



Processo nº 10950.720799/2010-59
Recurso Embargos
Acórdão nº **2301-009.951 – 2^a Seção de Julgamento / 3^a Câmara / 1^a Turma Ordinária**
Sessão de 05 de outubro de 2022
Embargante FAZENDA NACIONAL
Interessado FUNDAÇÃO HOSPITALAR DE SAÚDE E OUTROS

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2008

EMBARGOS. OMISSÃO.

Constatada omissão no julgado, cabem embargos para saneamento do vício.

MULTA DE OFÍCIO. AGRAVAMENTO.

Constatado o descumprimento de intimação fiscal, cabe o agravamento da multa de ofício, majorando-a em 50%.

RESPONSABILIDADE PESSOAL E SOLIDÁRIA. FUNDAÇÃO. AFASTAMENTO DA DIRETORIA EM FACE DE INTERVENÇÃO JUDICIAL.

Não se atribui responsabilidade tributária pessoal ou solidária a dirigentes de fundação que esteja em regime de intervenção judicial no período em que perdurar a intervenção.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em acolher parcialmente os embargos da Fazenda Nacional, rejeitando a alegação de omissão quanto ao afastamento da qualificação da multa do Debcad nº 37.330.240- 1, e, sanando os demais vícios apontados, ratificar o Acórdão nº 2301-004.590, de 11/04/2016, com efeitos infringentes, para excluir da decisão embargada o afastamento da multa qualificada relativa ao Debcad nº 37.283.374-8 e estabelecer o percentual da multa de ofício do Debcad nº 37.330.240-1 em 112,5%.

(documento assinado digitalmente)

João Maurício Vital - Presidente

(documento assinado digitalmente)

João Maurício Vital - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Monica Renata Mello Ferreira Stoll, Wesley Rocha, Claudia Cristina Noira Passos da Costa Develly Mon (suplente convocada), Fernanda Melo Leal, Mauricio Dalri Timm do Valle, Joao Mauricio Vital

(Presidente). Ausente a conselheira Flávia Lilian Selmer Dias, substituída pela conselheira Claudia Cristina Noira Passos da Costa Develly Mon.

Relatório

Tratam-se de embargos de declaração apresentados pela Procuradoria da Fazenda Nacional (e-fls. 2888 a 2891) e pelo contribuinte (e-fls. 2895 a 2932) em face do Acórdão nº 2301-004.590, de 11/04/2016 (e-fls. 2854 a 2886), que negou provimento ao recurso de ofício e deu parcial provimento ao recurso voluntário

Segundo a Fazenda Nacional, o acórdão embargado, em relação ao recurso de ofício, incorreu em omissão ao limitar-se a apreciar a decadência, nada tratando da questão relacionada ao afastamento da responsabilidade pessoal e solidária e da desqualificação da multa de ofício que foram providas pela decisão de primeira instância. Em relação ao recurso voluntário, o colegiado incorreu em omissão ao decidir pela desqualificação da multa de ofício, porquanto o recorrente não se insurgira contra a matéria, configurando julgamento *extra petita*. Essa omissão decorreria da ausência de fundamentos, no acórdão embargado, para o conhecimento da matéria. Os embargos opostos pela Fazenda Nacional foram admitidos pela autoridade competente (e-fls. 2950 a 2955).

De acordo com o contribuinte, o acórdão embargado conteria contradição entre os votos vencido e vencedor; além disso, repisou as alegações recursais relacionadas à constitucionalidade de dispositivos normativos. Os embargos foram rejeitados pela autoridade competente (e-fls. 2955 a 2960).

O contribuinte, em 31/10/2017, promoveu a juntada de relatório de auditoria contábil e outros documentos (e-fls. 2979 a 3004) sem qualquer explicação da finalidade da juntada.

Em 09/09/2019, o contribuinte apresentou manifestação (e-fls. 3015 a 3020) solicitando o arquivamento do processo em face de decisões do STF acerca da constitucionalidade de exigências para o gozo de imunidade tributária de entidades benfeicentes.

