



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

Processo n° 11516.000896/2004-75
Recurso n° 143.948
Assunto IRF - Exs.: 2001 a 2003
Resolução n° 102-02.425
Data 05 de março de 2008
Recorrente FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DE CRICIÚMA
Recorrida 3ª TURMA/DRJ-FLORIANÓPOLIS/SC

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

RESOLVEM os Membros da SEGUNDA CÂMARA DO PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, CONVERTER o julgamento em diligência, nos termos do voto do Relator.


IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO
Presidente


JOSÉ RAIMUNDO TOSTA SANTOS
Relator

FORMALIZADO EM: 28 ABR 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Naurý Fragoso Tanaka, Silvana Mancini Karam, Alexandre Naoki Nishioka, Núbia Matos Moura, Vanessa Pereira Rodrigues Domene e Moisés Giacomelli Nunes da Silva.

RELATÓRIO

O recurso voluntário em exame pretende a reforma do Acórdão n.º 4.675, de 23 de setembro de 2004, que, por maioria de votos, julgou procedente em parte o Auto de Infração, reduzindo o percentual da multa de ofício para 75%. Vencidos os julgadores José Aparecido da Conceição e Zilda Noeme Alvarenga de Alencar que votaram pela integral procedência do feito.

A infração indicada no lançamento e os argumentos de defesa suscitados na impugnação foram sintetizados pelo Órgão julgador *a quo* nos seguintes termos:

“Mediante o Auto de Infração de fls. 320 a 347, integrado pelos demonstrativos de fls. 241 a 319, Termo de Verificação, Constatação e Encerramento de Ação Fiscal de fls. 348 a 354 e seu Anexo de fls. 355 a 374, exige-se da contribuinte retro identificada o pagamento da importância de **R\$ 3.982.012,08** a título de Imposto de Renda Retido na Fonte – IRRF, referente aos fatos geradores ocorridos nos meses de Out/2001 a Dez/2003, acrescida da multa de ofício de 75% ou 150%, consoante a natureza da infração, e dos juros de mora.

O lançamento deu-se em virtude da falta de recolhimento do IRRF incidente sobre rendimentos pagos a título de trabalho assalariado, bem como, sobre rendimentos decorrentes do trabalho sem vínculo, conforme descrito no Termo de Verificação, Constatação e Encerramento de Ação Fiscal.

Inconformada, a interessada, por intermédio de seu representante legal, apresentou a impugnação de fls. 378 a 394 e 397 a 405, instruída com os documentos de fls. 406 a 578 e 581 a 620, fundamentada nas razões a seguir sintetizadas.

DA INCOMPETÊNCIA DO AUDITOR FISCAL DA RECEITA FEDERAL

- tendo em vista que o produto da arrecadação do referido tributo pertence ao Município e não à União, consoante dispõe o art. 158, I, da Constituição Federal, o Auditor-Fiscal da Receita Federal não tem competência para constituir a FUCRI/UNESC em débito;

- o próprio auditor reconhece tal circunstância ao afirmar em autuações anteriores:

*Isso significa que, apesar de estar insculpido no art. 153, III da Constituição Federal que a competência para instituir e legislar sobre o Imposto de Renda, inclusive sobre os casos de incidência na fonte, pertencer à União, o **PRODUTO DO IMPOSTO RETIDO NOS PAGAMENTOS DE FUNDAÇÕES INSTITUÍDAS E MANTIDAS PELO MUNICÍPIO É DESTINADA AOS COFRES MUNICIPAIS.***

*Constitucionalmente, quando se trata de fundação criada e mantida pela municipalidade, **OS MONTANTES RETIDOS DEVERIAM SER RECOLHIDOS AOS COFRES DO MUNICÍPIO** consoante o artigo constitucional supra citado.*

(grifos da impugnante)

- sendo o crédito tributário municipal e não federal, a competência para exação do débito é da Secretaria de Finanças do Município e jamais da Delegacia da Receita Federal,

razão pela qual o Auto de Infração deve ser arquivado, por absoluta incompetência do Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional;

