



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13964.000100/2009-36
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2301-009.844 – 2ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de setembro de 2022
Recorrente MB EXPORTADORA LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/08/2007 a 31/12/2007

MATÉRIA NÃO IMPUGNADA. PRECLUSÃO.

Matéria não discutida na peça impugnatória é atingida pela preclusão, não mais podendo ser debatida na fase recursal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos em não conhecer do recurso.

(documento assinado digitalmente)

Sheila Aires Cartaxo Gomes – Presidente e Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Flavia Lilian Selmer Dias, Fernanda Melo Leal, Joao Mauricio Vital, Mauricio Dalri Timm do Valle, Monica Renata Mello Ferreira Stoll, Wesley Rocha, Thiago Buschinelli Sorrentino (suplente convocado), Sheila Aires Cartaxo Gomes (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário (e-fls. 112/117) interposto pelo Contribuinte em epígrafe, contra a decisão da 7ª Turma da DRJ/BSB (e-fls. 102/109), que julgou improcedente a impugnação contra o Auto de Infração - Debcad nº 37.218.873-7 (e-fls. 2/11), conforme ementa a seguir:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/10/2005 a 31/12/2007

INCONSTITUCIONALIDADE. ARGUIÇÃO.

A instância administrativa não possui competência para se manifestar sobre a constitucionalidade das leis.

CONTRIBUIÇÃO PARA O SEBRAE

A contribuição destinada ao SEBRAE é devida por todos aqueles que recolhem as contribuições ao SESC, SENAC, Sesi e SENAI, independentemente de seu porte (micro, pequena, média ou grande empresa).

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Por bem descreverem os fatos e as alegações de impugnação, adoto o relatório do acórdão recorrido, o qual transcrevo a seguir:

Trata-se de crédito tributário constituído contra a empresa MB EXPORTADORA LTDA, por meio do AI nº 37.218.873-7, no valor de R\$ 25.536,63, consolidado em 16/02/2009. Os valores levantados no AI nº 37.218.873-7 são referentes às contribuições destinadas a outras entidades e fundos (TERCEIROS).

Os valores são devidos às seguintes entidades: FNDE/Salário-educação, INCRA, SENAI, Sesi e SEBRAE.

O período do lançamento corresponde às competências 10/2005 a 12/2007.

De acordo com o Relatório Fiscal, constatou-se que parte da folha de pagamento dos empregados e os pagamentos efetuados aos contribuintes individuais referente à competência 08/2007, bem como a folha total da competência 13/2007, não foram declarados em Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informação à Previdência Social - GFIP, não tendo sido recolhidas as respectivas contribuições devidas.

Intimada a empresa, por meio do Termo de Intimação Fiscal - TIF nº 1/2008, de 23/12/2008, para apresentação/regularização das GFIPs das competências 13/2007 e 08/2007, a empresa comprovou a entrega da GFIP relativa à competência 13/2007, cujo envio se deu em 23/12/2008 e a da GFIP da competência 08/2007, com data de envio em 13/02/2009.

Como a empresa efetuou a correção com a entrega das GFIPs, o Auditor aplicou a multa com redução de 50% (cinquenta por cento).

Segundo consta do Relatório Fiscal, foi efetuado um levantamento, a saber:

FP - FOLHA DE PAGAMENTO

Cientificada do Auto de Infração em 17/02/2009, a empresa apresentou impugnação em 18/03/2009, às fls. 51/61, na qual alega, em síntese, as seguintes razões:

A CONTRIBUIÇÃO PARA O SEBRAE E OS SEUS BENEFICIÁRIOS

Alega que o SEBRAE foi instituído pela Lei nº 8.029/90 com o objetivo exclusivo de atender a execução da política governamental de apoio às micro e às pequenas empresas. O objetivo da criação deste tributo foi atender à política de apoio às micro e pequenas empresas que, conforme as determinações contidas no Decreto nº 99.750, de 09.10.90, passou a ser uma atribuição da instituição denominada SEBRAE.

Assim, o SEBRAE somente beneficia às micro e pequenas empresas, não apoiando às empresas de grande porte, uma vez que essas empresas já possuem os meios para a satisfação de suas obrigações e necessidades.

A impugnante é empresa de grande porte, portanto não está sujeita ao pagamento da contribuição para o SEBRAE.

O FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL E A NATUREZA JURÍDICA DA CONTRIBUIÇÃO PARA O SEBRAE

A contribuição para o SEBRAE tem como fundamento o art. 149 da Constituição Federal de 1988. Este tributo tem nítida natureza de contribuição, tendo em vista sua arrecadação compulsória com o objetivo de garantir a atuação do SEBRAE.

A contribuição para o SEBRAE tem por objetivo financiar um órgão que somente beneficia determinada categoria econômica - micro e pequenas empresas - não há como negar que se trata de contribuição de interesse de categoria econômica prevista no art. 149 da CF.

De acordo com a redação do art. 149 da CF, essas contribuições só poderão ser cobradas da categoria econômica que tiver interesse no seu pagamento. Não poderia ser outro o efeito, uma vez que o SEBRAE tem natureza de tributo vinculado a uma atuação da entidade receptora dos recursos arrecadados em benefício das pessoas que contribuíram com o tributo.

Se não houver essa atuação, será flagrantemente inconstitucional sua exigência, pois, neste caso, terá natureza de imposto, este é caracterizado pela inexistência de atuação e de acordo com o art. 167, IV, da CF, não poderá ter a sua receita vinculada a uma destinação específica.

INCONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA DA CONTRIBUIÇÃO PARA O SEBRAE DAS EMPRESAS DE MÉDIO E GRANDE PORTE

A exigência da contribuição para o SEBRAE das empresas de médio e grande porte é inconstitucional, por afronta ao artigo 149 da Constituição Federal.

A contribuição, como tributo vinculado que é, só poderia ser cobrada daqueles que se beneficiam da contribuição, ou seja da categoria econômica a que se destina amparar: as micro e pequenas empresas.

O ART. 167, INCISO IV, DA CF/88 - NATUREZA DE IMPOSTO PARA AS MÉDIAS E GRANDES EMPRESAS

A impugnante alega que o SEBRAE para as empresas de médio e grande porte configura-se um imposto, uma vez que neste caso não existe contraprestação.

Para confirmar sua alegação, cita o tributarista Alfredo Augusto Becker, onde o mesmo afirma que um tributo será imposto quando:

[...] a regra jurídica tributária que tiver escolhido para base de cálculo do tributo um fato lícito qualquer (não consistente em serviço estatal ou coisa estatal), terá criado um imposto. (Teoria Geral do Direito Tributário. São Paulo, Saraiva, 1963, pág. 345).

Como a contribuição para o SEBRAE é um imposto para as médias e grandes empresas, no caso desses contribuintes, a sua cobrança afronta o art. 167, IV, da CF que veda a vinculação de receita de impostos.

COMPETÊNCIA RESIDUAL - ART. 154, INCISO I DA CF DE 1988

A contribuição para o SEBRAE, por ser um imposto para as empresas de médio e grande porte, somente poderia ter sido instituída por lei complementar. Isto porque representa o exercício da competência residual da União para a instituição de outros impostos não previstos no art. 153 da CF, como determina o artigo 154, inciso I, da Carta Magna.

O art. 149 da CF prevê a competência tributária da União para instituir as contribuições lá elencadas., ressaltando a observância do disposto no art. 146, III da Lei Maior.

Como a estrutura da contribuição para o SEBRAE não está prevista na CF, esta é inconstitucional, por não ter sido instituída por lei complementar.

A BITRIBUTAÇÃO

A cobrança da contribuição para o SEBRAE é também inconstitucional por acarretar a tributação do mesmo fato gerador por mais de um tributo, resultando a bitributação vedada pela Constituição Federal.

No caso da contribuição para o SEBRAE, a folha de salários das empresas, que é a sua base de cálculo, sofre também a incidência da contribuição previdenciária instituída com respaldo no artigo 195, I, da Constituição Federal.

DOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, através de sua 2ª Turma, já se manifestou sobre o tema no Agravo de Instrumento nº 1999.04.01.073280-5/SC, no qual foi concedido efeito suspensivo, nos seguintes termos: “CONTRIBUIÇÃO AO SEBRAE - ENTIDADE NÃO BENEFICIÁRIA - SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE.”

