



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS
QUARTA TURMA**

Processo nº 10909.003073/2003-34
Recurso nº 102-140.820 Especial do Procurador e do Contribuinte
Matéria IRPF
Acórdão nº 04-01.063
Sessão de 07 de outubro de 2008
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DO VALE DO IRAJAÍ - UNIVALI

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003

PAF ADMISSIBILIDADE - FALTA DE JUNTADA DO INTEIRO TEOR DO ACÓRDÃO - JUSTIFICATIVA DA DIVERGÊNCIA - O princípio do formalismo moderado admite seguimento do recurso quando demonstrada a divergência apontada em acórdão proferido pelas Câmaras dos Conselhos de Contribuintes, quando junte as ementas dos acórdão oferecidos ao confronto.

DECADÊNCIA - O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, nos casos de lançamento por homologação, extingue-se com o transcurso do prazo de cinco anos contados do fato gerador, nos termos do § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional.

IRRF -IRF -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.

Recurso Especial do Procurador Provido em Parte.

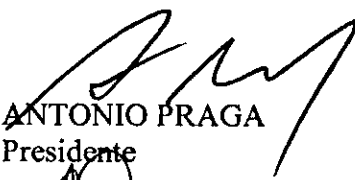
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

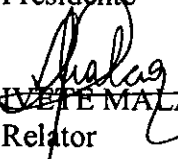
Acordam os Membros da Quarta Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais: 1) Por unanimidade de votos CONHECER do recurso especial da Fazenda Nacional, quanto a matéria objeto de recurso de ofício da DRJ (decadência); 2) Por maioria de votos,

[Assinaturas manuscritas]

[Assinatura manuscrita]

NEGAR provimento ao recurso especial quanto a decadência. Vencido o Conselheiro Antonio Praga que deu provimento ao recurso, contando o prazo na forma do art. 173 do CTN; 3) Por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar de não conhecimento do recurso, trazida em contra-razões pela contribuinte. 4) No mérito, por maioria de votos, DAR provimento ao recurso para restabelecer as exigências do IR-Fonte não alcançado pela decadência, nos termos do voto da Relatora. Vencidos os Conselheiros Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Gonçalo Bonet Allage e Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho, que negaram provimento também nessa parte.


ANTONIO PRAGA
Presidente


IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO
Relator

FORMALIZADO EM: 22 DEZ 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Maria Helena Cotta Cardozo, Ana Maria Ribeiro dos Reis e Gustavo Lian Haddad.



Relatório

A Fazenda Nacional, representada por seu procurador credenciado junto a este Conselho de Contribuintes, mediante petição de fls. 2.022-2.067, interpõe Recurso Especial contra o Acórdão nº 102-46.911, proferido na sessão de 6/07/2005, juntado às fls. 1.971-2.020.

O Acórdão recorrido traz a seguinte decisão e ementas:

“Por maioria de votos, NEGAR provimento ao recurso de ofício. Vencidos os Conselheiros Naurý Fragoso Tanaka (Relator) e José Oleskovicz que provêem o recurso. Por maioria de votos, REJEITAR as preliminares de nulidade do lançamento. Vencida a Conselheira Silvana Mancini Karam que acolhe a preliminar de nulidade relativa à coisa julgada. No mérito, por maioria de votos, DAR provimento ao recurso. Vencido o Conselheiro Naurý Fragoso Tanaka (Relator). Acompanhou o Relator, pelas conclusões, o Conselheiro José Oleskovicz. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Romeu Bueno de Camargo.

(...)

DECADÊNCIA - O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, nos casos de lançamento por homologação, extingue-se com o transcurso do prazo de cinco anos contados do fato gerador, nos termos do § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional.

NULIDADE – INCOMPETÊNCIA – AUTOR DO FEITO - MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL – Estando o processo instruído com prova da prorrogação do prazo inicial do Mandado de Procedimento Fiscal – MPF e sendo a conclusão do feito antes do vencimento do prazo deste, não se caracteriza a situação que serviu de fundo para pedir pela nulidade.

NULIDADE - FUNDAMENTAÇÃO LEGAL – NORMA POSTERIOR – A norma que dá suporte à exigência tributária deve obrigatoriamente constar do ato administrativo de lançamento, enquanto opcionalmente as demais que a complementam, mesmo aquelas posteriores ao período de referência, conforme artigo 10, inc. III e IV do Decreto nº 70.235, de 1972. O agrupamento de infrações praticadas em vários períodos, mas de idêntica tipificação, em razão da dinâmica legislativa, permite que a fundamentação contenha, também, agrupadas, normas de fundo, que aparentemente dão suporte a fatos anteriores a sua publicação.

NULIDADE – EFEITOS DOS JULGADOS ADMINISTRATIVOS – EXTENSÃO – A matéria julgada em nível administrativo, considerada definitiva nessa área, produz efeitos inibidores de qualquer ação administrativa em contrário para os fatos abrangidos pela norma individual correspondente. Esses efeitos somente podem estender-se a outros períodos quando estes forem objeto de outra norma individual que contenha a mesma autorização que a anterior.

NULIDADE – NORMAS COMPLEMENTARES – DECISÃO ADMINISTRATIVA – Para que a decisão administrativa constitua norma complementar do Direito Tributário, necessário que os seus efeitos tenham sido estendidos erga omnes, por lei, nos termos do artigo 100, inc. II, do CTN.

IRRF – Fundação Instituída e Mantida Pelo Município – Destinação do Imposto de Renda Retido na Fonte – Restando devidamente comprovado que a Fundação de Ensino foi instituída e é mantida pelo Município, inclusive pela incorporação contábil do produto da arrecadação do Imposto de Renda incidente na fonte sobre rendimentos pagos, a qualquer título, a falta de recolhimento desse imposto não se constituiu em conduta inadequada da recorrente.

Preliminares rejeitadas.

Recurso de ofício negado.

Recurso voluntário provido.

No dizer da Recorrente a decisão violou o disposto no art. 149 do CTN, haja vista que a Contribuinte apresentou declaração inexata à SRF. Portanto, a contagem do prazo decadencial deveria observar o art. 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, logo, não haveria decadência.

No mérito a decisão fora contrária às provas e divergente da Quarta Câmara, nos termos seguintes:

“(…) Com relação ao período de dezembro do ano de 1998, 1999, 2000, 2001, 2002 e janeiro a julho de 2003, a decisão recorrida tivera dois fundamentos. O primeiro deles referia-se à adequação da instituição recorrida às exigências do, artigo 158, I, da Constituição Federal, que disciplina que os recursos provenientes do imposto de renda retido na fonte, incidente sobre rendimentos pagos a qualquer título por fundações instituídas e mantidas pelos Municípios, pertencem a essas entidades públicas.

O segundo fundamento fora a existência da decisão administrativa proferida no processo nº 1090/000.685/94-94, que lhe reconheceu o direito de permanecer com os valores do imposto de renda retido na fonte, descontados dos rendimentos pagos pelo Município, suas autarquias e fundações.

