

C I R C U L A R

SESC-SENAC – Ação da FESESP

JULGAMENTO IMPROCEDENTE

Em 14 de junho p.p. foi realizado o julgamento, no Tribunal Regional Federal de SP, dos embargos de declaração opostos nos autos do mandado de segurança nº. 1999.61.00000049-5, impetrado pela FESESP para o fim de garantir o direito líquido e certo das empresas filiadas aos Sindicatos a ela vinculados, de não recolher as contribuições destinadas ao SESC e ao SENAC.

A 3ª. Turma do Tribunal Regional Federal de São Paulo, como já era previsto e fora alertado aos filiados, negou provimento aos embargos de declaração.

O referido acórdão que negou provimento aos embargos de declaração ainda **não foi publicado**.

No entanto, **quando ocorrer à publicação** deste acórdão, a decisão, proferida em 19 de dezembro de 2005 (que desobrigava as empresas do recolhimento das contribuições ao SESC e SENAC), perderá a sua eficácia.

Vale dizer, o referido acórdão, até a data de hoje, ainda não foi publicado no Diário Oficial da União. E, somente a partir de sua publicação é que a referida decisão passa a surtir seus efeitos, ou seja, a situação jurídica hoje é a de validade da sentença que julgou procedente a ação.

De qualquer forma, tendo em vista a importância e abrangência da decisão, bem como o alarde procedido na imprensa pelo SESC e SENAC, cumpre-nos tecer, novamente, alguns esclarecimentos sobre os efeitos que surtirão esta decisão, após a sua publicação.

E, neste sentido, vale destacar desde já que são 2 (dois) os principais equívocos cometidos nos anúncios veiculados pelo SESC em jornais de grande circulação:

- tomar como premissa irrefutável o fato de que as empresas deveriam o SESC e SENAC desde o ano de 1999;

- não alertar que esta decisão ainda não está surtindo efeitos, o que ocorrerá apenas com a sua publicação.

1) Quais os efeitos da decisão, APÓS a sua publicação:

- As empresas que se beneficiaram da decisão proferida no processo encontrar-se-ão em débito perante o INSS com relação a todos os valores que deixaram de ser recolhidos;

- As empresas estarão obrigadas a voltarem a recolher as contribuições destinadas ao SESC e ao SENAC normalmente.

2) Quais os procedimentos a serem tomados pela FESESP

02. a) no âmbito judicial:

- Após a publicação do julgamento serão interpostos Recurso Especial (a ser julgado pelo STJ) e Recurso Extraordinário (a ser julgado pelo STF).

- Cumpre ressaltar que com a interposição dos recursos Especial e Extraordinário, a FESESP tentará, por intermédio dos meios cabíveis, obter o chamado **efeito suspensivo (total ou parcial)** a estes recursos, ou seja:

- Restabelecimento da decisão que possibilitava o não-recolhimento das contribuições até a decisão final a ser dada no processo;
- Ou, ao menos, uma decisão para que as empresas estejam desobrigadas, até o julgamento final do processo, de recolherem os valores que não foram recolhidos enquanto a decisão judicial ao seu favor estava em vigor.

Observação: mesmo que a FESESP obtenha êxito nesta tentativa, dificilmente ela será alcançada no prazo de 30 dias a contar da publicação do acórdão (o que, conforme será visto adiante, é informação importante para as empresas analisarem as suas opções e possíveis riscos).

02. b)- no âmbito administrativo

- interlocuções junto aos competentes órgãos da Secretaria da Receita Previdenciária (órgão responsável pelo custeio previdenciário, já que o INSS, desde o final de 2004, é órgão responsável pela gestão, apenas, dos benefícios de aposentadoria), buscando o aprimoramento normativo desta debelada questão, por meio de edição de novas regras administrativas, tal qual melhor esclarecido no item 4.2, mais abaixo;

3) Quais as opções das empresas com relação aos valores “em aberto” para que não haja qualquer risco de autuação ou negativa de Certidão perante o INSS:

3.1) Pagamento dos valores

Após a publicação do acórdão, as empresas têm o prazo de 30 (trinta) dias para o recolhimento dos valores que deixaram de ser recolhidos, apenas com a inclusão de juros e correção monetária (referentes à Taxa SELIC), sem a inclusão de multa.

