



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

Processo nº 10950.004285/2010-52
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1802-002.111 – 2ª Turma Especial
Sessão de 09 de abril de 2014
Matéria SUSPENSÃO DE IMUNIDADE
Recorrente FUNDAÇÃO HOSPITALAR DE SAÚDE
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. SUSPENSÃO.

O descumprimento de qualquer dos requisitos legais para a fruição da imunidade tributária suspende o benefício da entidade.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em NEGAR provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

(assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa - Presidente.

(assinado digitalmente)

Gustavo Junqueira Carneiro Leão - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa, Gustavo Junqueira Carneiro Leão, Luis Roberto Bueloni Ferreira, Marciel Eder Costa, José de Oliveira Ferraz Correa, Nelso Kichel.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário contra decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba (PR), que por unanimidade de votos julgou improcedente a impugnação apresentada pela ora Recorrente e, em consequência confirmou o Ato Declaratório Executivo DRF Maringá nº 98, de 05 de novembro de 2010.

Por economia processual e para a maior celeridade do processo, adoto o relatório apresentado pela DRJ as e-fls 347 e segs.

“O sujeito passivo de que trata o presente processo foi objeto do Ato Declaratório Executivo DRF Maringá nº 98, de 05 de novembro de 2010, que suspendeu a imunidade tributária de que trata o artigo 150, inciso VI, alínea “c” Constituição Federal, por infração ao disposto no artigo 14 do Código Tributário Nacional e artigo 150, inciso VI, alínea “c” da Constituição Federal, em face de: a) nos anos calendário de 2005 e 2006, pelos pagamentos referentes ao contrato de concessão com a empresa Pletsch & Nabhan Ltda, restou caracterizada a distribuição de renda da entidade e remuneração indevida de dirigente, configurando ofensa às referidas normas veiculadas no artigo 14 do Código Tributário Nacional e no art. 12, § 2º da Lei nº 9.532, de 1997 e; b) nos anos calendário de 2007 e 2008, ainda sob a figura jurídica de pagamento de aluguel, restou caracterizada a distribuição de renda e a não aplicação de recursos da entidade na manutenção de seus objetivos institucionais, configurando ofensa às normas veiculadas no artigo 14 do Código Tributário Nacional e no artigo 12, § 2º da Lei nº 9.532, de 1997.

2. A interessada, por intermédio do procurador nomeado (fl.206) às fls. 186-196 contesta o feito, alegando em preliminar que o mesmo deve ser modificado pelas razões que desfiará na sequência. Inicia o feito fazendo uma transcrição das razões da suspensão da imunidade e sustenta que as mesmas não podem prosperar pois são fruto de presunção e não podem colocar em queda a existência de uma fundação da qual dependem 130.000 pessoas que compõem a 13ª Regional de Saúde de Cianorte. Defende que na ocasião em que foi firmado o contrato de concessão (1992), o senhor Jorge Abou Nabhan não era presidente da fundação, sendo que quem exercia esse cargo era o senhor Arley Hernandes de Biazzi; que não prospera a alegação de que os 17% auferidos por conta do contrato de concessão serviam para remunerar o senhor Jorge ou seu cônjuge Ana Maria Pletsch Nabhan, a qual só veio a se tornar sócia da empresa Pletsch & Nabhan em 1994, depois da assinatura do contrato de concessão; que ela nunca atuou como membro do conselho diretor da ora impugnante; que, em 1992, não se poderia presumir que o senhor Jorge iria se eleger

Presidente do Conselho Diretor da Fundação, o que veio a ocorrer só em 2001.

3. Ainda com relação aos discutidos 17% do contrato de concessão, sustenta que eles não incidem sobre todo o faturamento da Fundação, já que os recursos de ordem pública não eram computados para efeito deste repasse, portanto, não se pode afirmar que este percentual representava mais que o dobro daquela presunção contida no artigo 15 da Lei n. 9.249/99 de que a atividade hospitalar o gera a empresa uma receita líquida de 8% de sua receita bruta; que deve haver a distinção entre as personalidades das pessoas do senhor Jorge Abou Nabhan e sua esposa Ana Maria Pletsch Nabhan com a personalidade jurídica da Jorge Abou Nabhan e Cia. Ltda. - depois Pletsch & Nabhan Ltda.; o fato de a Jorge Abou Nabhan e Cia. Ltda. - depois Pletsch & Nabhan Ltda. receber aqueles 17% do contrato de concessão, e posteriormente o valor de R\$ 41.000,00 mensais a título de aluguel, não significa que Jorge Abou Nabhan, ou sua esposa, tenham sido remunerados pela Fundação, nem mesmo indiretamente.

