



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

Processo nº 10805.001795/2007-46
Recurso nº 165.202 Voluntário
Matéria IRF
Acórdão nº 104-23.515
Sessão de 08 de outubro de 2008
Recorrente FUNDAÇÃO SANTO ANDRÉ
Recorrida 4ª TURMA/DRJ-CAMPINAS/SP

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2002, 2003, 2004

DECADÊNCIA.

Tratando-se tributo sujeito a lançamento por homologação o prazo de decadência para a constituição do crédito tributário é de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador, a teor do artigo 150, parágrafo 4º do CTN, salvo nas hipóteses de dolo, fraude ou simulação.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Não estando configurado nos autos qualquer óbice ao pleno exercício por parte do contribuinte do seu direito de defesa, nos termos definidos na legislação, não há falar em nulidade por cerceamento do direito de defesa, quer do lançamento, quer da decisão recorrida.

FALTA DE RECOLHIMENTO DE IRRF. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. COMPETÊNCIA.

Sempre que apurarem infração das disposições contidas no Regulamento do Imposto de Renda, os Auditores-Fiscais da Receita Federal lavrarão o competente auto de infração, com observância do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972, e alterações posteriores, que dispõem sobre o Processo Administrativo Fiscal.

FUNDAÇÕES INSTITUÍDAS E MANTIDAS PELO MUNICÍPIO. DESTINAÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA RETIDO.

Considera-se que a Fundação é mantida pelo Município quando este destina recursos necessários à subsistência daquela. Se esta condição não se verifica, não se aplica a regra do art. 158, I da Constituição Federal.

MULTA DE OFÍCIO. ALEGAÇÃO DE CONFISCO.

A multa de ofício por infração à legislação tributária tem previsão em disposição expressa de lei, devendo ser observada pela autoridade administrativa e pelos órgãos julgadores administrativos, por estarem a ela vinculados.

TRIBUTO NÂO RECOLHIDO. MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO.
MULTA EXIGIDA JUNTAMENTE COM O TRIBUTO.

A falta ou insuficiência de recolhimento do imposto sujeita o contribuinte aos encargos legais correspondentes, sendo perfeitamente válida a aplicação da penalidade prevista no inciso I, do artigo 4º da Lei nº 8.218, de 1991, reduzida na forma prevista no art. 44, I, da Lei nº 9.430, de 1996.

Recurso Provedo em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares argüidas pelo Recorrente e, por maioria de votos, ACOLHER a decadência relativamente aos fatos geradores, anteriores a 03/09/2002, argüida de ofício pelo Conselheiro Gustavo Lian Haddad, vencido o Conselheiro Pedro Paulo Pereira Barbosa (Relator). No mérito, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Designado para redigir o voto vencedor quanto à decadência o Conselheiro Gustavo Lian Haddad.

Francisco Assis de Oliveira Júnior – Presidente da 2ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento do CARF (Sucessora da 4ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes)

Gustavo Lian Haddad - Redator-designado

Pedro Paulo Pereira Barbosa – Relator

EDITADO EM: 4.3.05.7.2010

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Nelson Mallmann, Rayana Alves de Oliveira França, Pedro Anan Júnior e Renato Coelho Borelli (Suplente convocado).

Relatório

FUNDAÇÃO SANTO ANDRÉ, acima qualificada, interpôs recurso voluntário contra acórdão da 4ª Turma da DRJ-CAMPINAS/SP que julgou procedente lançamento formalizado por meio do auto de infração de fls. 138/241. Trata-se de exigência de Imposto sobre a Renda Retido na Fonte – IRRF, no valor de R\$ 24.342.927,62, acrescido de multa de ofício de 75% e de juros de mora, totalizando um crédito tributário lançado de R\$ 50.483.804,80.

