



Ministério da Economia
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS



Processo nº 11516.003740/2010-94
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2402-010.674 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 1 de dezembro de 2021
Recorrente MUTUA PRESTADORA DE SERVIÇOS LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/2005 a 31/12/2009

SIMPLES NACIONAL. INCLUSÃO. RECONHECIMENTO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. LANÇAMENTO FISCAL. CANCELAMENTO.

Reconhecido o direito de inclusão da empresa no Simples Nacional, após decisão final em processo administrativo, cancela-se o lançamento decorrente da sua exclusão dessa sistemática de tributação.

CONTRIBUIÇÕES PARA OUTRAS ENTIDADES E FUNDOS.

As contribuições destinadas ao FNDE - Salário Educação, ao INCRA, ao SENAC, ao SESC e ao SEBRAE são plenamente exigíveis de acordo com suas leis instituidoras.

LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. PRAZO. ANTECIPAÇÃO DE PAGAMENTO. DOLO. FRAUDE. SIMULAÇÃO.

É de cinco anos o prazo para a Fazenda Pública efetuar o lançamento do crédito tributário, contado esse prazo do fato gerador, no caso de lançamento por homologação, quando há antecipação de pagamento e sem a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, ou do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS. SÚMULA CARF Nº 28.

O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) não é competente para se pronunciar sobre Representação Fiscal para Fins Penais, sendo nesse sentido a Súmula CARF nº 28.

PRODUÇÃO DE PROVAS. INDEFERIMENTO.

A apresentação de provas no contencioso administrativo deve ser feita juntamente com a impugnação, precluindo o direito de fazê-lo em outro momento, salvo se fundamentado nas hipóteses expressamente previstas na legislação que rege o Processo Administrativo Fiscal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário para cancelar o lançamento fiscal referente ao período de 01/2009 a 13/2009.

(documento assinado digitalmente)

Denny Medeiros da Silveira - Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ana Claudia Borges de Oliveira, Denny Medeiros da Silveira, Francisco Ibiapino Luz, Gregório Rechmann Junior, Márcio Augusto Sekeff Sallem e Renata Toratti Cassini.

Relatório

Por bem descrever os fatos ocorridos até a decisão de primeira instância, transcreveremos o relatório constante do Acórdão nº 10-51.478, da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) em Porto Alegre/RS, fls. 158 a 169:

Do Auto de Infração (AI)

Trata-se do Auto de Infração – AI Debcad nº 37.302.455-0, no valor de R\$ 67.345,50 (sessenta e sete mil, trezentos e quarenta e cinco reais e cinquenta centavos), consolidado em 07/10/2010, relativo à contribuição da empresa destinada a outras entidades e fundos (Instituto Nacional da Colonização e Reforma Agrária – INCRA, Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial – SENAC, Serviço Social do Comércio – SESC, Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – SEBRAE e FNDE - Salário Educação), nas competências 01/2005 a 06/2007 e 01/2009 a 13/2009, incidentes sobre a remuneração paga a segurados empregados.

O Relatório Fiscal do Auto de Infração, fls. 33/341, esclarece que a auditoria fiscal foi realizada na empresa com o objetivo de levantamento das contribuições incidentes sobre a remuneração dos segurados empregados e segurados contribuintes individuais a seu serviço, em razão da empresa não ter ingressado no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Federal), no período de 01/2005 a 06/2007, bem como ter sido excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) a partir da competência 01/2009, conforme Ato Declaratório Executivo DRF/SC nº. 139058 de 22/08/2008, “tendo declarado nas Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social - GFIP como inscrita.”

Informa a autoridade lançadora que em função de ter sido excluída do Simples Nacional pelo Ato Declaratório Executivo DRF/SC nº. 139058, a empresa apresentou impugnação ao referido ato, através do processo nº 16542.000758/2009-05 em 12/08/2009.

Da Impugnação

Cientificada do Auto de Infração em 08/11/2010, fl. 41, a autuada apresentou impugnação tempestiva, em 08/12/2010, fls. 42/69, nos seguintes termos.

