



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº. : 10925.000349/2001-62
Recurso nº. : 129.455 - *EX OFFICIO* e VOLUNTÁRIO
Matéria: : IRF – Ano(s): 2000
Recorrentes : DRJ em FLORIANÓPOLIS – SC e FUNDAÇÃO EDUCACIONAL
DO OESTE DE SANTA CATARINA - UNOESC
Sessão de : 17 DE ABRIL DE 2002
Acórdão nº. : 106-12.653

PRELIMINAR – NULIDADE DO LANÇAMENTO – O Mandado de Procedimento Fiscal é um documento que atribui a competência específica de fiscalização sobre determinada pessoa jurídica em nome da Secretaria da Receita Federal, podendo estabelecer o período a ser abrangido pela auditoria, o qual, uma vez discriminado, deve ser respeitado.

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL – A prorrogação do Mandado de Procedimento Fiscal deve ser feita antes de ter se escoado o seu prazo de validade, sendo que a ciência do contribuinte pode ser dada posteriormente, sem com isto causar a nulidade do lançamento.

IRF – FUNDAÇÕES INSTITUÍDAS E MANTIDAS PELO PODER PÚBLICO – DESTINAÇÃO DO PRODUTO DA ARRECADAÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE – Para que uma Fundação seja considerada como mantida pelo poder público, é necessário que este destine a ela recursos suficientes à sua subsistência. Caso esta hipótese não ocorra, o imposto de renda retido na fonte por estas instituições deve ser recolhido à União.

CONSULTA – Os efeitos de uma consulta somente abrangem a situação fática específica que a motivou.

MULTA DE OFÍCIO – Sendo a contribuinte obrigada a recolher o tributo aos cofres da União, em não o fazendo, sujeita-se à multa de ofício legalmente prevista.

JUROS MORATÓRIOS – TAXA SELIC – A aplicação dos juros com base na taxa SELIC é previsto em lei, a qual, enquanto não for declarada inconstitucional ou revogada por outra de igual ou superior hierarquia, deve ser aplicada pela autoridade administrativa tributária.

Recurso de ofício negado.

Recurso voluntário negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recursos interpostos pelo DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DE JULGAMENTO em FLORIANÓPOLIS/SC e FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DO OESTE DE SANTA CATARINA-UNOESC.

41

Processo nº. : 10925.000349/2001-62
Acórdão nº. : 106-12.653

ACORDAM os Membros da Sexta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, NEGAR provimento ao recurso de ofício. Vencidos os Conselheiros Sueli Efigenia Mendes de Britto, Luiz Antonio de Paula e Iacy Nogueira Martins Moraes; e relativamente ao recurso voluntário, por maioria e votos, REJEITAR a preliminar de nulidade do lançamento. Vencidos os conselheiros Romeu Bueno de Camargo, Orlando José Gonçalves Bueno e Edison Carlos Fernandes. E, no mérito, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencido o Conselheiro Romeu Bueno de Camargo.


IACY NOGUEIRA MARTINS MORAIS
PRESIDENTE


THAISA JANSEN PEREIRA
RELATORA

FORMALIZADO EM: 27 MAI 2002

Ausente o Conselheiro WILFRIDO AUGUSTO MARQUES.

Processo nº : 10925.000349/2001-62

Acórdão nº : 106-12.653

Recurso nº : 129.455

Recorrentes : DRJ em FLORIANÓPOLIS e FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DO OESTE DE SANTA CATARINA - UNOESC

RELATÓRIO

Fundação Educacional do Oeste de Santa Catarina – UNOESC, já qualificada nos autos, recorre da decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Florianópolis, por meio do recurso protocolado em 04/01/02 (fls. 833 a 860), tendo dela tomado ciência em 07/12/01 (fl. 832).

No mesmo processo, de acordo com o art. 34, do Decreto nº 70.235/72, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Florianópolis recorre de ofício a este Conselho de Contribuintes em virtude de ter declarado nulo o lançamento referente aos fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro a junho de 2000, o que teve como consequência a exoneração da imposição fiscal em valor superior ao seu limite de alçada estabelecido na Portaria MF nº 333/97.

O Auto de Infração (fls. 01 a 03) foi lavrado em vista da constatação de falta de recolhimento do imposto de renda retido na fonte sobre trabalho assalariado e prestação de serviços.

O crédito tributário constituído foi de R\$ 4.571.135,36 de imposto, que, acrescido dos encargos legais, totalizou R\$ 10.093.543,58, em 23/02/2001.

