



**MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUINTA CÂMARA**

**Processo nº** 10730.005465/2003-17  
**Recurso nº** 158.346 De Ofício e Voluntário  
**Matéria** IRPJ - e Outros - anos-calendário: 1999 a 2003  
**Acórdão nº** 105-17.129  
**Sessão de** 13 de agosto de 2008  
**Recorrentes** INSTITUTO PADRE FRANZ NEUMAIR e 4ª TURMA/DRJ-RIO DE JANEIRO/RJ I

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ**

Exercício: 1999, 2000, 2001, 2002, 2003

**INSTITUIÇÕES DE ASSISTÊNCIA SOCIAL SEM FINS LUCRATIVOS - SUSPENSÃO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA - DESVIO DE FINALIDADE.**

Demonstrado nos autos o descumprimento das condições estabelecidas pelo art. 14 do CTN, especificamente o exercício de atividade empresarial hoteleira desvinculada dos objetivos institucionais e a inexistência de registros contábeis apartados e individualizados dos recursos ali empregados e dos resultados auferidos, correto o ato administrativo que suspendeu a imunidade tributária.

Recurso de Ofício Provido.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto.

Acordam os Membros da Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes: Recurso de ofício: Por maioria de votos, DAR provimento ao recurso de ofício. Vencido o Conselheiro Leonardo Henrique M. de Oliveira (Relator). Recurso voluntário: Por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso relativamente à suspensão da imunidade. Por maioria de votos, REJEITAR a preliminar de nulidade do lançamento suscitada pelo relator por se tratar de matéria não impugnada, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencido os Conselheiros Leonardo Henrique M. de Oliveira (Relator), Paulo Jacinto do Nascimento e Renato Coelho Borelli. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Waldir Veiga Rocha.

  
LEONARDO DE ANDRADE COUTO – Presidente

  
LEONARDO HENRIQUE M. DE OLIVEIRA - Relator

  
WALDIR VEIGA ROCHA - Redator Designado

EDITADO EM 28 JAN 2011

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros: Wilson Fernandes Guimarães, Marcos Rodrigues de Mello, Leonardo Henrique M. de Oliveira, Waldir Veiga Rocha, Renato Coelho Borelli (Suplente Convocado) e Nelso Kichel (Suplente Convocado) e José Carlos Passuello (Presidente em Exercício na data do julgamento). Ausente, justificadamente os Conselheiros José Clóvis Alves e Alexandre Antonio Alkmin Teixeira.

## Relatório

Por bem narrar o litígio, transcrevo adiante o relatório da Decisão *a quo* proferida pela 4ª Turma da DRJ/RJOI, por meio do Acórdão n.º 10.850, de 29/06/2006 (fls. 193/209), *verbis*:

*“Trata-se de manifestação de inconformidade contra o Ato Declaratório nº 16, de 16/12/2003 (fls. 183), do Delegado da Receita Federal em Niterói, que determinou a suspensão da imunidade/isenção da interessada nos anos-calendário de 1998 a 2002.*

*Segue breve cronologia dos fatos que motivaram a referida suspensão.*

### ***Da notificação fiscal***

*Em 16/09/2003, após longa investigação, a fiscalização notificou a interessada, na forma do art. 32, § 1º, da Lei nº 9.430, de 27/12/1996, das razões que poderiam ensejar a suspensão da referida isenção (cfr. Termo de Notificação Fiscal, fls. 01/03):*

*A Interessada foi constituída em 14/11/1994, com o objetivo de captar e gerir recursos humanos e materiais destinados à sustentação do "Lar da Criança Padre Franz Neumair", estabelecimento vinculado à Mitra Arquidiocesana de Niterói;*

*A receita da entidade fiscalizada tem origem no exterior, Alemanha, originada da entidade "Waisenhaus Niterói e. v";*