Em 27/04/2020, novamente o contribuinte se manifestou (e-fls. 3037 a 3060) requerendo a juntada de novos documentos, o arquivamento do processo em razão das decisões do STF, o afastamento dos pressupostos que motivaram a qualificação da multa de ofício e a retroatividade da legislação que lhe seja mais benéfica.

É o relatório.

Voto

Conselheiro João Maurício Vital, Relator.

Inicialmente, registre-se que este processo já foi julgado pela turma e encontra-se na fase de apreciação de embargos, o que impossibilita a rediscussão de questões recursais já decididas ou aquelas que foram posteriormente trazidas aos autos. Assim, tudo o que foi acostado pelo contribuinte após a decisão não tem o condão de alterá-la e não pode ser apreciado ou sequer conhecido por este colegiado nesta etapa processual. Os embargos autorizam a turma apenas a colmatar a decisão embargada para sanar-lhe omissão, contradição, obscuridade ou erro de fato devido a lapso manifesto, e não a promover novo julgamento, ainda que em razão de superveniente declaração de constitucionalidade de dispositivo de lei.

As questões devolvidas dizem respeito tão-somente a vícios apontados pela Fazenda Nacional em seus embargos, já que os aclaratórios opostos pelo contribuinte foram rejeitados, em despacho definitivo, nos termos regimentais.

Quanto ao que se encontra sob apreço, a embargante apontou vícios no acórdão embargado acerca da apreciação do recurso voluntário e do recurso de ofício.

1 Do vício na apreciação do recurso voluntário

A embargante alegou que teria havido contradição do colegiado ao decidir sobre a qualificação da multa de ofício, porquanto essa matéria não teria constado do recurso voluntário. A autoridade que admitiu os embargos enxergou, entretanto, omissão, porquanto não foram apostos os fundamentos para o conhecimento da matéria.

Analizando-se o recurso voluntário (e-fls. 2797-2824), constata-se que o contribuinte, em face da decisão de primeira instância, não questionou a remanescente qualificação da multa, que afetou somente o Debcad nº 37.283.374-8. Entretanto, o colegiado apreciou a matéria no voto vencedor do conselheiro Júlio César Vieira Gomes (e-fl. 2881 e 2882), e assim registrou no dispositivo da decisão (e-fl. 2855):

Acordam os membros do colegiado (...) (2) por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso voluntário para: (...) (b) afastar a multa qualificada (competências 12/2008 e 13/2008).

A embargante apontou a ocorrência de julgamento *extra petita*. Percebo, pois, que o colegiado de fato incorreu em erro ao conhecer e decidir sobre matéria que estava fora dos limites de cognição, por não ser de ordem pública e nem ter constado do recurso voluntário. O conhecimento da matéria careceu de fundamentos e, portanto, é patente a omissão. Neste ponto, pois, há que se acolher os embargos para, dando-lhes efeitos infringentes, modificar a decisão embargada para excluir de seus fundamentos e do dispositivo as referências ao afastamento da multa qualificada relativa ao Debcad nº 37.283.374-8.

2 Dos vícios na apreciação do recurso de ofício

As questões constantes do recurso de ofício são aquelas cujo colegiado de primeira instância entendeu procedentes em face da impugnação do contribuinte. Aquele colegiado assim decidiu na decisão recorrida (e-fls. 2739 a 2767):