O Relatório da Atividade Fiscal (fls. 16 a 27) descreve os procedimentos fiscalizatórios, dos quais destacamos resumidamente os pontos que seguem:

- Pela documentação apresentada constatamos que houve a retenção do imposto de renda na fonte, porém, não foi recolhido aos cofres da União;

Processo nº. : 10925.000349/2001-62
Acórdão nº. : 106-12.653

- A justificativa para tal procedimento foi no sentido de que a instituição, por ter sido criada pelo poder público municipal, é uma fundação pública de direito privado. Goza, portanto, de imunidade tributária. A Secretaria da Receita Federal, por meio da Superintendência da 9ª Região Fiscal, ao examinar o processo de consulta nº 10925.003300/95-62, exarou a decisão nº 176/95, concluindo que o imposto de renda retido na fonte pela fundação pertence ao município.
- O processo nº 10925.003300/95-62, mencionado pela fiscalizada, se refere à consulta apresentada pelo Município de Joaçaba, no sentido de que fosse esclarecido se o produto da arrecadação do imposto de renda retido na fonte por fundações instituídas e mantidas por ele poderia ser deixado nas próprias fundações ao invés de serem repassados para os cofres municipais. Assim, a consulta não versou sobre a natureza jurídica da Fundação;
- Pela análise dos documentos apresentados, pode-se concluir que a contribuinte é fundação instituída pelo Município de Joaçaba;
- A Fundação Educacional do Oeste de Santa Catarina – UNOESC é mantida por verbas oriundas do município de Joaçaba, de outros municípios e entidades estatais e, ainda, de recursos privados;
- Os recursos provenientes dos municípios não passam do ínfimo percentual de 5,22%, sendo que o que predomina são os que advêm das mensalidades;
- Pela Constituição Federal, no seu art. 158, inciso I, o imposto de renda retido na fonte pertence ao município apenas quando a fundação é por ele **instituída e mantida**;
- As condições de instituição pelo poder público e de manutenção da fundação com recursos do município são cumulativas. A falta de uma delas implica no desenquadramento do município e consequentemente da fundação como detentora do direito de ficar com o produto da arrecadação do tributo;

Processo nº. : 10925.000349/2001-62
Acórdão nº. : 106-12.653

- O Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina informou que não audita a Fundação Educacional do Oeste de Santa Catarina – UNOESC pois ela não é mantida pelo município;
- No Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica a Fundação informou sua natureza jurídica como sendo “Fundação Mantida com Recursos Privados”;
- A contratação de pessoal não obedece aos critérios para ingresso no serviço público, bem como o seu quadro é regido pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

A Fundação Educacional do Oeste de Santa Catarina – UNOESC deu entrada em sua impugnação (fls. 630 a 653) na qual expõe em síntese:

- A Fundação Educacional do Oeste de Santa Catarina – UNOESC foi criada pela Lei Municipal n° 545/68 com a denominação de Fundação Universitária do Oeste Catarinense – FUOC;
- Conforme se verifica da lei e dos estatutos da Fundação, ela foi instituída como fundação autárquica, embora fosse permitido cobrar mensalidades dos estudantes para contribuir com a sua manutenção;
- O patrimônio inicial da Fundação foi cedido pelo município de Joaçaba, tendo recebido auxílio do poder público estadual e federal;
- É importante salientar que com o advento da Constituição Federal de 1988, e posteriormente com a Emenda Constitucional n° 19/98, ficou claro que o critério para caracterizar as fundações públicas ou privadas é a identificação de quem as instituiu;
- A UNOESC é uma fundação pública de direito privado, pois foi criada pelo poder público embora não seja preponderantemente mantida por ele;
- Enquadra-se na previsão contida no art. 242, da Constituição Federal;