*Com a receita auferida o "Instituto Padre Franz Neumair" construiu um hotel com as seguintes características: pavimento térreo - varanda, sala de estar, sala de tv, recepção, portaria, guarda volume, telefonista, administração, 02 banheiros, 02 almoxarifados, 02 vestiários, 02 circulações, lavanderia, rouparia, carga e descarga, depósito de lixo, estacionamento. Pavimento Jirau - restaurante, caixa, 02 banheiros, copa-cozinha, dispensa, frigorífico, refeitório, rouparia, lixo, circulação, deck, gerador. Segundo ao Quarto Pavimento - 13 suítes com hall, sendo 08 suítes com varanda. Pavimento Cobertura - 04 suítes com hall, piscina, deck, 04 banheiros, 02 circulações, bar, rouparia, lixo 02 saunas, sala de repouso.*

*Este hotel foi entregue para operação em abril do ano de 2000, através das empresas São Francisco Xavier Hotelaria e São Francisco Xavier Alimentação Ltda., empresas estas que tem como sócios-gerentes José Antonio Barros Neto, Maria José da Cruz Nunes Barros Neto e Luiz Ricardo Franklin, respectivamente filho, esposa e genro do Sr. Reginaldo de Barros Neto, dirigente de fato do "Instituto Padre Franz Neumair";*

*O Termo de Intimação Fiscal de nº 003, de 14/07/2003, solicita a comprovação como entidade filantrópica junto à Previdência Social (INSS) e a entidade não faz esta comprovação;*

*O Termo de Intimação Fiscal de nº 004, de 29/07/2003, solicita, de forma conclusiva, as explicações do recebimento de R\$ 122.000,00 da São Francisco Xavier Hotelaria Ltda.;*

*Confirma-se, por verificação do signatário do presente, as DIPJ e resposta do contribuinte de que desde o período dos anos-calendário de 1998/2002, em nenhum momento, qualquer valor foi entregue ou transferido à entidade "Lar da Criança Padre Franz Neumair" pela entidade fiscalizada;*

*Em nenhum momento restou comprovado pelo fiscalizado a aplicação integral dos recursos auferidos na manutenção dos seus objetivos institucionais, conforme previsão contida no artigo 170, II do RIR/1999;*

*Por todo o exposto e os documentos acostados aos autos, restou evidenciado que a pessoa jurídica deixou de cumprir os requisitos previstos*



*na legislação tributária para o gozo do benefício da imunidade, motivo pelo qual lavrou-se a presente Notificação Fiscal.*

***Das alegações da entidade***

*Em 16/03/2003, a interessada apresentou, com amparo no art. 32, § 2º, da Lei nº 9.430/1996, as alegações de fls. 33/34, acompanhadas dos documentos de fls. 36/94, cujo teor era o seguinte:*

*Conforme seus estatutos sociais, foi constituída para gerar recursos financeiros destinados à manutenção de outra entidade, o "Lar da Criança Padre Franz Neumair", que faz parte integrante da Mitra Arquidiocesana de Niterói;*

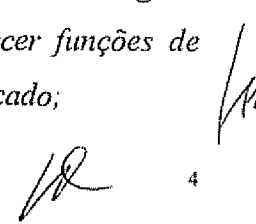
*Seu plano de ação para alcançar os objetivos estatutários consiste em várias etapas, assim dispostas em ordem de prioridade:*

*- edificação de um prédio destinado à exploração hoteleira, visando destinar seus lucros à ajuda na manutenção do "Lar da Criança Padre Franz Neumair", entidade que até agora tem sido mantida com recursos enviados da Alemanha pela instituição denominada "Waisnhause Niterói e. V." que, naquele país, recolhe esmolas e donativos do seu projeto filantrópico no Brasil;*

*- montagem do estabelecimento hoteleiro com a aquisição de seus móveis e utensílios e todo o material exigido pela operação industrial do hotel, que tomou o nome fantasia de HOTEL SOLAR DO AMANHECER, que começou a operar a partir de 2000, através de empresas profissionais especializadas em hotelaria e alimentação, que operam o hotel sob contrato, conforme documentação anteriormente anexada ao presente processo;*

*- edificação de novos prédios para acolhimento de menores, com idade superior à faixa etária pedagogicamente indicada para o já existente "Lar da Criança", tendo para isso utilizado recursos das doações na elaboração de projetos, aquisições de terrenos e outras despesas de manutenção, tais como impostos, taxas, contratação de seguros, tarifas de água e eletricidade;*

