

CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Acórdão nº 15.729

Sessão do dia 15 de dezembro de 2016.

RECURSO VOLUNTÁRIO Nº 17.386

Recorrente: **PRÓ-SAÚDE – ASSOCIAÇÃO BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL E HOSPITALAR**

Recorrido: **COORDENADOR DA COORDENADORIA DE REVISÃO E JULGAMENTO TRIBUTÁRIOS**

Relatora: Conselheira **DIRCE MARIA SALES RODRIGUES**

Representante da Fazenda: **SÉRGIO DUBEUX**

ISS – MULTA PENAL – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DE PARTE DO RECURSO – INOVAÇÃO NÃO IDENTIFICADA

Tendo sido a imposição da multa penal questionada na impugnação, novos argumentos contrários à sua exigência podem ser apreciados em segunda instância, ainda que mencionados apenas na fase recursal. Preliminar rejeitada. Decisão unânime.

ISS – PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE DA ANÁLISE DO PEDIDO

Deve ser apreciada pelo Conselho de Contribuintes do Município do Rio de Janeiro a parte do recurso conhecida, mesmo que relativa a contestação com fulcro em suposta violação de princípio constitucional. Preliminar rejeitada. Decisão unânime.

ISS – RECOLHIMENTO SOB AÇÃO FISCAL – IMPOSTO RETIDO DE TERCEIROS

Comprovado o recolhimento de imposto retido de terceiros, quando o contribuinte se encontrava sob ação fiscal, ocorre a perda da espontaneidade do pagamento e há de ser aplicada a penalidade prevista para a infração.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Acórdão n° 15.729

***ISS – PENALIDADE – PRINCÍPIO
CONSTITUCIONAL DO NÃO CONFISCO***

Não se caracteriza como de caráter confiscatório a penalidade graduada segundo a gravidade da infração que lhe deu causa, de acordo com a norma específica prevista no art. 51 da Lei n° 691, de 1984.

Recurso voluntário improvido. Decisão unânime.

IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS

R E L A T Ó R I O

Adoto o relatório da douta Representação da Fazenda, de fls. 97/101, que passa a fazer parte integrante desta decisão:

“PRÓ-SAÚDE – ASSOCIAÇÃO BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL E HOSPITALAR, pessoa jurídica já devidamente qualificada, recorre a este Egrégio Conselho, tendo em vista a decisão do Senhor Coordenador da Coordenadoria de Revisão e Julgamento Tributários, que, em 03/07/2015, às fls. 69/73, julgou improcedente a impugnação apresentada ao Auto de Infração n.º 102.827 de 08/10/2014.

DOS FATOS

Servimo-nos do relatório elaborado pela instância *a quo*, como peça de apoio ao presente, em vista de que sucinto e completo.

São palavras da Coordenadoria de Revisão e Julgamento Tributários (fls. 69/71):

Trata-se [de] impugnação ao Auto de Infração n° 102827, de 08 de outubro de 2014, lavrado contra o contribuinte acima identificado, em razão da seguinte ocorrência:

