



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

Processo nº 13888.721696/2014-29
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3302-003.504 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de janeiro de 2017
Matéria Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins
Recorrente SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE CAPIVARI
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/10/2011 a 01/05/2012

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DE MEMBROS DO CONSELHO DIRETOR DE PESSOA JURÍDICA.

Deixar de recolher valores retidos sobre a folha de pagamento e outros é comportamento que se amolda à situação típica capaz de atribuir responsabilidade aos dirigentes que deixam de efetivar o pagamento do quanto retido, o que enseja a condenação dos solidários.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário, vencidos a Conselheira Maria do Socorro e o Conselheiro Ricardo Rosa, que declaravam nula a decisão de primeira instância e a Conselheira Lenisa Prado, Relatora, que dava provimento ao Recurso. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Domingos de Sá.

(assinatura digital)

Ricardo Paulo Rosa - Presidente

(assinatura digital)

Lenisa Prado - Relatora

(assinatura digital)

Domingos de Sá Filho - Redator designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ricardo Paulo Rosa (Presidente), Paulo Guilherme Dérouledé, Domingos de Sá Filho, José Fernandes do Nascimento, Sarah Maria Linhares Araújo, Maria do Socorro Ferreira Aguiar, Walker Araújo e Lenisa Prado.

Relatório

A questão tem início em procedimento fiscal¹ de revisão de declaração de pessoa jurídica, onde foram constatadas divergências nos valores informados na Declaração do Imposto de Renda Retido na Fonte (DIRF) com os valores recolhidos aos cofres públicos mediante Documento de Arrecadação das Receitas Federais (DARF), e confessados por meio de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF), referentes aos anos calendário de 2009 a 2012.

A Santa Casa de Misericórdia de Capivari foi intimada a prestar esclarecimentos com relação à divergência dos valores informados entre a DIRF, a DCTF, e os recolhimentos por meio de DARF relativos ao IRRF, referentes ao período fiscalizado, porque, diante das informações incompatíveis, a fiscalização considerou que os mesmos não foram integralmente recolhidos.

A fiscalizada não respondeu à primeira intimação, motivo pelo qual foi re-intimada². Em 28/03/2014 a contribuinte solicitou prorrogação de trinta dias de prazo para resposta. Em 29/04/2014 a fiscalizada solicitou nova prorrogação de prazo, por mais 45 dias. A fiscalização deferiu a prorrogação do prazo por mais 20 dias³.

Em 19/05/2014 a contribuinte apresentou sua resposta à intimação (fls. 435/635), onde admite que as DIRFs e as DCTFs foram preenchidas de forma equivocada e que nelas existem omissões. Alega que os equívocos foram perpetrados pelo escritório de contabilidade. Acostou à sua resposta planilhas separadas por códigos de retenção, nos quais são informados os valores pagos e os valores devidos.

A contribuinte também informa que efetuou retenções de contribuições sociais sem o devido recolhimento aos cofres públicos, nem tão pouco as declarou em DCTF. Essas contribuições foram retidas sob o código da receita 5952 - que equivalem a retenção da CSLL, da COFINS e da contribuição para o PIS/Pasep pela prestação de serviços de limpeza, conservação, manutenção, segurança, vigilância, transporte de valores e locação de mão-de-obra, pela prestação de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção e riscos, administração de contas a pagar e a receber, e pela remuneração de serviços profissionais, conforme planilhas constantes da resposta à intimação.

¹ Mandado de Procedimento Fiscal n. 0812500.2014.00056, de 27/06/2014.

² Termo de Reintimação n. 06/2014, lavrado em 14/03/2012, cuja ciência ocorreu em 21/03/2014, conforme atesta o Aviso de Recebimento Postal de fls.

³ Termo de Deferimento lavrado em 06/05/2014, cuja ciência ocorreu em 09/05/2014, conforme atesta o Aviso de Recebimento Postal de fls.

