

Corretoras de Seguros e Instituições Financeiras - A exigência do adicional de contribuição social incidente sobre a folha de salários: "Ser constitucional ou não ser, eis a questão..."

Manuel de Freitas Cavalcante Júnior*

1. Breve Histórico

As instituições financeiras e as sociedades corretoras, assim como as demais pessoas jurídicas, são enquadradas como empresas, e como tais, sujeitam-se ao recolhimento das contribuições previdenciárias a cargo dos empregadores, nos termos do art. 195 da Constituição Federal.

Acontece que, indistintamente, as referidas sociedades vêm sendo obrigadas a procederem com o recolhimento de um adicional de contribuição previdenciária também incidente sobre a folha de salários, fazendo com que recolham a contribuição de 20% (vinte por cento), assim como as demais pessoas jurídicas, adicionada de mais 2,5% (dois inteiros e cinco décimos por cento), perfazendo um total de 22,5%, nos termos da Lei nº 7.787 e 8.212, de 30.06.1989 e 24.07.1991, respectivamente.

Com o presente estudo, tentaremos deixar evidenciado a inconstitucionalidade do referido adicional, pois no nosso entender, esse "suposto" adicional é na verdade uma nova fonte de custeio da seguridade social, e como tal, deveria ser instituído mediante lei complementar, e ainda, por ferir o princípio da Igualdade e da Isonomia, ambos previstos na Carta Constitucional de 1988.

Como forma de melhor demonstrar a matéria, achamos por bem subdividi-la em tópicos, a saber:

A) AS CONTRIBUIÇÕES DO ART. 149 DA CONSTITUIÇÃO:

Com o advento da Constituição Federal de 1988 desapareceram as dúvidas que existiam acerca da natureza tributária das contribuições, já que a Carta Magna, dentro do Sistema Tributário Nacional, estipulou o art. 149 que "Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo."

Com a só leitura do artigo 149 da CF/88, já se percebe que as contribuições em tela têm natureza nitidamente tributária, mesmo porque, com a expressa alusão aos "arts. 146, inciso III, e 150, incisos I e III", ambos da Constituição Federal, fica óbvio que tais exações deverão obedecer ao regime jurídico tributário.

Nesse sentido também não destoam a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como magnificamente expresso pelo Ministro Moreira Alves, quando do julgamento do RE nº 146.733-9/SP, julgado pelo Pleno daquele Colegiado em 29.06.1992, e publicado no D. J. de 12.04.1995: "De feito, a par das três modalidades de tributos (os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria), a que se refere o art. 145 para declarar que são competentes para instituí-los a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, os arts. 148 e 149 aludem a duas outras modalidades tributárias, para cuja instituição só a União é competente: o empréstimo compulsório e as contribuições sociais, inclusive as de intervenção no domínio econômico. No tocante às contribuições sociais -que dessas duas modalidades tributárias é a que interessa para esse

juízo-tributário, não só as referidas no art. 149 -que se subordina ao capítulo concernente ao sistema tributário nacional- têm natureza tributária, como resulta igualmente, da observância que devam ao disposto nos artigos 146, III, e 150, I e III, mas também as relativas á seguridade social previstas no art. 195, em conformidade com o disposto no § 6º deste dispositivo, que, aliás, em seu § 4º, ao admitir a instituição de outras fontes destinadas a garantir a seguridade social, determina se obedeça ao disposto no art. 154, I, norma tributária, o que reforça o entendimento favorável à natureza tributária dessas contribuições".

Portanto, as contribuições são, sem sombra de dúvida, tributos, uma vez que devem necessariamente obedecer ao regime jurídico tributário, isto é, aos princípios que informam a tributação no Brasil.

Cumpra ainda esclarecer que as contribuições do art. 149 não foram qualificadas, em nível constitucional, por suas materialidades, o que poderiam fazê-las revestirem a natureza jurídica de imposto ou de taxa, mas sim por suas finalidades expressamente indicadas pela Constituição. Isto é: o traço diferenciador destes tributos repousa exatamente na circunstância de estarem, por imperativo constitucional, expressamente predeterminadas ao cumprimento de uma finalidade.

