



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

Processo nº 11060.000553/2010-54
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1402-001.351 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 09 de abril de 2013
Matéria IRPJ
Recorrente FUNDAÇÃO EDUCACIONAL PARA O DESENVOLVIMENTO E
APERFEIÇOAMENTO DO ENSINO - FUNDAE
Recorrida 5ª Turma da DRJ/POA

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2006, 2007

PERÍCIA. DESNECESSIDADE.

A perícia é cabível nas situações em que a averiguação de fatos depende de conhecimentos especializados, sendo desnecessária, portanto, quando tais fatos podem ser comprovados documentalmente, mediante a apresentação de livros e documentos contábeis e fiscais.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007

IMUNIDADE. SUSPENSÃO. AUTOS DE INFRAÇÃO.

O descumprimento de condição imposta pela lei complementar para o gozo de imunidade legitima a suspensão do benefício fiscal e a lavratura de autos de infração para cobrança dos tributos devidos.

SUPERFATURAMENTO. GLOSA DE DESPESA COM A CONTRATAÇÃO DE EMPRESA TERCEIRIZADA.

Configurada a hipótese de superfaturamento, correta a glosa efetuada pela fiscalização em razão da falta de comprovação dos custos de serviços prestados pelas empresas.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. CABIMENTO.

Cabível a exigência da multa qualificada de 150%, prevista no artigo 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96, afeta às condutas de sonegação, fraude e conluio, quando a conduta dolosa do agente restar comprovada nos autos.

RESPONSABILIDADE SOLIÁRIA. 124 CTN. INTERESSE COMUM NÃO CONFIGURADO.

Interesse comum deve ser entendido como interesse jurídico e se caracteriza pela existência de direitos e deveres iguais entre pessoas que ocupam o mesmo pólo da relação jurídica que consistiu o fato gerador do tributo.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. PIS. COFINS.

As considerações e resultados aplicáveis ao IRPJ aplicam-se aos demais tributos no que for pertinente.

IRRF. PAGAMENTO A BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO OU SEM CAUSA.

A lei prevê a tributação exclusiva na fonte, à alíquota de 35%, incidente sobre a base reajustada decorrente de todo pagamento efetuado pela pessoa jurídica, quando não for identificado o seu beneficiário, aplicando-se também aos recursos entregues a terceiros ou sócios, acionista ou titular, contabilizado ou não, quando não for comprovada a operação ou a sua causa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento aos recursos apresentados pelos coobrigados. Por maioria de votos, negar provimento ao recurso voluntário da pessoa jurídica. Vencidos os Conselheiros Carlos Pelá e Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira que davam provimento parcial para cancelar a autuação do IRRF. Designado o Conselheiro Frederico Augusto Gomes de Alencar para redigir o voto vencedor.

(assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto – Presidente

(assinado digitalmente)

Carlos Pelá – Relator

(assinado digitalmente)

Frederico Augusto Gomes de Alencar – Redator designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros presentes LEONARDO DE ANDRADE COUTO (Presidente), FREDERICO AUGUSTO GOMES DE ALENCAR, FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, MOISES GIACOMELLI NUNES DA SILVA, LEONARDO HENRIQUE MAGALHÃES DE OLIVEIRA, CARLOS PELÁ.

Relatório

A contribuinte (FUNDAE) é uma entidade jurídica de direito privado, de apoio às atividades de ensino, pesquisa e extensão da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), tendo apresentado DIPJ's Exercícios 2006 a 2009 como imune de IRPJ e desobrigada de apuração da CSLL.

O processo trata de ato declaratório de suspensão de sua imunidade tributária (fls. 953) e da lavratura de autos de infração de IRPJ, CSLL, PIS, COFINS e IRRF (fls. 1350/1577), cumulados de juros e multa de ofício agravada (150%), calculados sob a sistemática do Lucro Real trimestral e referentes a fatos geradores dos anos-calendário de 2005 a 2009.

Os autos de infração foram acompanhados dos Termos de Sujeição Passiva Solidária em nome das pessoas físicas: Helvio Debus Oliveira Souza, Ipojucan Seffrin Custódio, Rubem Höher e José Antonio Fernandes (fls. 1579/1586).

O presente processo administrativo tem suas raízes em trabalho conjunto de investigação promovido pelo Ministério Público Federal, Ministério Público Estadual, Polícia Federal e Secretaria da Receita Federal do Brasil em operação denominada “Rodin”.

Os investigadores constataram diversos ilícitos penais, cíveis e tributários, os quais teriam como modelo e foco central uma fraude envolvendo a autarquia gaúcha Departamento Estadual de Trânsito (DETRAN/RS), a Universidade Federal de Santa Maria (UFSM) e duas fundações vinculadas à universidade: a Fundação de Apoio à Tecnologia e Ciência (FATEC, ou Fateciens) e a Fundação Educacional e Cultural para o Desenvolvimento e o Aperfeiçoamento da Educação e da Cultura (FUNDAE). Segundo registrado, o DETRAN/RS contratava as fundações mediante suposta dispensa de licitação amparada pelo art. 24, XIII, da Lei nº. 8666/93 e no artigo 1º da Lei nº. 8958/94.

Os fatos ocorridos encontram-se pormenorizados no Relatório Fiscal relacionado ao ato declaratório de suspensão de imunidade tributária (fls. 920/952), no Relatório de Fiscalização integrante do Termo de Notificação Fiscal de suspensão do benefício de imunidade tributária, cientificado a FUNDAE em 16/03/2010 e anexados às fls. 9/104 destes autos e no relatório fiscal relacionado aos autos de infração de fls. 1355/ 1411.

Destaco, que em 26/05/2008, a Juíza Federal Simone Barbisna aceitou a denúncia encaminhada em 15/05/2008 pelo MPF, sendo que 40 dos 44 suspeitos se tornaram réus pela prática dos crimes de formação de quadrilha, corrupção passiva, corrupção ativa, falsidade ideológica, extorsão, peculato, desvio e supressão de documento (artigos 288, caput, 317, 333, 299, 158, § 1º, 312, caput e 305, caput do Código Penal), dos crimes de indevida dispensa de licitação e locupletamento em dispensa de licitação (artigos 89, caput e parágrafo único da Lei nº. 8.666/93) e crimes contra a ordem tributária (artigos 1º e 2º da Lei nº. 8.137/90).

DA APURAÇÃO FISCAL

A partir daqui, por razões de economia processual, adoto o relatório da DRJ que, invocando trechos do relatório da decisão que recebeu a denúncia da operação Rodin, resume de forma suficiente o apurado nas extensas investigações, fiscalizações e impugnações:

(...). A fiscalização entendeu que a contratação da Fundae pelo Detran/RS teria ocorrido com burla à legislação (fl. 925):

A dispensa de licitação promovida pelo artigo 1º da Lei nº. 8.958/94, nos termos do artigo 24, inciso XIII da Lei nº. 8.666/93, veio no sentido de viabilizar a mobilização mais facilitada de recursos públicos e privados destinados ao fomento e ao financiamento das atividades de pesquisa, ensino e extensão

junto às universidades, regra que jamais poderia ser interpretada de maneira aberta, de modo a albergar situações fáticas não decorrentes, estritamente, das precípua modalidades de “ensino, pesquisa e extensão”.

Entretanto, através de um ajuste prévio, pessoas com grande influência política (lobistas) conseguiram fazer com que o DETRAN/RS contratasse a FATEC e a FUNDAE para a execução de serviços diversos, cuja realização acabou sendo atribuída a terceiros, aos quais era repassada em torno de 40% da remuneração percebida, uma vez que no preço dos serviços eram embutidos, além do próprio serviço, a “remuneração” dos lobistas, pela obtenção do contrato, bem como a “propina” destinada a corromper funcionários públicos.

Segundo documentos juntados ao processo – inclusive a decisão judicial que recebeu denúncia contra diversas pessoas, na ação penal nº. 2007.71.02.0078728, promovida junto à 3ª Vara da Justiça Federal de Santa Maria (fls. 436/449) –, a Fundae subcontratava com terceiros a realização de diversas atividades, a quem repassava expressiva parcela da remuneração recebida, em contrapartida de serviços reputados como pífios, a indicar superfaturamento. Tais repasses beneficiavam os responsáveis pela contratação (titulares ou responsáveis pelos órgãos públicos) e pela subcontratação (integrantes das fundações de apoio), além dos lobistas que conseguiam captar os negócios.

Os terceiros subcontratados eram sociedades empresariais, que receberam a alcinha de sistemistas. Destacam-se entre eles:

- 1. Pensant Consultores Ltda.;*
- 2. IGPL – Inteligência Em Gestão Pública Ltda.;*
- 3. Doctus Consultores Ltda.;*
- 4. GCPLAN – Gestão, Capacitação e Planejamento Ltda.;*
- 5. Nachtigall Luz Advogados Associados;*
- 6. S3 Contabilidade Consultoria e Assessoria Ltda.;*
- 7. Casa Editorial Ltda.;*
- 8. Barrionuevo Gestão de Imagem Ltda.;*
- 9. Carlos Rosa Advogados Associados; e*
- 10. Fadel Advogados Associados.*

A decisão que recebeu a denúncia contém relato conciso e elucidativo a respeito das operações relativas aos contratos de prestação de serviço da Fatec e da Fundae para o Detran/RS (fls. 435/449). Dela se extrai:

A presente ação penal, resultado da denominada “Operação Rodin”, tem como foco central supostos ilícitos penais

verificados no âmbito das relações contratuais entabuladas entre a FATEC, e posteriormente a FUNDAE ambas fundações de apoio à UFSM, e o DETRAN/RS, para fins de prestação de serviços relacionados aos exames práticos e teóricos de direção veicular no Estado do Rio Grande do Sul.

As condutas ilícitas verificadas giram em torno de uma fraude central, qual seja a da contratação, por órgãos públicos, mediante dispensa de licitação, das Fundações de Apoio vinculadas a Universidade Federal de Santa Maria, supostamente amparada no art. 24, XIII, da Lei 8.666, para a realização de atividades diversas, cuja realização, todavia, é incumbida a terceiros, aos quais se repassa praticamente toda a remuneração percebida (muitas vezes valores expressivos, em contrapartida por serviços pífios, a indicar superfaturamento), repasse este que beneficia financeiramente, de forma direta ou indireta, os próprios responsáveis pela contratação (titulares ou responsáveis pelos órgãos públicos) e subcontratação (integrantes das Fundações de Apoio) e, ainda, lobistas que conseguem obter o contrato.

Em outras palavras, ocorre um ajuste prévio, no qual pessoas com grande influência política (lobistas) conseguem obter junto a órgãos públicos, para as Fundações de Apoio, contratos para prestação de determinados serviços.

Contratadas, sem licitação, as Fundações subcontratam empresas e pessoas para realização dos serviços, superfaturados, de forma a beneficiar, primeiramente, os próprios lobistas, e, ainda, também os dirigentes do órgão contratador e das fundações.

É evidente o mecanismo de burla à regra geral de licitação para as contratações a serem estabelecidas pelo Poder Público, especialmente quando se vê a criação de mecanismos de triangulação do dinheiro público obtido nas relações contratuais em questão de forma a acabar nas mãos dos próprios responsáveis pela mesma. Verifica-se que o "lobby" se vale do recurso à reputação da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), irradiada sobre suas Fundações de Apoio, para obtenção dos contratos públicos, em cujo preço são embutidos, além do valor do próprio serviço, a "remuneração" dos lobistas, pela obtenção do contrato, e, em muitas situações, o superfaturamento, também destinado a corromper funcionários públicos.

Nota-se, por outro lado, que após a contratação das fundações de apoio, e direcionamento da atividade para a subcontratação e empresas privadas, poucas eram as atividades por estas desempenhadas, não obstante absorvessem parcela substancial dos recursos. Há fortes indícios de que ditas empresas destinavam os recursos para a manutenção do esquema criminoso, com pagamento de valores a título de "propina" para servidores públicos estaduais e federais responsáveis pela efetivação e operacionalização do esquema, no âmbito do

DETRAN/RS e da Universidade Federal de Santa Maria, bem como para o locupletamento ilícito dos demais envolvidos. Registra-se, ainda, a grande ingerência das empresas subcontratadas dentro das próprias Fundações de Apoio, revelando-se nítida sobreposição de interesses privados sobre o interesse público, chegando mesmo a ditar a forma de sua contratação e os valores de sua remuneração.

A partir de tal ilicitude central (crimes contra licitações), diversas outras se irradiam, tangenciando especialmente crimes contra a administração pública e contra o patrimônio.

A primeira fase da operação do esquema inicia-se, assim, com a contratação, sem licitação, da Fatec para a prestação de serviços ao Detran/RS.

Conforme deflui dos autos, até o ano de 2003, o Detran Rio Grande do Sul efetuava seus exames por intermédio da Fundação Getúlio Vargas (FGV), contratada para prestar serviços de "exames práticos e teóricos de direção veicular". Todavia, mesmo na iminência do término do contrato, e dispondo de tempo suficiente para licitar o serviços, a autarquia, na época presidida por Carlos Ubiratan dos Santos, e tendo como diretor administrativo-financeiro Hermínio Gomes Júnior, deixou de efetivar o devido procedimento licitatório. Foi contratada, então, sem licitação (com base no art. 24, IV, da Lei 8.666/93 "casos de emergência ou calamidade pública"), a Fatec (hoje Fateciens), fundação de apoio à UFSM, em cuja administração a Reitoria de tal instituição universitária tinha grande relevo, especialmente por intermédio de seu Reitor, na época Paulo Jorge Sarkis.

Obtido o contrato, assume como seu coordenador, na FATEC, Dario de Almeida Trevisan, que desenvolveu o projeto intitulado "Trabalhando pela Vida", junto à UFSM, que dá suporte ao Projeto Detran.

Esgotado o prazo para a contratação emergencial, de 180 dias, foi firmado novo contrato entre o DETRAN e a FATEC, também com dispensa de licitação, desta vez amparada no art. 24, XIII da Lei 8.666, que a possibilita quando em favor de instituição brasileira incumbida regimental e estatutariamente da pesquisa, do ensino, ou do desenvolvimento institucional.

Constam nos autos elementos que indicam que, por detrás dessa contratação, estaria desenhada a seguinte situação:

1) A família Fernandes (sob a liderança de José Antônio Fernandes, diretamente assessorado por seus filhos Ferdinando Francisco Fernandes, além da participação ativa de sua nora Denise Nachtigall Luz, esposa de Ferdinando, e ciência e participação de sua filha Francene Fernandes, de sua esposa Lenir Beatriz da Luz Fernandes), valendo-se de seus contatos políticos, oferecia vantagem ilícita a gestores públicos responsáveis pela contratação de serviços mediante dispensa de

licitação, com a condição de que a contratação se realizasse em favor da fundação de apoio à UFSM.

2) Os contatos iniciais, para tanto, deram-se com Lair Antônio Ferst, empresário lobista que tinha grande poder junto ao DETRAN/RS, por conta de sua vinculação a seu diretor-presidente, Carlos Ubiratan dos Santos. Lair também mantinha vinculação com Carlos Dahlem da Rosa.