Ambos os fundamentos do voto que capitaneia o acórdão recorrido são combatíveis, posto que proferido em direção oposta à tomada pela Quarta Câmara desse mesmo Conselho, como adiante se verá, à evidência da prova produzida no processo, como também contra a legislação tributária.

Na verdade, as razões do recurso da União estão imbricadas, pois a análise da divergência em relação a outras decisões da Quarta Câmara implica a análise da prova produzida pela fiscalização, sem que um motivo prevaleça sobre o outro. Para que sejam considerados cumpridos os requisitos no artigo 158, I, da CF, deve-se perquirir se a entidade de ensino recorrida efetivamente era ou é mantida pelo



Município a que está vinculada e isso tudo desagua na violação à legislação tributária, que é outra razão para a União recorrer.

Em suma, o acórdão também enseja modificação por essa Câmara Superior, porque se adapta à previsão do artigo 32, I e II, do Regimento Interno. (...)

b. 1.1. contrariedade à prova.

Inicia-se com o enquadramento da recorrida como pessoa jurídica instituída e mantida por Município, pois a prova vista no processo aponta para sua negativa, muito embora a Câmara a tenha aceito. Está expresso na Constituição Federal: (...)

A prova produzida deixara claro que o Município não contribuíra, em momento algum, para a manutenção da entidade recorrida, a fim de enquadrar o fato na norma acima transcrita e se livrar da autuação. Sua robustez pode ser encontrada na documentação encaminhada pelo Senhor Prefeito, atendendo solicitação da fiscalização (fls. 125/129).

Trata-se de declaração prestada pela autoridade máxima do Município, elencando quadros demonstrativos das receitas e despesas de todas as Fundações municipais, com células específicas sobre o repasse do imposto de renda retido na fonte, onde se constata os valores repassados nos anos de 1998 a 2002. De todas as Fundações beneficiárias dos recursos municipais, apenas a recorrida não fora contemplada (fl. 128).

Ou seja, se o próprio Município deixara insofismavelmente claro que a recorrida não é mantida por ele, haja vista a inexistência de qualquer transferência de quantias nesse sentido, não poderia a Câmara emprestar interpretação de maneira a situar a recorrida na hipótese do artigo 158, I, da Carta Política, pois, assim, findara deturpando a matéria fática.

Mas não pára aí. Além da própria informação prestada pelo Município, tem-se outra, desta vez emitida pelo Tribunal de Contas do Estado, asseverando que aquela Corte não julgara as contas anuais da recorrida, nos exercícios de 1998 a 2002. (fls. 471/481).

Esses dois documentos, por si sós, seriam suficientes para a manutenção do auto, já que a Fundação não discutira outra matéria, além de sua suposta inserção no artigo 158, I, CF e como esse enquadramento fora desconstituído, a autuação deveria permanecer hígida.

Apesar disso, a decisão da Câmara que resultara na nulidade do auto, tomara por base apenas o ofício do Tribunal de Contas, sob o seguinte fundamento:

Esse voto é contraditório, porque o citado ofício esclarecera, antes de informar acerca da situação da recorrida, que a legislação estadual (Lei Complementar nº 202, de 15-12-2000) considera sociedade instituída e mantida pelo Poder Público a entidade para cujo custeio o Erário concorra com mais de 50% da sua receita anual. (fl. 471)



Ora, se a legislação somente considera uma entidade como mantida pelo Poder Público se o custeio do Erário for de mais de 50% da sua receita anual e se, por conta disso, a recorrida não tivera suas contas submetidas àquela Casa de Contas, a conclusão inevitável e incontornável é que a recorrida não pode ser considerada como mantida pelo Município, a fim de ser enquadrada no artigo 158, I, da Constituição e, com isso, anular a autuação agora debatida.

Por isso, o fundamento do voto vencedor de que em momento algum o Tribunal entendeu ou afirmou que a recorrente não era mantida pela Prefeitura Municipal de Itajaí, mas apenas que a manutenção não alcançava 50% de sua receita anual, o que dispensava a análise do Tribunal, (fl. 2017)

Com a necessária vênia ao Conselheiro Relator, quando o Tribunal de Contas afirmara, com espeque na Lei Complementar nº 202, de 15-12-2000, que se considera sociedade instituída e mantida pelo Poder Público a entidade para cujo custeio o Erário concorra com mais de 50% da sua receita anual e que a recorrida não tivera suas contas submetidas ao julgamento daquele Colegiado, resulta óbvio e indiscutível, que a recorrida não era mantida pelo Município.

O voto vencedor que traduz o entendimento da Câmara recortara o teor do ofício, em vez de interpretá-lo em sua íntegra. Quando assim é feito, fica claro que a recorrida não pode se valer do artigo 158, I, da Constituição.

b.1.2. divergência da 4ª Câmara.

Como já antecipado, o entendimento da Câmara, nesse aspecto, também fora diverso do manifestado pela Quarta Câmara, conforme se lê nas ementas abaixo listadas. A recorrente não anexa cópia dos acórdãos, porque essa Câmara Superior aceita a transcrição como feita, extraídas do sítio do Conselho na internet.

Além disso, há que se convir que a simples leitura delas mostram que se tratam de casos semelhantes, referentes a Fundações de instituições de ensino sediadas no mesmo Estado de Santa Catarina e autuadas por falta de recolhimento de imposto de renda retido na fonte, em que se discutira seu enquadramento como entidades instituídas e mantidas por Município da Federação.

Discutira-se também ali o efeito da decisão administrativa expedida pela União, em que admitira a desnecessidade de recolhimento do imposto de renda retido na fonte pela Fundação, por causa do art. 158, I, CF.

1) Número do Recurso: 131056

Câmara: QUARTA CÂMARA

Número do Processo: 13964.000045/2001-27

Tipo do Recurso: VOLUNTÁRIO

Matéria: IRF



Recorrente: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA - UNISUL

Recorrida/Interessado: DRJ-FLORIANÓPOLIS/SC

Data da Sessão: 29/01/2003 01:00:00

Relator: Nelson Mallmann Decisão: Acórdão 104-19182

Resultado: NPU - NEGADO PROVIMENTO POR UNANIMIDADE

Texto da Decisão: Por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso.

'FALTA DE RECOLHIMENTO DE IRFON -Ementa: 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.

PARECER ADMINISTRATIVO - EFICÁCIA - O parecer exarado em relação a uma situação concreta, mas mutável, e que contempla um período determinado, só terá eficácia em relação ao caso a que se refere e no período considerado.

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.

MULTA - CARÁTER CONFISCATÓRIO -INOCORRÊNCIA - É inaplicável às penalidades pecuniárias de caráter punitivo o princípio de vedação ao confisco.

TRIBUTO NÃO 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 negado.'

(...)

Todos os acórdãos julgaram que uma fundação só se caracteriza como mantida pelo Município, se este componente federativo destina efetivos recursos para sua subsistência.