Considerando os valores admitidos como devidos pela própria contribuinte em sua resposta, e as informações obtidas nos sistemas da Receita Federal do Brasil, a fiscalização constatou a insuficiência de pagamentos de tributos retidos na fonte. Por esse motivo foram lançados de ofício os tributos não pagos e não confessados em DCTF. Nas hipóteses em que houve pagamento a maior do que o declarado, não foi feita a compensação de ofício.

Por se tratar de não-recolhimento dos valores retidos de Imposto de Renda Retido na Fonte declarado pela própria contribuinte, a fiscalização trouxe ao pólo passivo da cobrança os administradores da contribuinte, diante da responsabilidade pessoal prevista artigo 8º do Decreto-Lei n. 1.736/1979⁴.

Amparado nas Atas de Assembléia Geral, instrumento no qual foram oficializadas as posses das diretorias da Santa Casa, o auditor segmentou o procedimento fiscal em três autos de infração, devidos conforme o período de Administração do Conselho Diretor, a fim de responsabilizar os administradores somente pelos tributos devidos em seus mandato.

Encerrado o procedimento fiscal, foi lavrado Auto de Infração pela exigência de PIS/PASEP (R\$ 2.252,57 - fls. 674/677), CSLL (R\$ 3.465,50 - fls. 678/681), e COFINS (R\$ 10.396,55 - fls. 682/685) no período de 01/10/2011 a 01/05/2012, tendo sido acrescidos esse montante multa de 75% e juros de mora.

Cientificados sobre a lavratura dos autos, a contribuinte - Santa Casa de Misericórdia de Capivari - apresentou impugnação (fls. 719/722), oportunidade na qual informa que aderiu ao PROSUS⁵, motivo pelo qual requer o arquivamento do procedimento.

Os responsáveis solidários - administradores da contribuinte no período fiscalizado - também apresentaram suas impugnações⁶ tempestivamente.

A Delegacia de Julgamentos no Rio de Janeiro rejeitou todas as impugnações, mantendo o crédito tributário no montante exigido no Auto de Infração. Esse julgamento resultou na seguinte ementa:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de Apuração: 01/10/2012 a 01/05/2012

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA

Não se configura cerceamento do direito de defesa se o contribuinte demonstra na impugnação pleno conhecimento da

⁴ Art. 8º - São solidariamente responsáveis com o sujeito passivo os acionistas controladores, os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, pelos créditos decorrentes do não recolhimento do imposto sobre produtos industrializados e do imposto sobre a renda descontado na fonte.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas referidas neste artigo restringe-se ao período da respectiva administração, gestão ou representação.

⁵ Concessão de moratória e remissão das dívidas vencidas no âmbito da Secretaria da Receita Federal e da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional prevista na Lei n. 12.873 de 24/10/2013.

⁶ Antonio Carlos Rossi - fl. 795; Clóvis Alberto Di Stefano - fls. 807; Djalma Laurindo Aguirra - fls. 817; Iron Juliano - fl. 861; Vitório Sálvio dal Fabbro - fl. 934; Luiz Antonio Dal Fabbro - fl. 898, e Pascoal Marracini - fl. 782.

acusação e a ele foi dada a oportunidade de apresentar defesa tempestiva. A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento, de sorte que antes disto não há que se falar em cerceamento do direito de defesa.

Assunto: Outros Tributos ou Contribuições

Período de Apuração: 01/10/2012 a 01/05/2012

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DE MEMBROS DO CONSELHO DIRETOR DE PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO (PIS, CSLL E COFINS)

Os membros de conselho diretor de pessoa jurídica de direito privado são solidariamente responsáveis com o sujeito passivo pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com infração de lei, como o de não recolhimento de tributo retido.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

A Santa Casa de Misericórdia de Capivari foi considerada intimada sobre o teor do acórdão acima mencionado pela abertura da mensagem na Caixa Posta de seu Domicílio Tributário Eletrônico (DTE) em 29/04/2015, conforme atesta a certidão de folha 1025.

Os responsáveis solidários foram intimados sobre o acórdão proferido pela DRJ de origem via Aviso de Recebimento Postal⁷, e todos interpuseram recursos voluntários⁸, motivo pelo qual os autos do processo ascenderam a este Conselho.