A infração que ensejou o lançamento e que está detalhadamente descrita no instrumento de autuação foi a falta de recolhimento do imposto de renda retido na fonte incidente sobre pagamentos de rendimentos do trabalho assalariado e sem vínculo empregatício e sobre pagamentos pela prestação de serviços por pessoas jurídicas.

Entendeu a autoridade lançadora que a Contribuinte, embora seja uma fundação instituída pela Prefeitura de Santo André, não é mantida por aquela municipalidade, e, portanto, o produto da arrecadação do imposto de renda retido na fonte não pertence ao município, como prescreve o art. 158, I da Constituição Federal, mas à União.

Anotou a autoridade lançadora que no período de 2002 a 2006, somente em 2003 a Contribuinte recebeu subvenção da Prefeitura de Santo André, no montante de R\$ 529.000,00, contra uma conta de despesas de R\$ 42.623.904,77, representando apenas 1,09%; que nos anos de 2002 a 2006, cerca de 95% das despesas da Fundação foram custeadas com o recebimento de anuidades dos alunos.

O Contribuinte impugnou o lançamento, alegando, em síntese, que, embora sendo uma pessoa jurídica de direito privado, recebe subvenções do Município de Santo André, o que implica no dever de prestar contas de sua gestão ao Tribunal de Contas e ao Ministério Público, bem como ao seu conselho diretor; que seu vínculo com a Prefeitura de Santo André não é apenas patrimonial, sendo o Reitor nomeado pelo Município, conforme Decreto nº 15.341, de 10 de fevereiro de 2006.

Ressalta que nunca se eximiu de recolher o imposto de renda retido na fonte, e que o fez, todavia, aos cofres do Município de Santo André, com base no art. 158, I da Constituição Federal e que não cabe ao Auditor-fiscal buscar meios e interpretações para impedir o exercício desse direito.

Afirma que a autuação baseou-se em presunção para afastar a aplicação do art. 158, I da Constituição Federal.

Afirma que formulou consulta à Prefeitura Municipal de Santo André, em 13 de julho de 1990, e que recebeu resposta no sentido de que o imposto retido deveria ser recolhido aos cofres daquele Município e que assim fez por dezessete anos, sem receber qualquer questionamento por parte dos órgãos fiscalizadores.



Argúi a inconstitucionalidade da exigência, por afrontar norma constitucional expressa, por violar o princípio do não-confisco, e questiona o percentual da multa, que classifica de “exacerbado” e a incidência dos juros de mora cobrados com base na taxa Selic.

A Contribuinte conclui resumindo suas razões do seguinte modo:

Por todo o exposto, face às razões exaustivamente aventadas, as quais demonstram o desacerto do Sr. Agente Fiscal quando da lavratura do Auto de Infração em tela, notadamente pela:

(1) utilização de presunções não admitidas no direito tributário, para identificação dos elementos da tributação;

(2) pela correção dos repasses feitos pela Fundação Santo André, ao Município que lhe instituiu e é mantenedor, demonstrado não só o conteúdo semântico da expressão “manter”, como o imensurável aporte de recursos realizados pela Administração direta através da cessão de seu ativo e aportes regulares;

(3) pelo precedente já apreciado pelo Excelso Primeiro Conselho de Contribuintes – processo nº 10920.003601/2004-88 – no qual foi reconhecida a titularidade dos valores retidos ao Município, porquanto a fundação (tal como no presente caso) depende do Município (no caso específico: fiscal, política-administrativa e funcionalmente) para continuidade de suas atividades;

(4) pela violação do princípio federativo ao se pretender esvaziar a autonomia financeira do Município, por meio da transferência de recursos que por imperativo constitucional pertencentes a este ente para a União;

(5) pela desproporcionalidade da penalidade aplicada, notadamente quando se verifica que a Fundação não teve qualquer proveito nos fatos alegados, bem como efetuou corretamente todas as retenções que lhe são impostas e transferiu tais valores tempestivamente e, por fim:

