



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

Processo n° 15983.000510/2010-18
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2101-002.725 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de março de 2015
Matéria IRRF
Recorrente INSTITUTO SUPERIOR DE EDUCAÇÃO SANTA CECÍLIA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007

CONCOMITÂNCIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL.

A propositura pelo contribuinte de ação judicial contra a Fazenda Pública antes ou após a autuação com o mesmo objeto, importa renúncia à instância administrativa ou desistência do recurso interposto, na forma do art. 38 da Lei 6.830, de 1980 e Súmula n° 1, do Carf.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de votos, em não conhecer do Recurso Voluntário, para declarar a definitividade na esfera administrativa do crédito tributário lançado, por concomitância da discussão nas esferas administrativa e judicial. Vencida a Conselheira Maria Cleci Coti Martins, que apresentará declaração de voto.

(assinado digitalmente)

LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS - Presidente

(assinado digitalmente)

HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR – Relator

(assinado digitalmente)

MARIA CLECI COTI MARTINS – Declaração de Voto

Participaram do julgamento os Conselheiros Luiz Eduardo de Oliveira Santos (Presidente), Eduardo de Souza Leão, Maria Cleci Coti Martins, Daniel Pereira Artuzo e Heitor de Souza Lima Junior (Relator).

Relatório

Trata-se de lançamento de Imposto Sobre a Renda Retido na Fonte, no valor de R\$ 16.587.950,53, bem como de multa isolada no valor de R\$ 12.440.961,72 e juros isolados no valor de R\$ 6.550.660,00, os quais atingiam o montante de R\$ 35.579.572,25 à época do lançamento, cientificado em 28/07/2010 (e-fls. 02 a 100).

Iniciou-se a apuração fiscal, consoante Termo de Constatação e Verificação fiscal de e-fls. 101 a 112, a partir de Representação Fiscal de Descaracterização da Imunidade Tributária da autuada, efetuada no âmbito do Processo Administrativo 15983.000817/2009-85, detalhadamente descrita em excertos de e-fls.103 a 106.

Além da referida Representação, que culminou com a posterior suspensão de imunidade da entidade fiscalizada, com fulcro no Ato Declaratório Executivo DRF/Santos n.º 72, de 22 de dezembro de 2009 (vide despacho decisório de e-fls 329 a 341 e ADE de e-fl. 342), foram constatadas, no curso da ação fiscal, pela autoridade autuante, irregularidades quanto ao número de bolsas concedidas no programa PROUNI, tanto quanto ao número de bolsas distribuídas quanto à renda per capita dos beneficiários do programa (e-fls. 107 a 110 e demonstrativos de e-fls. 113 a 160).

Com base na suspensão da referida imunidade, a autoridade autuante tributou, a título de pagamento a beneficiário não identificado, despesas incorridas pela autuada no período de Agosto de 2005 (08/2005) a Dezembro de 2007 (12/2007), consideradas como não necessárias à atividade da instituição e caracterizadas como sem causa, pagas a empresas cujo quadro societário era integralmente de diretores da autuada, a saber, TSL Assessoria Educacional – CNPJ 07.006.967/0001-20 e NCM Promoções e Eventos Ltda. – CNPJ 06.989.443/0001-33, deduzidos o Imposto de Renda Retido na Fonte e as contribuições sociais retidas, com fulcro no art. 30 da Lei no. 10.833, de 29 de dezembro de 2003 (e-fls. 161 a 226).

Insurgindo-se contra a autuação, o contribuinte apresentou impugnação de e-fls. 528 a 655, onde, em síntese, conforme muito bem relatado pela autoridade de 1ª. instância, cujo excerto do Relatório de e-fls. 715 a 717 aqui reproduzo, alegava:

“(…)

a) que existe nulidade processual a ser acatada, em face de irregularidades na emissão, reemissão e ciência do MPF (Mandado de Procedimento Fiscal), que lastreou o procedimento fiscal (transcreve jurisprudência);

Ministério e levou a assinatura do "TERMO DE COMPROMISSO N° 33/2009 — DIPES/SESu/MEC", destinado a permitir a regularização da situação (doc. n° 10)" (todos os destaques do original).

Prossegue discorrendo sobre a incompetência legal de servidor da Receita Federal para descaracterizar a adesão da entidade ao PROUNI, transcrevendo o artigo 9º, da Lei n° 11.096/2005, destacando que, nos termos do § 1º, do referido artigo 9º, as penas previstas no caput "serão aplicadas pelo Ministério da Educação, nos termos do disposto em regulamento, após a instauração de procedimento administrativo, assegurado o contraditório e direito de defesa". (sublinhado na defesa da contribuinte).