CONSELHO DE CONTRIBUENTES

Acórdão n° 15.729

Pagamento sob ação fiscal do Imposto Sobre Serviços retido de terceiros (Nefamaq Serviços Ltda., Marcos R. Cabrera Chamblas, Martens Consultoria Ltda., Grantec Processamento de Dados Ltda., VRV Sistemas Centrais de Ar Condicionado Ltda., Impaktos Manutenção e Conservação Ltda., Nascimento e Vaz Serviços e Centro de Medicina Guanabara Ltda.), no período intermitente de emissão das notas fiscais de 03/02/2014 a 07/4/2014, gerando uma multa penal no valor original de R\$ 120.281,63 (cento e vinte mil, duzentos e oitenta e um reais e sessenta e três centavos), conforme quadro demonstrativo anexo, parte integrante desta Notificação Fiscal. As notas fiscais descritas no quadro foram declaradas pelo contribuinte no Sistema da Nota Carioca nos dias 16/4/2014, 12/5/2014, 30/05/2014 e 08/7/2014 e pago o ISS nos dias nove, dez e onze de julho de 2014 e dez de setembro de 2014, ou seja, após o contribuinte estar ciente das intimações números 61.641 e 61.645, de 13/6/2014 e 15/7/2014, respectivamente e perfeitamente válidas entre 13/6/2014 e 14/9/2014. Os serviços prestados por terceiros desta Notificação Fiscal são de atualização de software e manutenção de programa de computação; serviços de saúde prestados por clínica, colocação de placas de gesso, manutenção de aparelhos e equipamentos; assistência técnica, assessoria ou consultoria de qualquer natureza, edição e serviços técnicos em eletrotécnica, previstos, respectivamente, nos subitens 1.07, 4.03, 7.06, 14.01, 14.02, 17.01, 17.02 e 31.01 do artigo 8º da Lei 691/84, alterada pela Lei 3.691/03 e são todos devidos à alíquota de 5% (cinco por cento), consoante previsão legal do inciso I, do artigo 33, da Lei 691/84, com a redação dada pela Lei 3.691/03, exceto os serviços de clínica apta a efetuar internação, que a alíquota é de 2% (dois por cento). A apuração do presente auto foi realizada exclusivamente pelo Sistema da Nota Carioca, tendo em vista que o contribuinte insiste em não apresentar a documentação solicitada por intermédio das intimações 61.641, 61.645 e 61.647, respectivamente de 13/6/2014, 15/7/2014 e 29/7/2014, publicad[as] no D.O.M. em 29/7/2014.

Foi infringido o art. 14, inciso XXII e artigo 14A, ambos da Lei 691/84, acrescentados pela Lei 4.452/2006, observado o artigo 45 do Decreto 14.602/96, tendo sido aplicada penalidade disposta no artigo 51, inciso I, item 7, alínea "a", da Lei 691/84, com redação dada pela Lei 1.371/88.

IMPUGNAÇÃO

Em sua impugnação o Contribuinte solicita o cancelamento do Auto de Infração pelos seguintes motivos:

[....]

Imperioso ressaltar que, apesar de sinalizado na Notificação que o respectivo pagamento, teria sido efetuado em momento posterior as intimações de n° 61.641 e 64.645, datadas de 13/06/2014 e 15/07/2014, respectivamente, as mesmas se referem à fiscalização do CNPJ n° 24.232.886/0132-26, conforme pode ser constatado na intimação n° 61641 em anexo.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Acórdão n° 15.729

Ou seja, trata-se de CNPJ's diversos, não devendo prosperar o argumento apresentado no Auto de Infração n° 102827, em homenagem ao princípio contábil da entidade, haja vista que os recolhimentos foram efetuados e vinculados ao CNPJ n° 024.232.886/0139-00.

Explica-se: enquanto as intimações se referem ao CNPJ n° 24.232.886/0132-26, os valores constantes no Auto de Infração, devidamente quitados antes de sua lavratura, são vinculados ao CNPJ n° 24.232.886/0139-00.

Pelo exposto, visualiza-se de forma cristalina o cumprimento espontâneo da obrigação, uma vez que o mesmo ocorreu em momento anterior a intimação do início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, nos termos do art. 138 do CTN, devendo ser excluída a incidência da multa penal constante no art. 51, I, item 7, alínea "a", da Lei n° 691/84.

INFORMAÇÃO FISCAL

Em atendimento ao que dispõe o art. 86 do Decreto n° 14.602/96, a Autuante, a fls. 46/47, opina pela manutenção do Auto de Infração, informando:

[....]

Analisando a Impugnação apresentada em 07/11/2014 a fls. 12/15, temos a informar que a mesma é meramente procrastinatória, pois os patronos da Contestante alegam que a mesma "efetuiu a declaração das notas fiscais nos dias 16/04/2014, 12/05/2014, 30/05/2014 e 08/07/2014, e realizou o pagamento do imposto nos dias 09/10, 10 e 11 de julho de 2014".

Ora, só que tudo isso alegado foi feito após a Impugnante estar regulamente intimada [intimações 61.641, 61.645 e 61.647, de 13/6/2014, 15/7/2014 e 29/7/2014, todas válidas no período de 13/6/2014 a 14/9/2014] (fls. 04 e 05).