É o relatório.

⁷ Sr. Pascoal Marracini, intimado em 05/05/2015 (fl. 1030); Sr. Luiz Antonio del Fabbro, intimado em 18/05/2015 (fl. 1038); Sr. Iron Juliano, intimado em 08/05/2015 (fl. 1032); Sr. Antonio Carlos Rossi, intimado em 22/05/2015 (fl. 1036); Sr. Djalma Laurindo Aguiar, intimado em 11/05/2015 (fl. 1034); Sr. Clovis Alberto di Stefano, intimado em 07/05/2015 (fl. 1026); Sr. Vitorio Sálvio Dal Fabbro, intimado em 08/05/2015 (fl. 1028).

⁸ O Sr. Clovis Alberto di Stefano interpôs recurso voluntário em 03/06/2015 (fls. 1040/1054); o Sr. Antonio Carlos Rossi interpôs recurso voluntário em 03/06/2015 (fls. 1056/1070); o Sr. Pascoal Marracini interpôs recurso voluntário em 03/06/2015 (fls. 1072/1086); o Sr. Luiz Antonio del Fabbro interpôs recurso voluntário em 05/06/2015 (fls. 1087/1106); o Sr. Iron Juliano interpôs recurso voluntário em 05/06/2015 (fls. 1108/1127); o Sr. Djalma Laurindo Aguiar interpôs recurso voluntário em 05/06/2015 (fls. 1128/1148) , e; o Sr. Vitorio Sálvio dal Fabbro interpôs recurso voluntário em 8/06/2015 (fls.1149/1164).

Voto Vencido

Conselheira Lenisa Prado

Inicialmente registro a tempestividade de todos os recursos voluntários que serão aqui apreciados. Consigno, também, que apesar de devidamente cientificada do teor do acórdão proferido pela instância de origem (certidão acostada à folha 1025), a Santa Casa de Misericórdia de Capivari não recorreu.

Os recursos voluntários dos senhores Clovis Alberto di Stefano (fls. 1040/1054), Antonio Carlos Rossi (fls. 1056/1070) e Pascoal Marracini (fls. 1072/1086) reproduzem exatamente os mesmos argumentos. Por esse motivo, trago breve síntese dos fundamentos neles contidos:

- 1) Informam que a Santa Casa de Misericórdia de Capivari aderiu ao PROSUS (previsto na Lei n. 12.873/2013) para a quitação dos débitos através de desconto diretamente nos repasses do Sistema Único de Saúde, conforme dispõe a Portaria Conjunta PGFN/RFB n. 03, de 26 de fevereiro de 2014. Deste modo, a exigibilidade dos créditos objeto do processo sob julgamento está suspensa, não sendo possível a superveniência de atos de cobrança. Assim, é imperativo que o tramite do processo também seja suspenso;
- 2) Diante da disposição do enunciado no verbete n. 430 da Súmula/STJ e pelo fato de que a Santa Casa de Misericórdia de Capivari - contribuinte principal - está promovendo o pagamento da dívida fiscal na forma permitida pela Lei n. 12.873/2013, não há se falar em responsabilização dos administradores como supostos responsáveis solidários;
- 3) Não existe nos autos nenhuma indicação que os administradores tenham praticado atos que infringissem as leis, o estatuto social ou que resultem em excesso de poderes. Também não há comprovação nos autos que o patrimônio da contribuinte seja insuficiente para arcar com o passivo tributário (art. 134 do CTN). Deste modo, é inviável a pretensão do auditor fiscal em desconstituir a personalidade jurídica da Santa Casa de modo a responsabilizar seus administradores;
- 4) Não há se falar, na hipótese dos autos, de apropriação indébita dos valores reclamados. O que houve, de acordo com os recorrentes, é o resultado das dificuldades financeiras da Santa Casa, o que torna apropriada a tese de inexigibilidade de conduta diversa por parte dos administradores.