Da Decadência

Afirma, em síntese, que as contribuições sociais devem submeter-se ao disposto nos artigos 150, parágrafo 4º e 173 do Código Tributário Nacional – CTN. Não foram excluídos da autuação fiscal os lançamentos relativos às contribuições supostamente devidas no interregno de 01/2005 a 10/2005, uma vez que o prazo de 5 anos conta-se a partir do fato gerador do tributo; incidindo as contribuições sobre a folha de salários, o

fato gerador é de periodicidade mensal, assim também o sendo a contagem de sua decadência.

O lançamento foi encerrado em outubro de 2010. Portanto, não poderiam ser lançados fatos geradores referentes às competências até outubro de 2005, sob pena de violar o artigo 150, parágrafo 4º do CTN.

Das adesões ao SIMPLES Nacional e seus efeitos jurídicos no tempo

A Impugnante aderiu ao SIMPLES Nacional em 01/07/2007, sendo que em 31/12/2008 fora excluída. Em 12/08/2009 apresentou impugnação, dizendo que havia parcelado todos os débitos e que estes estavam rigorosamente em dia, razão pela qual fazia e faz jus à opção pelo regime do SIMPLES Nacional, entretanto, até a presente data pende de julgamento na DRJ de Florianópolis. Em 20/01/2010 requereu sua inclusão no SIMPLES

Nacional, porém o Relatório de Pendências à Opção pelo SIMPLES Nacional acusou pendências. A impugnante, retificou o débito e apresentou impugnação. Entretanto, em 18/02/2010, constatou pelo Relatório de Pendências que os mesmos débitos continuavam a constar, razão pela qual também pagou integralmente os débitos, sendo que mesmo assim os débitos ainda perduram, como comprovam os Relatórios dos dias 17/08/2010 e 24/11/2010.

Deste modo, “comprova a impugnante que apresentou impugnações referentes às exclusões de 2009 e 2010, e por tal razão a sua condição deveria estar suspensa, não merecendo, por atos da Administração Pública Federal em não ter julgado até a presente data suas impugnações, sofrer lançamento fiscal relativamente a este período, quanto mais incorrer em iminente procedimento criminal.”

Da possibilidade da retroatividade benigna ao regime do SIMPLES

“A Impugnante aderiu ao SIMPLES Nacional em 01/07/2007 (doc. 06), todavia restou lançada nas competências 01/2005 a 06/2007, 10/2007, 12/2007, 01/2009 a 13/2009.”

A Lei 9.317/96, em seu artigo 9º, vedava que a atividade da impugnante pudesse aderir ao SIMPLES. Entretanto, o artigo 2º da Lei Complementar 128, de 22/12/2008, que deu nova redação à Lei Complementar 123/06, contemplou a possibilidade de adesão, sem qualquer motivo, simplesmente outrora proibira e por esta possibilitou.

Entende que neste caso há possibilidade da lei retroagir em benefício do contribuinte, a teor do que determina o artigo 106, inciso II, alínea "b" do CTN, devendo ser aplicada a Lei Complementar 128/2008 a fatos pretéritos, ou seja, desde janeiro de 2005.

Da Indevida Cobrança do SESC e do SENAC

A impugnante entende, em síntese, que sendo prestadora de serviços, não está incluída entre as sociedades tipicamente comerciais, tendo natureza eminentemente civil.

Logo, não pode ser sujeito passivo da relação tributária que tenha por objeto as contribuições em questão. As contribuições em referência são indevidas também pelo fato de que o SESC e o SENAC nada têm a oferecer às prestadoras de serviços em geral em termos de formação profissional.

Assim, não está a impugnante sujeita ao pagamento das contribuições ao SESC e ao SENAC, sendo, por conseguinte, ilegal e indevida a sua cobrança.

Da Ilegalidade e Inconstitucionalidade do Salário-Educação

Apresenta extenso arrazoado acerca da ilegalidade e inconstitucionalidade da cobrança da contribuição destinada ao FNDE (Salário-Educação).

