



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15983.720164/2018-45
Recurso De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 2201-011.330 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 7 de novembro de 2023
Recorrentes ASSOCIAÇÃO SANTAMARENSE DE BENEFICENCIA DO GUARUJA
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

RECURSO DE OFÍCIO. CONHECIMENTO. SÚMULA CARF Nº 103.

Recurso de ofício em que o crédito tributário exonerado ultrapassa o limite de alçada deve ser conhecido.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ADMINISTRADORES.

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

PRELIMINAR DE NULIDADE.

O procedimento fiscal foi sido instaurado de acordo com as normas vigentes, possibilitando ao contribuinte o exercício do contraditório e da ampla defesa, é incabível a nulidade requerida.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. ENTIDADE BENEFICENTE. ISENÇÃO COTA PATRONAL.

Somente fará jus à isenção da cota patronal das contribuições previdenciárias a entidade beneficente de assistência social que cumprir, cumulativamente, as exigências contidas no art. 14 do CTN.

DESCONSIDERAÇÃO DE ATO OU NEGÓCIO JURÍDICO.

A autoridade tributária deve desconsiderar ato ou negócio jurídico praticado pelo contribuinte, em desconformidade com a lei, com o objetivo de viabilizar o descumprimento de requisito previsto na legislação para o gozo de isenção.

EFETIVIDADE NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS.

Cabe à entidade em gozo de isenção demonstrar a efetividade da prestação dos serviços executados por terceiros que justificam os pagamentos por ela efetuados.

CONTRIBUIÇÕES.

A empresa é obrigada a recolher as contribuições a seu cargo.

INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA. OMISSÃO DE FATOS GERADORES.

Apresentar GFIP omitindo fatos geradores ou contribuições previdenciárias constitui infração à legislação.

ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE OU DECLARAÇÃO DE ILEGALIDADE DE NORMAS. 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 negar provimento ao recurso de ofício. Quanto ao recurso voluntário, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial para reduzir a multa qualificada para 100%, em função da retroatividade benigna.

(documento assinado digitalmente)

Marco Aurélio 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 e Recurso de Ofício interpostos da decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de fls. 1386/1439, a qual julgou a impugnação procedente em parte e manteve o crédito tributário relacionado ao lançamento de Contribuição Social Previdenciária acrescido de multa e juros de mora.

Peço vênha para transcrever o relatório produzido na decisão recorrida:

Trata-se de Autos de Infração – AI lavrados contra o sujeito passivo em epígrafe e contra pessoas físicas consideradas responsáveis solidárias, cujos créditos tributários são os descritos a seguir:

- AI com valor consolidado, em 17/12/2018, de R\$ 75.265.097,42, referente à exigência de contribuições destinadas à previdência social (código de receita 2141), inclusive para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho – Gilrat e para financiamento de aposentadoria especial (código de receita 2158), relativas às competências de 01/2014 a 13/2015 (formulário de autuação de fls. 2/23).

- AI com valor consolidado, em 17/12/2018, de R\$ 14.317.057,85, referente à exigência de contribuições destinadas a Outras Entidades e Fundos denominados Terceiros – Salário Educação/FNDE (código de receita 2164), Incra (código de receita 2249), Senac (código de receita 2346), Sesc (código de receita 2352) e Sebrae (código de receita 2369) – incidentes sobre a remuneração de empregados, relativas às competências de 01/2014 a 13/2015 (formulário de autuação de fls. 24/46).

Relatório Fiscal.

Consta no Termo de Verificação Fiscal e Encerramento Total – TVF (relatório fiscal) dos autos de infração (fls. 49/157) conforme segue.

Foram lançadas contribuições previdenciárias referentes:

- a) contribuição para o FPAS - 20% (parte patronal);
- b) contribuição relativa ao Gilrat (2,0%), com aplicação do FAP (Fator Acidentário de Prevenção), bem como o adicional de Gilrat (6%, 9% ou 12%) incidente sobre a remuneração dos segurados expostos a agente nocivos e;
- c) 5,8%, devidas aos Terceiros - Outras Entidades e Fundos (Sal Educ, Sesc, Senac, Sebrae e Incra).

Além do autuado foram considerados sujeitos passivos (com solidariedade) as seguintes pessoas físicas: Urbano Bahamonde Manso, Paulo Kahol Soejima, Mauro Hamilton Bignardi.

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.

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, com data de recebimento em 1/2/2018. Por meio desse TIPF o contribuinte foi intimado a apresentar os documentos, anos calendários de 2014 a 2015, no prazo de vinte dias, a contar do seu recebimento.

Em 19/2/2018, o contribuinte requereu prazo suplementar de trinta dias para apresentação dos documentos requisitados. Do rol de documentos exigidos, não foi apresentada a Certidão de Regularidade dos Débitos com o FGTS e Certidão Negativa de Débitos (CND) dos tributos administrados pela Receita Federal do Brasil ou as Certidões Positivas com Efeito Negativas (CPD-EN).

Em 13/8/2018, foi lavrado o Termo de Intimação Fiscal - TIF nº 01, cuja ciência se deu mediante via postal, tendo sido recebido em 16/8/2018. Por meio desse TIF o contribuinte foi intimado a apresentar outros documentos. Em 27/8/2018 foram apresentados os documentos requisitados, sem o fornecimento de "informações mínimas" acerca da efetiva prestação de serviços de algumas prestadoras, conforme havia sido detalhado.

Em 1/10/2018, lavrou-se outro Termo de Intimação Fiscal - TIF nº 03, por meio do qual, tornou-se a solicitar a apresentação, por escrito, de informações mínimas que pudessem comprovar a efetiva prestação de serviços de algumas contratadas. A fiscalização reproduziu, à fl. 54 (relatório fiscal), trecho desse pedido de esclarecimentos.

Depois de transcorridos mais de cem dias do TIF nº 01, até a presente data a fiscalizada não comprovou a efetiva prestação dos serviços pela Promed Saúde S/C Ltda, Essencial Medicina Integrada S/C Ltda, Pakama Serviços Médicos Ltda e UTI Med Guarujá Serviços Médicos Ltda, conforme requerido por meio dos TIF nº 01 e 03.

No dia 23/10/2018, por meio de contato telefônico com a Sra Graziela Oliveira da Silva, Contadora, CRC - 1SP 301289/O-4, foram solicitados esclarecimentos sobre 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 de outro Auto de Infração - AI a título de contribuição previdenciária da empresa (11% sobre a Cessão de Mão de Obra) tratado em processo específico que será mencionado.

Descumprimento dos requisitos para a fruição/gozo da isenção/imunidade. Fatos apurados pela fiscalização que impossibilitam o gozo da isenção previdenciária.

A Associação Santamarense (autuado) infringiu tanto o disposto na Lei nº 12.101/2009, quanto o previsto no artigo 14 do CTN, porque utilizou negócios simulados e fraudulentos para distribuir recursos, seja a membros da Diretoria, do Conselho Consultivo, do Conselho Fiscal ou de pessoas a eles ligados, desfigurando o caráter filantrópico da Associação.

Após analisar os documentos relativos aos anos de 2014 e 2015 que foram disponibilizados pela Associação, apuraram-se as seguintes infrações:

- a) existência de débitos em relação às contribuições sociais previdenciárias;
- b) descumprimento de obrigações estabelecidas na legislação tributária;
- c) distribuição de parcela do patrimônio/rendas, a qualquer título e;
- d) ausência de Certificado de Regularidade do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS.

Débitos em relação às contribuições sociais previdenciárias e demais.

Consultando os sistemas informatizados da RFB (Secretaria da Receita Federal do Brasil), em especial o CCORGFIP (retrato da tela juntado pela fiscalização à fl. 63, extraída dos sistemas em 16/10/2018), constatou-se a insuficiência de recolhimentos das contribuições previdenciárias descontadas dos trabalhadores (empregados e autônomos), de 01/2014 a 04/2014, em valores originais que totalizaram R\$ 832.163,05.

Com essa conduta, restou caracterizada também, em tese, a ocorrência do crime de apropriação indébita previdenciária (Código Penal, artigo 168-A), o que já seria suficiente para a fiscalizada não poder usufruir do benefício da isenção previdenciária.

Ainda, por meio de consulta aos sistemas informatizados da RFB e ao sistema informatizado da PGFN, encontraram-se (em pesquisas não exaustivas) débitos da entidade, não incluídos em parcelamentos, bem como débitos inscritos em Dívida Ativa, respectivamente, nos montantes de R\$ 344.581,16 (débitos perante a RFB - Anexo II) e R\$ 48.586.713,48 (débitos incluídos em dívida ativa - Anexo III).

Concluiu-se que houve infringência ao disposto na Lei nº 12.101/2009, artigo 29, fato impeditivo para fruição da isenção patronal previdenciária, obrigando ao lançamento das contribuições previdenciárias e seus reflexos.

Descumprimento de obrigações estabelecidas na legislação tributária.

Após analisar a escrituração contábil, conta “2.1.1.4.00.009 - INSS Retido a recolher PJ”, intimou-se o contribuinte a demonstrar os valores descontados/retidos e não recolhidos. O contribuinte apresentou demonstrativo/planilha que foi devidamente confrontado com as notas fiscais e Guias da Previdência Social - GPS. Constatou-se que houve insuficiência de recolhimento dos 11% descontados das notas fiscais dos prestadores de serviços, tendo sido efetuado, nesta mesma ação fiscal, a lavratura de

auto de infração (Processo nº 15983.720156/2018-07, no valor de R\$ 497.346,25), e a elaboração de Representação Fiscal para Fins Penais – RFFP (Processo nº 15983.720157/2018-43) pelo cometimento, em tese, de crime de apropriação indébita previdenciária, definido no artigo 168-A do Código Penal.

Distribuição de parcela do patrimônio/rendas a qualquer título.

O Estatuto Social da Associação estabelece em seu artigo 102 (reproduzido pela fiscalização à fl. 65), que os membros da Diretoria, do Conselho Fiscal exerceriam seus cargos gratuitamente, sem qualquer tipo de remuneração, vantagens ou benefícios, por qualquer forma ou título, e estabelece que nenhum associado receberá qualquer parcela de patrimônio da entidade, a nenhum pretexto.

O artigo 50 do mesmo estatuto estabelece a composição da Diretoria: Diretor Presidente, Diretor Vice Presidente, Diretor 1º Secretário, Diretor 2º Secretário, Diretor 1 Tesoureiro, Diretor 2º Tesoureiro.

A fiscalização, no intuito de fazer o levantamento de todos os possíveis participantes de Diretorias, do Conselho Fiscal e de outras eventuais estruturas administrativas de nível de direção da Entidade, buscou informações dessa natureza nos documentos da Associação Santamarense de Beneficência do Guarujá (ASBG), como Estatutos e Atas.

De acordo com a Ata de Assembleia, de 20/12/2016 (cujos trechos foram transcritos no relatório fiscal), são membros da Diretoria: Diretor Presidente, Urbano Bahamonde Manso, Diretor Vice Presidente, Paulo Kahol Soejima, Diretor 1º Secretário, Flávio Ferreira das Chagas, Diretor 2º Secretário, Vanessa Helena Prestes, Diretor 1 Tesoureiro, Evanusa Dantas de Oliveira Silva, Diretor 2º Tesoureiro, Vitor Hugo Straub Canasiro. Foi elaborado quadro que aponta os ocupantes dos cargos da diretoria do período fiscalizado (item 42 do relatório fiscal, fl. 68).

De acordo com o novo estatuto "reformado", protocolado em 2016, o Conselho Fiscal era constituído, no período considerado, por Gilmar Ferreira Póvoas, Presidente, Luiz Carlos Bevilacqua e Luiz Carlos Pacheco.

Relação Pollara-Bignardi.

Durante a pesquisa e leitura completa do Estatuto e das Atas, com o fito de verificar quais outros colaboradores da entidade poderiam se caracterizar como dirigentes, foi identificada uma ata, de 14/9/2012, relatando a Assembleia Geral Extraordinária na qual se votou e aprovou a criação do Conselho Consultivo da ASBG (Órgão de Apoio Técnico Administrativo), nos termos do artigo 110 do Estatuto Social. Foram identificados como membros desse Conselho Consultivo: Wilson Modesto Pollara, Presidente, Paulo Kahol Soejima, Vice-presidente, Afonso Carlos Finamor, membro, Adilson Luiz de Jesus, membro, Gerônimo Ferreira Vilhanueva, membro (conforme Quadro incluído na fl. 70 do TVF).

Constatou-se, em matéria publicada na internet, que Wilson Modesto Pollara foi identificado como relacionado a um episódio de suspeita de fraude, envolvendo desvio de dinheiro público no Município de Itapetininga. A matéria foi transcrita às fls. 70/73 do relatório fiscal/TVF. Nessa matéria há referência a sócio das pessoas jurídicas que estariam envolvidas no referido esquema fraudulento (Cubatão Serviços Médicos Ltda, Guarujá Serviços Médicos Ltda, Praia Grande Serviços Médicos Ltda e São Vicente Serviços Médicos Ltda), qual seja, Mauro Hamilton Bignardi. Ele também é sócio de uma outra pessoa jurídica, a BP Consultoria e Gestão Empresarial Ltda.

Pelo contrato social, registrado em 1/8/2012 no 4º Tabelião de Notas de São Bernardo do Campo e, em 10/8/2012, na Junta Comercial de São Paulo, Mauro Hamilton Bignardi detém 50% do capital social e os outros 50% são de seu sócio Wilson Modesto Pollara, ex-secretário adjunto da Secretaria de Estado da Saúde, o segundo posto mais importante da pasta, que tinha como titular o secretário David Uip que é integrante do

Conselho Consultivo da ASBG. Consta no TVF trecho do contrato social da BP Consultoria e Gestão Empresarial Ltda (fl. 74).

Constatou-se que a BP Consultoria e Gestão Empresarial tem sede em São Bernardo do Campo, pode criar, manter, extinguir filiais ou sucursais em qualquer ponto do território nacional e tem como objeto social as atividades de assessoria e consultoria na área de saúde, orientação e assistência operacional para a gestão do negócio em matéria de planejamento, organização, reengenharia e controle orçamentário."

As ligações Pollara-Bignardi ou Bignardi-Pollara, iniciais que dão o nome da pessoa jurídica se estendem ao litoral paulista onde eles foram vistos em festas, como as do Iate Clube de Santos-Guarujá, retratadas pelo colunista social da imprensa local Welinton Andrade – da TV Unisantos e TV Guarujá. Segundo o colunista, ambos atuam no conselho administrativo do Hospital Santo Amaro.

A empresa BP Consultoria e Gestão Empresarial LTDA teve início de atividade em 2/7/2012 - vide Ficha Cadastral Completa – JUCESP (Anexo VI).

Suspeitas contra Mauro Hamilton Bignardi.

Constatou-se que Mauro Hamilton Bignardi tem antecedente de suspeita de participação em desvio de dinheiro público da saúde, conforme Processo nº 1002343-96.2015.8.26.0269 - Ação Civil de Improbidade Administrativa. Conforme esse processo:

a) "Mauro Hamilton Bignardi era sócio e representante de nada menos do que oito empresas "fantasmas" utilizadas para desviar recursos públicos da saúde geridos pelo SAS e pelo ISAS, todas com endereço na Rua Albina Barbosa, 330, Aclimação, CEP 01.530-020, São Paulo/SP";

b) consta no relatório de investigação (e as reportagens jornalísticas dão conta) de que no endereço em questão não está instalada nenhuma pessoa jurídica, o que mostra que se tratam de empresas "fantasmas".