Os argumentos de defesa dos Srs. Luiz Antonio del Fabbro (fls. 1087/1106), Iron Juliano (fls. 1108/1127), Djalma Laurindo Aguiar (fls. 1128/1148) e Vitório Sálvio dal Fabbro (fls. 1149/1164) são os mesmos, os quais passo a analisar:

- 1) Cada um dos recorrentes tecem considerações sobre a impossibilidade de responsabilização pelos tributos em razão do cargo que ocupavam na Santa Casa de Misericórdia de Capivari no período fiscalizado;
- 2) Também discorrem sobre a impossibilidade de responsabilização solidária, seja porque ainda "*não foram esgotadas todas as possibilidades de recebimento em face do devedor principal*", ou porque a contribuinte possui patrimônio suficiente para arcar com as dívidas;

3) Não há dolo na falta do pagamento dos tributos, porque essa falha decorre única e exclusivamente do fato de que a Santa Casa passa por graves problemas financeiros. Nessa linha de raciocínio, informam que não houve apropriação indevida de verbas destinadas ao pagamento dos tributos. Simplesmente tais recursos nunca existiram;

4) Não se aplica o conteúdo do art. 135 do CTN, que se destina às empresas privadas, aos fatos narrados nos autos, já que a Santa Casa - instituição sem fins lucrativos - exerce função pública e é mantida, essencialmente, pelos recursos públicos;

5) Por fim, informam que a adesão da contribuinte ao PROSUS suspende a exigibilidade do montante cobrado.

1. PROSUS. LEI N. 12.873/2013

De acordo com a Lei n. 12.873/2013⁹, a finalidade do PROSUS (Programa de Fortalecimento das Entidades Privadas Filantrópicas e das Entidades sem Fins Lucrativos que Atuam na Área da Saúde e que Participam de Forma Complementar do Sistema Único de Saúde) é, dentre outras, *promover a recuperação de créditos tributários e não tributários devidos à União* (inciso III do art. 24) e também *apoiar a recuperação econômico e financeira das entidades de saúde privadas filantrópicas e das entidades de saúde sem fins lucrativos* (art. 25).

A Prefeitura de Capivari considerou a contribuinte apta a se beneficiar do programa instituído pela Lei n. 12.873/2013 e aprovou a proposta da entidade em aderir ao PROSUS (fls. 773). Por esta razão, em sua impugnação, a Santa Casa de Misericórdia de Capivari requereu o arquivamento do processo sob julgamento (fls. 719/721).

Está nos autos comprovação que a contribuinte efetivamente encaminhou alguma documentação ao Ministério da Saúde, conforme determina a lei já mencionada (fls. 772). Porém, não é possível concluir se a correspondência encaminhada ao Ministério contém todos os documentos elencados no artigo 28¹⁰. Deste modo, ainda que se considere a aprovação tácita prevista no § 2º do art. 30 da mencionada lei, não há se considerar aprovado o pedido de adesão ao benefício.

Ademais, a legislação de regência impõe algumas outras condições, além do deferimento propriamente dito, para se obter os benefícios do PROSUS. De acordo com o art. 37 da Lei n. 12.873/2013, é necessário também a solicitação, *"na unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil ou da Procuradoria -Geral da Fazenda Nacional de seu domicílio tributário, o pedido de moratória, até 90 (noventa) dias após o deferimento do pedido de adesão"* (art. 37 da lei mencionada).

¹⁰ Art. 28. Para aderir ao Prosus, a entidade de saúde privada filantrópica e a entidade de saúde sem fins lucrativos apresentarão ao Ministério da Saúde, até 3 (três) meses após a publicação das normas de execução ou operacionalização pelo Ministro de Estado da Saúde a que se refere o art. 43, requerimento instruído com os seguintes documentos:

I . estatuto social e atos de designação e responsabilidade dos seus representantes legais;

II . plano de capacidade econômica e financeira de que trata o inciso IV do caput do art. 27;

III . aprovação do gestor local do SUS da oferta prevista no inciso II do caput do art. 27; e

IV . indicação do representante de direção ou administração da entidade de saúde responsável por:

a) coordenar e gerenciar a execução do plano de recuperação econômica e financeira; e

b) prestar informações, atender requerimentos e pedidos de diligências oriundos de órgãos e entidades públicas a respeito do plano de capacidade econômica e financeira.