Processo nº. : 10925.000349/2001-62
Acórdão nº. : 106-12.653

- *... não é a forma de manutenção ou proveniência dos recursos que determinará sua natureza jurídica, mas sim, sua forma de criação, em função do disposto na Constituição de 1988 e o interesse público da sua atividade (ensino). (fl. 638);*
- A Fundação Educacional do Oeste de Santa Catarina – UNOESC entende que está enquadrada no inciso I, do art. 158, da Constituição Federal;
- A Superintendência da Receita Federal da 9ª Região Fiscal se manifestou por meio da Decisão nº 176/95 ao examinar a consulta feita pela Prefeitura de Joaçaba, no sentido de que o município pode prescrever a destinação que julgar conveniente aos recursos advindos do imposto de renda retido na fonte pelas fundações que instituírem e mantiverem;
- *Ora, a Fundação Educacional do Oeste de Santa Catarina – UNOESC, por sua Universidade, mantém autonomia, disciplinada nos seus ordenamentos, sendo que consta na sua lei de criação, art. 6º, bem como na Lei Orgânica do Município de Joaçaba, já citadas, a forma de sua manutenção. Apesar disso mantém a tutela jurisdicional municipal, disciplinada na lei de criação da instituição, o que pode entender que, pelo Município é mantida. (fl. 646 – grifo meu);*
- A autoridade fiscal se utilizou do art. 108, do Código Tributário Nacional, para justificar o emprego da Lei Complementar Estadual nº 111/94, a qual extrapola o significado de manutenção;
- O Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina foi oficiado pela Fundação no sentido de se elucidar a forma de prestação de contas, ao que respondeu que *as fundações do sistema ACADE devem ser enquadradas de acordo com os termos da Lei nº 6.223/75, art. 7º, caput, isto é, assim como as Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. (fl. 648);*
- A contratação de pessoal não é feita nos moldes do serviço público, posto que *há autonomia didático-científica, financeira e*

Processo nº. : 10925.000349/2001-62
Acórdão nº. : 106-12.653

administrativa decorrentes das prerrogativas de ser uma Universidade, credenciada, nos termos do artigo 207 da mesma Carta Magna. (fl. 649).

Faz referência ainda à importância social da Fundação Educacional do Oeste de Santa Catarina - UNOESC e conclui pedindo o cancelamento do Auto de Infração, sendo que se não for atendido, impugna também a aplicação da taxa SELIC na determinação dos juros, bem como a incidência da multa de ofício, posto que é vedada a sua cobrança entre as várias esferas administrativas da República.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Florianópolis (fls. 808 a 825), por meio da 3ª Turma de Julgamento, decidiu *acatar a preliminar de NULIDADE do lançamento referente aos fatos geradores ocorridos nos meses de Jan. a Jun/2000, e julgar PROCEDENTE EM PARTE o lançamento* (fl. 809), mantendo, portanto, o crédito tributário quanto aos fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro de 1996 a dezembro de 1999.

O Relator inicia o seu voto levantando a preliminar de nulidade, acima descrita em virtude de o Mandado de Procedimento Fiscal (fl. 28), por ser instrumento de atribuição de competência e por determinar a abrangência da fiscalização para o período de 1996 a 1999, não servir para dar sustentação ao período também autuado relativo ao ano de 2000.

Ficou vencido na preliminar o julgador Vidal Horácio Engel, que votou pela nulidade total do lançamento, posto que o Mandado de Procedimento Fiscal – Complementar só foi objeto da ciência da contribuinte após expirado o prazo do anterior, ainda que emitido dentro deste período.

Quanto ao lançamento remanescente, o Relator se manifesta da forma que se sintetiza:

- *O principal ponto de discordância está no fato de definir se a Fundação UNOESC satisfazia a segunda condição estabelecida*

Processo nº. : 10925.000349/2001-62
Acórdão nº. : 106-12.653

no inciso I do art. 158 da Carta Magna, in fine, ou seja, a de que era mantida pelo município que a instituiu. (fl. 819);

- O aporte de recursos feito pelos municípios não alcança 5,22% da receita total da Fundação;
- Não é relevante a fundação ser definida como sendo de direito público privado;
- Os recursos provenientes do órgão que a criou devem ser predominantes em relação aos demais;
- *Admitir como mantenedor, aquele que com minguados recursos abastece uma fundação, é transgredir o disposto na norma constitucional, desviando-se do objetivo para o qual foi criada. (fl. 820);*
- A própria Fundação Educacional do Oeste de Santa Catarina - UNOESC admite que não é preponderantemente mantida pelo poder público;
- *... apesar do esforço hercúleo da interessada, não se vislumbra qualquer entendimento no sentido de que a exceção inserida no art. 242, combinada com o art. 158, I da Lei Maior, assegura-lhe o direito de não recolher aos cofres públicos da União o Imposto de Renda retido dos rendimentos pagos a título de trabalho assalariado e prestação de serviços. (fl. 821);*
- A consulta feita à Superintendência da Receita Federal na 9ª Região Fiscal decorreu da minuta de projeto de lei municipal elaborada pela Fundação Educacional do Oeste de Santa Catarina UNOESC, a qual dispunha sobre a destinação do produto da arrecadação do imposto de renda retido na fonte pelas fundações municipais (vide fl. 756);
- O consulente solicitou orientação quanto à destinação do tributo à Fundação UNOESC por força do art. 158, Inciso I, da Constituição Federal;
- A premissa da consulta é a de que a Fundação preenche os requisitos do dispositivo constitucional;