Da Ilegalidade e Inconstitucionalidade da Contribuição para o INCRA

Segundo a impugnante, pelo fato de explorar a prestação de serviços no ramo da construção civil está fora do campo de incidência da contribuição, bem como não é beneficiária de tal contribuição, não faz parte da categoria interessada e é empresa urbana, restando indevida a imposição.

Por outro lado, a contribuição passou a partir da Constituição Federal de 1988 a ter características de imposto, porém, sem cumprir os requisitos exigidos pelo artigo 154 da Constituição Federal, sendo inconstitucional a sua cobrança.

Da Contribuição para o SEBRAE

Apresenta argumentos no tocante à inconstitucionalidade e ilegalidade da contribuição ao SEBRAE. Afirma que não é beneficiária das atividades desenvolvidas pelo SEBRAE, não é integrante da categoria interessada no seu recolhimento, sendo que o STJ tem entendimento de que as empresas tipicamente prestadoras de serviços não estariam sujeitas às contribuições ao SESC e ao SENAC, que somente beneficiam os comerciantes.

Da Suspensão da Representação Fiscal para Fins Penais

Segundo a impugnante, “enquanto pendente de decisão final irrecurável a presente defesa administrativa”, não pode ser encaminhada a Representação Fiscal para Fins Penais - RFFP ao Ministério Público Federal – MPF, a qual deve ficar suspensa até o trânsito em julgado administrativo do Auto de Infração.

Do Pedido

Em face das razões expostas, requer:

1. O cancelamento do AI, devido: **a)** à nulidade por vício formal, já que o lançamento não pode basear-se em fatos geradores decaídos - art. 150, § 4º do CTN – referentes às competências 01/2005 a 10/2005; **b)** à inconstitucionalidade e ilegalidade da exigência da contribuição ao Salário-Educação; **c)** à ilegalidade e/ou inconstitucionalidade da contribuição para o SEBRAE; julgando-se, também, indevidas as contribuições para o SESC e SENAC, já que a impugnante não é empresa tipicamente comercial, mas sim, prestadora de serviços, não sendo beneficiada pela atuação do SESC e do SENAC, e por corolário, o reconhecimento de seu direito em sustar, definitivamente, a obrigação de pagar as referidas exações; **d)** à ilegalidade da contribuição para o INCRA, uma vez que impugnante não é beneficiária das atividades desenvolvidas pelo INCRA e não é integrante da categoria interessada no seu recolhimento, restando então fora da hipótese de incidência da referida exação;
2. a suspensão da representação fiscal para fins penais enquanto não findar a discussão na esfera administrativa; e
3. a produção de todos os meios de prova em direito admitidos e o deferimento, em eventual necessidade, de anexar documentos e/ou alegações que surgirem para elucidar fatos.

Ao julgar a impugnação, em 26/8/14, a 7ª Turma da DRJ em Porto Alegre/RS concluiu, por unanimidade de votos, pela sua improcedência, consignando a seguinte ementa no *decisum*:

SIMPLES FEDERAL. ADESÃO. SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. PROCESSO PRÓPRIO. DISCUSSÃO. PROCESSO DE LANÇAMENTO DO CRÉDITO. NÃO CABIMENTO.

O foro adequado para discussão acerca da possibilidade de adesão da empresa ao Simples Federal, bem como da sua exclusão do Simples Nacional, é o respectivo processo instaurado para esse fim. Descabe em sede de processo de lançamento fiscal de crédito a apreciação da matéria.

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. SOBRESTAMENTO DO AUTO DE INFRAÇÃO.

A empresa regularmente excluída do Simples Nacional está sujeita, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

Não há suporte para a suspensão do trâmite processual dos lançamentos fiscais, até a decisão administrativa final quanto à exclusão da empresa do Simples Nacional, na legislação que trata do Processo Administrativo Fiscal.

CONTRIBUIÇÕES PARA OUTRAS ENTIDADES E FUNDOS.