A alegação de que as intimações referem-se somente ao CNPJ 24.232.886/0132-26 (fls. 14) não condiz com a verdade, pois elas foram entregues, na medida em que foram recebidas, neste CNPJ, que representa o escritório administrativo da Contestante, no entanto, referem-se a todos os CNPJ's localizados no Município, conforme declaração feita nas próprias intimações a fls. 04/07 (vide o sublinhado em tinta vermelha). O próprio atendimento feito a fls. 63/66 demonstra, de forma cristalina, a versão fantasiosa de CNPJ único.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Acórdão n° 15.729

O Decreto 14.602/96, que rege o procedimento e o processo administrativo-tributários, é claro no inciso I do artigo 21, "in verbis":

Art. 21. A intimação deve indicar:

I - conteúdo do ato ou exigência a que se refere:

E o conteúdo e a exigência são de uma clareza solar: "As intimações referem-se a todos os CNPJ's localizados neste Município". E, ainda, especificam que são referentes aos Contratos de Gestão celebrados com o Estado do Rio de Janeiro.

Finalizando, juntamos como folhas 48/60 do presente processo as guias pagas sob ação fiscal com informações escritas de próprio punho pelo autuante.

[...]

E assim a Coordenadoria de Revisão e Julgamento Tributários finda seu relatório.

De posse desses fatos, produziu-se a decisão recorrida — pela manutenção integral da autuação.

A peça recursal (fls. 81/89), tempestivamente apresentada, embora elaborada por patrono diverso, em parte reiterou, *ipsis litteris*, a impugnação antes ofertada, acrescentando-lhe dois tópicos, que mereceram os subtítulos de *DA RESPONSABILIDADE POR INFRAÇÕES* e *DA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO NÃO CONFISCO E DA PROPORCIONALIDADE*.

No primeiro desses, é reiterada a questão de que a intimada é a pessoa jurídica que detém o CNPJ finalizado pelo n° 0132-26 “e não para as outras unidades da Mantenedora Pró-Saúde”; no último dos subitens, a Recorrente se esforça para demonstrar eventual abusividade na multa imposta (de 250%), vindo por concluir que, *verbis*, “juntas, a cobrança das multas perfazem o total de 560% sobre o valor do imposto, tendo em vista que foram verificadas três infringências, duas das quais ocasionaram multas de 250% e uma que gerou multa de 60%”.

Ao final, é requerido “efeito suspensivo ao presente recurso” e a sua procedência, “anulando o Auto de Infração n.º 102.827, em razão dos argumentos de fato e de direito expostos”.

Em complementação, cabe informar que o crédito tributário reclamado, em outubro de 2015, correspondia ao valor total de R\$ 131.374,20, conforme quadro demonstrativo e relatório juntados às fls. 94/95.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Acórdão nº 15.729

A Representação da Fazenda opinou pelo não conhecimento de um item do recurso e, se conhecido, a impossibilidade de sua apreciação pelo Conselho de Contribuintes do Município do Rio de Janeiro. No mérito, opinou pelo improvimento da parte conhecida do recurso.

É o relatório.

VOTO

No recurso voluntário ora interposto, a Empresa solicitou a reforma da decisão da Coordenadoria de Revisão e Julgamento Tributários que julgou improcedente a impugnação ao Auto de Infração nº 102827, lavrado em 8 de outubro de 2014.

Tal lançamento se deu ante a constatação de recolhimento sob ação fiscal do imposto retido de terceiros. A penalidade aplicada foi a prevista no art. 51, inciso I, item 7, alínea “a” da Lei nº 691, de 1984, com a redação dada pela Lei nº 1.371, de 1988, correspondente a 250% do valor do imposto retido.

A peça recursal trouxe o inconformismo da Requerente quanto à manutenção da multa formal. Com vistas ao cancelamento do auto de infração, ratificou os argumentos apresentados na impugnação e, também, contestou o percentual cobrado sobre o valor do tributo, solicitando, como alternativa, sua revisão.

Entendeu o douto Representante da Fazenda que o pedido de revisão do percentual utilizado na multa penal seria uma “flagrante inovação em relação à peça impugnatória”, o que o levou a propor, em caráter preliminar, o não conhecimento do subitem 2.4 da peça recursal.