- existindo lei municipal dispensando o recolhimento do IRRF, não tem a Receita Federal competência para declará-la inconstitucional, razão pela qual a discussão sobre ser ou não a interessada mantida pelo ente que a instituiu é matéria reservada aos tribunais;

DA ENTIDADE PÚBLICA DE DIREITO PRIVADO

- Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em sua obra Direito Administrativo, elucida a matéria ao estabelecer que “mesmo quando o Estado institui fundação como personalidade jurídica privada, ela nunca se sujeita inteiramente a esse ramo do direito;

- todas as fundações governamentais, ainda que não integrando a Administração Pública, submetem-se sob um ou outro aspecto, ao direito público. Isto se verifica, especialmente, no que se refere à fiscalização financeira e orçamentária (controle externo) e ao controle interno pelo Poder Executivo;

- a posição da fundação governamental privada perante o poder público é a mesma das sociedades de economia mista e empresas públicas. Todas elas são entidades públicas com personalidade jurídica de direito privado, pois são instrumentos de ação do estado para consecução de seus fins, submetem-se ao controle estatal para que a vontade do ente público que as instituiu seja cumprida, nenhuma delas se desliga da vontade do Estado para ganhar vida própria;

- a fundação, tal como estruturada pelo Código Civil, caracteriza-se por ser dotada de um patrimônio a que a lei, mediante observância de certos requisitos, reconhece a personalidade jurídica, tendo em vista a consecução de determinado fim. O instituidor faz a dotação de determinada universidade de bens, especificando o fim a que se destina e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la. O papel do instituidor exaure-se com o ato da instituição, a partir do momento em que a fundação adquire personalidade jurídica, ganha vida própria;

- no âmbito da Administração Pública, a situação é diversa, ainda que a lei determine que a fundação se rege pelo Código Civil. O poder público, ao instituir uma fundação, seja qual for o regime jurídico, dificilmente pratica atos simples que não sejam de interesse do próprio estado, serve-se da fundação para descentralizar a execução de uma atividade que lhe compete. Por essa razão, a fundação governamental não adquire, em geral, vida inteiramente própria;

- outra razão, relaciona-se ao fato de que a dotação inicial que lhe é feita, no mais das vezes, não é suficiente para permitir-lhe a consecução dos fins que a lei lhe atribui, por isso, além da dotação inicial, ela depende de verbas orçamentárias que o Estado lhe destina periodicamente;

- o Decreto-lei nº 200, de 1967, com as alterações feitas pela Lei nº 7.596, de 1987, para incluir a fundação pública entre as entidades da administração indireta, definiu-a em seu art. 5º, IV, como “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia

f

administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes”.

- é importante assinalar que, quando a administração pública cria uma fundação de direito privado, ela se submete ao direito comum em tudo aquilo que não for expressamente derogado por normas de direito público, podendo essas normas derogatórias constar da própria Constituição, de leis ordinárias e complementares federais e da própria lei singular, também federal, que instituiu a entidade. Na esfera estadual e municipal, somente são cabíveis as derrogações que tenham fundamento na Constituição e nas leis federais, já que os estados e municípios, não podendo legislar sobre Direito Civil, não podem estabelecer normas que o derroguem;

- pouco importa o procedimento adotado pela instituição, que, segundo afirma o auditor, registra em sua conta de passivo os recursos oriundos do Imposto de Renda retido nos pagamentos por ela efetuados, e os credita em sua conta de receita (subvenções);

- o que realmente importa é que a FUCRI é uma fundação pública de direito privado, e como tal, não está sujeita ao regime jurídico único como quer a fiscalização. Afastada, pois a discussão sobre ser (ou não) a FUCRI uma fundação mantida pelo Poder Público Municipal;

