneratória e não indenizatória. O trabalhador obteve um ganho diretamente ligado à sua atividade laborativa.

Estando portanto, no campo de incidência do conceito de remuneração e não havendo dispensa legal para incidência de contribuições previdenciárias sobre tais verbas, conforme já analisado, deve persistir o lançamento.

Não houve individualização dos segurados empregados, pois o presente lançamento foi realizado por aferição indireta, conforme previsto no art. 33, parágrafo 3º da Lei nº 8.212 de 1991; justamente pelo fato de a empresa não ter apresentado à fiscalização as folhas de pagamento relativas aos reflexos de horas extras e de adicionais noturnos nos repousos semanais remunerados, conforme letra "U" do relatório fiscal à fl. 47.

Ao contratar segurados, a empresa é obrigada a individualizá-los em folhas de pagamentos com as correspondentes remunerações, incluindo parcelas integrante e não-integrantes. Uma vez que a empresa não fez tal individualização que lhe era exigido, não foi

possível à fiscalização previdenciária ter acesso a tal informação quando da ação na recorrente, desse modo teve que aferir os valores.

Em relação à contribuição devida pelos próprios segurados há o limite máximo do RGPS; entretanto pela impossibilidade de identificação dos segurados com a correspondente remuneração, em função da omissão na apresentação de folhas de pagamento, e considerando a inversão do ônus probatório, caberia à recorrente demonstrar que os segurados já haviam recolhido sobre o limite máximo do salário-de-contribuição.

Mesmo quando a empresa não efetua os referidos descontos a responsabilidade, perante a Previdência Social, sempre será do empregador, conforme previsto no art. 33, § 5º da Lei n.º 8.212/1991, nestas palavras:

Art. 33 ()

§5º O desconto de contribuição e de consignação legalmente autorizadas sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa a isso obrigada, não lhe sendo lícito alegar omissão para se eximir do recolhimento, ficando diretamente responsável pela importância que deixou de receber ou arrecadou em desacordo com o disposto nesta Lei.

A notificada teve oportunidade de demonstrar que os valores apurados pela fiscalização não condizem com a realidade na fase de impugnação e agora na fase recursal, mas não o fez.

De acordo com os princípios basilares do direito processual, cabe ao autor provar fato constitutivo de seu direito, por sua vez, cabe à parte adversa a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. A Previdência Social provou a existência do fato gerador, com base nos documentos juntados aos autos.

Não procede o argumento da recorrente de que não cabe ao INSS estabelecer a existência de remuneração supostamente devida. Conforme determinado pelo art. 28, inciso I da Lei n.º 8.212, o fato gerador da contribuição previdenciária é a prestação de serviço remunerado. Tendo como aspecto temporal a remuneração paga, devida ou creditada no decorrer do mês. Desse modo, ao prestar o serviço por meio do contrato de trabalho, surgiu a obrigação sinalagmática, devendo o empregador pagar a remuneração devida pela prestação. Nessa relação obrigacional trabalhista, reside o fato gerador, pois traduz uma relação de crédito e débito. Assim, o empregado passou a ter um crédito perante o empregador, e este um débito em relação ao primeiro, caracterizando o fato gerador. Daí a existência dos termos: devidos ou creditados previstos no inciso I do art. 28 da Lei n.º 8.212.

Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:

I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa, (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

A cobrança das contribuições destinadas ao Salário-Educação, INCRA, SEST, SENAT e SEBRAE também estão previstas em lei, conforme fundamentação legal, fls. 53 a 57, estando perfeitamente compatível com o ordenamento jurídico vigente.

Apenas para ilustrar, em relação à cobrança das contribuições destinadas 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 (ELAC nº 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)

Na mesma linha é o pensamento do STJ, conforme ementa do Agravo Regimental no 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.

Desse modo, não procede o argumento da recorrente de que as contribuições destinadas ao SEBRAE somente podem ser exigidas de microempresas e de empresas de pequeno porte.

Nesse sentido é o entendimento pacificado pelo 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.