*As empresas operadoras foram constituídas, originalmente, apenas por profissionais especializados, posteriormente substituídos por pessoas de grau acadêmico superior e que, por amor à obra, aceitam exercer funções de controle, recebendo remunerações abaixo dos valores de mercado;*



*Embora a notificação em seu item 2 faça referência ao quadro social atual das empresas operadoras, deixa a mesma de mencionar as características dos contratos para a operação do estabelecimento e afirma que o dirigente Reginaldo Barros Neto é dirigente de fato do Instituto Padre Franz Neumair, nada havendo de ilegal nas circunstâncias apontadas;*

*As despesas lançadas no Diário foram, portanto, efetuadas na manutenção do próprio estabelecimento ou em projetos em andamento e, em março do corrente ano, relativas a uma transferência de R\$ 35.000,00 para a ajuda financeira, ao "Lar da Criança", em consequência de atraso no recebimento de ajuda vinda do exterior;*

*Nenhum valor foi entregue ou transferido da entidade "Lar da Criança Padre Franz Neumair" pela entidade fiscalizada;*

*Assim é que, além de estar enquadrado em todos os requisitos invocados do artigo 12 da Lei nº 9.532, de 1997, nada mais tem feito o requerente do que seguir à risca o preceito do inciso II, ou seja, aplicar integralmente seus recursos na manutenção e desenvolvimento dos seus objetivos sociais;*

*Requer seja julgada improcedente a notificação fiscal ora impugnada.*

#### ***Da decisão suspensiva do benefício***

*Em 16/12/2003, após examinar as alegações e contra-alegações acima referidas, o Delegado da Receita Federal em Niterói decidiu pela suspensão da imunidade / isenção da interessada nos anos-calendário de 1998/2002, entendendo haverem sido descumpridos os requisitos do art. 14 do Código Tributário Nacional (fls. 183).*

*Em 16/12/2003, foi expedido o competente ato declaratório de suspensão (fls. 184), em obediência ao disposto no art. 32, § 3º, da Lei nº 9.430/1996.*

*Em 19/12/2003, publicou-se o referido ato no Diário Oficial da União (fls. 186).*

#### ***Da manifestação de inconformidade***

*Em 20/01/2003, a interessada apresentou manifestação de inconformidade contra o ato declaratório, com amparo no art. 32, § 6º, /114*



*inciso I, da Lei nº 9.430/1996. Alegou, sobre os fatos, as seguintes razões (cfr. petição de fls. 162/170):*

***Dos fatos comprovados***

*O que foi planejado foi fielmente executado, observando-se, ainda, a propósito, o seguinte:*

- Todos os recursos oriundos das doações feitas através de sua congênere alemã, "Waisnhaus Niterói e V.", foram processados através das autoridades brasileiras (Banco Central), com o compromisso de inserção dessas verbas nas declarações anuais de ajuste da requerente;*
- Todas as declarações de ajustes foram feitas rigorosamente de acordo com as normas fiscais brasileiras e apresentadas à Receita Federal tempestivamente, numa demonstração inequívoca de boa-fé;*
- Para certificar-se da correção do seu procedimento, a Diretora do Instituto formulou consulta à Delegacia da Receita Federal, dela resultando a resposta dada à contadora da entidade, Sra. Maria de Fátima Dutra, pelo AFRF Delcy Manoel Linhares:*
- Como uma construção destinada à exploração hoteleira exige administração profissional especializada, foram contratadas, para início da operação das atividades destinadas à obtenção de renda dos investimentos, as empresas operadoras São Francisco Xavier Hotelaria Ltda. e Francisco Xavier Alimentação Ltda., inicialmente por um valor locatício meramente simbólico, porque se tratavam de sociedades em formação, com pequeno capital inicial e, sendo a atividade hoteleira ainda uma grande interrogação no âmbito da cidade de Niterói, onde, aparentemente, estabelecimentos congêneres não davam mostras de sucesso evidente;*
- Os profissionais integrantes das empresas operadoras não deram mostras, ao final de mais um exercício, de assumirem com grande ênfase a atividade empresarial, daí porque ter sido negociada a transferência de suas cotas para pessoas das relações familiares do vice-presidente do Instituto com possibilidades pessoais de colaborar com pouca ou nenhuma remuneração profissional;*
- Essa evidente disposição de colaborar, demonstrada faticamente na ausência de compensação proporcional, não foi entendida de boa-fé pela*