Realmente, no caso das contribuições sociais o fator "destinação legal de suas receitas" expressamente previsto na Carta Política de 1988 não só é relevante, como é elemento nuclear que possibilita distingui-la dos impostos e das taxas. Por exemplo, no Recurso extraordinário de nº 177.137/RS, publicado in D. J. de 18.04.1997, o Ministro Carlos Velloso bem esclareceu o regime jurídico a ser aplicado às contribuições: "A contribuição, não obstante um tributo, não está sujeita à limitação inscrita no § 2º do art. 145 da Constituição. Também não se aplicam a ela as limitações que estão sujeitos os impostos, em decorrência da competência privativa dos entes políticos para instituí-los (C.F., arts. 153, 155 e 156), a impedir a bitributação. A técnica da competência residual da União para instituir imposto (C.F., art. 154, I), aplicável às contribuições sociais de seguridade, no tocante às "outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social" (C.F., art. 195, § 4º), não é invocável, no caso (C.F., art. 149)"

Sendo assim, a União poderá criar, dentro de seu campo de competência, as contribuições a que alude o art. 149 da Carta Magna e tais contribuições deverão necessariamente implementar uma das finalidades constitucionais, a saber: (a) direitos sociais gerais (FGTS, Salário-Educação); (b) intervenção no domínio econômico (IAA, AFRMM, etc.); (c) interesse de categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de atuação federal nas respectivas áreas (SESC, SENAC, SESI, SENAL, etc.); e (d) o custeio da seguridade social (PIS, COFINS, CSL, etc.).

Nesse sentido, vale recordar a manifestação do Ministro Carlos Velloso, que, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 138.284-8/CE, publicado no D. J. U. de 28.08.1992, deixou assentado em seu voto quais são as subespécies de contribuições albergadas (evidentemente *numerus clausus*) pela Carta Fundamental: "(...) As diversas espécies tributárias (...) são as seguintes: impostos (C.F., arts. 145, I, 153, 154, 155 e 156); b) as taxas (C.F., art. 145, II); as contribuições que podem ser assim classificadas: c.1. de melhoria (C.F. art. 145, III); c.2. Parafiscais (C.F., art. 149), que são: c.2.1 sociais, c.2.1.1 de seguridade social (C.F., art. 195, I, II, III), c.2.1.2. outras de seguridade social (C.F., art. 195, § 4º), c.2.1.3. sociais gerais o FGTS, o salário-educação, C.F., art. 212, parág. 5º, contribuições para o Sesi, Senai, Senac, C.F., art. 240; c.3 especiais: c.3.1. de intervenção no domínio econômico (CF, art. 149) e c.3.2. corporativas (CF, art. 149) (...)"

Dentro dessa inafastável perspectiva de que as contribuições sociais são tributos finalisticamente afetados, revela-se destituída de plena eficácia jurídica a previsão contemplada pelo inciso II do art. 4º do CTN, no sentido de que a destinação legal do produto da arrecadação de um tributo não é um elemento apto a qualificação de sua natureza jurídica específica, como brilhantemente elucidou Hugo de Brito Machado: "As contribuições sociais não se enquadram na doutrina clássica,

nem tampouco no artigo 4º do CTN. Podem possuir exatamente o mesmo fato gerador dos impostos, sem que sua natureza sofra qualquer alteração." (RDDT nº 65, p. 54)

Em suma, dúvidas não restam de que as contribuições do art. 149 da Constituição Federal são tributos qualificados pela finalidade constitucional que devam atingir, ainda que seus fatos geradores revistam-se de caracteres que os apontariam com a natureza jurídica de impostos ou taxas.

B) AS CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL:

Conforme demonstrado no tópico antecedente, a Lei Maior ao discriminar as competências tributárias entre as várias pessoas políticas, traçou a regra matriz dos vários tributos, entre eles, o das contribuições sociais em seu art. 149, atribuindo à União a faculdade de instituir tais tributos, que se caracterizam pelas finalidades que devem atingir, a saber: a) direitos sociais gerais; b) a intervenção no domínio econômico; c) o interesse de categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de atuação federal nas respectivas áreas; e d) o custeio da seguridade social.

Nessa linha de raciocínio, é de vital importância esclarecer que as diretrizes de financiamento do sistema de seguridade social, a cargo do empregador, foram estabelecidas pelo art. 195 da Constituição Federal com sua redação original que possibilitava apenas a incidência de contribuições sociais incidente sobre o faturamento, a folha de pagamentos e o lucro dos empregadores.

Além das contribuições previstas no art. 195, inciso I, novas fontes de custeio para a seguridade social, a cargo do empregador, poderiam e podem ser criadas, desde que com amparo no § 4º, do mesmo art. 195: "§ 4º. a lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I."

Por sua vez, o art. 154, inciso I tem a seguinte redação: "Art. 154. A União poderá instituir: I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição;"

Destarte, o caixa único da seguridade social não pode ser guarnecido por contribuições que não sejam: uma incidente sobre as remunerações (art. 195, inciso I, alínea 'a' da CF/88) uma incidente sobre receitas ou faturamento (art. 195, inciso I, alínea 'b' da CF/88) e uma incidente sobre lucro (art. 195, inciso I, alínea 'c' da CF/88), outras que podem ser veiculadas por meio de Lei Complementar (art. 195, § 4º da CF/88), e ainda as contribuições que tenham sido recepcionadas ou expressas pela Mens Legis (art. 239 da CF/88).