Atualmente, Mauro Hamilton Bignardi é sócio de 29 empresas, sendo 18 delas localizadas no mesmo endereço, Rua Arthur Corradi 101, Conj. 71, Vila Dusí, São Bernardo do Campo. Nesse mesmo endereço (Rua Arthur Corradi 101, Conj. 71) foi registrada a sede da empresa BP Consultoria e Gestão Empresarial, constituída em sociedade com Wilson Modesto Pollara, cujo Distrato Social ocorreu em 1/4/2014 (pouco após a divulgação da investigação sobre a suspeita do desvio de dinheiro público de Itapetininga).

Constatou-se que, das empresas mencionadas e constantes do referido processo nº 1002343-96.2015.8.26.0269, duas delas foram formalizadas pela autuada como prestadoras de serviço (Promed e Essencial).

Mauro Hamilton Bignardi. Administrador oculto.

Em 7/1/2014, foi noticiado pelo Diário Oficial do Guarujá (Anexo IV) que a prefeita Maria Antonieta de Brito nomeou Mauro Hamilton Bignardi (que ocupa o posto de assessor técnico da Associação Santamarense de Beneficência do Guarujá – ASBG mantenedora do hospital) como representante da entidade no Grupo de Trabalho Técnico de Revisão do Plano Operativo de Contratualização dos Serviços SUS com a prefeitura.

Em outubro de 2012, o Hospital Santo Amaro - HSA comprou o antigo Hospital Ana Costa, no distrito de Vicente de Carvalho, para instalar ali a "Unidade Santos Dumont". O negócio, segundo o HSA, foi viabilizado graças à participação de um grupo de empresários.

Em entrevista à TV, conforme mostra o vídeo (Anexo V), falando em nome do HSA, Mauro Hamilton Bignardi afirmou que a compra do antigo Hospital Ana Costa permitiria a oferta de cem novos leitos para o SUS, que deveriam estar disponíveis a partir do primeiro trimestre de 2013.

Uma vez identificada a ligação entre o ex-Secretário-Adjunto de Estado da Saúde de São Paulo (Wilson Modesto Pollara) e Mauro Hamilton Bignardi, ligação cuja data mais antiga conhecida é 2/7/2012 (quando constituíram empresa como sócios) verificou-se,

durante a pesquisa, que Mauro Hamilton Bignardi (em vídeo, referido no Anexo V e obtido no site da internet "www.youtube.com", com imagem relativa reproduzida no TVF) fala em nome do Hospital Santo Amaro, em outubro de 2012, como gestor, mesmo sem constar em nenhuma GFIP da ASBG, tampouco em qualquer DIRF, ou Ata de Assembléia, e, ainda, sem ter declarado como fonte pagadora a ASBG em sua DIRPF. Verificou-se, portanto, que não havia nenhum documento que "relacione Mauro Hamilton Bignardi ao Hospital Santo Amaro ou à ASBG".

Mauro Hamilton Bignardi também tem sua imagem e pronunciamento registrados em entrevista concedida a um veículo de comunicação local, "GuaruTV" (arquivo de vídeo localizado através do link <https://www.youtube.com/watch?v=u-0T3vpu0j4>, publicação do vídeo em 4/10/2012). Nesse vídeo (imagem reproduzida à fl. 76), a legenda (Mauro Bignard (sic) - Membro do Corpo Gestor do HSA) leva a crer ser ele é um administrador oculto do HSA.

Na matéria (transcrita no TVF) que faz referência ao vídeo, informa-se que em outubro de 2012, o Hospital Santo Amaro comprou o antigo Hospital Ana Costa, no distrito de Vicente de Carvalho, para instalar ali a Unidade Santos Dumont. Segundo a GuaruTV, responsável pela narração do vídeo, "a aquisição foi possível graças a uma parceria com a iniciativa privada, através de um grupo econômico". Falando em nome do HSA, Bignardi afirma no vídeo:

Prontamente, nós entendemos que por haver uma deficiência de leitos na cidade, a gente precisaria ampliar a operação hospitalar, com a aquisição de uma nova estrutura hospitalar, pra que pudesse ter uma ampliação e o aumento da oferta de leitos. E foi isso que nós implementamos, com a compra do antigo Hospital Ana Costa, que hoje se constitui como Hospital Santos Dumont, unidade Santos Dumont da Associação Santamarense, e que vai ter por atendimento 100% de exclusividade para o atendimento SUS".

No vídeo, o Presidente da ASBG, Urbano Bahamonde Manso, afirma:

[...] como lá já funcionava um hospital, nós precisamos de pequenas adaptações, porque é um prédio antigo e a vigilância sanitária exige adaptações. Vamos proceder algumas reformas, temos que construir banheiros, aumentar corredores, eliminar áreas que não são mais permitidas face à exigência da vigilância sanitária, mas são reformas de adaptação.

O vídeo também mostra o presidente da ASBG e a Prefeita de Guarujá fazendo a vistoria das obras, são exibidas as obras da nova maternidade.

A GuaruTV, responsável pela narração do vídeo, informa que:

[...] no total serão 50 novos leitos para a maternidade. Será implantada uma UTI neonatal. Estima-se que em dezembro a maternidade já esteja funcionando. Também foi inspecionado o espaço onde está sendo construída uma nova UTI adulto. Aqui, os investimentos são do Hospital Santo Amaro e do Governo Federal.

Promed Saúde S/C. Sócio Principal Mauro Hamilton Bignardi.

Constatou-se que a Promed Saúde S/C Ltda, empresa de Mauro Hamilton Bignardi, foi a prestadora de serviços que mais recebeu pagamentos da ASBG nos anos calendário de 2012 a 2015.

A ASBG, apesar de intimada e reintimada (TIF nº 01 e 03), não comprovou a efetiva prestação dos serviços por essa empresa (pois as notas fiscais não especificam quais serviços foram prestados). Na intimação, determinou-se que nas respostas fosse detalhado:

[...] a natureza, a forma e a finalidade dos serviços, discriminando resumidamente os mesmos; a descrição das operações e dos custos envolvidos em cada um dos serviços; os locais, a periodicidade e a duração da prestação de serviços; a especificação dos equipamentos utilizados em cada prestação de serviços; a identificação das pessoas físicas que executaram ou colaboraram na execução dos serviços, a situação de vínculo (próprios sócios, empregados, autônomos, empresas subcontratadas, cooperativas de

trabalho, etc) e a qualificação técnica de cada uma delas (formação, especialização, ramo de atividade, etc) [...]";

Mas, o contribuinte não atendeu integralmente à intimação.

O endereço constante das notas fiscais emitidas contra a autuada é o mesmo das notas fiscais emitidas pela Essencial Medicina (e de outras 16 empresas envolvidas em suspeitas de fraude, conforme referido), todas em nome de Mauro Hamilton Bignardi. Concluiu-se que, apesar da aparente legalidade (pessoa jurídica está ativa perante os cadastros da RFB, constam GFIP e DIRF), a empresa existe formalmente apenas para acobertar desvio de recursos, beneficiando Mauro Hamilton Bignardi, uma vez que: não houve a comprovação da efetiva prestação dos serviços, a empresa não existe de fato (conforme constatação fiscal em visita ao local), Mauro Bignardi recebeu, por meio da Promed, quantias "vultuosas" conforme Quadro incluído no TVF (fl. 80).

Nas fls. 80/81 foi reproduzida nota fiscal emitida pela Promed contra o autuado, na qual consta o endereço dessa empresa e a descrição dos serviços.

Essencial Medicina Integrada S/S Ltda. Sócio principal Mauro Hamilton Bignardi.

Verificou-se, ainda, que a Essencial Medicina Integrada S/C Ltda, empresa também de Mauro Hamilton Bignardi, recebeu significativos valores pela prestação de serviços à ASBG.

Da mesma forma que ocorreu em relação à Promed, a ASBG, apesar de intimada e reintimada (nos mesmos termos da intimação relativa à Promed) não comprovou a efetiva prestação dos serviços, uma vez que as notas fiscais não especificam quais os serviços foram prestados. Especificamente, a autuada não atendeu integralmente à intimação.

O endereço constante das notas fiscais emitidas pela Essencial é o mesmo das notas fiscais emitidas pela Promed (e de outras 16 empresas envolvidas em suspeitas de fraude, conforme referido), todas em nome de Mauro Hamilton.

Concluiu-se que, apesar da aparente legalidade (pessoa jurídica está ativa perante os cadastros da RFB, constam GFIP e DIRF), a empresa também existe formalmente apenas para acobertar desvio de recursos, beneficiando Mauro Hamilton Bignardi uma vez que: não houve a comprovação da efetiva prestação dos serviços; a empresa não existe de fato (conforme constatação fiscal em visita ao local); Mauro Bignardi recebeu, por meio da Promed quantias "vultuosas" conforme Quadro incluído no TVF (fl. 82).

Na fls. 82/83 foi reproduzida nota fiscal emitida contra o autuado, na qual consta o endereço dessa empresa e a descrição dos serviços.

Tendo constatado, com base no vídeo e pelos decretos da Prefeitura do Guarujá que Mauro Hamilton Bignardi tinha características de gestor oculto da ASBG/Hospital Santo Amaro, concluiu-se que ele recebeu como parte dos recursos desviados da atividade da autuada, por meio de suas empresas, cumulativamente, os maiores pagamentos efetuados a prestadores de serviços nos dois anos em análise - 2014 e 2015.

Há evidências, ainda, do tipo de atuação das empresas de Mauro Bignardi, em outra matéria de outro veículo de comunicação - "Diário do Litoral" (<http://www.diariodolitoral.com.br/>) na qual o Presidente do Sindimed, Álvaro Norberto Valentim da Silva, denuncia em Janeiro de 2015 que:

"Segundo ofício encaminhado ao diretor presidente do HSA, Urbano Bahamonde Manso, em julho último, de modo deliberado e intencional, a "Sociedade Santamarense de Beneficência do Guarujá" (sic) - ASBG -, entidade mantenedora do Hospital Santo Amaro, "tem como estratégia o dismantelamento das equipes de médicos, especialmente as organizadas em serviços", (...) "que isso vem ocorrendo na forma de falta de atualização e atrasos de pagamentos dos profissionais, impondo-lhes dificuldades financeiras para que, com a fragilização econômica, sejam obrigados a aderirem a uma empresa terceirizada, responsável por intermediar os serviços. A empresa intermediadora tem contratado profissionais que têm empresa com equipes constituídas para fugir do vínculo e dos encargos trabalhistas".

Laboratório de Arquitetura Brasileira Ltda.

Constatou-se a realização de pagamentos, em 2012, 2013 e 2014, efetuados pela ASBG para a pessoa jurídica Laboratório de Arquitetura Brasileira Ltda, cujos sócios são Daniel Caliar Pollara (filho de Wilson Modesto Pollara), Maria Inês Caliar (excunhada de Wilson Modesto Pollara) e Maria Rosa de Oliveira Leite de Almeida. Os sócios são, de fato, arquitetos.

Na DIRF verifica-se que a prestação de serviços à ASBG foi a mais bem remunerada que o Laboratório de Arquitetura Brasileira Ltda realizou desde o início de suas atividades até o presente momento. Consta quadro incluído no item 56.2 do TVF (fl. 83), no qual foram totalizados os valores pagos pela autuada de 2012 a 2014.

Também foi incluída, no item 66.3 do TVF (fls. 84/85), uma tabela que mostra todos os valores declarados como pagamentos efetuados ao Laboratório de Arquitetura Brasileira por terceiros em DIRF desde o início de sua existência.

Constatou-se, segundo as DIRF do Laboratório de Arquitetura Brasileira Ltda que, nunca em sua existência havia prestado serviços em Hospitais.

Os valores pagos ao longo de quatro anos pela ASBG e pela Essencial Medicina Integrada, pessoa jurídica referida, correspondem a R\$ 688.400,00.

Concluiu, a fiscalização, que pela comparação dos valores pagos pela ASBG a essa pessoa jurídica, com os pagamentos efetuados a ela por outras pessoas jurídicas, há a possibilidade de que, "em tese", a discrepância entre os valores signifique uma forma de remunerar indiretamente Wilson Modesto Pollara (Conselho Consultivo da ASBG e Secretário-Adjunto de Estado da Saúde de São Paulo de 2013 a 2016), seja pela consultoria prestada, seja por influência política.

Foi incluída no TVF uma representação gráfica do relacionamento que demonstraria a participação dos familiares de Mauro Hamilton Bignardi (sobrenomes Minioli, da esposa, Savordelli, do concunhado, e sobrenome Bignardi, de Emerson Fabrizio Bignardi) como sócios de diversas empresas que Wilson Modesto Pollara constituiu.

Essa representação serviria para evidenciar, "em tese", o favorecimento do filho de Wilson Modesto Pollara - Daniel Caliar Pollara, por meio da empresa - "Laboratório de Arquitetura Brasileira Ltda."

Concluiu-se que, apesar da aparente legalidade (está ativa na RFB), a empresa existe formalmente apenas para acobertar desvio de recursos, beneficiando pessoas ligadas a Wilson Modesto Pollara (Presidente de Conselho Consultivo da ASBG).

Foi incluída no TVF uma visão sintética do relacionamento entre as pessoas jurídicas que receberam pagamentos da autuada e os dirigentes dela (item 57.2, à fl. 86).

Paulo Kahol Soejima. Pakama Serviços Médicos.

Paulo Kahol Soejima, vice-presidente da ASBG e de seu Conselho Consultivo é sócio da empresa Pakama Serviços Médicos Ltda. Essa pessoa jurídica recebeu pagamentos por "supostos" serviços prestados à ASBG em 2014 (R\$ 445.500,00) e 2015 (R\$ 742.710,29) e tem como única fonte pagadora a ASBG.

A autuada foi intimada e reintimada a comprovar a efetiva prestação dos serviços pela Pakama, mas não efetuou tal comprovação.

Guillermo Bahamonde Manso. UTI Med Guarujá Serviços Ltda.

Guillermo Bahamonde Manso é irmão do atual diretor-presidente do Hospital Santo Amaro, Urbano Bahamonde Manso. Como sócio da empresa UTI Med que prestou serviços em 2014 e 2015 para a ASBG, tendo recebido esta prestadora o segundo maior valor pago dentre todos os prestadores de serviços da ASBG, recebeu R\$ 4.378.587,00 em 2014 e R\$ 4.767.085,78 em 2015.

Guilherme Bahamonde Manso recebeu da UTI Med, em 2014, R\$ 225.640,00 como distribuição de lucros e dividendos. Em 2015, novamente recebeu Lucros e Dividendos de R\$ 250.000,00.

ASBG não comprovou a efetiva prestação dos serviços pela UTI Med, embora intimada e reintimada para tanto, nos termos das intimações efetuada em relação à Promed (TIF nº 01 e 03), nada apresentou.

Constam, em relação à UTI Med, GFIP enviadas apenas a partir de 12/2014, com apenas dois segurados empregados; em 2014 não há DIRF entregue por ela.

Conclusão fiscal acerca da prestação de serviços de empresas ligadas a dirigentes/administradores da autuada.