*autuação da fiscalização, numa comprovação do "animus" de que estava motivada a ação fiscalizadora, desencadeada a partir de relato de irregularidades verificada no curso da auditoria fiscal e noticiada a existência de indícios de sonegação de tributos administrativos à Secretaria da Receita Federal, relatos esses que tiveram origem no Ofício 068/INSS/GEXNIT;*

- Essas irregularidades relatadas pelo INSS não resultaram até agora comprovadas, tendo sido alvo até de mandado de segurança impetrado e concedido pela Justiça Federal;*
- Em face da autuação inicial das operadoras, foram feitas alterações contratuais e, daí por diante, os resultados da atividade delegada a terceiros, as operadoras, começaram a apresentar melhores resultados, conforme declarações de ajustes feitas à Receita Federal, a partir dos exercícios de 2001, em diante;*

***Da matéria de fato e de direito***

- O parecer do Serviço de Orientação e Análise Tributária da DRF/NITERÓI merece reparos e o Ato Declaratório nº 16/2003 deve ser, a bem da verdade e da justiça fiscal garantida, constitucionalmente revogado, ainda em fase administrativa, sob pena de a União Federal responder por perdas e danos ocasionados pela incorreta interpretação de fato e de direito que resultou comprovado nos autos do presente processo fiscal;*

*Por isso que:*

- Não é verdade que em nenhum momento restou comprovado pelo fiscalizado a aplicação dos recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais, conforme previsão contida no artigo 170, II do RIR/1999, decisivamente afirmado no Relatório do Seort/DRF/NITERÓI;*
- Tal afirmação pode ser desmentida, pelo fato de que a fiscalização, que examinou os Diários da destinação nas data de 01/09/2000; 11/09/2000 e 17/03/2003, das quantias de R\$ 30.000,00; R\$ 3.231,41 e R\$ 35.000,00, pelos cheques nº 915.682; nº 915.688 e nº 000.056 e sacados contra o BANERJ emitidos pelo requerente em favor da Mitra Arquidiocesana de Niterói, proprietária do Lar da Criança;*



- *No corpo da fundamentação do Seort, invoca-se, para justificar o ato declaratório emitido, o disposto no artigo 150, § 4º da Constituição Federal;*
- *Ora, para converter doações em prédios que produzam renda, renda destinada às finalidades essenciais e aos propósitos estatutários, é preciso que alguma entidade competente desenvolva o aproveitamento do prédio e de instalações;*
- *Assim, de acordo com o citado dispositivo, a União não poderia tributar nem o patrimônio, nem a renda e nem os serviços relacionados com as finalidades essenciais, ou seja, não poderia tributar o prédio do hotel nem a renda do mesmo prédio e nem os serviços sem os quais o prédio não poderá gerar a renda que começou a ser entregue ao "Lar da Criança" quando começou a haver resultados operacionais positivos;*
- *Está provada a transferência de alguma e jamais de nenhuma quantia resultante da atividade das concessionárias para a Mitra Arquidiocesana de Niterói, proprietária do orfanato "Lar da Criança";*
- *Se o Fisco quer sustentar que jamais houve esta transferência, tanto o parecer quanto o ato declaratório laboram em oposição à verdade dos autos do processo administrativo e ferem a legislação vigente (CTN e a CF);*
- *Este instituto não distribui parcela de sua renda ou patrimônio a sua diretoria, pela incontestável razão de que familiares do seu diretor vice-presidente que não administra de fato o instituto, mas de fato e de direito, conforme determinação estatutária, porque, inevitavelmente teria de haver uma pessoa capacitada para construir um prédio e operar um estabelecimento hoteleiro, sob sua supervisão direta, para que o plano posto em prática pelo instituto viesse a ter êxito;*
- *Tais familiares, que recebem alguma ou nenhuma remuneração pelo trabalho eficiente e responsável, são contribuintes, com independência tributária em relação ao vice-presidente mencionado e oferecem seus eventuais rendimentos regularmente à tributação não cabendo, pois, nem mesmo presumir-se algum tipo de distribuição indireta;*
- *Na instância própria será fácil comprovar que eventuais ganhos são absolutamente inexpressivos em face do serviço que prestam com capacitação de nível superior e transparência acima das insinuações;*