- observadas as leis municipais e suas ulteriores modificações, bem como os estatutos, regimentos e a documentação apropositada, extrai-se que a FUCRI/UNESC tem as seguintes características: (a) foi criada em virtude de lei; (b) tem registro do ato constitutivo e estatuto em cartório; (c) não tem fins lucrativos; (d) suas atividades não são privativas de entes de direito público; (e) possui autonomia administrativa e financeira; (e) seu patrimônio (desafetado do Município) é gerido pelos respectivos órgãos de direção; (f) a extinção é desvinculada (deliberação da própria Fundação); (g) cobra encargos educacionais (semestralidades ou mensalidades, taxas etc) de seus alunos, o que demonstra o caráter econômico das atividades, retirando a condição de ensino público, já que, nesta qualidade, tal cobrança estaria vedada nos termos do art. 206, IV, da CF, que prevê a gratuidade do ensino em estabelecimentos oficiais;

- sob todos os aspectos, vê-se estar diante de uma fundação pública de direito privado, não estando obrigada a ser mantida com recursos públicos;

DA ENTIDADE MANTIDA

- embora tentem argumentar negativamente, os próprios auditores reconhecem que a instituição é mantida pelo Município. Veja-se os quadros elaborados pelos agentes fiscais, onde se percebe que mais de três milhões de reais são destinados à manutenção da FUCRI/UNESC. O fato de serem ou não repassados os valores previstos na dotação orçamentária do Município aos cofres da Fundação, é problema que diz respeito unicamente às partes;

- a discussão cinge-se ao percentual com que a entidade é mantida com dinheiro público – em torno de 3% de sua receita própria; o fisco simplesmente desconsidera os milhões de recursos destinados à Fundação. O art. 158, inciso I, da Constituição Federal, não especifica os percentuais para os municípios manterem suas fundações. O fato é que se mantiverem, têm o direito de dispor dos valores daí decorrentes;

- tanto é verdade que se diferente fosse, teria o Poder Constituinte especificado com mais ênfase tal obrigação como fez no art. 242 da Carta Magna. O fisco não pode restringir um direito consagrado constitucionalmente;

- interpretação diversa seria negar vigência aos seguintes diplomas legais: (a) Lei Municipal nº 697, de 22 de junho de 1968 – instituiu a FUCRI e prevê a manutenção pelo Município de Criciúma; (b) Lei Municipal nº 2.272, de 21 de dezembro de 1987 – consolidou a legislação referente à FUCRI/UNESC e prevê a manutenção pelo Município de Criciúma; (c) Lei Orgânica do Município de Criciúma – prevê destinação de recursos para a FUCRI; (d) Lei Complementar Municipal nº 001, de 6 de dezembro de 1990 – disciplina a aplicação dos recursos previstos na Lei Orgânica; (e) Lei Municipal nº 2.879, de 15 de outubro de 1993 – consolidou a legislação referente à FUCRI/UNESC e prevê a manutenção pelo município;

- processo legislativo goza de presunção de legitimidade, e qualquer norma no sistema político brasileiro, seja qual for o nível da federação, só pode ter sua aplicação afastada mediante pronunciamento do Poder Judiciário;

- não há, pois, que se negar a evidente improcedência do lançamento, pois que constituído com base em errôneo entendimento de que a FUCRI não é mantida pelo Município;

DOS ACESSÓRIOS

DO HOSPITAL REGIONAL DE ARARANGUÁ

- conforme comprova a farta documentação inclusa, o valor foi integralmente recolhido, valor este muito superior àquele levantado, caindo por terra toda a equivocada argumentação (vide livro Razão e todas as guias com data de recolhimento em 15/06/2004, documentação esta entregue aos auditores);

DA SUPOSTA APROPRIAÇÃO INDÉBITA

- os valores foram integralmente recolhidos, fato que por si só, afasta a pretensa conduta delitativa, entretanto, faz-se oportuno tecer algumas considerações. Os auditores apontam o cometimento de suposta apropriação indébita das retenções do Imposto de Renda na Fonte, relativos aos pagamentos realizados pelo Hospital Regional de Araranguá, o que seria a razão para aplicação de multa agravada de 150%. Contudo, sequer indicam qual o dispositivo legal que se fundamentam, dificultando, inclusive, a defesa.

