



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

Processo n° 11060.002877/2008-11
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1201-001.290 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de janeiro de 2016
Matéria IRPJ E REFLEXOS. SUSPENSÃO DA ISENÇÃO E LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO.
Recorrente FUNDAÇÃO DE APOIO À TECNOLOGIA E CIÊNCIA - FATEC E OUTROS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2003, 2004, 2005, 2006, 2007

DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO.

Caracterizada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, a contagem do prazo decadencial rege-se pelo art. 173, inciso I, do CTN. (Súmula CARF no 72)

FUNDAÇÕES. SUJEIÇÃO PASSIVA. RESPONSABILIDADE.

As fundações podem ser sujeitos passivos de obrigações tributárias, e respondem por exigências tributárias decorrentes de atos praticados pelos seus administradores, prepostos e empregados, no exercício de suas funções. A eventual responsabilização solidária desses agentes não afasta a contribuinte do polo passivo da relação jurídica tributária.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ATOS PRATICADOS COM INFRAÇÃO À LEI. DOLO. BENEFÍCIO ECONÔMICO.

São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei os mandatários, prepostos e empregados e os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, respondendo solidariamente com o contribuinte pelo crédito tributário lançado. A responsabilidade das referidas pessoas é subjetiva e decorre da prática de ato ilícito e da caracterização do dolo, as quais devem ser provadas pelo Fisco. Afasta-se a imputação de responsabilidade à pessoa cuja participação dolosa nos atos ilícitos, assim como o suposto benefício econômico direto advindo daqueles atos, não restaram comprovados.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2003, 2004, 2005, 2006, 2007

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. INCORREÇÕES. NULIDADE. INEXISTÊNCIA.

O Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) constitui mero instrumento de controle administrativo, de sorte que eventuais incorreções neste instrumento, ou até mesmo a sua inexistência, não caracterizam vícios insanáveis. O ato administrativo de lançamento é plenamente vinculado e obrigatório por parte da autoridade fiscal, sob pena de responsabilidade funcional. No caso, o MPF sequer continha qualquer incorreção, tendo sido regularmente prorrogado, nos termos das normas infralegais de regência.

NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. FALTA DE PARTICIPAÇÃO DOS RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIOS NO PROCEDIMENTO FISCAL E NA SUSPENSÃO DA ISENÇÃO.

Somente o contribuinte é parte legítima para contestar o ato declaratório que suspendeu o benefício fiscal de isenção tributária. Nos termos da legislação processual tributária, a garantia do contraditório, para os responsáveis tributários, se inicia somente com a apresentação da impugnação tempestiva ao lançamento do qual tenha sido regularmente cientificado.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2003, 2004, 2005, 2006, 2007

ISENÇÃO. SUSPENSÃO. RETROATIVIDADE. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURÍDICO QUANTO À ISENÇÃO.

É legítima a suspensão da isenção de IRPJ e CSLL quando caracterizado que a entidade aplicou recursos em atividades diversas da manutenção e desenvolvimento de seus objetivos institucionais, prestou serviços dissociados das finalidades para as quais foi instituída, e, ainda, remunerou dirigentes por serviços prestados. O ato declaratório que suspende a isenção tem eficácia meramente declaratória, e não constitutiva, e possui expressa previsão legal, de modo que sua expedição não representa alteração de “critério jurídico adotado pela autoridade administrativa no exercício do lançamento”.

ISENÇÃO. SUSPENSÃO. COMPETÊNCIA DA RECEITA FEDERAL. NULIDADE. INEXISTÊNCIA.

O delegado da Receita Federal do Brasil que tem jurisdição sobre o domicílio do contribuinte é competente para suspender isenção tributária de IRPJ e CSLL.

LUCRO PRESUMIDO E LUCRO ARBITRADO. BASE DE CÁLCULO. RECEITA BRUTA.

No lucro presumido e arbitrado, a base de cálculo do IRPJ e da CSLL é apurada mediante a aplicação de percentuais sobre a receita bruta auferida. O preço dos serviços prestados corresponde ao montante da responsabilidade contratualmente assumida.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. PIS E COFINS.

No lucro presumido e arbitrado, as contribuições para o PIS e a COFINS são apuradas na forma cumulativa. Na ausência de argumentos específicos, aplica-se a esses tributos o quanto decidido com relação ao IRPJ.

IMPOSTO DE RENDA NA FONTE. PAGAMENTO SEM CAUSA.

Sujeita-se à incidência do Imposto de Renda, exclusivamente na fonte, o pagamento efetuado por pessoa jurídica a terceiros, quando não for comprovada a operação ou a sua causa.

JUROS E MULTA ISOLADOS - FALTA DE RETENÇÃO E PAGAMENTO DO IRRF SOBRE BOLSAS

A falta de retenção e recolhimento, pela fonte pagadora, do IRRF que tiver a natureza de antecipação do devido, quando constatada após a data fixada para a entrega da declaração de ajuste anual, no caso de beneficiário pessoa física, enseja a cobrança, da fonte pagadora, de multa isolada e de juros isolados, calculados desde a data prevista para o recolhimento do imposto que deveria ter sido retido, até a data fixada para a entrega da declaração de ajuste anual. No caso, as bolsas de estudo não eram isentas porque demonstrado pela fiscalização que configuravam contraprestação por serviços prestados ou, ainda, produziam resultados econômicos quer para o “doador direto” (a fundação), quer para o “doador indireto” (financiador dos recursos e tomador dos serviços contratados à fundação). Afasta-se a cobrança dos consectários no caso de decisão judicial transitada em julgado que reconheça a isenção de determinada bolsa auferida.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

Nos casos de evidente intuito de fraude, definido 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, será aplicada à multa de ofício de 150%. No caso, restou demonstrado que a fundação, valendo-se de sua condição de entidade isenta, contratou irregularmente (com burla à legislação que prevê a dispensa de licitação) com entidades públicas para a prestação de serviços comuns, em completo desvirtuamento das finalidades e objetivos institucionais que justificariam a própria concessão de isenção, efetuando ainda o pagamento de vultosos valores a terceiras empresas por serviços que não foram prestados, de modo a possibilitar o ilegal desvio de dinheiro público.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em DAR PARCIAL provimento ao recurso voluntário para: (i) cancelar os lançamentos relativos à cobrança de juros e multa isolados relativos à falta de retenção do IRRF sobre as bolsas pagas às pessoas de Melania de Melo Casarin e de Andre Krusser Dalmazzo; (ii) cancelar a imputação fiscal de responsabilidade solidária em nome de Ronaldo Etchechury Morales.

Documento assinado digitalmente.

Marcelo Cuba Netto - Presidente.

Documento assinado digitalmente.

João Otávio Oppermann Thomé - Relator.

Participaram do julgamento os Conselheiros: Marcelo Cuba Netto, João Otávio Oppermann Thomé, Luis Fabiano Alves Penteadó, Roberto Caparroz de Almeida, João Carlos de Figueiredo Neto e Ester Marques Lins de Sousa.

Relatório

Trata-se de recursos voluntários interpostos pelo contribuinte em epígrafe e pelos responsáveis solidários pelo crédito tributário, conforme a seguir se especificará, contra acórdão proferido pela 5ª Turma de Julgamento da DRJ/Porto Alegre-RS, que, por unanimidade de votos, afastou as preliminares de nulidade da decisão que suspendeu a isenção de IRPJ e CSLL no período de 2003 a 2007, indeferiu a impugnação contra a mesma decisão, indeferiu as solicitações de perícia e diligências, afastou as preliminares e julgou improcedentes as impugnações apresentadas, mantendo integralmente os créditos tributários exigidos, bem como a responsabilidade solidária dos sujeitos passivos elencados pela fiscalização.

O caso foi assim relatado pela instância *a quo*:

“Esta decisão analisará as *impugnações* apresentadas *pela interessada a ato declaratório de suspensão de isenção tributária* (fls. 1393 e 1398/1415) e a *autos de infração* de Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), Contribuição para o PIS/Pasep (PIS), Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF) e de multa e juros isolados por falta de retenção de IRRF (fls. 2830/3060). Julga também as *impugnações às sujeições passivas solidárias* imputadas a *Ronaldo Etchechury Morales, Luiz Carlos de Pellegrini e Silvestre Selhorst* (fls. 4061/4083, 4097/4123 e 4288/4407), ocupantes dos seguintes cargos na contribuinte: o primeiro, diretor-presidente, no período de 1/1/03 a 21/1/04; o segundo, diretor financeiro, de 4/1/06 a 26/5/06, e diretor-presidente, de 26/5/06 a 20/12/07; e o terceiro, secretário executivo, de 1/1/03 a 12/12/07.

A isenção tributária objeto da suspensão está prevista no art. 15 da Lei 9.532/97. É direcionada às instituições de caráter filantrópico, recreativo, cultural e científico e para as associações civis que prestem os serviços para os quais houverem sido instituídas e os coloquem à disposição do grupo de pessoas a que se destinam, sem fins lucrativos. É exclusiva para IRPJ e CSLL (Lei 9.532/97, art. 15, § 1º).

A exigência dos autos de infração é a seguinte:

[...segue demonstrativo dos valores lançados, totalizando R\$165.730.332,52]

O 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, como posteriormente designada) e a Fundação Educacional e Cultural para o Desenvolvimento e o Aperfeiçoamento da Educação e da Cultura (Fundae). Segundo consta, o Detran/RS contratava as fundações, mediante dispensa de licitação, supostamente amparado no art. 24, XIII, da Lei 8.666/93 e no artigo 1º da Lei 8.958/94, ora transcritos:

Lei 8.666/93:

Art. 24. É dispensável a licitação:

XIII — na contratação de instituição nacional sem fins lucrativos, incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, científico ou tecnológico, desde que a pretensa contratada detenha inquestionável reputação ético profissional;

Lei 8.958/94:

Art. 1º As instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica poderão contratar, nos termos do inciso XIII do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e por prazo determinado, instituições criadas com a finalidade de dar apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de interesse das instituições federais contratantes.

A fiscalização entendeu que a contratação da Fatec pelo Detran/RS teria ocorrido com burla à legislação (fl. 2536):

A dispensa de licitação promovida pelo artigo 1º da Lei nº. 8.958/94, nos termos do artigo 24, inciso XIII da Lei n.º. 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 precipitas 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, urna 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 2007.71.02.007872-8, promovida junto à 3ª Vara da Justiça Federal de Santa Maria (fls. 2806/2869) —, a Fatec subcontratava com terceiros a realização de diversas atividades, a quem repassava expressiva parcela da remuneração recebida, em contrapartida de serviços reputados como píftios, 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 elas:

1. *Carlos Rosa Advogados Associados;*
2. *Newmark Tecnologia da Informação, Logística e Marketing Ltda.;*
3. *Pensant Consultores Ltda.;*
4. *Rio del Sur Auditoria & Consultoria Ltda.;*
5. *Doctus Consultores Ltda.;*
6. *Geplan/Getplan — Gestão, Capacitação e Planejamento Ltda.;*
7. *Hoher & Ciocari Advogados S/S;*
8. *IGPL — Inteligência Em Gestão Pública Ltda.;*
9. *Laboratório Nacional de Perícias Documentoscópicas Oto Rodrigues Lida;*
10. *Nachtigall Luz Advogados Associados; e*
11. *Pakt Excelência Em Projetos SIS Ltda.*

Em 24/7/08, a fiscalização da DRF Santa Maria expediu termo de notificação fiscal e relatório de fiscalização (fls. 01/37), por meio dos quais descreveu as irregularidades praticadas pela contribuinte que ensejariam suspensão do benefício de isenção fiscal de IRPJ e CSLL nos períodos relativos de 2003 a 2007. As regras básicas da legislação e as infrações apontadas são consolidadas no quadro seguinte:

Dispositivo legal	Infração (modo de operação)
- Lei 9.532/97	
Art. 12. Para efeito do disposto no art. 150, inciso VI, alínea c, da Constituição, 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 às atividades do Estado, sem fins lucrativos.	
§ 2º Para o gozo da imunidade, as instituições a que se refere este artigo, estão obrigadas a atender aos seguintes requisitos:	
a) não remunerar, por qualquer forma, seus dirigentes pelos serviços prestados;	- Remuneração de diretores administrativos mediante pagamento de bolsas de pesquisas e/ou estudos, diretamente ou por meio de empresa da qual um dos diretores era sócio, em condições de favorecimento e com distribuição disfarçada de lucros.
b) aplicar integralmente seus recursos na manutenção e desenvolvimento dos seus objetivos sociais;	- Remuneração indireta ao dirigente de fato José Fernandes, que era sócio de direito da sistemistas Pensant e sócio de fato das sistemistas IGPL, Getplan e Nachtigall.
c) manter escrituração completa de suas receitas e despesas em livros revestidos das formalidades que assegurem a respectiva exatidão;	- Não comprovação da causa de pagamentos efetuados a empresas subcontratadas em diversos projetos (no caso do Detran/RS, o desvio representou 40% dos valores recebidos), em desconformidade com os fins da entidade.
	- Contabilização de notas fiscais "frias", não confeccionadas para demonstrar os serviços efetivamente prestados, mas para registrar a parcela que cabia a cada empresa em relação aos 40% do faturamento com o Projeto Detran ou "pagamentos extras" a empresas.
	- Contabilização de bolsas de pesquisa como isentas de imposto de renda e contribuição previdenciária quando sabidamente não o seriam, cooperando para que terceiros praticassem ilícitos fiscais.

Art. 15. Consideram-se isentas as instituições de caráter filantrópico, recreativo, cultural e científico e as associações civis que prestem os serviços para os quais houverem sido instituídas e os coloquem à disposição do grupo de pessoas a que se destinam, sem fins lucrativos.

- Prática de atividades de natureza econômico-financeira dissociadas do objeto social da fundação, que é o desenvolvimento da tecnologia, das ciências e das artes, conforme disposto no art. 2º do seu estatuto.

§ 1º A isenção a que se refere este artigo aplica-se, exclusivamente, em relação ao imposto de renda da pessoa jurídica e à contribuição social sobre o lucro líquido, observado o disposto no parágrafo subsequente.

§ 2º Não estão abrangidos pela isenção do imposto de renda os rendimentos e ganhos de capital auferidos em aplicações financeiras de renda fixa ou de renda variável.

§ 3º As instituições isentas aplicam-se as disposições do art. 12, alínea a e e § 3º e dos arts. 13 e 14.

Lei 9.430/96

Art. 32. A suspensão da imunidade tributária, em virtude de falta de observância de requisitos legais, deve ser procedida de conformidade com o disposto neste artigo.

§ 1º Constatado que entidade beneficiária de imunidade de tributos federais de que trata a alínea c do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal não está observando requisito ou condição previsto nos arts. 9º, § 1º, e 14 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, a fiscalização tributária expedirá notificação fiscal, na qual relatará os fatos que determinam a suspensão do benefício, indicando inclusive a data da ocorrência da infração.

§ 10. Os procedimentos estabelecidos neste artigo 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.