Caso contrário, subsiste a imposição do recolhimento para a União do imposto retido: 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, não se aplica a regra do art. 158, I da Constituição Federal



Insista-se. Todas as decisões são relativas a instituições fundacionais de ensino do mesmo Estado de Santa Catarina, onde se situa também a recorrida, significando que se tratam exatamente da mesma questão: imposto de renda retido na fonte não descontado por Fundação de ensino, supostamente mantida por determinado Município.

Por conta disso, a divergência enseja conhecimento por essa Câmara Superior, a fim de analisar o atual recurso especial e lhe dá provimento, para modificar a decisão, no sentido de manter a autuação, nos moldes do voto vencido.

b.2. Segundo fundamento do voto vencedor: coisa julgada administrativa no processo nº 1090/000.685/94-94. Extensão a fatos futuros.

b.2.1. divergência da 4ª Câmara.

O acórdão também enseja alteração, pelo segundo fundamento do voto vencedor, com relação ao período de dezembro do ano de 1998, 1999, 2000, 2001, 2002 e janeiro a julho de 2003, por causa da divergência jurisprudencial, frente ao entendimento da 4ª Câmara, que se posicionara contra o enquadramento de Fundações como mantidas por Município, quando este não repassa recursos com esse objetivo.

Ora, tratando-se aqui, como naqueles casos ementados no tópico anterior, de Fundação que argui ter sido instituída e mantida por Município, para, com isso, se ver desonerada do recolhimento do imposto retido na fonte incidente sobre pagamentos por ela feitos, sob o manto do artigo 158, inciso I, da Carta Política, que faz essa previsão, é perfeitamente cabível o recurso especial, com base no art. 32, inciso II, do Regimento Interno do Conselho.

A Quarta Câmara entendera, a contrário da Segunda, que a decisão administrativa anteriormente proferida não tem efeitos para o futuro, devendo ficar restrita ao período consultado.

Em outros termos, uma consulta feita para certos períodos, não induz que esse resultado seja aplicável a fatos futuros, é dizer, ainda não ocorridos, como posicionado no acórdão recorrido, porque a interpretação pode ser alterada, como sói acontecer com o entendimento humano em relação a qualquer tema do conhecimento. (...)

O tópico seguinte ainda trará abordagem sobre o tema. Por enquanto, a União se satisfaz em apontar que o julgamento da 2ª Câmara divergira totalmente dos julgamentos da 4ª Câmara, também nesse tema.

b.2.2. violação à legislação.

Acresça-se, ainda, breve comentário a respeito do fundamento do Conselheiro Relator, aceito pela maioria do Colegiado, no tocante à coisa julgada administrativa no processo nº 1090/000.685/94-94. O acórdão apegara-se a esse instituto processual, garantido pela Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XXXVI.



O primeiro motivo por que se deve refutar o acórdão está na própria fundamentação do instituto da coisa julgada, pela simples razão de que sua aplicação é adstrita ao processo judicial e não ao administrativo. O administrativo, pelo contrário, é revisto a qualquer tempo, quando se constata ilegalidade na manifestação da Administração. (...)

Ou seja, A fundamentação vencedora no processo nº 1090/000.685/94-94 não está imunizada contra eventual modificação por mudança de entendimento, como de fato terminara acontecendo, que resultara na autuação agora discutida.

Só houve, coisa julgada com relação ao período de tempo lá discutido, que não é o mesmo do atual processo. A coisa julgada apenas impede a cobrança do imposto referente aos períodos discutidos e julgados no processo nº 1090/000.685/94-94, mesmo que a Administração tenha modificado seu entendimento posteriormente.

Entretanto, a questão pode ser reanalisada sob outro enfoque e modificar-se a conclusão, desde que referente a anos distintos, como efetivamente ocorrera aqui.

Sendo assim, ao enquadrar a recorrida como entidade mantida pelo Poder Público (art. 158, I, CF) e invocar a ocorrência de coisa julgada por causa da decisão proferida no processo nº 1090/000.685/94-94, anulando o auto de infração, a decisão recorrida agredira os dispositivos referentes ao imposto de renda retido na fonte, merecendo serem revigorados por essa instância superior.

Ao fim pediu provimento ao presente recurso, para que seja reformado o acórdão proferido pela Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, no sentido de manter a autuação da recorrida, pela falta de recolhimento de imposto de renda retido na fonte nos períodos de 1998, 1999, 2000, 2001, 2002 e janeiro a julho de 2003, nos moldes do voto vencido.

Dado seguimento ao recurso especial nos termos do Despacho nº 102-180/2007, fls. 2060/2067.

Cientificado em 14.06.2007, (fls. 2113), o sujeito passivo apresentou as contra-razões de fls. 2114/2145, onde, em breve síntese, pede seja negado provimento ao recurso especial interposto pela PFN, primeiro porque não demonstrara nos termos regimentais a divergência, por não juntar inteiro teor dos acórdãos paradigmas, bem como não fundamentara a contrariedade à lei que o acórdão combatido teria, linha na qual expendeu vasto arrazoado.

Ainda, diferente das demais Fundações do Município, teria autorização legal e Constitucional para obter receitas, autorizada que está no art. 242 da Constituição, mantém autonomia administrativa e financeira prevista desde a lei de sua criação e as suas disposições estatutárias e regimentais, seu corpo funcional e docente, composto de mais de três mil profissionais, não tem vínculo com o Município, são contratados pelo regime celetista, mantida pela Contribuinte. O Município instituidor mantém convênios e concede bolsas de estudos para mais de duzentos e cinquenta estagiários, semestralmente, cujos recursos o Município concede com verba específica em folha de seus funcionários/estagiários.

O Município contribui com sua Fundação, conforme Leis juntada aos autos, tanto a Lei 2.727/92, como a Lei 2.515/89, que não devem e não podem ser minimizadas por um ofício que teve outro sentido, o de comparar a dependência daquelas fundações com a autonomia da RECORRIDA.

O acórdão recorrido, as fls. 2014 a 2017 demonstra que :- através da Lei n.º 2.515/89 o Município de ITAJAÍ-SC tem a obrigação legal na forma do que estabeleceu o art. 9º. ao disciplinar as formas de manutenção e da sua obrigação de subvencioná-la, quando dispõe (fls. 2015):

Art. 9º. Os recursos para a manutenção da Fundação Universidade do Vale do itajai provirão :

I - da dotação orçamentária anual, que lhe destinará o Município de Itajaí;

A "Lei n.º 2.717/92, que dispõe sobre o produto da arrecadação do imposto de renda das fundações municipais, determina em seu art. 1º. que o produto da arrecadação do Imposto da União sobre a renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte sobre rendimentos pagos, a qualquer título, pelas fundações municipais, a estas pertence, devendo permanecer incorporado às contabilidades para investimentos no ativo imobilizado das mesmas (fls. 2015)".

As razões de recurso pretendem substituir o disposto nas Leis vigentes, do Município de Itajaí, por um simples ofício, numa inversão que não se coaduna com as elevadas funções deste Colegiado, a quem cabe interpretar e por seu entendimento fazer cumprir as leis.