Quanto às empresas urbanas terem que recolher contribuição destinada ao INCRA, não há óbice normativo para tal exação. Nesse sentido é o entendimento do STF, conforme ementa no Agravo Regimental do Recurso Extraordinário de nº 211.190, publicado no Diário da Justiça em 29 de novembro de 2002:

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.

Quanto às contribuições relativas ao Sest e ao Senat, a Lei nº 8.706, de 14/09/1993, dispõe sobre o pagamento, a cargo das empresas de transporte. Nesse sentido segue ementa do acórdão proferida pela 1ª Turma do STJ, no Recurso Especial nº 692.857, nestas palavras:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL AUTÔNOMA ADICIONAL AO SEBRAE. EMPRESA DE TRANSPORTE URBANO. CRIAÇÃO DO SEST E DO SENAT. ALTERAÇÃO DA DESTINAÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS AO SESI E AO SENAI. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA ISONOMIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA 7 DO STJ.

1. A Lei n.º 8.706/93 não extinguiu adicional ao SEBRAE devido pelas empresas de transportes que antes contribuíam para o SESI e o SENAI, passando, apenas, a contribuir para o SEST e o SENAC. 2. O Princípio da Legalidade Tributária implica em que somente a lei pode criar ou extinguir obrigação fiscal (art. 97, do CTN). 3. Consectariamente, é insustentável a tese de que as entidades obrigadas ao pagamento do adicional do SEBRAE são somente aquelas que contribuem para o SESC e o SENAC, ou ao SESI e ao SENAI (entidades descritas no art. 1º, do Decreto-lei n.º 2.318/86 ao qual remete a Lei n.º 8.706/93) enquanto que as empresas de transportes urbanos não o são, porquanto a isso equivaleria malferir o Princípio da Isonomia. 4. As contribuições sociais, previstas no art. 240, da Constituição Federal, têm natureza de "contribuição social geral" e não contribuição especial de interesses de categorias profissionais (STF, RE n.º 138.284/CE) o que derrui o argumento de que somente estão obrigados ao pagamento de referidas exações os segmentos que recolhem os bônus dos serviços inerentes ao SEBRAE. 5. Deflui da ratio essendi da Constituição na parte relativa ao incremento da ordem econômica e social, que esses serviços sociais devem ser mantidos "por toda a coletividade" e demandam, a fortiori, fonte de custeio correspondente. Precedentes: RESP 526.245PR, desta relatoria p/ acórdão, publicado no DJ de 01/03/2004, AGA 524812/SC, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ de 02/03/2004. 6. A apreciação da fixação dos honorários advocatícios demanda indispensável reexame das circunstâncias fáticas da causa, o que é vedado em sede de recurso especial, ante o disposto na Súmula n.º 07, do STJ. 2. "O arbitramento dos honorários aquém do mínimo legal, na incidência da hipótese do § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, não enseja apelo de cunho extraordinário, porquanto, consoante já decidiu o Excelso Pretório, "se o 'caput' do parág. 3º integrasse a determinação contida no parág. seguinte, isto é, se a condenação em honorários devesse ser fixada entre o mínimo de 10% e o máximo de 20% sobre o valor da condenação, desnecessário seria o próprio parág. 4º, pois bastaria o parág. 3º para critério de incidência da verba em todos os casos", e, demonstrado o caráter de excepcionalidade desse dispositivo processual civil, "se torna claro ante a leitura do Código é que este abriu exceções à regra geral dos honorários entre 10% e 20% sobre o valor da condenação, exceções estas constantes do parágrafo 4º em questão" (RE 82.133-SP, rel. Min. Rodrigues Alckmin, RJTJESP 41/101). 7. Recurso especial improvido.