E acrescenta: "uma vez observada a involuntária inobservância das regras estabelecidas para o PROUNI, o MEC, no lido exercício da sua competência e após instaurado o competente procedimento administrativo, onde foram assegurados o contraditório e o direito de defesa, entende que deveria aplicar, ao ISESC, a pena prevista no artigo 9º, Inciso I, da referida lei, o que fez mediante o "TERMO DE COMPROMISSO" ad anteriormente referido na impugnação" (destaques da impugnante).

Aduz ainda: "diante das mesmas irregularidades, apuradas pelo MEC, o I. AFRFB usurpando uma competência que não era sua, por força do disposto no § 1º do artigo 9º ("As penas previstas no caput deste artigo "serão aplicadas pelo Ministério da Educação...") e mediante abuso de poder, isto é, sem permitir ao IMPUGNANTE o exercício do direito de defesa, mediante procedimento administrativo em que lhe fosse assegurado o contraditório, houve por bem impor-lhe uma segunda pena pela mesma falta, qual seja, a suspensão da isenção do imposto e contribuições mencionados no artigo 8º da mesma Lei. Em resumo, a exigência tributária de que trata o auto de infração ora impugnado é absolutamente nula, seja porque a suspensão da isenção foi efetivada com total inobservância das disposições legais vigentes, seja porque impõe uma segunda penalidade para as mesmas pretensas irregularidades que teriam sido praticadas pelo ISESC, sem dar-lhe condições de defesa, como exigido por essas mesmas disposições legais" (destacado pela defesa).

Concluindo este tópico de sua defesa, a contribuinte reproduz manifestações que fez ao longo do procedimento fiscal, alertando ao condutor do feito para o que chama de "abuso de autoridade" e "prática do crime de excesso de exação", transcrevendo o artigo 4º, da Lei n° 8.429/92, destacando que a exclusão do ISESC do programa PROUNI e a autuação subsequente, por força da ação fiscal efetuada, implicará em promover, contra o Agente Fiscal, "a competente "notitia criminis" ao Ministério Público Federal, pela prática do crime acima referido [excesso de exação]". E assevera, finalmente, que "eventual exigência tributária, efetivada com base na desvinculação do ISESC do PROUNI, será, igualmente, alvo de

representação ao Ministério Público Federal, visto que tal desvinculação foge à competência dessa R. Fiscalização".

Continua a defesa dissertando sobre seu entendimento acerca dos fatos a ela impingidos, destacando-se em síntese:

j) que se viu tributada nos "valores discriminados no auto de infração lavrado, correspondentes aos fatos geradores 01/08/2005 a 28/12/2007 a título de "OUTROS RENDIMENTOS — BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO —FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE SOBRE PAGAMENTOS A BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO com infringência do disposto nos artigos 674 do RIR/99 e 61 da Lei nº8.981/95" (destaque no original);

k) que não procede a tributação a esse título e que os pagamentos a beneficiários não identificados tiveram seu destino "perfeitamente reconhecido", as empresas TSL e NCM (traz jurisprudência do CARF, que entendeu pertinente, assim como doutrina de Antônio Airton Ferreira e outros);

l) que, por força do entendimento jurisprudencial e doutrinário, "mesmo que não identificados os beneficiários dos pagamentos, descaberia a exigência do Imposto de Renda nos moldes em que foi feita, visto inexistir fato gerador correspondente a esse tributo, tendo sido instituída, mediante o aludido artigo 61 da Lei nº 8.981/95, uma efetiva penalidade, o que é vedado pelo artigo 3º do CTN" (que transcreve);

m) que, "portanto, verifica-se que o lançamento tributário efetuado, além de ter incidido sobre pagamentos efetuados a pessoas jurídicas perfeitamente identificadas, o que afasta a incidência do artigo 674, caput, do RIR/99 (artigo 61, caput, da Lei nº8.981/95), o foi com erros que recomendam a sua anulação".

(...)"

A DRJ/Campinas, autoridade julgadora de 1ª. instância, ao analisar a impugnação do contribuinte, optou por julgá-la improcedente, na forma do Acórdão 05-34.276, de e-fls. 710 a 741, assim ementado:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/08/2005 a 28/12/2007

Nulidade. Improcedência.

Tendo sido o lançamento efetuado com observância dos pressupostos legais e não havendo prova de violação das disposições contidas no artigo 142 do CTN e artigos 10 e 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, não há que se falar em nulidade do lançamento em questão. O MPF é mecanismo de controle administrativo e o prazo de 180 dias, nele previsto, para execução das auditorias por parte da fiscalização da Receita Federal, pode ser prorrogado tantas vezes quantas necessárias,

sendo válidas as prorrogações feitas tempestivamente, por meio eletrônico.