4. Prossegue afirmando que a fiscalização não pode, por presunções gerais, afirmar que o senhor Jorge Abou Nabhan era remunerado pela impugnante, já que tal fato nunca ocorreu; que os valores a ele repassados decorrem dos serviços prestados na qualidade de médico contratado e não de Presidente ou Diretor seu; que discorda da afirmativa de que a Fundação nunca existiu de fato, mas tão apenas formalmente, quando os serviços prestados beneficiam, como já dito, praticamente 130.000 habitantes dos 11 Municípios que integram a Regional de Saúde de Cianorte e, o fato de a entidade utilizar-se de imóvel ou bens móveis que lhe cedidos e/ou locados não a descaracteriza como uma fundação, até porque qualquer discussão que se pretende fazer para a desconstituir exige procedimento "JUDICIAL" próprio, uma vez que não cabe ao órgão da Receita Federal do Brasil fazê-lo; e mais, a discussão judicial daqueles contratos de concessão e locação, que na primeira manifestação da impugnante nestes autos foi informada (autos 826/2008, que tramitou no Juízo Cível da Comarca de Cianorte) já resta encerrada, uma vez que as partes entabularam acordo judicial que já foi homologado, não tendo ficado reconhecida qualquer invalidade nos mesmos.

5. Defende que a autoridade fiscal está equivocada ao alegar que o valor de R\$ 827.493,52 que foi creditado em favor da Pletsch & Nabhan Ltda. no ano de 2008 foi muito superior aos R\$ 492.000,00 equivalentes a 12 meses de aluguel no valor de R\$ 41.000,00 cada e, também se equivoca ao usar este fato em prejuízo da Fundação, uma vez que a mencionada pessoa jurídica e locatária também possui outros rendimentos além do recebimento destes alugueres, uma vez que presta serviços médicos para a Fundação Hospitalar de Saúde e outras entidades de saúde, possivelmente. Assim, indubitavelmente o aludido valor é justificado por outros recebimentos derivados dos serviços médicos que a Pletsch & Nabhan Ltda. presta, e

não apenas pelo valor referente aos alugueres que recebeu da impugnante.

6. Protesta no sentido de que não se pode associar o pagamento do aluguel, decorrente de uma relação comercial entre as partes envolvidas, com a percepção indireta de remuneração por parte do então Presidente da Fundação Impugnante, senhor Jorge Abou Nabhan. A propósito, já foi informado que o fato de a pessoa jurídica de que o mesmo é sócio (Pletsch & Nabhan Ltda.) ter recebido no ano de 2008 o valor de R\$ 827.493,52, tal não pode fazer presumir que a referida cifra representa valores auferidos a título daquele contrato de locação, uma vez que a aludida pessoa possui outras formas de rendimentos - prestação de serviços médicos, sem o caráter de exclusividade e, o recebimento dos alugueres pela Pletsch & Nabhan Ltda., e sua consequente distribuição entre os seus sócios, não pode ser confundida com remuneração feita ao senhor Jorge Abou Nabhan em razão da função que o mesmo desempenhou perante a Fundação.

7. Também não há que se falar em remuneração indireta, como pretendeu demonstrar o senhor Delegado Adjunto no ato impugnado, uma vez que, não restou demonstrado ter havido o custeio de gastos pessoais do senhor Jorge Abou Nabhan pela entidade Impugnante. Ao final requer seja acatada a impugnação ao despacho de suspensão da imunidade tributária, modificando-o, para o fim de manter o benefício, sob pena de ser lesada toda a população dos municípios que integram a 13ª Regional de Saúde de Cianorte.

8. Juntou cópia da manifestação contra os autos de notificação fiscal protocolado em 28/04/2010.

9. Em 23/12/2010, compareceu novamente aos autos, para apresentar aquilo que intitulou como razões suplementares da impugnação à decisão administrativa, fls. 03-26, onde mais uma vez descreve os fatos que justificaram a emissão do Ato de Suspensão de Imunidade e passa a resumir cada um deles de forma específica.

10. Na sequência, faz um resumo da análise efetuada pela delegacia de jurisdição da contribuinte e salienta que caso a Autoridade Fazendária se detivesse a observar que NÃO HOUVE QUALQUER MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA ENTRE A INSTITUIÇÃO E A CONCESSIONARIA NO PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE 22/09/1992 A 31/12/1992, embora tenha firmado compromissos, OBSERVARIA que EM NÃO HAVENDO QUALQUER ATO DE CUNHO COMERCIAL/ECONÔMICO PRATICADO ENTRE AS PARTES, suas conclusões seriam divergentes às apontadas nesse procedimento fiscal.