Noutros dizeres, quis o Legislador Constituinte que as bases de cálculo do art. 195, inciso I, alíneas 'a', 'b' e 'c' da Carta Política de 1988 só comportassem, cada qual, uma única contribuição, salvo quando outras exações viessem instituídas por Lei Complementar ou quando houvesse expressa previsão no corpo da própria Constituição, como se verifica no art. 239, que permitiu que a contribuição para o PIS gravasse o faturamento, coincidindo com a mesma base de cálculo da COFINS.

Pelo exposto, evidencia-se que não se encontra expresso na Lei Maior dispositivo que autorize a exigência de uma outra contribuição para seguridade social sobre a folha de salários mediante lei ordinária que não seja a prevista no art. 195, inciso I, alínea 'a'.

Assim, qualquer nova contribuição para a seguridade social que venha a incidir sobre a folha de salários deverá se submeter aos comandos do art. 195, § 4º da Carta Magna, que exige a

instituição de uma nova fonte de custeio para a Seguridade Social através da aprovação do Congresso Nacional de uma Lei Complementar.

C) DA CONTRIBUIÇÃO PARA SEGURIDADE SOCIAL SOBRE A FOLHA DE SALÁRIOS:

Ao que atento ao estabelecido no art. 195, inciso I, alínea 'a', instituiu o Congresso Nacional a contribuição social para seguridade social sobre a folha de salários, popularmente conhecida como contribuição patronal, prevista no art. 3º, inciso I da Lei nº 7.787, de 30.06.1989.

Além da contribuição supracitada, a aludida Lei de nº 7.787/89 também se referiu a existência de um denominado adicional de 2,5% (dois inteiros e cinco décimos por cento) a incidir sobre os contribuintes da contribuição patronal que estivessem enumerados entre as atividades elencadas no § 2º do mesmo dispositivo legal, dentre os quais se enquadram as instituições financeiras e as sociedades corretoras.

Posteriormente, o legislador ordinário editou a Lei nº 8.212, de 24.07.1991, que dispôs sobre o Plano de Custeio da Seguridade Social, que apesar de trazer em seu bojo inúmeras mudanças, em nada alterou os supracitados dispositivos legais, ou seja, continuando a exigir o adicional de contribuição incidente sobre a folha de salários das instituições financeiras e as sociedades corretoras.

Analisando os atos normativos até então citados, depreende-se que apesar de o legislador ordinário ter denominado de adicional, o encargo estabelecido pelo parágrafo 2º do art. 3º da Lei 7.787/89, e pelo parágrafo 1º do art. 22 da lei 8.212/91, na verdade, o Poder Legislativo criou uma nova contribuição sobre a folha de salários sem atender ao postulado do § 4º, do art. 195 da Constituição.

Isto porque, a norma jurídica tributária, ou regra matriz de incidência, é um esquema lógico que revela a presença de um juízo condicional em que se conjuga uma hipótese a um mandamento, cada qual composto por determinados critérios, conforme leciona o inigualável Paulo de Barros Carvalho, in Curso de Direito Tributário, Ed. Saraiva, 2000, p. 237:

"Os modernos cientistas do Direito Tributário têm insistido na circunstância de que, tanto do descritor (hipótese), quanto no prescritor (consequência), existem referências a critérios, aspectos, elementos ou dados identificativos. Na hipótese (descritor), haveremos de encontrar um critério material (comportamento de uma pessoa), condicionado no tempo (critério temporal) e no espaço (critério espacial). Já na consequência (prescritor), depararemos com um critério pessoal (sujeito ativo e sujeito passivo) e um critério quantitativo (base de cálculo e alíquota). A conjugação desses dados indicativos nos oferece a possibilidade de exibir, na sua plenitude, o núcleo lógico-estrutural da proposição normativa."

Destarte, da análise das regras de incidência das contribuições sub examine, tem-se o que se segue:

CONTRIBUIÇÃO PATRONAL:

Hipótese de incidência:

a) critério material: remunerar o empregado ou o trabalhador avulso ou o autônomo ou o administrador que presta serviço ao sujeito passivo (inciso I, do art. 21 da Lei nº 8.212/91);

b) critério espacial: qualquer lugar do território nacional;

c) critério temporal: no último instante do mês em que tenha havido a prestação de serviço (inciso I, do art. 21 da Lei nº 8.212/91);

Mandamento:

a) critério pessoal: sujeito passivo é o empregador, a empresa e a entidade a ela equiparada na forma da lei (art. 195, inciso I da CF/88);

b) critério quantitativo: a base de cálculo é o total das remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados empregados, avulsos, autônomos e administradores, a qual será aplicada uma alíquota de 20% (inciso I, do art. 21 da Lei nº 8.212/91);