Seleção de Contribuintes e Motivação da Fiscalização. Ato Discricionário da Administração.

Inserem-se dentro dos chamados "atos discricionários" da administração pública a seleção de contribuintes a serem fiscalizados pela Receita Federal, bem como a motivação para tal ato. Sendo a seleção realizada com observância dos princípios constitucionais de impessoalidade, interesse público, imparcialidade, finalidade, razoabilidade e justiça fiscal, não há que se falar em nulidade ou qualquer excesso à lei.

Cerceamento de Defesa. Inexistência.

Tendo a autuada revelado conhecer as acusações que lhe foram imputadas, rebatendo-as de forma meticulosa, com impugnação que abrange questões preliminares como também razões de mérito, descabe a proposição de cerceamento do direito de defesa.

Matéria sob Apreciação Judicial.

O impedimento a que julgadores administrativos manifestem-se acerca de matérias submetidas ao crivo do Judiciário só se concretizam se o tema debatido tiver a mesma substância, o que se não se visualiza nos autos presentes.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE – IRRF

Período de apuração: 01/08/2005 a 28/12/2007

Pagamentos a Beneficiários não Identificados ou Pagamentos sem Causa.

Cabimento. Artigo 61, da Lei nº 8.981/1995.

A pessoa jurídica que efetuar pagamento a beneficiário não identificado sujeitar-se-á à incidência do imposto de renda retido na fonte, de forma exclusiva, à alíquota de 35%, sobre base de cálculo reajustada. Tal regra, na forma do § 1º, do artigo 61, da Lei nº 8.981, de 1995, aplica-se também aos pagamentos efetuados ou aos recursos entregues a terceiros ou sócios, acionistas ou titular da entidade, quando não comprovada a operação ou a sua causa.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Cientificado da decisão em 30/01/12 (e-fl. 1405), o contribuinte apresenta, em 27/02/12, o Recurso Voluntário de e-fls. 1406 a 1480, onde repisa as argumentações tecidas em sede de impugnação, optando, porém, por adicionar, para cada um dos 13 itens, considerações acerca da decisão de 1ª instância, da seguinte forma:

Preliminarmente:

a) Alega, em complemento ao item “a” do Relatório do Acórdão de Impugnação adotado, que a decisão recorrida deixou de examinar o fato de que o MPF e suas alterações não apontam, em momento algum, no seu objeto, a avaliação dos requisitos das imunidades tributárias relativas aos impostos (art. 150, VI, “c”, da CF), nem das contribuições sociais (art. 195, §7º, da CF), trazendo doutrina acerca do tema que sustentaria seu posicionamento;

b) Alega, em complemento ao item “b” do Relatório do Acórdão de Impugnação adotado, que a decisão recorrida, ao longo de e-fls. 722 a 727, deveria ter apontado em qual programa de fiscalização fora incluído o recorrente, ou, então, no caso de inexistência desse programa, apontar o ato do Coordenador Geral de Fiscalização que autorizou a fiscalização contra ele realizada, reiterando, novamente, a necessidade de observância aos arts. 1º das Portarias SRF 500/95, 3.007/01 e RFB 11371/07, bem como ao Decreto 1.171/94, bem como aos princípios da publicidade, impessoalidade, da imparcialidade e do interesse público;

c) Alega, em complemento ao item c) do Relatório do Acórdão de Impugnação adotado, que se discutiu exclusivamente os aspectos jurídicos da autuação, insurgindo-se contra a possibilidade, levantada pela autoridade julgadora de 1ª instância, de obtenção por parte de cópias pelo recorrente, uma vez que entende que estaria assim cerceado o direito de defesa pela redução do prazo de 30 dias, alegando terem sido sonogados elementos indispensáveis à comprovação do ilícito, citando a inexistência de demonstrativo relativo ao reajustamento da base de cálculo promovido com fulcro no art. 61 da Lei 8981/95 como exemplo. Reitera assim a argumentação de nulidade por cerceamento de seu direito de defesa;

d) Alega, em complemento ao item “d” do Relatório do Acórdão de Impugnação adotado, que o Agravo de Instrumento citado pela decisão recorrida já foi decidido, bem como existir resposta em sentido diverso da mesma PGFN/Santos a outra consulta, agora formulada pelo INSS (doc. 3 anexo à impugnação), no sentido de existir óbice à constituição do crédito tributário em questão;

e) Alega, em complemento ao item “e” do Relatório do Acórdão de Impugnação, que a liminar mencionada pelo julgador de 1ª instância foi denegada em Mandado de Segurança que não guarda relação com o período alvo da autuação e que trata-se de ato não definitivamente julgado, reiterando seu entendimento que a existência de CEAS renovado abrangendo o período fiscalizado caracterizaria sua imunidade;

