



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15983.720156/2018-07
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2201-011.329 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 7 de novembro de 2023
Recorrente ASSOCIAÇÃO SANTAMARENSE DE BENEFICÊNCIA DO GUARUJÁ
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2014 a 31/12/2015

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. RETENÇÃO 11% SOBRE VALOR DE NOTA FISCAL.

A empresa contratante de serviços é obrigada a reter e recolher 11% sobre o valor bruto da Nota Fiscal ou Fatura.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ADMINISTRADORES.

Respondem solidariamente com o contribuinte pelos créditos tributários que decorrerem da prática de atos ilícitos, os administradores, que tenham feito parte.

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA CARF Nº 2.

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

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. RETROATIVIDADE BENIGNA. APLICAÇÃO.

Nos termos da legislação, aplica-se legislação de forma retroativa a ato ou fato pretérito, quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário, para reduzir a multa qualificada para 100%, em função da retroatividade benigna.

(documento assinado digitalmente)

Marco Aurelio de Oliveira Barbosa - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Douglas Kakazu Kushiya - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Debora Fofano dos Santos, Douglas Kakazu Kushiya, Francisco Nogueira Guarita, Fernando Gomes Favacho, Luciana

Matos Pereira Sanchez (suplente convocado(a)), Marco Aurelio de Oliveira Barbosa (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto da decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de fls. 529/539, a qual julgou procedente o lançamento decorrente da falta de retenção de contribuições sociais previdenciárias.

Peço vênia para transcrever o relatório produzido na decisão recorrida:

Trata-se de processo referente a Auto de Infração – AI, contra o sujeito passivo em epígrafe, com valor consolidado, em 9/11/2018, de R\$ 497.346,25, relativo à exigência de contribuições destinadas à previdência social (código de receita 2193) referentes à retenção de 11% sobre valores pagos por serviços prestados com seção de mão de obra, nas competências de 01/2014 a 07/2014 e 12/2015 (formulário de autuação de fls. 2/10).

Relatório Fiscal.

Consta no Termo de Verificação Fiscal e Encerramento Total – TVF (relatório fiscal) dos autos de infração (fls. 11/24) conforme segue.

Os valores lançados se referem a contribuições sociais previdenciárias retidas de terceiros (retenção dos 11%) incidentes sobre o valor bruto dos serviços contidos em Notas Fiscais/Faturas/Recibos de prestação de serviços.

Além do autuado foi considerado sujeito passivo solidário o dirigente Urbano Bahamonde Manso.

A Associação Santamarense de Beneficência do Guarujá é a entidade mantenedora do Hospital Santo Amaro, com sede à Rua Quinto Bertoldi, 40, Vila Maia, Guarujá (SP).

Conforme a Ata da Assembleia Geral Extraordinária consta como Diretor Presidente o Sr. Urbano Bahamonde Manso.

De acordo, com o Estatuto Social da Associação, artigo 2º, ela tem como finalidade "a realização de atividades na área da saúde, assistência social, educação e cultura, como instrumento de promoção, defesa e proteção da comunidade em geral. E, conforme seu artigo 1º ela se define como uma associação civil de natureza beneficente e filantrópica, sem fins econômicos ou lucrativos.

Intimações.

Dentre outras informações contidas no relatório fiscal acerca das intimações fiscais, consta no TVF como segue.

O início dos trabalhos de auditoria foi formalizado, em 30/1/2018, com a lavratura do Termo de Início de Procedimento Fiscal – TIPF, cuja ciência do contribuinte deu-se por via postal, em 1/2/2018. Em 19/2/2018 foi peticionado nesta DRF/Santos, requerimento de prazo suplementar de trinta dias para apresentação dos documentos requisitados ao contribuinte.