Pela análise de todos os documentos e informações obtidas, encontram-se diversas situações em que a Associação Santamarense (ASBG) em contradição com a definição estatutária, bem como com a legislação tributária correlata, uma vez que foram efetuados pagamentos significativos a empresas ligadas, direta ou indiretamente, a membros da diretoria (Urbano Bahamonde Manso - Diretor Presidente, Paulo Kahol Soejima – Diretor Vice-Presidente), do conselho consultivo (Wilson Modestos Pollara), a administrador oculto da ASBG (Mauro Hamilton Bignardi), empresas em relação às quais não foi comprovada, pela ASBG, a efetiva prestação de serviços (apesar da intimação para tal comprovação por meio dos TIF nº 01 e 03).

Isso levou à conclusão de que essas pessoas jurídicas serviram como veículo meio, interpostas empresas de fachada (empresas noteiras), para acobertar o desvio de recursos para associados da entidade (diretores, conselheiros, consultores), tendo sido este “*modus operandi*”, o mesmo praticado pelos envolvidos e identificados pelo Gaeco (Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado).

Nenhuma prova material da prestação de serviços das empresas referidas foi apresentada pelo contribuinte. Ele apresentou apenas notas fiscais e instrumentos contratuais (Anexo VII).

Concluiu, a fiscalização, que ainda que não houvesse provas materiais, era de se esperar, no mínimo, que se apresentasse algum um enredo lógico que conduzisse a conclusão de que tais contratações foram necessárias e que os serviços efetivamente foram prestados. Concluiu, também, que ainda que os serviços tivessem sido prestados (fato para o qual não foram apresentadas quaisquer evidências), não há como ignorar que os valores desembolsados beneficiaram pessoas que pertencem ao quadro gerencial da ASBG, o que afronta o Estatuto Social e a legislação tributária (inciso I do artigo 14 do CTN e os incisos I e V da Lei nº 12.101/2009) para fins de isenção previdenciária.

Constatou-se que os documentos apresentados não demonstram sequer a existência de uma empresa, no sentido técnico-jurídico, como uma atividade que reúne de maneira independente os fatores de produção (capital, tecnologia, mão-de-obra e insumos). As “pessoas jurídicas” não refletem uma realidade econômica ou social subjacente verdadeira. São um mero expediente formal a se prestar para um fim delituoso de desvios de recursos da entidade, perpetrado pelos envolvidos.

Sem a prova inconcussa da prestação de serviços, as empresas são “noteiras”, tendo sido concluído que a situação esboçada trata-se na verdade de distribuição de parcela do patrimônio da associação (desvio de recursos), disfarçada de remuneração a interpostas pessoas de fachada, ligadas a membros da ASBG.

As empresas Promed Saúde, Essencial Medicina, Pakama e Uti Médicos são típicas “noteiras” utilizadas para emitir documentos fictos de prestações de serviços, tendo boa parte dos rendimentos sido direcionados a seus administradores e a pessoas ligadas, como lucros distribuídos, isentos de qualquer tributação, o que levou à conclusão de que os rendimentos recebidos pelos sócios dessas pessoas jurídicas, a títulos de lucros, assim não podem ser considerados (haja vista que, se a empresa não teve atividade, não há de se falar em lucro).

Constam à fls. 93/94, os valores declarados em DIRF como se fosse distribuição de lucros aos integrantes da ASBG, por meio das empresas referidas.

Foi elaborada uma tabela, item 62 do TVF (fl. 90), na qual: discriminam-se as pessoas jurídicas em relação às quais essas conclusões se deram, quais os sócios principais, o vínculo dos sócios com a ASBG, e os valores totais pagos a elas pela autuada.

Certificado de regularidade do FGTS.

Apesar de intimado a apresentar o Certificado de regularidade do FGTS referente aos anos calendários de 2014 e 2015, o contribuinte apresentou certificado apenas para o período de 25/8/2015 a 23/9/2015.

Concluiu-se que, por não atender o disposto na Lei nº 12.101/2009, artigo 29, inciso III, a ASBG, por não possuir o Certificado de regularidade do FGTS com cobertura para todo o período, não faz jus o direito à isenção.

Fatos geradores considerados.

Os fatos geradores das contribuições lançadas nos Auto de Infração são as remunerações pagas aos segurados empregados e contribuintes individuais, declaradas em Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e de Informações à Previdência Social – GFIP, demonstrados no Anexo IX, que foram obtidos a partir da última Guia (exportada) apresentada pela empresa (antes do início do procedimento fiscal) em cada competência fiscalizada.

Ocorrência de situação ensejadora de aplicação de multa qualificada.

De todo o exposto, concluiu-se pela ocorrência, em tese, de sonegação fiscal e de lavagem de dinheiro (que serão objeto de Representação Fiscal -RFFP ao MPF), pois houve ação dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais, conforme descrito no artigo 71 da Lei nº 4.502/1964. Estando, também, tipificada a ocorrência de fraude, pela utilização de empresa de fachada para encobrir negócios escusos.

Os fatos narrados resultaram na apuração das contribuições previdenciárias patronais e seus reflexos, com a aplicação de multa agravada e qualificada (225%), como decorrência dos procedimentos adotados pelo contribuinte, consoante previsto na Lei nº 9.430/1996, artigo 44, §§ 1º e 2º.

No presente caso (desvio de recursos, através de "Noteiras" – empresas de fachada), a cúpula de administradores da ASBG (Srs. Urbano Bahamonde, Paulo Kahol, e Mauro Hamilton Bignardi) praticaram, de forma inequívoca, uma ação dolosa, utilizando artifício fraudulento, enriquecendo-se de maneira ilícita, à custa do dinheiro público, uma vez que boa parte dos recursos da Associação foram empregados para pagamentos a empresas que não existem de fato, que não prestaram os serviços (empresas ligadas direta ou indiretamente a eles) criadas com a finalidade de desviar recursos da ASBG.

A multa foi aplicada em observância aos normativos legais que regem a matéria, agravada pela não apresentação de vários documentos durante a ação fiscal, conforme necessária intimação e reintimação (TIF nº 01 e 03), tendo sido requerido do fiscalizado que comprovasse a efetiva prestação de serviços de algumas empresas prestadoras, em especial as empresas Essencial Medicina e Promed envolvidas em fraudes de desvio de recursos do sistema de saúde, conforme foi apurado pelo Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (Gaeco), do Ministério Público paulista na chamada Operação Atenas.

Sujeição passiva. Responsabilidade dos administradores.

Em face da caracterização do desvio de recursos fruto de ações criminosas dos Srs. Urbano Bahamonde, Paulo Kahol Soejima e Mauro Hamilton Bignardi, todos eles devem responder pessoal e solidariamente com seus bens, pelo crédito tributário apurado, já que tudo aponta para a perfeita subsunção aos ditames legais aplicáveis à responsabilização tributária solidária e pessoal.

A responsabilidade tributária solidária a que se refere o inciso I do artigo 124 do CTN decorre de interesse comum da pessoa responsabilizada na situação vinculada ao fato

jurídico tributário, o que ficou bem demonstrado, à medida que as pessoas relacionadas, em razão das suas funções, contribuíram de forma consciente e voluntária no resultado, qual seja, prejuízo ao Fisco, desviando vultosos recursos para proveito próprio, pois simularam prestação de serviços emitindo notas fiscais, as quais a Associação Santamarense pagou, através de prestadoras vinculadas direta ou indiretamente a eles sem que os serviços tenham sido efetivamente prestados.

Da Impugnação

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

Ciência e Defesa.

O contribuinte, Mauro Hamilton Bignardi e Urbano Bahamonde Manso foram cientificados em 24/12/2018, conforme Avisos de Recebimento - AR de fls. 1.035/1.036, 1.039/1.040 e 1.047/1.048. Paulo Kahol Soejima foi cientificado em 26/12/2018, conforme AR de fls. 1.043/1.044.

O autuado apresentou impugnação (fls. 1.176/1.222), conforme Termo de Solicitação de Juntada de fl. 1.173, em 23/1/2019, na qual, essencialmente:

Diz que é entidade beneficente sem fins lucrativos, mantenedora do Hospital Santo Amaro, com atuação na área da saúde, conforme se depreende dos documentos societários acostados, sendo o único Hospital existente no Município de Guarujá que promove o atendimento ambulatorial médico e hospitalar à população carente do Município.

Faz apontamentos acerca de suas atividades e sobre o resultado de intervenção ocorrida em período anterior, pelo poder público, que teria agravado a sua situação técnica, administrativa e financeira.

Assevera que a autoridade tributária afirma que ele deixou de apresentar informações mínimas de como as prestações de serviços se davam efetivamente, mas que, porém, todas as intimações para esclarecimento e apresentação de documentos foram atendidas com presteza, o que se comprova pela análise do próprio processo administrativo.

Direito. Inafastabilidade da imunidade tributária nos anos calendários 2014 e 2015 ante a ilegitimidade do artigo 29 da Lei nº 12.101/2009.

Assevera que a imunidade tributária é hipótese de não incidência tributária constitucionalmente qualificada.

Afirma que sua imunidade, como entidade beneficente de assistência social sem fins lucrativos, decorre da alínea "c" do inciso VI do artigo 150 e do §7º do artigo 195, ambos da Constituição da República - CR de 1988.

Assevera que tais imunidades são condicionadas à uma lei que lhe traga operatividade e que, no caso, por se tratar de uma limitação constitucional ao poder de tributar, a lei que irá estabelecer as exigências à imunidade deverá ser uma lei complementar, tendo em vista a reserva estrita da lei conforme CR de 1988, artigo 146, inciso II. Conclui que, para se enquadrar nas normas imunizantes constitucionais, tem de atender cumulativamente aos requisitos do artigo 14 do Código Tributário Nacional - CTN (lei complementar).

Aponta que o Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil se embasou nos requisitos do artigo 29 da Lei nº 12.101/2009 para "desvirtuar" a sua imunidade garantida constitucionalmente por que o acusa de: possuir débitos em relação às contribuições sociais previdenciárias, descumprir obrigações estabelecidas na legislação tributária, distribuir parcela de seu patrimônio e renda a qualquer título, e, por fim, por não possuir o certificado de regularidade do fundo de garantia do tempo de serviço FGTS.

Diz que sua imunidade não foi abalada, pois não ignorou em suas atividades nenhum dos requisitos presentes no artigo 14 do CTN: não distribuiu patrimônio, lucros ou rendimentos, aplicou integralmente os recursos obtidos na manutenção e

aperfeiçoamento da entidade para que cumpra cada vez melhor sua função institucional, e realizou com rigor a escrituração contábil de suas receitas e despesas.

Afirma que, caso assim não o fizesse, não seria possível ampliar, ano após ano, os serviços oferecidos à comunidade, seja pelo aumento da quantidade de leitos, ou pelo crescimento do número de atendimentos, ou pela ampliação e reforma estrutural das unidades clínicas e cirúrgicas, e por fim, investimento na contratação de profissionais especializados e qualificados nos diversos ramos da saúde.

Ausência de débitos em relação às contribuições sociais previdenciárias e demais capazes de afastar a imunidade tributária.

Afirma que todos os débitos lavrados contra si são passíveis de discussão principalmente porque se fundaram em suposições e argumentações desprovidas de provas e evidências, lavrados de forma completamente arbitrária fruto de uma perseguição fiscal.

Assevera que ainda que todos débitos fossem devidos, eles não seriam impeditivos da imunidade constitucionalmente garantida em relação a contribuições contidas no artigo 195 da CR de 1988, pois a ausência de débitos não é requisito presente nos incisos do artigo 14 do CTN.

Impossibilidade de se discutir as supostas obrigações estabelecidas em processo administrativo tributário distinto.

Afirma que a "[...] alegação do autuante é quanto ao recolhimento dos 11% descontados nas notas fiscais dos prestadores de serviço [...]". Aduz que, esta suposta infração está em sede de discussão administrativa, como ressaltou o Auditor, tendo a impugnação ao referido auto sido protocolizada em 11/12/2018, e pendente de julgamento.

Diz que se reserva o direito de discutir o suposto débito no âmbito do processo administrativo nº 15983.720156/2018-07, que não se confunde com o presente, e afirma que a ausência de débitos não é requisito previsto no artigo 14 do CTN.

Efetiva não distribuição de qualquer parcela do patrimônio ou renda, a qualquer título, a qualquer beneficiário, dirigente ou não da Associação.

Assevera que a autoridade tributária o acusa de supostamente distribuir parcelas de seu patrimônio ou renda a membros da Diretoria, Associados e Conselho Fiscal, vedado pelo estatuto social da entidade. Aduz que, porém não basta indicar a infração, é preciso provar que a não observância do inciso I do artigo 14 do CTN ocorreu pelos meios de prova em direito admitidos.

Argumenta que o Auditor não foi capaz de encontrar sequer um documento capaz de atribuir concretude as acusações que fez, pois, de fato, não há como subsidiar as infrações porquanto se tratam de inverdades.

Diz que a matéria jornalística comentada no relato fiscal, acerca de Wilson Modesto Pollara, como bem pontuou, a autoridade tributária, se refere a uma "suspeita" e que, além disso, se refere a outro município, Itapetininga, não sendo pertinente ao caso.

Afirma que o Auditor deveria possuir fontes mais confiáveis que o *site* da Editora Gráfica Atitude, que é canal de comunicação da CUT, logo evidentemente tendencioso, e que recebia, por meio de Vaccari, propinas desviadas de contratos da Petrobrás, tendo seu dono sido indiciado por lavagem de dinheiro pela Polícia Federal. Cita trechos de reportagens para fundamentar sua alegação.

Alega que as matérias jornalísticas utilizadas pelo Auditor revelam uma forte tendência política, apropriada pela fiscalização. Aduz que é ainda mais notável essa situação em algumas passagens do auto de infração, especialmente quando se evidencia que a Prefeita do Guarujá Maria Antonieta era afiliada do PMDB.

Diz que o Sr. Wilson Pollara foi secretário da saúde municipal de São Paulo e do Estado de São Paulo, realiza palestras em diversos congressos discutindo e expondo soluções para a evolução da saúde e que, como qualquer administrador público, está sujeito a

prestar esclarecimentos pelo uso do dinheiro público e fiscalizações. Aduz que, porém, não se concluiu nada que pudesse ofender sua integridade até o momento.

Afirma que em nenhum momento o Auditor apresentou provas de que Mauro Hamilton Bignardi seria administrador oculto, dirigente e membro do conselho consultivo. Assevera que a autoridade tributária tentou amparar as acusações com uma reportagem televisiva realizada por jornal local no ano de 2013 e que segundo a legenda, o Sr. Bignardi seria membro do conselho consultivo, porém, a legenda é claramente errônea.

Assevera que a ASBG não pode ser responsável por informações proferidas na imprensa e que exigir esse tipo de regulação é absurdo. Aduz que o Sr. Bignardi é prestador de serviço no Hospital Santo Amaro há anos, tendo sido indicado para ser assistente da ASBG em um período breve, mas tal atividade não se confunde com a função de administrador ou dirigente.

Afirma que a fiscalização apontou que o Sr. Mauro Bignardi teria sido empregado da ASBG entre 1990 a 1994, porém não apresenta provas e nem sustenta sobre a pertinência da suposta relação de emprego para a obrigação tributária discutida no auto de infração, que abrange os anos de 2014 e 2015.

Alega que todas as notas fiscais e contratos de prestação de serviço da Promed Saúde S/C Ltda e da Essencial Medicina Integrada S/S Ltda, que demonstravam a efetividade dos serviços prestados, foram apresentados nos autos. Aduz que a mera recusa injustificada e contraditória da veracidade documental investida no procedimento fiscal não pode ser base de prova.