3.2) Parcelamento dos valores

As empresas podem também optar por pedir, perante o INSS, o parcelamento dos valores que deixaram de ser recolhidos. Neste caso, além da inclusão dos juros e correção monetária (referentes à Taxa SELIC), também incidiria a multa, nos termos da legislação que possibilita o parcelamento, valendo a respeito, mencionar a recente edição da MP 303/2006, que oferece condições de parcelamento mais amenas às regras, a respeito, atualmente vigentes.

3.3) Depósito judicial dos valores

As empresas podem ainda optar pelo depósito judicial do montante que deixou de ser recolhido durante o período em que vigorou a liminar e sentença proferida nos autos do mandado de segurança impetrado pela FESESP.

Para tanto, seria necessário o depósito integral do valor atualizado, com juros e correção monetária (sem a inclusão da multa, se efetuado no prazo de 30 dias contados da publicação do acórdão).

Além disso, faz-se necessário que a empresa possua ação judicial individual.

4) Quais os fatos relevantes no que diz respeito aos recolhimentos “em aberto”.

4.1) Decadência de parte dos valores não recolhidos

Não obstante o disposto na Lei 8.212/91 que determina o prazo de 10 (dez) anos para que o INSS faça o lançamento das contribuições por ele arrecadadas, há entendimento jurisprudencial no sentido de que deve prevalecer o prazo de 5 (cinco) anos, disposto no Código Tributário Nacional.

Assim, ao contrário do que foi diversas vezes sustentado pelo SESC, no sentido de que as empresas devem recolher as contribuições em atraso desde o ano de 1999, por esse entendimento (ainda pendente de definitiva decisão judicial a respeito), as empresas

poderiam optar por qualquer uma das hipóteses elencadas no item 3 (pagamento, parcelamento ou depósito judicial) apenas dos valores referentes aos 5 anos anteriores à publicação do Acórdão, sob o fundamento de que os valores anteriores estariam atingidos pela decadência.

Neste caso, a empresa estaria sujeita a uma eventual autuação do INSS (com relação aos valores anteriores a 5 anos da data da publicação do Acórdão), contra a qual pode apresentar defesa administrativa. Ou ainda, estaria sujeita à negativa de Certidão que, por sua vez, deve ser analisada de acordo com o caso concreto.

4.2) Circular Conjunta n.º. 05 do INSS.

Primeiro, cumpre ser destacado que posicionamento jurídico formalmente contemplado por meio da edição do Parecer da Consultoria Jurídica do então Ministério da Previdência e Assistência Social (hoje MPS) – Parecer CJ/MPAS 1861/99 -, com oficial aprovação do então Exmo. Sr. Ministro Waldeck Ornélas, concluiu que as empresas que exerciam, exclusivamente, a atividade de prestação de serviços, não estavam sujeitas à exigência das contribuições destinadas ao SESC/SENAC. Todavia, referido Parecer foi expressamente revogado pelo advento do Parecer da CJ/MPAS 2911/02. E, os Pareceres da Consultoria Jurídica, no âmbito previdenciário nacional, possuem força vinculante a rigor do disposto pelo art. 214 do decreto 3048/99.

Ante tais ocorrências, os órgãos de Cúpula da Administração do INSS, editaram a Circular Conjunta n.º. 05 (anexa), estabelecendo que o INSS não poderá cobrar as contribuições destinadas ao SESC e ao SENAC das empresas prestadoras de serviços entre o período de setembro/1999 a dezembro/2002. E, Orientações Internas, inseridas em manuais de fiscalização, seguem neste mesmo sentido.

Referida Circular se reporta, inclusive, a posicionamento jurídico firmado pela então Procuradoria Geral do INSS (hoje, Coordenadoria de Matéria Tributária) por meio da Nota Técnica n.º. 112, de 10/03/2003, valendo o esclarecimento de que, para a citada Nota Técnica, em respeito ao princípio constitucional da segurança jurídica, somente poderiam ser cobradas as contribuições destinadas ao SESC/SENAC pelas empresas prestadoras de serviços, a partir da competência de Janeiro/2003.

É certo que, tanto a mencionada Circular Interna quanto a citada Nota Técnica jurídica, não possuem força vinculante, mas, como dito, o Parecer da CJ, com aprovação Ministerial, é de obrigatório atendimento.

Com efeito, diante de tais atos oficiais administrativos, pelo menos um aspecto é incontroverso, qual seja o de que não são devidas

as contribuições ao SESC/SENAC, pelas empresas prestadoras de serviços, observado o período de vigência do Parecer CJ/MPAS 1861/99.

E, tal afirmativa vem sendo contemplada, inclusive, em diversos julgados administrativos, proclamados pelas próprias autoridades julgadoras do fisco previdenciário, valendo citar, com a devida autorização, que a FESESP tem conhecimento de diversas manifestações do próprio INSS, determinando o cancelamento de débitos de SESC e SENAC no período de setembro/99 a dezembro/02, a exemplo das seguintes: Decisão-notificação 21.401.4/0247/2005 de 06/05/05; Decisão-notificação 21.425-4/005/2005 de 09/09/05 e, Decisão-notificação 21.03.0/0042/2006 de 09/02/06.

Aliás, qualquer eventual alteração em tais citados e oficiais posicionamentos, que não sejam, ao menos por ora, de conhecimento da FESESP, não podem repercutir de tal modo a ofender o primado constitucional da segurança jurídica, ou seja, as repercussões de tais atos normativos, ao menos no período de setembro/99 a dezembro/02, na forma acima retratada, devem surtir seus efeitos de direito, independentemente da manutenção ou não de tais oficiais pronunciamentos.

A FESESP está iniciando ingerências perante os órgãos competentes da estrutura fiscal-previdenciária nacional, com o real intuito de que sejam definitivamente editadas regras administrativas que, com efeitos *erga omnes*, normatizem esta questão.

De qualquer forma, neste contexto, é certo que ao contrário do que sustenta o SESC/SENAC em suas declarações, as empresas podem optar por qualquer uma das hipóteses elencadas no item 3 (pagamento, parcelamento ou depósito judicial), todavia, a partir da competência de janeiro/2003, e não a partir do ano de 1999.

Fica o alerta, contudo, de que, mesmo com todos os citados oficiais precedentes, e, até que seja esta questão efetivamente normatizada pela Administração Previdenciária Nacional, a empresa também estaria correndo riscos (autuação ou negativa de Certidão), no entanto, passível de defesa com fundamento em norma interna do órgão arrecador da contribuição.

4.3) Impossibilidade de pagamento, parcelamento ou depósito judicial.

Conforme relatado no item 02 acima, e, sem prejuízo das citadas providências perante os órgãos administrativos da estrutura do custeio previdenciário nacional, a FESESP irá propor os recursos cabíveis e tentar revigorar a decisão judicial que permitia o não

recolhimento das contribuições em questão Ocorre que, mesmo que haja sucesso neste procedimento, este, dificilmente será alcançado no prazo de 30 dias a contar da publicação do acórdão pelo Tribunal Regional Federal da 3ª. Região.

Assim, as empresas que optarem por aguardar um eventual sucesso na tentativa a ser realizada pela FESESP, estarão sujeitas, a qualquer momento, à autuação ou negativa de Certidão por parte do INSS, bem como ao pagamento da multa sobre os valores não recolhidos em face da decisão judicial que estava em vigor.

Ressaltamos que as empresas filiadas aos Sindicatos vinculados à FESESP serão informadas imediatamente quando da publicação do acórdão que julgou improcedente a ação.

Por fim, informamos que todas as considerações acima são meras explicações sobre o histórico do processo, sobre as próximas fases processuais e sobre as alternativas a serem consideradas pelos Sindicatos e pelas empresas a eles filiadas, não se configurando, em hipótese alguma, qualquer sugestão da FESESP sobre qual medida a ser tomada pelas empresas, já que cabe a cada uma delas, individualmente, decidir o que fazer.

Sem mais para o momento.

São Paulo, 04 de julho de 2006.

FESESP
Assessoria Jurídica