(6) pela inaplicabilidade da taxa Selic no presente caso, requer que se dignem por bem os Ilustres Julgadores desta respeitável Delegacia Regional Tributária – DRT receber a presente impugnação administrativa para:

(i) Declarar a nulidade do auto de infração lavrado contra a Fundação Santo André – FSA, uma vez eivado de vícios advindos da malfadada presunção adotada pelo Sr. Agente Fiscal, inadmissível no processo administrativo tributário;

(ii) Reconhecer a improcedência dos lançamentos do imposto sobre a renda retido na fonte – IRRF, ante a comprovada obediência, pela Impugnante, ao disposto no artigo 158, inciso I, da Constituição Federal, nos termos já decididos pelo Colendo Primeiro Conselho de Contribuintes nos autos do julgado anexo;

(iii) Caso assim não entendam estes doutos julgadores – o que não espera a Impugnante, ante o ilibado conhecimento jurídico deste Órgão –, seja reduzida a multa incidente sobre o suposto débito, em

respeito aos princípios constitucionais da Vedação ao Confisco e da proporcionalidade, excluindo-se a incidência da taxa SELIC por ser medida de cristalina justiça.

A 4^a Turma da DRJ-CAMPINAS/SP julgou procedente o lançamento com base, em síntese, na consideração de que os fatos trazidos aos autos revelam que a Contribuinte não é mantida pelo Município de Santo André, conforme prescreve o art. 158, I da Constituição; que a multa aplicada tem previsão em disposição expressa de lei, assim como os juros calculados com base na taxa Selic, e não se poderia negar validade a esses diplomas legais.

A Contribuinte foi cientificada da decisão de primeira instância em 29/11/2007 (fls. 654) e, em 13/12/2007, interpôs o recurso de fls. 655/700, acostado dos documentos de fls. 701/753, ora examinado e no qual reproduz, em síntese, as alegações e argumentos da impugnação.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Pedro Paulo Pereira Barbosa, Relator

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade. Dele conheço.

Fundamentação

Como se vê, o cerne da questão a ser analisada é se, considerando as circunstâncias do caso, seria aplicável o disposto no artigo 158, I da Constituição Federal, vale dizer, se o imposto de renda retido pela Contribuinte deveria ser recolhido para a União ou se pertenceria ao Município de Santo André.

Antes de enfrentar o mérito dessa questão, cumpre deixar assentado que as argüições de violação à Constituição são alheias à competência deste Conselho de Contribuinte, conforme reiterada jurisprudência, já consolidada em súmula, a saber:

O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula 1º CC nº 2).

Sobre a alegação de que o lançamento baseou-se em presunção, os fatos retratados nos autos não corroboram tal afirmação. Conforme definição de De Plácido e Silva, a presunção “é o vocábulo empregado na terminologia jurídica para exprimir a dedução, a conclusão ou a consequência que se tira de um fato conhecido para se admitir como certa, verdadeira e provada a existência de um fato desconhecido ou duvidoso”.

Ora, no caso, o fundamento para a exigência foi o de que a Recorrente reteve imposto na fonte e não recolheu aos cofres da União e que, não sendo uma Fundação mantida pelo Município de Santo André, fato que foi apurado objetivamente, com a demonstração das

suas principais fontes de recursos, deveria ter feito tal recolhimento. Se a Recorrente não concorda com esse fundamento, se entende que a Fiscalização não interpretou corretamente o sentido da palavra “mantenha”, se considera que a Constituição não exige o requisito de que a entidade seja mantida para que o imposto retido pela Fundação pertença ao Município que a instituiu, poderia discutir todas essas questões no processo administrativo, como vem fazendo.

Não vejo, pois, onde estaria o fato desconhecido que tenha sido deduzido a partir de um fato conhecido.

Quanto ao mérito, a questão já foi enfrentada neste Conselho de Contribuintes por mais de uma vez, inclusive nesta Quarta Câmara, com posições divergentes. Os acórdãos nºs. 106-15757, de 22/06/2006, 106-15707, de 26/06/2006 e 106-14908, de 12/09/2005, todos de relatoria do Conselheiro Wilfrido Augusto Marques, são no sentido de dar provimento ao recurso, entendendo que a aplicação do art. 158, I não depende de ser a atividade da fundação predominantemente custeada pelo poder público, conforme ementa a seguir:

IRF - ART. 158, I DA CF - VOCÁBULO “MANTER” - SENTIDO DE MANTENEDORA - De outro lado, ainda que assim não fosse, é preciso reconhecer no vocabulário “manter” a intenção de descrever uma realidade jurídica, a saber, a das mantenedoras. Assim sendo, não é possível ler-se neste a obrigação de custear todos os recursos necessários da mantida.

Outros julgados foram no sentido contrário. É o caso dos seguintes, 104-17724, de 8/11/2000, 104-22179, 24/01/2007, 102-46063, de 01/07/2003, 106-16904, de 28/05/2008, 106-12653, de 17/04/2002 e 104-20382, de 02/12/2004, este último de minha própria relatoria. Todos esses julgados são no sentido de que o vocabulário “manter” referido no inciso I do art. 158 da Constituição Federal tem o sentido de prover os recursos necessários ao custeio das atividades da fundação, como está consubstanciado na seguinte ementa, do acórdão nº 104-22179, de relatoria do Conselheiro Gustavo Lian Haddad:

FUNDAÇÕES INSTITUÍDAS E MANTIDAS PELO MUNICÍPIO - DESTINAÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA RETIDO - Considera-se que a Fundação é mantida pelo Município quando o custeio de suas atividades dependa, preponderantemente, de recursos providos pelo Poder Público Municipal, ainda que haja contribuição de fontes privadas. Se esta condição não é verificada, o produto do IRRF incidente sobre os rendimentos pagos, a qualquer título, pela Fundação pertence à União e não ao Município.

Como dito acima, o acórdão nº 104-20382 foi por mim relatado e naquela ocasião já entendia que o vocabulário “manter” constante do art. 158, I do CTN tem o sentido de prover com recursos necessários à manutenção, conforme ementa:

IRF - FUNDAÇÕES INSTITUÍDAS E MANTIDAS PELO MUNICÍPIO - DESTINAÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA RETIDO - Considera-se que a Fundação é mantida pelo Município, quando este destina recursos necessários à subsistência daquela. Se esta condição não é verificada, o produto do IRRF incidente sobre os rendimentos pagos, a qualquer título, pela Fundação pertence à União e não ao Município.

Para fazer jus aos benefícios a que se refere o inciso I do artigo 158 da Constituição Federal, duas condições devem ser satisfeitas pelas fundações: (a) – que sejam instituídas pelo município; (b) – e que sejam por ele mantidas. E neste caso, a fundação não é mantida pelo município, portanto, não está atendido o segundo requisito.

Embora o artigo 158, I, da Constituição Federal não estabeleça um parâmetro sobre o valor de subvenção a partir do qual se considera a fundação mantida pelo município, não se pode concluir daí, ao contrário do que pretende a Recorrente, que pode ser considerada mantida a fundação qualquer que seja o valor da contribuição do erário municipal para seu custeio. Ao contrário, à falta de um parâmetro fixado pela própria Constituição, deve-se procurar extrair da própria norma o seu efetivo alcance.

Por esse critério não vislumbro como se possa entender que a Recorrente possa ser considerada "mantida" pelo município quando se verifica que a contribuição deste para o sustento da instituição é irrisória ou mesmo nula. Ora, o verbete "mantido" constante do artigo 158, I da Constituição tem significado próprio que deve ser levado em conta na interpretação da norma. De Plácido e Silva assim o define: "MANTER. É prover do que é necessário à subsistência, é sustentar, conservar no mesmo estado, reafirmar, confirmar, observar."