Outro ponto da alegada decisão contra a prova dos autos é o envolvimento do Tribunal de Contas do Estado (TCE), em informação trazida as fls. 471, cuja conclusão está completamente deturpada do contexto em que foi produzida, quando o referido órgão de controle das contas públicas do Estado de S. Catarina e dos seus Municípios e demais órgãos públicos, cujas atribuições em lei complementar estadual foram assim definidas :

o Tribunal de Contas do Estado para se desincumbir de suas atribuições só apreciará contas de entidades públicas para cujas despesas de custeio o Erário concorra com mais de 50% de sua receita, em razão de que o referido órgão (TCE) para tais fins e de acordo com a legislação interna do estado, considera que uma entidade estadual é instituída e mantida pelo poder público observada aquela condição de participação nas despesas de custeio em mais de 50%.

que considerando que a RECORRIDA FUNDAÇÃO UNIVALE tem várias fontes de receitas, além do IRRFonte que lhe é destinado pelo Município e das dotações orçamentárias a que está obrigado, sendo a principal delas a que decorre da cobrança de mensalidades, autorizadas pelo art. 242 do Constituição Federal, não havendo recursos públicos em percentual que ultrapasse os 50% das despesas de custeio, não estando sujeito a sua fiscalização por estar fora do alcance de sua competência.

Dentro de tal contextualização concluiu a informação do TCE, as fls. 471 nos dois últimos parágrafos que :

"Nesta circunstância, não estão sujeitas à prestação de contas de gestão ao Tribunal de Contas, como dispõe o P. 1º. Do art. 1º. da LC 202/2000."

"Por consequência as contas anuais da UNI VALI, relativas aos Exercícios de 1998 / 2002 não foram submetidas a deliberação deste Tribunal de Contas para fins de julgamento".

Reitera, então, o entendimento acolhido pela Segunda Câmara no voto vencedor e referido nas razões as fls. 2037, como a melhor interpretação àquele ofício, quando às fls. 2017, constou:

"Em momento algum o Tribunal entendeu ou afirmou que a recorrente não era mantida pela prefeitura Municipal de Itajaí, mas apenas que a manutenção não alcançava 50% de sua receita anual, o que dispensava a análise do Tribunal."

Pede, ao final a manutenção da decisão exarada no acórdão recorrido.

É o relatório.

Voto

Conselheira IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO, Relatora

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade devendo, portanto, ser conhecido.

Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda Nacional contra exoneração procedida no lançamento realizado contra a Fundação Universidade Vale do Itajaí – Univale, (fundação, de direito privado, filantrópica e sem fins lucrativos, com autonomia financeira, administrativa e disciplinar, destinada a promover a educação, a ciência e a cultura, conforme previsto em seu Estatuto) relativamente ao Imposto de Renda incidente sobre diversos rendimentos pagos, declarados em DIRF, e não recolhidos.

O lançamento partiu da conclusão do fisco de que a Instituição, na condição de fonte pagadora de rendimentos sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, deveria recolher à Fazenda Pública os valores correspondentes ao IRRF dos anos de 1998 a 2000, incidentes sobre os rendimentos que pagou naqueles anos.

Entende a Contribuinte que, como instituição criada e mantida pelo poder público municipal, não seria devedora das receitas tributárias, nos termos do artigo 158, I da Constituição Federal.

Em preliminar as contra-razões propugnam pelo não conhecimento do recurso por não obedecer aos pressupostos de admissibilidade, por falta do inteiro teor do acórdão, bem como por não apontar com clareza a divergência.

No que tange a falta de juntada do inteiro teor, vejo prejudicado o argumento primeiro porque o recurso foi admitido e segundo, porque, os princípios gerais de regência do PAF, explicitados na Lei 9784 de 29/01/1999, utilizada subsidiariamente ao Decreto 70235/1972, a isto obriga a administração

No especial duas matérias são abordadas: a decadência e o mérito propriamente dito.

Quanto a decadência a exoneração procedida pela autoridade de 1º grau, confirmada pelo acórdão ora recorrido, disse respeito aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a novembro de 1998, extemporaneamente lançados.

Constou nas razões de decidir do voto vencedor as seguintes razões:

O Código Tributário Nacional estabelece em seu artigo 150 que ocorre o lançamento por homologação quando a legislação tributária atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, como ocorre caso ora em análise, a qual tomando conhecimento da atividade expressamente a homologa, ou inexistindo homologação expressa, ela ocorrerá no prazo de cinco anos, a contar do fato gerador do tributo.



Prevê ainda, o mencionado artigo 150, em seu § 4º, que se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador, e caso transcorrido esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e extinto definitivamente o crédito, ou seja, estará precluso o direito da Fazenda de promover o lançamento de ofício.

Portanto, o Código Tributário Nacional estabelece que a decadência do direito de lançar, nos casos de lançamento por homologação, como é o presente caso, posto tratar-se de apresentação das DIRF e pela falta do recolhimento do tributo declarado, se dá com o transcurso do prazo de cinco anos contados do fato gerador.

Dessa forma, pelas regras contidas no Código Tributário Nacional, tem-se claramente, no presente caso, que por ocasião da lavratura do Auto de Infração, novembro de 2003, havia decaído o direito do Fisco constituir o crédito tributário em relação aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a novembro de 1998.

Conclusão com a qual me alinho entendendo que andou bem a decisão combatida ao confirmar a decadência declarada no julgamento de primeiro grau.

Quanto ao **mérito**, a d. procuradora aponta divergência entre esta decisão e outras proferidas pela 4ª. Câmara, fato bem explicitado nas razões de decidir do Voto Vencido que, no meu entender, respondem as questões trazidas ao processo, motivo pelo qual o transcrevo:

A propriedade do Imposto de Renda descontado dos rendimentos pagos pelo município de Itajaí decorre da determinação contida no texto do artigo 158, inc. I, da CF/88, no sentido de que pertencem aos municípios o produto da arrecadação desse tributo, quando incidente sobre rendimentos pagos pelo próprio poder público municipal, suas autarquias e fundações, estas condicionadas àquelas por eles instituídas e mantidas.

Como a Univale é uma pessoa jurídica do tipo fundação, de direito privado, foi instituída pelo poder público municipal de Itajaí, e, ainda, teve em seu favor uma ordem contida na lei municipal nº 2.717, de 1992, para que permanecesse, para fins de investimentos, com o IR descontado dos pagamentos de rendimentos por ela efetivados, houve interpretação de que suas características atendiam os requisitos da referida norma constitucional e em consequência poderia permanecer com o tributo arrecadado sem qualquer repasse à União.

No entanto, para que haja subsunção do fato concreto à hipótese virtual contida na norma necessário que o primeiro atenda os critérios material, espacial e temporal da segunda, ou seja, a situação-objeto deve ter requisitos tais que permita ligação lógica perfeita com a conformação requerida.

A observância a essa ligação é considerada essencial em decorrência da conformação de todas as ações emanadas do poder público ao princípio da legalidade, uma das diretrizes fundamentais contidas na Constituição Federal de 1988.