Processo nº. : 10925.000349/2001-62
Acórdão nº. : 106-12.653

- A solução da consulta foi no sentido de que *pertence aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, o produto da arrecadação do imposto de renda incidente na fonte sobre rendimentos pagos a qualquer título por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem.* (fl. 822);
- Além da consulta só produzir efeitos para os casos em que a fundação for criada e mantida pelo poder público municipal, com o advento da Lei nº 9.430/96 os seus efeitos, por não serem definitivos, cessaram, devendo a consulente ter renovado a consulta;
- Equivoca-se a impugnante quando sustenta que a Secretaria da Receita Federal deveria exigir o tributo do município de Joaçaba, posto que é a Fundação UNOESC a responsável pelo recolhimento do tributo aos cofres da União;
- Quanto à cobrança dos juros pela taxa SELIC, não cabe à autoridade administrativa a apreciação da sua inconstitucionalidade;
- A multa de ofício é fundamentada no art. 4º, da Lei nº 8.218/91, e no art. 44, da Lei nº 9.430/96, combinados com o art. 106, do Código Tributário Nacional, não se confundindo com a imunidade recíproca existente entre as diversas entidades componentes da Federação (alínea a, do inciso VI, do art. 150, da Constituição Federal).

O recurso (fls. 833 a 860) reitera os termos da impugnação, discordando do julgamento de primeira instância, e acrescenta que:

- O lançamento está eivado de nulidade, pois a ciência do Mandado de Procedimento Fiscal – Complementar se deu após expirado o prazo de validade do anterior;
- *A tarefa de limitar o alcance do vocábulo “manter”, não é encargo e nem competência do órgão de julgamento administrativo.* (fl. 835)

Processo nº. : 10925.000349/2001-62
Acórdão nº. : 106-12.653

O arrolamento dos bens e direitos se constata pelos documentos de fls. 884 a 887, assim como pelo despacho de fl. 888.

É o Relatório.



Processo nº. : 10925.000349/2001-62
Acórdão nº. : 106-12.653

VOTO

Conselheira THAISA JANSEN PEREIRA, Relatora

O recurso voluntário é tempestivo. Obedece todos os requisitos legais para a sua admissibilidade, por isso deve ser conhecido, assim como o recurso de ofício.

Conforme relatado, temos em um mesmo processo o recurso de ofício da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Florianópolis e o voluntário da Fundação Educacional do Oeste de Santa Catarina – UNOESC.

O órgão colegiado de primeira instância recorreu por ter exonerado a contribuinte da parte do lançamento correspondente aos fatos geradores ocorridos no ano de 2000, em vista de o Mandado de Procedimento Fiscal (fl. 28) ter sido emitido dando à fiscalização a determinação de que examinasse os anos de 1996 a 1999, logo, a verificação do ano de 2000 não estava acobertada pelo referido Mandado.

A Portaria SRF nº 1.265/99, que dispunha sobre o planejamento das atividades fiscais e estabelecia normas para a execução de procedimentos fiscais relativos aos tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal naquela ocasião, assim previa:

art. 2º. Os procedimentos fiscais relativos aos tributos e contribuições administrados pela SRF serão executados, em nome desta, pelos Auditores Fiscais da Receita Federal – AFRF e instaurados mediante ordem específica denominada Mandado de Procedimento Fiscal - MPF.

...

art. 7º. O MPF-F, o MPF-D e o MPF-E conterão:

...

Processo nº. : 10925.000349/2001-62
Acórdão nº. : 106-12.653

§ 1º. O MPF-F indicará, ainda, o tributo ou contribuição objeto do procedimento fiscal a ser executado, **podendo ser fixado o período de apuração correspondente**, bem assim as verificações a serem procedidas para constatar a correta determinação das bases de cálculo dos tributos e contribuições administrados pela SRF, em relação aos valores declarados ou recolhidos, nos últimos cinco exercícios, observado o modelo constante do Anexo I.

§ 2º. Na hipótese de se fixar o período de apuração correspondente, o MPF-F alcançará o exame dos livros e documentos, referentes a outros períodos, com vista a verificar os fatos que deram origem a valor computado na escrituração contábil e fiscal do período fixado, ou dele sejam decorrentes. (grifos meus)

Assim é que, conforme já transcrito pelo órgão colegiado de primeira instância (fl. 818), a instituição do Mandado de Procedimento Fiscal garantiu aos contribuintes, pela prática do princípio da impessoalidade, da moralidade e da legalidade, o *pleno conhecimento do objeto e da abrangência da ação, em especial em relação aos tributos e períodos a serem examinados...*

Pelo teor da Portaria SRF nº 1.265/99, observa-se a nítida característica de o Mandado de Procedimento Fiscal se constituir em um documento que determina e delimita a competência do Auditor Fiscal da Receita Federal em relação àquela específica fiscalização, pelo que não cabe ao servidor designado extrapolar os limites fixados no documento administrativo, exceto nos casos previstos no art. 11, do mesmo ato citado. É claro que garantido está o exercício do seu dever de representar caso verifique irregularidades em outros períodos, mas a realização de uma auditoria sobre estes novos períodos dependerá da emissão de novo Mandado de Procedimento Fiscal.