É claro que, para o caso ora examinado aplica-se o termo no sentido de sustentar, prover o necessário à subsistência. É esse, aliás, o entendimento já manifestado pelos tribunais superiores, conforme julgados a seguir:

FUNDAÇÃO PRIVADA. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DE RENDA. FISCO FEDERAL. - As fundações de natureza privada, porque não instituídas e mantidas com patrimônio público, tem seu imposto de renda vertido aos cofres federais. Somente fundação pública municipal, que tenha sido instituída e efetivamente seja mantida pela municipalidade, dá direito ao município ao produto arrecadado por elas a título de IRRF, forte no art. 158, I, da CRFB/88. (TRF - QUARTA REGIÃO - PRIMEIRA TURMA, 15/12/2004 Documento: TRF400103827 Fonte: DJ 09/02/2005 PÁGINA: 202 Relator(a) MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA.).

FUNDAÇÃO. NATUREZA PÚBLICA OU PRIVADA. IMPOSTO DE RENDA PERTENCENTE AO MUNICÍPIO OU À UNIÃO. - Fundação de natureza particular deve recolher o imposto de renda aos cofres do Fisco Federal. Somente fundação pública municipal, instituída e mantida pelo poder público, tem o produto do imposto de renda vertidos aos cofres municipais, forte no art. 158, I, da CRFB/88. (TRF - QUARTA - PRIMEIRA TURMA, 15/12/2004 Documento: TRF400103826 Fonte DJ 09/02/2005 PÁGINA: 202 Relator(a) MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA).

É evidente que no caso concreto, a entidade não é mantida pelo município, uma vez que não se pode afirmar, com o mínimo de critério, que a instituição depende dos recursos do município para sua subsistência ou que o município garante com suas subvenções a sobrevivência da Fundação.

Entendo, assim, concordando com as decisões anteriores desta Câmara, que só se considera que a Fundação é mantida pelo Município, quando este destina os recursos necessários à subsistência daquela. Sem o cumprimento dessa condição, o produto do IRRF

incidente sobre os rendimentos pagos, a qualquer título, pela Fundação pertence à União e não ao Município.

Sobre a alegada violação ao princípio federativo, a questão, *data venia*, não se coloca neste caso. A Fundação, na qualidade de fonte pagadora, estava obrigada a reter o imposto e recolhê-lo aos cofres da União. Não tendo recolhido o imposto, procedeu-se ao lançamento, como se procede em relação a qualquer contribuinte. O fato de o município ter se manifestado através de uma consulta no sentido de ser o titular dos valores retidos, em nada muda essa relação.

Finalmente, quanto à multa aplicada no percentual de 75%, a exigência tem por fundamento, explicitado no Auto de Infração, o artigo 44, inciso I, da Lei nº 9.430, de 1996, a saber:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte, "

Como se vê, trata-se de matéria versada expressamente em lei legitimamente introduzida no ordenamento jurídico brasileiro, à qual não se pode negar validade.

Quanto à alegação de abusividade do percentual de 75% e seu caráter confiscatório, esse juízo coube ao legislador infraconstitucional, de sorte que não compete à autoridade administrativa realizar juízo de oportunidade sobre o percentual mais adequado a ser aplicado, senão limitar-se a aplicar a legislação à qual está vinculado, sob pena, inclusive, de responsabilidade funcional.

Correta está, portanto, a exigência da multa de lançamento de ofício, com base no artigo 44, inciso, I, da Lei nº 9.430/96.

Conclusão

Ante o exposto, encaminho meu voto no sentido de rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, negar provimento ao recurso.



Pedro Paulo Pereira Barbosa

Voto Vencedor

Conselheiro Gustavo Lian Haddad, Redator Designado.

Embora não tenha sido objeto de alegação pela Recorrente em suas razões recursais, arguo de ofício preliminar de decadência do crédito tributário referente aos fatos geradores ocorridos antes de 03/09/2002.