3) A proposta de contratação, nos moldes relatados, envolvia a subcontratação dos serviços das empresas vinculadas, direta ou indiretamente, aos envolvidos (que faziam parte da estrutura criminosa).

4) A atividade contava com a participação do então Reitor da Universidade Federal de Santa Maria, Paulo Jorge Sarkis, que apresentava a instituição como parceira da Fatec na prestação dos serviços, a garantir-lhe assim credibilidade técnica para a contratação.

5) À frente da participação da Fatec, situava-se seu Secretário Executivo, Silvestre Selhorst, que mantinha vinculação de amizade com Paulo Jorge Sarkis e José Antônio Fernandes, contando com o apoio dos servidores públicos da UFSM que atuaram, no período, como presidentes e diretores da fundação, Ronaldo Etchechury Morales e Luís Carlos de Pelegrini.

Estabelecido o modus operandi, a efetivação do esquema criminoso, iniciada em meados do ano de 2003, teria envolvido a oferta, por José Antônio Fernandes, unido a Lair Ferst, de vantagem ilícita a Paulo Jorge Sarkis e Dario Trevisan de Almeida, para que praticassem atos administrativos necessários a que a UFSM pudesse dar suporte e participar da contratação da Fatec pelo Detran. Em seguimento, prometeram vantagem indevida a Carlos Ubiratan dos Santos e Hermínio Gomes Júnior, para a obtenção da contratação.

Contratada a Fatec, em julho de 2003, a fundação terceirizou boa parte da execução do Projeto, subcontratando quatro empresas chamadas sistemistas, que juntas perceberam em torno de 40% dos valores brutos obtidos no contrato entabulado com o Detran, quais sejam:

1) A empresa Pensant Consultores, pertencente à família Fernandes, tendo como sócios José Antônio Fernandes e seus filhos Ferdinando Fernandes e Fernando Fernandes. Percebia 9,59% dos recursos.

2) A empresa Rio del Sur, que tem como sócias, dentre outros, Rosana Cristina Ferst e Cenira Maria Ferst Ferreira, irmãs de Lair Ferst. Percebia 9,45% dos recursos.

3) A empresa Newmark Tecnologia da Informação, Logística Marketing que tem dentre seus sócios Elci Terezinha Ferst, irmão de Lair Ferst, e Alfredo Pinto Telles, seu cunhado (companheiro de Elci). Percebia 13,77% dos recursos.

4) A empresa Carlos Rosa Advogados Associados, que tem como sócio Carlos Dahlem da Rosa, e que tinha vinculação com Luiz Paulo R. Germano (conhecido como Buti), dentre outros (escritório de advocacia e pessoas que, como indicam os documentos e áudios, mantinham grande vinculação com o antigo diretor do Detran, Carlos Ubiratan dos Santos). Percebia 5,67% dos recursos. A despeito, todavia, da contratação das sistemistas para execução do contrato, sua efetiva operação foi atribuída à Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), instituição com estrutura para suportar adequadamente o objeto do contrato.

De fato, a Fatec contratou a UFSM para, por intermédio de um projeto institucional, vinculado à Reitoria, fornecer o suporte necessário para a realização de atividades que o Detran havia exigido na contratação (conforme dois contratos, contemporâneos ao primeiro contrato emergencial do Detran com a Fatec, em julho de 2003, e ao segundo, em dezembro de 2003).

Relevante sinalar que valores expressivos foram revertidos, pela FATEC, às empresas sistemistas. Segundo dados fornecidos pela Receita Federal, entre os anos de 2002 a 2006, os valores foram os seguintes:

SISTEMISTA - REPASSE R\$

NEW MARK TECNOLOGIA - 10.083.905,75

PENSANT - 8.996.867,12

RIO DEL SUR ENGENHARIA - 8.241.975,67

CARLOS ROSA ADVOGADOS - 4.146.626,67

Valores similares são apontados pela Informação Técnica MP/TC nº 74, onde constam tabelas descritivas dos valores pagos pela Fatec às sistemistas.

Cabe destacar:

1) que todas as empresas sistemistas tiveram uma expressiva participação nos recursos vinculados à contratação em questão, sendo que entre 2003 e 2006 receberam, em conjunto, R\$ 31 milhões.

2) a UFSM teria gastos, entre 01/2005 e 12/2008, da ordem de R\$ 953.664,00 para desenvolver o projeto em questão, portanto valores extremamente menores que os percebidos pelas quatro sistemistas.

3) nada obstante tendo recebido muito menos que as sistemistas, as atribuições da UFSM eram sobremaneira mais importantes que as das primeiras (já que os serviços destas, de consultoria e supervisão, eram acessórios).

Afigura-se, pois, extremamente alta a probabilidade de que tais empresas somente tenham sido contratadas pela FATEC para a "execução" do Projeto DETRAN para alimentar um esquema de pagamentos aos lobistas (família Fernandes e Lair Ferst) e, ainda, de propinas (pela via do escritório de advocacia com vínculos com o então presidente do DETRAN, Carlos Ubiratan, e ainda por triangulação de valores cruzando por empresa sistemista).

Nessa linha, segundo o Ministério Público Federal:

1) Os cerca de 10% destinados à Pensant Consultores Ltda. seriam destinados ao pagamento de José Antônio Fernandes e seus familiares, Ferdinando Francisco Fernandes, Denise Nachtigall Luz, Fernando Fernandes, Francene Fabricia Fernandes Pedrozo e Lenir Beatriz da Luz Fernandes, bem como ao pagamento de vantagens indevidas a servidores públicos integrantes do quadro da UFSM, especialmente Paulo Jorge Sarkis.

Nesse sentido, constatou-se a contratação de empresas da família do então Reitor da UFSM, Paulo Jorge Sarkis, pela Pensant. Foi contratada a empresa de sua esposa e filhos (Sarkis Engenharia Estrutural), para a qual a Pensant repassou, nos anos de 2004 e 2005, cerca de R\$ 74.000,00. Ademais, outra empresa da família Sarkis também vem possivelmente sendo beneficiária do esquema, recebendo recursos diretamente da FATEC, qual seja a World Travel Turismo Ltda.

2) Os cerca de 6% destinados ao escritório de advocacia Carlos Rosa Advogados Associados destinava-se ao estabelecimento e manutenção da estrutura de distribuição de propina, tendo como contrapartida o enriquecimento ilícito de seu titular.

3) Os cerca de 10% destinados à Rio Del Sur Auditoria e Consultoria Ltda., teria visado, precipuamente, à remuneração indevida de Lair Ferst e seus familiares (Alfredo Pinto Telles, Elci Teresinha Ferst, Rosana Cristina Ferst e Cenira Maria Ferst Ferreira).

4) Os cerca de 14% destinados à Newmark Tecnologia da Informação, Logística e Marketing Ltda. teriam como destino o pagamento de "propina" para os dirigentes do Detran/RS, Carlos Ubiratan dos Santos e Hermínio Gomes Jr.

Nesse sentido, importante frisar que indícios constantes nos autos indicam a possibilidade de que, para percepção dos valores, os dois dirigentes tenham criado empresas titularizadas por "laranjas", ambas contratadas pela Newmark Tecnologia da Informação, Logística e Marketing Ltda.:

a) Carlos Ubiratan dos Santos teria se valido da empresa NT Pereira, cuja titular fictícia é Nilza Terezinha Pereira, amiga da família, mas efetivamente administrada por Patrícia Jonara Bado dos Santos, esposa de Ubiratan. Diversos elementos indicam que, na realidade, a empresa seria de Patrícia e de

Carlos Ubiratan, existindo somente em proveito dos mesmos. Para sua criação, teriam tido participação Lair Ferst e Marco Aurélio da Rosa Trevizani, técnico contábil que prestava serviços para as empresas da família Ferst e que também o fazia para a NT Pereira.

b) Hermínio Gomes Júnior teria se valido da empresa P.L.S. Azevedo, cujo titular fictício é Pedro Luís Saraiva de Azevedo, cunhado de Hermínio. Também aqui, para a constituição da empresa, teriam obrado Lair Ferst e Marco Aurélio da Rosa Trevizani.

A "propina" seria, assim, repassada por meio de tais empresas, cuja propriedade, de fato, seria dos dirigentes do Detran, acima mencionados.

Em seguimento, as firmas individuais NT Pereira e P.L.S. Azevedo, juntamente com a Newmark Tecnologia e com Alfredo Pinto Telles (cunhado de Lair Ferst), constituíram a Newmark Serviço da Inteligência e Informação Ltda., supostamente para evitar a tributação incidente sobre a "propina", que a partir de então dar-se-ia a título de "distribuição de lucros aos sócios".

Veja-se, a respeito, o episódio em que a NT Pereira, em 2006, efetivou um empréstimo, sem garantias, a Carlos Ubiratan dos Santos, no valor de R\$ 500.000,00. Ao que tudo indica, o valor seria referente ao pagamento de propina com valores obtidos no contrato DETRAN, que teriam circulado por intermédio de uma das empresas sistematistas, a New Mark Tecnologia da Informação e Marketing, seguindo por empresa-irmã, a New Mark Serviços, cujos lucros foram distribuídos à NT Pereira, chegando finalmente às mãos do servidor público.

Ao longo dos três anos de contratação da Fatec pelo Detran, outras empresas, vinculadas às mesmas pessoas, foram sendo inseridas no esquema, supostamente por força de novas exigências de vantagens indevidas formuladas por José Antônio Fernandes para a Fatec e para o coordenador do projeto Detran na UFSM, Dario Trevisan de Almeida. O percentual originariamente destinado aos subcontratados, na ordem de 40%, assim, foi sendo gradualmente ampliado, com o que a parcela destinada à efetiva operacionalização do contrato foi minguando, dificultando a efetiva prestação dos serviços.

Foram subcontratadas outras 5 empresas:

1) escritório de advocacia de Régis Arnaldo Ferreti, do qual era integrante Denise Nachtigall Luz (esposa de Ferdinando Fernandes). Régis faleceu em 2006, com o que o contrato foi sucedido por Denise Nachtigall Luz, passando a ser de responsabilidade do escritório de advocacia Nachtigall Luz Advogados Associados, com remuneração mensal de R\$ 12.000,00.

2) IGPL, vinculada à família Fernandes, recebendo R\$ 80.000,00 mensais.

3) GETPLAN, também vinculada à família Fernandes, recebendo R\$ 10.000,00 mensais.

4) Doctus Consultores, integrada por Rubem Höher e por seu filho, Ricardo Höher, recebendo mensalmente R\$ 10.000,00 para serviços de auditoria interna e contábil no projeto. Neste ponto, é de ser ressaltado que a empresa Rio Del Sur já era supostamente responsável por tais atividades. Outrossim, a Doctus Consultores também recebeu valores da própria Rio Del Sur pelos mesmos serviços, como indicam notas fiscais de prestação de serviços apreendidas na mesma.

Em meados de 2005, teriam iniciado divergências no grupo, por conta da suposta inoperância das empresas vinculadas à Lair Ferst na prestação dos serviços, pelo que a família Fernandes, com grande peso no desenvolvimento do "Projeto Detran", deu início à represálias em face do primeiro, que só não teria sido excluído do esquema em razão de "cláusulas contratuais restritivas e de sua amizade com Carlos Ubiratan dos Santos".

Em decorrência disso, tem início a segunda fase do esquema criminoso, a partir do ano de 2007, quando ocorre mudança na Diretoria do Detran, com a saída de Carlos Ubiratan dos Santos e a designação de Flávio Vaz Netto para o posto máximo na autarquia. Com isso, tornou-se viável a pretendida exclusão de Lair Ferst.

Com a assunção da Direção do Detran/RS por Flávio Vaz Netto, José Antônio Fernandes e seus familiares (especialmente Ferdinando Francisco Fernandes, Fernando Fernandes e Denise Nachtigall Luz), bem como Luiz Paulo Rosek Germano e Carlos Dahlem da Rosa mantiveram contato com este, no intuito de indicar a necessidade de excluir a Rio Del Sur e a Newmark Tecnologia da Informação, Logística e Marketing Ltda. – as empresas vinculadas a Lair Ferst – do contrato.

Não havendo possibilidade de rescisão do contrato entre tais empresas e a Fatec, a opção foi a de romper o contrato originário, firmado entre o Detran e a Fatec. A FATEC argumentou, em face do DETRAN, ter havido aumento no custo para prestação dos serviços, postulando então aumento da remuneração, que é negada por "falta de fundamentação". Ato contínuo, o contrato foi encerrado e, já no dia seguinte é contratada a outra Fundação de Apoio à Universidade Federal de Santa Maria, qual seja a FUNDAE, que supostamente poderia prestar o serviço por preço menor, por se tratar de entidade filantrópica. Curiosamente, porém, a FUNDAE firmou contrato com a FATEC, para que esta continuasse a prestar parte desse serviços.

Na FATEC, seguiu coordenando o projeto Dario Trevisan de Almeida, com o apoio de Silvestre Selhorst e Luiz Carlos de Pellegrini, como indicam os áudios.

A família Fernandes, juntamente com Paulo Jorge Sarkis, já estariam preparando a Fundae para ser intermediária de

contratos públicos que conseguissem celebrar, especialmente a partir do momento em que o segundo deixou a condição de Reitor da UFSM, perdendo assim seu poder de influência na Fatec.

No desenrolar de tal intento, teriam sido corrompidos os servidores públicos federais Dario Trevisan de Almeida, e Luiz Carlos de Pellegrini.

O esquema, a partir de então, teria assumido nova configuração.

De um lado, Flávio Vaz Netto passa a agir, na condição de Diretor-Presidente do Detran/RS, dando início ao procedimento administrativo e, por fim, efetivamente contratando a nova fundação, o que teria feito, conforme indícios nos autos, em contrapartida de recursos ilícitos que lhe eram entregues em dinheiro ("propina" que seria entregue, em uma "mala preta", por intermédio de Rubem Höher, e com intermediação de Antônio Dornéu Cardoso Maciel, conforme elementos probatórios constantes nos autos).

De outro, contratada pelo DETRAN a FUNDAE (fls. 4048 apenso III), esta assume a responsabilidade gerencial pelo projeto, sendo assim distribuídos os recursos mensalmente repassados pela autarquia:

- a) 33,90% para a Fundae, por conta da contratação de todos os examinadores de trânsito que antes tinham vínculo empregatício com a Fatec;*
- b) 26,1% para a Fatec (incluindo a parcela institucional da UFSM);*
- c) 40% restantes, exatamente o mesmo percentual anteriormente destinado às empresas sistemistas. Para apropriação de tais valores, foram contratados serviços de diversas empresas, quase todas vinculadas a José Antônio Fernandes e seus familiares, ou pessoas de sua confiança.*

Assume a condução do projeto, na fundação, Rubem Höher, sendo então excluídas as empresas vinculadas a Lair Ferst (New Mark e Rio Del Sur).