A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, em conformidade com suas atribuições inerentes, publicou a Portaria Conjunta PGFN/RFB n. 3/2014, que impõe outros dois requisitos: a) petição de desistência dirigida ao Delegado da Receita Federal de Julgamento, em formato pré-determinado (§ 2º do art. 3º¹¹), e; b) o pedido de moratória deve vir acompanhado de autorização do gestor local do SUS (art. 38¹²).

Avaliando a documentação existente nos autos não é possível assegurar se a contribuinte - Santa Casa de Misericórdia de Capivari - realmente está usufruindo dos benefícios encartados na Lei n. 12.873/2013, já que não é possível concluir se todos os requisitos foram cumpridos.

E é de grande importância tal constatação, já que o § 6º do artigo 37 da lei regulamentadora expressamente prevê que:

§ 6º A moratória alcança as dívidas tributárias e não tributárias das entidades de saúde privadas filantrópicas e das entidades de saúde sem fins lucrativos na condição de contribuinte ou responsável. (grifo nosso)

A moratória estipulada pelo PROSUS é a dilação do prazo do vencimento do tributo para 180 (cento e oitenta) meses, objetivando viabilizar a superação da situação transitória de crise econômico-financeira da entidade beneficiada¹³. Deste modo, tem-se a suspensão da exigibilidade desses tributos até o final do prazo de duração do programa.

A leitura conjunta e sistemática dos § 6º do artigo 34 e § 1º do artigo 37 permite chegar a conclusão que os efeitos decorrentes da suspensão da exigibilidade dos tributos também devem alcançar os administradores/recorrentes, já que se enquadram na categoria "responsáveis" para fins tributários.

Irrefutável essa conclusão, já que a finalidade do programa é permitir o pagamento dos tributos devidos. Se ao final forem pagos, não há se falar em responsabilidade dos administradores/recorrentes. Também não há como conceber a exigência dos tributos pelos responsáveis solidários enquanto o contribuinte principal que está acobertado pelo benefício da inexigibilidade está, mensalmente, amortizando dívida tributária também atribuída aos recorrentes.

¹¹ Art. 3º Para inclusão na moratória dos débitos que se encontrem em discussão na esfera administrativa ou judicial, estejam ou não submetidos a causa legal de suspensão de exigibilidade, as entidades deverão desistir, de forma expressa e irrevogável, da ação judicial ou da impugnação ou recursos administrativos, inclusive relativos a créditos informados na Declaração de Compensação prevista no § 1º do art. 74 da Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996, não homologada e, cumulativamente, renunciar a quaisquer alegações de direito sobre as quais se fundem os processos administrativos ou as ações judiciais.

(...)

§ 2º A desistência da impugnação ou recurso administrativo deverá ser efetuada mediante petição dirigida ao Delegado da Receita Federal de Julgamento ou ao Presidente do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, conforme o caso, na forma do Anexo II.

¹² Art. 38. O pedido de moratória deverá vir acompanhado de autorização do gestor local do SUS para a retenção mensal pela União, para fins de pagamento das obrigações tributárias correntes, de valores do Fundo Nacional de Saúde que lhe seriam destinados para fins de repasse à entidade de saúde privada filantrópica ou à entidade de saúde sem fins lucrativos que requereu adesão ao Prosus.

§ 1º Concedida a moratória, seus efeitos ocorrerão a partir do primeiro dia do mês seguinte ao do pedido.

¹³ § 1º do artigo 37 da Lei n. 12.873/2013.

Em conclusão: caso se comprove que a contribuinte efetivamente faz jus ao benefício da moratória, os mesmos efeitos deverão ser concedidos aos administradores/recorrentes.