Propôs também, caso vencida a primeira preliminar, que haja a apreciação de uma segunda preliminar a respeito da “impossibilidade de esta C. Corte, como tribunal administrativo, analisar pedido de cancelamento da multa por suposta inconstitucionalidade da norma legal capituladora do percentual de 250% como multa para a infração praticada”.

A princípio, merece ser analisada a preliminar de não conhecimento parcial do recurso.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Acórdão nº 15.729

Verifica-se que a única exigência constante do lançamento é a multa penal aplicada pela infração correspondente ao pagamento do imposto retido de terceiros, quando o Contribuinte já se encontrava sob ação fiscal.

Certamente houve uma subdivisão do pedido, porquanto, além do cancelamento da penalidade, a Recorrente solicitou a redução da penalidade, por meio da revisão do percentual aplicado.

Embora a inovação inserida no recurso tenha trazido aos autos fundamento não apreciado em primeira instância, a questão central do contraditório permanece sendo a multa penal, e não houve ampliação do pedido, apenas uma solicitação de redução da penalidade, caso não fosse possível a supressão total dessa mesma penalidade. Pode-se, portanto, considerar exequível o conhecimento da parte do recurso referente ao questionamento do percentual da multa aplicada.

Cabe transcrever excerto retirado do livro Direito Administrativo (11ª edição, Atlas, pág. 493), de Maria Sylvia Zanella di Pietro, sobre o princípio da pluralidade de instâncias:

Também quanto ao princípio de pluralidade de instâncias existem algumas diferenças entre o processo civil e o administrativo; neste último é possível (e naquele não):

- a) **alegar em instância superior o que não foi arguido de início;**
- b) reexaminar a matéria de fato;
- c) produzir novas provas.

Isto porque o que se objetiva, com a possibilidade de reexame, é a preservação da legalidade administrativa.
(sem grifo no original)

Na mesma linha, este Egrégio Conselho de Contribuintes já decidiu que devem ser aceitos novos argumentos relativos ao objeto do pedido, ainda que não apresentados na impugnação. Como exemplo, os Acórdãos nº 8.419, de 04 de agosto de 2005, e nº 15.562, de 25 de agosto de 2016, cujas ementas são a seguir transcritas na mesma ordem:

ISS – PRELIMINAR – NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO – TESE NOVA

É de ser conhecido recurso que, contestando argumentação apresentada na decisão recorrida, venha a oferecê-la na peça recursal como novo fundamento, desde que seja mantido o objeto do pedido. Preliminar rejeitada. Decisão unânime.

ISS – MULTA PENAL – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DE PARTE DO RECURSO

Considerando que a multa penal integra o crédito tributário, os argumentos contrários à sua imposição podem ser apreciados em segunda instância, ainda que não expressamente mencionados na impugnação. Preliminar rejeitada. Decisão por maioria.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Acórdão nº 15.729

Pelas considerações expostas, e observado o princípio da ampla defesa, assegurado no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, REJEITO a preliminar de não conhecimento parcial do recurso.

Em relação à preliminar de impossibilidade de ser analisado por este E. Conselho pedido de cancelamento de multa por suposta inconstitucionalidade da norma legal que define seu percentual, também não merece acolhida.

A alegação, constante da peça recursal, de que a multa penal aplicada constitui uma violação aos princípios constitucionais do não confisco e da proporcionalidade não é novidade nos julgamentos deste Colegiado.

Como exemplo, temos os Acórdãos nº 14.781, de 25 de novembro de 2014, nº 14.371, de 20 de março de 2014, e nº 11.775, de 18 de novembro de 2010, que demonstram ter havido deliberação sobre os mesmos argumentos ora apresentados.

Considerando, mais uma vez, o princípio da ampla defesa, e entendendo que todos os contribuintes têm o mesmo direito quanto ao julgamento dos recursos por eles interpostos, voto pela REJEIÇÃO da preliminar de impossibilidade da análise do pedido.

Quanto ao mérito, não assiste razão à Recorrente.

É certo que não houve espontaneidade nos recolhimentos aos cofres municipais do imposto retido de terceiros, nos dias 9, 10 e 11 de julho de 2014, porquanto foram efetuados quando a empresa já se encontrava sob ação fiscal.