Diz que, quanto ao Laboratório de Arquitetura Brasileira Ltda, que segundo relato fiscal serviu para remunerar Wilson Modesto Pollara, os serviços em questão, de obras e melhorias na estrutura da Associação remuneraram a empresa de arquitetura de acordo com o mercado e o tamanho da empreitada.

Afirma ser evidente que todas as alegações quanto a Laboratório de Arquitetura Brasileira Ltda são meras suposições, sobretudo, quando o próprio Auditor demonstra que outros serviços foram prestados pela empresa a diversas pessoas jurídicas de diferentes atividades empresarias.

Alega que a fundamentação trazida pelo autuante é sempre no mesmo sentido de que há relação de parentesco entre os contratantes, de que há relação de amizade entre os membros, ou até de que há relação de sociedade entre os autuados. Aduz que, contudo, não existem impedimentos legais quanto a isso, nem mesmo no estatuto.

Afirma que o Sr. Paulo Kahol Soejima é, além de membro do Conselho e Vice-Presidente, prestador de serviços médicos no Hospital Santo Amaro, e recebe remuneração em função dos serviços exclusivamente médicos que realiza no hospital.

Aduz que o estatuto social é claro ao vedar a remuneração de dirigentes em razão do exercício das competências da diretoria, e não é este o caso do Sr. Soejima, pois ele recebeu pelos serviços de ginecologia e obstetrícia.

Alega que todas as notas fiscais e contratos de prestação de serviço da Pakama Serviços Médicos Ltda que demonstravam a efetividade dos serviços prestados foram apresentados nos autos. Aduz que a mera recusa injustificada e contraditória da veracidade documental investida no procedimento fiscal não pode ser base de prova.

Afirma que a empresa UTI Med é composta ao todo por 17 sócios, dentre eles Guillermo Bahamonde Manso, médico e prestador de serviços médicos em hospitais, como o Hospital Santo Amaro. Alega que todas as notas fiscais e contratos de prestação de serviço da UTI Med que demonstravam a efetividade dos serviços prestados foram apresentados nos autos. Aduz que a mera recusa injustificada e contraditória da veracidade documental investida no procedimento fiscal não pode ser base de prova. Conclui que a autoridade tributária não foi capaz de comprovar nenhuma de suas alegações e que todas elas são vazias de fundamentos, nexos causal e provas, sendo impossível a manutenção do presente auto de infração.

Diz que o auditor assevera que nenhuma prova material foi apresentada para comprovar as prestações de serviço das empresas Promed Saude, Essencial Medicina, Pakama Serviços Médicos, UTI Med e que deveriam ter sido apresentadas informações completas de acordo (diretores, conselheiros, consultores), pois a necessidade dessas informações (os detalhes exigidos) poderia ser facilmente satisfeita pela leitura dos contratos, conforme a seguir se exemplifica:

- a) a natureza dos serviços médicos em ginecologia e obstetrícia;
- b) a forma é em regime de plantão;
- c) com o fim de atender adultos em UTI;
- d) as operações de 48 horas de plantões semanais;
- e) o valor mensal de R\$ 49.500,00, com a incorporação de todos os custos diretos e indiretos,
- f) o local estabelecido foi à ala de Ginecologia e Obstetrícia do Hospital Santo Amaro;
- g) quanto ao prazo, o contrato foi firmado por tempo indeterminado;
- h) a periodicidade prevista foi anual;
- i) o contrato estabelece que os profissionais contratados serão de responsabilidade da PAKAMA.

Argumenta que, com a pormenorizada refutação das acusações de fraude e distribuição de lucros aos membros da diretoria, demonstrou-se que todas carecem de verdade material, o que não pode ser admitido jamais no âmbito do processo administrativo.

Inexigibilidade do Certificado de Regularidade do Fundo de Garantia e Tempo de Serviço — FGTS para a configuração da imunidade tributária.

Diz que os requisitos previstos no artigo 29 da Lei nº 12.101/2009 não lhe podem ser opostos para fruição da imunidade, tendo cumprido os requisitos do CTN, artigo 14, e que esse entendimento foi pacificado pelo STJ em decisão que cita.

Inconstitucionalidade da Lei nº 12.101/2009.

Cita doutrina para fundamentar seu argumento de que o artigo 29 da Lei nº 12.101/2009 seria inconstitucional.

Cita decisão do STF RE 566.622 que se refere aos requisitos contidos na Lei nº 8.212/1991, artigo 55, e aponta que nesse RE definiu-se a tese, com repercussão geral, de que os requisitos para o gozo de imunidade têm de estar previstos em lei complementar.

Afirma que, apesar do recurso extraordinário nº 566.622 se referir ao artigo 55 da Lei 8.212/1991, no qual se declarou a inconstitucionalidade, em nada se modifica o entendimento do Supremo em relação ao artigo 29 da Lei nº 12.101/2009, haja visto ter similitude de conteúdo com o dispositivo de lei inconstitucional, qual seja, definição de requisitos para a concessão de imunidades às entidades, bem como a espécie da Lei nº 12.101/2009 é igualmente ordinária.

Conclui que em razão da inconstitucionalidade os requisitos do artigo 29 da Lei nº 12.101/2009 devem ser afastados para fins deste ato, bem como o artigo 32 da mesma lei que dele decorre.

Ilegitimidade do autuante em declarar cancelada a Certificação de Entidade Beneficente da autuada.

Diz que mesmo que se considerasse aplicável a Lei nº 12.101/2009, não assiste razão ao Auditor ao cassar a imunidade e que ele indicou que a sua suposta autoridade em retirar a imunidade decorreu do artigo 36 da Lei nº 12.101/2009.

Afirma que órgão emissor do Cebas é o Ministério da Saúde, conforme prevê a Lei nº 12.101/2009, artigo 21, inciso I.

Destaca o enunciado contido no artigo 25 da mesma seção IV da Lei nº 12.101/2009 que estabelece que a mesma autoridade que concede a imunidade é quem deve cancelar em caso de irregularidades, assegurando-se o contraditório e ampla defesa. Aduz que o Ministério da Saúde nunca se opôs à renovação do Cebas.

Afirma que a autoridade tributária não só não é competente para cancelar o certificado das entidades beneficentes de assistência social, como unilateralmente, sem conceder o direito ao contraditório e a ampla defesa, tratou de cancelar a condição de entidade beneficente de assistência social na área da saúde, sem fins lucrativos, portanto, imune que gozava com o único objetivo de cobrar tributo.

Diz que não se confunde o presente processo, oriundo de um auto de infração fiscal, com o processo que deveria preceder este, regido pelo Ministério da Saúde para apurar alguma irregularidade, nos termos da Lei nº 12.101/2009.

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 fatos que não se relacionam e não constituem prova em si, tendo o autuante se desincumbido de provar o que alegou.

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 rege 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 menoscar 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.

O autuado juntou cópias de documentos (fls. 1.223/1.258).

Defesa de Mauro Hamilton Bignardi

Conforme Termo de Solicitação de Juntada de fl. 1.068, Mauro Hamilton Bignardi, apresentou impugnação (fls. 1.070/1.106) em 23/1/2019, na qual basicamente:

Realidade fática em confronto com as tentativas "mendazes" da autoridade em atribuir alguma responsabilidade.

Argumenta que sem qualquer respaldo fático e jurídico, a Autoridade Fiscal o inseriu no presente Auto de Infração como suposto responsável solidário de fato e gestor oculto da Associação Santamarense, muito embora o auditor tenha ficado em dúvida quanto a sua própria acusação. Cita item 54 do relatório fiscal para demonstrar que houve dúvida por parte da fiscalização.

Diz que, quanto às alegações de que seria sócio da empresa BP Consultoria e de Wilson Modesto Pollara, que é membro do conselho consultivo da ASBG, e de que estaria sob suspeita de fraude segundo matéria publicada no início de 2014, a empresa citada na matéria "BP Consultoria e Gestão Empresarial LTDA" encontra-se inativa desde a época da publicação da matéria, com encerramento regular na Junta Comercial de São Paulo (SP) e na Secretaria da Receita Federal do Brasil. Reproduz trechos de documentos para comprovar o alegado.

Afirma que, além disso, a única prova a ser apresentada pela Autoridade Fiscal Administrativa é a referida matéria, é preciso que se saiba que a fonte utilizada é pouco confiável, pois esta empresa de comunicação está envolvida na Operação Lava-Jato, conforme notícia publicada em 15/4/2015 por Claudio Dantas Sequeira, jornalista da Isto É. Cita reportagem dessa revista.

Assevera que o Agente Fiscal houve por reconhecer a sua atuação como Gestor oculto da Associação Santamarense, em razão dele já ter sido supostamente visto em festas com o Sr. Pollara, membro do Conselho do Hospital. Reproduz o item 48 do relatório fiscal.

Diz que simples alegação de que ele conhece Wilson Modesto Pollara, ou que já foram vistos eventualmente juntos em festas, como cita, no Iate Clube Guarujá-Santos, não servem como prova para desabonar a sua figura ou imputar-lhe cargo de chefia ou Gestão na ASBG.

Assevera que é absurdo que a autoridade tributária tenha se amparado em informações divulgadas por um colunista da imprensa, que sequer apurou efetivamente a função desempenhada por ele, para atribuir-lhe a Gestão oculta do Hospital.

Afirma que, como propriamente dito pela autoridade tributária não há qualquer vínculo de gestão operacional ou administrativa entre ele e a Associação Santamarense.

Diz que foi nomeado como representante da ASBG em Grupo de Trabalho Técnico de Revisão do Plano Operativo de Contratos do SUS com a Prefeitura e que no item 49 do relatório fiscal a autoridade administrativa deixa claro que ele era mero assistente técnico da ASBG, cargo que não se confunde com a função/cargo de administrador imputada posteriormente, sem provas, pela autoridade autuante.

Assevera que a fiscalização apontou que, em meados de 2012, teria falado à uma rede de TV local (GraruTV) em nome do Hospital Santo Amaro (HSA) e, no item 51, que ele seria gestor conforme informado na matéria. Diz que essas alegações não são pertinentes ao caso, sendo a notícia anterior ao período de fiscalização. Aduz que, além disso, é impossível atribuir responsabilidades por informações incorretas divulgadas pela rede de TV Local.

Aponta que foi falsamente associado ao quadro de funcionários da ASBG, nos períodos de 1/4/1993 a 31/3/1994 e 1/7/1990 a 1/3/1991, o que comprovaria com sua cópia autenticada de carteira de trabalho do aludido período que diz juntar.

Afirma que, quanto à alegação de suspeita de participação em desvio de dinheiro público conforme Processo nº 1002343-96.2015.8.26.0269, Ação Civil de Improbidade Administrativa, ela foi proposta pelo Ministério Público do Estado, mas não há qualquer decisão até o momento que tenha decidido o mérito dos apontamentos da petição, portanto, inexistem antecedentes nesse sentido.

Questiona qual a pertinência da atribuição apresentada pelo auditor fiscal com relação ao processo judicial e sua efetiva atuação direta como Gestor da Associação. Questiona, ainda, se por haver algum processo judicial promovido contra ele, ainda que pendente de decisão, ele consequentemente é gestor do Hospital Santamarense e deverá responder por todos os Autos de infração e dívidas constatadas em seu nome.

Diz que nunca foi intimado para realizar qualquer esclarecimento na fase de procedimento de fiscalização relativamente aos serviços prestados pela Promed Saúde, pela Essencial Medicina.

Afirma que segundo o item 58 do relato da Autoridade Fiscal, teria características de gestor oculto da ASBG de acordo com o vídeo e pelos decretos da Prefeitura do Guarujá.

Afirma que a ele se atribuem os fatos noticiados no diariodolitoral.com.br, mas não há qualquer menção às suas empresas na reportagem mencionada pela Autoridade Fiscal, tratando-se mais uma vez, de atribuição desamparada de verdade e provas.

Conclui que todas as acusações fiscais estão desamparadas de provas, pertinência e verdade material e diz que há, ainda, irregularidades insanáveis nessa inclusão, estando equivocado o entendimento da autoridade tributária.

Direito. Nulidade. Cerceamento do Direito de Defesa.

Diz que a Fiscalização o identificou como sócio/administrador oculto da ASBG, mas não há qualquer razão plausível para que isso seja levado a cabo.

Afirma que nunca foi intimado de qualquer procedimento de fiscalização ao qual estivesse envolvido, ou seja, lhe foi tolhido o direito de esclarecer fatos obscuros, reportagens mal redigidas, notícias falsas, ou mesmo explicar sobre as empresas da qual participa ou participou ou que tenha prestado serviços. Assevera que a única intimação que recebera foi a do presente auto neste momento, do qual, ressalta-se, jamais antes tivera conhecimento, em que fora inserido na absurda posição de administrador oculto.

Tece considerações sobre a Portaria da RFB nº 6.478/2017 e sobre o TDPF. Afirma que, no entanto, no TDPF nº 0810600.2018.00016 consta apenas a ASBG como sujeito passivo da obrigação.

Assevera que a fiscalização não lhe oportunizou a ciência do TDPF e, dando ciência a este apenas do auto de infração lavrado ao final do referido processo, desrespeitou prazos e procedimentos imprescindíveis à validação da autuação por ele.

Tece considerações sobre o procedimento fiscal, citando o Decreto nº 70.235/1972.

Conclui que, ante a ausência de sua ciência, como sujeito passivo da obrigação tributária em comento, tendo se encerrado o procedimento fiscal sem lhe ter sido dado o direito de aclarar os fatos, deve ser anulado o auto de infração, por cerceamento do direito de defesa.

Necessária aplicação do Princípio da Verdade Material.

Apresenta, essencialmente, os mesmos argumentos e apontamento apresentados pelo autuado em sua peça de defesa, conforme relatado e conclui que a autoridade tributária não aplicou o Princípio da Verdade Material ao caso em comento, haja vista que baseou toda a sua fundamentação em reportagens, cujas fontes são incertas, e em suposições.

Equívoca atribuição do impugnante como Membro do Conselho Administrativo nos Anos de 2014 e 2015.

Diz que conforme relato fiscal foi colocado em posição de membro do conselho administrativo da ASBG com base em legendas de notícias de TV e nomeado da Prefeitura para representar a ASBG no Grupo de Trabalho Técnico de Revisão do Plano Operativo de Contratualização dos Serviços SUS, haja vista que era assessor técnico do Hospital Santo Amaro com atuação específica nas questões médicas do aludido Plano.

Afirma se irrelevante ao auto de infração os fatos relativos à 2012, especialmente em razão do procedimento fiscal se embasar no ano-calendário de 2014 e 2015, portanto, deve ser excluído o Anexo V dos autos e riscados os itens 50 a 54 e subitens do relato fiscal, em razão da completa impertinência ao período de apuração.

Diz que a autoridade ampara-se em reportagem jornalística conferida a canal televisivo em período em que atuou como Representante Técnico do Hospital.

Aponta que a qualificação atrelada a ele e indicada pela Emissora na Reportagem é irrelevante para que seja efetivamente reconhecida como tal a função de Gestor.

Assevera que ainda que houvesse a indicação de "Presidente da Associação" na sua imagem na reportagem televisiva, tal fato não poderia ser considerado para autuá-lo e reconhecê-lo como Gestor Oculto da entidade, uma vez que a realidade fática deveria se sobrepor a quaisquer indicações efetuadas por terceiros, inclusive sem a anuência e o seu consentimento, pois sequer teve ciência prévia das informações que constariam na reportagem e que foram atreladas a sua imagem.