2. SOBRE A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS RECORRENTES

Por ser pertinente a solução da lide, transcrevo trecho do Termo de Declaração de Sujeição Passiva lavrado contra os administradores recorrentes:

*"Contra o Sr. (...) foram constatados fatos que configuram, em tese, crime contra a ordem tributária, tipificado no **art. 2º, inciso II da lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990**; isto é, crime de apropriação indébita.*

Nas DIRF dos anos-calendário de 2009, 2010, 2011 e 2012 foram informadas retenções de Imposto de Renda sem os devidos recolhimentos integrais, constatados através das informações dos sistemas informatizados da RFB. A retenção foi também comprovada mediante análise de recibos de pagamentos de funcionários da contribuinte, cujas cópias encontram-se no processo mencionado acima. Também houve retenção de contribuições sociais, retidas de pessoas jurídicas prestadoras de serviços, e não recolhidas aos cofres públicos.

Havendo retenção do tributo sem o correspondente recolhimento, exige-se o débito da fonte pagadora, no caso o sujeito passivo, que também incorre em crime de apropriação indébita (art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90) e caracteriza-se como depositária infiel de valor pertencente à Fazenda Pública (Lei n. 8.866/94).

*Para essa hipótese (retenção sem recolhimento), há ainda previsão, no **Decreto-Lei n. 1.736/90**, de responsabilidade solidária dos sócios administradores, com fundamento no art. 124, inciso II, e art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional, Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966.*

Ante o exposto, restou caracterizada a sujeição passiva solidária nos termos do art. 124, inciso II, e art. 135, inciso III, da Lei n. 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional) ao Sr. (...)"

De acordo com a Teoria dos Motivos Determinantes, o ato administrativo está forçosamente vinculado aos fatos concretos apurados e aos fundamentos legais que lhe dão suporte. Trago a conhecimento alguns estudos que são adequados para a solução da questão:

"A importância da descrição dos fatos deve-se à circunstância de que é por meio dela que o autuante demonstra a consonância da matéria de fato constata na ação fiscal e a hipótese abstrata constante da norma jurídica. É, assim, elemento fundamental do material probatório coletado pela autoridade lançadora, posto que uma minudente descrição dos fatos pode até suprir eventuais incorreções no enquadramento legal adotado no auto de infração (...); o contrário é que, via de regra, não se admite, até porque, no mais das vezes, não há como aferir a correção do fundamento legal, se não se puder saber, com precisão, quais os fatos que deram margem à tipificação legal e à autuação. Por meio da descrição dos fatos é que fica estabelecida a conexão

*entre todos os meios de prova coletados e/ou produzidos (documentos fiscais, relatórios, termos de intimação e declaração, demonstrativos, etc) e explicitada a linha de encadeamento lógico destes elementos, com vistas à demonstração da plausibilidade legal da autuação"*¹⁴.

Seguindo a mesma esteira de raciocínio, é o entendimento de Maria Teresa Martinez López e Marcos Vinicius Neder:

"a errônea compreensão dos fatos ocorridos ou do direito aplicável é vício que dificilmente poderá ser sanado no curso do processo, pois incide no motivo do ato. Não é vício formal na descrição, mas no próprio conteúdo do ato. Não adianta a repetição do lançamento pela autoridade com a finalidade de aproveitamento do ato anterior pela sua convalidação, pois remanesce na nova norma individual e concreta introduzida a mesma anomalia. A correção só poderá ser empreendida por meio da invalidação do lançamento original e a formalização de nova exigência fiscal, se ainda dentro do prazo decadencial".

Na hipótese dos autos, a fiscalização adotou em seu relatório ações e fundamentos normativos que não correspondem a conclusão a que chegou. O não recolhimento das contribuições¹⁵, - matéria sob julgamento - não enseja a responsabilidade solidária alegada.

O art. 8º do Decreto-lei n. 1.736/79¹⁶ versa sobre exclusivamente sobre a apropriação indevida de Imposto sobre Produtos Industrializados e Imposto de Renda Retido na Fonte. Logo não se aplica a PIS/Pasep ou a COFINS exigidos nos presentes autos.

Não há qualquer menção pelo fiscal autuante que os ora recorrentes tenham agido com excessos de poderes, ou que tenham infringido a lei, contrato social ou estatutos, requisitos essenciais para a aplicação do artigo 135 do CTN.