Na sequência, em 25/8/08, em oportunidade prevista para apresentação de alegações e provas, nos termos do art. 32, § 2º, da Lei 9.430/96 (fls. 1315/1338), a fundação se defendeu. Eis o resumo de seus argumentos:

a) é nulo o ato fiscalizatório que motiva a suspensão da isenção já que o mandado de procedimento fiscal (MPF) não estipula lapso temporal para sua validade;

b) é nula a utilização de documentos cujo acesso não foi permitido à interessada;

c) inexistente legislação substantiva que permita a suspensão do benefício de isenção fiscal a que a fundação faz jus;

d) ausência de portaria atribuindo competência à autoridade que determinou a suspensão da isenção;

e) prejudicialidade externa: a suspensão da isenção somente poderia ser apreciada após a solução de três processos de matéria previdenciária, pendentes de decisão administrativa, e de controvérsias judiciais, eis que há provas e matéria de fato envolvidas que estão sendo discutidas nessas searas;

f) a Fatec é vítima e não pode ser responsabilizada pelos atos ilegais, abusivos e contra seus próprios interesses, praticados por gestores e prepostos, mancomunados com terceiros, pois haveria que se considerar a condição jurídica especial das fundações, a inexistência de dispositivo legal que lhe atribua responsabilidade e a nulidade ou anulabilidade dos atos referidos, por conterem vício de consentimento ou fraude criminal – a responsabilidade é exclusiva dos infratores, sem qualquer solidariedade da fundação;

g) os pagamentos diretos ou indiretos realizados a diretores administrativos não decorreram da atividade diretiva, mas de bolsas de estudo e pesquisa ou do trabalho para desenvolvimento de *softwares*;

h) José Fernandes nunca teve competência para obrigar a fundação perante terceiros, ainda que eventualmente tivesse poderes administrativos na gestão de um dos projetos, o *Trabalhando pela Vida*, ao qual vinculou-se o acordo com o Detran/RS;

i) as fundações não têm *objetivos sociais*; por isso não se aplica à Fatec a prescrição do art. 12, § 2º b, da Lei 9.532/97;

j) o caput do art. 15 da Lei 9.532/97 não exclui a possibilidade da isenção para entidades que, além de prestarem serviços sem fins lucrativos para os quais foram constituídas, realizem outros, ainda que rendosos (rendoso é diferente de lucrativo — as fundações não tem objetivo de lucro, pois não têm sócios a remunerar);

k) a Fatec não terceirizou a prestação de serviços ao Detran/RS, o que foi terceirizado aos sistemistas — sem a responsabilidade da Fatec — era uma parte do resultado financeiro;

l) a fraude que lesou a fundação em razão do contrato com o Detran/RS não tem o condão de contaminar a validade desse instrumento;

m) se pagamentos sem causa houve, é porque foram realizados mediante fraude contra a interessada, que foi vítima;

n) não há provas de que a interessada tenha aplicado seus recursos, por ato válido, em atividades que não fossem relacionadas aos seus fins, salvo quanto a atividades-meios efetuadas para aumentar seus recursos — o que é lícito;

o) a fundação cumpriu a exigência de manter a escrituração completa de suas receitas e despesas em livros fiscais revestidos das formalidades que assegurem a respectiva exatidão pois até mesmo a fraude foi adequadamente contabilizada;

p) a concessão de bolsas de ensino, pesquisa, extensão e inovação tecnológica, ainda que o estudo desenvolvido venha a irradiar efeitos práticos em benefício da Fatec ou de seus tomadores de serviços não constitui remuneração tributável; os casos das bolsas ilegais ou fraudulentas não podem gerar efeitos fiscais sobre a interessada.

Os fatos e as alegações contidos no processo foram analisados pelo Parecer DRF/STM/Saort 1046, de 29/9/08 (fls. 1381/1397). Inicialmente, foram afastadas as questões preliminares, sendo consignada a regularidade do procedimento fiscal no que se refere ao MPF e suas prorrogações, à aplicabilidade da legislação invocada e à inexistência de prejudicialidade externa. Relativamente às exceções indiretas de mérito, o parecer ressaltou a existência de responsabilidade da Fatec, uma vez que era contribuinte e porque efetivamente beneficiou-se do contrato com o Detran/RS. No mérito, não foram acatadas as alegações da fundação, salvo quanto à questão da remuneração indireta a dirigente de fato, entendendo inexistirem provas suficientes para tal constatação. Diante do analisado, os pareceristas opinaram pela suspensão da isenção do IRPJ e da CSLL.

Em 30/9/08, o Delegado da Receita Federal em Santa Maria expediu o Ato Declaratório Executivo DRF/STM 25, suspendendo o benefício da isenção tributária de IRPJ e CSLL da Fatec, relativamente ao período de jan/2003 a dez/2007, conforme o art. 32, § 3º, da Lei 9.430/96 (fl. 1393).

O ato declaratório foi cientificado à contribuinte em 3/10/08 (fl. 1394), sendo a respectiva impugnação apresentada em 24/10/08 (fls. 1398/1415). Neste documento, a contribuinte reforça as teses anteriormente apresentadas, acrescentando:

a) inexistência de legislação que embase a suspensão da imunidade: o STF suspendeu a vigência do art. 14 da Lei 9.532/97 e, com isso, impossibilitou a aplicação da norma processual regulamentadora da suspensão, conferida pelo art. 32 da Lei 9.430/96;

b) validade do contrato com o Detran/RS: a contratação está de acordo com a legislação, inclusive conforme apreciação do Poder Judiciário; toda a renda que a fundação recebe não é revertida para o enriquecimento de seus diretores, mas para o investimento em projetos que visem ao bem-estar da sociedade; o Estado do Rio Grande do Sul manifestou-se pela validade e legalidade do contrato;

c) inexistência de desvirtuamento do objetivo da fundação: o contrato com o Detran/RS possui vínculos com atividades regulares da fundação, gerando renda inclusive para outros projetos desenvolvidos em benefício à comunidade;

d) não houve responsabilidade da fundação (*culpa in vigilando e in eligendo*): o princípio constitucional da presunção da inocência impede falar-se em culpa antes do trânsito em julgado da ação de improbidade administrativa, que corre na 3ª Vara da Justiça Federal de Santa Maria; a Fatec sequer é ré no processo, atua como colaboradora na coleta de provas e peticionou para ser assistente da condenação; as fundações são entes abstratos, ficções jurídicas; os diretores da Fatec não foram escolhidos por ela, mas pelo conselho da fundação e as pessoas envolvidas com o projeto Detran/RS foram indicadas pelo coordenador do projeto;

e) remuneração aos diretores: bolsas de estudo e pesquisa consistem em doação civil, com caráter de incentivo e não de remuneração; a lei não impede que diretores exerçam ministério profissional diverso da função diretiva e não proíbe que recebam remuneração por isso;

f) sobre suposta aplicação de recursos em desacordo aos objetivos da fundação:

- a Fatec prestou serviços de alta qualidade e a contraprestação pecuniária foi-lhe subtraída por pessoas que tinham o dever de zelar pela fundação — a Fatec foi vítima e não artífice das irregularidades;

- os documentos apreendidos e os depoimentos prestados à Polícia Federal não apontam para culpa ou qualquer vantagem auferida pela fundação;

- as informações técnicas do Ministério Público de Contas sobre a subcontratação dos sistemistas e os pagamentos a eles realizados não podem ser utilizadas contra a fundação, que foi vítima; os contratos são nulos de pleno direito pois decorrentes de ilícito/fraude;

- as notas fiscais entendidas como "frias" são perfeitas dentro do plano jurídico da validade; entretanto, não adentram no plano da eficácia, pois os contratos seriam nulos;

- os recursos aplicados pela Fatec, oriundos de atos válidos, foram investidos em atividades relacionadas aos seus objetivos: o apoio a projetos de pesquisa, extensão, etc.

Além de pedir a nulidade e revogação do ato declaratório, com o acolhimento das razões da defesa prévia, a impugnante solicita o recebimento do recurso nos efeitos devolutivo e suspensivo, com o respectivo despacho ocorrendo antes que se esgote o prazo de opção do regime de tributação, e concessão do prazo de mais vinte dias para complementar sua impugnação.

Os autos de infração de IRPJ, CSLL, PIS, Cofins, IRRF e de multa e juros isolados foram lavrados em 8/6/09 (fls. 2684/2758), sendo acompanhados do relatório de fiscalização (fls. 2506/2551), onde constam os critérios adotados para a tributação com base no lucro presumido nos anos-calendários 2003 e 2004 e no lucro arbitrado nos períodos seguintes.

A utilização do lucro presumido deveu-se à opção da contribuinte e a do lucro arbitrado, à sua omissão em apresentar Lalur com apurações trimestrais, balanços patrimoniais, demonstrações de resultados trimestrais e demonstrações de lucros e prejuízos acumulados, necessários para a apuração do lucro real, consoante arts. 260, 111, e 274 do RIR/99. O lucro real é o regime exigido pelo art. 14, I, da Lei 9.718/99 (alterada pelo art. 46 da Lei 10.637/02).

O relatório fiscal tece considerações acerca das bases de cálculo adotadas para os lançamentos de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins exigidos pela insuficiência de recolhimentos, de IRRF incidente sobre pagamentos sem causa aos sistemistas e de multa e juros isolados aplicados pela falta de retenção de IRRF sobre bolsas de pesquisas concedidas.

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%.

Os autos de infração foram cientificados à Fatec em 17/6/09 (fls. 2685, 2692, 2700, 2711, 2722 e 2749). Os responsáveis solidários indicados no processo foram intimados por meio de termos de sujeição passiva solidária: Ronaldo Etchechury Morales e Luiz Carlos de Pelegrini, em 17/6/09 (fls. 2761/2762); Silvestre Selhorst, em 18/6/09 (fl. 2763). Todos os sujeitos passivos impugnaram: os que foram intimados em 17/6/09 apresentaram suas impugnações em 17/7/09 (fls. 2830/3060, 4061/4083 e 4097/4123); quem intimado em 18/6/03 protocolou sua defesa em 20/7/09 (fls. 4288/4407).

Em sua impugnação (fls. 2830/3060), a Fatec pede a nulidade dos autos de infração em razão de:

- a) pendência de eficácia do ato declaratório de suspensão da isenção em virtude de impugnação (infração ao princípio da irretroatividade);
- b) responsabilização indevida da fundação em razão de supostas irregularidades cometidas pelos ex-dirigentes;
- c) arbitramento ilegal de lucro; e
- d) alteração do entendimento jurídico da RFB quanto à isenção da impugnante, aplicada com efeitos retroativos.

No caso de não serem aceitas as nulidades, a contribuinte postula o julgamento da suspensão da isenção antes dos autos de infração.

No mérito, além da prejudicial de decadência dos créditos anteriores a 17/6/04, a fundação pleiteia a total improcedência dos autos de infração. Na defesa, tece considerações sobre a própria entidade, suas finalidades e funcionamento; sobre

as espécies de projetos realizados, seus registros e pagamento de bolsas; sobre os regimes jurídicos das leis 8.958/94 e 10.973/04 e as bolsas de inovação tecnológica; sobre as limitações ao poder de tributar, conceituação da base de cálculo e do lucro; sobre sua versão a respeito do caso Detran; sobre o lucro das fundações; e sobre a ilegalidade da majoração da multa.

No caso do IRRF, a contribuinte aduz:

- a) o auto de infração baseou-se em MPF inválido, extinto pelo tempo e/ou encerrado;
- b) a autuação teve como fundamento, segundo o relatório de fiscalização, irregularidades cometidas pelos ex-dirigentes, os quais devem ser responsabilizados por substituição;
- c) as bolsas de estudo e pesquisa pagas pela fundação não se sujeitam à incidência do imposto; e
- d) a base de cálculo não considerou a exclusão das contribuições previdenciárias e a dedução por dependente.

Na hipótese de serem mantidos os autos de infração, a contribuinte pede que eles sejam considerados parcialmente procedentes, de modo a:

- a) excluir sua responsabilidade pela multa (mediante a responsabilização dos ex-dirigentes) ou reduzir o percentual para 75%, tendo em vista que a fundação não cometeu fraude, conluio ou sonegação;
- b) afastar o arbitramento do lucro,
- c) excluir os créditos decaídos;
- d) reduzir as bases de cálculo dos tributos federais a zero, por inexistir o conceito de lucro em seu âmbito, caso não acatado, que as bases de cálculo sejam reduzidas ao valor das taxas de administração já declaradas, com dedução dos valores pertencentes a terceiros, notadamente os valores imunes, definidos como públicos de acordo com os critérios do Acórdão 2731/2008 do Plenário do TCU; e supletivamente, que a tributação se realize com base no lucro real, expresso nos superavits declarados e reconhecidos no anexo 1 do relatório de fiscalização.
- e) recalcular-se a multa sobre o IRRF, considerando a exclusão das contribuições previdenciárias e dedução por dependente na base de cálculo do tributo;
- f) afastar a taxa Selic no auto de multa e juros isolados, por ausência de previsão legal.

A Fatec pede também a produção de provas, como a juntada de documentos, tal como um índice de referência a provas que já constam nos autos, a ser apresentado no prazo de 30 dias da entrega da impugnação. Além disso, requer (1) a realização de perícia ou diligência para exame de todos os 696 contratos firmados de jan/03 a dez/07 e comprovação ou não da utilização de recursos humanos da UFSM, ou de outra instituição federal de ensino superior, e (2) a confirmação de a contratações terem ocorrido sob a égide das leis 8.958/94 ou 10.973/04. Solicita ainda sejam juntados todos os documentos relativos à colaboração da Receita Federal do Brasil com a força-tarefa da Operação Rodin, especialmente os

requerimentos do Ministério Público Federal sugerindo ou requisitando a atividade fiscal.

O ex-presidente da fundação no período de 1/1/03 a 21/1/04 (ou 13/1/04), Ronaldo Etchechury Morales, apresentou sua impugnação em 17/7/09 (fls. 4097/4123). Morales requer a improcedência dos autos de infração como um todo, defendendo a insubsistência do feito fiscal. A impugnação destaca os antecedentes, a forma de atuação da Fatec e sua versão para os fatos que fundamentaram a conclusão fiscal, sustentando, em síntese:

a) as garantias do devido processo foram concedidas apenas ao devedor principal, deixando de lado aqueles que poderiam e deveriam alcançar informações e razões indispensáveis à correta fiscalização;

b) o presidente da fundação exerceria apenas caráter representativo institucional ao assinar contratos vinculados a projetos de prestação de serviços especializados — tais acertos, ajustes e consertos seriam realizados anteriormente pela reitoria da UFSM e as instituições públicas ou privadas;

c) a decadência em relação ao exercício de 2003;

d) a falta de definição do período em que a sujeição passiva solidária lhe é imputada;

e) a inclusão de valores diferentes das taxas de administração no montante de receitas operacionais da Fatec, ocasionando o arbitramento do lucro;

f) o arbitramento só se justifica em circunstâncias especiais, enquanto a Fatec mantém a escrituração contábil ampla e consistente em todos os aspectos;

g) as contratações com sistemistas eram exigências do Detran/RS no que respeita à segurança do cumprimento contratual;

h) os pagamentos aos sistemistas não poderiam ensejar exigência além da glosa de sua dedutibilidade como custos operacionais;

i) os preços constantes do contrato com o Detran/RS foram definidos pelo órgão estatal e aceitos pela UFSM, sendo estabelecidos por unidade de serviço prestado ou objeto de prestação: eram mais baratos, à época, do que os ajustados e pagos a outra fundação; e

j) a inexistência de dolo em suas ações e nas da Fatec: sendo isenta a fundação, não haveria motivação para ocultamento e dissimulação das receitas operacionais; além do mais, o impugnante foi excluído da denúncia na ação penal, por inexistência de indícios suficientes de autoria.

A impugnação de Luiz Carlos de Pellegrini foi apresentada em 17/7/09 (fls. 4061/4083). Pellegrini foi diretor financeiro da Fatec, de 4/1/06 a 26/5/06, e diretor-presidente, de 26/5/06 a 20/12/07 e, por isso, contesta a atribuição de responsabilidade solidária por atos praticados de jan/03 a dez/05. Reclama por não ter tido participação e oportunidade de defesa quanto à suspensão da isenção da fundação. Pede a insubsistência do termo de sujeição passiva solidária que o inclui no polo passivo das exigências tributárias, desobrigando-o das infrações que lhe foram imputadas. Aduz ainda que:

a) a fundação sempre manteve seu propósito inicial, não visando a lucro, não distribuindo patrimônio e não remunerando seus dirigentes;

b) sempre agiu com zelo e decoro enquanto dirigente da fundação, observando a legislação, os estatutos e os acordos firmados pela entidade;

c) a própria fiscalização declara que os administradores da fundação não praticaram atos com excesso de poderes e não constituíram vícios de consentimento (fl. 2548);

d) não haveria motivos para o impugnante deixar de cumprir contratos que foram assinados por administrações anteriores, de acordo com as regras estatutárias;

e) a legislação civil é clara quando estabelece que a responsabilidade solidária não pode ser presumida: ou decorre da lei ou é definida em contrato — não se pode atribuir ao impugnante responsabilidade solidária por atos legais, perfeitos e legítimos, praticados nos períodos em que foi diretor financeiro ou diretor-presidente;

f) o impugnante não tinha vínculo com a fundação à época do nascedouro dos contratos atacados pela Fiscalização: não exercia cargo diretivo e não era conselheiro; portanto, não pode vir a ser responsabilizado por débitos fiscais daí decorrentes;

g) não há decisão que declare o requerente culpado por ato seu praticado como dirigente da Fatec, nem insinuação de que tenha abusado da personalidade jurídica da fundação;

h) a Fatec gozava de isenção fiscal no período fiscalizado; assim, a falta de recolhimento dos tributos lançados não caracteriza irregularidade que possa ser atribuída aos dirigentes;

i) a Fatec trabalha basicamente como administradora ou gestora de recursos de terceiros que transitam por sua contabilidade — esses valores não são ganhos da fundação, mas depósitos transitórios que permanecem sob sua administração durante a execução dos projetos;

j) o rendimento da Fatec decorre exclusivamente de taxas de administração que cobra pela gestão dos projetos, e sobre esses rendimentos é que calcula e recolhe seus tributos;

k) os valores lançados não têm a certeza e liquidez exigida pela legislação, porque não houve distinção da origem dos recursos ou diferenciação entre as fontes de projetos administrados pela fundação e as provenientes de atos sobre os quais exista incidência de tributos;

l) a má fé não se presume, há de ser provada;

m) a sujeição de alguém a processo sem provas da condução irregular da instituição que dirigia viola os princípios constitucionais do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana;

n) os cargos de diretor financeiro e de diretor-presidente da fundação constituem serviços voluntários e não são remunerados.