Correto está, portanto, o entendimento de que o lançamento que atinge os fatos geradores ocorridos em 2000 não deve prevalecer.

Quanto ao recurso voluntário, constata-se que a contribuinte, em grau de recurso, talvez alertada pelo voto vencido do julgador Vidal Horácio Engel da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Florianópolis, requer a

Processo nº. : 10925.000349/2001-62
Acórdão nº. : 106-12.653

preliminar de nulidade do lançamento por entender que a ciência dos Mandados de Procedimento Fiscal – Complementares deveria ter sido dada antes de expirado o prazo de validade do Mandado de Procedimento Fiscal anterior.

Analisando os autos, verifica-se que o Mandado de Procedimento Fiscal – Fiscalização (fl. 28) foi emitido em 19/05/00, com prazo para execução dos procedimentos fiscalizatórios até 16/09/00 (120 dias). Deste documento teve ciência a contribuinte em 03/07/00. Em 12/09/00, portanto sete dias antes de se encerrar o prazo dado no Mandado de Procedimento Fiscal – Fiscalização, foi feito o Mandado de Procedimento Fiscal – Complementar (fl. 29), prorrogando o prazo da fiscalização até 10/01/01. Deste ato, a recorrente teve conhecimento em 15/12/00. Em 29/12/00, 12 dias antes de expirar o prazo anterior, foi lavrado o Mandado de Procedimento Fiscal – Complementar (fl. 30), que estendeu o prazo até 28/04/01. Teve conhecimento deste último em 28/03/01.

A Portaria SRF nº 1.265/99 determinava ainda:

*Art. 12. Os MPF terão os seguintes prazos máximos de validade:
I – cento e vinte dias, nos casos de MPF-F e de MPF-E;*

...

Art. 13. A prorrogação do prazo de que trata o artigo anterior poderá ser efetuada pela autoridade outorgante, tantas vezes quantas necessárias, observados, a cada ato, os limites estabelecidos no artigo anterior.

Parágrafo único. A prorrogação do prazo de validade do MPF será formalizada mediante a emissão do MPF-C.

...

Art. 15. O MPF se extingue:

I – pela conclusão do procedimento fiscal, registrado em termo próprio;

II – pelo decurso dos prazos a que se referem os arts. 12 e 13.

Art. 16. A hipótese de que trata o inciso II do artigo anterior não implica nulidade dos atos praticados, podendo a autoridade responsável pela emissão do Mandado extinto determinar a emissão de novo MPF para a conclusão do procedimento fiscal.

Processo nº. : 10925.000349/2001-62
Acórdão nº. : 106-12.653

Parágrafo único. Na emissão do novo MPF de que trata este artigo, não poderá ser indicado o mesmo AFRF responsável pela execução do Mandado extinto.

Portanto, conforme se verifica, os Mandados de Procedimento Fiscal – Complementares foram emitidos antes do prazo fixado nos Mandados de Procedimento Fiscal anteriores. Assim, não houve a extinção dos documentos fiscais.

A data da ciência da contribuinte não influencia na contagem dos prazos, conforme se depreende dos dispositivos regulamentadores do Mandado de Procedimento Fiscal. O fato de a recorrente ter tomado ciência em data posterior à vigência dos Mandado de Procedimento Fiscal – Fiscalização (fl. 28) e Mandado de Procedimento Fiscal – Complementar (fl. 29) em nada a prejudica. Não causa cerceamento do direito de defesa assim como não afeta qualquer direito que a legislação lhe garanta.

Conforme se observa do art. 16, nem o decurso dos prazos a que se referem os artigos 12 e 13 não implicam em nulidade. Basta nesses casos específicos que se emita um novo Mandado de Procedimento Fiscal que atribua a fiscalização a outro Auditor Fiscal da Receita Federal.