Nesse sentido é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, consolidado no julgamento do Recurso Especial n. 1.101/728, submetido à sistemática dos recursos repetitivos. Esse paradigmático acórdão resultou na seguinte ementa:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. DISPENSA. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO. TRIBUTO NÃO PAGO PELA SOCIEDADE.

1. A jurisprudência desta Corte, reafirmada pela Seção inclusive em julgamento pelo regime do art. 543-C do CPC, é no sentido de que "a apresentação de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais – DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS – GIA, ou de outra declaração dessa

¹⁴ MICHELS, Gilson W. *Processo Administrativo Fiscal: anotações ao Decreto n. 70.235/1972*.

¹⁵ Arts. 1º e 6º da IN/SRF n. 459/2004.

¹⁶ Art. 8º São solidariamente responsáveis com o sujeito passivo os acionistas controladores, os diretores, os gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, pelos créditos decorrentes do não recolhimento do imposto sobre produtos industrializados e do imposto sobre a renda descontado na fonte.

natureza, prevista em lei, é modo de constituição do crédito tributário, dispensando, para isso, qualquer outra providência por parte do Fisco" (REsp 962.379, 1ª Seção, DJ de 28.10.08).

2. É igualmente pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de que a simples falta de pagamento do tributo não configura, por si só, nem em tese, circunstância que acarreta a responsabilidade subsidiária do sócio, prevista no art. 135 do CTN. É indispensável, para tanto, que tenha agido com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto da empresa (REsp 374.139/RS, 1ª Seção, DJ de 28.02.2005).

3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.

(REsp 1101728/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 11/03/2009, DJe 23/03/2009)

Assim, ainda que a Santa Casa de Misericórdia de Capivari não cumpra com os requisitos previstos na Lei n. 12.873/2013 (PROSUS), entendo que aos recorrentes não pode ser imputada a cobrança sob análise, uma vez que não há nos autos prova de que tenham agido com excessos ou ilegalidades condicionantes do art. 135 do CTN.

Diante do que dispõe o acórdão proferido nos autos do Recurso Especial n. 1.101.728/SP e da regra contida na alínea *b* do inciso II do art. 62 do RICARF, dou integral provimento ao recursos voluntários apresentados por Antonio Carlos Rossi, Clóvis Alberto Di Stefano, Djalma Laurindo Aguirra, Iron Julian, Vitório Sálvio dal Fabbro, Luiz Antonio Dal Fabbro, e Pascoal Marracini.

É como voto.

Lenisa

Prado

-

Relatora

Voto Vencedor

Voto Vencedor, Domingos de Sá Filho.

Ousei discorda da i. Relatora, tão-só, quanto à responsabilidade solidária dos dirigentes em relação às retenções de contribuições de empregados e terceiros não recolhidos nas épocas próprias.

Tenho que o fato da entidade beneficente estar em situação dificuldade financeira, por si só, não é suficiente para afastar a responsabilidade daqueles que procedem aos descontos e ficam de posse de recursos, deixando de recolher aos cofres ente público.

Essa é exatamente a conduta praticada que leva a responsabilização e configura apropriação indébita, sujeita as penas previstas pelo Código Penal Brasileiro.

A responsabilidade só alcança às importâncias retidas, pois, tenho que o eventual descumprimento da lei em relação às contribuições não recolhidas por dificuldade financeira, desde que as obrigações estejam contabilizadas e declaradas a Autoridade Tributária, descaracteriza a infração, não podendo falar em responsabilidade, por que é praticada no exercício regular de administração.

Como é de conhecimento geral, dívida por si só não configura conduta capaz de levar a responsabilidade. Mas deixar de recolher valores retidos sobre a folha de pagamento e outros, esse comportamento subsumi a situação típica capaz de atribuir responsabilidade aos dirigentes que deixam de efetivar o pagamento do quanto retido, motivo pelo qual em relação aos valores retidos e não pago impõe em manter a solidariedade.

É como voto.

(assinatura digital)

Domingos de Sá Filho