No Mérito

f) Em complemento aos itens “f”, “g”, “h” e “i” do Relatório do Acórdão de Impugnação, que se referem à descaracterização à adesão da contribuinte ao Programa PROUNI, realizada pela autoridade autuante, acrescenta ao teor da impugnação que, a partir do teor do §9º do art. 32 da Lei nº 9.430, de 24 de dezembro de 1996, o presente processo deveria ter sido anexado ao Processo Administrativo de nº 15983.000817/2009-85, para fins de julgamento conjunto, arguindo então nulidade pelo fato deste rito não ter sido observado pelo

juízo de 1ª instância. Faço notar que, assim, aduz o contribuinte aqui, em aditamento à argumentação de mérito, nova argumentação preliminar a qual deve ser assim tratada no âmbito da presente decisão;

g') Alega, em complemento, aos itens "j", "k", "l" e "m" acima que a autoridade administrativa não se manifestou acerca de sua alegação de não ocorrência do fato gerador com fulcro no art. 674 do RIR/99, alegando, ainda, que o julgador tentou suprir a deficiência da capitulação legal, uma vez que a autuação, uma vez estando os beneficiários dos pagamentos perfeitamente identificados, não poderia ter sido a autuação realizada com fundamento no *caput* do art. 61 da Lei nº 8.981, de 1995, mas se efetivamente existente a infração, sua capitulação teria de se dar no §1º. do referido art. 61, tendo ocorrido, em seu entendimento, hipótese de nulidade por erro de capitulação legal.

Assim, requer que seja dado provimento ao recurso para desobrigá-lo do recolhimento de quaisquer quantias.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Heitor de Souza Lima Junior, Relator

Preliminarmente:

Não obedeço a ordem das preliminares apresentada pelo Recorrente, por entender, por economia processual, que se deva analisar com prioridade aquelas que envolvam elementos que possam prejudicar o conhecimento do recurso. Nesta esteira, verifico do teor dos autos :

1. Quanto à existência de ação judicial impeditiva do feito (itens d e d' do presente Relatório):

a.1) É cediço, na forma do Termo de Verificação Fiscal (e-fl. 111), que o lançamento sob análise decorreu da suspensão da imunidade constitucional que a contribuinte gozava, realizada no âmbito do Processo Administrativo 15983.000817/2009-85, *in verbis*:

"(...) O presente lançamento tributário é decorrente da suspensão da imunidade constitucional sobre impostos que o contribuinte pretensamente gozava, em virtude da decisão prolatada no Processo Administrativo nº 15983.000817/2009-85, referente a defesa prévia apresentada pela instituição ISESC, contra Notificação Fiscal de 11/11/2009, "que propôs a suspensão de sua imunidade tributária no período de 2003 a 2007, face as irregularidades por ela praticadas, que violam as disposições legais que regem a fruição do benefício."

Ainda a propósito, verifico a partir do teor Ato Declaratório Executivo DRF Santos nº. 72, de 2009, de e-fl. 342, que está a se tratar, ali, naquele outro feito administrativo, de forma nítida, **da suspensão da imunidade prevista no art. 150, VI, "c" da Constituição por inobservância das disposições legais contidas no Artigo 14 da Lei nº 5.172, de 1966—Código Tributário Nacional (g.n.) e, ainda, no § 2º da Lei nº 9.532, de 1997.**

a.2) Por sua vez, verifico que, no âmbito de sua argumentação preliminar de nulidade por impossibilidade de constituição do crédito dada a existência de ação judicial, argumentação esta constante do pleito impugnatório e também do pleito recursal sob análise (respectivamente, itens 3.9 e 5.1.9), é mencionada a existência de ação declaratória em curso que abrangeria “impostos federais”, autuada na Justiça Federal de Brasília sob o nº 2009.34.00.012299-2 (alínea “c” do item 3.9 de e-fl. 546 na impugnação e alínea “c” do item 5.1.9 de e-fl. 1436 no Recurso Voluntário). Noto, ainda, a propósito, ter restado silente a autoridade julgadora de 1ª. instância quanto à referida ação judicial quando de sua análise do referido item recursal, que pode ser encontrada às e-fls. 731 a 734.