Diz que tendo a fiscalização, acesso fácil a todos os documentos fiscais, livros contábeis e declarações emitidas por ele e pela ASBG à União e demais entes da federação, foi incapaz de consubstanciar suas suposições em provas contundentes e irrefutáveis. Conclui que, evidentemente por que não assiste razão à autoridade autuante em imputar a ele responsabilidades quanto a esses fatos.

Inexistência de Vínculo Empregatício com a Associação.

Diz que o Auditor menciona que ele teria laborado na condição de Empregado da Associação no período compreendido entre 1/7/1990 a 1/3/1991 e de 1/4/1993 a 31/3/1994, quando na realidade mais essa alegação não prospera.

Reproduz o Certificado de conclusão de curso de Especialização Médica realizada por ele no interregno compreendido entre janeiro de 1990 a janeiro de 1992 (fl. 1.090), em tempo integral, para provar que não seria possível ter sido empregado/prestador de serviços/colaborador da Associação ou de qualquer outro Ente ou Empresa.

Reproduz cópia autenticada da Carteira Profissional na qual diz ser possível constatar que nunca houve a prestação de serviços à Associação Santamarense na condição de empregado, mas somente pelas empresas em que figura como sócio, quais sejam, Promed e Essencial, e por meio delas restaram realizados milhares de atendimentos, os quais são comprovados pelas notas e prontuários médicos que poderiam ter sido diligenciados pelo Sr. Agente Fiscal junto à Associação, por tratarem-se de documentos confidenciais e dos quais não tem como copiá-los.

Regular Prestação de Serviços Médicos Prestados Pelas Sociedades Simples Promed Saúde S/S LTDA e Essencial Medicina Integrada S/S Ltda.

Diz que Promed Saúde S/S LTDA e Essencial Medicina Integrada S/S Ltda são sociedades simples, cujos objetivos são fornecer serviços médicos variados, como atendimento, assistência, cirurgia, pronto atendimento, gerenciamento médico administrativos, dentre outros, por meio do fornecimento de mão de obra por estas empresas à ASBG, conforme especificado em contratos.

Alega que para todos os serviços prestados foram emitidas notas fiscais na forma da lei, conforme documentos do Anexo VIII e que todos os contratos foram firmados e cumpridos entre as partes, com as empresas fornecendo os serviços contratados e a Associação efetuando o pagamento desses serviços.

Afirma que a fiscalização concluiu que a referidas empresas seriam "noteiras", pois alega que a ASBG não foi capaz de apresentar as notas fiscais, os contratos de prestação de serviços, a descrição das operações e dos custos envolvidos em cada um dos serviços, os locais, a periodicidade, a duração, a especificação dos equipamentos utilizados em cada umas das prestações de serviços (item 63).

Assevera que embora nunca tenha sido intimado do procedimento de fiscalização, uma análise mais atenta do Anexo VIII permite concluir que todas as exigências acima seriam atendidas pela simples análise dos contratos. Transcreve trechos do contrato.

Diz que, ainda conforme trecho de contrato que reproduz, as informações sobre a identificação das pessoas físicas que executaram ou colaboraram na execução dos serviços, a situação de vínculo dos mesmos (próprios sócios, empregados, autônomos, empresas subcontratadas, cooperativas de trabalho, etc) e a qualificação técnica de cada uma delas (formação, especialização, ramo de atividade, etc) estava claramente atribuída às empresas contratadas pela ASBG. Cita item X a XIV do contrato para comprovar essa alegação.

Conclui que sem se ater aos próprios documentos que instruem o Termo de Fiscalização, os quais serviriam para respaldar suas conclusões, o Sr. Agente houve por responsabilizar-lhe, que sequer teve a oportunidade de defender-se antes da autuação. Argumenta que o auditor poderia ter diligenciado quanto aos prontuários médicos dos milhares de atendimentos realizados pelos profissionais das Empresas Promed e Essencial, mas incumbiu-se somente de autuar o representante legal Mauro, atuando-lhe indevidamente a qualidade de "noteiro", o que inclusive poderá ser objeto de apuração criminal.

Citada Ação Civil de Improbidade Administrativa nº 1002343-96.2015.8.26.0269.

Diz que grande parte do Auto de Infração imputado não decorreu da apuração da Autoridade Fiscal, ao contrário do que espera, mas foi fundamentado em acusações desproporcionalmente feitas e em Ação Civil Pública na qual está na posição de requerido.

Alega que nenhuma das acusações feitas no processo foi julgada procedente naquele juízo, nem mesmo chegaram a ser interpeladas, pois a ação está em fase de apuração e inquirição das partes, sem decisão de mérito até o momento.

Conclui que isso evidencia o excesso de arbitrariedade e falta de compromisso com a verdade material que se apegou a Autoridade Fiscal, haja vista principalmente que é desde logo colocado na condição de pessoa não proba sem nem mesmo ter sido ainda oportunizado a este demonstrar a ausência de responsabilidade por meio da ampla defesa e devido processo legal.

Afirma que ao agir dessa forma eivou o procedimento administrativo com a inexistência de legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência princípios fundamentais da administração pública, nos termos do artigo 2º da Lei nº 9.784/1999.

Impossibilidade de imputar responsabilidade de fato ao impugnante

Aponta que foi considerado responsável tributário passivo solidário com hipotético fundamento nos artigos 124, inciso I, 135, inciso III, e 137, inciso I do CTN (Lei nº 5.172/1966).

Afirma que os fatos geradores da obrigação principal se referem as remunerações pagas aos segurados empregados e contribuintes individuais, declaradas GFIP.

Aduz que está claro na letra da lei tributária (CTN, artigo 124, inciso I) que a pessoa a quem o legislador atribui a responsabilidade deve ser vinculada ao fato gerador da obrigação.

Assevera que o relatório fiscal foi no sentido de considerá-lo como Membro do Conselho Administrativo da Associação, na suposta posição de administrador, que receberia participação dos lucros e resultados, o que é vedado pela Lei nº 12.101/2009, artigo 29, inciso III, devendo a entidade perder a isenção tributária da gozava no período de 2014 a 2015.

Conclui que, quanto ao fato gerador em questão, não se vinculou em nenhum momento a conduta a ele imputada, inexistindo prova do interesse comum na situação que é requisito da configuração da responsabilidade solidária prevista do inciso I do artigo 124 do CTN.

Tece considerações sobre a responsabilidade tributária. Cita doutrina.

Traz apontamentos sobre a responsabilização prevista no CTN, artigo 135, inciso III, inclusive, citando doutrina.

Afirma que não pode a Fazenda Pública executar os diretores de uma empresa sem nem mesmo saber a sua função, tempo que a exerceram e como a exerceram. Aduz que a transferência desta responsabilidade não pode ocorrer, sem prova prévia, cabendo a prova à fiscalização.

Assevera que, não sendo sócio, diretor, ou gerente, percebe-se ausência total de zelo nas atribuições dos institutos tributários de responsabilidade e solidariedade por parte da fiscalização.

Alega que, não bastasse tal fato, a autoridade tributária imputou-lhe o disposto no inciso I do artigo 137 do CTN, por conduta supostamente prevista como crime no artigo 337-A do Código Penal.

Afirma que a autoridade tributária agiu com seus excessos ao atribuir a conduta tipificada como crime sem realizar prova da materialidade a ele, que não pode jamais ser presumida como ocorreu.

Impossibilidade de atribuir responsabilidade solidária ao impugnante

Disserta sobre pessoa física e jurídica, contrato de sociedade, Direito Privado e Direito Tributário, citando os artigos 109 e 110 do CTN, obrigação tributária e obrigação do responsável tributário.

Afirmam que ainda que alguma das alegações da autoridade fiscal tivessem algum fundamento, os bens dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade a não ser que a lei o excepcione e ainda, assim a responsabilidade do sócio é subsidiária, ou seja, devem responder primeiro os bens da sociedade e só na falta desses, respondem os bens do sócio.

Conclui que se houvesse responsabilidade de alguma forma, o que não existe, ela seria subsidiária, e não solidária como mais uma vez restou indevidamente imputado.

Pedidos.

Requer seja acolhida a presente defesa administrativa, a fim de que seja reconhecida sua ilegitimidade passiva para responder pela dívida que lhe é indevidamente imputada, bem como, para afastar todas as responsabilidades que lhe são impostas por conta do Procedimento Fiscal nº 0810600.2018.00016.

Requer, alternativamente, seja reconhecida a nulidade do Procedimento decorrente do cerceamento de defesa.

Requer, ainda, que caso ainda reste alguma dúvida quanto à ausência de responsabilidade seja convertido o julgamento em diligência, determinando-se a quem quer que seja, os documentos necessários para a convicção de que ele é parte ilegítima para responder pela dívida que lhe é imputada.

O impugnante juntou cópias de documentos das fls. 1.107/1.172.

Defesas de Paulo Kaol Soejima e Urbano Bahamonde Manso.

Em 23/1/2019, conforme carimbo de protocolo às fls. 1.261 e 1.327, Paulo Kaol Soejima e Urbano Bahamonde Manso, apresentaram impugnações fls. 1.261/1.326 e fls. 1.327/1.383, nas quais, essencialmente, apresentam os mesmos argumentos contidos nos tópicos "Direito. Nulidade. Cerceamento do Direito de Defesa" e "Necessária aplicação do Princípio da Verdade Material" da peça de defesa da autuada e de Mauro Hamilton Bignardi, que foram relatados.

Defesa de Paulo Kaol Soejima. Argumentos específicos.

Afirma que a Pakama Serviços Médicos Ltda foi remunerada por prestação de serviços nos anos de 2014 e 2015, mas que a autoridade administrativa, descabidamente, acusou a empresa de ser "noteira", alegando que emitira notas "frias" para acobertar desvio de verbas.

Diz que é possível constatar pelos contratos apresentados pela ASBG a veracidade e efetividade da prestação de serviços, conforme se aduz a seguir: a) a natureza dos serviços médicos em ginecologia e obstetrícia; b) a forma é em regime de plantão; c) com o fim de atender adultos em UTI; d) as operações de 48 horas de plantões semanais; e) o valor mensal de R\$ 49.500,00, com a incorporação de todos os custos diretos e indiretos, f) o local estabelecido foi a ala de Ginecologia e Obstetrícia do Hospital Santo Amaro; g) quanto ao prazo, o contrato foi firmado por tempo indeterminado; h) a periodicidade prevista foi anual; i) o contrato estabelece que os profissionais contratados serão de responsabilidade da Pakama. Defesa de Paulo Kaol Soejima. Argumentos específicos.

Impossibilidade de imputar responsabilidade solidária.

Afirma que ocupa o cargo de vice-presidente e que por essa razão, juntamente com a suposta acusação de desvio de recursos formulada pelo autuante, foi-lhe atribuído à responsabilidade pessoal prevista no inciso III do artigo 135 do CTN com base em alegações efetuadas no relatório fiscal, que não se sustentam por meio de provas robustas.

Argumenta, que, para ser responsabilizado seria necessário que a atuação estivesse ultrapassando o que lhes permite a lei na presidência da ASBG. Afirma que apesar de assumir cargo de presidência, não pode ser imputado como responsável solidário apenas por esse fato.

Assevera que não se trata de liberalidade da Autoridade Administrativa atribuir ou não responsabilidade pessoal aos dirigentes, mas sim é dever que examine as responsabilidades estatutárias dos diretores e administradores e verifique se a ação destes, no cumprimento da função, feriu as prescrições dos estatutos ou da lei.

Alega citando doutrina que a responsabilidade no caso previsto no CTN, artigo 135, inciso III é subjetiva e deve ser provada pela autoridade. Aduz que isso não ocorreu e que, portanto, a responsabilização não pode ser mantida.

Defesa de Paulo Kaol Soejima. Argumentos específicos. Período de atuação como diretor.

Afirma que pela tabela colacionada pelo auditor, se conclui que foi incluído como Diretor da Associação em data de 4/3/2015, razão pela qual mesmo sem deter legitimidade passiva para figurar no presente feito face aos demais argumentos apresentados, também não subsistiria fundamento em razão do período de atuação como Diretor.

Defesa de Paulo Kaol Soejima. Argumentos específicos. Empresa Pakama.

Diz que o próprio auditor reconhece que não foram apresentados documentos referentes à Empresa Pakama, mas contraditoriamente, pela consulta realizada ao procedimento, constatou que houve a apresentação de inúmeros documentos atrelados à aludida empresa e prestação de serviços pela ASBG, os quais restaram ignorados pelo auditor.

Reproduz trecho de contrato de prestação de serviços e de nota fiscal.

Afirma que grande parte desses documentos podem ser vislumbrados nos Anexos 8 e 9, dando conta da ocorrência da prestação de serviços pela aludida empresa à Associação e, pior, da prestação de serviços a milhares de pessoas.

Afirma que das alegações do auditor, é como se não tivesse havido nenhuma atendimento médico no hospital. Questiona se o auditor chegou a presenciar ao menos algumas horas de atendimento na Associação para se dar conta das imputações que desfere.

Diz ser inequívoco que os contratos, notas fiscais de serviços e outros documentos são hábeis a comprovar a prestação de serviços, de modo que caberia à autoridade comprovar minuciosamente a ausência de prestação de serviços, atendo-se ele exclusivamente a informar que não foram apresentados documentos, o que o fez presumir que não houve a prestação de serviços.

Argumenta que caberia à autoridade tributária, em razão da fraude noticiada, comprovar minuciosamente, que a prestação de serviços não fora efetivada, ônus que não se desincumbiu.

Defesa de Paulo Kaol Soejima. Argumentos específicos. Conclusão.

Requer seja acolhida a presente defesa administrativa, a fim de que seja reconhecida sua ilegitimidade de parte para responder pelo débito e imputações que lhe são temerariamente atribuídas. Requer ainda, seja reconhecida a nulidade consistente no cerceamento de defesa, uma vez que não lhe fora oportunizada a chance de apresentar defesa ou documentos à fiscalização, antes de sua autuação.

Junta cópia de documentos de fls. 1.282/1.326.

Defesa de Urbano Bahamonde Manso. Argumentos específicos.

Diz que empresa UTI Med Guaruja Serviços Médicos Ltda, inscrita no CNPJ sob o nº 16.657.008/0001-65, é composta por 17 sócios, dentre eles Guillermo Bahamonde Manso, médico e, como não deveria ser surpresa, presta serviços médicos em hospitais, como o ASBG. Aduz que essa conclusão, embora suficientemente óbvia e clara, foi a que chegou a autoridade administrativa, mas com a descabida acusação de que a empresa seria de "fachada" e emitiria notas "frias" para acobertar desvio de verbas.

Assevera que, no item 61.2, a autoridade fiscal afirma que a ASBG supostamente não comprovou a efetiva prestação dos serviços pela UTI Med, embora houvesse sido intimada para tanto, mas que, no entanto, é possível verificar que a ASBG apresentou os contratos de prestação de serviços firmados ou vigentes no período, bem como as notas fiscais, que informam, por exemplo, de acordo como Contrato nº 007/2012 e Termo aditivo nº 4 de 11/8/2014: a) a natureza do serviço é atendimento médico; b) a forma é de caráter assistencial e gerencial; c) com o fim de atender adultos em UTI; d) as operações se deram em 31 leitos de atendimento; e) o valor mensal de R\$ 407.178,00, com a incorporação de todos os custos diretos e indiretos, f) o local estabelecido foi a Unidade de Terapia Intensiva Adulto do Hospital Santo Amaro; g) quanto ao prazo, o contrato foi firmado por tempo indeterminado; h) a periodicidade prevista foi anual; i) o contrato estabelece que os profissionais contratados são de responsabilidade da UTI Med.

Afirma que exigir da ASBG a descrição da qualificação técnica de cada colaborador da prestadora de serviços médicos UTI Med e a especificação dos equipamentos utilizados em cada serviço não possui razoabilidade, mesmo porque a responsabilidade pela alocação dos profissionais era da contratada, porém, todas as demais informações requeridas foram disponibilizadas e seriam identificadas pela leitura dos contratos.

Argumenta que não existe qualquer evidência de irregularidade nos contratos efetivados, nem mesmo prova de que recebera algum valor proveniente desta contratação, sendo que, a única argumentação utilizada pelo Auditor Fiscal é a relação de parentesco entre ele e um dos sócios da UTI Med, o que jamais corresponderia "ao benefício qualquer indireto previsto no artigo 29, inciso I da Lei nº 12.101/91".

Alega que a motivação do presente auto de infração nada tem a ver com desvio de verba ou enriquecimento ilícito, como afirmou imprudentemente a autoridade fiscal, mas se trata de perseguição à ASBG, com o intuito de prejudicar suas operações que trazem tantos benefícios à região da baixada santista. Diz que isso é constado pelas rasas ligações que a fiscalização efetua na tentativa de comprovar o que alega. Contudo, são tão frágeis e desamparadas de verdade material que é certo a sua improcedência.

Conclui que a autoridade administrativa 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 rege todos os atos administrativos.

Defesa de Urbano Bahamonde Manso. Argumentos específicos. Conclusão.

Requer seja acolhida a presente defesa administrativa, a fim de que seja reconhecida sua ilegitimidade passiva para responder às dívidas que lhe são imputadas nos autos de infração ora rebatidos.

Junta cópia de documentos de fls. 1.337/1.382.

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. 1386)

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

ENTIDADE BENEFICENTE. REQUISITOS PARA FRUIÇÃO DE GOZO DE ISENÇÃO. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL.

Os requisitos para fruição de isenção, além dos previstos no CTN, artigo 14, são os estabelecidos pela Lei nº 12.101/2009.

Para verificação do cumprimento dos requisitos exigidos para fruição da isenção relativa a entidade beneficente deverá ser observada a legislação vigente no momento da ocorrência do fato gerador.

DESCONSIDERAÇÃO DE ATO OU NEGÓCIO JURÍDICO.

A autoridade tributária deve desconsiderar ato ou negócio jurídico praticado pelo contribuinte, em desconformidade com a lei, com o objetivo de viabilizar o descumprimento de requisito previsto na legislação para o gozo de isenção.

EFETIVIDADE NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS.

Cabe à entidade em gozo de isenção demonstrar a efetividade da prestação dos serviços executados por terceiros que justificam os pagamentos por ela efetuados.

CONTRIBUIÇÕES.

A empresa é obrigada a recolher as contribuições a seu cargo.

INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA. OMISSÃO DE FATOS GERADORES.

Apresentar GFIP omitindo fatos geradores ou contribuições previdenciárias constitui infração à legislação.

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 AGRAVADA. QUALIFICADA.

As multas são aumentadas de metade sempre que o contribuinte deixar de prestar esclarecimentos à autoridade tributária quando intimado a fazê-lo.

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

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido

Da parte procedente, extraímos:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros da 8ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, considerar procedente em parte a impugnação apresentada por Paulo Kaol Soejima, improcedentes as impugnações apresentadas pelos demais sujeitos passivos e por manter o crédito tributário tratado no presente processo.

Acordam, ainda, por exonerar Paulo Kaol Soejima, relativamente às contribuições lançadas e referentes às competências anteriores a 03/2015 (quando ele passou a integrar a administração).

De acordo com o Decreto nº 70.235/1972, artigo 34, inciso I, cabe recurso de ofício ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais em razão da exclusão da responsabilidade solidária de Paulo Kaol Soejima, relativamente, a parte do período considerado nas autuações, por ser o valor do crédito em relação a qual a exclusão se deu superior ao previsto na Portaria MF nº 63, de 9/2/2017, artigo 1º, publicado no DOU de 10/2/2017.

Do Recurso de Ofício

Da parte procedente julgada em favor do solidário, foi interposto Recurso de Ofício:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros da 8ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, considerar procedente em parte a impugnação apresentada por Paulo Kaol Soejima, improcedentes as impugnações apresentadas pelos demais sujeitos passivos e por manter o crédito tributário tratado no presente processo.

Acordam, ainda, por exonerar Paulo Kaol Soejima, relativamente às contribuições lançadas e referentes às competências anteriores a 03/2015 (quando ele passou a integrar a administração).

De acordo com o Decreto nº 70.235/1972, artigo 34, inciso I, cabe recurso de ofício ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais em razão da exclusão da responsabilidade solidária de Paulo Kaol Soejima, relativamente, a parte do período considerado nas autuações, por ser o valor do crédito em relação a qual a exclusão se deu superior ao previsto na Portaria MF nº 63, de 9/2/2017, artigo 1º, publicado no DOU de 10/2/2017.

Do Recurso Voluntário

O Recorrente, devidamente intimado da decisão da DRJ, apresentaram os recursos voluntários de fls. 1498/1535 (Mauro Hamilton Bignardi); 1538/1585 (Autuada); 1620/1630 (Urbano Bahamonde Manso); 1631/1650 (Paulo Kahol Soejima), cujas alegações serão abaixo resumidas:

Mauro Hamilton Bignardi

(a) realidade fática em confronto com as tentativas da d. autoridade em atribuir alguma responsabilidade ao recorrente; (b) nulidade: cerceamento do direito de defesa; (c) necessária aplicação do princípio da verdade material; (d) da equivocada atribuição do recorrente como membro do Conselho Administrativo nos anos de 2014 e 2015; (e) da inexistência de vínculo empregatício entre o recorrente e a associação; (f) da regular prestação de serviços médicos prestados pelas sociedades simples Promed Saúde S/S Ltda e Essencial Medicina

Integrada S/S Ltda; (g) da citada ação civil de Improbidade Administrativa nº 1002343-96.2015.8.26.0269; e (h) da impossibilidade de se imputar responsabilidade de fato ao recorrente; (i) da impossibilidade de atribuir responsabilidade solidária ao recorrente.

Associação Santamarense de Beneficência do Guarujá (Autuada)

(a) preliminares: da vinculação dos precedentes dos tribunais superiores na esfera administrativa; mérito: (b) da inconstitucionalidade da lei nº 12.101/2009; (c) dos efeitos ex tunc do certificado CEBAS – Súmula 612 do STJ; (d) da inafastabilidade da imunidade tributária nos anos calendários 2014 e 2015 – cumprimento dos requisitos do artigo 14 do CTN; (e) da impossibilidade de débitos em relação às contribuições sociais previdenciárias afastarem o gozo da imunidade tributária; (f) da impossibilidade de discutir as supostas obrigações estabelecidas em processo administrativo tributário distinto; (g) da não distribuição de qualquer parcela do patrimônio ou renda, a qualquer título, a qualquer beneficiário, dirigente ou não da associação; (h) da inexigibilidade do Certificado de Regularidade do Fundo de Garantia e Tempo de Serviço – FGTS para a configuração da imunidade tributária; (i) da necessária aplicação do princípio da verdade material; (j) da qualificação da multa de ofício; e (k) da ofensa aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade; (l) da aplicação de multa com efeito confiscatório.

Urbano Bahamonde Manso

(a) da necessária aplicação do princípio da verdade material; e (b) da impossibilidade de imputar responsabilidade solidária ao recorrente.

Paulo Kahol Soejima

(a) nulidade: cerceamento do direito de defesa; (b) da necessária aplicação do princípio da verdade material; (c) da impossibilidade de imputar responsabilidade solidária ao recorrente; e (d) da empresa Pakama.

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

É o relatório do necessário.

Voto

Conselheiro Douglas Kakazu Kushiya, Relator.

Do Recurso de Ofício

Da análise da decisão recorrida, temos que o valor exonerado atinge o valor de alçada, nos termos do disposto na Súmula CARE nº 103: Para fins de conhecimento de recurso de ofício, aplica-se o limite de alçada vigente na data de sua apreciação em segunda instância.

No caso em tela, temos que o valor exonerado, somando tributo, multa e juros atingiu o mínimo legal estabelecido pela Portaria/MF nº 2/2023, publicada no DOU de 17/02/2023, uma vez que exonerou-se valor acima de R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais).

O MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA, substituto, no uso da atribuição que lhe confere o inciso II do parágrafo único do art. 87 da Constituição, e tendo em vista o disposto no inciso I do art. 34 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, resolve:

Art. 1º O Presidente de Turma de Julgamento de Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil (DRJ) recorrerá de ofício sempre que a decisão exonerar sujeito

passivo do pagamento de tributo e encargos de multa, em valor total superior a R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais).

§ 1º O valor da exoneração deverá ser verificado por processo.

§ 2º Aplica-se o disposto no caput quando a decisão excluir sujeito passivo da lide, ainda que mantida a totalidade da exigência do crédito tributário.

Art. 2º Fica revogada a Portaria MF nº 63, de 9 de fevereiro de 2017.

Art. 3º Esta Portaria entrará em vigor em 1º de fevereiro de 2023.

Quanto ao mérito do Recurso de Ofício, verifica-se que o Sr. Paulo Kaol Soejima somente passou a ser Diretor Vice-presidente a partir do dia 4/3/2015 (conforme informação fiscal quadro incluído no item 42 do TVF).

Deste modo, o Sr. Paulo Kaol Soejima somente deve ser responsabilizado quando passou a integrar, conforme provam os autos, a administração da entidade, a partir de 4/3/2015. Assim, sua responsabilização em relação às competências anteriores a 3/2015 deve ser excluída.

Portanto, nego provimento ao recurso de ofício.

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.

Passaremos a analisar os argumentos da seguinte forma: (a) Preliminares e nulidades; (b) argumentos da autuada, já analisando os pontos apresentados pelos solidários e (c) argumentos apresentados pelos solidários, inclusive, os pontos objeto de recurso de ofício, que não terá tópico específico quanto a este tema.

Nulidade: Cerceamento do direito de defesa

Alegam nulidade, por cerceamento do direito de defesa. Entretanto, o procedimento está correto.

Esclareça-se que a atividade de lançamento é vinculada e obrigatória, devendo a autoridade fiscal agir conforme estabelece a lei, sob pena de responsabilidade funcional, nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional (CTN):

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

As nulidades do Processo Administrativo Fiscal estão previstas no artigo 59 do Decreto nº 70.235/1972:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

De acordo com o disposto no artigo 10 do Decreto nº 70.235 de 6 de março de 1972, são os seguintes os requisitos do auto de infração:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Para serem considerados nulos os atos, termos e a decisão têm que ter sido lavrados por pessoa incompetente ou violar a ampla defesa do contribuinte. Ademais, a violação à ampla defesa deve sempre ser comprovada, ou ao menos existir fortes indícios do prejuízo sofrido pelo contribuinte.

No presente caso, o auto de infração foi lavrado por autoridade competente (Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil), estão presentes os requisitos exigidos nas normas pertinentes ao processo administrativo fiscal e contra os quais o contribuinte pôde exercer o contraditório e a ampla defesa. Também não houve qualquer cerceamento do direito de defesa, posto que a matéria está sendo rediscutida no presente recurso pelo contribuinte, não havendo que se falar ainda em cerceamento do direito de defesa.

Da leitura do Relatório Fiscal e do acórdão da DRJ não merecem prosperar as alegações do Recorrente. O auto de infração e seu relatório fiscal foram lavrados em consonância com o artigo 142 do CTN e tanto estes quanto o acórdão recorrido foram lavrados por autoridade competente e sem preterição do direito de defesa. O Relatório Fiscal detalha minuciosamente os fatos ocorridos durante a ação fiscal e que culminaram com o auto de infração ora combatido.

Portanto não procede a alegação de nulidade.

Preliminares: da vinculação dos precedentes dos tribunais superiores na esfera administrativa

Da inconstitucionalidade da lei nº 12.101/2009

Dos efeitos ex tunc do certificado CEBAS – Súmula 612 do STJ; (d) da inafastabilidade da imunidade tributária nos anos calendários 2014 e 2015 – cumprimento dos requisitos do artigo 14 do CTN;

Da impossibilidade de débitos em relação às contribuições sociais previdenciárias afastarem o gozo da imunidade tributária

Com relação a estas alegações, apesar da declaração de inconstitucionalidade do disposto no artigo 29 da Lei nº 12.101/2009, este não é o único fundamento da autuação.

Apenas para que não se alegue falta de avaliação quanto à alegação da declaração de inconstitucionalidade do artigo 29 da Lei nº 12.101/2009, merece destaque o fato de que referido dispositivo legal foi declarado inconstitucional pelo STF (sem modulação de efeitos) quando do julgamento da ADI 4480, cuja decisão transitou em julgado em 24/04/2021.

A decisão final plenária do STF foi no seguinte sentido:

O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade formal do art. 13, III, §1º, I e II, §§ 3º e 4º, I e II, §§ 5º, 6º e 7º; do art. 14, §§ 1º e 2º; do art. 18, caput; e do art. 31 da Lei 12.101/2009, com a redação dada pela Lei 12.868/2013, e **declarar a inconstitucionalidade material** do art. 32, § 1º, da Lei 12.101/2009, nos termos do voto do Relator, vencido parcialmente o Ministro Marco Aurélio. Não participou deste julgamento, por motivo de licença médica, o Ministro Celso de Mello.

- Plenário, Sessão Virtual de 20.3.2020 a 26.3.2020.

- Acórdão, DJ 15.04.2020.

Em fevereiro de 2021, houve decisão que acolheu em parte embargos de declaração opostos pelo contribuinte, com efeitos infringentes, apenas para complementar a decisão embargada a fim de fazer constar o art. 29, VI, da Lei nº 12.101/2009 no seu dispositivo:

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, acolheu parcialmente os embargos de declaração, com efeitos infringentes, para complementar a decisão embargada a fim de fazer constar o art. 29, VI, da Lei nº 12.101/2009 no dispositivo da decisão embargada, cuja redação passa a ser a seguinte: "Ante o exposto, julgo parcialmente procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade para declarar a inconstitucionalidade formal do art. 13, III, §1º, I e II, §§ 3º e 4º, I e II, §§ 5º, 6º e 7º; do art. 14, §§ 1º e 2º; do art. 18, caput; do art. 29, VI, e do art. 31 da Lei 12.101/2009, com a redação dada pela Lei 12.868/2013, e declarar a inconstitucionalidade material do art. 32, § 1º, da Lei 12.101/2009", tudo nos termos do voto do Relator.

Plenário, Sessão Virtual de 18.12.2020 a 5.2.2021.

Na mesma sessão plenária, ao apreciar os embargos opostos pela União, discutiu-se sobre a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, oportunidade em que prevaleceu o entendimento do Ministro Marco Aurélio pela não modulação dos efeitos, nos seguintes termos:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – PEDIDO – PROCEDÊNCIA – MODULAÇÃO. Não cabe, uma vez proclamada a incompatibilidade de ato normativo com a Constituição Federal, projetar o surgimento dos efeitos da constatação, sob pena de inobservância, considerado o ângulo da higidez, da Lei Maior, como se até então não tivesse vigorado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em desprover os embargos de declaração na ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do voto do ministro Marco Aurélio, redator do acórdão e por maioria, em sessão virtual, realizada de 18 de dezembro de 2020 a 5 de fevereiro de 2021, presidida pelo ministro Luiz Fux, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas

Do voto do Ministro Marco Aurélio, extrai-se o seguinte trecho:

Norma inconstitucional é natimorta. Formalizada a decisão, é inadequada elucidação de conflito de interesses de caráter subjetivo. Não se está a julgar situação concreta, concebida a partir do que se revela inconstitucionalidade útil, levando em conta a morosidade da máquina judiciária.

Tem-se o viés estimulante, consideradas as casas legislativas, no que incentivada a edição de norma à margem da Constituição Federal, a fim de subsistirem, com a passagem do tempo, as situações constituídas – que, sob o ângulo do aperfeiçoamento, assim não se mostram –, as quais, posteriormente, serão endossadas, muito embora no campo indireto, ante modulação.

Divirjo do Relator, para desprover os embargos declaratórios.

Como exposto, em 24/04/2021 houve a certificação do trânsito em julgado da decisão do STF.

O Regulamento deste Tribunal Administrativo – RICARF prevê o seguinte quanto a normas declaradas inconstitucionais pelo STF:

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.

§ 1º O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal;

Desta forma, tem-se que art. 32, §1º, utilizado como fundamento para o presente lançamento, foi declarado inconstitucional pelo Plenário do STF, sem modulação dos efeitos, e esta decisão tornou-se definitiva em 24/04/2021, devendo, assim, ser aplicada pelo CARF.

Apesar de parte dos dispositivos legais que fundamentam o presente lançamento terem declarados inconstitucionais pelo STF quando do julgamento da ADI 4480, no caso em questão, o ponto principal reside na distribuição de lucros ou dividendos, previstos no artigo 14 do CTN.

Como restou decidido no acórdão recorrido, extraímos os seguintes trechos da decisão recorrida, com a qual concordo e me utilizo como fundamento e razão de decidir:

Não ocorrência de cancelamento de Cebas. Aplicação do disposto na Lei nº 12.101/2009, artigo 32.

De acordo com o relatório fiscal, o contribuinte, que se declarou, por meio das Guias de recolhimento do FGTS e de Informação à Previdência Social – GFIP, sob o código do Fundo de Previdência e Assistência Social – FPAS (639) próprio das Entidades Beneficentes de Assistência Social com direito à isenção/imunidade das contribuições sociais, descumpriu requisitos legais para fazer jus ao gozo na imunidade no período de 01/2014 a 12/2015.

Por essa razão, em atenção ao disposto na Lei nº 12.101/2009, artigo 32, foram lançadas as contribuições devidas em razão da suspensão da imunidade/isenção.

Percebe-se, portanto, que se confundiu a defesa, porque a autoridade tributária não cancelou o Cebas, mas, no exercício de suas atribuições, conferidas pela Lei nº 10.593/1994, combinada com a Lei nº 11.457/2007, em respeito ao disposto no CTN, artigo 142, efetuou os lançamentos pelo descumprimento de requisitos para fruição da isenção/imunidade previstos na legislação aplicável.

Vinculação da autoridade tributária ao disposto na legislação tributária que rege a imunidade/isenção prevista na Lei nº 12.101/2009.

De fato, como alegado pelo contribuinte, ao tratar das contribuições para a Seguridade Social, a CR de 1988, no seu artigo 195, utilizou a expressão "isenção" e não "imunidade". Tem-se que por esse motivo, a Lei nº 12.101/2009, ao regulamentar os requisitos para fruição desse direito, se valeu igualmente da expressão "isenção" e não de "imunidade".

Tal circunstância, ao contrário do que entende o contribuinte, não tem o condão de inviabilizar a interpretação de que para o gozo desse direito (imunidade) seja exigido o cumprimento dos requisitos contidos na Lei nº 12.101/2009.

Em que pesem as alegações do contribuinte em sentido contrário, pelo fato da CR de 1988 ter utilizado a expressão "lei" e não "lei complementar", tem-se que os requisitos contidos na referida Lei Ordinária nº 12.101/2009 devem ser atendidos para que o contribuinte exerça os direitos conferidos pela Constituição da República.

Especificamente com relação à argumentação de que as exigências contidas na Lei nº 12.101/2009 seriam inconstitucionais, esclareça-se que este órgão julgador não pode desconsiderar norma válida no ordenamento jurídico sob a alegação de inconstitucionalidade, inclusive, por expressa vedação contida no art. 26-A do Decreto nº 70.235 de 1972:

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.

Com relação às decisões judiciais referidas pela defesa para fundamentar seus argumentos de que o disposto no artigo 29 da Lei nº 12.101/2009 seria inconstitucional e que para fruir a do direito à denominada isenção deveria ser observado apenas o disposto no CTN, artigo 14, tem-se que, como elas não foram exaradas com força vinculante para a Administração Tributária e, estando em vigor os dispositivos da Lei nº 12.101/2009, a autoridade julgadora não pode acatar o entendimento da defesa.

Esclareça-se, ainda, que a vinculação desta Delegacia de Julgamento às conclusões exaradas pelo STJ ou pelo STF, em desfavor da União, no âmbito de Recurso Especial submetido à sistemática dos recursos repetitivos (que eram tratados no antigo CPC, artigo 543-C, em vigor quando da publicação da portaria que referida a seguir), é regida pelo que dispõe a Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 1 de 12/2/2014, publicada no DOU de 17/2/2014:

(...)

Assim, como inexistente qualquer nota explicativa da PGFN, nos termos da citada portaria, apta a obrigar a DRJ a decidir que o disposto na Lei nº 12.101/2009, notadamente no seu artigo 29, seria inconstitucional ou que os requisitos aplicáveis para fruição de isenção/imunidade seriam apenas aqueles contidos no CTN, artigo 14, tem-se que os argumentos do contribuinte não podem prosperar.

A autoridade tributária que deve efetuar o lançamento de forma vinculada à legislação tributária em vigor por ocasião da ocorrência dos fatos geradores, nos termos do disposto no CTN, artigo 142, não pode, para fins de verificação do direito a imunidade/isenção deixar de considerar o disposto no artigo 29 da lei nº 12.101/2009.

Conforme dispõe o CTN, artigo 144 determina que:

Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

Portanto, para verificação dos critérios a serem cumpridos para o gozo da isenção/imunidade deve-se observar a legislação em vigor durante a ocorrência dos fatos geradores. No presente caso a legislação em vigor determinava que:

(...)

Consta no TVF (relatório fiscal), conforme relatado o que segue.

Descumprimento dos requisitos para a fruição/gozo da isenção/imunidade. Fatos apurados pela fiscalização que impossibilitam o gozo da isenção previdenciária.

De acordo como o relatório fiscal, a Associação Santamarensense infringiu tanto o disposto na Lei nº 12.101/2009, quanto o previsto no artigo 14 do CTN porque utilizou negócios

simulados e fraudulentos para distribuir recursos, seja a membros da Diretoria, do Conselho Consultivo, do Conselho Fiscal ou de pessoas a eles ligados.

(...)

Como visto, sem razão a defesa, porque os requisitos contidos na Lei nº 12.101/2009, devem ser considerados pela autoridade tributária para fins de verificação de direito à fruição da imunidade/isenção conferida pela CR de 1988, artigo 195, §7º, em determinado período.

Dessa feita, tendo em vista que, conforme relato fiscal, o débito mais antigo se refere à primeira competência de 01/2014 e que a sua situação como entidade devedora sem regularização junto à RFB ou PFN permaneceu durante todo o período considerado na autuação e que a defesa não indica ser portadora de certidão negativa ou certidão positiva com efeito de negativa de débitos relativos aos tributos administrados pela RFB em relação a todo o período considerado nas autuações (01/2014 a 12/2015) e, ainda, que apresentou certificado de regularidade do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS válido apenas para parte do período fiscalizado (de 25/8/2015 a 23/9/2015), tem-se que restou descumprido o requisito previsto no inciso III do artigo 29 da Lei nº 12.101/2009.

Agiu, portanto, corretamente a fiscalização, quando nos termos do disposto no artigo 32 da Lei nº 12.101/2009, suspendeu o direito a isenção/imunidade e lançou as contribuições patronais não recolhidas referentes ao período de suspensão (de 01/2014 a 12/2015).

(...)

Ocorrência de distribuição de recursos, por meio de favorecimento direto e indireto de associados que integram órgãos de gestão e conselhos técnicos da atuada. Descumprimento do requisito para fruição do gozo de isenção previsto no CTN, artigo 14 e na Lei nº 12.101/2009, artigo 29.

Consta no TVF/Relatório fiscal, que durante a realização do procedimento fiscal, a autoridade conclui que Mauro Hamilton Bignardi é um administrador do atuado e que tal situação não foi formalizada pelo contribuinte.

Verifica-se que tal conclusão se deu ao mesmo tempo em que se concluiu que pessoas jurídicas das quais Mauro Hamilton Bignardi participa foram contratadas e receberam pagamentos significativos da atuada durante o período fiscalizado.

Depreende-se da leitura do TVF, que a fiscalização em atividades de identificação dos dirigentes do atuado, em pesquisa a respeito daqueles que foram formalizados, descobriu, em matéria publicada na internet, que Wilson Modesto Pollara foi relacionado a um episódio de suspeita de fraude, envolvendo desvio de dinheiro público no Município de Itapetininga (a matéria foi transcrita às fls. 70/73 do relatório fiscal/TVF).

A fiscalização constatou então, que nessa matéria havia referência a um dos sócios das pessoas jurídicas que estariam envolvidas no suposto esquema fraudulento (Cubatão Serviços Médicos Ltda, Guarujá Serviços Médicos Ltda, Praia Grande Serviços Médicos Ltda e São Vicente Serviços Médicos Ltda), o Sr. Mauro Hamilton Bignardi.

Verificou-se, ainda, que Mauro Hamilton Bignardi também é sócio de uma outra pessoa jurídica com Wilson Modesto Pollara (que integra o Conselho Consultivo), a BP Consultoria e Gestão Empresarial. A empresa BP Consultoria e Gestão Empresarial Ltda foi constituída por eles e teve início de atividade em 2/7/2012 - vide Ficha Cadastral Completa – JUCESP (Anexo VI).

Verificou-se que, atualmente, Mauro Hamilton Bignardi é sócio de 29 empresas, sendo 18 delas localizadas no mesmo endereço, Rua Arthur Corradi 101, Conj. 71, Vila Dusi, São Bernardo do Campo. Nesse mesmo endereço (Rua Arthur Corradi 101, Conj. 71) foi registrada a sede da empresa BP Consultoria e Gestão Empresarial, constituída em sociedade com Wilson Modesto Pollara, cujo Distrato Social ocorreu em 1/4/2014

(pouco após a divulgação da investigação sobre a suspeita do desvio de dinheiro público de Itapetininga).

A fiscalização identificou, ainda, que as relações Pollara-Bignardi ou Bignardi-Pollara (iniciais que dão o nome da pessoa jurídica) se estendem ao litoral paulista onde eles foram vistos em festas, como as do Iate Clube de Santos-Guarujá, retratadas pelo colunista social da imprensa local Welinton Andrade – da TV Unisantos e TV Guarujá.

Segundo o colunista, ambos atuam no conselho administrativo do Hospital Santo Amaro.

Constatou-se, ainda, que Mauro Hamilton Bignardi tem antecedente de suspeita de participação em desvio de dinheiro público da saúde (Processo nº 1002343-96.2015.8.26.0269 - Ação Civil de Improbidade Administrativa). Conforme esse processo:

a) "Mauro Hamilton Bignardi era sócio e representante de nada menos do que oito empresas “fantasmas” utilizadas para desviar recursos públicos da saúde geridos pelo SAS e pelo ISAS, todas com endereço na Rua Albina Barbosa, 330, Aclimação, CEP 01.530-020, São Paulo/SP”;

b) consta no relatório de investigação (e as reportagens jornalísticas dão conta) de que no endereço em questão não está instalada nenhuma pessoa jurídica, o que mostra que se trata de empresas “fantasmas”.

Constatou-se que, das empresas mencionadas e constantes do referido processo nº 1002343-96.2015.8.26.0269, duas delas foram formalizadas pela autuada como prestadoras de serviço (Promed e Essencial).

Portanto, ao contrário do que alega a defesa, a fiscalização não considerou apenas o conteúdo dessas matérias jornalísticas como fato que comprovou a participação não formalizada de Mauro Hamilton Bignardi na gestão do autuado. Pois, conforme se depreende da leitura do item 51 e 54 do relato fiscal, tais matérias serviram para que o Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil aprofundasse sua pesquisa acerca da atuação do Sr. Mauro Bignardi junto ao autuado.

De acordo com o relato fiscal, somente após a identificação da participação de Mauro Hamilton Bignardi em empresas (das quais seria sócio o Sr. Wilson Modesto Pollara que integrava a administração do autuado) que estariam envolvidas em ilícitos, foi que a fiscalização encontrou, através de pesquisas, a existência de uma entrevista (vídeo) obtido no sítio "www.youtube.com", na internet.

De fato, esse vídeo (<https://www.youtube.com/watch?v=u-0T3vpu0j4>) de um canal denominado Guarutv07, intitulado "Nova unidade HSA", com edição de Bryan Ferreira e com imagens de Gildeon Leite, reportagem de Patrícia Oliveira, publicado em 4/10/2012, matéria realizada em 2/10/2012, dá notícia de que o antigo prédio do Hospital Ana Costa passa a fazer parte da Associação Santamarense de Beneficência do Guarujá.

Consta na matéria que o anúncio havia sido feito na terça-feira, aos funcionários do Hospital Santo Amaro e à prefeita da cidade. Na reportagem, Mauro Bignardi, é apresentado no vídeo como membro do corpo gestor do HSA (Hospital Santo Amaro) e diz que:

Prontamente, nós entendemos que por haver uma deficiência de leitos na cidade, a gente precisaria ampliar a operação hospitalar com aquisição de uma nova estrutura hospitalar para que pudesse ter uma ampliação e um aumento da oferta de leitos. E foi isso que nós implementamos com a compra do antigo Hospital Ana Costa, que hoje se constitui como Hospital Santos Dumont, unidade Santos Dumont da Associação Santamarense, e que vai ter por atendimento 100% exclusividade do atendimento SUS."

(grifo nosso)

Em que pesem os argumentos da defesa no sentido de que equipe de reportagem teria se equivocado por ter apresentado o entrevistado como membro do corpo gesto do HSA, pelo conteúdo de sua fala há mostras de que ele participou das decisões afeitas à gestão da associação, decisões que não poderiam ser tomadas por uma assessoria técnica temporária, mas decisões que tem impacto a longo prazo na manutenção e no direcionamento das atividades do autuado. Não é crível que ele, apesar de não constar formalmente como um integrante do corpo gestor do autuado/Hospital Santo Amaro pudesse assim se manifestar sem que tivesse a autoridade de gestor perante o contribuinte.

Isso fica evidente quando o Sr. Mauro Hamilton Bignardi afirma que, junto com outros (utilização do pronome nós) concluiu que deveria ampliar a operação hospitalar e adquirir uma nova estrutura, criando a nova unidade Santos Dumont da Associação (autuado) com a compra do antigo Hospital Ana Costa.

Essas são decisões típicas de investimento e ampliação da abrangência de operações da autuada que não poderiam ser tomadas ou apresentadas por quem não integrasse o seu corpo diretivo.

Consta ainda no relatório fiscal que não há nenhum documento ou declaração que formalizasse naquela época o Sr. Mauro Bignardi, como integrante da gestão do autuado. É apenas por essa razão que a fiscalização vai dizer que:

[...] mesmo sem constar em qualquer GFIP da ASBG, tampouco em qualquer DIRF, ou em qualquer Ata de Assembléia, sem ter declarado em DIRPF como fonte pagadora a ASBG, enfim, não há nada que relacione o Sr. Mauro Hamilton Bignardi ao Hospital Santo Amaro ou à ASBG.

O TVF descreve também que, após ter sido verificado que o próprio Mauro Bignardi fala em nome do autuado nessa matéria, sem qualquer formalização junto a ASBG, buscou-se (e foram encontrados - item 54 do relatório fiscal) documentos oficiais (contidos no Anexo VII) em que o seu nome é inequivocamente vinculado ao autuado.

De fato, a leitura do Decreto nº 10.707, publicado em 7/1/2014, pela Prefeitura Municipal do Guarujá (SP), cópia de fls. 199/201, que alterou e acrescentou dispositivos ao Decreto nº 9.055, de 1/10/2010, que instituiu o grupo de trabalho técnico de revisão do plano operativo - GTTRPO e deu outras providências demonstra que (apesar de não estar formalizado na GFIP ou ter sido formalizado como gestor por meio das atas de assembleia do autuado), o Sr. Mauro Hamilton Bignardi atuava como representante do Hospital Santo Amaro nesse grupo.

Da mesma forma, a apreciação do Decreto nº 11.339, publicado em 6/7/2016, que alterou os dispositivos do Decreto Municipal nº 9.365, de 6/5/2011, e deu outras providências, demonstra que Mauro Hamilton Bignardi seria um representante do Hospital Santo Amaro, juntamente com Urbano Bahamonde Manso; Hermano de Mattos Boechat Poubel; Paulo Kahol Soejima; e Eldis Ferreira Carossi, no Grupo de Trabalho Técnico para o acompanhamento da parceria firmada entre o município e o Hospital Santo Amaro, na gestão da Maternidade Ana Fernandes de Freitas, visando à melhoria nos indicadores de saúde no Município.

Apesar do conteúdo desses Decretos, não há formalização de Mauro Hamilton Bignardi como trabalhador ou administrador estatutário do autuado.

Esses fatos, em que pesem as alegações da defesa em sentido contrário, considerando-se que tais Decretos se referem a um período que abarca um intervalo de tempo maior que aquele considerado nas autuações e que desde 2012, conforme reportagem, o Sr. Mauro Hamilton Bignardi se apresentava perante terceiros como pessoa que participava das decisões administrativas do autuado, não permitem que se possa afastar a conclusão fiscal de que o Sr. Mauro Hamilton Bignardi, apesar de não formalizado como tal, atuava, de fato, como administrador da ASBG.

Com relação aos pagamentos efetuados à Promed ou a Essencial tem-se conforme segue.

Como visto, consta no Processo nº 1002343-96.2015.8.26.0269 – Ação Civil de Improbidade Administrativa, segundo relato fiscal não infirmado pela defesa, que:

a) Mauro Hamilton Bignardi era sócio e representante de oito empresas “fantasmas” utilizadas para desviar recursos públicos da saúde geridos pelo SAS e pelo ISAS, todas com endereço na Rua Albina Barbosa, 330, Aclimação, CEP 01.530-020, São Paulo (SP).

b) O relatório de investigação e as reportagens jornalísticas dão conta de que no endereço em questão não está instalada nenhuma pessoa jurídica, o que mostra que se trata de empresas “fantasmas”.

c) Mauro Hamilton Bignardi é sócio de 29 empresas, sendo 18 delas localizadas no mesmo endereço: Rua Arthur Corradi 101, Conj. 71, Vila Dusi, São Bernardo do Campo (SP);

d) das empresas mencionadas e constantes do referido processo nº 1002343-96.2015.8.26.0269, duas delas constam como se estivessem prestados serviços também à Associação Santamarense de Beneficência do Guarujá (Promed e Essencial);

Constatou, a fiscalização, que a Promed Saúde S/C Ltda, empresa de Mauro Hamilton Bignardi, foi o prestador de serviços que mais recebeu pagamentos da ASBG nos anos calendário de 2012 a 2015 e que a Essencial Medicina Integrada S/S Ltda (empresa também de Mauro Hamilton Bignardi), recebeu significativos valores pela prestação de serviços à ASBG.

Embora a defesa alegue que as acusações contidas no referido processo nº 1002343-96.2015.8.26.0269 - Ação Civil de Improbidade não foram objeto de julgamento, não junta aos autos qualquer elemento para desmentir essas informações.

Por sua vez, conforme trazido pela fiscalização, as notas fiscais da Promed não especificam quais os serviços foram prestados e nelas consta que o endereço da Promed é o mesmo endereço constante das notas fiscais emitidas pela empresa Essencial Medicina (e de outras 16 empresas). Tal fato corrobora o conteúdo de informações contidas no aludido processo nº 1002343-96.2015.8.26.0269 - Ação Civil de Improbidade Administrativa.

Pela apreciação das notas fiscais, constata-se que de fato não é possível identificar com precisão, de forma detalhada, a que se referem os pagamentos.

A fiscalização, em razão da constatação de que empresas pertencentes a um administrador não formalizado como tal, referidas em ação civil que noticiava, ser essa pessoa física, sócia de outras pessoas jurídicas formalizadas no mesmo endereço e inexistentes, viu-se obrigada, no exercício do seu dever (por força das normas que impõe as atribuições do seu cargo, Lei nº 10.593/1994, combinado com a Lei nº 11.457/2007), a intimar e a reintimar o contribuinte a detalhar as informações sobre prestações de serviços efetuados por algumas empresas (dentre elas, as de titularidade do Sr. Mauro Hamilton Bignardi) que pudessem comprovar a efetiva prestação de serviços de algumas contratadas.

A fiscalização reproduziu à fl. 17 (relatório fiscal) trecho desse pedido de esclarecimentos:

“a natureza, a forma e a finalidade dos serviços, discriminando resumidamente os mesmos; a descrição das operações e dos custos envolvidos em cada um dos serviços; os locais, a periodicidade e a duração da prestação de serviços; a especificação dos equipamentos utilizados em cada prestação de serviços; a identificação das pessoas físicas que executaram ou colaboraram na execução dos serviços, a situação de vínculo (próprios sócios, empregados, autônomos, empresas subcontratadas, cooperativas de trabalho, etc) e a qualificação técnica de cada uma delas (formação, especialização, ramo de atividade, etc).

Alega a defesa que os instrumentos contratuais apresentados seriam suficientes para comprovar a prestação efetiva dos serviços oferecendo resposta a esses pedidos de esclarecimento.

Contudo, apesar de ter formalizado e pago os valores às pessoas jurídicas arroladas pela fiscalização no TVF, não foram apresentadas pela defesa, nem por ocasião da impugnação, as informações com o detalhamento solicitado. Não foram apresentados, por exemplo, a descrição dos custos envolvidos em cada um dos serviços que são faturados nas notas fiscais, a especificação dos equipamentos que são utilizados em cada uma das prestações de serviços que geraram os faturamentos, a identificação das pessoas físicas que executaram ou colaboraram na execução dos serviços com a situação do vínculo dessas pessoas, a qualificação técnica de cada uma delas.

Ora, em que pese a alegação de que tais informações estão de posse dos prestadores de serviços beneficiados com os pagamentos, não é crível, por exemplo, que o contratante não tenha sequer controle das pessoas que atuam em suas dependências prestando serviços aos seus usuários, nem saiba informar a qualificação técnica de cada uma dessas pessoas, pois se está diante de um tipo de prestação de serviços cuja prática requer observância de normas afeitas ao exercício de serviços médicos que demandam, notoriamente, níveis de qualificação específicos.

Também não é possível que o autuado não pudesse informar quais os equipamentos utilizados nessas prestações de serviços ou indicar informações a respeito da natureza da posse desses equipamentos (que eram utilizados, por exemplo, na maternidade ou na UTI).

Não se pode dizer, ainda, que apenas os contratos serviriam para prestar tais informações, porque eles não as contém. Nem mesmo se pode considerar que tais documentos possam esclarecer, por si só, os locais em que foram prestados os serviços, pois como consta na reportagem do "Youtube", os dirigentes do autuado demonstraram que a mesma especialidade médica é necessária em mais de uma unidade dos estabelecimentos/postos de atendimento do autuado.

Da mesma forma, não basta a indicação, como por exemplo do objeto "prestação de serviços de obstetrícia", quando a fiscalização, no exercício de seu dever, diante das evidências que foram relatadas, solicita, com vistas a aplicar a legislação tributária, a indicação de quais foram as operações de cada um dos serviços prestados e que foram remunerados.

O nível de detalhamento necessário à comprovação da efetividade da prestação de serviços, que vai muito além da formalização da contratação dos serviços, foi devidamente apontado pela fiscalização, que indicou a título de exemplo, como poderiam ser prestadas informações aptas a comprovar a ocorrência, na prática, dos serviços prestados, citando, por exemplo, laudos, relatórios, propostas técnicas, projetos.

Embora as notas fiscais possam servir para demonstrar a formalização da cobrança relativa aos pagamentos efetuados e os instrumentos contratuais possam servir para formalizar contratos firmados entre duas pessoas jurídicas, esses documentos, por si só, não servem para demonstrar que os serviços contratados foram de fato prestados em determinado tempo.

Ora, não é crível que uma entidade assistencial que pretenda gozar da isenção/imunidade tributária, sobretudo que, como alega a defesa, enfrenta e enfrentou dificuldades financeiras, efetue pagamentos a terceiros, sem o controle, quantitativo e qualitativo dos serviços que um determinado prestador de serviços realizou em determinado mês, de modo a verificar se estaria, de fato obrigado, a adimplir sua obrigação contratual pela prestação de serviços.

De acordo com o relato fiscal, Paulo Kahol Soejima, vice-presidente da ASBG e de seu Conselho Consultivo é sócio da empresa Pakama Serviços Médicos Ltda que recebeu pagamentos por "supostos" serviços prestados à ASBG em 2014 (R\$ 445.500,00) e 2015 (R\$ 742.710,29). Consta, ainda, que essa pessoa jurídica, tem como única fonte pagadora a ASBG.

Da mesma forma que ocorrido em relação à Promed e à Essencial, a autuada foi intimada e reintimada a comprovar a efetiva prestação dos serviços pela Pakama, mas não efetuou tal comprovação.

Os documentos de fls. 491/506, não atendem às intimações da fiscalização e não são suficientes para comprovar que houve a efetiva prestação dos serviços.

A efetividade da prestação dos serviços, no presente caso, tendo em vista que se trata de empresa de propriedade de um dos dirigentes da autuada, torna-se necessária para justificar os pagamentos efetuados, bem como sua adequação ao instrumento contratual indicado como fonte da obrigação em favor dessa empresa, cujos resultados favorecem diretamente o seu dirigente.

Em que pesem as alegações da defesa, não foi juntado nenhum elemento ou explicação, de modo comprovar que efetivamente os serviços foram prestados e que os pagamentos efetuados se referiam de fato à prestação de serviços formalizada na notas fiscais e nos instrumentos de contrato social

Consta ainda no relatório fiscal, que outra pessoa jurídica, UTI Med, foi remunerada pela autuada, mas que não houve apresentação de elementos/documentos aptos a comprovar a efetividade da prestação de serviços de modo a justificar pagamentos efetuados empresa pertencente a Guillermo Bahamonte Manso que é irmão do atual diretor-presidente do Hospital Santo Amaro, Urbano Bahamonte Manso.

Especificamente consta no relatório fiscal que: a) ASBG não comprovou a efetiva prestação dos serviços pela UTI Méd, pois embora intimada e reintimada para tanto, nos termos das intimações efetuadas em relação à Promed (TIF nº 01 e 03), nada apresentou; b) para a UTI Med foram enviadas GFIP apenas a partir de 12/2014 com dois segurados empregados e, em 2014, ela não entregou DIRF.

Constata-se, com base nos documentos que foram apresentados à fiscalização (instrumentos contratuais e notas fiscais de fls. 527/592) que, de fato, eles não são suficientes (em que pese o entendimento da defesa) para comprovar a efetividade da prestação de serviços porque não foram apresentados elementos que permitissem a identificação da ocorrência da prestação nas atividades do contribuinte, como mencionado em relação às demais empresas, pela apresentação das informações com o detalhamento solicitado nos termos de intimação.

Dessa feita, quando a defesa não apresenta, nem mesmo por ocasião da impugnação, o detalhamento dessas informações, com a juntada de elementos aptos a comprovar a efetividade dos serviços prestados por alguma pessoa jurídica (sobretudo no contexto, em que há um administrador não formalizado, e por se tratar de pessoa jurídica que é beneficiada com a renúncia tributária), tem-se que deve ser prestigiada a conclusão fiscal de que não houve a prestação de serviços e de que houve distribuição de recursos com vistas a favorecer direta e indiretamente terceiros, dentre eles, membros da administração.

Ademais, no presente caso, os sócios de três das empresas arroladas (Essencial e Promed e Pakama) foram trazidos aos autos como responsáveis solidários, tendo sido oportunizado prazo para apresentar defesa e comprovar que efetivamente prestou serviços, indicando, por exemplo, quais os seus empregados, sócios, atuavam, como, em que setor, com que habilitação técnica (como intimado e reintimado). Mas isso também não ocorreu.

Portanto, não pode prosperar a alegação contida nas impugnações dos sujeitos passivos solidários, no sentido de que houve cerceamento do direito de defesa por não lhes ter sido oportunizada a apresentação de esclarecimentos e de documentos.

(...)

Responsabilização solidária de administradores.

Com relação a este ponto, peço vênha para transcrever trechos da decisão recorrida, com a qual concordo e me utilizo como fundamento e razão de decidir:

Consta no estatuto da associação (documentos de fls. 976/1.007) que:

Artigo 14. A ASSOCIAÇÃO tem como órgãos administrativos e deliberativos a Assembleia 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 à 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.

Por todo o exposto, como os valores lançados resultaram da ação da autuada com participação dos administradores Urbano Bahamonde Manso - Presidente no período considerado nas autuações, Paulo Kaol Soejima (Vice-presidente em parte do período considerado nas autuações) e Mauro Hamilton Bignardi (identificado como administrador não formalizado pela fiscalização), em que pesem os argumentos da defesa em sentido contrário, tem-se que foi correto o procedimento fiscal em considerá-los devedores solidários 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 há o que prover, quanto a esta alegação.

Inconstitucionalidade do julgamento das Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento. Súmula CARF nº 2

A Recorrente alega ofensa aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e aplicação de multa com efeito confiscatório.

Tais alegações dizem respeito quanto à aplicação de direta de normas constitucionais em detrimento das normas aplicáveis ao caso e que em última análise, requer a declaração de inconstitucionalidade ou declaração de ilegalidade da medida e neste sentido, 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.”

Sendo assim, não prosperam tais alegações.

Da multa aplicada

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%.

Merece destaque que não houve questionamento quanto ao agravamento da multa prevista no artigo 44, § 2º, da Lei nº 9430/1996.

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.