11. Prossegue afirmando que, assim como o fiscal, a Autoridade Fazendária (entenda-se Delegado Adjunto) insiste no equívoco de deduzir, esponte própria, que a partir da assunção do Sr. Jorge Abou Nabhan à Presidência da Fundação e, em sendo

sócio da empresa concessionária da gestão da instituição, o pagamento fixado pelo uso do estabelecimento, equipamentos e instalações se traduziria em remuneração indireta de dirigente. O fato de que a remuneração paga pela Fundação por serviços prestados – NÃO NA CONDIÇÃO DE DIRIGENTE – percebida pela prestadora Jorge Abou Nabhan & Cia Ltda e depois Pletsch & Nabhan Ltda NÃO CONFIGURA remuneração indireta, que tem outra conotação, tal como pagamento de abono, gratificação, despesas pessoais, etc...

12. E mais, alega que ao reprovar o planejamento ventilado pelos Prefeitos da região, que em seguida (15.12.1992) instituiriam a FHISA — Fundação Hospitalar Intermunicipal de Saúde, entendendo ser uma "artimanha" encadeada pelo Sr. Jorge Abou Nabhan para livrar-se da carga tributária que recaia sobre a movimentação do Hospital Cianorte, a Autoridade Fazendária projeta sua compreensão de forma equivocada, vez que a instituição cumpre todos os requisitos estabelecidos em lei para gozar da imunidade tributária, nos termos da legislação vigente. Em seguida, transcreve os dispositivos legais que regem tais entidades.

13. Discorda do posicionamento da autoridade ao induzir que a empresa locadora do imóvel onde está instalado o Hospital mantido pela Fundação sendo de propriedade da empresa Pletsch e Nabhan Ltda. que tem como sócio Jorge Abou Nabhan, e a instituição presidida pela mesma pessoa, estar-se-ia remunerando indiretamente o dirigente da instituição filantrópica. De fácil conclusão que a ilação é equivocada, vez que quem está locando o imóvel é a Instituição (personalidade jurídica) e não o seu dirigente (pessoa física) e o locador, da mesma forma é personalidade jurídica e não física, hipótese que não traria qualquer prejuízo à compreensão dos fatos, vez que a remuneração se dá pela ocupação de um imóvel em regime de locação e, o pagamento dos alugueres não configura percepção de remuneração indireta por dirigente de instituição, o benéfico.

14. Sustenta que a Fundação Hospitalar Intermunicipal de Saúde FHISA, foi dotada de bens livres firmados por leis próprias promanadas pelos municípios instituidores, os quais dispuseram de dotações orçamentárias especiais para constituir o patrimônio inicial da Fundação. Desta forma, ao contrário do que prega a Autoridade Fazendária, houve sim a constituição de bem patrimonial pelos instituidores, vez que aportaram recursos orçamentários de seus municípios para o financiamento da Fundação, como prevê o art. 62 do CC. Assim, os instituidores da Fundação atenderam ao requisito de constituição do patrimônio.

15. Conclui que, em que pese a longa e exaustiva análise promovida pelo fiscal exator e anuída pela Autoridade Fazendária, a decisão não se mostra suficientemente fortalecida em seus fundamentos para se sustentar, hipótese que desde já a impugnante alça ao Colegiado Fazendário para análise dos

fatos, fundamentos e provas que instruem o processo e, isento de qualquer tendência, decretar a integral reforma da vergastada decisão.

16. Descreve o processo que cumulou com o nascedouro da Fundação, sendo que, desde o início das atividades, o Consórcio Intermunicipal instituidor da Fundação elegeu por unanimidade Jorge Abou Nabhan na qualidade de Coordenador da Fundação, encargo este que perdurou até 1999, quando foi eleito Presidente do Conselho Diretor e a Coordenação atribuída a Antonio Leonel dos Santos. Pelos cargos que exerceram na instituição nenhum dirigente recebeu qualquer remuneração direta ou indiretamente. o fato de determinado sócio de empresa prestadora de serviço à Fundação acumular o cargo de diretor da entidade filantrópica não significa distribuição de dividendos, nem remuneração indireta.

17. Transcreve jurisprudência sobre o assunto para sustentar que se, no caso do acórdão transcrito a remuneração direta, mediante vínculo laboral (registro CLT) de dirigente não reflete remuneração pelo exercício do cargo na instituição a dirigente, muito menos terá repercussão no fato em que empresa que tenha no quadro societário membro de diretoria da instituição imune a tributos e que preste a esta, serviços remunerados ou mantenha contrato de locação.

18. Comenta acerca do recolhimento de FGTS, nos meses de fevereiro e março de 2005, efetuados em nome de Jorge Abou Nabhan, taxando-se de fruto de procedimento equivocado do setor de contabilidade da instituição.