*Sobre o parecer emitido pelo SEORT, impugna-se, ainda os seguintes pontos:*

- *Não pode haver desvio de finalidade se a prática habitual de natureza econômico-financeira se destina a serviços que visam gerar renda para atingir o objetivo social;*
- *Ou será que está incomodando à concorrência o fato de o estabelecimento que funciona no prédio da requerente obter êxito sem sonegar, em comparação aos mesmos?*
- *Não está havendo destinação de recursos em função da imunidade para a criação e manutenção das pessoas jurídicas com fins lucrativos por descumprimento aos requisitos previstos no caput do artigo 12 da Lei nº 9.532/1997, como se fundamenta o parecer questionado porque as operadoras foram constituídas com recursos próprios e não deste requerente;*
- *Essa fundamentação é gratuita por parte do SEORT e, por ser feita sem fundamento fático ou documental, induz à presunção de prevenção unilateral;*
- *A requerente não é operadora dos serviços contemplados com a imunidade constitucional, mas sim o "Lar da Criança" da Arquidiocese de Niterói;*
- *Não obstante, para converter esmolas em prédios e destes auferir renda, é preciso a atividade gerencial voluntária da diretoria do Instituto Padre Franz Neumair, para que os objetivos sociais sejam atingidos e assim as atividades efetivas contínuas, gratuitas e indiscriminadas, no atendimento de carentes de recursos, conforme mencionado no citado parecer, sejam alcançados;*

***Da irretroatividade vigente***

- *Peca, por excesso de exação, a pretensão do Ato Declaratório no sentido de revogar a Constituição Federal e pretender que, um ato administrativo, possa malferir o ato jurídico perfeito, suspendendo a imunidade fiscal em relação aos anos de 1999, 2000, 2001, 2002, quando nem mesmo a legislação em que se fundamenta dito ato pode ser interpretada à luz do CTN, de modo retroativo, conforme artigo 103, inciso I do mesmo código;*



• *O ato declaratório não pode, em nenhuma circunstância, revogar a Constituição Federal, o CTN e os Princípios Gerais de Direito que regulam a vida institucional;*

***Da matéria relevante de Direito Constitucional***

- *Foi atingida matéria relevante de direito constitucional;*
- *O ato declaratório expedido contesta jurisprudência do STF;*

***Do pedido***

*Requer a interessada, ao final que:*

- a) seja declarado que o contribuinte cumpriu e comprovou o cumprimento de condição necessária à permanência da imunidade a que tem constitucionalmente direito;*
- b) que o procedimento fiscal seja julgado improcedente com a conseqüente anulação de todos os registros porventura dele decorrentes;*
- c) sejam julgados inconsistentes os lançamentos derivados desse procedimento;*
- d) seja imediatamente expedida certidão de regularidade fiscal, até para que o requerente transfira, desde já, o patrimônio constituído pelo prédio para a Mitra Arquidiocesana de Niterói, como já procurou objetivamente fazê-lo;*
- e) seja feita justiça fiscal como previsto na Constituição Federal e legislação complementar.*

***É O RELATÓRIO.***

Em síntese, é o Relatório.

## Voto Vencido

Conselheiro LEONARDO HENRIQUE M. DE OLIVEIRA, Relator.

O recurso é tempestivo e atende os pressupostos para seguimento. Dele conheço.