Assim, não atendida a conformação virtual da norma pela situação concreta, eventual ação do representante do sujeito ativo em descompasso com os requisitos normativos caracterizaria infração na exigência de obrigação ou na concessão de direitos, pois sem o suporte "perfeito" em um ato legal.

Em se tratando da observação à diretriz fundamental inserida pelo legislador constituinte que versa sobre o aspecto da legalidade, vale abrir um parêntese para lembrar que os milhares de intérpretes da lei, quando esta versar sobre tributos, devem ter a legalidade como reserva absoluta de lei, ou seja, de que a lei já contém o texto indispensável à sua aplicação. Vedado aos intérpretes qualquer valoração pessoal.

Salutar, ainda, lembrar que Código Tributário Nacional – CTN contém proibição expressa às interpretações extensivas para as situações de isenções, suspensão ou exclusão do crédito tributário e dispensa de obrigações acessórias, conforme texto do artigo 111.

Observe-se que apesar de, aparentemente, a referida norma não ter relação com a situação em análise, transparece sua pertinência se considerado que estando evidenciada a manutenção por verbas externas ao poder público municipal, no período considerado, a fundação não atendeu aos requisitos da norma constitucional determinadora do repasse de tais recursos ao município, condição que tornou a permanência do IR-Fonte em seus cofres um favor fiscal sem o devido amparo legal.

Importante esclarecer que uma fundação municipal não mantida pelo poder público constitui pessoa jurídica como qualquer outra do mercado, ou seja, concorre com as demais existentes no ramo de negócio explorado.

Fechando o parêntese, verifica-se que o processo contém informações e documentos comprobatórios do desenvolvimento das atividades da fundação quanto à sua manutenção, nos quais evidenciado que o município de Itajaí, de forma distinta das demais fundações que possui, não contribuiu para esse fim.

Comprovado que os únicos valores provenientes do município de Itajaí para a referida Fundação foram os descontos de IR-Fonte, mas, por determinação legal do primeiro, mas vinculando tais valores à aplicação em investimentos.

Essa condição foi, também, corroborada pela comunicação do representante do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina na qual informado que a instituição não se encontrava sujeita à verificação de suas contas por funcionários desse órgão, no período considerado, justamente por situar-se em classificação distinta daquelas tipificadas como públicas.

Observe-se que quando a lei municipal conteve determinação no sentido de que recursos do IR-Fonte deveriam permanecer com a Fundação Univale para fins de investimentos, quis significar que esse

poder público autorizou a pessoa jurídica a usar os valores identificados sob a rubrica considerada, mas com restrição de que somente poderiam ser consumidos na aplicação em investimentos.

A propósito dos termos investimento e manutenção, necessário que se esclareça a respeito dos aspectos relativos à semântica.

Conforme justificado em momento anterior, em termos de interpretação do texto normativo tributário não é permitido estender o significado dos termos além dos limites contidos na própria lei.

Colocando em prática a compreensão do que se expôs, se o legislador municipal quis restringir o uso da verba - IR-Fonte - para fins de investimentos significa entender que o termo expressa, apenas, uma aplicação de valores para aumento da capacidade produtiva.

Assim, pela prevalência do princípio da legalidade que para fins tributários deve ser observado como reserva absoluta de lei, não é permitido ao intérprete estender a definição do referido termo para que absorva a significação daquele relativo à manutenção, como se um também fosse o outro, ou por extensão, tivessem a mesma significação.

O termo mantiverem contido no texto legal objeto desta lide, significa a ação executada pelo poder público municipal para que as coisas e bens da fundação permaneçam no estado em que se encontravam quando original.

Portanto, significações distintas de investimentos e manutenção, não permitem que se mesquem para fins de aplicação da lei.

Fechando o parêntese, verifica-se que esta condição foi, também, constatada pelos autores do feito e, comprovado no processo que tais recursos não tiveram qualquer desvio para fins de manutenção.

Decorrência óbvia dessa constatação é que a situação externada pelos atos praticados pelo poder público municipal de Itajaí e pela fundação Univale, no período considerado, não foram aqueles previstos na norma constitucional que regula a propriedade dos ditos recursos. Ou seja, o requisito de fundação municipal "mantida" pelo poder público municipal não foi atendido.

Dessa forma, o sujeito passivo, apesar de agir com obediência à lei municipal que lhe permitia permanecer com o produto do IR-Fonte descontado, incorreu em ofensa ao princípio da legalidade da tributação que regula as imposições tributárias, observando que este deve ser entendido como "reserva absoluta de lei" .

Importante salientar, ainda, que o colegiado desta E. Câmara já se manifestou a respeito da matéria semelhante, no julgado consubstanciado pelo Acórdão nº 102-46.063, no qual foi relator o

*ilustre Conselheiro Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira e o
recorrente a FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DE CRICIÚMA.*

"Processo nº : 11516.002318/2001-21 - Recurso nº :

130.915 - Matéria : IRF - ANOS: 1996 a 2001 - Recorrida :

*DRJ em FLORIANÓPOLIS - SC - Sessão de : 01 DE JULHO DE
2003 - Acórdão nº : 102-46.063.*

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.*

(.....)Recurso negado."

*Nessa decisão, além deste que escreve e do nobre conselheiro relator,
integra o colegiado atual e participou daquele julgamento o
Conselheiro José Oleskovicz.*

*Também a E. 4ª Câmara deste Primeiro Conselho de Contribuintes,
em contrário à manifestação posta no Acórdão nº 104-13.873, decidiu,
por unanimidade de votos, no sentido de manter a exigência contra a
Fundação Universidade do Sul de Santa Catarina - Unisul, Acórdão
nº 104-17.724, cuja ementa transcreve-se.*

*"Processo nº : 13964.000215/99-33 - Recurso nº : 122.054 -
Matéria : IRF - Ano(s): 1994 a 1999 - Recorrente: FUNDAÇÃO
UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA - UNISUL -
Recorrida : DRJ em FLORIANÓPOLIS - SC - Sessão de : 08 de
novembro de 2000 - Acórdão nº : 104-17.724 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.*

Recurso negado."

*Com estas considerações e fundamentos de suporte, verifica-se que a
falta de recolhimento do tributo aos cofres da União, no período
considerado, por decorrência da interpretação inadequada das normas
constituiu suporte material às infrações identificadas, pois ofensa à
conduta determinada no consequente tributário federal em sentido
contrário à prática citada.*

Válido lembrar, a título de ilustração, que a hipótese abstrata contida na norma constitucional exige situação fática que contenha (a) uma pessoa jurídica do tipo fundação; (b) a fundação seja instituída pelo poder público municipal e (c) seja a fundação mantida por verbas do município.

Caso sejam atendidas tais requisitos (critério material), e os fatos situem-se no Brasil (critério espacial), e no tempo em que permaneça válida a norma do artigo 158, I, da CF/88 (critério temporal), então o conseqüente normativo determina que o IR-fonte permaneça como propriedade do município instituidor da fundação.

Com tais justificativas verifica-se que a interpretação do digno patrono não se aplica à situação.