19. Ao final requer o recebimento suplementar ao recurso já protocolado, para IMPUGNAR a decisão proferida pela Autoridade Fazendária e determinar o arquivamento do processo fiscal nº10950.004285/2010-52, vez que os conceitos declinados são adversos às previsões normativo-legais em vigência.”

A DRJ em Curitiba (PR) julgou improcedente a impugnação, consubstanciando sua decisão na seguinte ementa:

“Assunto: Normas de Administração Tributária

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008

Ementa: IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. SUSPENSÃO.

O descumprimento de qualquer um dos requisitos estabelecidos em lei para a fruição da imunidade tributária outorgada pela Constituição configura motivação suficiente para suspensão do benefício da entidade.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008

Ementa: INTERPRETAÇÃO LITERAL.

Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre outorga de isenção. Em caso de dúvida quanto ao preenchimento dos requisitos necessários ao gozo da isenção, essa se resolve consoante o disposto no inciso II do artigo 111 do CTN.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio”

Dessa decisão da qual tomou ciência em 13/10/2011, a Recorrente apresentou Recurso Voluntário em 10/11/2011, onde reitera os pontos aduzidos em sua manifestação de inconformidade com maior detalhamento, junta novos documentos e ao fim pugna pelo provimento do seu Recurso Voluntário.

Este é o Relatório.

Voto

Conselheiro Gustavo Junqueira Carneiro Leão, Relator.

O Recurso é tempestivo, portanto dele tomo conhecimento.

Trata-se de processo de suspensão da imunidade tributária em razão da realização de pagamentos efetuados, a título de concessão onerosa e posteriormente locação, pela ora Recorrente das instalações de um Hospital pertencente a sociedade comercial Jorge Abou Nabhan, sucedida por Pletsch e Nabhan, figurando ele como sócio o Presidente da Fundação.

A Recorrente contesta a suspensão de imunidade tributária decorrente da emissão do Ato Declaratório Executivo nº 98, de 05 de novembro de 2010, focando sua defesa nos serviços prestados e a população a que serve.

De início vale destacar que não está em discussão a importância dos serviços médicos da Recorrente, mas o direito que a mesma tem de gozar do benefício constitucional da imunidade tributária, uma vez que esteja ou não atendendo os requisitos para tal fruição.

Primeiramente destacamos que a Recorrente é uma fundação.

Assim prescreve a Constituição Federal (CF/88), art. 150, VI, 'c' a respeito da imunidade tributária desses entes:

“Art. 150 – Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

VI – instituir imposto sobre:

(...)

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

Trata-se portanto de uma imunidade tributária condicionada ao regramento por lei infraconstitucional.

Por sua vez o Código Tributário Nacional (CTN), que foi recepcionado pela CF/88 como lei complementar, assim disciplina em seu art. 9º, c/c art. 14:

“Art. 9º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

IV – cobrar impostos sobre:

(...)

c) o patrimônio, a renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, observados os requisitos fixados na Seção II deste Capítulo;

§1º. O disposto no inciso IV não exclui a atribuição, por Lei, às entidades nele referidas, da condição de responsáveis pelos tributos que lhes caiba reter na fonte, e não as dispensa da prática de atos, previstos em Lei, assecuratórios do cumprimento de obrigações tributárias por terceiros.

(...)

Art. 14. O disposto na alínea “c” do inciso IV do artigo 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:

I - não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a título de lucro ou participação no seu resultado;

II – aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;

III – manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

§ 1º Na falta de cumprimento do disposto neste artigo, ou no § 1º do artigo 9º, a autoridade competente pode suspender a aplicação do benefício.

§ 2º Os serviços a que se refere à alínea “c” do inciso IV do artigo 9º são, exclusivamente, os diretamente relacionados com os objetivos institucionais das entidades de que trata este artigo, previstos nos respectivos estatutos ou atos constitutivos”.

Mais adiante foi sancionada a Lei nº 9.532/97, assim dispondo:

Art. 12. Para efeito do disposto no art. 150, inciso VI, alínea “c”, da Constituição, considera-se imune à instituição de educação ou de assistência social que preste os serviços para os quais houver sido instituída e os coloque à disposição da população em geral, em caráter complementar às atividades do Estado, sem fins lucrativos.

§ 1º Não estão abrangidos pela imunidade os rendimentos e ganhos de capital auferidos em aplicações financeiras de renda fixa ou de renda variável.