A questão da imunidade tributária que está sendo submetida à apreciação desta Câmara comporta, na verdade, duas abordagens distintas, para se chegar a uma conclusão que se harmonize com as regras jurídicas que cuidam da espécie.

### PRIMEIRA ABORDAGEM

Nos precisos termos da dicção do artigo 144 do C. T. N., para concretização do lançamento deve-se reportar à data da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, tendo como regência a lei então vigente.

A Lei nº 9.430, de 1.996, estabelece períodos de apuração trimestrais, fixando-se-lhes o encerramento nos dias 31 de março, 30 de junho, 30 de setembro e 31 de dezembro de cada ano-calendário, tanto para a tributação com base no lucro real, no lucro presumido ou no lucro arbitrado.

Para que a pessoa jurídica venha de ser tributada pelo critério do lucro presumido, tendo presente a exegese que se extrai com a leitura dos artigos 25 e 26 da Lei nº 9.430, de 1996, necessário se faz que exerça ou manifeste sua opção, de forma irretroatável, com o pagamento da primeira ou única quota do imposto devido, que corresponda ao primeiro período de apuração.

A jurisprudência deste Conselho consagra entendimento no sentido de que é defeso ao Fisco manifestar, pelo contribuinte, a opção pela tributação com base no lucro presumido, como faz certo a ementa do julgado que se reproduz:

*“IRPJ. MICROEMPRESA. OMISSÃO DE RECEITA. LUCRO PRESUMIDO E A HIPÓTESE DE ARBITRAMENTO. TIPIFICAÇÃO.*

*OBSCURIDADE. Ao fisco é vedado o exercício, em substituição ao contribuinte, da opção pelo regime presumido de tributação. A omissão de receita exigida das microempresas - de forma apartada -, sem que ocorra a perda dessa faculdade favorecida, e sem que haja espontânea opção pelo lucro presumido por excesso preexistente de receita bruta, ficará adstrita, a partir de 1993, às duas outras formas de tributação: lucro real ou arbitrado. A eleição de uma das formas há de estar bem tipificada na peça acusatória, sob pena de se ofender o princípio constitucional que garante a ampla defesa e o contraditório.” (Ac. 107-06.907, de 2002).*

Analizadas as peças que integram os presentes autos, temos que:

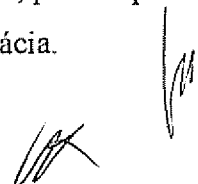
- i) na peça básica a autoridade lançadora declara, textualmente, que promove o lançamento tributário segundo as regras jurídicas que informam a tributação com base no lucro presumido, “... *por ser mais conservadora...*”;
- apenas para o ano-calendário de 1998, observou o período de apuração segundo estabelecido pelo artigo primeiro da Lei nº 9.430, de 1996.

É entendimento assente neste Colegiado que, na hipótese de suspensão da imunidade tributária, a formalização da exigência deve pautar por um dos critérios seguintes:

- i) adotar, preferencialmente, o lucro real;
- ii) não sendo possível a determinação da base de cálculo pelo lucro real, aplicar as regras jurídicas que informam a tributação tendo por base o lucro arbitrado.

Tendo a autoridade lançadora deixado de observar comandos legais imprescindíveis para a validade e eficácia do Ato Administrativo de Lançamento, preliminarmente voto no sentido de que:

- a) seja considerado prejudicado o recurso “*ex officio*” interposto pela Turma Julgadora de Primeiro Grau;
- b) seja declarado nulo o Ato Administrativo de Lançamento, por inequívoca inobservância dos requisitos básicos para sua validade e eficácia.



É como voto.

Vencido que fui quanto à nulidade do Ato Administrativo de Lançamento, passo à análise do mérito da matéria sob exame.