A última impugnação foi apresentada pelo secretário executivo Silvestre Selhorst em 20/7/09 (fls. 4288/4407). Com o documento, Selhorst apresenta esclarecimentos sobre a fundação, suas origens e constituição, natureza jurídica, finalidades estatutárias, atuação como fundação de apoio da UFSM, organograma,

competências, gestão e responsabilidades dos coordenadores nos projetos. Requer e alega, em síntese, além da juntada da impugnação:

a) preliminarmente, a nulidade do processo administrativo fiscal, tendo em vista o descumprimento sistemático de disposições legais formais, como as preconizadas no art. 196 do CTN, art. 7º, I e art. 8º do Decreto 70.235/72 e art. 21 da Portaria RFB 11.371/07, decorrentes de ilegitimidade na representação das pessoas que atuaram como representantes da fundação (os diretores anteriores foram impedidos de exercer seus mandatos), intimações realizadas no processo recebidas por quem não teria poderes de representação, falta de notificação do requerente quanto a coleta de informações e documentos a seu respeito e apuração dos débitos fiscais com base em ilações sobre a conduta moral dos dirigentes da Fatec;

b) no mérito, o reconhecimento da improcedência de sua sujeição passiva solidária, sob a alegação de que não se enquadra nas disposições legais que propiciam o reconhecimento da sujeição passiva solidária na forma dos arts. 124, I, e 135 do CTN, haja vista a inexistência de interesse comum nos fatos geradores, bem como de excesso de mandato, infração de lei, contrato ou estatuto por parte do impugnante em todo o tempo que exerceu a função de Secretário Executivo da Fatec e considerando que:

- sempre exerceu suas funções nos limites legais e estatutários;
- não há comprovação no procedimento fiscal de fato que caracterize ilícito fiscal de sua responsabilidade;
- não há falar em excesso de mandato, pois o secretário executivo não detém poderes de representação e nunca lhe foram delegados poderes;
- a alegação de excesso de mandato e/ou ilegalidade embasou-se apenas em informações da atual direção da FATEC e de seu advogado, sem a comprovação documental necessária e sem a coleta da palavra daqueles que participaram, na época, do Conselho Superior, da Diretoria Executiva e da Secretaria Executiva;
- em nenhum momento foi apontado prejuízo patrimonial à fundação;
- as contas da entidade foram aprovadas pelo Ministério Público Estadual mesmo após o alarido na imprensa da operação Rodin em 2007;

c) ainda no mérito, caso admitida a sua sujeição passiva solidária, requer:

- seja reconhecido o cerceamento do direito de defesa, por não ter sido devidamente notificado do processo administrativo fiscal e não lhe ter sido oportunizada manifestação;
- a concessão do prazo mínimo de 120 dias para impugnação integral ao relatório fiscal — basicamente quanto à obrigação solidária em cada tributo exigido — visando ao contraditório e à ampla defesa;
- sejam fornecidos planilhas e arquivos eletrônicos de texto utilizados pelos auditores fiscais que participaram das autuações e demais fases do processo administrativo fiscal;
- a devolução do valor cobrado pelo fornecimento de cópia do processo ao requerente por afrontar o direito constitucional de ampla defesa;

d) protesta pela produção de provas admitidas em direito, em especial:

- que se officie à UFSM para que informe como ocorrem as concessões de bolsas isentas aos seus servidores no âmbito dos projetos apoiados pela Fatec, com base na Lei 8.958/94 (prova considerada relevante, já que a irregularidade na concessão de bolsas seria um dos fundamentos das autuações);
 - todos os registros contábeis originais da FATEC que foram objeto de análise da fiscalização para formalização dos autos de infração, para que se demonstre o tratamento fiscal e contábil dado aos diferentes projetos na fundação;
 - seja oficiado ao Ministério Público Estadual para que se manifeste quanto à irregularidade da posse dos diretores que compõem a atual direção da fundação — a direção de 2007 não foi regularmente destituída, o que geraria a nulidade de todos os atos praticados pela atual direção (a prova é absolutamente relevante para estabelecer a abrangência e as consequências institucionais dos atos irregulares praticados no âmbito da fundação, para posterior apreciação da repercussão dos mesmos no âmbito do processo administrativo fiscal);
- e) solicita a concessão de prazo para que sejam juntados os documentos mencionados.

A impugnação de Silvestre Selhorst ainda traz ponderações sobre a suspensão da isenção. Ataca alegações da fiscalização e da atual direção da Fatec. Diz serem temerárias afirmativas de fiscalização utilizadas para suspender a isenção: que a Fatec não pode prestar serviços técnico-científicos, que seria ilegal a dispensa de licitação para contratação da Fatec pelo Detran/RS, que seria ilegal a contratação de sistemistas para o projeto Detran e que os serviços dos sistemistas seriam superfaturados. Além do mais, considera que certas questões *preliminares* não foram levadas em conta na fundamentação da suspensão da isenção por não apresentarem lastro fático e por carecerem de diligências para o conhecimento da verdade, em oposição aos *argumentos impróprios apresentados pela direção ilegal da Fatec ou pela fiscalização*.

Selhorst redargúi sobre as premissas de que a suspensão da isenção fundamentar-se-ia essencialmente em ilegalidades na relação entre a Fatec e o Detran/RS, alegando:

- a Procuradoria Geral do Estado já atestou em juízo no processo Rodin a inexistência de irregularidades nos contratos firmados entre o Detran e as fundações;
- a contratação de serviços para execução de projetos da Fatec é de responsabilidade do coordenador, como definido em Resolução da UFSM, Regimento Interno e Manual de Gestão da Fundação;
- nenhum procedimento formal foi promovido pela direção *ilegal* para que fosse ouvido o coordenador do projeto Detran, tendo a direção atual se pronunciado açodadamente e sem conhecimento de causa sobre a legalidade, utilidade e pertinência dos serviços contratados;
- há evidente parcialidade na argumentação sobre eventuais ilícitos apontados no âmbito da operação Rodin: de um lado, se aceita como fato julgado algumas imputações; de outro, se nega outras imputações no mesmo âmbito;
- estando pendente de decisão judicial, nenhum argumento pode fundamentar-se nos fatos apurados na operação Rodin;
- a utilização para qualquer fim de tal fundamentação constitui violação de **direito constitucional** assegurado a todas as pessoas de que ninguém será

considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5º, LVII, da Constituição Federal);

- todo o material da operação Rodin usado pela fiscalização constitui peça da acusação apresentada pelo Ministério Público a partir de investigação policial sem contraditório em defesa dos acusados (art. 5º, LV, da Constituição Federal)

Selhorst também traz esclarecimentos e alegações pertinentes ao pagamento de bolsas, defendendo serem objeto de isenção. Em suma, afirma que os projetos envolvidos sempre são de ensino, pesquisa, extensão e desenvolvimento institucional da Universidade Federal de Santa Maria, conforme previsto na Lei 8.958/98, sendo executados nos moldes de planos de trabalhos estruturados de acordo com as normas da Secretaria do Tesouro Nacional (IN STN 1/97). Os planos de trabalho indicariam as equipes técnicas atuantes nos projetos, sempre constituídas por servidores da UFSM, com funções e cargas horárias definidas, dentro do horário normal do servidor em decorrência do cargo público. Pela participação em projeto, o servidor poderia receber uma bolsa isenta, cujo montante constaria no plano de trabalho. As bolsas seriam pagas pela Fatec, por determinação dos coordenadores dos projetos, supervisionados por gestor, sendo ambos da UFSM. No entanto, a Fatec não teria ingerência sobre os projetos desenvolvidos no ambiente da UFSM, não definiria os valores das bolsas, não teria controles sobre a prestação de serviços de servidores a terceiros, se os serviços seriam inerentes às atividades de extensão, graduação ou pós-graduação da universidade ou se seriam necessários ao desenvolvimento de pesquisas científicas da universidade. Finalmente, diz que a Fatec não auferiria vantagens pelo pagamento das bolsas.

Os fundamentos que conduziram a 5ª Turma de Julgamento da DRJ/Porto Alegre-RS, a julgar improcedentes as impugnações estão sinteticamente apresentados na ementa do Acórdão 10-27.068, de 31 de agosto de 2010, que a seguir se transcreve:

“Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ

Ano-calendário: 2003, 2004, 2005, 2006, 2007

PROVA DOCUMENTAL. PRECLUSÃO. Como regra geral, a apresentação da prova documental deve ocorrer junto com a impugnação, sob pena de preclusão.

PEDIDO DE PERÍCIA OU DILIGÊNCIAS. Indefere-se o pedido de perícia ou diligências quando ele se demonstrar desnecessário ao deslinde do processo.

NULIDADE. MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. O mandado de procedimento fiscal consiste em mero instrumento interno de planejamento e controle das atividades e procedimentos da fiscalização, não implicando nulidade do lançamento as eventuais falhas na emissão e trâmite desse instrumento.

NULIDADE. FALTA DE CONHECIMENTO DE PROVAS ACESSADAS PELA FISCALIZAÇÃO. O procedimento de fiscalização tem caráter inquisitorial. As provas válidas para o processo administrativo devem estar nele documentadas. O acesso da fiscalização a documentos que não foram incluídos nos autos não apresenta interesse processual e não implica cerceamento do direito de defesa.

NULIDADE. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO E FALTA DE PARTICIPAÇÃO DOS RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIOS NO PROCEDIMENTO FISCAL E NA SUSPENSÃO DA ISENÇÃO. A Constituição Federal não assegura o contraditório para o procedimento de fiscalização. É o contribuinte quem tem a

legitimidade para participar do processo administrativo que suspende isenção tributária, apresentando alegações, provas e impugnando.

NULIDADE. INAPLICABILIDADE DA LEI 9.532/97. SUSPENSÃO DE VIGÊNCIA PELO STF. A suspensão da vigência de alguns dispositivos da Lei 9.532/97 pelo Supremo Tribunal Federal não afastou a possibilidade de a administração pública suspender isenção tributária condicionada.

NULIDADE. INTIMAÇÕES. TEORIA DA APARÊNCIA. É válida a intimação pessoal provada pela assinatura de preposto ou mandatário da pessoa jurídica, assim como por quem se encontrava em seu domicílio fiscal e se apresentou como seu representante, recebendo a citação sem qualquer ressalva quanto à inexistência de poderes para representá-la.

NULIDADE. INCOMPETÊNCIA. O delegado da Receita Federal do Brasil que tem jurisdição sobre o domicílio do contribuinte é competente para suspender isenção tributária de IRPJ e CSLL.

NULIDADE. PREJUDICIALIDADE EXTERNA. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PROCESSUAL. Os processos judiciais e os administrativos de cunho previdenciário não são prejudiciais à análise da suspensão da isenção, nem autorizam sobrestar o julgamento desta. A autonomia dos processos administrativos afasta a necessidade da juntada aos processos previdenciários.

DECADÊNCIA. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário de tributo sujeito a homologação extingue-se após cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador, se houve pagamento do tributo. No caso de inexistência de pagamento ou de dolo fraude ou simulação, aplica-se o mesmo prazo, mas contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

SUJEITO PASSIVO. FUNDAÇÕES. As fundações podem ser sujeitos passivos de obrigações tributárias, têm capacidade plena e podem responder por exigências tributárias.

ISENÇÃO. SUSPENSÃO. O descumprimento de uma das exigências legais é suficiente para a suspensão de isenção condicionada. É legítima a suspensão da isenção de IRPJ e CSLL quando caracterizado que a entidade remunerou dirigentes por serviços prestados, aplicou recursos em atividades diversas da manutenção e desenvolvimento de seus objetivos institucionais e prestou serviços dissociados das finalidades para as quais foi instituída.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. É legítima a exigência tributária, sem benefício de ordem, de contribuinte e de terceiros que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária principal.

FATO GERADOR. VALIDADE E EFICÁCIA DOS ATOS JURÍDICOS. O nascimento da obrigação tributária independe da validade ou eficácia do ato jurídico, bastando-lhe a existência do fato previsto na hipótese de incidência.

BOLSA DE ESTUDOS, PESQUISA, EXTENSÃO E INOVAÇÃO TECNOLÓGICA. ISENÇÃO. As bolsas de estudos, pesquisa, extensão e de incentivo à inovação não são isentas quando representarem pagamento de contraprestação por serviços prestados ou produzirem resultados econômicos para o doador (direto ou indireto).

IRPJ E CSLL. LUCRO ARBITRADO. Justifica-se o arbitramento do lucro quando o contribuinte, obrigado à tributação pelo lucro real em razão do volume da receita bruta, opta pelo lucro presumido e deixa de apresentar os livros e a documentação exigida pelo lucro real.

IRPJ E CSLL. BASES DE CÁLCULO. LUCRO PRESUMIDO E LUCRO ARBITRADO. O lucro presumido é calculado com base no resultado da aplicação de percentuais determinados sobre a receita bruta, adicionado a outros valores especificados em lei, auferidos no mesmo período. O lucro arbitrado pode ser calculado sobre base idêntica. A receita bruta das vendas e serviços consiste no produto da venda nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado auferido nas operações de conta alheia, consideradas ainda algumas exclusões previstas na lei. O preço dos serviços prestados pela contribuinte corresponde ao montante da responsabilidade contratualmente assumida.

PIS E COFINS. SUSPENSÃO DA ISENÇÃO. A suspensão da isenção relativa ao imposto de renda sujeita a pessoa jurídica ao recolhimento de PIS e Cofins com base no faturamento, devendo o lançamento de ofício considerar os valores já recolhidos.

IMPOSTO DE RENDA NA FONTE. OPERAÇÃO OU CAUSA NÃO COMPROVADA. Todo pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas cuja operação ou causa não for comprovada está sujeito à incidência de IRRF, exclusivamente na fonte, à alíquota de 35%, cabendo reajustamento do respectivo rendimento bruto.

IRRF. TABELA PROGRESSIVA. JUROS DE MORA. SELIC. A falta de recolhimento de IRRF no prazo determinado pela lei enseja a cobrança de juros de mora sobre o período compreendido entre o vencimento da obrigação e a data prevista para a entrega da declaração da pessoa física ou jurídica. Os juros de mora são calculados com base na Selic e aplicáveis sobre o valor do tributo.

MULTA MAJORADA. É devida a multa de 150% quando identificado o dolo na fraude tributária descrita no art. 72 da Lei 4.502/64. A identificação de prejuízo ao fisco basta à majoração, independentemente da configuração de benefício próprio ao contribuinte ou responsáveis solidários.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA: CSLL, PIS, Cofins e IR Fonte. As considerações e resultados aplicáveis ao IRPJ aplicam-se aos demais tributos no que for pertinente.

Devidamente cientificados da referida decisão, o contribuinte e os responsáveis tributários interpuseram tempestivamente recurso voluntário, cujos fundamentos são a seguir sintetizados.

O recurso do contribuinte (FATEC), em síntese, reprisa os argumentos expendidos na impugnação, à exceção de alguns pontos com relação aos quais não houve mais contestação específica, a saber: ilegalidade do arbitramento, alegações específicas relativas ao PIS e à COFINS (isenção da COFINS, tratamento diferenciado quanto ao PIS, exclusão de determinadas receitas das bases de cálculo), ilegalidade da Selic.

Por outro lado, agrega uma alegação de nulidade da decisão recorrida ao fundamento de que nenhuma das preliminares formuladas na impugnação foram conhecidas pelo órgão julgador de primeira instância, que sequer se deu ao trabalho de apreciá-las com o devido afínco, detendo-se um pouco mais apenas na questão da existência de irregularidade no MPF.

Os responsáveis tributários também reprisaram, em linhas gerais, os argumentos esposados nas respectivas impugnações, em especial no que toca às suas respectivas exclusões do polo passivo da autuação.

O processo foi originalmente sorteado a este relator na sessão de março de 2014, contudo, nem todas as suas peças haviam sido digitalizadas. Após a completa digitalização e anexação das peças faltantes ao sistema e-processo, já em 2015, este retornou a este relator, sendo ora incluído em pauta de julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro João Otávio Oppermann Thomé

Os recursos são tempestivos e preenchem os requisitos de admissibilidade, deles tomo conhecimento.

Inicialmente, observo que o contribuinte, no início do contencioso, apresentara impugnação específica ao Ato Declaratório Executivo DRF/STM nº 25, de 30 de setembro de 2008, que determinara a suspensão da isenção (fls. 1399 e seguintes), bem como impugnações específicas para cada um dos tributos ou consectários exigidos nos autos (IRPJ, CSLL, COFINS, PIS, IRRF, e multa isolada) conforme se verifica às fls. 2830 e seguintes, fls. 2867 e seguintes, fls. 2906 e seguintes, fls. 2952 e seguintes, fls. 2998 e seguintes, e fls. 3025 e seguintes, respectivamente.

Contudo, por ocasião do recurso apresentou uma única peça de defesa, a qual, a julgar pelo quanto contido no seu preâmbulo, abordaria exclusivamente o IRRF, *verbis*:

“A autuação sob análise tem como objeto a cobrança de IRRF — Imposto de Renda Retido na Fonte, sobre pagamentos sem causa ou operações não comprovadas, nos moldes do art. 61, § 1º, da Lei 8.981/95.

Após exaustivo trabalho de fiscalização, o qual beira a abusividade, a fiscalização entendeu que pagamentos feitos a supostos prestadores de serviços, vinculados ao trabalho desenvolvido junto ao DETRAN/RS, não encontram justificativa, de modo que ficam sujeitos ao recolhimento na fonte de Imposto de Renda, à alíquota de 35%.”

De toda sorte, entremeado nas razões de defesa, assim como no pedido ao final formulado, encontram-se referências aos demais tributos e, em alguns casos, a argumentos expendidos na(s) impugnação(ões), motivo pelo qual entendemos por considerar como reprisados os pontos (matérias) de defesa, à exceção daqueles expressamente referidos no relatório ao norte.

Dito isto, passa-se à análise das preliminares invocadas pelos recorrentes.

Preliminares

Responsabilidade da Fundação

A Fundação sustenta que não seria responsável pelos ilícitos praticados. Afirma que as suas manifestações volitivas são severamente limitadas em face de sua natureza jurídica, sendo ela incapaz de dolo, forma refinada de manifestação volitiva maligna somente atribuível a quem não sofre qualquer limitação no seu poder de decidir, ou seja, os seus administradores. Diz que foi vítima de seus dirigentes. Assim, toda a responsabilidade pelos atos ilícitos deve recair sobre os administradores da Fundação, com a sua consequente exclusão do polo passivo.

O argumento não se sustenta.

As fundações, nos termos da legislação civil pátria, são pessoas jurídicas de direito privado com plena capacidade para os atos da vida civil, e os atos dos seus administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo, a obrigam (Código Civil, arts. 44 a 52, e 62 a 69). Ademais, há de se ressaltar que, nos termos do art. 126 do Código Tributário Nacional – CTN, a capacidade tributária passiva independe da capacidade civil, *verbis*:

Art. 126. A capacidade tributária passiva independe:

I - da capacidade civil das pessoas naturais;

II - de achar-se a pessoa natural sujeita a medidas que importem privação ou limitação do exercício de atividades civis, comerciais ou profissionais, ou da administração direta de seus bens ou negócios;

III - de estar a pessoa jurídica regularmente constituída, bastando que configure uma unidade econômica ou profissional.

Ademais, a tese da responsabilidade *exclusiva* dos administradores ou representantes (em substituição à pessoa jurídica), quando estes ferem a lei ou o estatuto, defendida pela recorrente, vai na contramão do que determina o art. 128 do CTN, que exige expressa previsão legal para que seja excluída a responsabilidade do contribuinte. Ora, o art. 135 do CTN, referido e transcrito pela recorrente, não contém tal disposição. Além disto, a interpretação conferida por esta tese da recorrente viria de encontro ao próprio sentido da norma, ao diminuir a garantia do crédito tributário, em vez de aumentá-la.

Logo, não há qualquer fundamento para a exclusão da Fatec do polo passivo, pois ela é a própria entidade fiscalizada, a contribuinte de praticamente todos os impostos aqui exigidos. Apenas com relação ao IRRF é que sua condição não é de contribuinte, mas sim de responsável, mas, no caso, a sua responsabilidade decorre diretamente da lei, pois, sendo a fonte pagadora, é responsável pela retenção e recolhimento do tributo, quando devido.

Decadência

A Fatec suscita a decadência dos créditos anteriores a 17/06/2004, em face da aplicação da regra do art. 150, § 4º, do CTN. Afirmar ainda que a decisão de primeira instância simplesmente ignorou o argumento apresentado na impugnação referente à decadência, de tal sorte que a decisão seria nula, ou, no mínimo, revelaria uma conduta incompatível com os deveres do julgador de apreciar todas as matérias que lhe são apresentadas.

Diz que a autuação tem como origem a divergência entre o entendimento do fiscal e os valores declarados pelo contribuinte como devidos a título de IRPJ, CSLL, COFINS, PIS e IRRF, e que houve, portanto, declaração do contribuinte, a qual é agora revista de ofício pela auditoria fiscal, motivo pelo qual deve-se aplicar a regra do art. 150, § 4º, do CTN.

Em primeiro lugar, registre-se a desnecessidade de que o julgador enfrente, um a um, todos os argumentos apresentados pela parte. O que não pode haver é omissão sobre ponto (matéria) a ser decidida, e nem tampouco ausência de fundamentação.

No caso, a instância *a quo* apreciou a matéria trazida ao debate de forma suficiente e completa, apresentando os fundamentos utilizados para a tomada de decisão, motivo pelo qual inexistem quaisquer vícios, neste sentido, naquela decisão.

Em síntese, esclareceu a autoridade julgadora *a quo* que, no caso de dolo, fraude ou simulação, aplica-se a regra do art. 173, I, do CTN, ou seja, conta-se o prazo de cinco anos a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Assim, em sendo mantida a multa qualificada lançada (ponto cuja apreciação se fará mais adiante), de fato não ocorreu a decadência com relação a quaisquer dos tributos aqui discutidos.

Os fatos geradores mais antigos do IRPJ, da CSLL, do PIS e da COFINS, ocorreram em 31/12/2003; do IRRF, em 07/01/2004; e da multa isolada, na última semana de 2003. Assim, todos seriam passíveis de lançamento apenas em 2004, deslocando-se a contagem do prazo para o dia 01/01/2005. A ciência dos lançamentos ocorreu em 17/06/2009.

Vícios relativos ao MPF

A Fundação alega a nulidade da autuação por não ter sido informada sobre o prazo do procedimento fiscal, e, ainda, por ter sido lavrado auto de infração com objeto diverso daquele constante do MPF – Mandado de Procedimento Fiscal.

Não lhe assiste razão.

Conforme bem pontuou a decisão recorrida, o MPF que respaldou o procedimento de fiscalização foi regularmente emitido em 24/01/2008, e cientificado à contribuinte. A data originária para encerramento (23/05/2008) sofreu alterações que preservaram a continuidade do procedimento, sem interrupções, todas as quais observaram as normas internas expedidas pelo órgão fiscalizador (Portaria RFB 11.371/07).

De posse do número do MPF e do código de acesso, informado no próprio Termo de Início de Fiscalização, a contribuinte pode consultar todas as alterações e

prorrogações do MPF no sítio eletrônico da Secretaria da Receita Federal, sendo esta uma garantia que lhe é dada no sentido de que está sendo efetivamente fiscalizada por agentes competentes.

Com relação à inclusão do IRRF, feita na alteração promovida em 08/10/2008, conforme esclareceu a decisão recorrida, tal procedimento (inclusão expressa do tributo no MPF) sequer era necessária, nos termos da citada Portaria.

Portanto, inexistentes quaisquer vícios no MPF.

Ademais, o MPF, instituído originariamente pela Portaria SRF nº 3.007, de 2001, constitui mero instrumento de controle da administração tributária, de sorte que eventuais falhas ou irregularidades que porventura *tivessem* ocorrido quanto à observância das regras estabelecidas na regulamentação interna do órgão fiscalizador poderiam, quando muito, suscitar responsabilidade administrativa do Auditor-Fiscal da Receita Federal; nunca, porém, teriam força para retirar daquela autoridade a competência para efetuar o lançamento, que lhe é assegurada por lei (art. 6º da Lei nº 10.593, de 2002).

Esta é, também, a posição majoritária do CARF, conforme se verifica no seguinte precedente (decisão unânime) da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, proferida na sessão de 15 de agosto de 2012:

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL – VALIDADE O Mandado de Procedimento Fiscal é apenas um instrumento gerencial de controle administrativo da atividade fiscal, que tem também como função oferecer segurança ao sujeito passivo, ao lhe fornecer informações sobre o procedimento fiscal contra ele instaurado e possibilitar-lhe confirmar, via Internet, a extensão da ação fiscal e se está sendo executada por servidores da Administração Tributária e por determinação desta. (Acórdão nº 9101-001.457, relator Valmir Sandri, sessão de 15 de agosto de 2012)

Alteração de entendimento jurídico relativo à isenção

Entre os pedidos ao final formulados na peça recursal, requer ainda a Fundação *“que seja o Auto de Infração anulado, por estar entre suas causas determinantes a alteração de entendimento jurídico da RFB com efeitos retroativos quanto à isenção da Impugnante”*.

Tal pleito não veio acompanhado de nenhuma exposição ao longo da peça recursal, provavelmente fruto da já mencionada circunstância de que o recurso interposto, à toda evidência, estava intimamente ligado à peça de impugnação apresentada especificamente contra o IRRF lançado.

De qualquer sorte, a questão da suposta “alteração de entendimento jurídico da RFB” foi adequadamente resolvida pela decisão de piso, no excerto que a seguir transcrevo, onde também fica claro qual era o argumento que estava por trás da referida alegação:

“A fundação alega a mudança do entendimento jurídico sobre o direito da isenção, uma vez que fora intimada em 31/5/01, nos termos do MPF 1010300 2001 000714, para verificação do cumprimento das obrigações fiscais e sequer foi

autuada. Sustenta ter havido fiscalização sobre os mesmos fatos analisados pela presente autuação, sem que fosse apontada a suposta irregularidade ora lançada.

Equivoca-se a autuada quanto ao propósito do procedimento fiscal mencionado, eis que ele não se direcionava à verificação do cumprimento de suas obrigações fiscais, mas à realização de diligência (fl. 4500). A natureza do mandado de procedimento fiscal para diligência é diferente do mandado de procedimento fiscal para fiscalização, conforme se comprova pela Portaria SRF 1.265/99 (...)

Não é possível criar ilação de que uma não autuação em período anterior consista em prática reiteradamente observada pela autoridade administrativa capaz de criar norma complementar à lei.(...)

No presente caso, não há falar em revisão de lançamento, porquanto não houve lançamento; nem é o caso de revisão.”

Quanto à retroatividade dos efeitos relativos à suspensão da isenção, trata-se de expressa disposição legal, contida no art. 32 da Lei nº 9.430/96. O ato declaratório que suspende a isenção tem eficácia meramente declaratória, e não constitutiva, ou seja, apenas reconhece que determinado contribuinte não poderia aproveitar-se do benefício fiscal, desde a data da prática da infração, porque descumpriu condições exigidas pela lei.

Cerceamento de defesa

Luiz Carlos de Pellegrini, Silvestre Selhorst, e Ronaldo Etchechury Morales reclamam por não ter tido participação e oportunidade de defesa quanto à suspensão da isenção da fundação, o que caracterizaria cerceamento do direito de defesa e/ou violação a princípios constitucionais, notadamente o do devido processo legal.

Não lhes assiste razão.

No âmbito da legislação que rege o Processo Administrativo Fiscal, o direito ao contraditório está assegurado a partir da ciência, pelo contribuinte, da formalização do crédito tributário por meio do lançamento. Neste sentido, é claro o artigo 14 do Decreto nº 70.235/72, que assim determina:

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

No caso do procedimento de suspensão da isenção, é apenas a Fundação, na condição de titular do benefício fiscal, quem possui legitimidade para contestar o ato declaratório que suspendeu o benefício, assim como os fatos e os fundamentos nos quais o referido ato se amparou. E o direito ao contraditório nesta fase encontra-se expressamente previsto em lei (art. 32 da Lei nº 9.430/96), contudo, somente para a própria entidade interessada.

Portanto, no caso dos responsáveis tributários, a sua garantia de contraditório somente se inicia com a impugnação tempestiva ao lançamento do qual tenha sido regularmente cientificado, não havendo, portanto, qualquer violação ao princípio do devido processo legal ou cerceamento do direito de defesa.

Incompetência da Receita Federal

Silvestre Selhorst alega a nulidade do procedimento fiscal por incompetência da Receita Federal do Brasil. Afirma que quem tem a competência para verificar se a atividade executada pela Fundação é adequada aos seus fins, é exclusivamente o Ministério Público do Estado onde está situada. Assim, caso os auditores tenham a presunção de que alguma atividade da Fundação tenha contrariado os seus fins, poderiam, apenas, ingressar com uma ação junto ao Ministério Público Estadual para que tal atividade fosse, em procedimento com o devido contraditório, declarada contrária aos seus fins, abstendo-se, até lá, de emitir qualquer juízo de valor a esse respeito, por não ser de sua competência.

Não lhe assiste razão.

A Receita Federal do Brasil é o órgão responsável pela fiscalização do imposto de renda da pessoa jurídica, assim como de diversos outros tributos federais, e o Auditor Fiscal da Receita Federal é a autoridade competente para executar os procedimentos de fiscalização e lavrar, quando o caso, os autos de infração.

A legislação tributária aplica-se indistintamente a todas as pessoas naturais ou jurídicas, contribuintes ou não, inclusive às que gozem de imunidade tributária ou de isenção de caráter pessoal, nos termos do art. 194 do CTN.

No caso das pessoas jurídicas que gozem da isenção de tributos condicionada ao cumprimento de determinados requisitos, o art. 32 da Lei nº 9.430/96 estabelece o competente rito para a suspensão da isenção, reforçando a competência da Receita Federal, *verbis* (grifei):

“Art. 32. A suspensão da imunidade tributária, em virtude de falta de observância de requisitos legais, deve ser procedida de conformidade com o disposto neste artigo.

§ 1º Constatado que entidade beneficiária de imunidade de tributos federais de que trata a alínea c do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal não está observando requisito ou condição previsto nos arts. 9º, § 1º, e 14, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, a fiscalização tributária expedirá notificação fiscal, na qual relatará os fatos que determinam a suspensão do benefício, indicando inclusive a data da ocorrência da infração.

(...)

§ 3º O Delegado ou Inspetor da Receita Federal decidirá sobre a procedência das alegações, expedindo o ato declaratório suspensivo do benefício, no caso de improcedência, dando, de sua decisão, ciência à entidade.

(...)

§ 10. Os procedimentos estabelecidos neste artigo 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.”

Mérito

Isenção e forma de atuação da Fundação

No mérito, defende a Fundação ser ela uma entidade sem fins lucrativos, que tem como objetivo básico apoiar o desenvolvimento da tecnologia, das ciências e das artes, pelo apoio às atividades de ensino, pesquisa e extensão da Universidade Federal de Santa Maria — UFSM, pelo assessoramento à elaboração de projetos e administração dos recursos obtidos. Discorre acerca de seus objetivos estatutários, para afirmar que os desempenha principalmente através da celebração de convênios, contratos, ajustes e acordos, com entidades públicas ou privadas, sempre com atuação dentro dos estritos limites da lei, e que, na consecução dos seus projetos, está prevista a participação de servidores da UFSM mediante o pagamento de bolsas, conforme autoriza a Lei nº 8.958/94.

Diz que o resultado das pesquisas e estudos assim desenvolvidos não reverte para a Fundação, que funciona como mera gestora dos recursos necessários para a execução do estudo e da pesquisa, não havendo qualquer contraprestação de serviço para a Fundação. O objetivo da bolsa não é a prestação de um serviço, mas sim o aprimoramento profissional dos participantes, em benefício próprio e da instituição da qual é funcionário, ou a realização de projetos de pesquisa científica e tecnológica.

Luiz Carlos de Pellegrini afirma que a fundação sempre manteve seu propósito inicial, não visando a lucro, não distribuindo patrimônio e não remunerando seus dirigentes.

Também endossa o argumento de que a Fatec trabalha basicamente como administradora ou gestora de recursos de terceiros necessários à execução dos projetos, e que o rendimento da Fatec decorre exclusivamente de taxas de administração que cobra pela gestão desses projetos.

Silvestre Selhorst afirma que o lançamento fiscal tem por fundamento quatro supostos fatos:

“a) a contratação por dispensa de licitação entre o DETRAN/RS e a FATEC teria sido ilegal;

b) a FATEC não poderia prestar serviços que não sejam de ensino, pesquisa, extensão ou desenvolvimento institucional;

c) a FATEC teria pago por serviços não prestados, ditos pelos auditores como "serviços de papel"; e

d) a FATEC teria deixado de recolher tributos sobre bolsas não isentas.”

Contesta os fundamentos acima, sustentando que os contratos firmados pela Fundação dispensam licitação, que a RFB não seria competente para avaliar o tipo de serviço

que a Fatec poderia prestar (argumento já analisado), que os serviços foram efetivamente prestados, que a Fatec teve suas contas aprovadas, mesmo após o alarido na imprensa acerca da “operação Rodin” (envolvendo o Detran/RS), e que as bolsas foram regularmente concedidas e são isentas, não representando tampouco qualquer vantagem para a Fatec.

Ronaldo Etchechury Morales reforça que as receitas operacionais próprias da Fatec estão restritas às taxas de administração cobradas, e, nesta conformidade, alega que a base de cálculo do lucro presumido relativas aos anos-calendários de 2003 e 2004, a prosperarem, devem ter por base o regime do lucro presumido, segundo opção que a entidade, na condição de contribuinte, fez ao ser intimada a se manifestar a respeito.

Especificamente com relação ao caso tratado pela “operação Rodin”, esclarece que o Detran/RS *“já vinha de um contrato sob o mesmo estilo com a Fundação Carlos Chagas e que teve no episódio da contratação da FATEC a aprovação da situação de dispensa de licitação por parte da Procuradoria Geral do Estado, como está estampado no processo”*. E que a Fatec não subcontratou terceiros para realizar, por delegação, os fins dos contratos que assumiu, pois os objetos estipulados nos instrumentos não se confundia com o objeto dos serviços contratados com o Detran/RS.

Para confrontar todos os argumentos acima, há que se reprisar alguns dos pilares centrais da acusação fiscal, também endossados pela decisão recorrida, e, nesta oportunidade, pelo presente voto.

Com relação à irregular participação da fundação em contratos com dispensa de licitações, a autoridade julgadora *a quo* fez minuciosa exposição, a qual, pela sua clareza e precisão, peço vênia para transcrever:

“Os tribunais de conta são os principais órgãos de controle das contas do Estado. Eles é que são responsáveis pelas diretrizes e orientações quanto à contratação pública.

A jurisprudência assente do Tribunal de Contas da União, aplicável para outros casos, evidencia que a Fatec participava irregularmente de processos licitatórios, uma vez que:

a) não tinha capacidade de executar objetos contratuais com estrutura própria estrutura e de acordo com sua competência:

... observe nas dispensas de licitação, com base no inciso XIII do art. 24, da Lei nº 8.666/93, a necessidade de ficar demonstrado nos autos que a entidade contratada, além de ser brasileira, sem fins lucrativos, detentora de inquestionável reputação ético-profissional e incumbida regimental e estatutariamente do ensino, da pesquisa ou do desenvolvimento institucional, tem capacidade de executar, com sua própria estrutura e de acordo com suas competências, o objeto do contrato. (TCU Processo n.º 017.537196-7. Decisão n.º 88111997. Plenário)

... se abstenha de dispensar licitação com fundamento no art. 24, inciso XIII, da Lei 8.666/93, quando restar comprovado que a instituição de que trata o referido dispositivo não tem condições de desempenhar as atribuições para qual foi contratada, uma vez que nesse caso é inadmissível a subcontratação. (TCU. Processo n.º 019.365195-0. Decisão n.º 13811998 — Plenário) (Sublinhei);

b) objetos licitados não se relacionavam claramente com a natureza e os objetivos da instituição:

... evite contratar, sem licitação, entidades de natureza privada para a realização de concurso vestibular, inclusive fundação de apoio (art. 3º da Lei nº 8.666/93);... (TCU. Acórdão 1388/2006. Plenário)

... esclarecer que a dispensa de licitação com fundamento no art. 24 da Lei nº 8.666/93 só pode ser aplicada para execução de serviços, desde que os objetivos da pessoa jurídica a sei, contratada guardem estreita correlação com o objeto... (TCU. Processo nº 004.26512003-9. Acórdão nº 506/2004. Plenário)

... a dispensa de que trata o inciso apenas é admitida quando, excepcionalmente, houver nexa entre este dispositivo, a natureza da instituição e o objeto a ser contratado. (TCU. Processo nº 018.021/2000-0. Acórdão nº 61/2003. Plenário)

Enfim, a contratação direta com base no art. 24, XIII, da Lei de Licitações, para ser considerada regular, não basta que a instituição contratada preencha os requisitos contidos no citado dispositivo legal, ou seja, ser brasileira, não possuir fins lucrativos, deter inquestionável reputação ético-profissional e ter como objetivo estatutário-regimental a pesquisa, o ensino ou o desenvolvimento institucional, há que observar também que o objeto do correspondente contrato guarde estrita correlação com o ensino a pesquisa ou o desenvolvimento institucional, além de deter reputação ético profissional na estrita área para a qual está sendo contratada." (TCU, Processo nº 018743/96-0, Decisão 908/99, DOU de 17/12/99,p. 70)

...a dispensa de que trata o inciso apenas é admitida quando, excepcionalmente, houver nexa entre este dispositivo, a natureza da instituição e o objeto a ser contratado. (TCU. Processo nº 018.021/2000-0. Acórdão nº 61/2003- Plenário)

... a dispensa do procedimento licitatório só seria devida caso o objeto do contrato fosse compatível com os objetivos fins da Fundação de Apoio. Interpretar diferente seria permitir que as Fundações de Apoio e Pesquisa prestassem todo e qualquer serviço em detrimento dos concorrentes privados. O objetivo do dispositivo legal foi ementar e divulgar a pesquisa e não desvirtuar sua área de atuação o que por certo ocorreria caso essas entidades passassem a ser fornecedoras de serviços diversos para as entidades públicas que pretendessem se esquivar do certame licitatório (TCU Decisão 414/99, Ata 29/99. Plenário; Voto do Ministro-Relator Adhemar Ghisi, item 2);

c) a finalidade desenvolvimento institucional, prevista no art. 1º da Lei 8.958/94 como requisito para as entidades de apoio às instituições federais de ensino superior (IFES) e no art. 24, XIII, da Lei 8.666/93 para possibilitar a dispensa de licitação, foi aplicada contrariamente à lei:

"... o desenvolvimento institucional não pode significar, simplesmente, ao menos no contexto do inciso XIII, melhoria ou aperfeiçoamento das organizações políticas (cf voto condutor da Decisão n. 830/1998). Segundo ali registrado, uma interpretação larga da lei, nesse ponto, conduziria, necessariamente, à inconstitucionalidade do dispositivo, uma vez que os valores fundamentais da isonomia, da moralidade e da impessoalidade,

expressamente salvaguardados pela Constituição, estariam sendo, por força de norma de hierarquia inferior, relegados..." (TCU. Processo n. 017.029/2001-2. Decisão n, 655/2002. Plenário.)

... É de se destacar, por fim, que a jurisprudência desta Corte vem repudiando a utilização de dispensa de licitação, fundada no art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93, quando o objeto licitado não se encontra claramente relacionado com o desenvolvimento científico e tecnológico da instituição sendo esses últimos termos as reais acepções da expressão desenvolvimento institucional. A título exemplificativo, citem-se decisões nºs 657/1997, 612/1998, 830/1998, 252/1999 e 316/1999, todas do Plenário, relativas a prestação de serviços de informática e, com maior pertinência ao presente caso, o Acórdão 1306/2003 — Primeira Câmara. Esta deliberação decidiu pela impossibilidade de contratação de fundação de apoio para que a entidade gerencie a realização de obras de ampliação em hospital vinculado à Universidade... (TCU. Processo nº 005.023/2001-6. Acórdão nº 1.481/2004. Plenário);

O Tribunal de Contas da União (TCU) revela, em diversas decisões, a participação específica da Fatec em atividades que não representavam sua finalidade institucional. A Decisão 1140/2002, prolatada pelo Plenário em sessão de 4/9/02 (fls. 2428/2438), já consignou que a UFSM contratava a Fatec para atividades que não podem ser consideradas típicas de ensino, pesquisa e extensão, ou essenciais ao desenvolvimento institucional, científico e tecnológico. Na oportunidade, o tribunal determinou a rescisão do contrato firmado entre a universidade e a fundação para prestação de serviços de elaboração e publicação de livros, revistas técnico-científicas, cadernos didáticos, com recursos gráficos e computacionais, visto que, na prática, tratavam-se de pontos de xerox. Na mesma decisão, proibiu a subcontratação ou execução indireta de serviços nos contratos com a Fatec firmados com base em dispensa de licitação, nos termos do art. 24, XIII, da Lei 8.666/93.

Em outra decisão do TCU, no Acórdão 1273/2006 da Segunda Câmara, julgado em 30/5/06, no julgamento de agravo proposto pela UFSM em processo de 2005, constou no voto do ministro relator (fl. 2445):

5. Ora, a UFSM tenta rediscutir o mérito da questão e, com isso, defender a necessidade de insubsistência da determinação contida no subitem 8.1.18 da Decisão nº 1.140/2002 — Plenário, por meio da subversão do instituto da dispensa prevista no mencionado dispositivo da Lei de Licitações. Destaco que o inciso XIII do art. 24 da Lei nº 8.666/1993 prevê que a contratada — a fundação de apoio, no caso — esteja, ela própria, investida de todos os condicionantes que tornam legal o afastamento da licitação (existência de nexos entre o dispositivo, a natureza da instituição contratada e o objeto contratual, este necessariamente relativo a ensino, a pesquisa ou a desenvolvimento institucional), A Decisão nº 30/2000 — Plenário deixou claro esse entendimento no âmbito da Corte de Contas.

6. A aplicação do art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/1993 exige que a própria fundação de apoio desincumba-se das tarefas contratadas junto a ela pela instituição apoiada. Especialmente a partir da prolação da Decisão nº 138/1998 — Plenário, firmou-se entendimento que a subcontratação pretendida pela Universidade não encontra amparo na legislação vigente.

7. Além disso, vem o Tribunal se posicionando quanto à correta atuação das fundações de apoio em diversos aspectos para que não seja extrapolada a inteligência da Lei nº 8.958/1994 e do Decreto nº 5.205/2004, que a

regulamenta, quando confrontadas tais normas com os mandamentos da Lei de Licitações. (Sublinhei)

O Acórdão 2259/2007, resultante de sessão plenária do TCU, apontou que a Fatec estava sendo utilizada indevidamente para serviços que não poderiam ser executados em caráter personalíssimo e que não eram compatíveis com a sua área de atuação ou que resultariam em subcontratação de terceiros, configurando mera intermediação da fundação, a exemplo das contratações para aquisição de equipamentos e contratação de obras (fl. 2446).

A propósito de contratação de obras, verifica-se que foi exatamente o que a Fatec fez nos projetos que envolveram a construção de unidades administrativas e laboratórios, aquisição de mobiliário, equipamentos e materiais permanentes e implementação de bibliotecas para o Centro de Educação Superior Norte-RS/UFSM (Cesnors) e cinco campi da Universidade Federal do Pampa (Unipampa) (fls. 1682 a 1698). No plano de aplicação referente ao projeto do Cesnors, verifica-se a estimativa de 32% do total aplicado no projeto, e na construção dos cinco campi, 29% (fl. 1696). Daí exsurge o questionamento: onde está o elo dessas atividades com o objeto da fundação, que é o desenvolvimento da tecnologia, da ciência e das artes?

O Ministério Público de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (MPC), examinando possíveis irregularidades em contrato firmado entre o Município de Pelotas e a Fatec, relativamente à contratação por dispensa de licitação para prestação de apoio tecnológico para o desenvolvimento e implantação do *software* denominado SIM — Sistema de Informação Municipal, revelou que a fundação subcontratou parte ou a integralidade do objeto a outras empresas, dentre as quais a SIG Soluções em Informática e Gestão. Nesta eram sócios diversos servidores da UFSM, como Jornandes Almeida, que também foi diretor administrativo da Fatec (fls. 2493/2505). Os pagamentos efetuados pela Fatec à SIG referiam-se a cessão de direito de uso do software e prestação de serviços de implantação, manutenção e suporte do programa, o que era o próprio objeto do contrato. Apesar de não ter elaborado ou produzido o software, a SIG detinha seus direitos autorais e propriedade, estando esta registrada em seu nome no Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) (fls. 411 e 451). A informação técnica do MPC indica a utilização da FATEC como viabilizadora da contratação indireta da SIG pelas municipalidades, com indícios de que as negociações tenham sido realizadas diretamente pela SIG.

Serviços do SIM também foram fornecidos a outras prefeituras mediante dispensa de licitação, com base no art. 24, XIII, da Lei 8.666/93, tais como as dos municípios de Santa Maria (RS), Uruguaiana (RS), Sorocaba (SP), Campinas (SP) e Anápolis (GO) (fls. 2016/2026).

Os relatórios de fiscalização destacam diversos outros projetos em que a Fatec participou irregularmente para propiciar a burla de licitações. É o caso da Anvisa, Anatel e Detran/RS.”

Pelo acima exposto, resta claro que houve a irregular participação da Fundação em contratos firmados com entidades públicas com dispensa de licitação, e não somente com relação ao caso mais emblemático (Detran/RS, no âmbito da “Operação Rodin”), mas em diversas situações, conforme restou acima sucintamente delineado. A Fundação buscou utilizar-se, de forma deturpada e contrária à lei, dos dispositivos legais que preveem a possibilidade de dispensa de licitação, na verdade *subvertendo o instituto da dispensa prevista na Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993)*, conforme destacou o relator do Acórdão TCU

1273/2006, da Segunda Câmara (fls. 2445), em caso que se analisava justamente a irregular subcontratação ou execução indireta de serviços pela Fatec nos contratos firmados entre esta e a UFSM com dispensa de licitação.

A jurisprudência do TCU, portanto, é muito clara no sentido de que as Fundações de Apoio devem ter capacidade de executar, com sua própria estrutura e de acordo com suas competências, o objeto do contrato, sendo vedada a subcontratação, e que, ademais, o objeto do correspondente contrato deve guardar estrita correlação com o ensino, a pesquisa, ou o desenvolvimento institucional, não sendo admissível que referidas Fundações prestem todo e qualquer tipo de serviço, em detrimento dos concorrentes privados.

Além de clara, a mencionada jurisprudência do TCU é anterior aos eventos alcançados pela autuação em litígio, e sequer poderia ser tida por desconhecida pela Fundação, pois ela própria, conforme visto, já havia sido alertada a respeito, pelo menos desde 2002 (vide Decisão 1140/2002, acima mencionada).

Com relação especificamente à denominada “Operação Rodin”, caso mais emblemático que permeou todo o procedimento de fiscalização, é conveniente transcrever partes da decisão judicial (fls. 2806-2869): que recebeu as denúncias na ação penal nº 2007.71.02.007872-8, promovida junto à 3ª Vara da Justiça Federal de Santa Maria, para melhor compreender os fatos:

“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 defluiu 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 realizasse em favor da fundação de apoio à UFSM.

2) Os contatos iniciais, para tanto, deram-se com Lair Antônio Fersi, 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 Fersi 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).

(...)"

Todo o quanto acima exposto desconstitui de forma cabal o argumento de que não teria havido desvio de finalidade na atuação da Fatec. Consoante bem observou a decisão recorrida, não há qualquer relação entre o desenvolvimento das ciências e da tecnologia, que a Fundação deveria promover (e razão de ser da isenção tributária que lhe era concedida), e a prestação de serviços para a aplicação de provas práticas destinadas à obtenção da Carteira Nacional de Habilitação para condução de veículos automotores, serviço absolutamente comum, e que poderia ser prestado por qualquer entidade de natureza privada, desde que, contudo, mediante a devida licitação.

É fato, entretanto, que, especificamente com relação ao mencionado contrato assinado com o Detran/RS, a dispensa de licitação foi aprovada por parte da Procuradoria Geral do Estado, conforme mencionou o recorrente Ronaldo Etchechury Morales.

Porém, diante de todo o exposto na retromencionada jurisprudência do TCU, só resta considerar desconexo da realidade o entendimento manifestado por aquele órgão. De qualquer sorte, ressalte-se que a PGE, no caso, apenas atestou a possibilidade da dispensa de licitação segundo o critério do art. 24, XIII, da Lei 8.666/93, por entender ser o objeto do contrato com o Detran/RS compatível com os objetivos da fundação. Mas não se pronunciou expressamente sobre o contrato em si, consoante destacou em um de seus parágrafos finais, *verbis* (fls. 4441/4444):

“Deixo de examinar, por ora, a minuta de contrato em face de, não ter acompanhado o expediente”.

Ainda sobre o mencionado contrato celebrado com o Detran/RS, esclarece o relatório fiscal que, *verbis*:

“Assim que foi assinado o contrato com o DETRAN/RS, em 01/07/03, a direção da FATEC já tinha conhecimento de que deveria compensar os lobistas LAIR FERST, e JOSÉ FERNANDES por seu tráfico de influência com a subcontratação das empresas por eles designadas, o. que demonstra que a contratação da FATEC pelo DETRAN/RS foi "casada" com a subcontratação, por parte da referida Fundação, das empresas denominadas "sistemistas"; cujos contratos foram celebrados em 30/06/03, um dia antes da assinatura do Contrato nº 34/2003 entre a FATEC e o DETRAN/RS, tamanha a pressa em malversar os recursos públicos.”

Neste contexto, as alegações de que os serviços “terceirizados” não correspondiam ao núcleo-objeto do contrato firmado com o Detran/RS, tornam-se irrelevantes, pois o que sobressai é a obrigatoriedade da subcontratação das empresas ditas “sistemistas”, que servem aos interesses pecuniários escusos.

A propósito dos “serviços terceirizados” em si, a alegação recursal de que tais serviços não seriam meramente “de papel”, isto é, não prestados ou simplesmente inexistentes, não se faz acompanhada de nenhuma prova concreta, enquanto que os elementos contidos nos autos, em sentido contrário, ratificam inteiramente a acusação fiscal.

Peço vênia para transcrever excerto do voto condutor da decisão recorrida, que bem sintetiza a questão:

“(…) 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. Os relatórios apresentados continham prestações que não foram comprovadas. Nesse sentido, são contundentes as informações técnicas do Ministério Público de Contas do Estado do Rio Grande do Sul ao detalhar sobre os relatórios de serviços de quatro sistemistas, revelando que os acordos produziram remunerações irreais, abusivas e desproporcionais e demonstrando que (fls. 727/763):

a) o contrato da Fatec com a Pensant Consultores previa a prestação de serviços técnicos de supervisão e gerência das obrigações decorrentes do contrato

à vinculação do pagamento das bolsas aos respectivos projetos. A diretora Nilza Zampieri participa de dois projetos no período compreendido pela suspensão da isenção (fls. 346/351). Um termina um ano antes do outro e, mesmo assim, a bolsa mensal percebida sempre foi de R\$ 2.700,00 (fls. 340/341). Os pagamentos para ela encerraram-se um mês antes da transmissão do cargo para o sucessor. O diretor Jornandes Almeida já vinha recebendo valores mensais de R\$ 1.500,00 em todo o ano de 2003 e continuou recebendo até julho de 2004. De agosto/2004 a dezembro/2006 passa a receber R\$ 1.350,00 (fls. 342/345), valor que corresponderia à bolsa pelo projeto SIE-IFES (fls. 380 e 389), cujo contrato somente foi assinado em 28/1/05 (fl. 373). Em outro documento, a universidade informa sua participação no projeto pelo período de 1/10/04 a 17/1/08 (fl. 404).”

A este respeito não constatei contestação expressa nos recursos manejados, à exceção de esparsas manifestações, de cunho genérico, no sentido de que os serviços de dirigentes seriam voluntários e não remunerados, ou então específicas, no caso dos responsáveis elencados pela fiscalização, acerca da não remuneração pelos serviços por eles próprios (recorrentes) prestados, na condição de dirigentes.

Assim, tomo por corretas as observações feitas pela decisão recorrida quanto a este aspecto, ao menos no que toca à remuneração dos dois citados dirigentes (Nilza Luiza Venturini Zampieri e Jornandes Oliveira Almeida).

Tendo sido suspensa a isenção da Fundação, por meio do competente ato declaratório expedido pela autoridade fiscal com jurisdição sobre o contribuinte, a sua tributação se fez de acordo com as regras a que são submetidas as demais pessoas jurídicas em geral.

Apuração dos tributos devidos – IRPJ, CSLL, PIS e COFINS

Conforme já antes relatado, nos anos de 2003 e 2004 foi adotado o lucro presumido, em face da opção da contribuinte, quando intimada a se manifestar a respeito. Já nos anos seguintes a tributação se deu pelo lucro arbitrado, pois o contribuinte não apresentou a escrituração necessária para a tributação pelo lucro real, e havia excedido o limite para permanecer no lucro presumido.

A Fundação alega ser mera gestora dos recursos de terceiros necessários à execução dos projetos. Luiz Carlos de Pellegrini e Ronaldo Etchecury Morales endossam o argumento, e sustentam que o rendimento da Fatec decorreria, portanto, exclusivamente das taxas de administração que cobra pela gestão desses projetos.

Este argumento já foi devidamente enfrentado pela decisão de piso, cujos fundamentos aqui subscrevo:

“Não se pode aceitar que somente as comissões integrem a base de cálculo do IRPJ e da CSLL. O lucro presumido ou o lucro arbitrado são calculados com base no resultado da aplicação de percentuais determinados sobre a receita bruta, adicionado a outros valores especificados em lei, auferidos no mesmo período (arts. 25 e 27 da Lei 9.430/96). A receita bruta das vendas e serviços consiste no produto da venda nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado auferido nas operações de conta alheia, consideradas ainda algumas exclusões previstas na lei (art. 31 da Lei 8.981/95).”

Os contratos de prestação de serviços da Fatec demonstram que ela não operava como agenciadora de serviços de terceiros, mediante pagamento de uma comissão (operação de conta alheia). O preço cobrado correspondia ao montante da responsabilidade da prestação de bens e serviços que contratou. A operação era toda desenvolvida e consumada em nome e por conta da fundação. Era a Fatec que responderia por eventual inadimplência.”

Nenhum reparo merece portanto, a autuação, no que toca às exigências de IRPJ e seus reflexos CSLL, PIS e COFINS. No caso do PIS e da COFINS, conforme antes relatado, não foram constatadas quaisquer alegações específicas relativas a esses tributos, tais quais haviam sido feitas na impugnação. A apuração destas contribuições, tanto no lucro presumido quanto no lucro arbitrado, se faz pela apuração cumulativa.

IRRF – pagamentos sem causa

No que toca à autuação relativa ao IRRF sobre os pagamentos tidos por sem causa, o lançamento se fez sob a égide do art. 61, § 1º, da Lei 8.981/95:

“Art. 61. Fica sujeito à incidência do Imposto de Renda exclusivamente na fonte, à alíquota de trinta e cinco por cento, todo pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas a beneficiário não identificado, ressalvado o disposto em normas especiais.

§ 1º A incidência prevista no caput aplica-se, também, aos pagamentos efetuados ou aos recursos entregues a terceiros ou sócios, acionistas ou titular, contabilizados ou não, quando não for comprovada a operação ou a sua causa, bem como à hipótese de que trata o § 2º, do art. 74 da Lei nº 8.383, de 1991.

§ 2º Considera-se vencido o Imposto de Renda na fonte no dia do pagamento da referida importância.

§ 3º O rendimento de que trata este artigo será considerado líquido, cabendo o reajustamento do respectivo rendimento bruto sobre o qual recairá o imposto.”

Os serviços, no caso, não foram efetivamente prestados, conforme já aqui se disse; já os pagamentos, por outro lado, foram comprovados. Assim, materializou-se a hipótese prevista em lei (pagamento sem causa).

Consoante já exposto no presente voto ao norte, trata-se de hipótese de responsabilidade por substituição expressamente prevista em lei, cabendo à fonte pagadora a retenção e recolhimento do imposto de renda devido, com o reajustamento da base de cálculo sobre a qual deve incidir o imposto, nos moldes do § 3º acima transcrito.

Portanto, não tem procedência o argumento manejado pela Fundação, no sentido de que os pagamentos foram identificados e devidamente contabilizados, e que, portanto, não teria efetuado pagamentos sem causa. A contabilização ou não dos pagamentos é irrelevante para a caracterização do pagamento sem causa, consoante expressamente consta do § 1º acima transcrito.

Tampouco cabe, pelos motivos já expostos, a alegação de que não teria sido a entidade que agiu fora da lei ou com excesso de poderes, mas sim, supostamente, os seus ex-dirigentes em nome próprio, de modo que a Fatec não poderia ser por isso responsabilizada.

Juros e multa isolados – IRRF sobre bolsas

No que toca à autuação relativa aos consectários legais sobre a falta de retenção do IRRF devido sobre as bolsas de estudo, esta tem por pressuposto o entendimento do fisco de que determinadas bolsas pagas pela Fatec, as quais a fiscalização discriminou nos anexos 30 a 32, e a respeito das quais discorreu no seu relatório, não fariam jus à isenção de imposto de renda que a Fundação entendeu aplicável.

Assim, a par do eventual lançamento de ofício que a fiscalização efetivamente tenha feito ou venha a fazer, para cobrar o imposto de renda devido sobre essas bolsas, diretamente dos seus beneficiários, foram lançados de ofício, no presente processo, os juros e multas isolados, calculados sobre a falta de retenção do imposto, que incumbia à fonte pagadora fazer. Tal procedimento tem amparo na lei, notadamente no art. 9º da Lei nº 10.426/2002, art. 43 da Lei nº 9.430/96, e no Parecer Normativo, Cosit nº 1, de 24/09/2002.

Este último (PN Cosit 1/2002), estabelece que, quando constatada, *após a data fixada para a entrega da declaração de ajuste anual, no caso de pessoa física*, a falta de retenção do imposto de renda, que tiver a natureza de antecipação do devido, devem ser exigidos da fonte pagadora tão somente a multa isolada e os juros isolados, calculados desde a data prevista para o recolhimento do imposto que deveria ter sido retido, até a data fixada para a entrega da declaração de ajuste anual.

A Fundação, contudo, em entendimento endossado por outros recorrentes, sustenta que o resultado das pesquisas e estudos desenvolvidos não reverte para a Fundação, e que as bolsas pagas pela Fatec, portanto, são isentas do imposto de renda, pelo que descabe falar em falta de retenção, e, conseqüentemente, de multa e juros isolados, no caso.

Acrescenta no recurso que as pessoas que receberam bolsas da Fatec, e que foram cobradas pela Receita Federal pelo não recolhimento do IRPF, socorreram-se do Poder Judiciário, tendo como resultado que *“todas as ações judiciais acerca de bolsas concedidas pela Fatec já julgadas anularam o auto de infração lançado”*. Refere-se, no caso, a três decisões judiciais que anexa ao recurso, das quais, à época, uma já fora confirmada em segunda instância (esclareço que, no presente momento, as outras duas já foram também confirmadas pela 1ª. Turma Recursal dos Juizados Especiais da Seção do Estado do Rio Grande Do Sul).

Faz referência também a uma decisão do Conselho de Contribuintes (Processo nº 10840.00011112002-58, julgado em 13 de junho de 2007, Acórdão nº 104-22.488), relativa a contribuinte e fonte pagadora diversos, em que também foi reconhecida a existência dessa modalidade de doação para fins tributários e sua inatingibilidade no que tange ao imposto de renda (com relação a esta, contudo, observo que a mesma foi objeto de reforma pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, por meio do Acórdão nº 9202-00687, de 13 de abril de 2010, para decidir pela tributação da bolsa em questão pelo imposto de renda).

Há que se definir, portanto, em que circunstâncias uma bolsa é (ou não) tributável. É o que se passa a fazer.

As bolsas, mesmo as de estudo e pesquisa, são, em regra, tributáveis, conforme estabelecido no art. 43 do RIR/99, que consolida a legislação até então editada (grifei):

“Art. 43. São tributáveis os rendimentos provenientes do trabalho assalariado, as remunerações por trabalho prestado no exercício de empregos, cargos e funções, e quaisquer proventos ou vantagens percebidos, tais como (Lei nº 4.506, de 1964, art. 16, Lei nº 7.713, de 1988, art. 3º, § 4º, Lei nº 8.383, de 1991, art. 74, e Lei nº 9.317, de 1996, art. 25, e Medida Provisória nº 1.769, de 1998, arts. 1º e 2º):

I - salários, ordenados, vencimentos, soldos, soldadas, vantagens, subsídios, honorários, diárias de comparecimento, bolsas de estudo e de pesquisa, remuneração de estagiários;”

As condições que determinam a não tributação das bolsas de estudo e de pesquisa, ou seja, a exceção à regra, constam, por sua vez, do art. 39 do mesmo RIR:

“Art. 39. Não entrarão no cômputo do rendimento bruto:

VII - as bolsas de estudo e de pesquisa caracterizadas como doação, quando recebidas exclusivamente para proceder a estudos ou pesquisas e desde que os resultados dessas atividades não representem vantagem para o doador, nem importem contraprestação de serviços (Lei nº 9.250, de 1995, art. 26);”

Após alentado estudo sobre toda a legislação anterior e posterior ao RIR/99 acerca da matéria, feito pela autoridade julgadora *a quo*, e o qual inclui a legislação citada pela recorrente na peça de defesa, conclui aquela autoridade que, em síntese, foram preservadas, ao longo do tempo, as mesmas exigências que constam nos artigos acima transcritos, ou seja, para que uma bolsa (de estudo, pesquisa, extensão ou estímulo à inovação) seja isenta, é necessário o cumprimento cumulativo de três condições: (a) a bolsa deve ser caracterizada como doação; (b) a bolsa deve ser recebida exclusivamente para proceder a estudos, pesquisa, extensão ou inovação; e (c) **os resultados das atividades não podem representar vantagens para o doador, nem importar contraprestação de serviços.**

Por concordar com a análise jurídica feita pela DRJ acerca da matéria, transcrevo a seguir a síntese feita pela DRJ do quanto contido na acusação fiscal, adotando-o como razões de decidir:

“A fiscalização relacionou 31 projetos em que foram pagas bolsas isentas de IRRF (anexo 30 — fls. 2671/2672). Os autuantes analisaram as situações e concluíram que as bolsas pagas não constituíam doação civil porque seus valores foram cotados nos custos dos projetos, sem ônus ao patrimônio da UFSM ou da Fatec, demonstrando a perda do caráter de liberalidade, essencial à doação civil. As bolsas seriam utilizadas para o pagamento de mão-de-obra especializada e necessária ao cumprimento dos compromissos avençados com os financiadores dos projetos, o que caracteriza contraprestação de serviços. Os projetos não cumpriam condição para o gozo do benefício fiscal ou porque representavam pagamento de contraprestação por serviços prestados ou porque produziam resultados econômicos quer para o "doador direto" (fundação), quer para o "doador indireto" (financiador dos recursos e tomador dos serviços).

O processo contempla partes ou a integralidade textual de quase todos os contratos vinculados aos projetos listados no anexo 30 (fls. 3125, 3530, 3532, 3547, 3549, 3552, 3559, 3563, 3568/3569, 3571/3572, 3574, 3578, 3580, 3603, 3616/3617, 3636, 3640, 3664, 3669, 3673/3675, 3743, 3752, 3803, 3840, 3914/3923). Verifica-se invariavelmente que a Fatec se obriga à "prestação de serviços necessários para a execução" ou, simplesmente, à execução de serviço. Ora, isso demonstra a exigência de contraprestação a cargo da fundação, que utiliza servidor da UFSM para a execução do serviço a ser adimplido, ou ainda terceiriza, descaracterizando o caráter de liberalidade de qualquer bolsa vinculada.

A fiscalização faz uma análise mais detida sobre o projeto 95934, referente à criação do Centro de Educação Superior Norte-RS/UFSM (Cesnors), cujas considerações também são válidas para o projeto 95955, destinado à criação da Universidade Federal do Pampa (Unipampa), já que ambos previam a construção de unidades administrativas e laboratórios, aquisição de mobiliário, equipamentos e materiais permanentes, e implementação de bibliotecas. A execução e o plano de aplicação dos projetos explicitam evidente caráter contraprestacional: não há o objetivo de produzir estudos, pesquisas, extensão ou inovação, mas mera administração e execução de obras (fls. 1710/1714 e 1729/1731). O Acórdão 2259/2007 do TCU respalda essa constatação ao entender que a UFSM estaria transferindo à Fatec atos de competência exclusiva da universidade, relativos a serviços que não poderiam ser executados em caráter personalíssimo pela fundação, que configurassem mera intermediação, que resultassem em subcontratação de terceiros ou que não fossem compatíveis com a área de atuação da fundação (fl. 2446).

Outros exemplos enfatizados no relatório fiscal foram os projetos 81410 e 95355, vinculados a contratos em que houve financiamento de empresas de engenharia civil e indústrias alimentícias, interessadas na prestação de serviços de consultoria e geotecnia e nos resultados de estudos sobre o efeito da adição da fitase na alimentação de frangos de corte. Também aqui há forte conteúdo contraprestacional, com ganhos econômicos ao financiador. Com as mesmas características, destaco os projetos 20106, 95516, 95809, 95815, cujos financiadores e beneficiários dos resultados são a Cia. Energética Rio das Antas (fls. 3914/3923), Ralfe Oliveira Romero (fl. 3125) e a Companhia Estadual de Energia Elétrica (fls. 3568 e 3574).

Os projetos 95355, 95357, 95801 e 95819 fazem constar em seus contratos que a fonte de recursos seria resultante da arrecadação que a Fatec faria diretamente de clientes ou de inscrições realizadas (fls 3616, 3636, 3572 e 3840). Mais uma vez há evidências de retributividade.”

Diante do exposto, concluo que a fiscalização reuniu elementos suficientes de prova de que as bolsas relacionadas pela fiscalização nos anexos 30 a 32 deveriam ter sofrido a retenção do imposto de renda na fonte, motivo pelo qual está correto o lançamento efetuado pelo fisco, que, no caso, exigiu da Fatec tão somente os juros e multa isolados decorrentes da falta de retenção.

O Anexo 30 (fls. 2671 e seguintes) discrimina as bolsas de estudo e pesquisa por projeto da Fatec, o Anexo 31 (fls. 2673 e seguintes) discrimina as bolsas pagas por beneficiário, e o Anexo 32 (fls. 2680 e seguintes) apresenta o cálculo da multa isolada e dos juros isolados pela falta de retenção do IRRF.

Analisando o Anexo 31, verifico que dele constam os nomes das três pessoas referidas nas decisões judiciais antes mencionadas.

Nos casos de Melania de Melo Casarin (processo nº 2010.71.52.001223-7) e de Andre Krusser Dalmazzo (processo nº 2010.71.52.001224-9), já houve o trânsito em julgado favorável aos autores.

Neste caso, por força da prevalência da decisão judicial, devem ser cancelados, no presente processo, os lançamentos relativos à cobrança de juros e multa isolados relativos à falta de retenção do IRRF sobre as bolsas pagas a estas pessoas.

No caso de Andrea Tonini (processo nº 5003060-29.2010.4.04.7102), nada obstante a decisão a ela favorável na segunda instância, o processo encontra-se atualmente no STJ, com agravo em recurso especial da Fazenda Nacional, ainda sem decisão até o presente momento (consulta ao sítio www.stj.jus.br efetuada em 21/08/2015), motivo pelo qual mantenho a posição defendida no presente voto, ou seja, pela manutenção, no caso, dos juros e multa isolados relativos à falta de retenção do IRRF sobre as bolsas a ela pagas.

Multa qualificada

A Fundação argumenta que as ilegalidades foram supostamente cometidas pelos ex-dirigentes, motivo pelo qual sobre eles deveria recair a multa, mas que, acaso seja mantida a sua cobrança, deveria ao menos ser reduzida para o percentual de 75%, pois a Fundação apenas interpretou a legislação tributária de modo diverso ao que fez o fisco, não tendo ela cometido, como pessoa jurídica de direito privado, nenhum ato criminoso.

A tentativa de eximir-se de toda e qualquer responsabilidade, não apenas da multa, mas de fato, de toda a exigência fiscal que lhe foi feita, já foi aqui enfrentada, e não pode ser acolhida.

Ademais, por tudo o quanto já exposto no presente voto, resta claro que o caso não é de mera inadimplência, ou de divergência quanto à interpretação da legislação tributária em tese.

Trata-se de toda uma forma de se auto-organizar e de agir, com o intuito de fraude, conforme definida no art. 72 da Lei nº 4.502/64:

“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.”

Consoante restou aqui demonstrado, a Fundação valeu-se de sua condição de entidade isenta para, com isto, agindo de forma deturpada e contrária à lei, subvertendo o instituto da dispensa de licitações, previsto na Lei nº 8.666/1993, obter contratos para a prestação de serviços, junto ao poder público, serviços os quais, em muitos casos, em nada se assemelham ao tipo de atividades das quais uma Fundação de Apoio a uma Universidade Federal deveria se ocupar.

Houve, portanto, o completo desvirtuamento das finalidades e objetivos institucionais que justificariam a concessão de isenção. Ao prestar serviços comuns, e que poderiam ser prestados, em tese, por qualquer entidade de natureza privada, a Fundação, além de burlar a exigência de prévia licitação, ainda se beneficiou indevidamente pela sua condição de isenta, em detrimento dos concorrentes privados, que não gozam deste benefício.

E, para macular de vez a sua forma de agir, tem-se ainda que celebrou contrato com órgão público por meio do qual houve o desvio de dinheiro público para fins ilícitos, por meio de contratação “casada” de diversas empresas que abocanhavam substancial parte do contrato celebrado com o órgão público, sem que sequer tenham efetivamente prestado qualquer serviço que justificasse os pagamentos feitos em tamanha proporção.

Deve ser mantida, portanto, a multa qualificada.

Responsabilidade solidária dos dirigentes

Todos as três pessoas físicas imputadas como responsáveis pelo crédito tributário lançado (Silvestre Selhorst, Luiz Carlos de Pellegrini e Ronaldo Etchechury Morales) contestam a imputação que lhes foi feita.

Analisar-se-á cada uma separadamente.

Silvestre Selhorst

Silvestre Selhorst afirma que em nenhum momento foi apresentada qualquer prova de que tenha participado de algum ilícito fiscal, e que não preenche os requisitos legais necessários à sujeição passiva solidária, fixada no art. 124 CTN.

Diz ainda que exercia na FATEC apenas a função de Secretário Executivo, e que, nesta condição, não houve qualquer excesso de mandato ou infração da lei, do contrato ou do estatuto em todo o tempo que exerceu esta função, não podendo ser responsabilizado nos termos do art. 135 do CTN.

Não lhe assiste razão quanto aos argumentos manejados.

No que toca à ausência de mandato, há que se observar que o art. 135 do CTN prevê a responsabilização não apenas dos diretores, gerentes ou representantes das pessoas jurídicas de direito privado, mas também dos seus mandatários, prepostos e empregados.

O que importa, no caso, para que se verifique a condição de responsável, é a constatação da prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, sendo certo que não é qualquer infração à lei que enseja a co-responsabilidade dessas pessoas. Nos termos da reiterada jurisprudência do STJ, de cujo teor é exemplo a ementa abaixo transcrita, é necessário provar que houve o dolo, que houve fraude:

“PROCESSUAL. CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. SÓCIO-GERENTE. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. NATUREZA SUBJETIVA.

É dominante no STJ a tese de que o não-recolhimento do tributo, por si só, não constitui infração à lei suficiente a ensejar a responsabilidade solidária dos sócios, ainda que exerçam gerência, sendo necessário provar que agiram os mesmos dolosamente, com fraude ou excesso de poderes.” (Resp 898168, Rel. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJ 05.03.08)

Por tudo o quanto já exposto no presente voto, a fraude restou plenamente configurada no caso concreto, motivo pelo qual, aliás, manteve-se a multa qualificada.

E, no caso, o Sr. Silvestre Selhorst, na condição de Secretário Executivo, foi identificado como um dos principais responsáveis pelas fraudes praticadas pela Fatec.

Peço vênica para mais uma vez transcrever excerto do voto proferido no âmbito da decisão recorrida, pela síntese e clareza de sua exposição:

“Silvestre Selhorst foi o secretário executivo da Fatec durante todo o período correspondente aos fatos geradores dos lançamentos efetuados. Foi reconhecido como réu nos processos judiciais de crimes de formação de quadrilha, corrupção passiva, corrupção ativa, peculato-desvio e locupletamento em dispensa de licitação, acrescidos da agravante de direção da atividade criminosa dos demais agentes (fls. 2806/2869). Segundo revela a decisão da denúncia criminal e diversos testemunhos (fls. 642/647 e 650/670), foi um dos principais responsáveis pela articulação das operações irregulares vinculadas ao contrato como Detran/RS e a outras avenças. Uma das evidências da participação consciente e dolosa de Selhorst foi representada pelas planilhas que produziu para pagamento às empresas sistemistas, demonstrando o quanto elas iriam receber, independentemente da efetividade da prestação de serviços. Seu depoimento à Polícia Federal também demonstrou seu conhecimento acerca da subcontratação aos sistemistas, bem como de seu reconhecimento quanto à impossibilidade de aferição da qualificação e justeza da remuneração à sistemista Pensant, ainda que houvesse relatórios formais de prestação de serviços (fls. 618/636).

A decisão da denúncia criminal consignou sobre Silvestre Selhorst:

‘Trata-se de funcionário contratado pela FATEC. No curso das investigações, revelou-se como um dos envolvidos com maior destaque na organização criminosa, articulando as formas de atuação dos agentes (conhecedor do funcionamento das fundações, tendo assessorado todos os diretores que por ela passaram, inclusive, em alguns casos, o sentido de realizar, omitir ou encobrir irregularidades ou crimes).

Nos áudios resultantes das interceptações telefônicas, exsurtem indícios de sua ciência e voluntária participação no esquema. O mesmo pode ser extraído de provas documentais e, ainda, de seu próprio depoimento perante a Polícia Federal.’”

Portanto, a atuação do Sr. Silvestre Selhorst na prática dos condenáveis ilícitos praticados restou suficientemente caracterizada, sendo procedente a sua imputação como responsável pelo crédito tributário lançado.

Já se disse, no presente voto, que não encontra guarida na lei a tese (defendida pela Fatec) de que a responsabilidade prevista no art. 135 do CTN fosse entendida como sendo por substituição, ou seja, pessoal e exclusiva, das pessoas listadas no referido artigo.

Contudo, há ainda duas outras correntes de pensamento, que qualificam a referida responsabilidade como sendo subsidiária, ou então solidária.

Conforme já em diversas outras oportunidades me manifestei, entendo que a responsabilidade prevista no referido artigo deva ser tratada como solidária. Neste sentido, também manifestou-se a PGFN, no Parecer/PGFN/CRJ/CAT nº 55/2009, *verbis*:

“Se o elemento relevante para a caracterização da responsabilidade tributária do art. 135, III, do CTN fosse a condição de sócio, faria sentido a tese da responsabilidade subsidiária. Deveras, se o terceiro respondesse *por ser sócio*, seria plenamente razoável que demandasse o esgotamento do patrimônio da sociedade para que só então viesse a ser chamado a pagar o crédito tributário. Como, porém, não responde *por ser sócio*, mas porque, na condição de *administrador*, pratica *ato ilícito*, não faz o menor sentido que seja facultado a ele esquivar-se da responsabilidade exigindo que, primeiro, responda a sociedade para, só em caso de sua insolvabilidade, seja a ele imposta a sanção pela ilicitude.

A concepção de *responsabilidade por ato ilícito* exclui o caráter de subsidiariedade da obrigação do infrator. Este deve responder imediatamente por sua infração, independentemente da suficiência do patrimônio da pessoa jurídica. Eis o sentido de estar expresso no *caput* do art. 135 do CTN que são “*pessoalmente responsáveis*” os administradores infratores da lei. Dessa forma, deve ser excluída a tese da responsabilidade subsidiária em sentido próprio.”

De fato, a tese da responsabilidade subsidiária peca por trazer implícita no art. 135 do CTN a condição de “*impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte*”, condição esta que só está expressa no art. 134 do CTN, mas não no art. 135.

Assim, a responsabilidade solidária é de fato a mais consentânea com o texto legal, além de atender perfeitamente ao objetivo da norma, que é conferir uma maior garantia ao crédito tributário constituído.

Pelo exposto, deve ser mantida a responsabilidade solidária do Sr. Silvestre Selhorst.

Luiz Carlos de Pellegrini

Luiz Carlos de Pellegrini afirma que sempre agiu com zelo e decoro enquanto dirigente da fundação, observando a legislação, os estatutos e os acordos firmados pela entidade, e que a própria fiscalização declara que os administradores da fundação não praticaram atos com excesso de poderes e não constituíram vícios de consentimento.

Afirma ainda que não tinha vínculo com a fundação à época do nascedouro dos contratos atacados pela Fiscalização, não exercia cargo diretivo e não era conselheiro, portanto, não pode vir a ser responsabilizado pelos débitos fiscais daí decorrentes.

Os elementos trazidos aos autos, contudo, desmentem completamente suas alegações no sentido de não participação nos atos ilícitos.

Neste sentido, mais uma vez, peço vênica para transcrever excerto do acórdão recorrido, que bem sintetiza os fatos:

“Luiz Carlos de Pelegrini foi diretor-presidente da Fatec. Foi responsável pela assinatura de diversos contratos em detrimento da lei de licitações e do objeto da fundação, como é o caso do contrato com a Prefeitura Municipal de Torres para a elaboração de base cartográfica do município, firmado em 4/10/06 (fls. 3392/3395). Pelegrini foi admitido como réu nos processos judiciais por crime de formação de quadrilha, corrupção passiva, corrupção ativa, falsidade ideológica, peculato-desvio, supressão de documento e locupletamento em dispensa de licitação (fls. 2806/2869). Ficou evidenciado que Pelegrini tinha ciência dos fatos e contribuiu positivamente para sua perpetração, omitindo-se no dever de fazer cessar as ilicitudes. Teria firmado diversos documentos que sabia ideologicamente falsos no período de transição do contrato do Detran/RS com a Fatec para a Fundae e endossado documentos que deram suporte à criação da empresa de fachada Pakt Excelência em Projetos S/S Ltda.

Transcrevo a parte da decisão que admitiu a denúncia criminal de Pelegrini:

‘Foi Diretor-Presidente da Fatec, em momento contemporâneo ao da ocorrência dos supostos fatos criminosos, sendo também servidor da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Ao longo das investigações, elementos demonstram ter potencialmente contribuído para a perpetração dos crimes, omitindo-se no dever de fazer cessar as práticas criminosas.

Nos áudios resultantes das interceptações telefônicas exsurtem elementos que indicam sua ciência e voluntária participação no esquema.

Outrossim, firmou diversos documentos relativos aos contratos em questão, também havendo possibilidade de que tenha endossado documentos que deram suporte à criação da empresa Pakt.’ ”

Portanto, pelos elementos coligidos, em conjugação com o quanto exposto acerca do instituto da responsabilidade tributária no subitem precedente, deve ser mantida a responsabilidade solidária do Sr. Luiz Carlos de Pellegrini.

Ronaldo Etchechury Morales

Ronaldo Etchechury Morales afirma que foi denunciado sem qualquer prova ou menção de culpa, que teve a denúncia rejeitada e que, na reiteração desta, por decisão em grau superior, foi julgado e absolvido, o que cristaliza e reafirma que não agiu no interesse comum e muito menos se beneficiou financeiramente durante o curto espaço de tempo em que presidiu a Fatec, enquanto esta gestou o contrato com o Detran-RS.

Diz ainda que não teve qualquer acréscimo patrimonial no período, ou movimentação financeira estranha aos seus proventos, conforme restou comprovado na quebra de sigilo bancário e financeiro a que se expôs voluntariamente perante a Justiça Federal.

A decisão recorrida manteve a responsabilidade do Sr. Ronaldo Etchechury Morales ao fundamento de serem independentes as instâncias administrativa e judicial, e que, no caso, a despeito da decisão judicial que o absolvera da acusação criminal, haveria nos autos provas suficientes de sua responsabilidade.

Neste sentido, assim constou da decisão recorrida:

“Ronaldo Morales foi diretor-presidente da Fatec. Foi responsável pela assinatura de diversos contratos em detrimento da lei de licitações e/ou do objeto da fundação, como é o caso do contrato com a Anatel, firmado em 18/12/03, para execução de serviços de apoio a atividades de fiscalização, onde Fernando Fernandes, um dos principais lobistas e beneficiário no caso Detran, aparece como testemunha (fls. 2124/2135); do contrato com o Município de Canoas, firmado em 7/3/01, para elaborar projeto, capacitar e emitir recomendações visando à modernização administrativa; de contratos firmados em 25/2/03 e 10/3/03 para análise de produtos farmacêuticos e verificação de equivalência de medicamentos genéricos, cujas fontes seriam provenientes de empresas da indústria farmacêutica interessadas nos serviços específicos (fls. 2197/2203 e 2224/2238); e do contrato com o Detran/RS e com os sistemistas (fls. 467/482 e 533/562). Em sua gestão também foram pagas bolsas de estudos e pesquisa sem a devida retenção e recolhimento do imposto de renda na fonte.

(...)

Apesar do decisão penal favorável a Morales, pareceu-me evidente sua responsabilidade no caso do Detran/RS. A assinatura em duas oportunidades, como diretor-presidente, afasta eventual possibilidade de erro e demonstra a existência de consciência e vontade na execução dos atos. Não é crível que uma pessoa com a formação elevada de um professor de administração da UFSM não soubesse o nível de sua responsabilidade ao apor assinatura em dois contratos com o Detran e em quatro contratos casados com empresas sistemistas, confortando-se com a justificativa de que o "pacote já estava pronto" e que sequer haveria irregularidade. O vulto do negócio jurídico com a Fatec já seria suficiente para que despertasse em Morales o devido interesse pela operação. (...)”

De se observar que, quando da prolação do acórdão recorrido, o processo judicial em que se apurava a prática de ilícitos penais por parte do referido aguardava ainda o julgamento da apelação submetida ao Tribunal.

Contudo, em 12/12/2012, o tribunal, por unanimidade de votos, negou provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Federal, mantendo a sentença proferida em 14/10/2009 que absolvera sumariamente o réu nos termos do artigo 397, III, do CPP.

Ronaldo fora acusado de associação em quadrilha ou bando (art. 288 do Código Penal), locupletamento em dispensa de licitação (art. 89, parágrafo único da Lei nº 8.666/93), e peculato-desvio (art. 312 do Código Penal).

Transcrevo a seguir excertos do acórdão proferido no âmbito da Apelação Criminal nº 0001849-77.2009.404.7102/RS (disponível em www.trf4.jus.br/):

“Consoante bem referido na sentença, do farto acervo probatório constante dos autos não se afere a existência de conduta dolosa de Ronaldo, quer de maneira

direta, quer em participação no cometimento dos graves crimes cometidos em detrimento do erário estadual. Veja-se a bem-lançada sentença:

Deflui, da leitura de tais excertos, que ao réu, em síntese, foi imputado o fato de ser Presidente da Fatec em parte do período no qual ocorreram os fatos narrados na denúncia, e, nesta condição, ter assinado o contrato entabulado entre Detran/Fatec e entre a Fatec e as empresas chamadas de "sistemistas".

De fato, Ronaldo Etchechury Morales era Presidente da Fatec na época de sua primeira contratação pelo DETRAN. Em tal condição, firmou referido contrato. Não obstante, revendo os autos, considero que nada foi apresentado, à exceção do próprio contrato, que pudesse indicar que, de fato, tenha tido participação direta e consciente sobre os fatos delituosos aqui versados.

Efetivamente, seu nome não figura em trechos das escutas telefônicas, tampouco é referido nos depoimentos dos indiciados e denunciados em relação aos quais há indícios de autoria. Outrossim, não era o ordenador de despesas do Projeto, tampouco dava operacionalidade aos comandos a ele relativos.

Veja-se que, em seu depoimento à Polícia Federal, o denunciado em questão foi bastante claro, dando conta de que, na condição de presidente da Fatec, simplesmente firmou o contrato com o DETRAN e com as chamadas "sistemistas", não tendo, todavia, participação decisiva, seja nas negociações, seja no desenrolar posterior, relativo ao seu cumprimento:

(...)

Tal conduta (assinatura dos contratos Fatec/Detran e Fatec/empresas prestadoras de serviço), contudo, evidentemente não constitui crime, pois ausente um dos elementos dos tipos imputados ao denunciado, qual seja, o dolo. Vale lembrar que nenhum dos delitos pelos quais o réu foi denunciado é punido a título de culpa. Portanto, estando ausente o dolo, exclui-se o tipo penal, impondo-se a absolvição sumária do réu.

Cabe registrar que não há, nos autos, elementos que possam infirmar a versão que o réu atribui aos fatos e, assim, permita o prosseguimento da pretensão acusatória contra o denunciado.

Nessa linha, inexistente liame subjetivos mínimos, descabe a invocação do princípio in dubio pro societate. Seguem precedentes do STF e STJ:

(...)

a) Do locupletamento em dispensa de licitação e do peculato-desvio:

(...)

Em verdade, o único indício de que Ronaldo Etchechury Morales teria concorrido para a consecução de tais delitos seria sua condição de Presidente da Fatec. Não há, na investigação que embasou a denúncia, qualquer outro elemento (seja decorrente das interceptações telemáticas e telefônicas, ou de documentos apreendidos e depoimentos

prestados) que corrobore, de forma mais densa, a tese de que teria concorrido no desvio de recursos públicos e na dispensa indevida de licitação, beneficiando-se posteriormente deste ato.

Sua simples condição de membro da presidência da Fatec não é suficiente para se reconhecer, de forma objetiva, sua potencial participação nos delitos, especialmente quando dos autos defluem outros indícios probatórios dando conta da possível existência de outras pessoas que teriam conduzido as negociações com o Detran e, ainda, seriam responsáveis por sua operação após a contratação.

Outrossim, deve-se gizar que não foi colhido nenhum elemento, em dados bancários ou fiscais, que possa indicar algum tipo de vantagem financeira indevida que lhe tenha sido repassada.

(...)

b) Da formação de quadrilha:

No caso, todavia, considero, pelos mesmos motivos expendidos nos tópicos anteriores, que efetivamente não existem elementos probatórios mínimos que indiquem que o réu tivesse ciência da potencial existência de reunião consciente de pessoas para a finalidade da prática de crimes determinados. Não se pode presumir, de sua condição de Presidente da Fatec, tivesse ciência de que a fundação poderia estar sendo utilizada, em projeto supostamente levado a cabo por uma série de pessoas, com finalidade criminosa, para fins ilícitos, envolvendo o contrato Detran.

Não havendo prova da vinculação subjetiva entre o réu Ronaldo Etchechury Morales e os demais réus para a prática voluntária de delitos, bem como de sua ciência de que supostamente seriam praticados ilícitos penais, descabe buscar, ao menos neste momento, via ação penal, qualquer consequência em âmbito criminal. (...)

Como bem expendido, inexistem elementos robustos e contundentes dando conta de que, primeiramente, Ronaldo integrava quadrilha formada com o específico fim de apropriação indevida de recursos públicos; de que se beneficiou de dispensa irregular de licitação, bem como de que tenha agido de forma a cometer quer diretamente, em coautoria ou em participação, o crime de peculato-desvio.

(...)

In casu, a peça acusatória parte do pressuposto de que a conduta de Ronaldo era de cumplicidade e conivência com as dos demais réus, tendo se locupletado e possibilitado a ocorrência da fraude que resultou em grave prejuízo ao erário.

(...)

Do exame minudente da resposta à acusação e da grande quantidade de documentos colacionados nos 39 volumes dos autos, infere-se que embora Ronaldo Morales exercesse o cargo de Presidente da FATEC, não se envolvia diretamente na administração da fundação, principalmente, na parte executiva. Este encargo ficava sob a responsabilidade do Diretor (Secretário) Executivo, que à época de sua gestão, bem como nas anteriores e na posterior, era Silvestre Selhorst - que tendo larga experiência e recebendo total confiança do Conselho Superior da Fundação, bem

como da própria Universidade - se encarregava de levar os documentos prontos para o Presidente da FATEC assiná-los.

(...)

A propósito, da investigação levada a cabo pela Polícia Federal, não há indicação (ainda que de forma minguada) de que estivesse Ronaldo mancomunado com os demais diretores da entidade que presidia (FATEC), com a reitoria da UFSM, com o pessoal do DETRAN ou mesmo com os representantes legais da empresas prestamistas, para o fim de cometimento de delitos.

(...)

Releva apontar, ainda, que ao tempo de seu mandato na FATEC, Ronaldo Morales dirigia o Centro de Ciências Sociais e Humanas da UFSM, reservando a quase totalidade de seu laboro para esta atividade. Sua ida à FATEC ocorria, basicamente, para assinar documentação providenciada pelos outros dirigentes da entidade. Sobre este ponto, trago à colação excerto de algumas declarações prestadas no Inquérito Administrativo realizado pela UFSM, *verbis*:

(...)

Igualmente, consoante bem elencado na sentença, não exurgiram da investigação, quaisquer dados bancários ou fiscais, filmagens ou interceptações telefônicas que apontassem alguma ligação de Ronaldo com os fatos criminosos narrados na denúncia. Tampouco há notícia de ter ele recebido qualquer vantagem financeira, quer a título de propina, ou mesmo em bônus pelas assinaturas dos contratos.

Outro dado que permite concluir não ter Ronaldo agido com dolo, foi o de que, espontaneamente, se colocou à disposição das autoridades públicas (Polícia Federal, Ministério Público e também da Assembléia Legislativa - CPI do DETRAN) para colaborar no sentido de que fossem apurados os fatos e identificados os verdadeiros responsáveis pela usurpação do dinheiro público, em tese ocorrida.

Aliás, perante tais órgãos, o recorrido prontamente abriu mão de suas garantias constitucionais, tais como os sigilos bancários, fiscal, telefônicos e outros.

Embora as esferas cíveis e penais sejam independentes, é importante ressaltar que na condição de réu na Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa tombada sob nº 20098.71.02.002546-7/RS, Ronaldo Etchechury Morales teve rejeitadas as imputações a si feitas na inicial, em razão da ausência do elemento subjetivo a caracterizar seus atos, na condição de Presidente da FATEC, como ímprobos.

Tal decisão, inclusive, foi mantida por esta Corte quando do julgamento do Agravo de Instrumento nº 0011644-05.2011.404.0000/RS, ajuizado pelo Estado do Rio Grande do Sul e DETRAN/RS.

Desse modo, diante da correta análise efetuada pela magistrada a quo, é perfeitamente possível afirmar, com base nos fatos descritos na denúncia e nos elementos existentes nos autos - **de plano - que a conduta de Ronaldo não foi dolosa**, o que descaracteriza a tipificação dos delitos a si imputados. (...)"

Analisando-se o teor da acusação fiscal contra o imputado Ronaldo Etchechury Morales, corroborada pela decisão recorrida, consoante o resumo contido no

excerto do voto da referida decisão – ao norte transcrito – vê-se que esta nada acresce em relação ao quanto foi constatado no âmbito da ação penal ajuizada contra esta mesma pessoa. A acusação gira basicamente em torno da atuação do imputado como diretor-presidente da Fatec ao apor sua assinatura, em duas ocasiões, nos contratos celebrados com o Detran/RS, bem como nos contratos “casados” com as empresas sistemistas. E, apesar de a fiscalização afirmar, ainda, que tanto a Fatec quanto os seus ex-gestores, dentre eles Ronaldo Etchechury Morales, teriam interesse comum nos resultados econômicos advindos dos fatos geradores debatidos nos autos, na medida em que todos se beneficiariam com a lucratividade da contribuinte, o fato é que não há nos autos um único elemento, sequer indiciário, que aponte o benefício econômico direto do imputado em decorrência dos referidos contratos.

Por outro lado, tem-se que a apuração feita na ação penal foi bastante abrangente, ao levar em consideração todo o conjunto de filmagens, interceptações telefônicas, investigações bancárias e fiscais, e depoimentos de terceiros, entre outros, de modo a se poder concluir, com segurança, que, ao menos com base nos elementos até então coletados (a sentença é de 12/12/2012), não há qualquer indício de dolo, por parte de Ronaldo Etchechury Morales, nos atos por ele praticados na condição de diretor-presidente da Fatec, e, ainda, não há qualquer indício de seu proveito econômico próprio em razão da fraude detectada na operação dos contratos com o Detran/RS e as empresas sistemistas. A decisão judicial faz ainda referência à Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa nº 2008.71.02.002546-7/RS, na qual Ronaldo Etchechury Morales teve “*rejeitadas as imputações a si feitas na inicial, em razão da ausência do elemento subjetivo a caracterizar seus atos, na condição de Presidente da FATEC, como improbos*”.

Nada obstante seja possível debater-se acerca da independência das instâncias, entendo que a manifestação exarada pelo Poder Judiciário é suficientemente clara no sentido da inexistência de dolo, bem como de interesse comum, por parte de Ronaldo Etchechury Morales. E não há nenhum elemento nos presentes autos, que porventura não tivesse sido objeto de análise no âmbito da ação penal, e que possa conduzir a entendimento diverso.

Pelo exposto, deve ser cancelada a imputação fiscal de responsabilidade solidária pelos créditos tributários lançados, em nome de Ronaldo Etchechury Morales, ressalvando-se a competência e a possibilidade de a Procuradoria da Fazenda Nacional futuramente vir a redirecionar a execução contra o mesmo, se o caso, em razão de novos fatos que porventura venham a ser apurados.

Conclusão

Pelo exposto, dou parcial provimento aos recursos voluntários apresentados para: (i) cancelar os lançamentos relativos à cobrança de juros e multa isolados relativos à falta de retenção do IRRF sobre as bolsas pagas às pessoas de Melania de Melo Casarin e de Andre Krusser Dalmazzo; (ii) cancelar a imputação fiscal de responsabilidade solidária em nome de Ronaldo Etchechury Morales.

Documento assinado digitalmente.

João Otávio Oppermann Thomé - Relator

Processo nº 11060.002877/2008-11
Acórdão n.º **1201-001.290**

S1-C2T1
Fl. 52

CÓPIA