§ 2º Para o gozo da imunidade, as instituições a que se refere este artigo, estão obrigadas a atender aos seguintes requisitos:

a) não remunerar, por qualquer forma, seus dirigentes pelos serviços prestados;

b) aplicar integralmente seus recursos na manutenção e desenvolvimento dos seus objetivos sociais;

c) manter escrituração completa de suas receitas e despesas em livros revestidos das formalidades que assegurem a respectiva exatidão; conservar em boa ordem, pelo prazo de cinco anos, contado da data da emissão, os documentos que comprovem a origem de suas receitas e a efetivação de suas despesas, bem assim a realização de quaisquer outros atos ou operações que venham a modificar sua situação patrimonial;

e) apresentar, anualmente, Declaração de Rendimentos, em conformidade com o disposto em ato da Secretaria da Receita Federal;

f) recolher os tributos retidos sobre os rendimentos por elas pagos ou creditados e a contribuição para a seguridade social relativa aos empregados, bem assim cumprir as obrigações acessórias daí decorrentes;

g) assegurar a destinação de seu patrimônio à outra instituição que atenda às condições para gozo da imunidade, no caso de incorporação, fusão, cisão ou de encerramento de suas atividades, ou a órgão público;

h) outros requisitos, estabelecidos em lei específica, relacionados com o funcionamento das entidades a que se refere este artigo.

§ 3º Considera-se entidade sem fins lucrativos a que não apresente superávit em suas contas ou, caso o apresente em determinado exercício, destine referido resultado, integralmente, à manutenção e ao desenvolvimento dos seus objetivos sociais.

Art. 13. Sem prejuízo das demais penalidades previstas na lei, a Secretaria da Receita Federal suspenderá o gozo da imunidade a que se refere o artigo anterior, relativamente aos anos-calendário em que a pessoa jurídica houver praticado ou, por qualquer forma, houver contribuído para a prática de ato que constitua infração a dispositivo da legislação tributária, especialmente no caso de informar ou declarar falsamente, omitir ou simular o recebimento de doações em bens ou em dinheiro, ou de qualquer forma cooperar para que terceiro sonegue tributos ou pratique ilícitos fiscais.

Parágrafo único. Considera-se, também, infração a dispositivo da legislação tributária o pagamento, pela instituição imune, em favor de seus associados ou dirigentes, ou, ainda, em favor de sócios, acionistas ou dirigentes de pessoa jurídica a ela associada por qualquer forma, de despesas consideradas indedutíveis na determinação da base de cálculo do imposto sobre a renda ou da contribuição social sobre o lucro líquido.

Por fim, o Decreto nº 3.000/99 (RIR/99) que veio a regulamentar o imposto de renda, em seu artigo 170 traz a seguinte prescrição

“Art. 170. Não estão sujeitas ao imposto as instituições de educação e as de assistência social, sem fins lucrativos (CF, art. 150, inciso VI, alínea “c”).

§ 1º Para os efeitos deste artigo, considera-se imune à instituição de educação ou de assistência social que preste os serviços para os quais houver sido instituída e os coloque à disposição da população em geral, em caráter complementar às atividades do Estado, sem fins lucrativos (Lei nº 9.532, de 1997, art. 12).

§ 2º Considera-se entidade sem fins lucrativos a que não apresente superávit em suas contas ou, caso o apresente em determinado exercício, destine o resultado, integralmente, à manutenção e ao desenvolvimento dos seus objetivos sociais (Lei nº 9.532, de 1997, art. 12, § 2º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10).

§ 3º Para o gozo da imunidade, as instituições a que se refere este artigo estão obrigadas a atender aos seguintes requisitos (Lei nº 9.532, de 1997, art. 12, § 2º):

I – não remunerar, por qualquer forma, seus dirigentes pelos serviços prestados;

II - aplicar integralmente seus recursos na manutenção e desenvolvimento dos seus objetivos sociais;

III – manter escrituração completa de suas receitas e despesas em livros revestidos das formalidades que assegurem a respectiva exatidão;

IV – conservar em boa ordem, pelo prazo de cinco anos, contado da data da emissão, os documentos que comprovem a origem de suas receitas e a efetivação de suas despesas, bem assim a realização de quaisquer outros atos ou operações que venham a modificar sua situação patrimonial;

V - apresentar, anualmente, Declaração de Rendimentos, em conformidade com o disposto em ato da Secretaria da Receita Federal;

VI – recolher os tributos retidos sobre os rendimentos por elas pagos ou creditados e a contribuição para a seguridade social relativa aos empregados, bem assim cumprir as obrigações acessórias daí decorrentes;

VII – assegurar a destinação de seu patrimônio a outra instituição que atenda às condições para gozo da imunidade, no caso de incorporação, fusão, cisão ou de encerramento de suas atividades, ou a órgão público;

VIII – outros requisitos, estabelecidos em lei específica, relacionados com o funcionamento das entidades a que se refere este artigo.”

Considerando o regramento legislativo necessário para o gozo da imunidade tributária pelas fundações, acima exposto, vamos aos fatos.

A Recorrente defende que em 1992, ocasião em que foi firmado o contrato de concessão, o Jorge Abou Nabhan não era presidente da fundação, sendo que quem exercia esse cargo era o senhor Arley Hernandes de Biazzi, portanto, não prospera a alegação de que os 17% auferidos por conta do contrato de concessão serviam para remunerar o senhor Jorge ou sua esposa Ana Maria Pletsch Nabhan. Nesse ponto ainda sustenta que os 17% não incidem sobre todo o faturamento da Fundação, já que os recursos de ordem pública não eram computados para efeito deste repasse, portanto, não se pode afirmar que este percentual representava mais que o dobro daquela presunção contida no artigo 15 da Lei n. 9.249/99 de que a atividade hospitalar gera a empresa uma receita líquida de 8% de sua receita bruta; que deve haver a distinção entre as personalidades das pessoas do senhor Jorge Abou Nabhan e sua esposa Ana Maria Pletsch Nabhan com a personalidade jurídica da Jorge Abou Nabhan e Cia. Ltda. - depois Pletsch & Nabhan Ltda.; o fato de a Jorge Abou Nabhan e Cia. Ltda. - depois Pletsch & Nabhan Ltda. receber aqueles 17% do contrato de concessão, e posteriormente o valor de R\$ 41.000,00 mensais a título de aluguel, não significa que Jorge Abou Nabhan, ou sua esposa, tenham sido remunerados pela Fundação, nem mesmo indiretamente. Prossegue alegando que a fiscalização não pode, por presunções gerais, afirmar que o senhor Jorge Abou Nabhan era remunerado pela impugnante, já que tal fato nunca ocorreu; que os valores a ele repassados decorrem dos serviços prestados na qualidade de médico contratado e não de Presidente ou Diretor seu; que a autoridade fiscal está equivocada ao alegar que o valor de R\$ 827.493,52 que foi creditado em favor da Pletsch & Nabhan Ltda. no ano de 2008 foi muito superior aos R\$ 492.000,00 equivalentes a 12 meses de aluguel no valor de R\$ 41.000,00 cada e, também se equivoca ao usar este fato em prejuízo da Fundação, uma vez que a mencionada pessoa jurídica e locatária também possui outros rendimentos além do recebimento destes alugueres, uma vez que presta serviços médicos para a Fundação Hospitalar de Saúde e outras entidades de saúde, possivelmente. Assim, indubitavelmente o aludido valor é justificado por outros recebimentos derivados dos serviços médicos que a Pletsch & Nabhan Ltda. presta, e não apenas pelo valor referente aos alugueres que recebeu da impugnante.

Quanto a todas essas alegações apresentadas, sigo o entendimento da DRJ. Sendo assim entendo que o contrato de concessão com a empresa Pletsch e Nabhan Ltda. (anos de 2005 e 2006), configura uma irregular distribuição de renda da Fundação e remuneração indevida de dirigente, posto contrariar a legislação de regência.

Isso porque, compulsando os autos do processo à empresa Jorge Abou Nabhan & Cia Ltda, que depois passou a denominar-se Pletsch & Nabhan Ltda, CNPJ 77.446.573/0001-78, traz os nomes empresariais do Hospital e Centro Médico Cianorte, que tem como sócios Jorge Abou Nabhan, CPF 200.498.979-34 e Ana Maria Pletsch Nabhan, CPF 686.536.039-72. Isto posto, nos termos do contrato de concessão cujo instrumento consta, por cópia, as folhas 54 e seguintes, a Fundação dava à Concessionária (Jorge Abou Nabhan & Cia. Ltda., depois Pletsch & Nabhan Ltda.) "os direitos de estruturação, organização e administração, a fim de manter a Fundação em condições de atendimento dos seus próprios objetivos estatutários e regimentais" (cláusula primeira), com a Concessionária assumindo a obrigação de "manter a administração interna da FHISA, de forma a atender os objetivos sociais da mesma, desenvolvendo toda estrutura gerencial, fisco-contábil, além de toda administração de pessoal, contratando e / ou demitindo quando necessário for e devidamente aprovado pelo conselho diretor da FHISA".

Prevvia também que além das atividades genéricas acima descritas a Concessionária deveria:

- a) manter o controle financeiro da FHISA, estabelecendo o equilíbrio do Fluxo de Caixa;
- b) manter controles de todas as movimentações de Receita e Despesa;
- c) manter controle de todos os atendimentos efetuados pela FHISA;
- d) alocar o Corpo Clinico necessário para estes atendimentos;
- e.) criar a Programação de Atendimento e divulgar para todos os mantenedores da FHISA;
- f) criar e manter o Plano de Atividades orçamentárias da FHISA;
- g) propor a requisição de Servidores Municipais para atuar na SECRETARIA EXECUTIVA, bem como o controle do trabalho dos mesmos;
- h) elaborar o Balanço e o Relatório de Atividades Anuais;
- i) elaborar a Prestação de Contas dos auxílios e subvenções concedidas à FHISA;
- j) arrecadar as rendas, doações, subvenções e transferências destinadas à FHISA.

Consta também daquele instrumento que todos os funcionários da Concessionária (Jorge Abou Nabhan & Cia. Ltda., depois Pletsch & Nabhan Ltda.) continuavam a ter vinculação trabalhista com aquela empresa, mas sua folha de pagamento, incluindo encargos sociais, ficavam a cargo da Fundação (cláusula quarta, alínea “a” e cláusula quinta, alínea “a”).

Por fim que a Fundação repassaria 17% de sua receita bruta (montante arrecadado) à empresa Jorge Abou Nabhan & Cia. Ltda. (depois Pletsch & Nabhan Ltda.).

Confrontando todas essas informações com os dispositivos que regem o condicionamento para que a fundação possa usufruir da imunidade tributária vemos que há uma incoerência muito forte com o CTN, art. 14, II e com a Lei nº 9.532/97, art. 12, § 2º, alínea “b”, condicionam a fruição da imunidade tributária das entidades à aplicação integral de seus recursos na manutenção de seus objetivos institucionais.

Portanto, em que pese os argumentos da Recorrente, esses, não podem prosperar, pois de qualquer forma houve o desvio de finalidade (objetivos essenciais) da instituição que não é suprir deficiências financeiras de outras entidades e comprovada a não aplicação integral de seus recursos nos objetivos institucionais.

A situação em tela, por si só, já seria suficiente para a suspensão da imunidade tributária, contudo foi agravada quando a presidência da Recorrente foi assumida por Jorge Abou Nabhan em 03 de janeiro de 2001. Nesse ponto passou a ter uma afronta também ao CTN art. 14, I e a Lei nº 9.532/1997, art. 12, § 2º “a”, que respectivamente, vedam

a distribuição de parcela do patrimônio ou renda da entidade e a remuneração de seus dirigentes.

Desse modo, como a pessoa jurídica Jorge Abou Nabhan & Cia. Ltda. (depois Pletsch & Nabhan Ltda.) tem como sócios Jorge Abou Nabhan e a sua esposa, é evidente que o dinheiro repassado pela Fundação sempre acabava chegando àquela pessoa, como inclusive demonstra a Fiscalização, quando aborda a distribuição de lucros da pessoa jurídica à pessoa física, portanto, passou a configurar nos anos de 2005 e 2006, ofensa às referidas normas veiculadas no art. 14 do Código Tributário Nacional e no art. 12, § 2º, da lei nº 9.532/1997.

Em seguida, o mencionado contrato de concessão foi substituído por um contrato de locação, com vigência a partir de 01/01/2007, onde Jorge Abou Nabhan passou à posição de locador, na condição de sócio da empresa Pletsch & Nabhan Ltda., e simultaneamente locatário, na situação de diretor/presidente responsável pela Fundação. Vale salientar que naquela ocasião a Recorrente que havia repassado àquela empresa o valor de R\$ 410.590,35 em 2007, aumentou para R\$ 827.493,52 o valor em 2008, valor este, inclusive, muito maior que o valor de R\$ 492.000,00, que seria devido a título do aluguel contratado.

A análise dos fatos ora apontados em conjunto com os já visto anteriormente, relativos ao "contrato de concessão" evidencia que se operou apenas a alteração do instrumento por meio do qual se justificaria o repasse de dinheiro da Fundação para a empresa Pletsch & Nabhan Ltda. e, consequentemente, para o senhor Jorge Abou Nabhan.

Importa esclarecer as razões que levaram à alteração dos contratos. Nesse prisma se manifestou a autoridade fiscal na Notificação Fiscal que instrui o processo:

“Analisando a documentação apresentada pela contribuinte, verifica-se que na Ata da Assembléia Geral Extraordinária AGE dos Conselhos Diretor e Fiscal, realizada no dia 24 de novembro de 2006 (folhas 21 a 24), o Promotor de Justiça Joelson Luis Pereira menciona a revisão do valor de 17% do contrato de concessão, pagamentos realizados ao presidente Jorge Abou Nabhan (folha 25), possibilidade de ação judicial do Ministério Público — MP, extinção da contribuinte e afastamento do presidente”.