O novo quadro de sistemistas passa a ser composto pelas seguintes empresas:

- 1. Pensant Consultores Ltda. recebia 14% sobre o valor do contrato Detran/Fundae, para supervisão e auditoria operacional, e auditoria de soluções de tecnologia da informação e comunicação.*
- 2. IGPL contratada para: a) desenvolvimento de software (até agosto de 2007 o contrato era com a Fatec), por R\$ 60.000,00 mensais; b) infraestrutura ao projeto Ensinando para a Vida, por R\$ 105.000,00 mensais; c) arquivos e gestão de documentos, por R\$ 15.000,00 mensais.*

3. *Nachtigall Luz Advogados Associados contratada com honorários de R\$ 66.000,00 mensais para prestar serviços de "assessoria jurídica".*

4. *GCPLAN contratada para gestão de recursos humanos, com remuneração de R\$ 75.000,00 mensais.*

5. *S3 Contabilidade Consultoria e Assessoria Ltda. contratada para atividade de assessoria contábil, fiscal, serviço de registro e de pessoal, por R\$ 40.000,00 mensais.*

6. *Doctus Consultores contratada para "coordenação-gerência e auditoria de documentos", por R\$ 88.000,00 mensais.*

Além disso, a Fatec manteve, até agosto de 2007, relações contratuais com três das antigas sistemistas:

Carlos Rosa Advogados Associados;

Nachtigall Luz Advogados Associados;

IGPL.

As duas últimas empresas recebiam honorários tanto da Fatec como da Fundae.

Outrossim, constatam-se, também, pagamentos à empresa Casa Editorial, também controlada pela família Fernandes.

Há, nos autos, elementos (especialmente e-mails interceptados) que indicam que não haveria sinalização sobre que espécie de serviços as empresas acima apontadas efetivamente prestariam, embora auferissem já valores expressivos mensalmente.

Por outro lado, há probabilidade de que haveria participação percentual, de cada uma dessas empresas, na manutenção do esquema criminoso, com valores destinados ao pagamento da "propina", como acima já mencionado, entregue diretamente a Flávio Vaz Netto e/ou Antônio Dornéu Cardoso Maciel.

Num terceiro momento, todavia, aparentemente em razão da representação do Ministério Público Especial junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, bem como por conta das investigações acerca do funcionamento das fundações, e sobre os contratos em questão, por parte do Ministério Público Federal em Santa Maria, como indicam as interceptações telefônicas e telemáticas, os investigados demonstraram preocupação com o esquema, passando a tentar conferir-lhe maior aparência de licitude. Foram realizadas reuniões, com novas adequações contratuais e, mesmo, trocas de linhas telefônicas (dada a preocupação flagrante com escutas). Diversos envolvidos estariam presentes em tais reuniões.

Parece, a partir de então, ajustar-se um afastamento formal da FATEC com a família Fernandes. Foram, assim rescindidos os contratos firmados pela FATEC com a IGPL e a Nachtigall, assim como com a Carlos Dahlem da Rosa. A IGPL firma novo

contrato com a Fundae, e a Fatec contratou os serviços de Höher Cioccarri Advogados S/A, e da Pakt Excelência em Projetos S/C.

Para tanto, a empresa Pakt é constituída, tendo como sócios formais ex-funcionários da própria Fatec e, aparentemente, como sócio de fato, Dario Trevisan de Almeida cujas sócias são funcionárias da FATEC. A Pakt, aparentemente, assumiu as funções das IGPL. Grave, no caso, é que Luciana Carneiro é Secretária Executiva do projeto Detran na FATEC, sendo exatamente quem faz a solicitação para que a fundação rompa com a IGPL, em relação aos mesmos serviços que, posteriormente, sua própria empresa vai prestar (conforme emails interceptados). Aliás, para conferir aparência de legalidade aos fatos, há indícios de que formalmente, depois do fato, outra funcionária passou à condição de Secretária Executiva.

A Pakt passaria a receber R\$ 131.000,00 mensais, supostamente para que seus sócios cumprissem as mesmas funções que anteriormente tinham como funcionários da Fatec, recebendo remunerações não superiores a R\$ 5.000,00 mensais. Há indícios de que a empresa seja de "fachada", para repasse de valores para Dario Trevisan de Almeida.

Por outro lado, do escritório de advocacia que teria sido contratado pela FATEC para prestação de serviços vinculada ao contrato DETRAN, o Höher & Cioccarri Advogados, é sócio Rafael Höher, também filho de Rubem Höher.

Contratada por R\$ 110.000,00 mensais, há possibilidade de que a Höher & Cioccarri Advogados tenha sido contratada para ser utilizada por Rubem Höher para justificar a celebração do contrato de onde provinham os recursos para pagamento de "propinas".

Outrossim, elementos indiciários obtidos pela interceptação telemática parecem apontar para que toda a documentação para contratação da Pakt, bem assim como também a possível contratação da Höher & Cioccarri Advogados, tenha sido elaborada na própria FATEC, em uma espécie de simulação/forja de documentos inexistentes.

Em suma, também nessa nova configuração, a despeito da tentativa de conferir-lhe aparência de licitude, restam verossimilhanças as irregularidades, que, inclusive, avançam: entram no esquema outros funcionários da FATEC, agora subcontratada, para auferirem benefícios financeiros do projeto DETRAN, que conduzem na própria fundação, e também, de outro lado, entra no esquema novo escritório de parente do coordenador do projeto junto à FUNDAE, Rubem Höher.

Em 16/3/10, a fiscalização da DRF Santa Maria expediu termo de notificação fiscal e relatório de fiscalização (fls. 01/50), por meio dos quais descreve as irregularidades praticadas pela contribuinte que ensejariam suspensão da imunidade

tributária nos períodos relativos de 2005 a 2009. Sustenta que a fundação teria descumprido os requisitos legais previstos no art. 150, VI, c, da Constituição Federal, para o gozo da imunidade, conforme resumido a seguir: (....).

Em documento datado de 15/4/10, a interessada apresentou alegações e provas (fls. 575/634), conforme previsto no art. 32, § 2º, da Lei 9.430/96.

Em 29/6/10, a DRF Santa Maria expediu o Ato Declaratório Executivo DRF/STM 74, pelo qual suspendeu o benefício da imunidade tributária da Fundae relativamente ao período de jan/2005 a dez/2009, por inobservância das disposições contidas no art. 14, I, II e III, combinado com o art. 9º, IV, c, do CTN e do art. 12, caput e § 3º, da Lei 9.532/97 (fl. 657). O ato baseou-se em relatório da fiscalização, de mesma data (fls. 640/656), e foi cientificado à fundação no dia posterior (fl. 657).

Em 30/7/10, a Fundae impugna o ato declaratório executivo (fls. **663/696**), pedindo o restabelecimento da imunidade tributária e defendendo a inexistência de motivos fáticos e legais para sua suspensão. Eis um resumo de seus argumentos:

a) a autoridade administrativa ultrapassou os limites da legalidade e desconsiderou a natureza vinculada da atividade fiscalizatória, utilizando-se de juízo permeado de avaliações subjetivas e confundindo fatos ao trazer informações relativas à Fatec e induzir uma suposta ligação entre as fundações;

b) a juíza federal Simone Barbisan Fortes concluiu pela inexistência de conduta típica em relação à Fundae e pela inocência do seu presidente Mario Franco Gaiger; portanto, inexistem elementos que justifiquem as imputações e o juízo de valor, trazidos pelos autuantes;

c) o ato declaratório de suspensão da imunidade é ilegal, pois foi fundado em critérios subjetivos e meios de prova inidôneos ou insuficientes;

d) a impugnante é associação civil sem fins lucrativos cujo objeto social está voltado à assistência social e à educação, sendo ambas atividades contempladas pela imunidade tipificada no art. 195, § 7º, da Constituição Federal;

e) os objetivos institucionais da Fundae, previstos no art. 1º do seu estatuto, não proíbem a prestação de serviços para o setor público e/ou privado, mesmo em caráter permanente e sem qualquer tipo de discriminação;

f) o estatuto da fundação não exige que as atividades desenvolvidas sejam gratuitas, até porque a remuneração na prestação de serviços é forma de obtenção de recursos financeiros necessários para o desenvolvimento das finalidades institucionais;

g) a jurisprudência vem caminhando no sentido de permitir que a receita obtida com o desenvolvimento de atividades econômicas ou mesmo a exploração do patrimônio próprio, mesmo que não vinculados a suas finalidades institucionais, sejam albergados pelo benefício da imunidade, desde que os rendimentos se destinassem a viabilizar e custear a consecução das finalidades institucionais;

h) não prospera a justificativa da suspensão da imunidade a partir de uma premissa que é resultado de uma confusão conceitual e interpretativa em torno dos institutos da imunidade e isenção;

i) a aplicação das regras da imunidade exige interpretação ampliativa – não se pode justificar a suspensão do benefício invocando pura e simplesmente a interpretação literal prevista pelo art. 111 do CTN, válida para isenções;

j) a imunidade tributária de entidade de fins não lucrativos não pressupõe a ausência de atividade econômica ou de remuneração dos serviços prestados, mas que os resultados positivos auferidos no desempenho de suas finalidades essenciais não se destinem à distribuição de lucros;

k) a exigência do art. 3º, VI, do Decreto 2.536/98 (hoje revogado pelo Decreto 7.237/10) ultrapassa os limites da legalidade pois somente a lei complementar pode estabelecer requisitos para o gozo do direito subjetivo à imunidade;

l) a Constituição remete à lei ordinária a fixação de normas sobre a constituição e o funcionamento da entidade educacional ou assistencial; à lei complementar, os lindes da imunidade tributária quando suscetíveis de disciplina infraconstitucional;

m) a tentativa de se fixar limitações à imunidade por meio de legislação infraconstitucional já foi objeto de manifestação do Supremo Tribunal Federal (STF), que determinou, em medida cautelar, a suspensão da vigência do § 1º e a alínea f do § 2º, ambos do art. 12, do caput do art. 13 e do art. 14 da Lei 9.532/97, até a decisão final da ação direta de inconstitucionalidade – ADI 1802, proposta pela Confederação Nacional de Saúde – Hospitais, Estabelecimentos e Serviços (CNS);

n) em relação ao período cuja suspensão se pretende, a Fundae era portadora de Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (Cebas), concedido pelo Conselho Nacional de Assistência Social, com validade até setembro de 2009, não há como desconsiderar seus efeitos enquanto ele não for anulado pelo órgão competente;

o) a suspensão da imunidade fixada no ato declaratório deve estar assentada em situações objetivas, tipificadas em lei, as quais não podem ser alargadas por meio de presunções, ficções ou meros indícios;

p) a autoridade administrativa não fez prova de pagamentos sem causa, de modo que não é possível afirmar que a impugnante tivesse deixado de aplicar as receitas decorrentes das atividades econômicas desenvolvidas nos seus objetivos institucionais;

q) não há ilegalidade na terceirização de serviços (art. 129 da Lei 11.196/05);

r) eventual irregularidade quanto às regras do certame licitatório, assim como questionamentos sobre a presença ou não de cessão de mão de obra ou sobre o valor dos serviços prestados devem ser resolvidos em instância própria, mas não podem determinar a suspensão do benefício da imunidade, sob a alegação de falta de aplicação das receitas decorrentes das atividades econômicas desenvolvidas nos seus objetivos institucionais;

s) a autoridade administrativa não levou em conta que os serviços prestados para o Detran/RS e para o Projovem foram desenvolvidos anteriormente pela Fundação Carlos Chagas e pela Fatec com custos superiores;

t) a autoridade administrativa não fez prova de irregularidades contábeis no pagamento das empresas sistemistas, muito menos de que os serviços deixaram de ser prestados;

u) não houve cessão de mão de obra: a autoridade administrativa confunde a atividade econômica desenvolvida pela Fatec, que permite auferir os recursos para o cumprimento das finalidades institucionais, com a atividade institucional – razão que justifica sua própria existência;

v) o art. 12, § 3º, da Lei 9.532/97 não impõe impedimento à obtenção de superávit, desde que sejam revertidos aos objetivos institucionais da entidade;

w) o legislador estabeleceu que os recursos auferidos pela entidade fossem aplicados integralmente nos seus objetivos institucionais, mas não impôs que fossem revertidos ainda no mesmo exercício – os relatórios e as demonstrações contábeis, em especial as do exercício de 2009, evidenciam que as receitas das atividades institucionais foram mantidas em conta “reserva de aplicação em filantropia” (fls. 727/744);

x) não foram apresentadas provas relativas à suposta utilização de notas frias e os argumentos pertinentes, trazidos pela autoridade administrativa, não têm lastro em prova convincente; e

y) eventual irregularidade administrativa na concessão do empréstimo à Pensant não tem o condão de representar desrespeito às exigências do art. 14, incisos I e II, do CTN, pois o mútuo foi devidamente registrado nos assentos contábeis.

Na mesma peça, a Fundae pede a realização de perícia para que seja verificado: a) se a contabilidade da interessada permitiria concluir que as empresas sistemistas deixaram de prestar os serviços para os quais foram contratadas, b) se houve superfaturamento, e c) se os registros contábeis são idôneos a respeito da reserva para aplicação em filantropia.

A fiscalizada optou pela tributação do IRPJ e da CSLL com base no lucro real trimestral em relação aos anos-calendário 2005 a 2009 (fls. 658/659, 761 e 765/769).

Os autos de infração de IRPJ, CSLL, PIS, Cofins e IRRF, acompanhados do relatório de fiscalização, foram lavrados em 9/12/10 (fls. 916/1032). Os lançamentos de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins são exigidos por insuficiência de recolhimentos/declaração e o de IRRF por falta de recolhimento sobre pagamentos sem causa ou de operações não comprovadas.

A fiscalização identificou a existência de fraude nas ações dos sujeitos passivos e, por isso, lavrou os autos de infração com a multa de 150%.

Em 13/12/10, os autos de infração foram cientificados à Fundae (fls. 917, 990, 995, 1007 e 1017) e, em 16/12/10, José Antonio Fernandes, Rubem Höher, Helvio

Debus Oliveira Souza e Ipojucan Seffrin Custódio foram intimados dos termos de sujeição solidária passiva (fls. 1034/1037 e 1043/1046).

A imputação da responsabilidade aos terceiros corresponde ao período de 7/10/05 (data da assinatura do contrato entre a Fundae e a Prefeitura Municipal de Porto Alegre para a execução do programa Projovem) a 6/11/07 (data em que foi deflagrada a fase ostensiva da operação Rodin). Deveu-se a suposto interesse comum nos resultados econômicos advindos dos ilícitos fiscais cometidos pela fundação: José Fernandes, atuando como lobista e principal operador do núcleo Pensant; os demais, por serem prepostos de José Fernandes e sócios de empresas sistemistas.