## SEGUNDA ABORDAGEM

A insigne Presidente da Turma Julgadora “*a quo*”, que no caso concreto também atuou como relatora para o Acórdão recorrido, com rara felicidade abordou o tema da imunidade tributária, estabelecendo didática distinção entre o instituto citado e a isenção de impostos, o que permitiu concluir:

*“Levando-se em conta os objetivos acima descritos, é lícito concluir que a interessada se enquadra no conceito de instituição de assistência social sem fins lucrativos. E, sendo assim, tem direito, ao menos em tese, à imunidade tributária de que trata o art. 150, inciso VI, alínea “c”, da Constituição Federal. Pouco importa que, na declaração apresentada ao Fisco, tenha se qualificado como “isenta”. Trata-se de mera imprecisão terminológica, que não desfigura o seu direito de ser reconhecida como entidade imune, uma vez atendidas as condições estabelecidas em lei, quais sejam as do art. 14 do Código Tributário Nacional.”*

Partindo do pressuposto de que a recorrente está enquadrada no conceito de instituição de assistência social sem fins lucrativos, o exercício da atividade empresarial e, de conseqüência, o auferimento de receitas derivadas do empreendimento hoteleiro, conduziu à conclusão de que:

*“... a receita decorrente dessa atividade não pode escapar à tributação do imposto de renda, mesmo se tratando de uma associação com imunidade tributária.”*

Tendo presente que a exploração de atividade empresarial só teve início no ano de 2000, a Turma Julgadora de Primeiro Grau houve por bem considerar legítima a suspensão da imunidade somente a partir daquele ano.

A autoridade lançadora fez consignar na “NOTIFICAÇÃO FISCAL” de fls. 01 a 03 do Volume I, que a receita da recorrente teve como origem a “*Waisenhaus Niterói e v.*”, sediada na Alemanha, receita essa que foi aplicada na construção de um prédio que restou empregado na exploração da atividade hoteleira, mediante contrato de locação celebrado com as empresas: São Francisco Xavier Hotelaria Ltda. e São Francisco Xavier Alimentação Ltda..

Cópias dos contratos e dos aditamentos (fls. 101 a 106v) comprovam as afirmativas da autoridade lançadora, além de confirmarem que, na essência, a exploração da atividade hoteleira ocorria, de forma indireta, pela própria recorrente, vez que as pessoas jurídicas locatárias admitiram que:

- i) não houvesse distribuição de resultados a seus sócios;
- ii) tanto os bens integrantes do seu ativo permanente quanto as disponibilidades financeiras pudessem ser transferidas à Mitra Arquidiocese de Niterói.

Não colhe o argumento expandido pela recorrente, no sentido de que o desvio de finalidade, tema abordado no voto condutor do Aresto vergastado, estaria no fato de haver a entidade aplicado recursos financeiros na construção do prédio, vez que a essência do argumento está na exploração da atividade hoteleira, como pode ser constatado pela simples leitura da assertiva feita de que:

*“... a receita decorrente dessa atividade não pode escapar à tributação do imposto de renda...”*

Definido que a recorrente exerce, também, atividade de natureza empresarial forçoso é concluir que todos os fatos relacionados com a exploração do negócio devem merecer registros apartados, contabilmente destacados e individualizados, de forma a permitir que possam ser apurados os resultados auferidos na exploração do empreendimento, os quais deverão ser submetidos à tributação.

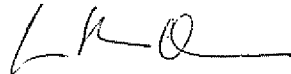
A suspensão da imunidade, como também a tributação não só dos resultados obtidos na exploração da atividade econômica, como de resto do integral movimento alcançado pela recorrente se justifica em face da incontestada falta de indicação dos resultados obtidos na exploração do empreendimento hoteleiro.



Portanto, procedente o ato consistente na suspensão da imunidade tributária.

Por todo o exposto, voto no sentido de que seja mantida a suspensão da imunidade tributária de que goza a recorrente.

É como voto.



LEONARDO HENRIQUE M. DE OLIVEIRA - Relator

### **Voto Vencedor**

Conselheiro WALDIR VEIGA ROCHA - Redator Designado

Em que pese o bem elaborado e fundamentado voto do ilustre Relator, durante as discussões ocorridas por ocasião do julgamento do presente litígio surgiu divergência que levou a conclusão diversa, exclusivamente no que tange à parte de seu voto denominada "*PRIMEIRA ABORDAGEM*".