Destarte, em se tratando, no presente feito, de lançamento de Imposto sobre a Renda Retido na Fonte, entendo ser de se analisar os efeitos da referida ação declaratória 2009.34.00.012299-2 no âmbito do presente, previamente à análise da argumentação preliminar propugnada pelo recorrente de extensão de efeitos do Processo no. 1999.61.04.005299-8 (que trata da existência da imunidade prevista no art. 195, §7º. da CF, que se refere às contribuições sociais), uma vez se estar aqui diante de questão que pode se relacionar não só à preliminar de nulidade arguida, mas, sim, também a decisão acerca do conhecimento ou não do recurso, por eventual concomitância entre as vias administrativa e judicial.

a.3) Noto, ao compulsar o teor das peças da declaratória anexadas pelo impugnante (doc. 06 anexo à impugnação, de e-fls. 594 a 635), que a referida ação 2009.34.00.012299-2 tenciona obter, inexoravelmente, o reconhecimento do atendimento aos requisitos previstos no art. 14 do CTN para fins do exercício, pela autuada, junto à União, da imunidade prevista no art. 150, VI, “c” da CF, demandando-se ali, de forma expressa, a União a se abster da cobrança de qualquer crédito tributário relacionado aos tributos abrangidos pela imunidade, contendo, inclusive, a referida ação declaratória, a mesma argumentação constante da alínea “a” dos referidos itens 3.9 da impugnação de e-fl. 546 e 5.1.9 de e-fl. 1436, no sentido da imunidade constante do art. 150, VI, “c” da Constituição “estar contida” dentro da imunidade constante do art. 195, §7º. do texto maior.

A partir do exposto, ainda que a mencionada ação declaratória não se refira expressamente ao ato suspensivo que sustentou a autuação (ADE 72, de 2009 de e-fls. 342) ou, mesmo, ao presente auto de infração (**visto que ambos foram emitidos posteriormente à propositura da ação**), entendo que se está diante de caso de identidade de objeto entre as vias administrativa e judicial, por **estarem abrangidos no mencionado pleito judicial tanto a imunidade que, uma vez suspensa, originou o presente auto, bem como o questionamento aos créditos tributários lançados no âmbito do presente**, cuja abstenção de quaisquer atos de cobranças, note-se, é matéria indubitavelmente constante, novamente, a meu ver, de forma expressa, do pedido daquela ação declaratória 2009.34.00.012299-2, conforme se verifica a partir dos seguintes itens do pedido constantes da inicial (e-fls. 631/632):

“

(...)

b) Em sede de tutela antecipada seja reconhecida a nulidade absoluta do ato suspensivo proferido nos autos do processo administrativo 10845.004531/98-61, declarar, in limine, a imunidade do autor, nos termos do art. 150, VI, "c" da Constituição Federal de 1988, c/c art. 14 do CTN (g.n.) e cominar a ré a abster-se de praticar quaisquer atos de

cobranças dos tributos abrangidos pela imunidade apontada até o julgamento final da lide;

(...)

Ao final, a confirmação da tutela antecipada, para anular a eficácia do ato suspensivo proferido nos autos do processo administrativo nº 10845.004531/98-61, declarar, in limine, a imunidade do autor, nos termos do art. 150, VI, "c" da Constituição Federal de 1988, c/c art. 14 do CTN e cominar a ré a abster-se de praticar quaisquer atos de cobranças dos tributos abrangidos pela imunidade apontada; (g.n.)

De se ressaltar, por fim, a identidade constatada entre o pedido acima e aquele constante do pleito impugnatório e recursal (e-fls. 565 e 1463), no sentido de “desobrigá-lo do recolhimento” de qualquer quantia a título de IRRF oriundo do presente lançamento, que **decorreu, de forma expressa, da suspensão de imunidade ali mencionada, na forma da acusação de e-fl.111**, já anteriormente reproduzida. Assume a fiscalização, de forma nítida, a meu ver, em sua acusação, que o lançamento decorre da suspensão de imunidade, daí inclusive seu trabalho extenso de descaracterização da imunidade, inclusive no que tange ao descumprimento dos requisitos do PROUNI.

A título informativo, em consulta ao site da Justiça Federal de Brasília e, posteriormente, ao site da TRF da 1ª. Região, verifico permanecer o feito judicial (número inicial 2009.34.00.012299-2) em questão em andamento, estando agora autuado naquele Tribunal sob o número 0012218-65.2009.4.01.3400, pendente de apreciação em sede de apelação juntamente com o Agravo de Instrumento 2009.01.00.028150-1 (Nova numeração no TRF 0027494-54.2209.4.01.0000), também vinculado à mesma ação, ambos aos cuidados do Desembargador Federal José Amilcar Machado.