Entendo que compete a este colegiado o reconhecimento de ofício da decadência, quando aplicável, tendo em vista tratar-se de matéria de ordem pública, informada ademais pelos princípios da legalidade e da moralidade que, inegavelmente, norteiam o processo administrativo.

Pois bem. Cuida o lançamento de imposto de renda na fonte de tributo sujeito à modalidade de lançamento por homologação, em que a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa.

A esta conclusão se chega pela análise do enunciado prescritivo que veicula a incidência do imposto de renda na fonte em confronto com as modalidades de lançamento previstas no Código Tributário Nacional. Na hipótese fica o sujeito passivo obrigado a efetuar o cômputo e recolhimento do tributo independentemente de notificação prévia da autoridade administrativa, circunstâncias características do lançamento por homologação previsto art. 150 do CTN.

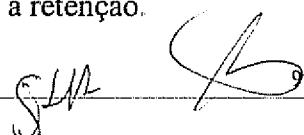
No lançamento por homologação à autoridade tributária cabe (i) concordar, de forma expressa ou tácita, com o procedimento adotado pelo sujeito passivo; ou (ii) recusar a homologação, procedendo ao lançamento de ofício.

Nos termos do § 4º do artigo 150 do CTN, o prazo para que a autoridade competente proceda a alguma das posturas referidas no parágrafo anterior é de 5 (cinco) anos contados do fato gerador, salvo nas hipóteses de dolo, fraude ou simulação. No caso em exame não houve alegação ou demonstração pelo fisco de dolo, fraude ou sonegação, tanto que foi aplicada a multa proporcional de 75%, e não a multa qualificada prevista para as hipóteses de evidente intuito de fraude pelo art. 44 da Lei n. 9.430, de 1996.

Se a recusa à homologação não ocorrer no interregno de tempo de cinco anos acima referido considera-se tacitamente homologado o lançamento.

E, diferentemente do que sustentam alguns, entendo que a esta conclusão se chega independentemente de ter havido ou não o pagamento, eis que o que se homologa é a atividade do contribuinte. Seria ilógico imaginar que a homologação é do pagamento, eis que se assim fosse não haveria o que lançar, e muito menos se cogitaria de decadência.

No caso do imposto de renda na fonte o fato gerador do imposto se materializa com o pagamento ou crédito, pela fonte pagadora, do rendimento sujeito à retenção.



Como se verifica dos autos, o crédito tributário decorre de suposta falta de recolhimento de IRRF incidente sobre pagamentos de rendimentos do trabalho assalariado e sem vínculo empregatício e sobre pagamentos pela prestação de serviços por pessoas jurídicas.

Tendo a autuação sido cientificada à Recorrente em 03/09/2007 fica configurada a decadência em relação aos fatos geradores ocorridos antes de 03/09/2002.

Ante o exposto, encaminho meu voto no sentido de DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso voluntário para declarar a decadência relativamente aos fatos geradores anteriores a 03/09/2002.



Gustavo Lian Haddad



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

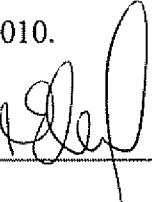
Processo nº: 10805.001795/2007-46

Recurso nº : 165.202

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no § 3º do art. 81 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009, intime-se o (a) Senhor (a) Procurador (a) Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto à **Segunda Câmara da Segunda Seção**, a tomar ciência do Acórdão nº **104-23.515**.

Brasília/DF, 03/12/2010.



EVELINE COÊLHO DE MELO HOMAR
Chefe da Secretaria
Segunda Câmara da Segunda Seção

Ciente, com a observação abaixo:

- (.....) Apenas com ciência
(.....) Com Recurso Especial
(.....) Com Embargos de Declaração

Data da ciência: _____ / _____ / _____

Procurador(a) da Fazenda Nacional