A competência para a autarquia fiscalizar e arrecadar as contribuições destinadas aos denominados Terceiros era prevista no art. 94 da Lei n.º 8.212/1991, nestas palavras:

Art.94. O Instituto Nacional do Seguro Social-INSS poderá arrecadar e fiscalizar, mediante remuneração de 3,5% do montante arrecadado, contribuição por lei devida a terceiros, desde que provenha de empresa, segurado, aposentado ou pensionista a ele vinculado, aplicando-se a essa contribuição, no que couber, o disposto nesta Lei (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, às contribuições que tenham a mesma base utilizada para o cálculo das contribuições incidentes sobre a remuneração paga ou creditada a segurados, ficando sujeitas aos mesmos prazos, condições, sanções e privilégios, inclusive no que se refere à cobrança judicial.

A cobrança de juros estava prevista em lei específica da Previdência Social, art. 34 da Lei n.º 8.212/1991, abaixo transcrito, desse modo foi correta a aplicação do índice pela fiscalização federal:

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. (Artigo restabelecido, com nova redação dada e parágrafo único acrescentado pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

Parágrafo único. O percentual dos juros moratórios relativos aos meses de vencimentos ou pagamentos das contribuições corresponderá a um por cento

Nesse sentido já se posicionou o STJ no Recurso Especial n.º 475904, publicado no DJ em 12/05/2003, cujo relator foi o Min. José Delgado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CDA. VALIDADE. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 07/STJ. COBRANÇA DE JUROS. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. A averiguação do cumprimento dos requisitos essenciais de validade da CDA importa o revolvimento de matéria probatória, situação inadmissível em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 07/STJ. No caso de execução de dívida fiscal, os juros possuem a função de compensar o Estado pelo tributo não recebido tempestivamente. Os juros incidentes pela Taxa SELIC estão previstos em lei. São aplicáveis legalmente, portanto. Não há confronto com o art. 161, § 1º, do CTN. A aplicação de tal Taxa já está consagrada por esta Corte, e é devida a partir da sua instituição, isto é, 1º/01/1996 (REsp 439256/MG). Recurso especial parcialmente conhecido, e na parte conhecida, desprovido

Para lançamentos realizados após a entrada em vigor da Medida Provisória nº 449, convertida na Lei nº 11.941, aplicam-se os juros moratórios na forma do art. 35 da Lei nº 8.212 com a nova redação.

Quanto à inconstitucionalidade apontada pela recorrente, não cabe tal análise na esfera administrativa. Não é de competência da autoridade administrativa a recusa ao cumprimento de norma supostamente inconstitucional.

Toda lei presume-se constitucional e, até que seja declarada sua inconstitucionalidade pelo órgão competente do Poder Judiciário para tal declaração ou exame da matéria, deve o agente público, como executor da lei, respeitá-la.

A alegação de inconstitucionalidade formal de lei não pode ser objeto de conhecimento por parte do administrador público. Enquanto não for declarada inconstitucional pelo STF, ou examinado seu mérito no controle difuso (efeito entre as partes) ou revogada por outra lei federal, a referida lei estará em vigor e cabe à Administração Pública acatar suas disposições.

De acordo com a Súmula nº 2 aprovada pelo Conselho Pleno do 2º Conselho de Contribuintes não pode ser declarada a inconstitucionalidade de norma pela Administração.

Súmula N.º 2

O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária

No sentido da aplicabilidade da taxa Selic, o Plenário do 2º Conselho de Contribuintes aprovou a Súmula de nº 3, nestas palavras:

Súmula N.º 3

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

Não procede o argumento da recorrente de que deveria ser afastada a multa ante a ausência de dolo ou fraude. A responsabilidade pela infração é objetiva, independe da culpa ou da intenção do agente para que surja a imposição do auto de infração. Assim, o fato de trazer ou não prejuízo ao Fisco, ou de ter sido praticado mediante dolo ou fraude, é irrelevante. Nesse sentido é o disposto no art. 136 do CTN.

CONCLUSÃO:

Voto por CONHECER do recurso, para no mérito CONCEDER-LHE PROVIMENTO PARCIAL. Deve ser retificado o cálculo considerando a planilha elaborada pela fiscalização às fls. 329 a 337.

É como voto.

Sala das Sessões, em 9 de junho de 2010.


MARCO ANDRÉ RAMOS VIEIRA, Relator