As contribuições destinadas ao FNDE - Salário Educação, ao INCRA, ao SENAC, ao SESC e ao SEBRAE são plenamente exigíveis de acordo com suas leis instituidoras.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2009

PRODUÇÃO DE PROVAS. INDEFERIMENTO.

A apresentação de provas no contencioso administrativo deve ser feita juntamente com a impugnação, precluindo o direito de fazê-lo em outro momento, salvo se fundamentado nas hipóteses expressamente previstas na legislação que rege o Processo Administrativo Fiscal.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2009

DECADÊNCIA.

O prazo para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário é aquele previsto no Código Tributário Nacional. Havendo pagamento antecipado da contribuição, aplica-se o prazo de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador; inexistente referido pagamento, ou nos casos de dolo, fraude ou simulação, aplica-se o prazo de cinco anos a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS.

A autoridade fiscal, por dever funcional, deve formalizar Representação Fiscal para Fins Penais sempre que, no exercício de suas atribuições, identificar atos ou fatos que, em tese, configurem crime contra a ordem tributária ou contra a Previdência Social.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento não é competente para pronunciar-se quanto a processo administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais.

Cientificada da decisão de primeira instância, em 18/9/14, segundo o Aviso de Recebimento (AR) de fl. 173, a Contribuinte, por meio de seu advogado (procuração de fl. 62), interpôs o recurso voluntário de fls. 175 a 205, em 17/10/14, no qual reproduz a impugnação, alegando, porém, que a decadência teria atingido o lançamento até a competência 11/2005, enquanto na impugnação alegou que a decadência teria atingido o lançamento até a competência 10/2005.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Denny Medeiros da Silveira, Relator.

Do conhecimento

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade. Assim, dele conheço.

Considerações iniciais

Antes de considerações outras, importa destacar que o lançamento é relativo às contribuições destinadas a Entidades e Fundos denominados Terceiros e diz respeito às competências de 01/2005 a 06/2007 e de 01/2009 a 13/2009.

Segundo o Relatório Fiscal de fls. 33 a 34, no período de 01/2005 a 06/2007, a empresa não ingressou no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples) e foi excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) a partir de 01/2009, conforme Ato Declaratório Executivo DRF/SC nº 139058, de 22/8/08, porém, declarou nas Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social (GFIPs) como inscrita.

Da adesão ao Simples Nacional

Em relação ao Simples Nacional, alega a Recorrente ter impugnado a sua exclusão referente ao ano de 2009, “não merecendo”, dessa forma, “sofrer lançamento fiscal relativamente a esse período”.

Pois bem, a exclusão do Simples Nacional, referente ao ano de 2009, estava sendo discutida no processo administrativo 16542.000758/2009-05.

Compulsando o processo em questão, constatamos que a discussão administrativa foi finalizada, com decisão favorável à Recorrente, tendo o CARF reconhecido o direito de inclusão da empresa no Simples Nacional a partir de 01/2009, nos termos do Acórdão nº 1002-001.530, de 5/8/20.

Diante desse quadro, deve ser cancelado o lançamento referente ao período de 01/2009 a 13/2009.

Da alegada decadência

A Recorrente alega que a decadência teria atingido o lançamento até a competência 11/2005.

Pois vem, vejamos, o que dispõe o Código Tributário Nacional (CTN), Lei 5.172, de 25/10/66, a respeito da decadência:

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

[...]

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

[...]

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Como se vê, o prazo para a Seguridade Social apurar e lançar seus créditos é de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador, nas hipóteses em que o tributo obedeça ao regime de lançamento por homologação e desde que haja início de pagamento (antecipação), ainda que parcial (art. 150, § 4º, do CTN), ou a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, na hipótese de inexistência de início de pagamento (art. 173, I, do CTN), ou na ocorrência de dolo, fraude ou simulação (parte final do § 4º, art. 150, do CTN).