Assim, entendo de se aplicar ao caso o art. 38, §único da Lei nº 6.830, de 1980, cuja aplicação à presente instância recursal encontra-se solidamente pacificada neste Conselho, na forma da Súmula CARF nº. 01, e cujo efeito, contrariamente ao que quer fazer crer o recorrente, não é o de cancelamento do lançamento e do presente processo mas, sim, o de renúncia à presente instância recursal, clamando-se, assim, pelo não conhecimento do pleito recursal do contribuinte, *in verbis*:

Súmula CARF nº 1: Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

De todo o exposto, voto por NÃO CONHECER do Recurso Voluntário.

Ad argumentandum tantum, caso reste vencido no que diz respeito ao não conhecimento do pleito recursal, passo a analisar as preliminares, pedindo vênias aos demais Conselheiros para, novamente, priorizar preliminar de nulidade que entendo como prejudicial às demais, qual seja, aquela que envolve a argumentação do contribuinte de necessidade de **julgamento do presente processo em conjunto com o de nº 15983.000817/2009-85.**

A propósito, reproduzo aqui, novamente, o teor do §9º. do art. 32 da Lei nº 9.430, de 1996, mencionado pelo contribuinte e ao qual reconheço vigência e aplicabilidade ao caso em questão, *verbis*:

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.

§ 2º A entidade poderá, no prazo de trinta dias da ciência da notificação, apresentar as alegações e provas que entender necessárias.

§ 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.

§ 4º Será igualmente expedido o ato suspensivo se decorrido o prazo previsto no § 2º sem qualquer manifestação da parte interessada.

§ 5º A suspensão da imunidade terá como termo inicial a data da prática da infração.

§ 6º Efetivada a suspensão da imunidade:

I - a entidade interessada poderá, no prazo de trinta dias da ciência, apresentar impugnação ao ato declaratório, a qual será objeto de decisão pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento competente;

II - a fiscalização de tributos federais lavrará auto de infração, se for o caso.

§ 7º A impugnação relativa à suspensão da imunidade obedecerá às demais normas reguladoras do processo administrativo fiscal.

§ 8º A impugnação e o recurso apresentados pela entidade não terão efeito suspensivo em relação ao ato declaratório contestado.

§ 9º Caso seja lavrado auto de infração, as impugnações contra o ato declaratório e contra a exigência de crédito tributário serão reunidas em um único processo, para serem decididas simultaneamente.

§ 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.

§ 11. Somente se inicia o procedimento que visa à suspensão da imunidade tributária dos partidos políticos após trânsito em julgado de decisão do Tribunal Superior Eleitoral que julgar irregulares ou não prestadas, nos termos da Lei, as devidas contas à Justiça Eleitoral. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009)

§ 12. A entidade interessada disporá de todos os meios legais para impugnar os fatos que determinam a suspensão do benefício. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009)

Ainda que reconheça não ter sido adotado o rito previsto no §9º, entendo que é de se afastar a alegação de nulidade intentada pelo recorrente. Alinho-me ao entendimento manifestado pelo Excelso Pretório (Min. Dias Toffoli, no âmbito do RE 545.248), no sentido de que: “(...) A premissa maior das nulidades se encontra no prejuízo para uma das partes, independentemente de que tipo de nulidade se trate, seja relativa, seja absoluta, se dela não resultar prejuízo, ela não será declarada.”

Aplicando-se tais considerações ao caso fático, não vislumbro qualquer prejuízo à recorrente pelo fato das decisões em questão (afetas ao presente feito e ao Processo no. 15983.000817/2009-85) terem se dado com o lapso temporal de aproximadamente um mês, considerando aqui, em especial, o fato de ambas terem chegado a conclusão semelhante, no sentido de inexistência da imunidade pleiteada pelo contribuinte e consequência exigibilidade dos créditos sob litígio no presente feito. Assim, rejeito sua argumentação de nulidade

Tal entendimento, note-se, já foi anteriormente referendado no âmbito deste CARF, como se depreende da ementa do Acórdão 3302-00.460, da 2ª. Turma Ordinária da 3ª. Turma da 3ª. Seção de Julgamento, datado de 27 de março de 2014, com ementa a seguir reproduzida:

Assunto: Contribuição para o PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/2001 a 31/12/2001