Esta também a conclusão de várias Câmaras do 1º Conselho de Contribuintes, como exemplificado na decisão proferida no recurso nº.150.752 Matéria, na sessão de : 24 de janeiro de 2007 da Quarta Turma, que gerou o Acórdão nº. 104-22.179, da lavra do i. Conselheiro Gustavo Lian Haddad, a quem peço vênica para as seguintes transcrições:

Objeto da presente autuação é o não recolhimento do imposto de renda retido na fonte pela auçada sobre a renda de terceiros - pessoas físicas e jurídicas, cujo ônus foi por estas suportado. É assente o entendimento de que a imunidade impede a exigência de imposto sobre a renda própria das entidades por ela beneficiadas, mas não elide a responsabilidade pela retenção de tributos sobre rendimentos de terceiros. Tais tributos claramente fogem ao âmbito protetivo da imunidade.

Por tais razões fica afastada, por não ser aplicável ao caso em exame, a discussão posta nos autos da ADIN nº 1.802-3-DF, em que se questiona a constitucionalidade de dispositivos da Lei n. 9.532, de 1996, que pretenderam estabelecer requisitos para o gozo da imunidade.

Rejeito, assim, a preliminar de ofensa aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Ainda em preliminar a Recorrente sustenta sua ilegitimidade passiva parcial tendo em vista a cisão de seu patrimônio, mais especificamente dos campi de Chapecó e São Carlos, vertidos para a FUNDESTE.

Examinando os autos verifico que os fatos geradores em relação aos quais se exige o IRFonte no presente auto de infração, relativamente aos campi de Chapecó e São Carlos, materializaram-se nos anos de 2000 e 2001 (conforme anexos ao Relatório de Atividade Fiscal - fls. 63 a 95).

A cisão a que se refere a Recorrente, conforme por ela própria admitido, deu-se somente em 01/01/2002, quando foram vertidos para a FUNDESTE o acervo líquido dos referidos campi.

Destarte, não há dúvidas de que os campi em questão pertenciam à Recorrente durante o período objeto da autuação, tendo ela praticado os fatos geradores identificados - retenção de imposto de renda na

fonte sobre rendimentos pagos ou creditados a pessoas físicas ou jurídicas.

Pretender, como quer a Recorrente, que o IRRF relativo a esses campi fosse exigido da FUNDESTE como sociedade que recebeu o acervo vertido na cisão seria caracterizar sucessão ou transferência de responsabilidade tributária em hipótese claramente não abrangida pelo ordenamento.

Na hipótese de cisão parcial a legislação é explícita e estabelece que sociedade cindida (a Recorrente) e a sociedade que recebeu o acervo (FUNDESTE) são solidariamente responsáveis pelos tributos devidos até a data da cisão, a teor do art. 5º, § 1º, alínea b do Decreto-lei n. 1.598/1977, incorporado ao inciso II do parágrafo único do artigo 207 do RIR/99. Pode, assim, o Fisco, exigir o tributo objeto dos presentes autos de quaisquer das duas entidades envolvidas na cisão.

Rejeito, assim, a preliminar de ilegitimidade passiva argüida pela Recorrente.

Quanto ao mérito, o deslinde da questão posta nos presentes autos cinge-se ao exame da aplicação ao caso do artigo 158, inciso I, da Constituição Federal para se determinar se o Município de Joaçaba teria direito ao produto da arrecadação do IRFonte retido pela Recorrente, em exceção à regra geral de que cabe à União a exigência e o recebimento de tais recursos.

Estabelece o artigo 158, inciso I, da Constituição Federal:

"Art. 158. Pertencem aos Municípios:

I - o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem;" (grifos nossos. Assim, embora o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza seja de competência da União Federal (artigo 153, III, da CF), a Constituição Federal determina que os valores relativos a tal tributo, retidos na fonte pelos municípios, suas autarquias e as fundações por eles instituídas e mantidas, são de titularidade dos Municípios.

No que mais de perto interessa ao presente caso, estabelece o dispositivo como de titularidade dos Municípios o IRFonte retido pelas fundações por eles instituídas e mantidas. Para se afastar a regra geral de que o IRFonte pertence à União é necessário que: (i) ele seja retido por uma fundação; (ii) instituída pelo Poder Público Municipal; e (iii) que seja mantida pelo referido Município.

No presente caso, conforme relatório de atividade fiscal e documentos de fls. 194 a 291, não se discute que a Recorrente é fundação instituída pelo Município de Joaçaba através da Lei Municipal nº 545 de 1968, sendo pessoa jurídica de direito privado, com patrimônio próprio, participação de recursos privados e sem fins lucrativos (Lei Municipal 1.637/1990). O Município participa da gestão da entidade, com indicação de membros de seu quadro de gestão.

Entendeu a fiscalização, entretanto, que a Recorrente não é fundação "mantida" pelo Município, na medida em que, como demonstrado no quadro de fls. 63, menos de 5% de suas receitas, nos períodos objeto da autuação, decorreu de contribuições do Município, sendo o restante advindo de recursos privados, nomeadamente a cobrança de mensalidades dos alunos.

A Recorrente em momento algum contestou os dados de participação de receita colacionados pela fiscalização. Sustenta, entretanto, não haver óbice legal ao recebimento de recursos da iniciativa privada, sendo que a circunstância de a participação do Município no fornecimento de recursos para sua subsistência ser proporcionalmente pequena não descaracterizaria sua "manutenção" pelo Município e a conseqüente aplicação do art. 158, I da Constituição Federal.

Alega que como o Município de Joaçaba se considera titular do produto da arrecadação do IRFonte retido pela Recorrente, a teor do dispositivo constitucional referido, estabeleceu ele, por intermédio da Lei Municipal nº 2.446, de 1996, que a Recorrente fica dispensada de repassar os recursos arrecadados aos cofres municipais, passando eles a integrar o seu patrimônio.

Segundo consta dos autos esta é a principal contribuição financeira do Município para a manutenção da Recorrente, tendo sido considerada para o cálculo de participação na receita total inferior a 5%, demonstrado pela fiscalização.

O solução da questão passa que exame do que seria necessário para caracterizar que o Município de Joaçaba é responsável pela manutenção de determinada fundação municipal por ele instituída (no caso, a Recorrente).

Entendo que o verbo "manter", como utilizado pelo legislador constitucional, deve ser entendido no sentido substancial de "prover do necessário à subsistência" ou, no caso de uma pessoa jurídica como a Recorrente, de prover dos recursos necessários ao seu funcionamento.

O sentido sistemático da previsão constitucional parece ser o de que se o Município mantém a fundação, provendo dos recursos para seu funcionamento, faz sentido que a fundação seja tratada, para os fins de repartição do produto da arrecadação do IRFonte, como se fosse o próprio Município, cabendo a este a titularidade dos recursos por ela retidos.

Não há, de fato, qualquer óbice à participação de recursos privados no custeio da fundação, como mensalidades, doações, etc. Não obstante, para a aplicação do art. 158, I da CF é necessário que a contribuição do Município seja ainda assim substancial, preponderante, sob pena de se subverter a ratio do dispositivo constitucional.