Ressalte-se que o Auto de Infração foi feito dentro do prazo de validade do Mandado de Procedimento Fiscal – Complementar (fl. 30) e, ainda, que como confirmação de que a ciência do contribuinte não influencia na eficácia do Mandado de Procedimento Fiscal, podemos observar que a Portaria SRF nº 3.007/2001, ao revogar a Portaria nº 1.265/99, alterou a redação do art. 13, o qual passou a assim vigorar:

A prorrogação do prazo de que trata o artigo anterior poderá ser efetuada pela autoridade outorgante, tantas vezes quantas necessárias, observado, em cada ato, o prazo máximo de trinta dias.

§ 1º. A prorrogação de que trata o caput far-se-á por intermédio de registro eletrônico efetuado pela respectiva autoridade outorgante,

Processo nº. : 10925.000349/2001-62
Acórdão nº. : 106-12.653

cuja informação estará disponível na Internet, nos termos do art. 7º, inciso VIII.

§ 2º. Após cada prorrogação, o AFRF responsável pelo procedimento fiscal fornecerá ao sujeito passivo, quando do primeiro ato de ofício praticado junto ao mesmo, o Demonstrativo de Emissão e Prorrogação, contendo o MPF emitido e as prorrogações efetuadas, reproduzido a partir das informações apresentadas na Internet, conforme modelo constante do Anexo VI.

Portanto, observa-se que a importância da emissão ou da prorrogação do Mandado de Procedimento Fiscal se baseia principalmente na atribuição de competência do Auditor Fiscal da Receita Federal para efetuar aquela específica fiscalização, o que garante, ainda, ao contribuinte a oficialidade do procedimento, mas não sujeita o lançamento à nulidade, caso o contribuinte não tenha tido ciência de sua prorrogação.

No mérito, é questão pacífica que a Fundação foi instituída pelo poder público, porém, a questão central é se ela é mantida ou não pelo município.

O primeiro ponto que se deve abordar é a consulta feita pela Prefeitura Municipal de Joaçaba (fl. 754), que assim foi redigida:

Face o pedido formulado pela UNOESC, visando a retenção do Imposto de Renda na Fonte pertencente ao Município, por força do artigo 158, I – Seção VI DA REPARTIÇÃO DAS RECEITAS TRIBUTÁRIAS – da Constituição Federal, a fim de compor a Receita da UNOESC, solicitamos posicionamento dessa Delegacia Regional, após análise dos documentos anexos.

O pedido em tela, prende-se ao fato de haver essa Delegacia, através do Setor competente, orientado a direção da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC, no sentido de que “o produto da arrecadação do imposto da União sobre a renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos pelas Fundações Municipais dedicadas ao ensino, em qualquer nível comporá a receita das mesmas, sendo pois dispensável o repasse dos valores correspondentes aos cofres municipais”, bem assim, de que “as disposições citadas, aplicam-se também às importâncias anteriormente retidas e eventualmente ainda não recolhidas”.

...

Processo nº. : 10925.000349/2001-62
Acórdão nº. : 106-12.653

Esta consulta foi objeto da Decisão nº 176/95 (fls. 760 e 761), da Superintendência da Receita Federal da 9ª Região Fiscal, que a solucionou, nos termos que leio em sessão, ainda não em caráter definitivo.

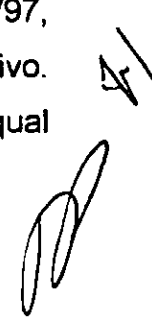
Logo, depreende-se que o processo de consulta foi impetrado pela Prefeitura Municipal de Joaçaba, a qual já no primeiro parágrafo de seu ofício (fl. 754) remete o pedido ao pressuposto contido no art. 158, inciso I, da Constituição Federal.

Durante todo o decorrer do processo, trabalho-se com a premissa de que a UNOESC seria uma entidade instituída e mantida pelo município, tanto que nenhum documento que comprovasse esta situação foi juntado.

Não se trata de uma consulta para que a administração tributária se manifestasse sobre o enquadramento da Fundação UNOESC no art. 158, inciso I, da Constituição. Foi tão somente uma consulta para que, partindo da concepção de que a entidade teria sido instituída e estaria sendo mantida pelo poder público municipal, a Secretaria da Receita Federal se manifestasse quanto à destinação do produto da arrecadação do imposto de renda retido na fonte.

Conforme argumentado pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Florianópolis, *não se pode estender os efeitos de uma consulta formulada para uma situação fática diferente daquela que efetivamente se verifica* (fl. 822).

Outro aspecto relevante é o fato de que, conforme já explicado pelo julgador *a quo*, em virtude do art. 48, § 13, da Lei nº 9.430/96, a partir de 01/01/97, cessaram os efeitos decorrentes de consultas ainda não solucionadas em definitivo. Foi dado aos consulentes a oportunidade de renovarem sua consulta, a qual seguiria, então as novas determinações legais.