Acordam os membros da 5^a Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, julgar, nos termos do Voto do Relator, procedente em parte a impugnação conjunta apresentada, em razão: (a) da procedência em parte da prejudicial de mérito,

declarando-se a decadência do direito de constituição do crédito tributário em relação ao: (a1) Auto de Infração n.º 37.330.241-0, da única competência lançada, 01/2005; (a2) Auto de Infração n.º 37.283.374 8, das competências 01/2005 a 08/2005, 11/2005 e 13/2005; e (a3) Auto de Infração n.º 37.330.240-1, das competências 12/2005, 01/2006, 02/2006, 04/2006, 05/2006, 06/2006, 07/2006, 09/2006, e 10/2006; (b) da redução da multa de ofício no Auto de Infração n.º 37.330.240-1 de 225% para 112,2%; (c) da exclusão da responsabilidade decorrente do art. 13 da Lei n.º 8.620, de 1993, aos sócios Sr. Jorge Abou Nabhan e a Sra. Ana Maria Pletsch Nabhan, mantida, entretanto (e até a competência 08/2008), a responsabilidade decorrente do art. 134, III, do CTN; e (d) da exclusão da responsabilidade solidária da empresa Pletsch & Nabhan, do Sr. Jorge Abou Nabhan, inclusive a responsabilidade por força do art. 135, III, do CTN, e da Sra. Ana Maria Pletsch Nabhan nas competências 09/2008, 10/2008, 11/2008, 12/2008 e 13/2008; mantendo em parte o crédito tributário exigido.

Como se vê, o acórdão de primeira instância deu parcial procedência à impugnação para: a) reconhecer a decadência de parte do lançamento; b) reduzir a multa de ofício do Debcad n.º 37.330.240-1, e c) excluir, do polo passivo da relação tributária, os responsáveis Pletsh & Nabhan Ltda, Jorge Abou Nabhan e Ana Maria Pletsch Nabhan em algumas competências do lançamento.

No acórdão embargado, consignou-se o seguinte dispositivo:

Acordam os membros do colegiado,) por maioria de votos, negar provimento ao recurso de ofício; vencidos o relator e os Conselheiros Luciana de Souza Espíndola Reis e João Bellini Júnior; (2) por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso voluntário para: (a) reconhecer a decadência com base no art. 150, § 4º do CTN, e (b) afastar a multa qualificada (competências 12/2008 e 13/2008), vencidos o relator e os Conselheiros Luciana de Souza Espíndola Reis e João Bellini Júnior; (3) quanto às multas relacionadas à GFIP, submetida a questão ao rito do art. 60 do Regimento Interno do CARF, foram apreciadas as seguintes teses: a) aplicação da regra do artigo 35 da Lei 8.212, de 1991, com a redação dada pela Lei 11.941, de 2009; b) aplicação das regras estabelecidas pela Portaria Conjunta PGFN/RFB 14, de 2009; c) aplicação da regra do artigo 35 da Lei 8.212, de 1991, vigente à época dos fatos geradores, limitada ao percentual de 75%, previsto no artigo 44, I ,da Lei 9.430, de 1996; em primeira votação, se manifestaram pela tese "a" os Conselheiros Alice Grecchi, Ivacir Julio de Souza, Gisa Barbosa Gambogi Neves e Fabio Piovesan Bozza ; pela tese "b" Luciana de Souza Espíndola Reis e João Bellini Júnior e pela tese "c" Julio Cesar Vieira Gomes e Amílcar Barca Teixeira Júnior; excluída a tese "c" por força do disposto no art. 60, parágrafo único, do Regimento Interno do CARF, em segunda votação, pelo voto de qualidade, restou vencedora a tese "b", vencidos os conselheiros Ivacir Julio de Souza, Alice Grecchi, Gisa Barbosa Gambogi Neves e Fabio Piovesan Bozza; com isto, as multas restaram mantidas, como consta no lançamento. Designados para redigir o voto vencedor: quanto à decadência e à multa qualificada, o conselheiro Julio Cesar Vieira Gomes; quanto às multas relacionadas à GFIP, a conselheira Luciana de Souza Espíndola Reis.

Quanto à decadência, a embargante não apontou vício passível de saneamento por embargos. Porém, apontou omissão nas outras duas matérias em que se considerou procedente a impugnação: 1) a desqualificação da multa de ofício relativa ao Debcad n.º 37.330.240-1, e 2) a exclusão das responsabilidades pessoal e solidária.