O legislador constituinte não estabeleceu critério objetivo para se aferir a preponderância a que me referi. Parece-me razoável admitir que a preponderância exige que pelo menos metade do custeio da fundação decorra de contribuições ou subsídios do governo municipal, até para que, nos caso de fundações educacionais, elas possam

oferecer à comunidade custo subsidiado para a efetivação dos estudos universitários quando em comparação com entidades particulares. Esse critério de preponderância, aliás, é adotado pela Lei Complementar nº. 31, de 27 de novembro de 1990, do Estado de Santa Catarina, para se definir quais entidades são ou não submetidas a auditoria pelo Tribunal de Contas do Estado.

No caso em exame, a participação do Município da manutenção e custeio das atividades da Recorrente foi de menos de 5% em todos os períodos envolvidos na autuação. Tal circunstância implica, no entender deste Relator, a conclusão de que Recorrente não foi mantida pelo Município nos períodos examinados, afastando a aplicação da regra excepcional do art. 158, I da Constituição Federal e fazendo com que pertença à União o produto da arrecadação do IRFonte.

Sem embargo das judiciosas ponderações que motivaram a Segunda e Sexta Câmaras deste E. Primeiro Conselho de Contribuintes a manifestar entendimento diverso nos julgamentos materializados no Acórdãos n. 102-46.911 (Relator Romeu Bueno de Camargo) e 106-15708 (Relator Wilfrido Augusto Marques), tenho para mim que o fato do Município autorizar que a fundação mantenha em seu patrimônio o produto da arrecadação do IRFonte não é suficiente para a aplicação do art. 158, I da Constituição Federal se a contribuição total do Município (computada a parcela do IRFonte não transferida) na manutenção da entidade não for suficiente para caracterizar a preponderância a que me referi acima, sendo, ao contrário, proporcionalmente imaterial, inferior a 5% de suas receitas.

Conclusão semelhante foi adotada por esta C. Câmara nos acórdãos nºs 104-17.724 e 104-19.198, de Relatoria do Ilustre Conselheiro Nelson Mallmann, bem como no acórdão nº 104-20.382, de Relatoria do Ilustre Conselheiro Pedro Paulo Pereira Barbosa, assim ementados:

"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."

Sendo assim, encaminho meu voto no sentido de considerar legítima a exigência do IRFonte materializada no auto de infração, conhecendo do recurso para, no mérito, negar-lhe provimento.

Sala Objeto da presente autuação é o não recolhimento do imposto de renda retido na fonte pela autuada sobre a renda de terceiros - pessoas físicas e jurídicas, cujo ônus foi por estas suportado. É assente o entendimento de que a imunidade impede a exigência de imposto sobre a renda própria das entidades por ela beneficiadas, mas não elide a responsabilidade pela retenção de tributos sobre rendimentos de terceiros. Tais tributos claramente fogem ao âmbito protetivo da imunidade.



Por tais razões fica afastada, por não ser aplicável ao caso em exame, a discussão posta nos autos da ADIN nº 1.802-3-DF, em que se questiona a constitucionalidade de dispositivos da Lei n. 9.532, de 1996, que pretenderam estabelecer requisitos para o gozo da imunidade.

Rejeito, assim, a preliminar de ofensa aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Ainda em preliminar a Recorrente sustenta sua ilegitimidade passiva parcial tendo em vista a cisão de seu patrimônio, mais especificamente dos campi de Chapecó e São Carlos, vertidos para a FUNDESTE.

Examinando os autos verifico que os fatos geradores em relação aos quais se exige o IRFonte no presente auto de infração, relativamente aos campi de Chapecó e São Carlos, materializaram-se nos anos de 2000 e 2001 (conforme anexos ao Relatório de Atividade Fiscal - fls. 63 a 95).

A cisão a que se refere a Recorrente, conforme por ela própria admitido, deu-se somente em 01/01/2002, quando foram vertidos para a FUNDESTE o acervo líquido dos referidos campi.

Destarte, não há dúvidas de que os campi em questão pertenciam à Recorrente durante o período objeto da autuação, tendo ela praticado os fatos geradores identificados - retenção de imposto de renda na fonte sobre rendimentos pagos ou creditados a pessoas físicas ou jurídicas.

Pretender, como quer a Recorrente, que o IRRF relativo a esses campi fosse exigido da FUNDESTE como sociedade que recebeu o acervo vertido na cisão seria caracterizar sucessão ou transferência de responsabilidade tributária em hipótese claramente não abrangida pelo ordenamento.

Na hipótese de cisão parcial a legislação é explícita e estabelece que sociedade cindida (a Recorrente) e a sociedade que recebeu o acervo (FUNDESTE) são solidariamente responsáveis pelos tributos devidos até a data da cisão, a teor do art. 5º, § 1º, alínea b do Decreto-lei n. 1.598/1977, incorporado ao inciso II do parágrafo único do artigo 207 do RIR/99. Pode, assim, o Fisco, exigir o tributo objeto dos presentes autos de quaisquer das duas entidades envolvidas na cisão.

Rejeito, assim, a preliminar de ilegitimidade passiva argüida pela Recorrente.

Quanto ao mérito, o deslinde da questão posta nos presentes autos cinge-se ao exame da aplicação ao caso do artigo 158, inciso I, da Constituição Federal para se determinar se o Município de Joaçaba teria direito ao produto da arrecadação do IRFonte retido pela Recorrente, em exceção à regra geral de que cabe à União a exigência e o recebimento de tais recursos.

Estabelece o artigo 158, inciso I, da Constituição Federal:

“Art. 158. Pertencem aos Municípios:



I - o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem;" (grifos nossos) Assim, embora o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza seja de competência da União Federal (artigo 153, III, da CF), a Constituição Federal determina que os valores relativos a tal tributo, retidos na fonte pelos municípios, suas autarquias e as fundações por eles instituídas e mantidas, são de titularidade dos Municípios.

No que mais de perto interessa ao presente caso, estabelece o dispositivo como de titularidade dos Municípios o IRFonte retido pelas fundações por eles instituídas e mantidas. Para se afastar a regra geral de que o IRFonte pertence à União é necessário que: (i) ele seja retido por uma fundação; (ii) instituída pelo Poder Público Municipal; e (iii) que seja mantida pelo referido Município.

No presente caso, conforme relatório de atividade fiscal e documentos de fls. 194 a 291, não se discute que a Recorrente é fundação instituída pelo Município de Joaçaba através da Lei Municipal nº 545 de 1968, sendo pessoa jurídica de direito privado, com patrimônio próprio, participação de recursos privados e sem fins lucrativos (Lei Municipal 1.637/1990). O Município participa da gestão da entidade, com indicação de membros de seu quadro de gestão.

Entendeu a fiscalização, entretanto, que a Recorrente não é fundação "mantida" pelo Município, na medida em que, como demonstrado no quadro de fls. 63, menos de 5% de suas receitas, nos períodos objeto da autuação, decorreu de contribuições do Município, sendo o restante advindo de recursos privados, nomeadamente a cobrança de mensalidades dos alunos.