ADICIONAL DA CONTRIBUIÇÃO PATRONAL:

Hipótese de incidência:

a) critério material: as atividades enumeradas no § 1º do art. 22 da Lei 8.212/91, remunerarem o empregado ou o trabalhador avulso ou o autônomo ou o administrador que lhe prestam serviço;

b) critério espacial: qualquer lugar do território nacional;

c) critério temporal: no último instante do mês em que tenha havido a prestação de serviço (inciso I, do art. 21 da Lei nº 8.212/91);

Mandamento:

a) critério pessoal: sujeito passivo é o empregador, a empresa e a entidade a ela equiparada na forma da lei (art. 195, inciso I da CF/88);

b) critério quantitativo: a base de cálculo é o total das remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados empregados, avulsos, autônomos e administradores, a qual será aplicada uma alíquota de 2,5% (§ 1º, do inciso I, do art. 22 da Lei 8.212/91).

Assim, já que o fato gerador do adicional da contribuição patronal (as atividades enumeradas no § 1º do art. 22 da Lei 8.212/91 remunerarem o empregado ou o trabalhador avulso ou o autônomo ou o administrador que lhe prestam serviço) não é idêntico ao fato gerador da contribuição patronal (remunerar o empregado ou o trabalhador avulso ou o autônomo ou o administrador que presta serviço ao sujeito passivo), dúvidas não restam de que o denominado adicional da contribuição patronal não preenche os requisitos para ser enquadrado como um autêntico adicional, conforme brilhantemente esclarece Hugo de Brito Machado:

"Deve-se ter em mente, para tanto, que um tributo se identifica como adicional de outro essencialmente pelo fato de terem os dois o mesmo fato gerador. O que constitui a essência do adicional é a identidade entre o seu fato gerador e o fato gerador do tributo preexistente." (Revista Dialética de Direito Tributário nº 65, p. 54)

De fato, uma vez demonstrado que a contribuição trazida pelo § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212/91 não se apresenta como adicional da contribuição patronal, porquanto não possui o mesmo fato gerador da contribuição instituída pelo art. 22, inciso I, da Lei 8.212/91, lícito é asseverar que o tão-citado adicional para ter validade deveria se harmonizar com o preconizado no § 4º do art. 195 da Constituição Federal.

D) DA IMPOSSIBILIDADE DE SER EXIGIDO O ADICIONAL DA CONTRIBUIÇÃO SOBRE A FOLHA DE SALÁRIOS SENÃO MEDIANTE LEI COMPLEMENTAR:

Uma vez comprovada no tópico anterior que a contribuição trazida pelo § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212/91 não poderia ser incluída no conceito de adicional da contribuição patronal instituída pelo art. 22, inciso I da Lei 8.212/91, cabe averiguar se a denominado adicional da contribuição patronal se harmoniza com o regime jurídico delineado na Constituição para a criação de novas fontes de custeio da Seguridade Social.

Com efeito, é certo que a folha de salários (art. 195, inciso I, alínea a da CF/88) comporta, além da contribuição patronal, uma série de adicionais tais como para o Sesc, Sesi, etc.. Esses adicionais, contudo, além de não se destinarem a Seguridade Social constam em expressas ressalvas feitas pela própria Constituição no seu art. 240.

Outro exemplo de contribuição social que não se destina a financiar a seguridade social e que incide sobre a folha de salários é a do salário-educação, que foi expressamente prevista pela Constituição no §5º do art. 212 como fonte adicional de financiamento do ensino fundamental.

De fato, admitindo-se a existência de duas contribuições para a seguridade social a incidir sobre o montante pago aos empregados, autônomos, avulsos e administradores, conforme estabeleceu o §1º do art. 22 da Lei 8.212/91, ter-se-iam duas contribuições com a mesma base impositiva (o montante das remunerações pagas) e a mesma finalidade de custear a seguridade social, em uma bitributação que a Carta Política de 1988 não autoriza senão mediante Lei Complementar (art. 195, § 4º, da CF/88).

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC nº 1-1/DF, deixou evidenciada a impossibilidade de se instituir duas contribuições para a seguridade social sobre idênticas bases de cálculo, com a ressalva das permitidas expressamente pela Carta Magna, conforme se observa no voto do Min. Relator Moreira Alves:

"Da Bitributação com o PIS

A alegada ocorrência de bitributação entre a Lei Complementar nº 70/91 (denominada geralmente de Cofins) e o PIS, por incidirem ambas sobre o faturamento, não prospera porque, além de não se aplicar ao caso, a vedação do inciso I do art. 154, pelo fato de a Cofins não ser imposto novo, tanto ela quanto o PIS, têm sede constitucional (art. 195, I, e art. 239)

Isto é, a existência de duas contribuições sobre a mesma base de cálculo - o faturamento - está constitucionalmente autorizada, não havendo que se falar, pois, em bitributação." (Revista Dialética de Direito Tributário nº 1, p. 83)

Com isso, uma vez que a folha de salários já é gravada pela contribuição patronal à alíquota de 20% (vinte por cento), apenas mediante Lei Complementar (art. 195, § 4º, da CF/88) poderia o legislador ordinário instituir o denominado adicional da contribuição patronal, conforme pretenderam as malsinadas Leis de nº 7.787/89, em seu art. 3º, § 2º, e de nº 8.212/91, em seu art. 22, § 1º.

Além do que foi exposto, ainda se pode afirmar que a referida contribuição adicional é inconstitucional pelas razões que se seguem:

E) DA AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA IGUALDADE E DA ISONOMIA:

Como é cediço, o princípio geral da igualdade jurídica vem resguardado no caput do art. 5º, da Carta Magna, pelo qual "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza ...". O preceito constitucional citado tem tríplice finalidade limitadora, a saber: (a) limitação ao legislador, (b) limitação ao intérprete, autoridade pública, a quem cabe a aplicação das leis e, por fim, (c) limitação ao particular. Ao legislador, a quem cabe a elaboração das leis e demais normas jurídicas, é vedada a criação de normas que criem diferenciações abusivas, arbitrárias, sem qualquer finalidade lícita, sob pena de flagrante desrespeito ao princípio magno.

Sobre o tema, nada melhor do que as lições do brilhante constitucionalista Celso Ribeiro Bastos, in Curso de Direito Constitucional, 18ª Edição, Editora Saraiva, p. 182, infra-transcritas:

"Mas o princípio da igualdade vai mais longe. Ele não se limita a proibir desequiparações em função de uns poucos critérios. O vício da inconstitucionalidade pode incidir em qualquer norma desde que não se dê tratamento razoável, eqüitativo, aos sujeitos envolvidos.

(...)

Toda vez que uma lei perde o critério da proporcionalidade ela envereda pela falta de isonomia."

Destarte, qual seria o critério utilizado pelo legislador pátrio para permitir às demais pessoa jurídicas recolherem a contribuição ora debatida sob uma alíquota favorecida, enquanto que para as sociedades corretoras e instituições financeiras a mesma contribuição é cobrada com um "suposto adicional" de 2,5% (dois inteiros e cinco décimos por cento)?

Tanto a Lei nº 7.787/89, quanto a Lei nº 8.212/91 trouxeram tratamento diferenciado para determinados contribuintes, não estendido aos demais, o que vai de pleno encontro ao Princípio da Igualdade, pelo qual se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

As demais pessoas jurídicas, sejam de que categoria forem que operam em nosso País em nada diferem das instituições financeiras e das sociedades corretoras. Todas são empresas que atuam sejam no comércio, na indústria, na área de prestação de serviços, mas todas possuem em comum o fato de serem empresas que suportam custos fixos semelhantes, não havendo uma razão ou finalidade plausível que justifique a prerrogativa concedida a estas pessoas jurídicas um benefício, que reduziu sensivelmente a carga tributária decorrente da incidência da contribuição social incidente sobre folha de salários.

Vale salientar, ainda, que em matéria tributária o Princípio Constitucional da Isonomia Tributária, vem estampado na Carta Magna como uma limitação ao poder tributante do Estado. É o que dispõe o inciso II, do art. 150, do Texto Supremo. O Princípio da Isonomia Jurídica é a projeção, na área tributária, do Princípio Geral da Igualdade. Sobre o assunto, leciona Hugo de Brito Machado, in Curso de Direito Tributário, Editora Malheiros, 12ª Edição, p. 30:

"As dificuldades pertinentes ao princípio da isonomia surgem quando se coloca a questão de saber se o legislador pode estabelecer hipóteses discriminatórias, e qual o critério de discrimine que pode validamente utilizar. Na verdade a lei sempre discrimina. Seu papel fundamental consiste precisamente na disciplina das desigualdades naturais existentes entre as pessoas. A lei, assim, forçosamente discrimina. O importante, portanto, é saber como será válida essa discriminação. Quais os critérios passíveis, e quais os critérios que implicam lesão ao princípio da isonomia."

Sábias são as lições do Douto Hugo de Brito Machado, pois é impossível a lei dispensar tratamento igualitário entre os contribuintes. Todavia, deve-se examinar se o uso da discriminação justifica a finalidade a ser alcançada, e se o critério utilizado implica em lesão aos Princípios da Igualdade e da Isonomia.

No caso sub examine, a desigualdade resultante dos critérios utilizados pelas Leis nºs 7.787/89 e 8.212/91, que determinaram que as demais pessoas jurídicas recolhessem a contribuição social incidente sobre a sua folha de salários sem nenhum tipo de adicional, prerrogativa não concedida às instituições financeiras e às sociedades corretoras, constitui lesão flagrante aos Princípios Constitucionais da Igualdade e da Isonomia Tributária, haja vista não haver uma finalidade plausível que justifique tal desigualdade.

Cumpra esclarecer que não cabe aqui, alegar que tal critério atende ao princípio da capacidade contributiva, pelo qual os impostos, sempre, que possível deverão observar a capacidade econômica do contribuinte, nos termos do §1º, inciso I do art. 145, pois como bem se sabe, o Princípio da Capacidade Contributiva é dirigido exclusivamente aos impostos e não às contribuições sociais, espécie tributária peculiar, cujo produto da arrecadação já tem um fim específico, qual seja, a seguridade social, não levando, elas, em consideração as condições econômicas do contribuinte. Tanto é assim que a Constituição Federal, ao tratar da seguridade social, dispôs que esta será financiada por toda a sociedade, de forma igualitária.

F) DO POSICIONAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO SOBRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA IGUALDADE E DA ISONOMIA:

Neste item, vale ressaltar que discriminação semelhante a aqui demonstrada ocorreu anteriormente, quando houve a majoração progressiva da alíquota da contribuição social sobre o lucro das instituições financeiras, que contribuía inicialmente à alíquota de 8%, passando posteriormente para 12%, 15%, 23% e, finalmente, para 30%, em 1995, com a edição da Lei nº 9.249/95.

Inconformadas com o tratamento discriminatório e desigual, as instituições financeiras recorreram, em massa, à prestação jurisdicional, buscando o respeito aos mesmos Princípios da Igualdade e da Isonomia, ora alegados, que haviam sido flagrantemente lesados pelo legislador pátrio ao estabelecer alíquotas diferenciadas para a incidência da contribuição social sobre o lucro das instituições financeiras. Imediatamente, surgiram inúmeras decisões do Poder Judiciário considerando inconstitucional o uso de alíquota diferenciada, por afrontar os Princípios Constitucionais da Igualdade e da Isonomia, pedindo vênias para citar as decisões proferidas no AGTR nº 96.03.014568-8/SP - publ. no D. J. de 05.03.1996, no AGTR Nº 96.03.014321-9/SP, entre outros.

Deste modo, assim como ocorreu com a contribuição sobre o lucro das instituições financeiras, inconstitucionalmente majorada, por afrontar os Princípios Constitucionais da Igualdade e da Isonomia, o Poder Judiciário deve analisar a questão posta em litígio sobre o mesmo prisma, pois não há um critério de razoabilidade que justifique a diferença de alíquotas, no caso das instituições financeiras e sociedades corretoras e das demais pessoas jurídicas, acarretando uma total afronta aos Princípios Constitucionais da Igualdade e da Isonomia, haja vista não haver tal concessão para as demais pessoas jurídicas.

Outra questão semelhante à que vem sendo demonstrada no decorrer deste estudo vem acontecendo pelo fato de que foi permitido às Instituições Financeiras, Cooperativas e Revendedoras de Veículos usados realizarem uma série de deduções e exclusões de algumas receitas operacionais para a determinação da base de cálculo da contribuição para o PIS e da COFINS, o que não foi concedido às demais pessoas jurídicas.

A questão vem sendo posta à apreciação do Poder Judiciário, conforme pode-se observar no Agravo de Instrumento nº 29.247/PE, publicado no D. J. de 20.04.2001, onde o Tribunal Regional da 5ª Região concedeu Medida Liminar para empresa determinada empresa comercial determinando que fosse calculada a COFINS e a contribuição para o PIS com deduções e exclusões equivalentes àquelas permitidas às instituições financeiras:

"A diferenciação da base de cálculo do PIS e da COFINS tomando por base a atividade econômica do contribuinte mostra-se destituída de razoabilidade quando cotejada com o dever de financiamento da seguridade social por toda a sociedade, ensejando quebra da isonomia no tratamento tributário por instituir discrimen não relacionado com possíveis caracteres distintivos existentes entre os contribuintes pertinentes às hipóteses de incidência das referidas contribuições sociais e originar privilégios referentes à oneração fiscal. Ante o exposto, relevante a fundamentação e evidente o perigo de lesão grave ou difícil reparação pelas consequências financeiras do tratamento legal questionado, defiro o pedido de liminar (...)"

Fica evidenciado que as sociedades corretoras e instituições financeiras devem recolher a contribuição previdenciária patronal sob a alíquota de 20% sem nenhum adicional, isto porque, analisando a tributação dessas sociedades em comparação com outras empresas, como por exemplo, as empresas prestadoras de serviços, construtoras, gráficas, empresas de transportes, entre outras, tem-se o seguinte quadro comparativo:

Sociedades Corretoras e Instituições Financeiras	Prestadora de Serviços, Gráficas, Construtoras e Empresas de Transportes
Empresa (...) 20%	Empresa (...) 20%
Salário-Educação (...) 2,5%	Salário-Educação (...) 2,5%
INCRA (...) 0,2%	INCRA (...) 0,2%
Adicional de Contribuição (...) 2,5%	SESC/SENAC-SESI/SENAI-SEST/SENAT ... 2,5%
Total: 25,2%	SEBRAE (...) 0,6%
	Total: 25,8%

Até então, vê-se que o que diferencia a tributação das supracitadas empresas é a contribuição para o SEBRAE, isto porque, ao final percebe-se que a diferença entre as alíquotas totais de ambas as empresas é de apenas 0,6%. Acontece que é mais do que necessário ressaltar o fato de que o Poder Judiciário já vem considerando ilegítima as exigências das contribuições para o SESC/SENAC/SEBRAE, SESI/SENAI/SEBRAE e para o SEST/SENAT/SEBRAE o que desonera consideravelmente a carga tributária das empresas prestadoras de serviços, gráficas, construtoras, empresas de transportes e outras.

Levando em consideração este fato de suma importância, e em se considerando que as sociedades corretoras não devem recolher o adicional de contribuição incidente sobre a folha de salários, chegamos ao seguinte quadro comparativo:

Sociedades Corretoras	Prestadora de Serviços, Gráficas, Construtoras e Empresas de Transportes
Empresa (...) 20%	Empresa (...) 20%
Salário-Educação(...) 2,5%	Salário-Educação (...) 2,5%
INCRA (...) 0,2%	INCRA (...) 0,2%
Total: 22,7%	Total: 22,7%

E ainda, levando-se em consideração que todas essas empresas são vinculadas exclusivamente à previdência urbana, não haveria razão plausível para procederm com o recolhimento da contribuição para o INCRA, ou seja, a carga tributária-previdenciária seria, para ambas as

empresas, constituída pela contribuição a cargo da empresa e do salário-educação, o perfaz um percentual de 22,5%.

Fica mais que evidenciado o direito que milita a favor das instituições financeiras e sociedades corretoras, em terem assegurado o seu direito de não recolher o malgrado suposto adicional de contribuição, ante a sua flagrante ilegitimidade.

G) DAS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/98:

Conforme vem sendo demonstrado no decorrer do presente estudo, instituir o adicional de contribuição, fazendo com que as sociedades corretoras de seguros recolham a mesma contribuição sob a alíquota majorada em 2,5% é infringir os Princípios Constitucionais da Igualdade e da Isonomia, não restando outra alternativa senão que o Poder Judiciário reconheça a inconstitucionalidade do §2º do art. 3º da Lei nº 7.787/89, bem como do §1º do art. 22 da Lei nº 8.212/91, expurgando-os do ordenamento jurídico pátrio.

Acontece que o Governo com sua ânsia de arrecadar tributos apressou-se em aprovar a Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, que dentre outros dispositivos, deu nova redação ao art. 195 da CF/88, acrescentando-lhe o § 9º que dispõe "§ 9º As contribuições sociais previstas no inciso I deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica ou da utilização intensiva de mão-de-obra."

Mister se faz ressaltar o fato de que as contribuições previstas no inciso I do art. 195 da CF/88, compreende as contribuições incidentes sobre a folha de pagamento, o faturamento ou a receita e o lucro.

Assim, não restam dúvidas que o Governo tentando amparar constitucionalmente algumas aberrações legislativas, como por exemplo, o tratamento desigual entre Instituições Financeiras, Sociedades Corretoras e as demais pessoas jurídicas, "criou" de forma esplendorosa o § 9º do art. 195 da CF/88, com um único fim, arrecadar mais tributos a fim de equilibrar as contas da previdência social.