Processo nº. : 10925.000349/2001-62
Acórdão nº. : 106-12.653

Elucidada a questão da consulta, pode-se seguir na análise do ponto principal em discussão, que se refere à verificação sobre o preenchimento do requisito previsto no inciso I, do art. 158, da Constituição Federal, que diz respeito a determinar se a Fundação Educacional do Oeste de Santa Catarina é mantida ou não pelo poder público municipal.

Pode-se observar no quadro de fl. 23, que faz parte do Relatório da Atividade Fiscal, que os Municípios, desde o ano de 1996 a 1999 (considerando as subvenções municipais e o imposto de renda retido na fonte, que foi apropriado como receita da entidade), colaboraram com a Fundação Educacional do Oeste de Santa Catarina com o percentual máximo de 5,22% (1997).

A Lei Municipal n.º 545/68, que criou a Fundação, prevê que os recursos da entidade serão provenientes de dotações dos poderes públicos municipais, estadual ou federal, de pessoas físicas ou jurídicas, de anuidades pagas pelos alunos, etc... Portanto, já desde a sua criação admitia-se a existência de recursos outros que não os públicos.

Tanto a contribuinte como o julgador de primeira instância concordam com o significado da palavra manter. Para Maria Helena Diniz, significa, conforme citação da recorrente (fl. 647), *defensor, que conserva, que dá sustento necessário* (grifo meu). De Plácido e Silva, citado por ambas (fls. 647 e 820), concebe a significação da palavra manter como sendo **prover do que é necessário à subsistência**, sustentar, conservar no mesmo estado, reafirmar, confirmar, observar.

Manter, portanto, não significa uma mera ajuda ou contribuição. Não se pode conceber que alguém possa **dar o sustento necessário ou prover do que é necessário à subsistência** da entidade, destinando a ela somente 5,22% da receita anual da entidade.

A Fundação, em seu recurso (fl. 835) assim se expressa:

Processo nº. : 10925.000349/2001-62
Acórdão nº. : 106-12.653

A decisão da 3ª Turma extrapolou os limites de sua competência quando definiu a abrangência dada pelo artigo 158, I, da Constituição Federal do Brasil/1988. No caso em tela, o produto da arrecadação da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, pertence efetivamente ao MUNICÍPIO. Assim as dúvidas que existirem devem ser solucionadas entre o órgão da Receita Federal e o Município instituidor da recorrente. A tarefa de limitar o alcance do vocábulo "manter", não é encargo e nem competência do órgão de julgamento administrativo. É vedado aos agentes fiscais e aos Órgãos de Julgamento Administrativo limitar a abrangência dos dispositivos legais, especialmente aqueles advindos da Carta Maior.

Cita em seguida as ementas transcritas pelo julgador de primeira instância quanto à incompetência deste Conselho de Contribuintes no que concerne ao exame da inconstitucionalidade das leis.

Interessante observar que neste ponto a recorrente concorda com as ementas citadas e entende que, com relação à compreensão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Florianópolis em relação ao inciso I, do art. 158, da Constituição Federal, estaria excedendo os limites de sua competência. No entanto, quando traça suas considerações a respeito da cobrança dos juros de mora com base na taxa SELIC, alega a sua inconstitucionalidade e aguarda um julgamento administrativo sobre o assunto.

Na verdade, o julgador *a quo* se manifestou sobre o enquadramento da Fundação Educacional do Oeste de Santa Catarina como entidade **mantida** pelos municípios. Não efetuou neste caso a análise da inconstitucionalidade de qualquer lei. O que ele fez foi simplesmente subsumir a norma ao caso concreto. E diga-se, é sua função precípua, não somente em relação à Constituição Federal mas como a todas as normas.

A recorrente cita ainda os artigos 242 e 206, da Constituição Federal, porém, estes dispositivos já fartamente transcritos nos autos, não a

Processo nº. : 10925.000349/2001-62
Acórdão nº. : 106-12.653

socorrem, posto que não se referem necessariamente às mesmas instituições referidas no inciso I, do art. 158.

A Fundação Educacional do Oeste de Santa Catarina entende que a Secretaria da Receita Federal deve exigir o imposto de renda retido na fonte do Município de Joaçaba, posto que a ele o tributo foi recolhido (fl. 643).

Conforme já demonstrado pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Florianópolis, a responsabilidade (inciso II, do art. 121, do Código Tributário Nacional) da retenção e do recolhimento aos cofres públicos é da fonte pagadora (art. 791, do Regulamento do Imposto de Renda – 1994). No caso presente, uma vez que a Fundação não pode ser considerada como **mantida** pelos municípios, a sua obrigação é recolher o tributo à União. Portanto, não há qualquer envolvimento do Município de Joaçaba nestas obrigações tributárias aqui discutidas.