Vejamos, agora, o que restou assentado no voto condutor do julgado *a quo*:

O prazo para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário é aquele previsto no Código Tributário Nacional - CTN. Em havendo pagamento antecipado da contribuição, aplica-se o prazo de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador (artigo 150, parágrafo 4º do CTN); inexistente referido pagamento, ou nos casos de dolo, fraude ou simulação, aplica-se o prazo de cinco anos a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (artigo 173, inciso I do CTN).

O crédito abrange lançamentos decorrentes do descumprimento de obrigação principal. Considerando-se as competências indicadas pela impugnante (01/2005 a 10/2005), examinado o “Discriminativo do Débito – DD”, fls. 05/12, não se verificam recolhimentos parciais.

Assim sendo, em relação às competências 01/2005 a 10/2005, aplica-se o disposto no artigo 173, inciso I, do CTN. Neste caso, o prazo decadencial para constituir o crédito tributário da competência mais antiga do AI, 01/2005, começou a fluir em 01/01/2006, **extinguindo-se** o direito de a Fazenda Pública efetuar o lançamento em 31/12/2010. Considerando-se que a empresa teve ciência do Auto de Infração em **08/11/2010**, fl. 41, **não** há decadência a ser reconhecida no caso em tela.

Conforme se observa, na apuração da decadência, a DRJ não aplicou a regra do art. 150, § 4º, do CTN, mas sim a regra do art. 173, inciso I, do mesmo diploma, uma vez que o Discriminativo do Débito (DD), fl. 5 a 12, não teria informado a existência de recolhimentos parciais.

De fato, o DD não informa a existência de pagamento antecipado, e nem mesmo o Relatório de Apropriação de Documentos Apresentados (RADA), fls. 22 a 28, identifica a apropriação de recolhimentos a título de Terceiros para o ano de 2005.

Portanto, sem a existência de pagamento antecipado, pela regra do art. 173, inciso I, do CTN, o lançamento poderia ter sido efetuado até 31/12/10 em relação às competências até 11/2005. Logo, como a ciência do lançamento se deu em 8/11/10, não há que se falar em decadência.

Das demais alegações recursais

Considerando que o Recorrente reproduz a impugnação em seu recurso, reproduziremos no presente voto, nos termos do art. 50, § 1º, da Lei 9.784¹, de 29/1/99, e do art.

¹ Diploma que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

57, § 3º, Anexo II, do Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 343, de 9/6/15, com redação dada pela Portaria MF nº 329, de 4/6/17, as razões de decidir da decisão de primeira, com as quais concordamos:

Trata-se de Auto de Infração relativo ao lançamento de contribuições destinadas a outras entidades e fundos (SESC, SENAC, INCRA, SEBRAE e FNDE – Salário-Educação), incidentes sobre a remuneração paga a segurados empregados.

O Relatório Fiscal do Auto de Infração consigna, no que se refere às competências 01/2005 a 06/2007, que a empresa não aderiu ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Federal). Já em relação às competências 01/2009 a 13/2009, a empresa estava excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), tendo em vista o Ato Declaratório Executivo DRF/SC nº. 139058 de 22/08/2008, que surtiu efeitos a partir da competência 01/2009.

Também informa o Relatório Fiscal que, em função de ter sido excluída do Simples Nacional pelo Ato Declaratório Executivo DRF/SC nº. 139058, a empresa apresentou impugnação ao referido ato, através do processo nº 16542.000758/2009-05 em 12/08/2009.

[...]

Da possibilidade da retroatividade benigna ao regime do SIMPLES

Afirma a impugnante que a sua atividade era vedada pela Lei 9.317/96 que instituiu o Simples. Entretanto, o artigo 2º da Lei Complementar 128, de 22/12/2008, que deu nova redação à Lei Complementar 123/06, contemplou a possibilidade de adesão, motivo pelo qual há possibilidade da lei retroagir em benefício do contribuinte, a teor do que determina o artigo 106, inciso II, alínea "b" do CTN, devendo ser aplicada a Lei Complementar 128/2008 desde janeiro de 2005.

Ocorre que o foro adequado para discussão acerca da possibilidade de adesão da empresa ao Simples Federal, bem como da sua exclusão do Simples Nacional, é o respectivo processo instaurado para esse fim. Descabe em sede de processo de lançamento fiscal de crédito a apreciação da matéria.

[...]

Da Inconstitucionalidade e Ilegalidade das Contribuições destinadas ao Salário-Educação, INCRA e SEBRAE

A legislação expressamente veda aos órgãos de julgamento administrativo afastar a aplicação de lei em virtude de alegações de inconstitucionalidade ou ilegalidade, como se pode observar pelo que dispõe o artigo 26-A do Decreto nº 70.235, de 1972, incluído pela Lei nº 11.941, de 2009, ressalvados, somente, os casos previstos no parágrafo 6º do mesmo artigo – nenhum dos quais restou configurado no presente processo.

Portanto, a declaração ou reconhecimento de inconstitucionalidade ou ilegalidade de lei - matéria alegada na impugnação em relação às contribuições destinadas ao FNDE (Salário-Educação), INCRA e SEBRAE - não é cabível em sede administrativa.

Todavia, importa sejam efetuadas as seguintes considerações.

A contribuição destinada ao FNDE - **Salário-Educação**, já foi **julgada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF)**, inclusive em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade, com decisão com efeito vinculante, eficácia “erga omnes” e aplicação “ex tunc”, tendo sido pacificado o entendimento de que sua cobrança é constitucional, por meio da Súmula n.º 732 do STF:

Súmula 732 – STF:

É CONSTITUCIONAL A COBRANÇA DA CONTRIBUIÇÃO DO SALÁRIO EDUCAÇÃO, SEJA SOB A CARTA DE 1969, SEJA SOB A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, E NO REGIME DA LEI 9424/1996.

(Aprovação em Sessão Plenária de 26/11/2003; Publicação DJ de 09/12/2003, 10/12/2003 e 11/12/2003)

A **contribuição para o INCRA** teve sua origem na Lei n.º 2.613, de 23 de setembro de 1955, que estabeleceu, inicialmente, três contribuições patronais em benefício do Serviço Social Rural - SSR. Essas exações foram cindidas pelo Decreto-Lei n.º 1.146, de 31 de dezembro de 1970, que as dividiu entre o INCRA, criado pelo Decreto-Lei n.º 1.110, de 09 de julho de 1970, e o Fundo de Assistência do Trabalhador Rural - FUNRURAL. Finalmente, a Lei Complementar n.º 11, de 25 de maio de 1971, em seu artigo 15, inciso II, manteve a contribuição de 0,2% para o INCRA, estabelecida no Decreto-Lei n.º 1.146/70, **para as empresas em geral**, sem prejuízo das demais contribuições devidas a terceiros.

Esta é a origem da contribuição para o INCRA, lançada no presente Auto de Infração, **devidamente recepcionada pela vigente Constituição Federal**, dentro do título dedicado à ordem econômica e financeira, que contempla um capítulo voltado à política agrícola e fundiária e à reforma agrária.

Essa exação caracteriza-se, no caso, como contribuição especial de intervenção no domínio econômico, classificada doutrinariamente como contribuição especial atípica. Tem, portanto, caráter de universalidade, não estando sua incidência condicionada a que a empresa exerça atividade rural. Não é um tributo corporativista a ser suportado por uma determinada classe, pois as contribuições especiais atípicas (de intervenção no domínio econômico) são constitucionalmente destinadas a finalidades não diretamente referidas ao sujeito passivo, o qual não é necessariamente beneficiado com a atuação estatal e nem a ela dá causa, traço característico que as distingue das contribuições de interesse de categorias profissionais e de categorias econômicas.

A impugnante, portanto, mesmo exercendo atividade urbana, sem qualquer ligação com a produção rural, está obrigada ao pagamento da contribuição para o INCRA, sem prejuízo das demais contribuições devidas a terceiros.