Importa então um esclarecimento. O novo Código Civil Brasileiro, introduzido pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e entrou em vigor 1 (um) ano após a sua publicação em 11 de janeiro de 2002, segundo determinado em seu art. 2.044. O *caput* do art. 2º do Estatuto Social (folha 68) define a contribuinte na qualidade de fundação, regendo-se pelo Código Civil. Desta forma, o novo Código Civil Brasileiro, vigente desde 11 de janeiro de 2003, determina em seu art. 62 e seguintes:

"Art. 62. Para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la.

Parágrafo único. A fundação somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência.

Art. 63. Quando insuficientes para constituir a fundação, os bens a ela destinados serão, se de outro modo não dispuser o instituidor, incorporados em outra fundação que se proponha a fim igual ou semelhante.

Art. 64. Constituída a fundação por negócio jurídico entre vivos, o instituidor é obrigado a transferir-lhe a propriedade, ou outro direito real, sobre os bens dotados, e, se não o fizer, serão registrados, em nome dela, por mandado judicial."

O novo código cria a dotação de bens para a persecução da finalidade declarada como condição para a criação da Fundação. Assim sendo, não é a mera elaboração e assinatura de um estatuto que faz nascer uma fundação, mas a própria destinação de bens para uma finalidade específica, tanto que o art. 64 estabelece a obrigatoriedade da transferência de propriedade, ou outro direito real, como o usufruto, desses bens. E essas mesmas normas existiam também no antigo Código Civil, de 1916 (artigos 24 e 25), que vigia quando a Fundação foi instituída.

Desse modo, o instituidor e presidente Jorge Abou Nabhan e sua cônjuge Ana Maria Pletsch Nabhan, seguindo o Estatuto Social e o novo Código Civil, deveriam transferir a propriedade do imóvel à contribuinte, porém o contrato de concessão foi mantido, mesmo após ter restado consignado em Ata que o Estatuto da Fundação deveria sofrer alterações para se adequar à realidade do novo Código Civil.

Além disso, embora tenha sido alterada a forma de repasse financeiro para a empresa do presidente com a mudança do contrato de concessão para contrato de aluguel, o descumprimento as determinações do novo Código Civil continuou, pois não houve a devida transferência do imóvel à contribuinte.

Ainda que no papel os serviços hospitalares e de saúde estejam sendo prestados pela Fundação, de fato eles continuam sendo prestados pela empresa do senhor Jorge Abou Nabhan. Mesmo travestido como repasse num contrato de concessão ou pagamento de alugueis não altera essa situação.

Por último, o total domínio da FUNDAÇÃO pelo senhor Jorge Abou Nabhan fica evidente na leitura da ata da assembléia geral ordinária do conselho diretor/ fiscal da entidade, realizada em 13/7/2007 (cópia à folha 42), onde se lê:

"(...) O Dr. Jorge Nabhan explicou aos presentes sobre a elaboração do Contrato de Aluguel entre a Pletsch & Nabhan, o qual já está pronto, assinado. (...) Após colocado em votação o presente contrato foi aprovado por todos os membros do conselho presente. Ainda com a palavra, o Dr. Jorge explicou que caso ele faça doação dos seus bens para a Fundação, ele se tornará Presidente Vitalício da entidade (...)"

Veja-se ainda que na ata da assembléia realizada em 15/8/2008 constou que "(...) Dr. Jorge falou aos presentes sobre o estudo da alteração estatutária onde a Fundação Hospitalar de Saúde poderá se tornar Fundação Nabhan, sendo o Conselho Diretor formado pela família Nabhan e convidados".

Tudo isso demonstra que o senhor Jorge Abou Nabhan decidia, sozinho, todos os destinos da Fundação. O contrato de locação aprovado em 13/7/2007 já estava pronto e assinado; o senhor Jorge comunicou aos membros do conselho que se ele doasse seus bens à entidade ele passaria a ser o "presidente vitalício" da entidade; o senhor Jorge estudava alterar a Fundação para Fundação Nabhan, da qual sua família comporia o conselho diretor... "

Portanto, temos que a entrega de dinheiro da Fundação ao senhor Jorge Abou Nabhan nos anos de 2007 e 2008, ainda que sob a figura jurídica de pagamento de aluguel, significou distribuição de renda e a não aplicação de seus recursos na manutenção de seus objetivos institucionais, configurando ofensa às normas veiculadas no art. 14 do Código Tributário Nacional e no art. 12, § 2º, da lei nº 9.532/1997.

Quanto aos demais argumentos trazidos pela Recorrente, não há qualquer supedâneo, ou suporte probatório de modo que voto no sentido de NEGAR provimento ao recurso voluntário, mantendo o ato que suspendeu a imunidade tributária.

(assinado digitalmente)

Gustavo Junqueira Carneiro Leão