2.1 DA DESQUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO RELATIVA AO DEBCAD N.º 37.330.240-1

Sobre a desqualificação da multa de ofício, preliminarmente há que se compreender de que maneira foram aplicadas as penalidades no lançamento.

O lançamento se referiu ao período de 01/2005 a 13/2008. Para as competências até 11/2008, foi aplicada multa de 24%, nos termos da então vigente alínea “a” do inc. II do art. 35 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, com redação dada pela Lei nº 9.876, de 26 de novembro de 1999.

Para as competências 12 e 13/2008, aplicou-se multa de ofício de 75%, nos termos do inc. I do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Em face da ocorrência de sonegação e conluio, a multa foi qualificada, nos termos do § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, duplicando seu percentual para 150%. Considerando que o contribuinte, intimado, não apresentou as informações requeridas na forma prevista na legislação, a multa foi agravada em 50%, passando a ser de 225%, como prevê o inc. II do § 2º do mesmo artigo. A majoração (qualificação mais agravamento) da multa de ofício ocorreu nos Debcad nºs 37.283.374-8 e 37.330.240-1.

A decisão de primeira instância afastou a qualificação da multa apenas quanto ao Debcad nº 37.330.240-1, diminuindo-a para **112,5%**. Na verdade, em razão de evidente erro de fato, o dispositivo da decisão registrou indevidamente que a multa seria reduzida de 225% para **112,2%**, embora seus fundamentos deixam incontestes o percentual correto, que resulta do agravamento, em 50%, da multa de 75%.

Portanto, o recurso de ofício, no que se refere à redução da multa, está adstrito à desqualificação da multa de ofício aplicada no Debcad nº 37.330.240-1, que resultou em sua redução de 225% para 112,5%, porque, sobre a matéria, somente isso foi desonerado na decisão de primeira instância. Ademais, também devolveu ao colegiado a correção do erro de fato no percentual da multa de ofício constante do *decisum*, que indevidamente registrou 112,2%. Após a decisão de primeira instância, a multa de ofício do Debcad nº 37.283.374-8 permaneceu em 225% e essa matéria não foi objeto de recurso voluntário.

Pois bem, ao contrário do que afirmou a embargante e a despeito do que constou do despacho de admissibilidade dos embargos, não percebi omissão na questão da desqualificação da multa, que foi apreciada pelo colegiado, embora o tenha feito quando da análise do recurso voluntário. O fato é que acabou por afastar a qualificação, como se constata no seguinte trecho do voto proferido pelo redator Júlio César Vieira Gomes (e-fl. 2881 e 2882):

Contudo, entendo que no presente caso não ficou demonstrada (sic) o dolo do recorrente em sonegar o tributo. Como se pode constatar pela transcrição acima, o caso tem muito mais relação com outra finalidade que não a evasão tributária, embora mais para diante é possível, no caso de se considerar que os representantes da instituição violaram o disposto no artigo 55 inciso IV da Lei nº 8.212/91, que se entenda que a entidade deixou de gozar da imunidade tributária, mas não está demonstrado que sua intenção tenha sido a redução de tributos. A eventual lesão ao erário público (sic) na relação entre a entidade com órgãos estaduais, municipais ou da União do sistema do SUS, embora juridicamente reprovável, não configura dolo tributário:

(...)

O dolo específico da sonegação, da fraude e do conluio, que o diferencia da mera falta de pagamento do tributo ou da simples omissão de rendimentos, é o intuito evidenciado em ardis característicos da fraude, elementos indispensáveis para ensejar o lançamento da multa qualificada. Sob minha ótica, as circunstâncias dos autos não justificam a exasperação da penalidade. Nada foi escondido da fiscalização.

Por tudo, entendo que não está configurada e demonstrada nos autos o dolo específico com finalidade de reduzir tributo. Assim, voto pela redução da multa de ofício para o percentual de 75%.