No dia 23/10/2018, foi efetuado contato telefônico com a Sra Graziela Oliveira da Silva, Contadora, CRC - 1SP 301289/O-4, a fim de dirimir algumas dúvidas surgidas acerca da insuficiência de recolhimentos a título de retenção dos 11% incidentes sobre a cessão de mão de obra dos serviços contratados pela Associação.

Em atenção a essa solicitação, foi encaminhado à fiscalização o Ofício HSA nº 729/2018 (Anexo I – retenção dos 11%), datado de 7/11/2018, com identificação clara e precisa dos valores retidos e não recolhidos. Esse documento serviu de base para a lavratura deste Auto de Infração.

Fatos geradores.

São fatos geradores das contribuições lançadas, os pagamentos/faturamentos de serviços (relativos à cessão de mão-de-obra) prestados ao contribuinte (ASBG). Tais fatos geradores foram constatados mediante análises dos lançamentos contábeis, das notas fiscais e GPS que nos foram apresentados.

Especificamente, uma vez que foram identificados, na contabilidade do contribuinte, valores escriturados na conta "INSS a recolher PJ" a título de retenção dos 11%, solicitou-se, como mencionado, que o contribuinte comprovasse o total recolhimento, mediante apresentação das respectivas GPS (cód 2631).

A Sra. Graziela Oliveira da Silva, Contadora, CRC - 1SP 301289/O-4, encaminhou à fiscalização planilha em arquivo "pdf" com a identificação dos valores retidos a título de 11% e não recolhidos, que foi objeto de conferência durante a ação fiscal.

Multa qualificada.

Por meio do AI tratado nos autos, a auditoria fiscal se restringiu a lançar aqueles valores reconhecidos na escrita contábil do contribuinte como INSS a recolher de PJ (11%) que não foi recolhido em época própria. Apontou ainda a fiscalização, que foram juntados, aos autos, documentos que comprovam o desconto e o não recolhimento da contribuição lançada e:

[...] não é por demais lembrar que o comando legal (Lei nº 8.212/91) traz a presunção *juris et de jure* do desconto dos 11% sobre as notas fiscais emitidas pelos contratados. Neste diapasão, será formalizada a devida REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENALIS - RFFP (Processo Nº 15983- 720.157/2018-43), com comunicação à autoridade pública competente para a proposição de eventual ação penal – Ministério Público Federal, em relatório à parte, para cumprimento do disposto na Portaria RFB Nº 2.439/2010, uma vez que restou configurado, EM TESE, a APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA, crime previsto no art. 168-A do Código Penal, na redação dada pela Lei nº 9.983 de 14/07/00.

O fato resultou na aplicação de multa qualificada (150%) incidente sobre as contribuições lançadas como decorrência dos procedimentos adotados pelo contribuinte, consoante previsto no § 1º do artigo 44 da Lei nº 9.430/1996.

Sujeição passiva solidária.

De acordo com o relatório fiscal (TVF), em função da identificação de apropriação indébita previdenciária (constam notas fiscais e ofício da fiscalizada, por meio do qual, confessa o desconto e não recolhimento), restou evidenciada a intenção dolosa do diretor-presidente da ASBG, Sr. Urbano Bahamonde de não recolher a contribuição previdenciária descontada terceiros (retenção dos 11%) e, por essa razão, teria restado caracterizada hipótese prevista na legislação que resulta na sua sujeição passiva solidária pelo tributo devido.

Da impugnação

O contribuinte foi intimado e impugnou o auto de infração, e fazendo, em síntese, através das alegações a seguir descritas.

O Sr. Urbano Bahamonde Manso e o contribuinte foram cientificados da autuação em 14/11/2018, conforme Avisos de Recebimento - AR de fl. 488/491.

O autuado apresentou defesa em 12/12/2018, conforme Termo de Solicitação de Juntada (fl. 498), de fls. 500/526, na qual, basicamente:

Direito. Necessária aplicação do Princípio da Verdade Material.

Tece considerações sobre o Direito Administrativo, sobre as limitações à ação da autoridade administrativa, sobre o Princípio da Verdade Material, citando doutrina, Diz que, no presente caso, a Administração Pública não aplicou o princípio da Verdade Material haja vista que a Autoridade Tributária simplesmente baseou toda a sua fundamentação em simples planilha elaborada unilateralmente por profissional contábil, sem sequer ter sido diligenciado para constatar se os valores destacados nas respectivas

notas fiscais correspondem aos referidos lançamentos, uma vez que nas notas fiscais é que estão lançados os valores que devem ser retidos, e não em planilha exemplificativa.

Alega que, com base em simples planilha não é possível aferir sequer se os valores lançados nas notas fiscais foram efetivamente pagos por ele, ou seja, se os prestadores de serviços e/ou fornecedores foram efetivamente pagos com o correspondente desconto da contribuição previdenciária.

Assevera que as referidas informações somente podem ser apuradas com base na análise das notas fiscais conciliadas com os pagamentos efetuados, uma vez que, caso contrário, na hipótese de não pagamento das notas fiscais, obviamente não houve a retenção da contribuição.

Alega que não há notícia de qualquer diligência com o escopo de verificar a real ocorrência da apropriação indébita, limitando-se a autoridade tributária a colacionar planilha com o suposto lançamento de valores aleatórios, com a simples menção de valores, desacompanhada de qualquer outro documento que corrobore as suas afirmativas, fato este que compromete a aplicabilidade do Princípio da Verdade Real.

Conclui que a autoridade tributária deveria ter realizado diligências para a verificação das circunstâncias que ensejaram a emissão das notas fiscais, como também a apuração dos seus respectivos pagamentos, total ou parcial, com escopo de apurar a verdade material dos fatos que regem todos os atos administrativos.

A fiscalização adotou a presunção de que ele simplesmente não repassou os valores devidos a título da retenção previdenciária, sem se dar ao trabalho de constatar se as referidas retenções efetivamente ocorreram.

Assevera que a decisão operou com manifesta ilegalidade ao atribuir responsabilidade pelo pagamento de quantia supostamente retida sem a apresentação de qualquer documento que comprove os seus argumentos, e, pior, aplicou multa de ofício qualificada, majorando o valor devido em 150%, o que é manifestamente inconstitucional.

Qualificação da multa de ofício.

Diz ser de notório conhecimento que a multa na forma como aplicada pelo Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil somente pode ser eleita na hipótese de restar comprovada a ocorrência de fraude, dolo ou conluio numa tentativa de induzir a erro a Administração Pública.

Assevera que na prática de atos revestidos de fraude ou sonegação a má fé é elemento onipresente, de forma que não é toda e qualquer ação praticada com o objetivo de frustrar a ocorrência do fato gerador que pode ser qualificada como fraude, podendo o contribuinte optar por meios lícitos de economia fiscal.

Diz que o dolo corresponde ao elemento subjetivo do tipo, vale dizer, para restar configurado o dolo não basta almejar o resultado, mas sim ter a consciência do ato ilícito praticado e querer realizar a conduta definida no tipo legal.

Tece considerações sobre dolo, fraude e diz que compete à Fazenda Pública a prova da ocorrência de fraude.

Diz que a mera afirmação unilateral do Fisco efetuada após a análise de simples planilha confeccionada unilateralmente, com completo desconhecimento dos documentos que embasaram a sua confecção, é atitude que não tem amparo no nosso direito positivo porquanto finda por menoscabar a própria garantia constitucional de ampla defesa.

Disserta sobre provas, meios de prova nos casos de fraude ou simulação.

Assevera que para provar a simulação ou fraude, todos os meios são relevantes e devem ser considerados, devendo ser observado o devido processo legal disponível para a matéria, cabendo, no caso do procedimento administrativo, o sistema probatório inquisitivo, com o escopo de alcançar a verdade material, com o Fisco suportando o ônus da prova, caso a legislação não o transfira para o contribuinte ou crie casos de

presunções, de modo a garantir uma segura apreciação e valoração da prova por parte da autoridade competente.

Tece considerações sobre a licitude de elisão de tributos e sobre simulação.

Cita decisão do extinto Conselho de Contribuintes para amparar seu argumento de que não pode haver presunção de fraude e que deve ser provado o dolo.

Aponta que no caso, o Fisco sequer produziu provas visando demonstrar que a Impugnante praticou fraude ou simulação em afronta à lei, se limitando a noticiar que a Impugnante supostamente deixou de repassar os valores retidos a título de contribuição previdenciária, sem a demonstração do dolo necessário para a caracterização do fato exposto no auto de infração, o que, ao seu ver, basta para aplicar multa no seu percentual máximo.

Requer o imediato cancelamento da multa ora imposta é medida que se impõe, haja vista que a ausência dos requisitos legais necessários para a sua imposição.

Ofensa aos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade.

Afirma que dos fatos narrados em sua peça de defesa, resta demonstrada a cristalina ofensa ao princípio da proporcionalidade, verdadeira fraude à vedação ao excesso, citando doutrina, legislação e decisão de Tribunal Superior em processo do qual não é parte.

Tece considerações sobre o Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade.

Diz que, ao aplicar multa exorbitante à pessoa física decorrente da prática de ato imposto por empresa empregadora, sob pena de sofrer demissão sumária, a autoridade tributária está fraudando de maneira clara o princípio da razoabilidade.

Conclui que a penalidade aplicada à Impugnante é desproporcional e desarrazoada, razão pela qual deve ser anulada, sob pena de negativa de vigências aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Aplicação de multa com efeito confiscatório.

Diz que a penalidade aplicada tem efeito confiscatório e despreza a capacidade contributiva.

Tece considerações sobre os dispositivos constitucionais que tratam da capacidade contributiva, sobre multa moratória e punitiva e suas finalidades, citando trecho decisão do STF em processo do qual não é parte e Súmulas do STF que tratam de casos da massa falida.

Afirma que no sistema em que há previsão de juros e correção monetária destinados a promover a indenização e recomposição da moeda, respectivamente, a imposição de multas elevada acarreta verdadeiro confisco do patrimônio do contribuinte.

Conclui que diante dos preceitos constitucionais que disciplinam a matéria acima indicados, tais como o princípio da capacidade contributiva e da vedação de confisco, não é possível que a Autoridade Tributária promova a cobrança de multa com nítido caráter confiscatório.

Assevera que, além de violar o princípio da capacidade contributiva e desvirtuar a função da multa punitiva, o valor ora exigido configura evidente confisco, igualmente reprimido pela Constituição Federal. Cita doutrina para fundamentar sua alegação e decisão do STJ que trata da ausência de distinção de multa moratória e punitiva.

Diz que o abuso que ocorre com a cobrança de multas fiscais, moratórias e punitivas, decorre do advento do instituto da correção monetária, sobretudo, da livre instituição de seus índices, ou seja, da inobservância do Princípio da Motivação. Cita decisões do STF em processo do qual não é parte que tratam de limitação às multas tributárias.

Conclui que, com base no entendimento consolidado do Colendo Supremo Tribunal Federal, é vedada a aplicação de multa punitiva em valor exorbitante, incidente sobre o

valor da operação, sob pena de haver caracterização do confisco, expressamente vedado pela Constituição da República - CR, artigo 150, inciso IV.

Afirma que restou demonstrada a inconstitucionalidade da aplicação de excesso de multa, devendo ela ser reduzida até que atinja montante eminentemente indenizatório.

Pedido.

Requer seja acolhida a presente defesa administrativa, a fim de que seja julgado improcedente o Auto de Infração decorrente do Mandado de Procedimento Fiscal nº 0810600.2018.00016-4.

Da Decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento

Quando da apreciação do caso, a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento julgou procedente a autuação, conforme ementa abaixo (e-fl. 529):

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2014 a 31/12/2015

CONTRIBUIÇÕES. RETENÇÃO.

A empresa tomadora de serviços com cessão de mão-de-obra é obrigada a efetuar a retenção de 11% relativa a contribuição sobre o valor desses serviços contidos nas notas fiscais, faturas ou recibos e a recolher essa contribuição em favor da Previdência Social.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ADMINISTRADORES.

Os administradores respondem solidariamente com o contribuinte pelos créditos tributários que decorrerem da prática de atos ilícitos do qual fizeram parte.

MULTA QUALIFICADA.

As multas aplicadas serão duplicadas quando o contribuinte incorrer em sonegação, fraude e conluio.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Do Recurso Voluntário

O Recorrente, devidamente intimado da decisão da DRJ, apresentou o recurso voluntário de fls. 556/599, reiterando as alegações apresentadas em sede de impugnação: (a) da necessária aplicação do princípio da verdade material; (b) da qualificação da multa de ofício; (c) da ofensa aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade; (d) da aplicação de multa com efeito confiscatório; (e) do breve histórico da administração da recorrente (argumento novo); (f) a responsabilidade dos sócios e administradores, e a desconsideração da personalidade jurídica (argumento novo); (g) da falta de evidências quanto à ocorrência de atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei (argumento novo); (h) da necessidade de produção de provas na construção dos fatos para demonstrar infração à lei ou contrato social (argumento novo); (i) os meios de provas aceitos pela legislação civil e sua importância para os atos do procedimento administrativo nos casos de simulação e fraudes (argumento novo).

Este recurso compôs lote sorteado para este relator em Sessão Pública.

É o relatório do necessário.

Voto

Conselheiro Douglas Kakazu Kushiya, Relator.

Do Recurso Voluntário

O presente Recurso Voluntário foi apresentado no prazo a que se refere o artigo 33 do Decreto n. 70.235/72 e por isso, dele conheço e passo a apreciá-lo.

Inicialmente, merece destaque o fato de que o contribuinte trouxe em sede de recurso, argumentos sobre a inocorrência dos fatos geradores, sob os quais, operou-se a preclusão.

Deste modo, o recurso voluntário comporta conhecimento parcial, pois o contribuinte trouxe matérias estranhas ao litígio instaurado com a impugnação ao lançamento, nos termos do disposto nos artigos 14, 16 e 17 do Decreto nº 70.235/1972:

Art. 14. A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento.

Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir;(Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.

Logo, conheço em parte do recurso voluntário.

Quanto às alegações trazidas pelo recorrente, sob as quais se instaurou o litígio administrativo, pedimos vênias para transcrever trecho da decisão recorrida, com as quais concordo e me utilizo como fundamento e razão de decidir:

(...)

O presente processo, como relatado, se refere a Auto de Infração – AI, lavrado contra o sujeito passivo em epígrafe e pessoa física considerada responsável solidária (Urbano Bahamonde Manso), com valor consolidado, em 9/11/2018, de R\$ 497.346,25, relativo à exigência de contribuições destinadas à previdência social (código de receita 2193), retenção de 11% sobre valores pagos por serviços prestados com seção de mão de obra, nas competências de 01/2014 a 07/2014 e 12/2015 (formulário de autuação de fls. 2/10).

A defesa, essencialmente, aponta que não foi aplicado pela autoridade tributária o Princípio da busca da verdade material, de modo a comprovar que houve efetivamente a retenção por parte da entidade com participação do administrador. Aponta, ainda, que as multas são desproporcionais, confiscatórias, não razoáveis e, portanto, inconstitucionais.

Observa-se que, apesar de alegar, o contribuinte não juntou aos autos elementos para provar que não ocorreram as retenções indicadas nos demonstrativos de fls. 55/65 e documentos de fls. 415/416, ou que teria efetuado os recolhimentos antes da autuação.

As cópias dos balancetes consolidados de 12/2014 e 12/2015 (fls. 34/54) reforçam a informação fiscal de que o contribuinte, apesar de reconhecer que reteve contribuições de pessoas jurídicas e que tal obrigação era devida por ele, não estava recolhendo os valores retidos sobre os pagamentos de faturas onde havia a retenção obrigatória de 11% referente à cessão de mão-de-obra.

Especificamente, a existência de saldos na conta nº "2.1.1.4.00.009 INSS retido a recolher PJ" demonstra a permanência, em mais de uma competência, de importâncias reconhecidas como devidas a título de retenção na contabilidade, sem que houvesse o integral recolhimento dos saldos iniciais relativos ao mês anterior.

Observa-se que o demonstrativo de fls. 55/65 discrimina, por nota fiscal, os valores faturados, valores destacados relativos à retenção de 11%, e os valores que foram eventualmente recolhidos pelo tomador de serviços (o contribuinte).

Constata-se que, de fato, a fiscalização lavrou termo de constatação fiscal e intimou o contribuinte a justificar as divergências entre os valores retidos a recolher registrados na

contabilidade do autuado e os valores declarados nas GFIP a esse título (documento de fls. 403/413).

Verifica-se que, como foi informado pela autoridade tributária, o contribuinte, por meio do Ofício HSA nº 729/2018 (documentos de fls. 415/416) reconheceu, que havia o registro na sua contabilidade de valores referentes à retenção de 11% efetuada sobre os valores pagos a prestadores de serviço e que, parte desses valores não foram recolhidos em época própria, em relação às competências consideradas no auto de infração tratada no presente processo. Esse documento foi assinado pelo Diretor-Presidente.

Por sua vez, as cópias de notas fiscais juntadas às fls. 417/438 evidenciam a ocorrência de prestação de serviços com destaque de retenção de 11% em nota fiscal emitida contra o autuado, nas competências consideradas na autuação.

Observa-se, ainda, que não houve o desatendimento do Princípio de busca da verdade material, na medida em que a fiscalização, para lavrar o auto de infração em comento se valeu de informações requeridas após análise dos registros contábeis do contribuinte, e que foram elaboradas pelo autuado. Não havendo que se falar que as retenções consideradas se referem a presunção ou que o auto de infração seria nulo.

Uma vez que a evidência da ocorrência de retenções sem recolhimento identificada pela fiscalização restou confirmada Expressamente por declaração do próprio autuado, com participação do Diretor-presidente, na qual há (além da confirmação de ocorrência de retenção sem recolhimento), a indicação dos valores retidos e não recolhidos, e as competências a que eles se referem, ao contrário do que alega o impugnante, não seria necessária a realização de outras buscas e diligências por parte da fiscalização de modo a comprovar o descumprimento da obrigação tributária tratada no presente processo.

Dessa feita, diante das informações prestadas pelo próprio contribuinte e considerando-se que havia contabilização das retenções que efetuou como obrigações tributárias não recolhidas, tem-se que resta evidenciada conduta dolosa que resultou na apropriação de contribuições devidas à Previdência Social reduzindo os valores que deveriam ser recolhidos e declarados como obrigações tributárias do contribuinte.

Responsabilização solidária de administradores.

Consta no estatuto da associação (documentos de fls. 439/474) que:

Artigo 14. A ASSOCIAÇÃO tem como órgãos administrativos e deliberativos a Assembléia Geral, a Diretoria e o Conselho Fiscal.

[...]

Artigo 50. A ASSOCIAÇÃO é dirigida e administrada por uma Diretoria, constituída por associados Efetivos, sem cargos vitalícios e assim constituída:

I - Diretor Presidente;

II - Diretor Vice-Presidente;

III - Diretor 1º Secretário;

IV - Diretor 2º Secretário;

V - Diretor 1º Tesoureiro;

VI - Diretor 2º Tesoureiro.

[...]

Artigo 53. Compete á Diretoria:

[...]

II - Dirigir e administrar a ASSOCIAÇÃO;

IV - abrir e fechar Filiais, Departamentos e Núcleos de Atividades;

[...]

VI - deliberar sobre assuntos de interesse social;

[...]

VIII - aprovar e homologar o Regulamento do Corpo clínico do Hospital Santo Amaro;

[...]

IX - celebrar contratos, convênios e demais atos jurídicos necessários à consecução dos objetivos da ASSOCIAÇÃO, inclusive para realizar parcerias público-privadas (PPP's), bem como para administrar o Hospital e outras unidades da instituição;

Ainda, conforme Estatuto, artigo 54, constata-se que o Diretor Presidente, tem como atribuições: representar a associação ativa e passivamente, em juízo ou fora dele, perante órgãos públicos, administrativos e particulares e, em geral, nas suas relações com terceiros.

Como os valores lançados resultaram da ação da autuada, que sem a autorização do administrador Urbano Bahamonde Manso - Presidente no período considerado nas autuações (que inclusive assinou o ofício informando a ocorrência de retenções sem o recolhimento - documento de fls. 415/416), não poderia ter ocorrido, em que pesem os argumentos da defesa em sentido contrário, tem-se que foi correto o procedimento fiscal em considerá-lo devedor solidário em razão do disposto no CTN, artigo 135, inciso III, que determina que:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

[...]

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

(...)

Portanto, não procedem as alegações do recorrente.

Ofensa aos princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade

Aplicação de multa com efeito confiscatório.

A alegação de ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e aplicação da multa com efeito confiscatório é matéria em que o próprio Decreto n. 70.235/72 veda que os órgãos de julgamento administrativo fiscal possam afastar aplicação ou deixem de observar lei ou decreto sob fundamento de inconstitucionalidade. Neste sentido temos:

“Decreto n. 70.235/72

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.”

No mesmo sentido do mencionado artigo 26-A do Decreto n. 70.235/72, vemos o disposto no artigo 62 do Regimento Interno - RICARF, aprovado pela Portaria MF n. 343 de junho de 2015, que determina que é vedado aos membros do CARF afastar ou deixar de observar quaisquer disposições contidas em Lei ou Decreto:

“PORTARIA MF Nº 343, DE 09 DE JUNHO DE 2015.

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.”

Por fim, a Súmula CARF n. 2 também dispõe que este Tribunal não tem competência para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. Veja-se:

“Súmula CARF n. 2

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

Portanto, não procede esta alegação.

Da multa qualificada

No caso em questão, houve o agravamento da multa prevista nos termos do disposto no artigo 44, § 1º, da Lei nº 9430/1996, com a redação vigente à época dos fatos:

“Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

(...)

§1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será *duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964*, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Logo, deve ser aplicada a retroatividade benigna prevista no artigo 106, II, “c”, do Código Tributário Nacional:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

(...)

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Isso porque a Lei nº 14.689/2023 alterou o disposto no artigo 44 da Lei nº 9430/1996, nos seguintes termos:

“Art. 44.

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do **caput** deste artigo será majorado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis, e passará a ser de:

.....

VI –100% (cem por cento) sobre a totalidade ou a diferença de imposto ou de contribuição objeto do lançamento de ofício

Logo, a multa, que era de 150% deve ser reduzida ao patamar de 100%.

Conclusão

Diante do exposto, conheço do recurso voluntário e dou-lhe parcial provimento para reduzir a multa de ofício qualificada ao patamar de 100%, com fundamento da retroatividade benigna.

(documento assinado digitalmente)

Douglas Kakazu Kushiya

Fl. 11 do Acórdão n.º 2201-011.329 - 2ª Sejul/2ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 15983.720156/2018-07