- é cediço que, para a existência de um fato típico – uma das características do crime – é necessária a presença dos seguintes requisitos: conduta (comissiva ou omissiva), resultado relação de causalidade e tipicidade. Para configuração do delito é necessário a vontade de se apropriar de coisa, sabendo ser alheia, ou seja, é preciso que a conduta seja dolosa, que o autor tenha consciência do fato criminoso e vontade de praticá-lo, o que não se aplica ao caso em discussão. Outro requisito para o fato típico é a presença da tipicidade, que deve ser compreendida como a correspondência exata, a adequação entre o fato concreto e a descrição abstrata contida na lei penal;

- os representantes da FUCRI/UNESC, em momento algum, agiram no sentido de se apropriar de coisa alheia. É o teor do Ofício GP nº 446/89, da Prefeitura Municipal de Criciúma:

Cumprimentando-o cordialmente e tendo em vista o disposto no artigo 158, inciso I da Constituição Federal, que determina pertencer ao Município o produto de arrecadação do imposto de renda retido na fonte sobre rendimentos pagos a qualquer título por essa Fundação. SOLICITO DE V. S^a AS PROVIDÊNCIAS NECESSÁRIAS NO SENTIDO DE RECOLHER OS RESPECTIVOS VALORES JUNTO À TESOUREARIA DESTA PREFEITURA.

Tal providência é necessária para a liberação da verba de manutenção prevista na Lei n.º 697 de 22.06.1968.

- segundo Hugo de Brito Machado (Curso de Direito Tributário, 11^a ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 371), o não recolhimento do IRRF não caracteriza apropriação, uma vez que as normas que atribuíram a condição de crime são inconstitucionais, por autorizarem a prisão por dívida. Exige, ainda, o autor a presença do dolo para a configuração do delito;

- os próprios auditores reconhecem que os quadros elucidativos do Termo de Verificação, Constatação e Encerramento de Ação Fiscal foram elaborados a partir de informações prestadas pelo próprio contribuinte, ou seja, todos os valores relativos ao IRRF encontram-se escriturados.

- os atos praticados pela instituição não se concretizaram por mera liberalidade; é imposição do próprio poder público municipal de Criciúma, que estabeleceu condição para liberar os valores da manutenção da Fundação;

- assim, não há e não houve a intenção de apropriação de coisa alheia, até porque existe o recolhimento aos cofres da municipalidade. Ausente o dolo, descaracterizada está a tipicidade e a própria conduta delitativa, não havendo que se falar em crime de apropriação indébita ou agravamento da multa, como pretende o fisco;

- para imposição da multa de 150%, faz-se imprescindível a ocorrência de sonegação, fraude ou conluio, todos acompanhados do elemento dolo (art. 44, II, da Lei n.º 9.430, de 1996, arts. 71, 72 e 73, da Lei n.º 4.502, de 1964); em todos os conceitos transcritos verifica-se a necessidade da presença do dolo para caracterizar a ação, o que não aconteceu no caso dos autos. Mostra-se, assim, indevida a aplicação da multa de 150%.

Requer, por fim, a insubsistência do Auto de Infração.”

A ementa a seguir transcrita resume o entendimento no Órgão julgador de primeiro grau:

Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte – IRRF

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003

Ementa: FALTA DE RECOLHIMENTO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. COMPETÊNCIA.

Compete ao fisco federal, por intermédio dos Auditores-Fiscais da Receita Federal, constituir o lançamento do Imposto de Renda Retido na Fonte, independentemente da destinação do produto da arrecadação do imposto.