Ainda que o colegiado tenha incorrido em erro ao julgar matéria não constante do recurso voluntário e reduzir a multa de ofício a 75%, desconsiderando, inclusive, o agravamento da multa sem que nenhum fundamento acerca disso fosse apresentado, o fato é que se discutiu os motivos da qualificação e a afastou por ausência de dolo específico. Embora essa conclusão não se aproveitasse para o recurso voluntário, ela repercutiu no recurso de ofício para negar-lhe provimento e manter a decisão recorrida quanto ao afastamento da qualificação da multa do Debcad nº 37.330.240-1, razão pela qual entendo não ter havido omissão do colegiado ao apreciar a exclusão da qualificação da multa.

Porém, o colegiado incorreu em omissão ao não se pronunciar sobre o erro de fato do acórdão de primeira instância que, embora em seus fundamentos tenha reduzido a multa de ofício do Debcad nº 37.330.240-1 a 112,5%, registrou na decisão o percentual de 112,2%. Neste ponto, percebo que os embargos devem ser acolhidos, com efeitos infringentes, para reformar a decisão recorrida e registrar o percentual correto da multa.

2.2 DO AFASTAMENTO DAS RESPONSABILIDADES PESSOAL E SOLIDÁRIA

A embargante alegou que o colegiado incorreu em omissão ao deixar de enfrentar, no recurso de ofício, a questão do afastamento das responsabilidades. Neste ponto, percebo que realmente o colegiado se omitiu, pois nada consta na decisão embargada acerca da exclusão dos responsáveis pessoal e solidários. Passo, pois, a analisar a matéria, sobre a qual assim concluiu a decisão recorrida (e-fl. 2740):

Acordam os membros da 5^a Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, julgar, nos termos do Voto do Relator, procedente em parte a impugnação conjunta apresentada, em razão: (...) (c) da exclusão da responsabilidade decorrente do art. 13 da Lei nº 8.620, de 1993, aos sócios Sr. Jorge Abou Nabhan e a Sra. Ana Maria Pletsch Nabhan, mantida, entretanto (e até a competência 08/2008), a responsabilidade decorrente do art. 134, III, do CTN; e (d) da exclusão da responsabilidade solidária da empresa Pletsch & Nabhan, do Sr. Jorge Abou Nabhan, inclusive a responsabilidade por força do art. 135, III, do CTN, e da Sra. Ana Maria Pletsch Nabhan nas competências 09/2008, 10/2008, 11/2008, 12/2008 e 13/2008; mantendo em parte o crédito tributário exigido.

Como fundamento da decisão, constou do acórdão recorrido (e-fls. 2766 e 2767):

14. Das Responsabilidades. A defesa sustenta que as provas constantes dos autos são suficientes para se atribuir apenas responsabilidade solidária para os Municípios instituidores da Fundação e não para os impugnantes.

14.1. Não foi instruída, entretanto, com qualquer documento capaz de afastar a constatação fiscal, amparada pelos documentos constantes dos autos, de interesse comum, confusão patrimonial e de subordinação dos interesses da Fundação aos da empresa Pletsch & Nabhan Ltda e de controle comum pelo Sr Jorge Abou Nabhan, até a intervenção judicial, a caracterizar o grupo econômico de fato.

14.2. Ressalte-se, contudo, que o próprio Relatório Fiscal (item 578, fl. 2172) reconhece que, com a intervenção judicial (ou seja: desde 05/09/2008, fl. 63), cessaram as condições favoráveis para a manutenção do grupo econômico de fato, ainda que o Sr Jorge Abou Nabhan tenha permanecido como Conselheiro da Fundação.

14.3. Até 05/09/2008, a prova apresentada pela fiscalização revela a confusão administrativa (em última análise, a gestão da Fundação sempre foi exercida pelo Sr. Jorge Abou Nabhan e pela Sra Ana Maria Pletsch {empregada no departamento de faturamento da Fundação {dentro da competência do Coordenador Geral e da Secretaria Executiva, função atribuída à Pletsch & Nabhan Ltda pelo contrato de concessão} até a intervenção judicial e com um dos maiores salários pagos pela Fundação, especificamente até 25/09/2008, fls. 1650/1654 e 1657}, diretamente ou via Pletsch & Nabhan Ltda) e patrimonial (contratos de comodato, empréstimos e inconsistências na contabilidade) entre a empresa Pletsch & Nabhan Ltda e Fundação.