Das contribuições para o SESC, o SENAC e o SEBRAE

A impugnante alega, em síntese, que sendo prestadora de serviços tem natureza eminentemente civil, não está incluída entre as sociedades tipicamente comerciais e não pode ser sujeito passivo da relação tributária que tenha por objeto as contribuições em questão, sendo, por conseguinte, ilegal e indevida a sua cobrança.

Assim colocada a questão, deve ser considerado que, modernamente, o conceito de empresa comercial ampliou-se, englobando como tais todas as empresas que fazem comércio, seja de bens, seja de serviços. Os prestadores de serviço são estabelecimentos empresariais, exercendo atividade econômica organizada de circulação de bens e ou de serviços, com intuito de lucro.

Nesse sentido, o vigente Código Civil, instituído pela Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, criou a nova figura do empresário, atribuindo a esse conceito maior amplitude do que a vetusta noção de comerciante, limitada apenas àquele que praticava atos de comércio, para abranger atividades econômicas diversas, dentre as quais a prestação de serviços com fins lucrativos, exercida com habitualidade e profissionalismo. Veja-se, nessa linha, o que dispõe o artigo 966, “caput”, do atual Código Civil, “verbis”:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Veja-se, ainda, que o entendimento no sentido de que as empresas prestadoras de serviço são contribuintes do SESC, SENAC e SEBRAE encontra-se **pacificado pelos tribunais superiores**, como se observa do julgamento publicado no DJ de 24/04/2008, p. 1, onde o Ministro José Delgado proferiu a seguinte ementa no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 2007/0295967-4:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DESTINADA AO SESC, SENAC E SEBRAE. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO. PRECEDENTES.

1. [...]

2. Pacífico o posicionamento desta Corte no sentido de que as empresas prestadoras de serviços encontram-se obrigadas ao recolhimento da contribuição social destinada ao Sesc e Senac.

3. Por sua vez, quanto ao adicional do Sebrae: "- O art. 8º, § 3º, da Lei nº 8.209/90, com a redação da Lei nº 8.154/90, impõe que o Sebrae (Serviço Social Autônomo) será mantido por um adicional cobrado sobre as alíquotas das contribuições sociais relativas às entidades de que trata o art. 1º do Decreto-Lei nº 2.318, de 30 de dezembro de 1986, isto é, as que são recolhidas ao Sesc e Senac, sendo exigível, portanto, o adicional ao Sebrae. (REsp 691.056/PE, desta Relatoria, DJ de 18/04/2005).

4. Agravo regimental não-provido.

No mesmo sentido, os acórdãos a seguir transcritos:

EMENTA: TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO AO SESC E AO SENAC. PRESTADOR DE SERVIÇOS (AUDITORIA INDEPENDENTE). CONSTITUCIONALIDADE. DECRETO-LEI 9.853/1946. ART. 557 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO (CLT). PORTARIA DO TRABALHO 3.399/1986. ORDEM DE SERVIÇO SAF/INSS 168/1988. RESOLUÇÃO CNC 02/1991. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. 1. A atividade desempenhada por empresa prestadora de serviços com intuito lucrativo é compatível com o escopo de atuação do SESC e do SENAC, enquanto não for criada entidade sindical de grau superior com o objetivo de orientar, coordenar e defender todas as atividades econômicas relacionadas à prestação de serviços. Interpretação dos arts. 149 e 240 da Constituição. 2. A incompatibilidade entre regulamento e lei, se não depender de juízo sobre a constitucionalidade do texto legal, não pode ser objeto do recurso extraordinário (art. 102, III, a da Constituição – Súmula 636/STF). 3. A decisão agravada não excedeu os limites da causa ao aludir ao precedente sobre a Contribuição ao Sebrae como fundamentação (extra petita). A fundamentação não se confunde com o dispositivo. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (STF. RE-AgR 509624 RE-AgR - AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Julg. 01.03.2011)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PARA O SEBRAE. CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. SEST/SENAT. MICRO E PEQUENA EMPRESA.