Ali, o insigne Relator observou que nos lançamentos foram adotadas as regras do lucro presumido, sem que o contribuinte houvesse optado por essa forma de apuração do lucro. Sendo essa opção exclusiva do contribuinte, sua conclusão foi pela preliminar nulidade dos atos administrativos de lançamento, restando também prejudicado o recurso de ofício interposto pela Turma Julgadora em primeira instância.

Essa conclusão não foi acompanhada pela maioria do colegiado, pelos motivos que passo a expor.

Consultando o relatório do julgamento e compulsando os autos, constatou-se que essa matéria não foi objeto nem da impugnação nem do recurso voluntário, tendo sido suscitada preliminarmente de ofício pelo Relator.

A teor do que dispõe o artigo 17 do Decreto nº 70.235, de 1972, na redação que lhe foi dada pela Lei nº 9.532, de 1997, a matéria que não tenha sido expressamente contestada, considerar-se-á não impugnada, tornando-se preclusa.

Acerca do instituto da preclusão, assim leciona Humberto Theodoro Júnior<sup>1</sup>:

<sup>1</sup> THEODORO Júnior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, 40ª Ed., Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 480.

A essência da preclusão, para Chiovenda, vem a ser a perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual pelo fato de se haverem alcançado os limites assinalados por lei ao seu exercício.

Decorre a preclusão do fato de ser o processo uma sucessão de atos que devem ser ordenados por fases lógicas, a fim de que se obtenha a prestação jurisdicional, com precisão e rapidez.

Sem uma ordenação temporal desses atos e sem um limite de tempo para que as partes os pratiquem, o processo se transformaria numa rixa infundável.

Do exposto, sobressai a falta de competência da Autoridade Julgadora de segunda instância para tomar conhecimento dessa matéria em sede de recurso voluntário.

É verdade que, em algumas situações, exceções são admitidas a esse princípio. A título ilustrativo, no Direito positivado encontramos o § 3º do art. 267 do Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente ao processo administrativo fiscal:

*Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005)*

[...]

*IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;*

*V - quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada;*

*VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;*

[...]

*§ 3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.*

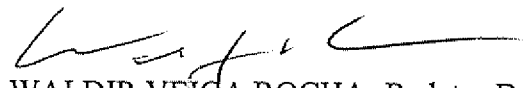
A doutrina cuida do assunto sob o nome de *questões de ordem pública*. Tais questões são aquelas em que o interesse protegido é do Estado e da sociedade e, em geral, referem-se à existência e admissibilidade da ação e do processo, refletindo-se na própria segurança jurídica. Os exemplos acabados a serem citados, especialmente aplicáveis ao processo administrativo fiscal, são a decadência, as condições da ação (possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade de parte), além dos pressupostos processuais de existência e validade. Em tais situações, a jurisprudência administrativa tem admitido o exame em segundo grau mesmo na ausência de pré-questionamento na fase impugnatória ou, ainda, que o relator ou qualquer dos julgadores suscite de ofício matéria não impugnada nem recorrida.

Bem se vê, entretanto, que no caso em tela não está em discussão questão que possa ser entendida como sendo de ordem pública. A forma de apuração do lucro se insere na

determinação do *quantum* tributável, de interesse exclusivo das partes, e eventual e hipotética incorreção, para ser apreciada por este colegiado, teria que ser argüida tempestivamente, pela parte interessada, o que não ocorreu.

Pelo exposto, a Câmara decidiu por rejeitar a preliminar de nulidade dos lançamentos, suscitada de ofício pelo Relator, na parte de seu voto intitulada “*PRIMEIRA ABORDAGEM*”.

Prevalece, assim, a “*SEGUNDA ABORDAGEM*” do ilustre Relator em seu voto, à qual não se faz aqui qualquer reparo, e que concluiu pela correção do ato administrativo que suspendeu a imunidade tributária da recorrente. Em consequência, e na ausência de outros questionamentos, a decisão do colegiado foi por dar provimento ao recurso de ofício e negar provimento ao recurso voluntário, no que toca à suspensão da imunidade.



WALDIR VEIGA ROCHA- Redator Designado