14.5. Portanto, até a competência 08/2008, deve ser reconhecida a responsabilidade solidária por grupo econômico da empresa Pletsch & Nabhan Ltda, nos termos do art. 30, IX, da Lei n.º 8.212, de 1991.

14.6. A responsabilidade com lastro no art. 13 da Lei n.º 8.620, de 1993, não prospera (Decreto n.º 70.235, de 1972, art. 26A, § 6º, I), eis que declarada inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal, sob a forma do art. 543B do CPC, no RE 562.276/PR; entendimento acompanhado pelo Superior Tribunal de Justiça no Resp 1.153.119/MG, submetido à sistemática do art. 543C do CPC. De qualquer forma, resta a responsabilidade do Sr Jorge Abou Nabhan e da Sra. Ana Maria Pletsch Nabhan por força do art. 134, III, do CTN, diante da confusão administrativa e patrimonial havida até 08/2008.

14.7. O art. 135, III, do CTN estabelece a responsabilidade pessoal pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poder, infração de lei, contrato social ou estatuto. A partir da competência 09/2008, com a intervenção judicial na Fundação, o Sr Jorge Abou Nabhan foi afastado da administração da mesma, embora integrasse o Conselho Diretor. Além disso, a fiscalização não demonstrou a prática pelo Sr Jorge Abou Nabhan de ato em excesso de poder ou em infração de lei ou do Estatuto da Fundação, durante o período de intervenção judicial, ou seja, a partir da competência 09/2008 e a gerar obrigações tributárias. A emissão de notas fiscais pela empresa Pletsch & Nabhan Ltda por serviços médicos prestados não é prova de ingerência na administração da Fundação; e a Ata da Assembléia Geral Extraordinária do dia 03/03/2009 indica apenas que o Sr. Jorge Abou Nabhan seria ouvido enquanto parte envolvida na ação judicial e não enquanto Conselheiro.

17.8. Portanto, devem se restringir ao período em que a Fundação não estava sob intervenção judicial, ou seja até a competência 08/2008, inclusive, a (1) responsabilidade da empresa Pletsch & Nabhan Ltda, em razão da configuração de grupo econômico de fato e em abuso do poder econômico; a (2) responsabilidade do Sr Jorge Abou Nabhan e da Sra. Ana Maria Pletsch Nabhan em razão do art. 134, III, do CTN, afastada, contudo, responsabilidade do art. 13 da Lei n.º 8.620, de 1993; e a (3) responsabilidade do Sr. Jorge Abou Nabhan em razão do art. 135, III, do CTN.

Essencialmente, a decisão de primeira instância afastou as responsabilidades tributárias pessoal e solidárias a partir de quando a fundação passou a estar sob intervenção do Ministério Público, ou seja, a partir de 09/2008.

Adoto, pois, integralmente os fundamentos da decisão recorrida para negar provimento ao recurso de ofício e manter a exclusão das responsabilidades pessoal e solidárias a partir da competência 09/2008, inclusive.

Conclusão

Voto por acolher parcialmente os embargos da Fazenda Nacional, rejeitando a alegação de omissão quanto ao afastamento da qualificação da multa do Debcad n.º 37.330.240-1, e, sanando, os demais vícios apontados, rerratificar o Acórdão n.º 2301-004.590, de 11/04/2016, com efeitos infringentes, para excluir da decisão embargada o afastamento da multa qualificada relativa ao Debcad n.º 37.283.374-8 e estabelecer o percentual da multa de ofício do Debcad n.º 37.330.240-1 em 112,5%.

(documento assinado digitalmente)

João Maurício Vital