*FUNDAÇÕES INSTITUÍDAS E MANTIDAS PELO MUNICÍPIO.
CONDIÇÕES. DESTINAÇÃO DO IRRF.*

Considera-se que a Fundação é mantida pelo Município, quando este destina recursos necessários à subsistência daquela. Caso não se verifique esta condição, o produto da arrecadação do IRRF incidente sobre os rendimentos pagos, a qualquer título, pela Fundação, pertence à União e não ao Município.

MULTA DE OFÍCIO AGRAVADA. INAPLICABILIDADE.

Incabível o agravamento da multa de ofício, uma vez que não configurada a conduta típica para tal, razão pela qual aplica-se a multa de ofício regular de 75%.

Lançamento Procedente em Parte

Em sua peça recursal de fls. 646/662 a contribuinte requer, em preliminar, a nulidade do processo administrativo fiscal, ante o cerceamento do direito de defesa caracterizado pela recusa de acesso aos autos sob a exigência de juntada de procuração. Cita o artigo 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906, de 04/07/1994) e Constituição Federal para concluir que vedar o acesso aos autos significa a vedação ao próprio exercício da advocacia. Caberia a verificação em cada caso concreto a existência de informações sigilosas, tal como registros bancários, segredos comerciais, Declarações de IR, DCTF e informações pessoais, para que, por meio de despacho fundamentado, se registrasse o impedimento aos autos pelos advogados em geral. Por fim, acresce que não convence o argumento da autoridade fiscal de que não iria se pronunciar sobre o cerceamento de defesa, haja vista que não há nos autos pedido formal da parte interessada, pois esta atitude da Receita Federal tornou-se fato notório, a dispensar produção de prova, de acordo com o artigo 334, inciso I, do CPC.

No mérito, requer sejam reapreciadas todas as alegações e provas que descansam nos autos, como se na peça recursal estivessem transcritos.

Arrolamento de bens controlado no Processo de nº 11516.001549/2004-60, conforme despacho à fl. 663.

É o relatório.



VOTO

Conselheiro JOSÉ RAIMUNDO TOSTA SANTOS, Relator

Do exame das peças processuais, verifica-se que o Dr. Sérgio Roberto Back, OAB/SC n.º 8.632 e OAB/DF n.º 20.478, que assinou a impugnação ao lançamento (fls. 478 a 405) e o recurso voluntário (646 a 662) não possui instrumento procuratório outorgado pela representante legal da Fundação Educacional de Criciúma - FUCRI, CNPJ n.º 83.661.074/0001-04, juntado aos autos.

São inexistentes os atos praticados por advogado sem procuração nos autos. Para dar continuidade ao feito, necessário que venha aos autos o instrumento de mandato ao patrono, ratificando inclusive os termos da impugnação apresentada em 28/07/2004 (fls. 478 a 405).

O informativo jurisprudencial n.º 30 do STF traz a seguinte ementa de acórdão sobre a matéria:

INFORMATIVO JURISPRUDENCIAL N.º 30 STF

APELAÇÃO CÍVEL. AUSÊNCIA DA PROCURAÇÃO DO ADVOGADO. SUPRIMENTO. ART. 13 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

1. Uma vez observada nos autos a ausência de procuração outorgada ao advogado do apelante, deve o Magistrado conceder prazo razoável para o saneamento da irregularidade, a teor do disposto no art. 13 do Código de Processo Civil.

2. Recurso especial conhecido e provido.

(STJ, Recurso Especial n.º 60.593 - RS (REG. n.º 95.6462-6), rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJ. 28.04.97).

Em face ao exposto, RETORNE-SE o processo à repartição de origem, para a imediata intimação da autuada, que deve sanear a irregularidade apontada no prazo de 10 (dez) dias, outorgando poderes ao advogada para representá-la neste processo, ratificando inclusive os termos da impugnação de fls. 478 a 405, apresentada em 28/07/2004, e do recurso voluntário de fls. 646 a 662, apresentado em 18/11/2004.

Sala das Sessões - DF, em 05 de março de 2008.


JOSÉ RAIMUNDO TOSTA SANTOS