Acontece que, ao serem editadas as Leis nºs 7.787/89 e 8.212/91 a ordem constitucional não previa a possibilidade de instituir contribuições para a seguridade social com alíquotas e/ou bases de cálculos distintas entre contribuintes. O que nos leva à conclusão de que o § 2º do art. 3º da Lei nº 7.787 e o § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212/91 já nasceram mortos, ou seja, nasceram inconstitucionais e como tais não podem surtir nenhum efeito, pois para o Supremo Tribunal Federal "O vício da inconstitucionalidade é congênito a lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração", in RTJ 141/56:

"QUESTÃO DE ORDEM - SUPERVENIÊNCIA CONSTITUCIONAL EMENTA: CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE. A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional, na medida em que desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito a lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido, nos termos do voto proferido na ADIn nº 002-1/600 - Acórdão, DJ 24.04.92" (grifos nossos)

Caso o Governo, com sua ânsia incontrolável de arrecadar tributos deseje equilibrar as contas da defasada Seguridade Social, que o faça da maneira correta, seja ela, instituindo uma nova Lei, em plenos conformes com o § 9º do art. 195 da Lex Mater, pois caso contrário, não se pode exigir tributo com base em legislação que já nasceu inconstitucional, como vem acontecendo, em total afronta a Carta Política de 1988.

Matéria análoga à que vem sendo demonstrada no presente estudo, diz respeito à inconstitucionalidade da progressividade do IPTU, onde quase todos os municípios do país, senão todos, determinaram tal modalidade sem que para isso tivessem qualquer amparo constitucional. Posteriormente o legislador constituinte editou a Emenda Constitucional nº 29, de 13.09.2000 que permitiu a adoção de alíquotas progressivas para o referido imposto.

Acontece que, como as leis instituidoras das progressividades foram editadas antes do advento da Emenda Constitucional nº 29/2000, todas padecem de flagrante inconstitucionalidade, isto porque, a citada Emenda Constitucional não poderia constitucionalizar dispositivos que já nasceram inconstitucionais.

Com relação à matéria, trazemos à colação a decisão proferida nos autos do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 325.852-8/MG, publicada no D. J. de 15.03.2002, nos seguintes termos:

"É inconstitucional qualquer progressividade, em se tratando de IPTU, que não atenda exclusivamente ao disposto no artigo 156, § 1º, aplicado com as limitações expressamente constantes dos §§ 2º e 4º do artigo 182, ambos da Constituição Federal" (RE 153.771), Tendo sido a Lei Municipal de Belo Horizonte editada antes da EC 29/200, aplica-se este entendimento. Nego, assim, provimento ao agravo."

2. Conclusões:

Do exposto, concluímos que a contribuição instituída pelo §2º do art. 3º da Lei nº 7.787/89 e pelo §1º do art. 22 da Lei nº 8.212/91:

(a)- não se trata de um adicional de contribuição incidente sobre a folha de salários, mas sim de uma contribuição completamente autônoma e distinta da contribuição social patronal exigida de todas as pessoas jurídicas, e como tal, tem a natureza jurídica de uma nova fonte de custeio para a seguridade social, devendo ser instituída por lei complementar, nos termos do §4º do art. 195 c/c inciso I do art. 154, todos da CF/88;

(b)- afronta os Princípios Constitucionais da Igualdade e da Isonomia, inculpidos, respectivamente, nos arts. 5º, caput e 150, inciso II, todos da Constituição Federal de 1988, como fartamente demonstrado no decorrer do presente estudo, uma vez que toda e qualquer pessoa jurídica recolhe a contribuição sobre a folha de salários mediante a alíquota de 20% sem nenhum tipo acréscimo;

(c)- não pode ser exigido das instituições financeiras e das sociedades corretoras sob a alegação do Princípio da Capacidade Contributiva, uma vez que tal princípio só é aplicável aos impostos, nos termos do §1º, inciso I do art. 145 da CF/88;

(d)- não pode ser exigido sob a fundamentação de que as instituições financeiras e as sociedades corretoras não são contribuintes do sistema "S", e como tal devem recolher o adicional de 2,5%, pois as contribuições para o sistema "S" são destinadas aos Serviços Sociais Autônomos e não à seguridade social como é o caso do referido adicional.

(e)- só poderia ser instituída após o advento da Emenda Constitucional nº 20, ao dar nova redação ao artigo 195, incluindo o §9º ao referido artigo, pois só a partir daí é que a ordem constitucional possibilitaria a criação de contribuições para a seguridade social com alíquotas e base de cálculos distintas, devendo necessariamente ser criada uma nova lei que obedecesse aos ditames do § 9º do art. 195 da CF/88 e não constitucionalizar dispositivos que já nasceram inconstitucionais, mesmo porque, faz-se necessário a elaboração de lei complementar para viabilizar a exigência do referido adicional, conforme fartamente demonstrado no decorrer do presente estudo.

Texto elaborado em: 25/02/2002

CALVALCANTI, Manuel de Freitas. **Corretoras de Seguros e Instituições Financeiras - A exigência do adicional de contribuição social incidente sobre a folha de salários: "Ser constitucional ou não ser, eis a questão..."**. Disponível em http://www.fiscosoft.com.br/main_index.php?home=home_artigos&m=_&nx_=&viewid=103311 acesso em 23/05/06.