Ementa: JULGAMENTO DO AUTO DE INFRAÇÃO EM MOMENTO DIVERSO DO JULGAMENTO DO ATO ADMINISTRATIVO DE SUSPENSÃO DE IMUNIDADE. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO À CONTRIBUINTE. INOCORRÊNCIA DE NULIDADE. Se o julgamento do Auto de Infração se der em momento posterior ao julgamento do Ato Administrativo de Suspensão da Imunidade observando na espécie o que foi ali decidido, garantindo à contribuinte a segurança jurídica, a ampla defesa e o contraditório, inexistente motivação para se declarar a nulidade do lançamento, que foi efetuado sem os vícios previstos no art. 59 do Decreto 70.235/72. SUSPENSÃO DA IMUNIDADE, EFETIVIDADE. MOMENTO DA EFICÁCIA DO AUTO. O auto de infração somente pode ser cientificado ao sujeito passivo quando a suspensão tiver se tornado efetiva, ou seja, houver sido notificada. A ciência concomitante da decisão de suspensão e do auto de infração não

descumpra o disposto no art. 32 da Lei nº 9.430/96. SUSPENSÃO DA IMUNIDADE. VINCULAÇÃO. Restada mantida a suspensão de imunidade em julgamento definitivo formalizado em outro processo, tal decisão vincula o julgamento do lançamento dele decorrente. Recurso Voluntário Negado.

Todavia, entendo, ressaltando mais uma vez a aplicabilidade do referido §9º ao caso e a intenção do mesmo de evitar decisões jurídicas conflitantes agora no julgamento de 2ª instância, que se deva, a esta altura, reunir ambos os feitos para julgamento, uma vez tendo sido comprovado por este relator que o feito de nº 15983.000817/2009-85 encontra-se ainda pendente de distribuição junto à 1ª. Seção deste CARF.

Sustento ainda tal posicionamento pelo fato do mesmo não violar meu entendimento no sentido de que, no âmbito deste Conselho, os casos de eventual reunião para fins de julgamento de processos conexos - hipótese à qual se subsume o par de processos aqui tratado, haja vista se caracterizar, inclusive, identidade de provas entre os mesmos (p.ex. o MPF que originou ao presente auto se encontra encartado no processo 15983.000817/2009-85) – devem se limitar à redistribuição de processo conexo, caso o outro feito reste não distribuído, de forma a que não reste violado o estabelecido pelo art. 47 do Regimento Interno deste Conselho (conexão reconhecida antes da distribuição).

Assim, caso vencido quanto ao não conhecimento do pleito recursal, voto no sentido de encaminhamento do presente feito à 1ª. Seção de Julgamento, para fins de sorteio e julgamento de forma conjunta com o Processo 15983.000817/2009-85.

É como voto.

(assinado digitalmente)

HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR

Relator

Declaração de Voto

Com a devida vênia, divirjo do Conselheiro Relator Dr. Heitor de Souza Lima Junior quanto à concomitância entre a mencionada ação judicial e este processo administrativo pelos motivos a seguir.

Primeiramente, gostaria de salientar que a incorreta assunção de concomitância permite que uma dos desdobramentos do reconhecimento judicial da imunidade tributária da recorrente seja a extinção do crédito tributário deste processo administrativo. No entanto, está se tratando de situação que, mesmo que o processo judicial seja favorável à recorrente, esta infração deveria ter sido mantida.

Este processo trata de autuação por falta de retenção na fonte (IRRF) relativamente a pagamentos de despesas a empresas, cujos sócios são também sócios da recorrente, e que a autoridade fiscal considerou desnecessárias à atividade empresarial. Qualquer que seja a decisão no processo judicial, não sanará o problema do pagamento a beneficiário sem causa. Contudo, com mais razão ainda se a decisão da ação judicial for favorável ao recorrente, pois quem está pagando é uma empresa que não deveria fazê-lo, sobretudo porque quem está recebendo os valores indevidos são empresas cujos sócios são também sócios da empresa imune (a recorrida). A seguir transcrevo parte importante do Acórdão de Impugnação que, no meu entendimento, analisa o questionamento relativo à concomitância das ações judicial e administrativa.

*No caso vertente dos presentes autos, o lançamento realizado pela fiscalização teve como escopo os pagamentos efetuados pela autuada a pessoas jurídicas cujos sócios também eram diretores, dirigentes ou administradores da impugnante e que teriam prestado serviços à entidade, **serviços esses entendidos como desnecessários pelo Fisco**.*

Mais, que tais pagamentos caracterizaram-se como sem causa, dando azo a que se exteriorizasse a incidência do Imposto de Renda Retido na Fonte prevista no artigo 61, § 1º, da Lei nº 8.981/1995 (artigo 674 do RIR/1999).