Em sua defesa quanto à autuação, apresentada em 11/1/11 (fls. **1047/1089**), a Fundae pede a improcedência dos autos de infração. Repisa os argumentos da impugnação à suspensão da imunidade e acrescenta, em síntese:

a) a glosa das deduções dos custos dos serviços contratados pela impugnante deve ser afastada, uma vez que não foi comprovado que os custos correspondam a pagamentos sem causa ou a preços superfaturados e, ao contrário, os serviços foram efetivamente prestados, conforme prova documental;

b) a prestação de serviços é de difícil evidenciação, uma vez que se exaure após a consumação – devem ser avaliadas circunstâncias materiais e formais que evidenciam se houve ou não a operação que justificou os pagamentos realizados;

c) a execução dos serviços dos projetos Projovem e Detran/RS foi devidamente formalizada por meio de contratos, que estabelecem as condições para prestação, bem como especificam os serviços subcontratados;

d) os serviços subcontratados foram necessários à execução dos projetos ajustados, tendo em vista o elevado volume de trabalhos a serem executados, tais como captação de recursos, supervisão e auditoria operacional, desenvolvimento de software, gerenciamento de arquivos, gerência de documentos, gestão de recursos humanos, assessoria jurídica e contábil e gestão de imagem;

e) os valores dos serviços cobrados pelas empresas contratadas correspondem aos desembolsos financeiros da impugnante, que foram devidamente registrados pela contabilidade e utilizados na apuração dos tributos;

f) é necessária a revisão dos percentuais aplicados na apuração do superfaturamento, cujos valores contabilizados foram desconsiderados, apesar de não ter sido desqualificada a escrita;

g) não há demonstração nos autos de que o arbitramento dos valores dos serviços praticados no âmbito do Projovem decorresse da comparação com o valor de serviços semelhantes praticados no mercado; há somente comparação com valores praticados em épocas diferentes, com complexidade e volumes de trabalho diferenciados;

h) não se pode comparar os valores obtidos nos projetos Projovem Gravataí e Viamão com o de Porto Alegre, pois aqueles apresentam volume de trabalho inferior ao deste;

i) não havendo prova de que os serviços não tenham sido prestados, não incorreu hipótese do artigo 61, § 1º, da Lei 8.981/95 (não incide IRRF à alíquota de 35%);

j) os pagamentos às empresas contratadas foram efetuados a beneficiários devidamente identificados e decorrem de serviços efetivamente prestados;

k) o IRRF deve ser deduzido da base de cálculo do IRPJ e da CSLL;

l) a impugnante tem o direito à isenção de COFINS sobre as receitas dos serviços prestados, inclusive relacionadas aos projetos Projovem e Detran/RS, com fundamento nos arts. 13 e 14, X, da Medida Provisória 2.158/01, combinados com o art. 15 da Lei 9.532/97, independentemente da restrição imposta pelo art. 47, § 2º, da IN/SRF 247/02, que extrapolou os limites legais;

m) a qualificação da multa de ofício não se justifica diante da inexistência de conduta dolosa praticada pela impugnante, tipificada nas hipóteses dos artigos 71, 72 e 73 da Lei 4.502/64;

n) as condutas criminosas investigadas pela operação Rodin não podem ser atribuídas à impugnante; e

o) os cálculos dos tributos apresentados no relatório fiscal devem ser revisados, conforme divergências identificadas no estudo feito pela Perfectum Auditoria Independente.

A contribuinte também postula nesta impugnação a realização de perícia técnica. Os quesitos apresentados são praticamente coincidentes com os formulados na impugnação à suspensão da imunidade, com o acréscimo de item visando à identificação dos critérios adotados para apurar o percentual de superfaturamento de 84,06% nos projetos do Projovem e verificação do fundamento legal para a aplicação desses critérios.

Helvio Debus Oliveira Souza apresentou sua impugnação em 18/1/11 (fls. 1215/1218). Alega que o termo de sujeição passiva solidária foi recebido por sua secretária em 16/12/10, mas que tomou ciência somente em 20/12/10, quando retornou de ausência. Faz um breve histórico sobre sua ligação com a Fundae, contrapõe-se às acusações impostas em relação aos contratos firmados pela fundação para prestação de serviços ao Projovem e ao Detran/RS e defende-se das imputações relativas a superfaturamento e honorários, contidas no relatório fiscal. Por fim, pugna pela exclusão da sujeição passiva solidária.

Ipojucan Seffrin Custódio apresentou sua impugnação em 17/1/11 (fls. 1220/1224), pedindo seja afastado do polo passivo da obrigação tributária. Relata suas experiências como administrador na iniciativa privada e pública, suas atividades na CGPLAN e sua situação econômico-financeira, que, segundo sustenta, não lhe permitiria participar ou colaborar com o “esquema” de apropriação de recursos públicos. Informa que trabalhava para viabilizar os trabalhos de área operacional, cuidando da seleção e contratação de profissionais e locação de ambientes. Defende também que não haveria razão para a sua inclusão como devedor solidário, pois não era sócio majoritário da empresa GCPLAN e não exercia atividades de administração/gerência da empresa: suas

tarefas eram unicamente técnicas, sem nenhum poder decisório ou influência sobre as contratações entre FUNDAE e empresas prestadoras de serviços.

Rubem Höher apresentou sua impugnação em 18/1/11, afirmando tê-la entregue na forma legal e em tempo hábil (fls. 1239/1246). Pede a exclusão de sua inscrição no termo de sujeição solidária porque não teria sido provado que tivesse interesse comum na situação que constituía o fato gerador da obrigação principal, já que, em síntese, não teve função diretiva institucional na Fundae – mas tão somente a coordenação administrativa da execução do contrato com o Detran – e porque sua prestação de serviços à fundação restringiu-se ao período de junho a outubro de 2007.

José Antonio Fernandes apresentou sua impugnação em 17/1/11 (fls. 1248/1266). Defende sua exclusão como sujeito passivo solidário pelos argumentos a seguir sintetizados:

a) é necessário que o processo administrativo fiscal seja suspenso até o trânsito em julgado da ação penal, pois ambos utilizaram os mesmos elementos e fundamentos, resultantes de investigação conjunta e integrada da Polícia Judiciária da União, da Secretaria da Receita Federal do Brasil e do Ministério Público estadual, mediante autorização judicial;

b) o termo de sujeição passiva solidária é um claro pré-julgamento, quando na verdade tais afirmações são oriundas de uma mera investigação que não possui outra finalidade senão buscar informações para a propositura de uma ação penal;

c) a defesa na esfera administrativa poderá ser utilizada antecipadamente pelo próprio Ministério Público Federal, em uma total inversão do procedimento processual penal;

d) o princípio da independência das instâncias administrativas e penal foi ignorado pela própria Delegacia da Receita Federal, na medida em que buscou elementos no processo criminal, reconhecidamente obtidos junto à Polícia Federal;

e) o termo de sujeição passiva solidária fundamentou-se em afirmações que poderão ser desconsideradas quando do julgamento do processo criminal;

f) o procedimento é nulo por atingir, por via transversa, o devido processo legal e o princípio da motivação dos atos administrativos: para a construção de eventual solidariedade e do consequente crédito tributário, foram buscados elementos que estão sendo discutidos no processo penal;

g) a DRF parte de afirmações colhidas sem o crivo do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal – instrumentos constitucionais a serem observados em todo e qualquer processo administrativo ou judicial;

h) os autuantes extrapolam ao tecerem afirmações de forma conclusiva, quando estas pendem de julgamento, com a finalidade de buscarem uma inexistente solidariedade passiva;

i) princípios e garantias constitucionais foram feridos, porquanto a Fundae pôde exercer ampla defesa administrativa por dois anos e ele somente pôde se manifestar sobre a solidariedade nos autos de infração no prazo exíguo de trinta dias;

j) inexistente a solidariedade tributária passiva pois:

- o impugnante jamais exerceu cargo diretivo ou com poder de mando junto à Fundae;
- a relação entre a Fundae e a Pensant era estritamente contratual, bilateral, de prestação de serviços e nenhum benefício eventualmente auferido por aquela em razão do não pagamento de tributos pode ser estendido a esta;
- houve procedimento fiscalizatório na Pensant entre março de 2008 e maio de 2009 e do qual não foram constatadas irregularidades;
- o manifestante ou a empresa Pensant não receberam oportunidade para prestar esclarecimentos no procedimento fiscal; e
- a Pensant não tinha outro interesse a não ser o de receber pelo valor dos serviços que foram prestados;

k) o processo administrativo não pode abreviar ou restringir a possibilidade do exercício da mais ampla defesa e do contraditório, em estrita observância ao devido processo legal.

José Fernandes requer ainda que lhe seja facultada a produção de prova pericial e documental, no intuito de preservar-lhe a ampla defesa. Apresenta quesitos, indica perito e anexa documento intitulado Aspectos teórico técnicos na prestação de serviços com fornecimento de conhecimentos especializados (fls. 1269/1310).

DA DECISÃO DA DRJ

Conforme relatado acima, a pessoa jurídica impugnou o ato declaratório executivo (fls. 960/993) e o auto de infração às (fls.1602/1644) e da mesma foram, fizeram os sujeitos passivos solidários Helvio Debus Oliveira Souza (fls. 1771/1774), Ipojucan Seffrin Custódio (fls. 1776/ 1780), Rubem Höher (fls. 1797/1804) e José Antonio Fernandes (fls. 1806/1824). As razões de defesa estão detalhadas no relatório da DRJ transcrito acima.

A 5ª Turma da DRJ/POA (fls. 1889/1952), afastou as preliminares de nulidade, indeferiu os pedidos de perícia e diligência e, no mérito, negou provimento à impugnação da contribuinte sobre a suspensão da imunidade e deu parcial provimento à impugnação da contribuinte aos autos de infração, reduzindo o IRPJ devido. Quanto às defesas dos sujeitos passivos solidários, a turma não conheceu as impugnações apresentadas por Helvio Debus Oliveira Souza e Rubem Höher e negou provimento às impugnações apresentadas por Ipojucan Seffrin Custódio e José Antonio Fernandes.

DOS RECURSOS VOLUNTÁRIOS

Processo nº 11060.000553/2010-54
Acórdão n.º **1402-001.351**

S1-C4T2
Fl. 2.552

Irresignada com o resultado do julgamento, a pessoa jurídica apresentou recurso voluntário tempestivo às fls. 2330/2420 repisando os argumentos de sua peça impugnatória e combatendo o entendimento do julgador *a quo*. Da mesma forma fizeram, tempestivamente, os sujeitos passivos José Antonio Fernandes (fls. 2428/2502) e Ipojuca Seffrin Custódio (fls. 2523/2527).

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheiro CARLOS PELÁ, Relator

Os recursos voluntários atendem a todos os pressupostos de admissibilidade e deles tomo conhecimento.

Recurso Voluntário da Pessoa Jurídica

Perícia

Em resposta à intimação de 13/10/2009, a Recorrente informou que os serviços foram prestados, mas que a Fundação não tem como mensurar ou quantificar tais serviços, com exceção dos serviços prestados pela empresa S3, de acordo com o cálculo baseado na tabela de honorários do SESCON/RS.

No entanto, em suas peças de defesa, repisa os pedidos de realização de prova pericial, com intuito de avaliar a efetiva ocorrência dos serviços prestados, bem assim como inoocorrência de pagamentos superfaturados.

Tenho me posicionado no sentido de que a perícia é cabível apenas para a averiguação de fatos que dependem de conhecimentos especializados para serem demonstrados, sendo desnecessária quando os fatos puderem ser comprovados documentalment, como no caso de apresentação de relatórios, livros e documentos contábeis e fiscais.

Sendo assim, deveria a Recorrente ter trazido aos autos os documentos que entende serem comprobatórios de que os serviços contratados das empresas sistemistas foram efetivamente contratados e que não houve superfaturamento.

Da suspensão da imunidade tributária

Inicialmente, sobre o tema da imunidade tributária aplicável às entidades de assistência social, transcrevo o esclarecedor relatório fiscal (fls. 10/15):

A imunidade das instituições de educação e de assistência social está prevista no artigo 150, VI, alínea "e" da CF/88, o qual dispõe que, sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado A Unido, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, instituir impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei.

Preliminarmente, verificamos que imunidade disposta no artigo 150, VI, alínea "c" da CF/88, com as limitações previstas no seu § 4º, não é absoluta, uma vez que somente abrange impostos (não se aplica a taxas, contribuições sociais ou de melhoria) e

está condicionada a determinados requisitos impostos pela própria CF/88, quais sejam: somente abriga o patrimônio, renda ou serviços, e desde que relacionados com as FINALIDADES ESSENCIAIS da instituição; as instituições não devem ter fins lucrativos; devem ser atendidos os REQUISITOS DA LEI.

Neste aspecto, instaura-se o debate sobre a questão de ser esta matéria regulada por lei ordinária ou lei complementar. Não obstante, pelo menos quanto aos requisitos estabelecidos em lei complementar, não há dúvidas quanto à necessidade de as instituições de educação e de assistência social cumpri-los, os quais encontram-se dispostos no artigo 9º, § 1º da Lei nº. 5.172, de 25/10/66 (Código Tributário Nacional - CTN, recepcionado como lei complementar pela Carta Constitucional de 1967), qual seja, a atribuição, por lei, às entidades imunes, da condição de responsáveis pelos tributos que lhes caiba reter na fonte, e a lido dispensa da prática de atos, previstos em lei assecuratórios do cumprimento de obrigações tributárias por terceiros, bem como os REQUISITOS dispostos no artigo 14, incisos I a III do mesmo CTN, quais sejam:

I - não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título (Redação dada pela Lei Complementar d. 104, de 10/01/2001);

II - aplicarem integralmente, no país, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;

III - manterem escrituração de suas receitas e, despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

Por sua vez, o artigo 12, caput da Lei nº. 9.532, de 10/12/1997, dispõe que, para efeito do disposto no artigo 150, inciso VI, alínea "c" da CF/88, considera-se IMUNE a instituição de educação ou de assistência social que preste os serviços para os quais houver sido instituída e os coloque à disposição da população em geral, em caráter complementar As atividades do Estado, sem fins lucrativos.

Para o gozo da imunidade, as instituições de assistência social, tais como a FUNDAE, estão obrigadas a atender aos seguintes REQUISITOS, dispostos no artigo 12, § 2º, alíneas "a" a "h" da Lei nº. 9.532/97:

a) não remunerar, por qualquer forma, seus dirigentes pelos serviços prestados;

b) aplicar integralmente seus recursos na manutenção e desenvolvimento dos seus objetivos sociais;

c) manter escrituração completa de suas receitas e despesas em livros revestidos das formalidades que assegurem a respectiva exatidão;

d) conservar em boa ordem, pelo prazo de cinco anos, contado da data da emissão, os documentos que comprovem a origem de suas receitas e a efetivação de suas despesas, bem assim a realização de quaisquer outros atos ou operações que Venham a modificar sua situação patrimonial;

e) apresentar, anualmente, Declaração de Rendimentos, em conformidade com o disposto em ato da Secretaria da Receita Federal;

f) recolher os tributos retidos sobre os rendimentos por elas pagos ou creditados e a contribuição para a seguridade social relativa aos empregados, bem assim Cumprir as obrigações acessórias daí decorrentes;

g) assegurar a destinação de seu patrimônio a outra instituição que atenda As condições para gozo da imunidade, no caso de incorporação, fusão, cisão ou de encerramento de suas atividades, ou a órgão público;

h) outros requisitos estabelecido em lei específica, relacionados com, o funcionamento das entidades a que se refere este artigo.

Como se vê, a restrição à remuneração A diretoria as entidades imunes disposta no artigo 12, § 2º, alínea "a" da Lei nº. 9.532/97 não constava do CTN. Entretanto, o descumprimento de tal requisito pode ser considerado como, uma distribuição disfarçada de lucros, em afronta ao disposto no artigo 14, inciso I do CTN. Por sua vez, os requisitos previstos no artigo 12, § 2º, alíneas "h" e 10 "c" da Lei nº. 9.532/97 não trazem inovações em relação ao disposto no CTN.

O artigo 12, § 3º da Lei d. 9.532/97, com a redação dada pela Lei nº. 9.718, de 27/11/1998, dispõe que considera-se entidade SEM FINS LUCRATIVOS a que NÃO APRESENTE SUPERAVIT em suas contas ou, caso o apresente em determinado exercício, destine referido resultado, INTEGRALMENTE, à manutenção e ao desenvolvimento dos seus objetivos sociais.

O artigo 13 da Lei nº. 9.532/97 dispõe que sem prejuízo das demais penalidades previstas na lei, a Secretaria da Receita Federal suspenderá o gozo da imunidade e da isenção a que se referem os artigos 12 e 15, relativamente aos anos-calendários em que a pessoa jurídica houver praticado ou, por qualquer forma, houver contribuído para a prática de ato que constitua infração a dispositivo da legislação tributária, especialmente no caso de informar ou declarar falsamente, omitir ou simular o recebimento de doações em bens ou em dinheiro, ou de qualquer forma cooperar para que terceiro sonegue tributos ou pratique ilícitos fiscais. Por sua vez, o artigo 14 dispõe que à suspensão do gozo da imunidade aplica-se o disposto no artigo 32 da Lei nº. 9.430, de 27/12/96.

Finalmente, o artigo 15, § 3º dispõe que às instituições isentas aplicam-se as disposições do artigo 12, § 2º, alíneas "a" a "e" e § 3º e dos artigos 13 e 14 da Lei nº. 9532/97.

(...). Como o artigo 146, inciso II da CF/88 dispõe que cabe à lei complementar regular as limitações constitucionais ao poder de tributar e como a Lei Ordinária nº. 9.532/97 trata, em seus artigos 12 a 14, de requisitos impostos e da suspensão do gozo da IMUNIDADE TRIBUTARIA das instituições de educação ou de assistência social sem fins lucrativos, nos termos do artigo 150, inciso VI, alínea "c" da CF/88, o STF, através da ADIn nº. 1.802-3, entendeu que, por se tratar de limitação constitucional ao poder de tributar, a demarcação do objeto formal e material da imunidade das referidas instituições é matéria afeita à lei complementar, tendo declarado a INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL da alínea "f" do § 2º do artigo 12, o caput do artigo 13 e o artigo 14, bem como a inconstitucionalidade formal e material do § 1º do artigo 12 da Lei Ordinária nº. 9.532/97.

A Ementa da ADIn nº. 1.802-3 esclarece que o que a CF/88 remete à lei ordinária é a fixação de normas sobre a constituição e o funcionamento da entidade imune. Entretanto, o que diz respeito aos lindes (limites) da imunidade, quando suscetíveis de disciplina infraconstitucional, devem ser reservados à lei complementar. A luz desse critério distintivo, o artigo 12 e § 2º, salvo a alínea "f" e o § 3º, bem como o artigo 13, parágrafo único da Lei nº. 9.532/97 foram considerados como INCÓLUMES à inconstitucionalidade formal argüida.

A Ementa do Acórdão 103-21076 do 1º Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda (1º CC do MF), publicado no DOU de 28/11/2002, dispõe que a ADIn nº. 1.802-3, que suspendeu liminarmente a vigência de dispositivos da Lei nº. 9.532/97, tem eficácia tão-somente à suspensão da imunidade que trata o artigo 32 da Lei nº 9.430/96, não tendo aplicabilidade ao instituto da isenção de tributos e contribuições federais. Por sua vez, os relatórios dos votos dos Acórdãos 101-94657 e 101-95343 do 1º CC do MF, em sessões realizadas em 12/08/2004 e 25/01/2006 que tiveram como relatora a Conselheira SANDRA MARIA FARONI, dispõem que há quem entenda que o alcance da suspensão da eficácia do artigo 14 da Lei nº. 9.532/97 não se refere à adoção do procedimento nele previsto, mas em aplicar o procedimento nos casos de descumprimento dos requisitos para a imunidade acrescentados pela mesma lei e suspensos pelo STF.

Entretanto, como as interpretações acima apresentadas ainda não são pacíficas no âmbito do 1º CC do MF, entendemos que a suspensão da vigência de dispositivos da Lei nº. 9.532/97 operada pela ADIn no. 1.802-3 tem eficácia tanto, em relação à suspensão da imunidade quanto em relação à suspensão da isenção, e que também não há como flexibilizar a suspensão imposta pelo STF.

(...). Apesar de o rito para a suspensão da imunidade tributária previsto no artigo 32 da Lei nº. 9.430/96 referir-se única e exclusivamente aos requisitos previstos na CF/88 e no CTN, o § 10 do referido artigo dispõe que os procedimentos estabelecidos nos §§ ao 9º aplicam-se, também, às hipóteses de suspensão de isenções condicionadas, quando a entidade beneficiária estiver descumprindo as condições ou requisitos impostos pela legislação de regência, qual seja, a própria Lei nº. 9.532/97, ficando, assim, suprida a suspensão da vigência do artigo 14 da Lei nº. 9.532/97 pela ADIN nº. 1.802.

Esclarecemos que o artigo 32, §§ 1º ao 10º da Lei nº 9.430/96 não estabelece limitações ao poder de tributar, mas, tão-somente, discorre sobre procedimento de natureza administrativa. Neste caso, não há necessidade de lei complementar para regular a questão, bastando uma lei ordinária, no caso, a própria Lei nº. 9.430/96, uma vez que a essência instrumental das normas, sem direta ligação com o campo tratado na imunidade das entidades, está livre da reserva complementar. Ademais, a inconstitucionalidade do referido artigo não foi argüida na ADIn nº. 1.802-3.

Finalmente, salientamos que a Lei nº. 9.532/97 constitui-se na lei isentiva de que trata o artigo 176 do CTN relativamente às instituições de caráter filantrópico, recreativo, cultural e científico e as associações civis, e a aplicabilidade de seu artigo 15, c/c o artigo 12, § 2º, alíneas "a" a "e" e § 3º não foi afetada pela ADIN nº. 1.802, estando EM PLENO VIGOR.

O artigo 195, § 7º da CF/88 dispõe que são isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

Por sua vez, o artigo 55 da Lei nº. 8.212, de 24/07/1991, dispõe que a entidade beneficente de assistência social (EBAS) que atenda aos requisitos dispostos em seus incisos I a V, cumulativamente, fica isenta da contribuição previdenciária a cargo das empresas, de que trata o artigo 22, bem como das contribuições sociais de que tratam o artigo 23 da referida Lei.(...). (grifou-se).

A partir da legislação citada no trecho acima, passo a analisar o presente caso.

Os fatos ocorridos que levaram a fiscalização à expedir o ato declaratório de suspensão da imunidade tributária da Contribuinte encontram-se pormenorizados no relatório fiscal às fls. 920/952 e fls. 9/104, e foram caracterizados pela fiscalização como infração ao artigo 14, incisos I, II e III do CTN, c/c o artigo 9º, inciso IV, alínea "c" do CTN, com redação dada pela Lei Complementar 104/01, e o artigo 12, caput e § 3º da Lei nº. 9.532/97, com redação dada pela Lei nº. 9.718/98.

Em resumo, tais fatos destacados pela fiscalização são:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 02/06/2014 por FREDERICO AUGUSTO GOMES DE ALENCAR, Assinado digitalmente em 03/06/2014 por CARLOS PELA, Assinado digitalmente em 02/06/2014 por FREDERICO AUGUSTO GOMES DE ALENCAR, Assinado digitalmente em 10/06/2014 por LEONARDO DE ANDRADE COUTO
Impresso em 11/06/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

1) A FUNDAE celebrou em 16/04/2007 o Contrato de nº. 09/2007 com o DETRAN/RS, bem como celebrou em 02/04/2007 contrato com a FATEC para a prestação de serviços relacionados aos exames práticos e teóricos de direção veicular no Estado do Rio Grande do Sul no período de 15/05/2007 a 14/11/2009, o que implicou na execução de atividades de natureza econômico-financeira desvirtuadas de seu objeto social, em desacordo com o disposto no artigo 12, capuz da Lei nº. 9.532/97 e no artigo 14, inciso II do CTN;

2) A FUNDAE efetuou pagamentos às empresas sistemistas BARRIONUEVO, DOCTUS, FADEL, GCPLAN, IGPL, NACHTIGALL, PENSANT e S3 para a execução do contrato com o DETRAN/RS, que não foram suportados por documentos hábeis que confirmassem a sua destinação aos fins da entidade, tendo deixado de comprovar a aplicação integral de seus recursos na manutenção e desenvolvimento dos seus objetivos sociais no período de 06/2007 a 10/2007, em desacordo com o disposto no artigo 14, inciso II do CTN;

3) A FUNDAE efetuou pagamentos às empresas sistemistas BARRIONUEVO, CARLOS ROSA, CASA EDITORIAL, FADEL, GCPLAN, IGPL, NACHTIGALL, PENSANT e S3 para a execução do PROJÓVEM, que não foram suportados por documentos hábeis que confirmassem a sua destinação aos fins de entidade, tendo deixado de comprovar a aplicação integral de seus recursos na manutenção e desenvolvimento dos seus objetivos sociais no período de 11/2005 a 06/2008, em desacordo com o disposto no artigo 14, inciso II do CTN;

4) A FUNDAE efetuou cessão-de-mão de obra como atividade principal e permanente à Prefeitura Municipal de Porto Alegre - RS para a execução do PROJÓVEM no período de 11/2005 a 06/2008, em desacordo com o disposto no Parecer MPS nº. 3.272104 e no artigo 12, caput da Lei nº. 9.532/97.

5) A FUNDAE apresentou em 31/12/2008 um superávit líquido de R\$ 5.051.991,40 e um saldo de caixa e equivalentes de R\$ 7.970.719,54, bem como concedeu gratuidades no ano-calendário de 2008, as quais representaram apenas 6,63% (4,71%, se considerado o regime de competência) da gratuidade mínima de 20%, em desacordo com o disposto no artigo 14, inciso II c/c o artigo 9º, inciso IV, alínea "c" do CTN e no artigo 12, § 3º da Lei nº. 9.532/97, com redação dada pela Lei nº. 9.718/98;

6) A FUNDAE destinou parcela ínfima dos recursos da instituição às suas finalidades essenciais, em desacordo com o disposto no artigo 150, inciso VI, alínea "c" da CF/88 e no artigo 14, inciso II, c/c o artigo 9º, inciso IV; alínea "c" do CTN;

7) A FUNDAE terceirizou as suas ações de assistência social, tendo deixado de aplicar seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais, em desacordo com o disposto no artigo 14, inciso II, c/c o artigo 9º, inciso IV, alínea "c" do CTN;

8) A FUNDAE utilizou os valores contabilizados a débito das contas de resultado de custos e despesas representativas de folha do pagamento, FGTS, Vales Transporte e PIS relativos aos contratos mantidos com as Prefeituras Municipais de Porto Alegre, Viamão e Gravataí - RS para a execução da PROJÓVEM no cálculo das gratuidades concedidas nos anos-calendário de 2005 a 2007, em desacordo com o disposto no artigo 14, inciso II, c/c o artigo 9º, inciso IV, alínea "c" do CTN;

9) A FUNDAE contabilizou notas fiscais frias no período de 11/2005 a 06/2008, tendo deixado de manter escrituração completa de suas receitas e despesas em livros revestidos das formalidades que assegurassem a respectiva exatidão, em desacordo com o artigo 14, inciso III do CTN;

10) A FUNDAE concedeu empréstimo gratuito à empresa PENSANT, em desacordo com o disposto no artigo 14, incisos I e II c/c o artigo 9º, inciso IV, alínea "c" do CTN.

Merece razão a fiscalização quando afirma que as atividades descritas no contrato da Recorrente com o DETRAN/RS não estão de acordo com os objetivos sociais da Fundação, constantes do artigo 1º, § 2º de seu estatuto (fl. 128/138), já que seu objetivo básico, conforme disposto no artigo 1º, alíneas "a" a "n" é a promoção e o desenvolvimento da educação e da cultura, ações de cidadania, geração de renda e inclusão social, atividades incompatíveis com as obrigações contratuais da Recorrente perante o DETRAN/RS, tão somente vinculadas à prestação de serviços relacionados aos exames práticos e teóricos de direção veicular no Estado do Rio Grande do Sul.

A leitura que a direção da Recorrente fez do artigo 1º, § 2º, afirmando tratar-se de promoção de estudos, pesquisas e prestação de serviços para entidades públicas e privadas, não pode jamais ser feita de forma estanque ao que está disposto no artigo 1º, alíneas "a" a "n" do estatuto social da Fundação, que aponta seus objetivos principais, quais sejam a promoção e o desenvolvimento da educação e da cultura, ações de cidadania, geração de renda e inclusão social, sob o risco de ser extrapolado seu objeto social, o que de fato acabou acontecendo, quando a Fundação assinou em 16/04/2007 o contrato com o DETRAN/RS.

A Solução de Divergência COSIT nº. 9 de 16/07/03 admite que as associações civis sem fins lucrativos executem atividades comerciais ou econômicas sem a perda do gozo da isenção do IRPJ e da CSLL, desde que atendam aos requisitos do artigo 15, § 3º, c/c § artigo 12, § 2º e o artigo 13, todos da Lei nº. 9.532/97, e desde que seus atos não extrapolem aos objetivos definidos em estatuto social, não concorram com organizações que não gozem do mesmo benefício e que, quando apurarem superávit em suas contas, observem o disposto no artigo 12, § 3º da referida Lei.

Ora, a prestação de serviços relacionados aos exames práticos e teóricos de direção veicular para o DETRAN/RS claramente extrapolou os objetivos definidos no artigo 1º, alíneas "a" a "n" do estatuto social da Fundação. Além disso, está claro que a prestação de tais serviços poderia ser realizada por quaisquer empresas privadas, mediante processo licitatório regular, evidenciando violação ao princípio constitucional da livre concorrência, disposto no artigo 170, inciso IV da Constituição Federal de 1988.

Assim, conclui-se que a Recorrente executou, no período de 06/2007 a 10/2009, atividades de natureza econômico-financeira desvirtuadas de seu objeto social, em desacordo com o disposto no artigo 12, caput da Lei nº. 9.532/97 e no artigo 14, inciso II do CTN, o que implica na suspensão do benefício da imunidade tributária nos anos-calendário de 2007 a 2009.

Outro ponto, dentre os enumerados pela fiscalização, que merece relevo para o deslinde da controvérsia é aquele relativo ao empréstimo gratuito realizado pela Recorrente à Pensant. Sobre o tema, conclui a fiscalização que (fl.78):

Intimada em 30/09/2009 a esclarecer os fatos acima relatados, bem como a apresentar o contrato de mútuo firmado em 04/04/2007 com a empresa PENSANT (fls. 263 a 278), a FUNDAE informou em 13/10/2009 que trata-se de contrato de mútuo, concedido pela Fundação à empresa PENSANT, que restou inadimplido, tendo informado também que não localizou a copia do referido contrato, o qual deve estar na documentação apreendida pela Policia Federal (fls. 279 a 289).

O contrato de mútuo entre a FUNDAE (mutuante) e a empresa PENSANT (mutuaria), datado de 03/04/2007, foi localizado por essa fiscalização dentre os 25 DVDs entregues em face do Ofício à Cláusula Segunda dispõe que o prazo do contrato de mútuo deveria ser de 180 dias, a partir da assinatura do mesmo, em 03/04/2007, ou seja, deveria ter validade até 30/09/2007, enquanto que a Cláusula Quarta dispõe que o não cumprimento por parte da mutuária implicaria na rescisão do contrato, não dispondo sobre quaisquer cobrança de juros, o que o caracteriza como empréstimo gratuito (fls. 574).

Entendemos que a FUNDAE poderia ter compensado suas obrigações perante a empresa PENSANT, quanto aos serviços que teriam sido prestados pela mesma à Fundação, com seu direito em relação ao empréstimo concedido. Entretanto, tal fato não ocorreu, apesar de a FUNDAE ter pago, o montante de R\$ 1.429.637,07 no período de 19/06/2007 a 11/10/2007 pelos serviços que teriam sido prestados pela empresa PENSANT no âmbito do contrato com o DETRAN/RS, de acordo com o Anexo I (fls. 38 e 39).

Se levarmos em conta seu momento e forma de concessão, onde não houve, por parte do tomador do empréstimo, a obrigação do pagamento de juros e sequer do valor principal, podemos dizer que o mesmo constituiu um "prêmio" à empresa PENSANT pela obtenção do contrato entre a FUNDAE e o DETRAN/RS, o que demonstra que a referida Fundação deixou de atender tanto o disposto no inciso I do artigo 14 do CTN quanto o disposto em seu inciso II, os quais estabelecem que para o gozo de imunidade fiscal, as instituições de assistência social lido podem distribuir qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título, bem como devem aplicar integralmente, no país, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais, o que implica na perda do benefício da imunidade tributária no ano-calendário de 2007.

Corroboro o entendimento, uma vez que o empréstimo não foi quitado, nem compensado, e não há provas de qualquer tipo de cobrança por parte da Recorrente.

Com efeito, a distribuição de parcela gratuita de seu patrimônio à Pensant denota infração expressa ao inciso I do artigo 14 do CTN, justificando a suspensão da imunidade tributária da Recorrente.

Não bastasse isso, corroboro a assertiva fiscal no sentido de que a atividade de prestação de serviços mediante cessão-de-mão de obra exercida pela FUNDAE, como

atividade principal e não pontual, em desobediência às orientações do Parecer MPS nº. 3.272/04, representou um desvio de finalidade, tendo a Fundação infringido o disposto no artigo 12, caput da Lei nº. 9.532/97, justificando a suspensão de sua imunidade tributária nos anos-calendário de 2005 a 2008.

De outro giro, considero incorreta a manutenção do superávit em conta de patrimônio líquido "Reserva p/ Filantropia - Gratuidades a Conceder" (código 2920301), pois, conforme redação do artigo 14, inciso II do CTN, faz-se necessária a aplicação INTEGRAL dos recursos da entidade imune na manutenção dos seus objetivos institucionais, e, conforme conceito de entidade sem fins lucrativos, disposto no artigo 12, § 3º da Lei nº. 9.532/97 (com redação dada pela Lei nº. 9.718/98), a entidade não pode apresentar superávit em suas contas e, caso o apresente em determinado exercício, deve destinar o referido resultado, integralmente à manutenção e ao desenvolvimento dos seus objetivos sociais.

Acrescente-se, por oportuno, que, conforme exposto no relatório fiscal, *“através de um ajuste prévio, pessoas com grande influência política (lobistas) conseguiram fazer com que o DETRAN/RS contratasse a FATEC e a FUNDAE para a execução de serviços diversos, cuja realização acabou sendo atribuída a terceiros, aos quais era repassada em torno de 40% da remuneração percebida, uma vez que no preço dos serviços eram embutidos, além do próprio serviço, a “remuneração” dos lobistas, pela obtenção do contrato, bem como a “propina” destinada a corromper funcionários públicos”* (fl. 22).

A análise das questões relacionadas à legalidade do contrato firmado entre a Recorrente, o DETRAN e o Projovem, a manutenção do esquema criminoso mediante pagamento de propina pelas empresas sistemistas à terceiros, a influência do lobista José Fernandes e seus prepostos junto à Recorrente e demais empresas envolvidas no esquema, a exigência de propina por funcionários público do DETRAN para direcionamento da licitação, dentre outras não mencionas, não competem à esse órgão julgador ou são menos importantes do ponto de vista fiscal, razão pela qual não serão abordadas.

Da mesma forma, a absolvição da conduta da Recorrente no juízo criminal (penal) não afasta a hipótese de infração à legislação tributária.

Portanto, mantenho a suspensão da imunidade da tributária da Recorrente.

Dos autos de infração lavrados

Sobre o tema, alega a Recorrente, em breve síntese, que a glosa das deduções dos custos dos serviços contratados das empresas sistemistas não deve ser afastado, uma vez que não restou comprovado que os custos dos serviços estavam superfaturados.

Nesse ponto, discordo da Recorrente.

Sobre o tema, transcrevo trecho do relatório fiscal (fls.42/47):

3.2.8. Superfaturamento apurado por essa fiscalização quanto aos pagamentos efetuados pela FUNDAE em face dos serviços que teriam sido prestados pelas empresas sistemistas no âmbito do contrato com o DETRAN/RS

Anexo 1 (fls. 38 e 39) apresenta a relação de NFs emitidas pelas empresas sistemistas BARRIONUEVO, Doctus, FADEL,

GCPLAN, IGPL, NACHTIGALL, PENSANT e S3, subcontratadas pela FUNDAE para a execução dos serviços prestados ao DETRAN/RS no período de 06/2007 a 10/2007.

As cópias de algumas das NFs emitidas pelas empresas sistemistas, bem como as cópias de NFs emitidas pela FUNDAE e FATEC e o demonstrativo de composição de custo com o Projeto DETRAN/RS são apresentadas à fls. 548 a 563.

Dos montantes brutos de R\$ 3.619.198,53 e R\$ 1.381.824,24 apresentados no Anexo 1 (fls. 38 e 39) e contabilizados pela FUNDAE a débito das contas de resultado "Serviços Prestados por PJs - Cto. Detran" e "Serviços Prestados por PJs (códigos 4110706 e 4210125) nos períodos de 06/2007 a 10/2007 e 01/2008 a 10/2009, respectivamente, somente o montante R\$ 305.191,43 refere-se a serviços que teriam sido prestados pelas empresas sistemistas após 06/11/2007, quando foi deflagrada a Operação RODIN, mesmo assim por apenas uma empresa, a empresa S3.

De acordo com análise efetuada por essa fiscalização nos arquivos digitais de lançamentos contábeis entregues em 10/08/2009, 11/11/2009 e 28/01/2010, verificamos que a FUNDAE, contabilizou, no período de 01/2008 a 10/2009, o montante bruto de R\$ 21.331.036,64 a débito das contas de resultado de custos e despesas acima mencionadas.

Desse total, R\$ 19.133.020,54 foram contabilizados quanto aos serviços prestados pela FATEC (26,1% da fatura do DETRAN/RS, de acordo com o contrato de 02/04/2007) e pelas empresas BLATIES ADVOGADOS ASSOCIADOS, CNPJ nº. 04.549.552/0001-04, NORTE REBELO ADVOGADOS ASSOCIADOS, CNPJ nº. 04.470.350/0001-72, PERFECTUM AUDITORIA INDEPENDENTE S/S, CNPJ nº. 01.681.852/0004-54, KARIN A. RIBEIRO & CIA LTDA., CNPJ nº. 03.595.966/0001-07, CRS COMUNICAÇÃO INTEGRADA LTDA., CNPJ nº. 04.240.314/0001-12 e S3, nos montantes de R\$ 17.751.196,30, R\$ 405.000,00, R\$ 540.000,00, R\$ 82.964,81, R\$ 9.668,00, R\$ 9.000,00 e R\$ 335.191,43, respectivamente.

Ou seja, para cumprir as suas obrigações contratuais perante o DETRAN/RS, a FUNDAE deixou de contabilizar os serviços que teriam sido prestados pelas empresas sistemistas, tendo contabilizado apenas os serviços de consultoria e assessoria técnica e operacional em relação ao Contrato com o DETRAN/RS, prestados pela FATEC, serviços de assessoria jurídica, prestados pelos escritórios de advocacia BLATIES e NORTE REBELO, serviços de auditoria contábil, prestados pela PERFECTUM, serviços de comunicação social e de arquivo e controle de documentos, prestados pelas empresas CRS e KARIN, e serviços de contabilidade, prestados pela S3.

Mesmo assim, os serviços de contabilidade, que antes de deflagrada a Operação RODIN eram contratados juntos à S3 por R\$ 40.000,00 mensais, passaram a ser prestados pela mesma

empresa por R\$ 15.000,00 mensais, no período de 01/2008 a 10/2009, de acordo com o Anexo 1 (fls. 38 e 39).

Em 30/09/2009, intimamos a FUNDAE a demonstrar para quais empresas foram atribuídos, após 06/11/2007, os serviços que teriam sido subcontratados as empresas BARRIONUEVO, CARLOS ROSA, CASA EDITORIAL, DOCTUS, FADEL, GCPLAN, IGPL, NACHTIGALL, PENSANT e S3 antes de deflagrada a fase ostensiva da Operação RODIN, bem como apresentar documentação comprobatória relativamente aos novos fornecedores de serviços (fls. 263 a 278).

Em 13/10/2009, a FUNDAE apresentou planilha excel com a relação de pagamentos efetuados pelos serviços que teriam sido prestados pelas empresas acima mencionadas relativamente às obrigações, contratuais perante o DETRAN/RS (fls. 279 a 307).

A FUNDAE também informou em 13/10/2009 que a mesma necessitou subcontratar outras empresas para atender a demanda dos serviços, tendo também aumentado seu quadro funcional, bem como informou que após 06/11/2007, o Conselho da Fundação reuniu-se em diversas oportunidades para a definição do tratamento que seria dado às empresas que vinham até aquela data prestando serviços, uma vez que quase todas as empresas sistemistas tiveram os serviços descontinuados, com notificação de rescisão contratual, com exceção da empresa S3, quando foi proposta uma readequação de honorários, face a situação instável pela qual a Fundação passava, a qual foi aceita pela empresa S3, tendo sido elaborado um aditivo contratual com vigência retroativa aos serviços prestados a partir de 01/10/2007 até 31/12/2009 (fls. 279 a 289).

Adicionalmente, a FUNDAE informou em 13/10/2009 que os serviços jurídicos de consultoria, advocacia geral e trabalhista, antes prestados pela empresa NACHTIGALL, foram assumidos pelas empresas BLAITES ADVOGADOS ASSOCIADOS e NORTE REBELO ADVOGADOS ASSOCIADOS, esta última com serviços especializados na área de direito administrativo (fls. 279 a 289).

Os serviços de comunicação social, antes prestados pela empresa BARRIONUEVO, foram assumidos pela empresa CRS COMUNICAÇÃO INTEGRADA, enquanto que os serviços de arquivo e controle de documentos, antes prestados pela empresa IGPL, foram substituídos pelo projeto da empresa K.ARIN A. RIBEIRO & CIA, com implementação e manutenção do sistema através de contratação da arquivologista LÍDIA NASCIMENTO DE LIMA GUILHERME, CPF 999.766.250-49, apoiada por outros funcionários administrativos.

Os serviços de auditoria, de controles internos de contratos, projetos e convênios de legislação trabalhista e de contabilidade, antes prestados pela empresa DOCTUS e PENSANT, foram assumidos pela empresa PERFECTUM AUDITORIA INDEPENDENTE, enquanto que o serviço de

coordenação do contrato com o DETRAN/RS, também prestado pela empresa DOCTUS, foi assumido pela contratação da psicóloga ALINE BAUMER, CPF nº. 888.376.530-34.

Finalmente, a FUNDAE informou em 13/10/2009 que o serviço de supervisão externa e controle de qualidade e segurança nos procedimentos do trabalho de examinadores de trânsito, antes prestados pela empresa PENSANT, passou a ser efetuado pela contratação do Sr. FRANCISCO JOSÉ WENDLING, CPF nº. 330.193.800-06, enquanto que os serviços de recrutamento e seleção de pessoal, antes prestados pela empresa GCPLAN, passaram a ser feitos por duas psicólogas, contratadas com e sem vínculo empregatício (fls. 279 a 289).

De acordo com contato telefônico (55 3028-4002) mantido em 30/10/2009 com o Sr. HÉLVIO DEBUS OLIVEIRA SOUZA, CPF nº. 387.636.210-53, ex-Secretário Executivo da FUNDAE e ex-sócio da empresa S3, as duas psicólogas mencionadas na Resposta de 13/10/2009 seriam as Sras ALINE BAUMER e FERNANDA ALTERMANN BATISTA, CPF no. 937.870.140-04.

Em consulta ao Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS) e ao Sistema de Guias do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informação à Previdência Social (GFIP), verificamos que ALINE BAUMER, FRANCISCO JOSÉ WENDLING e LÍDIA NASCIMENTO DE LIMA GUILHERME constam como trabalhadores com vínculo empregatício relativamente à FUNDAE, com datas de admissão em 01/04/2008, 02/02/2009 e 01/04/2009, tendo recebido remuneração de R\$ 63.904,75, R\$ 22.850,00 e R\$ 7.800,00 no período de 01/2008 a 10/2009, enquanto que FERNANDA ALTERMANN BATISTA consta como trabalhadora sem vínculo empregatício, tendo prestado serviços à FUNDAE nos meses de 02/2009 e 05/2009 a 08/2009 e 10/2009 pelo montante de R\$ 4.625,00 (fls. 571 a 573), o que resultou no total de R\$ 99.179,75 de serviços subcontratados a tais pessoas físicas para a execução dos serviços ao DETRAN/RS no período de 01/2008 a 10/2009.

O Anexo 2 (fls. 39, verso e 40) apresenta o confronto entre as médias mensais de valores pagos pela FUNDAE pelos serviços que teriam sido prestados pelas empresas sistemistas BARRIONUEVO, DOCTUS, FADEL, GCPLAN, IGPL, NACHTIGALL, PENSANT e S3 no âmbito do contrato com o DETRAN/RS, e os valores pagos aos novos prestadores de serviços, às pessoas jurídicas BLATIES, NORTE REBELO, PERFECTUM, KARIN A. RIBEIRO e CRS, além da própria empresa S3, no período após 06/11/2007, bem como as pessoas físicas ALINE BAUMER, FRANCISCO JOSÉ WENDLING, LÍDIA NASCIMENTO DE LIMA GUILHERME e FERNANDA ALTERMANN BATISTA.

O Anexo 2 (fls. 39, verso e 40) apresenta também o confronto entre as médias mensais de valores pagos pela FUNDAE às empresas sistemistas e aos novos prestadores de serviços

considerando-se o tipo de serviço, de Auditoria, de controles internos de contratos, projetos e convênios, de legislação trabalhista e de contabilidade, de supervisão externa e controle de qualidade e segurança nos procedimentos do trabalho de examinadores de trânsito (1), serviços de arquivo e controle de documentos (2), serviços de comunicação social (3), serviços jurídicos de consultoria, Advocacia geral e trabalhista (4) e serviços de contabilidade (5).

De acordo com o primeiro critério, sem considerar-se o tipo de serviços, obtivemos médias mensais de valores pagos às empresas sistemistas e aos novos prestadores de serviços de R\$ 723.839,71 e R\$ 61.708,50 por períodos, de 05 e 24 meses, respectivamente, considerando-se o regime de caixa, o que demonstra que a FUNDAE pagou aos novos prestadores de serviços apenas 8,53% do valor que era anteriormente pago pelos serviços que teriam sido prestados pelas empresas sistemistas, o que resultou em um percentual de superfaturamento de 91,47%, com um valor total superfaturado de R\$ 3.310.656,03.

De acordo com o segundo critério, considerando-se os cinco tipos de serviços, verificamos que a FUNDAE pagou aos novos prestadores de serviços 1,68%, 0,41%, 37,50%, 52,77% e 34,92% dos valores que eram anteriormente pagos pelos mesmos cinco tipos de serviços que teriam sido prestados pelas empresas sistemistas, o que resultou em percentuais de superfaturamento de 98,32%, 99,59%, 62,50%, 47,23% e 65,08%, com o mesmo valor total superfaturado obtido a partir do primeiro critério.

Tal fato demonstra que o percentual obtido a partir do primeiro critério serve como parâmetro para dimensionarmos em 91,47% o superfaturamento ocorrido, nos pagamentos efetuados pela FUNDAE quanto aos serviços que teriam sido prestados pelas empresas sistemistas no âmbito do contrato com o DETRAN/RS.

O percentual de superfaturamento médio de 91,47% obtido por essa fiscalização no Anexo 2 (fls. 39, verso e 40) aproxima-se do percentual de superfaturamento médio de 84,08% obtido a partir da Informação Técnica MPE/TCE nº. 0075/2007, elaborada em 17/10/2007 pelo Ministério Público de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, quanto à subcontratação das empresas sistemistas CARLOS ROSA, NEWMARK, PENSANT e RIO DEL SUR pela FATEC (fls. 538, verso e 539).

58): E continua para dizer que da mesma forma ocorreu quanto ao Projovem (fl.

No Item 3.2.7 do presente Relatório de Fiscalização, utilizamos o critério de quantificarmos subcontratação efetuada pela FUNDAE para a execução do contrato com o DETRAN/RS antes e após a deflagração da fase ostensiva da Operação RODIN, em

06/11/2007, no sentido de apurarmos o superfaturamento ocorrido quanto aos pagamentos efetuados pela Fundação em face dos serviços que teriam sido prestados pelas empresas sistemistas.

O mesmo critério pode ser utilizado no âmbito do PROJOVEM, uma vez que a FUNDAE, apesar de ter encerrado os serviços prestados à Prefeitura Municipal de Porto Alegre - RS em 11/2007, manteve os serviços prestados As Prefeituras Municipais de Viamão e Gravataí - RS até 06/2008 e 11/2008, respectivamente.

Se antes de deflagrada a Operação RODIN a FUNDAE utilizava fartamente os serviços subcontratados às empresas sistemistas BARRIONUEVO, CARLOS ROSA, CASA EDITORIAL, FADEL, GCPLAN, -IGPL, NACHTIGALL, PENSANT e S3 para a execução do PROJOVEM junto às Prefeituras Municipais de Porto Alegre, Viamão e Gravataí - RS, após 06/11/2007 a Fundação passou a subcontratar apenas as empresas sistemistas GCPLAN e S3, como mostra o Anexo 3 (fls. 41 e 42).

Neste aspecto, o Anexo 5 (fls. 43, verso) apresenta o confronto entre as médias mensais de valores pagos pela FUNDAE pelos serviços que teriam sido prestados pelas empresas sistemistas GCPLAN, NACHTIGALL, PENSANT e S3 para a execução do PROJOVEM junto As Prefeituras Municipais de Viamão e Gravataí - RS no período antes de 06/11/2007, e os valores pagos às empresas sistemistas GCPLAN e S3 no período após 06/11/2007.

De acordo com o Anexo 5 (fls. 43, verso), obtivemos médias mensais de valores pagos às empresas sistemistas antes e após 06/11/2007 de R\$ 39.995,45 e R\$ 6.375,00 por períodos de 11 e 06 meses (antes) e 08 meses (após), considerando-se o regime de caixa, o que demonstra que a FUNDAE pagou às empresas sistemistas GCPLAN e S3 apenas 15,94% do valor que era anteriormente pago pelos serviços -que teriam sido prestados pelas empresas sistemistas para a execução do PROJOVEM junto As Prefeituras Municipais de Viamão e Gravataí — RS, o que resultou em um percentual de superfaturamento de 84,06%, com um valor total superfaturado de R\$ 275.466,88.

O percentual de superfaturamento médio de 84,06% obtido por essa fiscalização no Anexo 5 (fls. 43, verso) é idêntico ao percentual de superfaturamento médio de 84,08% obtido a partir da Informação Técnica MPE/TCE n o. 0075/2007, elaborada em 17/10/2007 pelo Ministério Público de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, quanto A- subcontratação das empresas sistemistas CARLOS ROSA, NEWMARK, PENSANT e RIO DEL SUR pela FATEC para a execução dos Contratos 34/2003 e 70/2003 com o DETRAN/RS (fls. 538, verso e 539).

Nesse passo, correta a glosa efetuada pela fiscalização em razão da falta de comprovação dos custos de serviços prestados pelas empresas sistemistas no período de 29/11/2005 a 12/06/2008 no âmbito dos Projetos PROJOVEM e DETRAN/RS.

IRRF

Nesse ponto a Recorrente alega que sendo ilegal ou não a contratação dos serviços das empresas sistemistas, fato é que ela firmou os compromissos com o PROJOVEM e com o DETRAN e, apesar de supostos interesses de terceiros, estranhos à prestação dos serviços, a entidade desenvolveu os trabalhos a que se propôs, utilizando o serviço das empresas subcontratadas.

Ressalta que **(i)** não há prova nos autos de que não ocorreu a efetiva prestação dos serviços pela empresas sistemistas, que **(ii)** a prova da efetiva contratação das empresas sistemistas está nos autos, **(iii)** a prova de que os serviços foram efetivamente prestados poderá ser obtida em procedimento pericial. Nada obstante, a DRJ preferiu concluir com base em provas indiciárias e invocando situações fáticas de contratos e operações realizadas pela FATEC que não envolvem a entidade.

Assim, estaria claro que os pagamentos foram realizados às empresas sistemistas em virtude dos serviços contratados e efetivamente prestados, razão pela qual, não se pode admitir o lançamento de IRRF decorrente do suposto pagamento sem causa.

Nesse ponto, merece razão a Recorrente.

Ainda que existam irregularidades nos procedimentos licitatórios, que os pagamentos tenham sido superfaturados e que tenha ocorrido o envolvimento de terceiros com obtenção de vantagens ilícitas, os pagamentos efetuados pela Recorrente às empresas sistemistas, a princípio, são referentes aos serviços contratados.

É certo que a Recorrente não fez provas de que a prestação de serviços efetivamente ocorreu. No entanto, os contratos existem e os pagamentos estão devidamente registrados em sua contabilidade.

Tais serviços são, em resumo, a execução dos serviços dos projetos Projovem e DETRAN/RS, formalizados em contrato que estabelecem as condições para a prestação e especificam os serviços subcontratados, tais como supervisão e auditoria operacional, desenvolvimento de software, gerenciamento de arquivos, gerência de documentos, gestão de recursos humanos, assessoria jurídica, contábil, etc.

Além do que, antes disso, cabia à fiscalização comprovar que a prestação de serviços não existiu, o que não foi feito.

A fiscalização pressupõe, a partir do depoimento de Rubem Höher (fl. 933/934) que os serviços não teriam sido realizados pelas empresas sistemistas, uma vez que a maior parte dos recursos pagos pela Recorrente à tais empresas foi utilizado “quase integralmente” para o pagamento de propinas.

Sobre a fiscalização não ter comprovado a prestação de serviço, narra o relatório fiscal que: “a FUNDAE equivocou-se, uma vez que foi a direção atual da FATEC quem informou em 30/06/2008, em decorrência de ação fiscal iniciada em 25/01/2008, em

cumprimento ao MPF Fiscalização nº. 1010300.2008.00045; que não há documentação que especifique a natureza serviços prestados pelas empresas sistemistas, que a mesma não tem conhecimento de que tenha havido efetiva prestação de serviços mensuráveis ou necessários ou sequer úteis, tendo utilizado nas alegações entregues em 25/08/2008 o termo "serviços de papel" como referência ao escoamento de milhões de reais para o bolso de particulares, mediante condutas penalmente típicas e civilmente ilícitas, portanto, nulas de pleno direito e incapazes de gerar efeitos fiscais contra a Fundação” (fls.941).

Com efeito, entendo que o depoimento de Rubem Höher e a declaração da FATEC não são suficientes para presumir que nenhum serviço foi prestado por nenhuma das empresas sistemistas e que os pagamentos não tinham causa.

E, ainda nesse contexto, entendo que a evidência de superfaturamento, não interfere no fato de que a causa do pagamento está identificada. O fato de o pagamento ter sido superfaturado não implica na desconsideração de sua causa.

Assim, afasto o lançamento de IRRF em sua totalidade.

Da multa qualificada

A Lei nº 9.430/96 determina a qualificação da multa proporcional de ofício, majorando-a de 75% para 150%, nas hipóteses em que a conduta evasiva do contribuinte tenha sido imbuída de sonegação e/ou fraude, remetendo às configurações hipotéticas de ambas as figuras definidas na Lei nº 4.502/64. Os respectivos textos são os seguintes:

Lei nº 9.430/96

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

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; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

(...)

§ 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. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

Lei nº 4.502/64

Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art . 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do impôsto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art . 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.

Como se percebe, o conluio não chega a ser uma terceira hipótese qualificadora autônoma. Para sua configuração como qualificadora, é necessário, portanto, que haja sonegação e/ou fraude orquestradas por meio de ajuste doloso entre duas ou mais pessoas (físicas ou jurídicas).

Destarte, a qualificação da multa proporcional de ofício deve ser feita quando a autoridade fiscal identificar e comprovar a ocorrência de sonegação e/ou fraude. E apenas pode ser considerado sonegação ou fraude, para essa finalidade, aquilo que esteja conforme o preceito estabelecido pelos artigos 71 e 72 da Lei nº 4.502/64.

Assim, para fins de qualificação da multa proporcional de ofício, analisando-se as características textuais das definições empreendidas pelos artigos 71 e 72, temos que a sonegação e a fraude são **condutas (ação ou omissão) dolosas**.

Com isso, para qualificar a multa proporcional de ofício, a autoridade fiscal deve identificar e comprovar a ocorrência da conduta dolosa do sujeito passivo. Noutra palavras, exige-se convicção de que o sujeito passivo cometeu a conduta dolosa de sonegação e/ou fraude, por meio de um conjunto probatório suficiente.

No presente caso, uma vez que **(i)** foi utilizada a estrutura formal da FUNDAE como entidade imune para a prática de atos econômicos destinados a desviar recursos de entidades públicas e repassá-los a terceiros, sem o pagamento de impostos **(ii)** restou demonstrada a prática de superfaturamento; e **(ii)** que os contratos foram firmados com o propósito de desviar recursos do poder público, sem qualquer fundamento econômico ou capacidade para a prestação dos serviços contratados, conjunto probatório suficiente para a comprovação de que a Recorrente agiu efetiva e dolosamente com sonegação e/ou fraude em relação às receitas que cobrava.

Logo, é de se manter a multa qualificada.

Recurso Voluntário dos sujeitos passivos responsabilizados solidariamente com base no artigo 124 do CTN.

Inicialmente, esclareça-se, nesse ponto, que a solidariedade imputada aos senhores Helvio Debus Oliveira Souza, Ipojucan Seffrin Custódio, Rubem Höher e José Antonio Fernandes teve como fundamento, tão somente, o artigo 124, inciso I e parágrafo único do CTN. Assim, não há imputação de responsabilidade com fulcro no artigo 135 do CTN como afirmou a decisão recorrida.

A partir daí, temos que, para a materialização da solidariedade tributária com escopo no artigo 124, I, do CTN, é preciso existir interesse comum entre os obrigados solidários.

A doutrina critica o dispositivo pela vagueza da expressão “interesse comum” e converge no entendimento de que essa norma exclui do seu âmbito de incidência as hipóteses de negócios jurídicos em que os interesses são contrapostos, tais como a compra e venda, etc.

Assim, a maioria dos autores entende que o interesse comum é fator decorrente da conduta lícita de ser co-partícipe da realização do fato gerador tributário; ou seja, a solidariedade tributária fundada no art. 124, I do CTN só seria possível entre sujeitos que figurem no mesmo pólo da relação obrigacional.

Nesse contexto, o dispositivo deverá ser aplicado aos casos em que o mesmo fato gerador é realizado conjuntamente por mais de uma pessoa. Havendo mais de uma pessoa enquadrada na definição legal de contribuinte (art. 121, parágrafo único, I), determina o art. 124, I que sejam eles solidariamente obrigados pela dívida tributária, independentemente de disposição expressa de lei.

Também importa ressaltar que, esse interesse comum deve ser entendido como um interesse jurídico, não sendo relevantes para gerar a solidariedade tributária os interesses de ordem econômica, moral ou social.

Em suma, esse interesse comum, entendido como interesse jurídico, se caracteriza pela existência de direitos e deveres iguais entre pessoas que ocupam o mesmo pólo da relação jurídica que consistiu o fato gerador do tributo.

Vale citar a doutrina de Paulo de Barros Carvalho, corroborando o que foi dito até aqui:

(...) o interesse comum dos participantes no acontecimento factual não representa um dado satisfatório para a definição do vínculo da solidariedade. Em nenhuma dessas circunstâncias cogitou o legislador desse elo que aproxima os participantes do fato, o que ratifica a precariedade do método preconizado pelo inc. I do art. 124 do Código. Vale, sim, para situações em que não haja bilateralidade no seio do fato tributado, como, por exemplo, na incidência do IPTU, em que duas ou mais pessoas são proprietárias do mesmo imóvel. Tratando-se, porém, de ocorrências em que o fato se consubstancie pela presença de pessoas, em posições contrapostas, com objetivos antagônicos, a solidariedade vai instalar-se entre os sujeitos que estiverem no mesmo pólo da relação, se e somente se for esse o lado escolhido pela lei para receber o impacto jurídico da exação. É o que se dá no imposto de transmissão de imóveis, quando dois ou mais são os compradores; no ICMS, sempre que dois ou mais forem os comerciantes vendedores; no ISS, toda vez que dois ou mais sujeitos prestarem um único serviço ao mesmo tomador. (CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário Ed. Saraiva, 8ª edição, 1996, p. 220)

Nesse contexto, o interesse financeiro de um terceiro em relação à prática de um fato gerador tributário por parte da pessoa jurídica não faz dele um obrigado solidário pelos tributos.

A prática de atos jurídicos que são também fatos geradores de tributos interessam apenas economicamente aos sócios-administradores das pessoas jurídicas e, não havendo interesse jurídico, não deve haver a imputação de responsabilidade solidária.

Com efeito, no caso dos autos, os sujeitos passivos responsabilizados solidariamente não podem ser caracterizados como realizadores do fato gerador tributário, visto que eles não possuem interesse jurídico no fato gerador.

Nesse contexto, o crédito tributário poderá ser exigido apenas dos sócios e administradores que tiverem praticado atos com excesso de poderes, infração de lei, contrato social ou estatutos, nos termos do artigo 135, III do CTN.

Incorreta, portanto, a solidariedade passiva estendida a tais pessoas físicas, com base no art. 124, I do CTN. A responsabilidade de tais pessoas pelas consequências dos atos apurados na operação Rodin devem ser apuradas na Ação Penal Pública nº. 2007.71.02.007872-8, uma vez que desinteressantes ao presente lançamento fiscal.

Finalmente, as considerações e resultados aplicáveis ao IRPJ aplicam-se aos demais tributos no que for pertinente.

Conclusão

Em razão do exposto, voto pela procedência parcial do recurso apresentado pela contribuinte pessoa jurídica e pela procedência total dos recursos apresentados pelos sujeitos passivos solidários.

(assinado digitalmente)
Carlos Pelá, relator

Voto Vencedor

Conselheiro Frederico Augusto Gomes de Alencar, Redator designado

Com a devida vênia, ousou discordar do i. Conselheiro relator quanto ao lançamento consubstanciado no auto de infração de IRRF.

Resume-se a lide.

Alega a Recorrente ter firmado os compromissos com o PROJOVEM e com o DETRAN e que efetivamente desenvolveu os trabalhos a que se propôs, utilizando o serviço das empresas subcontratadas.

Ressalta que não há prova nos autos de que não ocorreu a efetiva prestação dos serviços pela empresas sistemistas e que a DRJ preferiu concluir com base em provas indiciárias pela manutenção do lançamento.

Entende restar claro que os pagamentos foram realizados às empresas sistemistas em virtude dos serviços contratados e efetivamente prestados, pelo que conclui por inadmissível o lançamento de IRRF decorrente do suposto pagamento sem causa.

Da análise dos autos é possível afirmar que, em que pesem a existência dos contratos e dos registros dos pagamentos em sua contabilidade, a Recorrente não fez provas de que a prestação de serviços efetivamente ocorreu.

Ademais, não há como se exigir prova negativa, isto é, de que inexistente a efetiva prestação de serviços, por parte do fisco.

Entendo, nesse sentido, que a fiscalização bem andou ao considerar comprovada a inexistência da prestação dos serviços com base em um feixe consistente de provas indiciárias.

Sobre o tema, a decisão recorrida colaciona farta doutrina e jurisprudência, destacando-se o vencedor do acórdão nº CSRF/0102.743, da Câmara Superior de Recursos Fiscais, que toma por base a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*.

Indícios de omissão de receitas é que não faltam. A propósito, como relembra o preclaro mestre Hely Lopes Meirelles, o Egrégio Supremo Tribunal Federal já decidiu que “indícios vários e concordantes são prova”, com o que, de plano, este relator poderia dar o assunto por encerrado. (STF, RTJ 52/140 apud Hely Lopes Meirelles in Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo, Malheiros, 22ª ed., 1997, p. 97.)

Nesse sentido, concordo com o decidido no aresto atacado de que “o fato de as provas para a constatação de que houve pagamento sem causa aos sistemistas fundarem-se em presunções ou indícios não geraria qualquer problema”, já que tais indícios, ou fatos conhecidos, são as bases para caracterização da prova.

Bastaria à fiscalização, portanto, demonstrar de forma inequívoca os fatos ocorridos, bem como a seriedade e consistência do vínculo com a infração.

Tudo isso foi feito. Veja-se, a seguir, excertos da análise da execução dos contratos com o Detran/RS e do Projovem, levado a efeito na decisão recorrida.

5.2.1 Execução do contrato com o Detran/RS

O contrato celebrado com o Detran/RS registra como objeto a aplicação dos exames teóricos e práticos necessários à obtenção da carteira nacional de habilitação para condução de veículos automotores (fls. 125/133).

O contrato com Detran/RS adquire relevo no campo tributário relativamente aos elementos fáticos que demonstram o descumprimento das condições legais para o gozo da imunidade tributária, para a verificação da incidência do imposto de renda na fonte sobre os valores transferidos às sistemistas e eventual fraude tributária cometida.

Os pagamentos sem causa na execução do contrato com o Detran/RS são demonstrados cabalmente nas planilhas elaboradas pela DRF Santa Maria, comparando os custos dos serviços prestados por terceiros antes e depois de deflagrada a operação Rodin, cujo marco ocorreu em 6/11/07 (fls. 38/40). A significativa redução nos custos dos serviços prestados evidencia o superfaturamento praticado com as sistemistas na ordem de 91,47%.

A prova da existência do superfaturamento passa também por todo um contexto de participação irregular da Fundae em dispensa de licitação do Detran/RS, conforme os critérios estabelecidos pelos tribunais de conta, principais órgãos de controle das contas estatais e responsáveis pelas diretrizes e orientações quanto à contratação pública.

O Tribunal de Contas da União já assentou jurisprudência no sentido de que a dispensa de licitação exige, dentre outros requisitos, que a contratada seja capaz de executar o objeto contratual com estrutura própria e de acordo com sua competência e que os objetos licitados relacionem-se claramente com a natureza e os objetivos da instituição. Eis alguns excertos de decisões nesse sentido:

[...]

Evidencia-se, pois, a irregularidade da participação da Fundae na dispensa do processo licitatório do Detran/RS.

Antes mesmo de assinado o contrato com o Detran/RS, a Fundae formalizou contratos com as empresas sistemistas, prevendo terceirização de serviços. Tal procedimento é incompatível com a dispensa da licitação.

[...]

A fundação sustenta que a irregularidade em processo licitatório e as questões envolvendo a cessão de mão de obra ou valores dos serviços prestados seriam de apreciação da esfera judicial e não poderiam afetar a imunidade tributária. Engana-se. Essas ocorrências foram suficientemente demonstradas no processo, como depoimentos à Polícia Federal, escutas telefônicas autorizadas judicialmente e entrevistas concedidas à imprensa. Todo esse conjunto compõe a prova indiciária da utilização da entidade para fins diversos daqueles previstos para titular de imunidade

tributária, inclusive propiciando distribuição irregular de rendas próprias ou aplicação de recursos em fins diversos dos estabelecidos estatutariamente.

Há evidências suficientes no processo para se concluir que os serviços prestados pelos sistemistas não ocorreram de fato ou, se ocorreram, geraram resultados pífios e desconexos com os preços praticados. Não houve comprovação de sua efetividade.

O esquema da participação de sistemistas no contrato da Fatec com o Detran/RS se repete na execução do contrato da Fundae com o mesmo órgão público, sendo, inclusive, coincidentes vários agentes. A semelhança da sistemática permite que sejam estendidas à operação da Fundae as constatações registradas nas informações técnicas do Ministério Público de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, ao detalhar sobre os relatórios de serviços de quatro sistemistas no contrato da Fatec, revelando que os acordos produziram remunerações irreais, abusivas e desproporcionais e demonstrando que (fls. 530/536):

- o contrato da Fatec com a Pensant Consultores previa a prestação de serviços técnicos de supervisão e gerência das obrigações decorrentes do contrato firmado entre o Detran/RS e a Fatec, mas os relatórios mensais do fornecimento dos serviços, que consistiam basicamente em reprodução das informações contidas nos relatórios de outros sistemistas e da equipe da Fatec responsável pela aplicação dos exames, sequer correspondiam efetivamente ao objeto contratual; sequer foram utilizados como ferramentas de apoio à gestão (fls. 531/533);
- o contrato da Fatec com a Carlos Rosa Advogados previa a prestação de consultoria jurídica nas relações decorrentes do contrato firmado entre o Detran/RS e a Fatec; entretanto, os relatórios dos serviços e atividades prestados praticamente não tinham respaldo em documentação (fls. 535/536);
- o contrato da Fatec com a Rio del Sur – Auditoria e Consultoria previa a prestação de auditoria das obrigações e procedimentos decorrentes do contrato firmado entre o Detran/RS e a Fatec revelou remuneração elevadíssima considerando que consistia basicamente em serviços contábeis (fls. 530/531);
- o contrato da Fatec com a Newmark – Tecnologia da Informação, Logística e Marketing previa a prestação de serviços técnicos especializados de apoio às atividades de inteligência no âmbito dos o objetivo de obter e analisar informações para garantir integridade e segurança no desenvolvimento dos trabalhos de aplicação de provas práticas para a obtenção da Carteira Nacional de Habilitação para condução de veículos automotores no Estado do Rio Grande do Sul de acordo com o contrato firmado entre o Detran/RS e a Fatec; inexplicavelmente sequer previa a periodicidade da realização dos trabalhos, que ficavam a critério exclusivo da prestadora (fls. 533/535).

As mesmas informações do Ministério Público de Contas comentam que a Pensant questionou os serviços das outras três sistemistas em seus relatórios (fl. 532).

Registrou a insuficiência de informações prestadas pela Carlos Rosa Advogados, concernentes aos meses de jan/07 a mar/07, e propôs a requisição de novo relatório, com as atividades efetivamente desenvolvidas e acompanhado da documentação comprobatória. Afirmou também que em determinado período não houve o cumprimento integral dos objetos relativos aos contratos da Rio del Sur e da Newmark, recomendando a retenção integral do valores a serem pagos.

Do exposto, conclui-se pela existência de pagamentos sem causa às empresas sistemistas em razão da execução do contrato com o Detran/RS, no ano-calendário 2007.

5.2.2 Execução do contrato do Projovem

O Programa Nacional de Inclusão de Jovens (Projovem) é financiado por recursos do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação e tem por objetivo promover a formação básica, a qualificação profissional e o envolvimento em ação comunitária de jovens com idade de 18 a 24 anos, com foco na elevação da escolaridade (fls. 364/375). A Fundae foi contratada pelas prefeituras municipais de Porto Alegre, Viamão e Gravataí para a execução do Projovem no âmbito de seus municípios.

A impugnante alega que não haveria provas do superfaturamento na execução do Projovem. Sugere falta de base legal quanto aos critérios utilizados para quantificar o superfaturamento, dizendo, inclusive, que os custos do Projovem de Porto Alegre não poderiam ser comparados com os de Gravataí e Viamão, pois aqueles representariam volume de trabalho inferior aos destes. Sustenta que teria reduzido o volume dos serviços no período posterior ao início da operação Rodin, podendo ter obtido custos menores em vista da desmobilização decorrente do final próximo dos contratos.

O comparativo dos custos dos serviços prestados por terceiros antes e depois de deflagrada a operação Rodin, baseado nos dados contábeis, é a prova básica dos pagamentos sem causa. Os valores estão demonstrados em planilhas elaboradas pela DRF Santa Maria (fls. 41/43). A significativa redução nos custos dos serviços prestados evidencia o superfaturamento praticado na ordem de 84,06%.

Há muitas coincidências entre a prestação de serviços ao Detran/ RS e a prestação para o Projovem, as quais constituem indícios do superfaturamento no Projovem assim como se revelaram na execução do contrato com o Detran/RS. Destacam-se entre elas: a associação do mesmo time de sistemistas, a participação dos mesmos lobistas e a surpreendente redução dos custos depois de deflagrada a operação Rodin.

A legislação não estabelece um método para quantificar superfaturamento.

O critério utilizado pelos autuantes seguiu o padrão adotado para o caso do Detran/RS. É razoável e adota ponderações lógicas e racionais.

A DRF Santa Maria utilizou somente os dados do Projovem de Viamão e Gravataí para indicar o índice de superfaturamento no Projovem uma vez que não foi possível efetuar comparação entre os pagamentos de subcontratação anteriores e posteriores ao advento da operação Rodin no caso do Projovem de Porto Alegre – o contrato encerrou antes. O percentual utilizado supriu a lacuna e sua utilização é sensata. Parece, inclusive, mais benéfica à contribuinte, como se vê a seguir.

A tabela que demonstra a relação entre as despesas com subcontratação e o faturamento da Fundae no Projovem (anexo 4, fl. 43) evidencia uma média mensal de receitas próxima a R\$ 842 mil no Projovem de Porto Alegre (considerando 2 meses em 2005, 12 em 2006 e 10 em 2007), enquanto a média mensal das despesas com as sistemistas aproxima-se de R\$ 195 mil (23%). Já o faturamento médio mensal no Projovem de Viamão (R\$ 100 mil) e Gravataí (R\$ 106 mil) alcança R\$ 206 mil e as despesas com as sistemistas até o início da operação Rodin, R\$ 34 mil (17%). Contata-se que os percentuais de desembolso para os sistemistas em relação ao total faturado no Projovem Porto Alegre é maior que o dos demais.

Nesse sentido, até seria racional supor-se que o superfaturamento no Projovem de Porto Alegre seria maior.

Percebe-se também que, para a execução do Projovem de Porto Alegre, participa um número maior de sistemistas: dez empresas, sendo quase todas citadas na ação penal como beneficiárias dos desvios no Detran/RS (fls. 41/42). Já no caso do Projovem de Viamão e Gravataí, enquanto quatro terceirizadas teriam supostamente produzido serviços antes do início da operação Rodin, apenas duas terceirizadas teriam sido capazes de executar a mesma espécie de serviços depois. Aqui mais um indício de que o superfaturamento de Porto Alegre pudesse ser maior.

Segundo o brocardo jurídico de que os pactos devem ser respeitados (“pacta sunt servanda”), não faz sentido a alegação da contribuinte de que a redução do volume de serviços foi motivada pela redução dos custos no Projovem após o advento da operação Rodin, já que os acordos com as prefeituras de Viamão e Gravataí ainda estavam pendentes e deveriam ser cumpridos conforme o estabelecido. A desmobilização não poderia ser o motivo para renegociação dos valores.

Conclui-se pela existência de pagamentos sem causa às empresas sistemistas, vinculados à execução do Projovem de Porto Alegre, Viamão e Gravataí, nos anos-calendários 2005 a 2008.

(destaquei.).

De todo o exposto, nego provimento ao recurso voluntário também quanto a esse tópico, relativo ao lançamento de IRRF, o qual mantenho na íntegra.

(assinado digitalmente)

Conselheiro Frederico Augusto Gomes de Alencar, Redator designado