Com relação à multa de ofício, além das argumentações do julgador de primeira instância, ao qual peço vênias para considerá-las também neste julgamento, é importante esclarecer que a penalidade ora imposta tem como base de cálculo um tributo que não está sendo cobrado da Fundação Educacional do Oeste de Santa Catarina na sua condição de contribuinte, mas tão somente responsável pela retenção na fonte do imposto de renda devido por outros contribuintes. A sua obrigação era ter repassado o tributo à União e não o fez, tendo, portanto, que arcar com as consequências de tal ato.

Quanto à alegação de inconstitucionalidade da cobrança dos juros de mora com base na taxa SELIC, deve-se atentar primeiramente ao que dispõe o art. 13, da Lei nº 9.065/95, que instituiu a aplicação do indexador:

A partir de 1º de abril de 1995, os juros de que tratam a alínea c do parágrafo único do art. 14 da Lei nº 8.847, de 28 de janeiro de 1994, com a redação dada pelo art. 6º da Lei nº 8.850, de 28 de janeiro de 1994, e pelo art. 90 da Lei nº 8.981, de 1995, o art. 84, inciso I, e o art. 91, parágrafo único, alínea a.2, da Lei nº 8.981, de 1995, serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente.

Processo nº. : 10925.000349/2001-62
Acórdão nº. : 106-12.653

O § 3º, do art. 61, da Lei nº 9.430/96, prevê a aplicação da taxa referencial SELIC (§ 3º, do art. 5º) no cálculo dos juros de mora a serem aplicados ao débito tributário cujo fato gerador ocorreu a partir de 01/01/97.

Por sua vez o Código Tributário Nacional, no seu art. 161, assim dispõe:

O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º. Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês.
... (grifo meu)

Observa-se, portanto, que o Código Tributário Nacional autoriza um percentual diverso de 1% para os juros de mora.

O controle da constitucionalidade das leis pode ser feito *a priori* ou *a posteriori*. No primeiro caso, no controle preventivo, observa-se a preocupação com o respeito aos princípios e determinações constitucionais por quem elabora as leis. Portanto, uma vez em vigor, pelo princípio da presunção de legitimidade, toda norma jurídica é acolhida como constitucional até que se prove a existência de um vício de inconstitucionalidade.

O controle repressivo, ou *a posteriori*, é realizado pelos órgãos jurisdicionais por meio do controle difuso ou concentrado da constitucionalidade das leis.

Conforme as palavras contidas no livro Teoria Geral do Processo¹:

O sistema brasileiro não consagra a existência de uma corte constitucional encarregada de resolver somente as questões

¹ DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. Teoria geral do processo. 17. ed. São Paulo : Malheiros, 2001, p. 179.

Processo nº. : 10925.000349/2001-62
Acórdão nº. : 106-12.653

constitucionais do processo sem decidir a causa (como a italiana). Aqui, existe o controle difuso da constitucionalidade, feito por todo e qualquer juiz, de qualquer grau de jurisdição, no exame de qualquer causa de sua competência – ao lado do controle concentrado, feito pelo Supremo Tribunal Federal pela via de ação direta de inconstitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal constitui-se, no sistema brasileiro, na corte constitucional por excelência, sem deixar de ser autêntico órgão judiciário.

Como guarda da Constituição, cabe-lhe julgar: a) a ação declaratória de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual perante a Constituição Federal (inc. I, a), inclusive por omissão (art. 103, § 2º); b) o recurso extraordinário interposto contra decisões que contrariem dispositivo constitucional, ou declararem a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou julgarem válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição (art. 102, inc. III, a, b e c); c) o mandado de injunção contra o Presidente da República ou outras altas autoridades federais, para a efetividade dos direitos e liberdades constitucionais etc. (art. 102, inc. I, Q, c/c art. 5º, inc. LXXI).

Portanto, cabe ao Poder Judiciário o exame da constitucionalidade das leis *a posteriori*. No presente caso, a lei já existe e, portanto, já passou pelo controle *a priori*. Logo, enquanto não for declarada inconstitucional ou modificada por outra lei de igual hierarquia ou superior, não pode deixar de ser aplicada.

Pelo exposto e por tudo mais que do processo consta, voto por NEGAR provimento ao recurso de ofício e quanto ao recurso voluntário, voto por rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento e, no mérito, por NEGAR-lhe provimento.

Sala das Sessões - DF, em 17 de abril de 2002.


THAISA JANSEN PEREIRA

12