Informou ainda o Fisco que os lançamentos realizados pela autuada em sua contabilidade, "tiveram como contrapartidas as contas correntes das empresas: TSL Assessoria Educacional Ltda. e NCM Promoções e Eventos Ltda., que tem a seguinte composição societária ns períodos de 2005 a 2007:

TSL — Assessoria Educacional lida. — CNPJ Nº 07.006.967/0001-20 - Milton Teixeira — CPF nº 023.526.058-49; - Silvia Angela Teixeira Penteado — CPF nº 596.608.308-82; - Lucia Maria Teixeira Furlani — CPF nº 733.096.058-68.

NCM — PROMOCÕES E EVENTOS LTDA. — CNPJ nº 06.989.443/0001-33 - Nilza Maria Pirilo Teixeira — CPF nº 033.001.938-42; - Maria Cecilia Pirilo Teixeira — CPF

nº047.197.538-92; -Marcelo Pirilo Teixeira — CPF nº 052.953.418-52."

Prossegue discorrendo o feito acusando que "as empresas acima citadas entregaram as Declarações de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica — DIPJ 2006 a 2008, Anos Calendário de 2005 a 2007, pelo regime de tributação do Lucro Presumido, tendo os seus sócios recebidos as remunerações a título de trabalho (pró-labore), como também, os lucros distribuídos nos períodos, conforme cópias anexas" e que "as despesas não necessárias à atividade da instituição e caracterizadas como sem causas, decorrentes das emissões das notas fiscais lançadas nas contas correntes das empresas, Conta Contábil nº2.1.26.0.082 (NCM) e 2.1.26.0.083 (TSL), tiveram as retenções das contribuições sociais (Art. 30 da Lei 10.833/2003) e do Imposto de Renda Retido na Fonte - Outros Códigos, e os seus respectivos pagamentos líquidos as contrapartidas da conta do Banco Itaú S/A, conforme os registros no Demonstrativo 2 e consolidados no Demonstrativo 3, anexos".

E conclui o trabalho fiscal relatando que "as bases de cálculos do Imposto de Renda Retido na Fonte — IRRF são determinadas pelos rendimentos brutos apurados, na aplicação do percentual de 35% (trinta e cinco por cento) da alíquota do imposto, sobre os valores líquidos, de acordo com o artigo 61, da Lei nº 8.981/1995, decorrentes dos créditos e pagamentos indiretos efetuados pela instituição aos seus sócios, administradores e diretores, através das empresas ligadas", sendo que, "do imposto apurado deduziram-se as retenções efetuadas pela instituição, em virtude dos pagamentos das notas fiscais das empresa ligadas (TSL e NCM), conforme os registros no Demonstrativo 4, anexo".

De plano, destaque-se que a desvinculação da instituição do PROUNI e seus reflexos no presente julgamento mostram-se irrelevantes, posto que o assunto tratado — a obrigatoriedade de retenção do Imposto de Renda por parte da fonte pagadora — independe de o sujeito passivo estar ou não com sua adesão ao citado programa em vigência, estar contemplada por imunidade ou mesmo não ter personalidade jurídica. (grifei)

Conforme o parágrafo 2º. do art. 301 do Código de Processo Civil, aqui aplicado subsidiariamente, "uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido". A imunidade fiscal da recorrente implica no não pagamento de tributos relacionados às atividades que desenvolve. No caso deste processo, se está tratando de valores de imposto que deveriam ter sido retidos na fonte pela recorrente que é, conforme determinado pela legislação, a responsável tributária. Trata-se de adiantamento do imposto de renda devido pelas empresas contribuintes TSL e NCM, e não tributo devido pela recorrente como contribuinte. Assim, no caso sob análise, a recorrente, como responsável pela retenção, teria sido mera "depositária" do adiantamento do imposto, valor esse que deveria ter sido recolhido aos cofres públicos.

Não vislumbro identificação de pedidos entre este processo administrativo, cuja autuação decorre de infração fiscal por pagamento a beneficiário sem causa e o processo judicial que visa reconhecer a imunidade tributária de instituição de ensino. Caso a imunidade seja declarada para o período, ainda assim esta autuação subsistiria, ainda com mais propriedade.

Desta forma, concordo com o julgador *a quo* de que o assunto tratado neste processo - *a obrigatoriedade de retenção do Imposto de Renda por parte da fonte pagadora — independe de o sujeito passivo estar ou não com sua adesão ao citado programa em vigência (PROUNI), estar contemplada por imunidade ou mesmo não ter personalidade jurídica.*

Maria Cleci Coti Martins - Conselheira