Esta colenda Corte, no julgamento do RE 396.266, Rel. Min. Carlos Velloso, consignou o entendimento de que a contribuição para o SEBRAE configura contribuição de intervenção no domínio econômico. Logo, são insubsistentes as alegações da agravante no sentido de que empresa fora do âmbito de atuação do SEBRAE, por estar vinculada a outro serviço social (SEST/SENAT) ou mesmo por não estar enquadrada como pequena ou microempresa, não pode ser sujeito passivo da referida contribuição. Precedente: RE 396.266, Rel. Min. Carlos Velloso. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, 1ª T. RE-AgR 401.823/SC. Rel. Min. Carlos Britto. DJ 11.02.2005, p. 09)

A impugnante está, portanto, obrigada ao pagamento das contribuições destinadas ao SESC, ao SENAC e ao SEBRAE.

Da Suspensão da Representação Fiscal para Fins Penais - RFFP

No que diz respeito às discordâncias da impugnante quanto à lavratura da RFFP, deve ser esclarecido que não compete a esta instância de julgamento se pronunciar a respeito dessa questão, que constitui matéria estranha às atribuições das Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento - DRJs, como definidas no artigo 233 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB, aprovado pela Portaria MF n.º 203, de 14 de maio de 2012 (DOU de 17 de maio de 2012).

Observe-se, apenas, que a formalização de RFFP constitui obrigação legal do Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, bem como somente será encaminhado tal documento à autoridade competente, para a tomada das medidas cabíveis, após o trânsito administrativo do presente processo. É o que determina o artigo 1º e o artigo 4º, parágrafo 1º, da Portaria RFB nº 2.439/2010. Cita-se.

Art. 1º O Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil (AFRFB) **deverá formalizar representação fiscal para fins penais** perante o Delegado ou Inspetor-Chefe da Receita Federal do Brasil responsável pelo controle do processo administrativo fiscal sempre que, no exercício de suas atribuições, identificar atos ou fatos que, em tese, configurem crime contra a ordem tributária ou contra a Previdência Social. (sem grifos no original)

[...]

Art. 4º A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, definidos nos arts. 168-A e 337-A do Código Penal, será formalizada e protocolizada em até 10 (dez) dias contados da data da constituição do crédito tributário. (Redação dada pela Portaria RFB nº 3.182, de 29 de julho de 2011).

§ 1º **A representação fiscal deverá permanecer no âmbito da unidade de controle até a decisão final, na esfera administrativa**, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente ou na ocorrência das hipóteses previstas no art. 5º, respeitado o prazo legal para cobrança amigável, caso o processo seja formalizado em papel. (Incluído dada pela Portaria RFB nº 3.182, de 29 de julho de 2011) (sem grifos no original)

Da Produção de Provas

Quanto ao pedido para juntada de novos documentos, cabe esclarecer que a prova documental deve ser apresentada juntamente com a impugnação, salvo nas exceções do artigo 16, inciso III, parágrafos 4º e 5º do Decreto 70.235/72, que disciplina o processo administrativo fiscal, e desde que a empresa apresente petição fundamentada com a ocorrência das condições previstas no citado artigo, que são: a) a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; b) refira-se a fato ou a direito superveniente; e c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

Considerando que a impugnante não comprova a ocorrência de nenhuma das situações acima previstas, indefiro o pedido para juntada de razões complementares e de novos documentos.

(Destaque na decisão recorrida)

Quanto à Representação Fiscal para Fins Penais, em complemento às considerações da DRJ, acrescentamos que este Conselho não é competente para se pronunciar sobre tal representação, sendo nesse sentido a Súmula CARF nº 28.

Quanto à alegada “retroatividade benigna ao regime do Simples”, além das razões transcritas acima, acrescentamos que a 2ª Seção deste Conselho não tem competência para se pronunciar sobre a exclusão e inclusão tanto no Simples quanto no Simples Nacional, sendo, esta, matéria de competência da 1ª Seção.

Conclusão

Isso posto, voto por dar provimento parcial ao recurso voluntário para cancelar o lançamento fiscal referente ao período de 01/2009 a 13/2009.

(documento assinado digitalmente)

Denny Medeiros da Silveira