



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

Processo nº 15504.018347/2008-71
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2803-002.480 – 3ª Turma Especial
Sessão de 20 de junho de 2013
Matéria CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente EDUCAÇÃO INFANTIL E ENSINO FUNDAMENTAL MANGABEIRAS S/C LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/09/2003 a 30/12/2006

CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS A CARGO DA EMPRESA. AQUISIÇÃO DE ESTABELECIMENTO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ANÁLISE DO CARÁTER CONFISCATÓRIO DE MULTA APLICADA. IMPOSSIBILIDADE. PROIBIÇÃO EXPRESSA AO CARF.

A empresa deverá recolher a contribuição do segurado bem como a contribuição a seu cargo incidente sobre a remuneração paga aos trabalhadores a seu serviço no prazo legal.

A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

O reconhecimento da existência de confisco é o mesmo que reconhecer a inconstitucionalidade da sua incidência, o que é vedado a este Conselho.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Processo nº 15504.018347/2008-71
Acórdão n.º **2803-002.480**

S2-TE03
Fl. 186

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, para que a multa de ofício seja aplicada nos moldes do artigo 35 da Lei 8.212/91 na redação anterior a MP 449/2008, devendo a progressão da multa ser limitada ao que determina o artigo 35-A da Lei 8.212/91, na redação dada pela MP 449/2008 convertida na Lei 11.941/2009, tudo a depender da época do pagamento, parcelamento ou execução. Vencido o Conselheiro Helton Carlos Praia de Lima.

(Assinado digitalmente)

Helton Carlos Praia de Lima - Presidente.

(Assinado digitalmente)

Natanael Vieira dos Santos - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Helton Carlos Praia de Lima (Presidente), Amílcar Barca Teixeira Junior, Oséas Coimbra Júnior, Natanael Vieira dos Santos, Gustavo Vettorato e Eduardo de Oliveira.

Relatório

1. Trata-se de recurso voluntário interposto pela EDUCAÇÃO INFANTIL E ENSIN. FUNDAMENTAL MANGABEIRAS S/C LTDA. em face da decisão que julgou improcedente a impugnação apresentada.

2. Conforme consta do Relatório Fiscal (fls. 21/33), o crédito lançado pela fiscalização refere-se à contribuição destinada à seguridade social a cargo dos segurados empregados incidentes sobre o valor a eles pagos a título de alimentação.

3. A fiscalização fez os seguintes levantamentos (fls. 21/22):

“(…).

“2.1 Levantamento (ASPJ (ALIMENTAÇÃO SEM INSCRIÇÃO NO PAT) - Período de 01/ 2004 a 12 / 2004; 02/2005 e 03/2005

(…).

2.2 – Levantamento PAGAMENTO DE VERBA ALIMENTAÇÃO EM FOLHA DE PAGAMENTO) - Período de 09/2003, 01/2004, 07/2006 a 10/2006 e 12/2006

(…).”

4. O acórdão (fls. 138/139) exarado em primeira instância restou ementado nos termos que passo a transcrever abaixo:

“AUTO DE INFRAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO DOS SEGURADOS.

A empresa deverá recolher a contribuição do segurado bem como a contribuição a seu cargo incidente sobre a remuneração paga aos trabalhadores a seu serviço no prazo legal.

AQUISIÇÃO DE ESTABELECIMENTO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato.

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - MPF.

Tendo a autoridade fiscal observado o cumprimento dos requisitos legais indispensáveis à validade do lançamento do crédito tributário, eventuais questionamentos acerca da emissão ou execução do MPF, por constituir essencialmente um instrumento de controle administrativo, não importam em nulidade do procedimento fiscal.

IMPUGNAÇÃO

Considera-se não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.

MULTA. RETRO ATIVIDADE BENIGNA. MOMENTO DO CÁLCULO.

A lei aplica-se a fato pretérito quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

A comparação para determinação da multa mais benéfica deverá ser feita por ocasião do pagamento ou do parcelamento do débito.

Caso não haja pagamento ou parcelamento do débito, a análise do valor das multas será realizada no momento do ajuizamento da execução fiscal pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido.”

5. Buscando reverter o lançamento, a contribuinte apresentou recurso voluntário aduzindo em síntese:

- a) existência de decadência de setembro e outubro de 2003, tendo em vista que o prazo decadencial para que a administração pública possa constituir o crédito tributário é de 5 anos;
- b) afirma que as dívidas contraídas pelo grupo PROMOVE não poderão ser de responsabilidade da SOEBRAS, pois inexistente previsão legal de que o uso da marca deva acarretar responsabilidades tributárias;
- c) exclusão dos representantes legais da relação de coobrigados, já que a mera inadimplência não implica redirecionar a cobrança para as pessoas físicas dos sócios;
- d) a penalidade deve ser atrelada à capacidade econômica e deve respeitar o princípio da vedação ao confisco;
- e) alega que goza de imunidade tributária, direito subjetivo que decorre da norma constitucional, não se podendo admitir como requisito para o gozo desse direito a não remuneração de seus dirigentes, diretores ou equivalentes ou, ainda, de exigência de certificados, como faz a Lei 12.101/09.

6. Sem apresentação de contrarrazões, os autos foram enviados para a apreciação e julgamento por este Conselho.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Natanael Vieira dos Santos, Relator.

DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

1. Conheço do recurso voluntário, uma vez que foi tempestivamente apresentado, preenche os requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº. 70.235, de 6 de março de 1972 e passo a analisá-lo.

DA INEXISTÊNCIA DE DECADÊNCIA

2. Necessária se faz a análise da decadência, conforme requerido pelo contribuinte, entretanto, ao analisar a existência ou não de recolhimento, não restou demonstrada a existência de pagamento parcial do tributo devido.

3. Desse modo, aplicando-se a regra do art. 173, I, do CTN, foi dada ciência ao sujeito passivo em 05/11/2008 (fl. 54), o período de autuação foi de 01/09/2003 a 30/12/2006, portanto, não houve decadência.

DA RESPONSABILIDADE DA SOEBRAS

4. Em suas alegações, a recorrente dispõe que as dívidas contraídas pelo grupo PROMOVE não poderão ser de responsabilidade da SOEBRAS, pois inexiste previsão legal de que o uso da marca deva acarretar responsabilidades tributárias.

5. Razão não assiste ao contribuinte, pois, conforme expressamente dispõe o art. 133, II, do Código Tributário Nacional, “a pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato: I - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão”.

6. Tal norma é uma ferramenta que possibilita a cobrança dos tributos inadimplidos quando da ocorrência de operações societárias para a alteração da propriedade dos estabelecimentos empresariais.

7. O que ocorreu, de fato, não foi a aquisição de meros elementos do estabelecimento (aquisição de uso de marca), mas sim, como consta do relatório fiscal (fl. 29), a SOEBRAS adquiriu das empresas mencionadas no item 4 do relatório todo o complexo de bens organizado para exercício da atividade, compostos da titularidade do estabelecimento empresarial, portanto todos os direitos, incluindo ativo e passivo (inclusive para os termos do art. 133 do Código Tributário Nacional e Art. 11 e 448 das Consolidações das Leis do Trabalho), bem como a propriedade de todos os seus elementos corpóreos e incorpóreos, imóveis, móveis e semoventes e afins.

8. Assim, observa-se a existência de sucessão de todos os tributos relativos à atividade, até a data do ato, de modo que as contribuições sociais previdenciárias estão abarcadas por essa norma.

9. Portanto, mantenho a responsabilidade subsidiária da SOEBRAS.

10. No que tange aos argumentos relativos à exclusão dos representantes legais da relação de coobrigados, sob o fundamento de que a mera inadimplência não implica redirecionar a cobrança para as pessoas físicas dos sócios, cabe salientar que a relação de coobrigados não determina o redirecionamento da cobrança, apenas serve de parâmetro para a fiscalização, pois, como dispõe o art. 135 do CTN, a responsabilidade pessoal ocorre quando os créditos correspondentes a obrigações tributárias forem resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos.

11. Assim, não prospera tal alegação.

ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE IMUNIDADE TRIBUTÁRIA

12. A recorrente alega que goza de imunidade tributária, direito subjetivo que decorre da norma constitucional, não se podendo admitir como requisito para o gozo desse direito a não remuneração de seus dirigentes, diretores ou equivalentes ou, ainda, de exigência de certificados, como faz a Lei 12.101/09.

13. Independentemente da existência ou não da imunidade tributária da SOEBRAS, que, de fato, não restou demonstrada nos autos, diante da inexistência de comprovação de atendimento aos requisitos legais, verifica-se que, como bem apregoadado na decisão de primeira instância, a imunidade não se estenderia à Educação Infantil e Ensino Fundamental Mangabeiras, pois não há previsão legal nesse sentido.

DA INEXISTÊNCIA DE CARÁTER CONFISCATÓRIO DA MULTA

14. Alega a recorrente que os valores lançados no auto de infração são demasiadamente exagerados, caracterizando-se a penalidade como confiscatória, desrespeitando, assim, a capacidade econômica do contribuinte. Porém, esta alegação não deve prosperar, pois o caráter confiscatório da multa somente resta configurado quando o valor agredir violentamente o patrimônio do contribuinte, o que não ocorre na hipótese analisada.

15. Ademais, a irresignação não pode ser analisada por este Conselho, em respeito à competência privativa do Poder Judiciário, já que o afastamento da aplicação da Legislação referente, indubitavelmente, ensejaria o reconhecimento de inconstitucionalidade de lei em vigor, conforme previsto nos artigos 97 e 102, I, “a” e III, “b” da Constituição Federal, o que é vedado a este Conselho.

16. Sobre a questão, o CARF consolidou referido entendimento por meio do enunciado da Súmula n. 02, a seguir:

“Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”

17. Permitir que órgãos colegiados administrativos reconhecessem a constitucionalidade de normas jurídicas seria infringir o disposto na própria Constituição Federal que atribui ao poder judiciário tal competência, padecendo, portanto, a decisão que

assim o fizer de vício de constitucionalidade, já que invadiu competência exclusiva de outro Poder.

18. O professor Hugo de Brito Machado in “Mandado de Segurança em Matéria Tributária”, Ed. Revista dos Tribunais, páginas 302/303, assim concluiu:

“A conclusão mais consentânea com o sistema jurídico brasileiro vigente, portanto, há de ser no sentido de que a autoridade administrativa não pode deixar de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional, ou mais exatamente, a de que a autoridade administrativa não tem competência para decidir se uma lei é, ou não é inconstitucional.”

19. Portanto, não há que se falar em caráter confiscatório da multa prevista no art. 284, inciso II, do Regulamento da Previdência Social, posto que a atividade tributária é plenamente vinculada ao cumprimento das disposições legais, sendo-lhe vedada a discricionariedade de aplicação da norma quando presentes os requisitos materiais e formais para sua aplicação.

DA MULTA APLICADA

20. No caso destes autos o período fiscalizado é 09/2003 a 12/2006 que foi lançado em 28/10/2008, fls. 50/51, ou seja, a multa aplicada variaria de 24% a 100%, a depender da fase do processo administrativo.

21. No caso destes autos a multa aplicada é 75%, como isso pode ser mais benéfico ao contribuinte? Este patamar de 75% só será mais benéfico quando a multa do artigo 35, da Lei 8.212/91 na redação das Lei 9.876/99, chegasse a 80%, na fase de execução fiscal, ainda, que não citado o devedor, desde que não houvesse parcelamento.

22. Feitos estes esclarecimentos necessários entendo que deve ser aplicado ao lançamento a multa prevista no artigo 35, da Lei 8.212/91, na redação da Lei 9.876/99, devendo esta ser limitada a 75% em respeito ao artigo 35 – A, da Lei 8.212/91, na redação da Lei 11.941/2009, tudo a depender da época do pagamento, parcelamento ou execução.

23. Cumpre ressaltar que, a Lei n.º 11.941/2009 trouxe alterações ao art. 35 da Lei 8.212/91, assim, em respeito ao art. 106 do CTN, inciso II, alínea “c”, deve o Fisco perscrutar, na aplicação da multa, a existência de penalidade menos gravosa ao contribuinte.

24. Note-se, no caso, não se pode aplicar a multa do artigo 61, § 2º, “a”, pois, o presente auto cuida de lançamento de ofício, isto é, aquele realizado pelo fisco.

CONCLUSÃO

25. Pelo exposto, voto pelo conhecimento do recurso, para no mérito dar-lhe provimento parcial para que a multa de ofício seja aplicada nos moldes do artigo 35 da Lei 8.212/91 na redação anterior a MP 449/2008, devendo a progressão da multa ser limitada ao que determina o artigo 35-A da Lei 8.212/91, na redação dada pela MP 449/2008 convertida na Lei 11.941/2009, tudo a depender da época do pagamento, parcelamento ou execução.

É como voto.

(Assinado digitalmente)

Natanael Vieira dos Santos