Verifica-se nos autos que as intimações nº 61.641, de 13 de junho de 2014, nº 61.645, de 15 de julho de 2014, e nº 61.647, de 29 de julho de 2014, tiveram o efeito de colocar a empresa sob ação fiscal no período de 13 de junho de 2014 a 14 de setembro de 2014.

Cabe lembrar o disposto no art. 45 do Decreto "N" nº 14.602, de 1996:

Art. 45. O início do procedimento exclui a espontaneidade da parte obrigada ao cumprimento das normas constantes da legislação tributária.

A alegação de que as intimações se referem somente ao CNPJ nº 24.232.886/0132-00 não merece prosperar. Conforme esclareceu o i. Fiscal de Rendas autuante, às fls. 46, as referidas intimações foram recebidas no escritório administrativo da Requerente, que tem o número do CNPJ citado, no entanto, elas se referiam a todos os CNPJ's localizados no Município do Rio de Janeiro.

De fato, consta das intimações a seguinte explicação: "A fiscalização refere-se a todos os CNPJ's localizados neste Município". Além do mais, restou esclarecido nos documentos que a documentação exigida é "referente aos contratos de gestão com o Estado do Rio de Janeiro".

CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Acórdão nº 15.729

De modo inequívoco, a Recorrente tomou ciência do conteúdo e das exigências contidas nas intimações, não havendo motivo para que não soubesse a finalidade e o alcance das mesmas.

Por todo o exposto, e considerando que o procedimento de intimação ao sujeito passivo se deu de acordo com as disposições contidas nos artigos 20, 21, 22, inciso I, 24 e 25, inciso I, todos do Decreto “N” nº 14.602, de 1996, fica evidenciada a ocorrência da infração correspondente ao recolhimento do imposto retido de terceiros, quando a Empresa já se encontrava sob ação fiscal.

Correta, portanto, a exigência do pagamento da penalidade prevista no art. 51, inciso I, item 7, alínea “a” da Lei nº 691, de 1984.

Outrossim, não procede a contestação ao percentual da multa aplicada – de 250% do valor do imposto devido, que foi fixado consoante a natureza e gravidade do ilícito cometido, e plenamente de acordo com o previsto no Código Tributário do Município do Rio de Janeiro.

Sendo assim, a imposição da multa penal, por atender aos princípios da legalidade e da razoabilidade, jamais poderá caracterizar uma afronta aos princípios constitucionais do não confisco e da proporcionalidade, como pretendido pela Recorrente

Em razão dos fundamentos expostos e por concordar, quanto ao mérito, com a promoção do i. Representante da Fazenda, voto pelo IMPROVIMENTO do recurso voluntário, restando mantida a decisão de primeira instância administrativa que indeferiu a impugnação ao Auto de Infração nº 102827, de 8 de outubro de 2014.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que é Recorrente: **PRÓ-SAÚDE – ASSOCIAÇÃO BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL E HOSPITALAR** e Recorrido: **COORDENADOR DA COORDENADORIA DE REVISÃO E JULGAMENTO TRIBUTÁRIOS**.

Acorda o Conselho de Contribuintes:

1) Por unanimidade, rejeitar a preliminar de não conhecimento parcial do recurso, suscitada pela Representação da Fazenda, nos termos do voto da Relatora.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Acórdão nº 15.729

2) Por unanimidade, rejeitar a preliminar, suscitada pela Representação da Fazenda, de impossibilidade de o Conselho de Contribuintes apreciar questão relativa à inconstitucionalidade da norma legal determinante das multas penais, nos termos do voto da Relatora.

3) No mérito, por unanimidade, negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto da Relatora.

Ausentes das votações os Conselheiros ALFREDO LOPES DE SOUZA JUNIOR e ALBERTO SALEM FERNANDES, substituídos, respectivamente, pelos Suplentes MAURÍCIO ALVAREZ CAMPOS e SERGIO FINOCKETI PINNA.

Conselho de Contribuintes do Município do Rio de Janeiro, 10 de janeiro de 2017.

DENISE CAMOLEZ
PRESIDENTE

DIRCE MARIA SALES RODRIGUES
CONSELHEIRA RELATORA