Em 18.11.1999 o agravo foi julgado procedente pela Turma, tendo o acórdão recebido a seguinte ementa: '

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÃO AO SEBRAE

Caso em que empresas não são beneficiárias das atividades desenvolvidas pelo Sebrae, assim como não são integrantes da categoria econômica interessada no recolhimento da exação. Tutela antecipada para suspender a exigibilidade da contribuição. (acórdão publicado no DJU de 02.02.2000, p. 25, decisão unânime).

DO PEDIDO '

Requer o recebimento da impugnação e o seu julgamento inteiramente procedente, anulando-se o presente auto de infração, por todos os motivos elencados.

Cientificado da decisão de primeira instância em 09/08/2010 (e-fl.111), o contribuinte interpôs em 26/08/2010 recurso voluntário (e-fls. 112/117), no qual alega em síntese:

ERRO NA FUNDAMENTAÇÃO

- que a multa aplicada não encontra amparo legal, uma vez que o art. 35 da Lei 8.212/91, já alterado em 1999 pela Lei 9.876, fora recentemente modificado pela Medida Provisória nº 449, em dezembro de 2008;

- que não é mais possível a aplicação da pena prevista nos incisos do art. 35 acima mencionado, uma vez que o mesmo não está mais em vigência;

- que com a alteração introduzida no art. 35 da Lei nº 8.212/91, a multa que deve ser aplicada é a do art. 61 da Lei 9.430/96, ou seja, a multa não pode ser superior a 20%, de acordo com o disposto no §2º do art. 61 da Lei 9.430/96;

- que o auto de infração deve ser anulado, tendo em vista o vício em sua fundamentação;

- alternativamente, requer a limitação da multa em 20%, nos termos do art. 35 da Lei nº 8.212/91, alterado pela MP 449/2008, que remete à aplicação da multa prevista no art. 61 da Lei nº 9.430/96.

TETO DE CONTRIBUIÇÃO

- que o salário de contribuição do mês de dezembro deve levar em conta a soma do salário (ou pró-labore) e o 13º salário, obedecido o teto legal;

- que a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que: "o Decreto nº 612/92, art. 35 §7º, da Lei nº 8.212/91 extrapolou em sua competência regulamentadora ao determinar que a contribuição incidente sobre a gratificação natalina deve ser calculada mediante aplicação, em separado, da tabela relativa às alíquotas e salários-de-contribuição veiculada pelo art. 22 da mesma Lei. Precedentes." (RESP n. 329.123/PR, Rel. Min. Castro Meira, D.1 de 28/10/2003).

- que deve ser excluído o valor da contribuição previdenciária referente aos valores que excederem ao teto do salário de contribuição para o mês de dezembro de 2007.

13º SALÁRIO - VERBA NÃO SALARIAL

- que o 13º salário não é uma verba salarial, no sentido de corresponder a uma contraprestação do empregador ao empregado em decorrência dos serviços prestados;

- que o 13º salário foi instituído com a finalidade de ser uma "gratificação" para o empregado, o qual recebe no final do ano, geralmente em dezembro, como prêmio ao ano que se dedicou à empresa;

- que a teor do disposto no art. 28, I, da Lei nº 8.212/91, deve se entender por salário de contribuição apenas a remuneração auferida pelo empregado destinada a retribuir o trabalho, em cujo conceito, como demonstrado, não se enquadra o 13º salário.

É o relatório.

Voto

Conselheira Sheila Aires Cartaxo Gomes, Relatora.

O recurso voluntário é tempestivo mas não deve ser conhecido.

O recurso voluntário de e-fls. 112/117 veicula apenas alegações que não foram questionadas na impugnação, quedando-se preclusas. A impugnação apresentada pelo recorrente estabeleceu os limites da lide instaurada e assim, também para o conhecimento da matéria pelo julgador de segunda instância.

Nos termos dos arts. 16 e 17, ambos do Decreto nº 70.235/72, que regula o processo administrativo fiscal, todos os motivos de fato e de direito em que se fundamenta a

defesa deverão ser mencionados na impugnação, considerando-se não impugnadas as matérias não expressamente contestadas.

Os novos argumentos que o recorrente traz apenas em seu recurso voluntário e em relação aos quais não teve oportunidade de conhecer e de se manifestar a autoridade julgadora de primeira instância não podem ser conhecidos nesta instância de julgamento em razão da preclusão.

Conclusão

Ante ao exposto, voto por não conhecer do recurso.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Sheila Aires Cartaxo Gomes