A Recorrente em momento algum contestou os dados de participação de receita colacionados pela fiscalização. Sustenta, entretanto, não haver óbice legal ao recebimento de recursos da iniciativa privada, sendo que a circunstância de a participação do Município no fornecimento de recursos para sua subsistência ser proporcionalmente pequena não descaracterizaria sua "manutenção" pelo Município e a conseqüente aplicação do art. 158, I da Constituição Federal.

Alega que como o Município de Joaçaba se considera titular do produto da arrecadação do IRFonte retido pela Recorrente, a teor do dispositivo constitucional referido, estabeleceu ele, por intermédio da Lei Municipal nº 2.446, de 1996, que a Recorrente fica dispensada de repassar os recursos arrecadados aos cofres municipais, passando eles a integrar o seu patrimônio.

Segundo consta dos autos esta é a principal contribuição financeira do Município para a manutenção da Recorrente, tendo sido considerada para o cálculo de participação na receita total inferior a 5%, demonstrado pela fiscalização.

O solução da questão passa que exame do que seria necessário para caracterizar que o Município de Joaçaba é responsável pela

manutenção de determinada fundação municipal por ele instituída (no caso, a Recorrente).

Entendo que o verbo "manter", como utilizado pelo legislador constitucional, deve ser entendido no sentido substancial de "prover do necessário à subsistência" ou, no caso de uma pessoa jurídica como a Recorrente, de prover dos recursos necessários ao seu funcionamento.

O sentido sistemático da previsão constitucional parece ser o de que se o Município mantém a fundação, provendo dos recursos para seu funcionamento, faz sentido que a fundação seja tratada, para os fins de repartição do produto da arrecadação do IRFonte, como se fosse o próprio Município, cabendo a este a titularidade dos recursos por ela retidos.

Não há, de fato, qualquer óbice à participação de recursos privados no custeio da fundação, como mensalidades, doações, etc. Não obstante, para a aplicação do art. 158, I da CF é necessário que a contribuição do Município seja ainda assim substancial, preponderante, sob pena de se subverter a ratio do dispositivo constitucional.

O legislador constituinte não estabeleceu critério objetivo para se aferir a preponderância a que me referi. Parece-me razoável admitir que a preponderância exige que pelo menos metade do custeio da fundação decorra de contribuições ou subsídios do governo municipal, até para que, nos caso de fundações educacionais, elas possam oferecer à comunidade custo subsidiado para a efetivação dos estudos universitários quando em comparação com entidades particulares. Esse critério de preponderância, aliás, é adotado pela Lei Complementar nº. 31, de 27 de novembro de 1990, do Estado de Santa Catarina, para se definir quais entidades são ou não submetidas a auditoria pelo Tribunal de Contas do Estado.

No caso em exame, a participação do Município da manutenção e custeio das atividades da Recorrente foi de menos de 5% em todos os períodos envolvidos na autuação. Tal circunstância implica, no entender deste Relator, a conclusão de que Recorrente não foi mantida pelo Município nos períodos examinados, afastando a aplicação da regra excepcional do art. 158, I da Constituição Federal e fazendo com que pertença à União o produto da arrecadação do IRFonte.

Sem embargo das judiciosas ponderações que motivaram a Segunda e Sexta Câmaras deste E. Primeiro Conselho de Contribuintes a manifestar entendimento diverso nos julgamentos materializados no Acórdãos n. 102-46.911 (Relator Romeu Bueno de Camargo) e 106-15708 (Relator Wilfrido Augusto Marques), tenho para mim que o fato do Município autorizar que a fundação mantenha em seu patrimônio o produto da arrecadação do IRFonte não é suficiente para a aplicação do art. 158, I da Constituição Federal se a contribuição total do Município (computada a parcela do IRFonte não transferida) na manutenção da entidade não for suficiente para caracterizar a preponderância a que me referi acima, sendo, ao contrário, proporcionalmente imaterial, inferior a 5% de suas receitas.



Conclusão semelhante foi adotada por esta C. Câmara nos acórdãos nºs 104-17.724 e 104-19.198, de Relatoria do Ilustre Conselheiro Nelson Mallmann, bem como no acórdão nº 104-20.382, de Relatoria do Ilustre Conselheiro Pedro Paulo Pereira Barbosa, assim ementados:

"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."

Sendo assim, encaminho meu voto no sentido de considerar legítima a exigência do IRFonte materializada no auto de infração, conhecendo do recurso para, no mérito, negar-lhe provimento.

Pelo que se depreende de tudo quando acima exposto, na verdade, a UNIVALE não é uma fundação mantida pelo Município. Pode até ter sido instituída, mas esse requisito não é suficiente. O Município de Itajaí, na verdade, não é mantenedor.

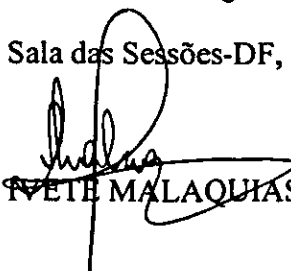
A única contribuição do Município de Itajaí é abrir mão do valor do Imposto de Renda Retido na Fonte, que não é de sua competência, mas da União. O fato de o art. 158, I da Carta Magna, permitir que a IRRF, retido dos seus funcionários, fique em poder do Município, não significa que a Receita seja da municipalidade. O objetivo da norma é evitar burocracia, mas, posteriormente, é efetivada uma prestação de contas.

Melhor dizendo. Quando a União for repassar a parcela que o Município detém no bolo da arrecadação do IR e IPI, o Tesouro Nacional certamente deduz do valor a repassar, a parcela do IRRF cobrado pelo Município dos seus funcionários (§ 1º do art. 159 da Lei Magna). Contudo, não consta dos autos, provas de que o Município nem comunicou a sua lei ao Tesouro Nacional, tampouco sofreu a dedução do IRRF do pessoal da UNIVALE, na partilha da receita dos tributos da União, do IRRF pela UNIVALE, mas, tão-só, que o Município editou lei transferindo, para a UNIVALE, o produto da receita do IRRF, fato este que pesa contra a Recorrida. E mais: que é a única contribuição que ela faz à UNIVALE.

É claro que a Fundação instituída e mantida, pelo Município, também goza desse direito de ficar com o IRRF dos seus funcionários para posterior encontro de contas com o repasse da partilha dos municípios no produto da arrecadação do IPI e IR. Todavia, no caso, está provado que a Fundação não é mantida pela municipalidade. A única ajuda, se assim se pode dizer, refere-se ao repasse do IRRF retido dos funcionários da UNIVALE.

Diante desses fundamentos, mantenho a decisão recorrida quando ao período extinto pela decadência na forma do § 4º do art. 150, do CTN, e, quanto ao mérito, meu voto é no sentido de restabelecer a exigência das demais parcelas.

Sala das Sessões-DF, em 07 de outubro de 2008.


IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO