



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11516.001423/2002-23  
Recurso nº. : 136.119  
Matéria : IRF – Ano(s): 2001 e 2002  
Recorrente : FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA - UNISUL  
Recorrida : 4ª TURMA/DRJ-FLORIANÓPOLIS/SC  
Sessão de : 02 de dezembro de 2004  
Acórdão nº. : 104-20.382

**PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – NULIDADE - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA – INOCORRÊNCIA** - Não estando configurado nos autos qualquer óbice ao pleno exercício por parte do contribuinte do seu direito de defesa, nos termos definidos na legislação, não há falar em nulidade, seja do lançamento, seja da decisão recorrida por cerceamento do direito de defesa.

**FALTA DE RECOLHIMENTO DE IRFON – 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, não se aplica a regra do art. 158, I da Constituição Federal.

**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.



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11516.001423/2002-23  
Acórdão nº. : 104-20.382

Preliminares rejeitadas.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares de nulidade do lançamento e da decisão de primeira instância, por cerceamento do direito de defesa e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

LEILA MARIA SCHERRER LEITÃO  
PRESIDENTE

PEDRO PAULO PEREIRA BARBOSA  
RELATOR

FORMALIZADO EM: 25 FEV 2005

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros NELSON MALLMANN, JOSÉ PEREIRA DO NASCIMENTO, MEIGAN SACK RODRIGUES, MARIA BEATRIZ ANDRADE DE CARVALHO, OSCAR LUIZ MENDONÇA DE AGUIAR e REMIS ALMEIDA ESTOL.



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11516.001423/2002-23  
Acórdão nº. : 104-20.382

Recurso nº. : 136.119  
Recorrente : FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

## RELATÓRIO

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA, contribuinte inscrita no CNPJ/MF sob o nº 86.445.293/0001-36, inconformada com a decisão de primeiro grau de fls. 824/838, prolatada pela DRJ/FLORIANÓPOLIS/SC recorre a este Conselho de Contribuintes pleiteando a sua reforma, nos termos da petição de fls. 850/866.

### **Auto de Infração**

Contra a contribuinte acima identificada foi lavrado o auto de infração de fls. 587/591 para formalização de exigência de crédito tributário de Imposto sobre a Renda na Fonte no montante total de R\$ 8.216.905,20, incluindo multa de ofício e juros de mora, estes calculados até 28/06/2002.

Conforme descrito no Auto de Infração e Termo de Verificação anexo, o lançamento refere-se a imposto de renda retido na fonte incidente sobre pagamentos de rendimentos do trabalho assalariado e sem vínculo empregatício, informados em DIRF e não recolhidos.

### **Impugnação**

Inconformado com a exigência, a contribuinte apresentou a impugnação de fls. 601/621, onde alegava, em síntese:



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11516.001423/2002-23  
Acórdão nº. : 104-20.382

- que o Auditor-Fiscal da Receita Federal não teria competência para constituir em débito a Recorrente, tendo em vista que o crédito tributário em apreço é municipal e não federal, *ex vi* do disposto no art. 158, I, da Constituição Federal;

- que todas as fundações governamentais submetem-se ao direito público, mesmo não integrando a Administração Pública e que a posição da fundação governamental de direito privado não difere das sociedades de economia mista e empresas públicas no sentido de que todas elas são entidades públicas com personalidade jurídica de direito privado e instrumento de ação do Estado para a consecução dos seus fins e, como tal, submetem-se ao controle estatal com vistas à garantia de que a vontade do ente estatal que as instituiu seja cumprida;

- que a UNISUL é uma fundação pública de direito privado e, como tal, não está sujeita ao regime jurídico único, o que afasta a discussão sobre ser (ou não) a UNISUL uma fundação mantida pelo Poder Público Municipal;

- que o próprio Auditor-Fiscal autuante reconhece que a Recorrente é uma instituição mantida pelo Município;

- que a Constituição Federal, no seu artigo 158, I, não especifica percentuais a partir dos quais se consideram as fundações a que se referem mantidas pelo Poder Público e nesse sentido o § 8º do artigo 65 da Lei Complementar Estadual nº 31, de 1990 não poderia fixar o limite de 50%, como fez;

- que, de qualquer forma, o referido § 8º do artigo 65 da Lei Complementar Estadual nº 31, de 1990 limita-se a estabelecer a competência do Tribunal de Contas do



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11516.001423/2002-23  
Acórdão nº. : 104-20.382

Estado e não se aplica às fundações, mas às sociedades, conforme dispõe seu próprio texto;

- que a UNISUL não é "total ou preponderantemente" mantida pelo Município, mas definitivamente é mantida, embora com poucos recursos, merecendo ser arquivado o Auto de Infração lavrado com o errôneo entendimento de que a fundação não é mantida pelo município;

- que em 27/07/1993 a Seção de Tributação da Delegacia da Receita Federal em Florianópolis lavrou parecer com fulcro no art. 158 da Constituição Federal, combinado com a Lei Municipal nº 1.727, de 23/12/1992, reconhecendo indevida a cobrança do IRRF e que o referido parecer foi homologado pelo Delegado da Receita Federal, tornando-se, assim, ato administrativo na modalidade normativa;

- que a Recorrente foi induzida (pelo próprio Estado) a entender que não era devido o IRRF, portanto, enquanto tal Parecer não for revogado, com direito a ampla defesa pela Recorrente, terá plena eficácia;

- que a multa aplicada de 75% é incabível pois, pela sua magnitude, caracteriza confisco, vedado pelo art. 150, IV da Carta Magna;

**Decisão de primeira instância**

A DRJ/FLORIANÓPOLIS/SC julgou procedente o lançamento nos termos das ementas a seguir reproduzidas:

\*Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte – IRRF  
Período de apuração: 01/01/2001 a 31/01/2002



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

Processo nº. : 11516.001423/2002-23  
Acórdão nº. : 104-20.382

**Ementa:** FALTA DE RECOLHIMENTO.LANÇAMENTO DE OFÍCIO. COMPETÊNCIA – Compete ao fisco federal, por intermédio dos Auditores-Fiscais da Receita Federal, constituir pelo lançamento o Imposto de Renda Retido na Fonte que não tenha sido recolhido, independentemente da destinação do produto de sua arrecadação.

**FUNDAÇÕES INSTITUÍDAS E MANTIDAS PELO MUNICÍPIO. CONDIÇÕES. DESTINAÇÃO DO IRRF** – Considera-se que a Fundação é mantida pelo Município, quando este lhe destina os recursos necessários à sua subsistência; 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.

**Assunto:** Processo Administrativo Fiscal  
**Período de apuração:** 01/01/2001 a 31/01/2002

**Ementa:** ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – NULIDADE E ILEGALIDADE. LIMITES DE COMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS – As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação da arguição de inconstitucionalidade e ilegalidade.

**Assunto:** Normas Gerais de Direito Tributário  
**Período de apuração:** 01/01/2001 a 31/12/2002

**Ementa:** MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA. INOCORRÊNCIA DO EFEITO DE CONFISCO – As multas de ofício são aplicáveis em todos aqueles casos em que resta constatada, em procedimento fiscal, a falta de cumprimento espontâneo das obrigações tributárias, sendo razoável que sejam tão gravosas a ponto de cumprirem sua função precípua.

**PARECER ADMINISTRATIVO. EFICÁCIA** – O parecer exarado em relação a uma situação concreta, e que contempla um período determinado, só tem eficácia em relação aos casos a que se refere e no período considerado. Lançamento Procedente".

**Recursos**





MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11516.001423/2002-23  
Acórdão nº. : 104-20.382

Inconformada com a decisão de primeiro grau, a contribuinte apresentou o recurso de fls. 850/866, onde alega, em síntese,

- que houve cerceamento de direito de defesa quando foi recusada vista dos autos a seu advogado sob o pretexto de que este não estava habilitado por procuração e sustenta a esse respeito, citando o artigo 7º, incisos XIII, XV, XVI do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil que os advogados teriam direito a examinar o processo, mesmo sem procuração;

- que, a respeito do sigilo das informações constantes dos processos administrativos fiscais, embora reconhecendo que, muitas vezes, os autos poderão conter documentos de caráter sigiloso, essa condição não seria inerente a todos os processos, de modo que a alegação de sigilo não seria suficiente para justificar o impedimento, como regra geral, do acesso de advogados ao processo administrativo, contrariando a própria liberdade de acesso veiculada no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil;

- que no caso sob exame nada justifica a negativa em fornecer o processo fiscal ao advogado, simplesmente pelo fato de não apresentar procuração;

- que, quanto ao mérito, tendo em vista que o recurso devolve à instância superior toda a matéria discutida nos autos, requer sejam reapreciadas todas as alegações e provas que descansam nos autos;

- que, em reforço, reafirma que a Lei Municipal nº 1.727/92, que dispensou a UNISUL de recolher aos cofres do município o imposto de renda retido na fonte, determinou concomitantemente uma injeção permanente de recursos destinados a manter a referida fundação, a qual foi instituída pela Lei Municipal nº 443/67 e posteriormente transformada em Fundação Universidade pela Lei Municipal nº 1.388/89;



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11516.001423/2002-23  
Acórdão nº. : 104-20.382

- que a sua condição de fundação "mantida" decorre de lei, posto que, ao dispensá-la do recolhimento do imposto, a Lei Municipal lhe conferiu essa característica, sem contudo definir porcentagem ou qualquer outro índice para determinar a relação entre a mantenedora e a mantida;

- que a Constituição ao tratar de transferir a competência arrecadadora do referido imposto, no seu art. 158, I, também não especifica quantidade de recursos repassados para constituir a manutenção, o que leva ao entendimento de ser irrelevante a quantidade de recursos públicos aportados nas contas da fundação e o total de receitas próprias;

- que quando a Constituição deseja precisar a abrangência de um determinado instituto ela o faz expressamente como ocorre no artigo 242 onde a Constituição prevê a possibilidade de existirem instituições criadas por Lei Municipal ou Estadual, e que não sejam preponderantemente mantidas pelo poder público;

- que a descrição do verbete no Dicionário Aurélio reforça a tese da manutenção concorrente, visto que as despesas da UNISUL são suplantadas com o conjunto de receitas que lhe estão à disposição, não podendo dispensar qualquer delas, sob pena de não conseguir quitar suas obrigações;

- que as políticas públicas adotadas pelo atual governo têm incentivado as Instituições Federais de Ensino Superior (FIES) a adotarem um sistema de manutenção concorrente, desonerando os cofres públicos;

- que a autoridade recorrida usa dois pesos e duas medidas, pois, em outro processo, decidiu pela sua incompetência para apreciar inconstitucionalidade ou ilegalidade



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11516.001423/2002-23  
Acórdão nº. : 104-20.382

de norma e, sendo assim, não poderia ter negado vigência à Lei Municipal nº 1.727, de 1992 ou à Lei Municipal nº 443, de 1967;

- que a autoridade lançadora não poderia invocar a Lei Complementar nº 31/90 para negar vigência às normas acima, até porque ela própria reconhece que a referida lei não serviu de enquadramento legal para o lançamento;

- que o processo legislativo goza de presunção de legitimidade e qualquer norma do sistema político brasileiro, seja qual for o nível da federação só pode ter sua aplicação afastada mediante pronunciamento do poder judiciário competente;

- que no bojo da presente lide está o pacto federativo nacional criptografado na Constituição da República, no qual as diversas esferas de poder, consolidadas nos entes da Federação estabelecem critérios de competência e atuação que na presente hipótese foram desrespeitados;

- que admitir o fundamento de que a requerente não é entidade mantida, representa negativa de vigência da Constituição no título III da Organização do Estado e no título IV da Organização do Poder;

- que o parecer referido na impugnação tem efeito vinculante e não poderia ter sido revogado sem que fosse oportunizada a ampla defesa;

A Recorrente, em momento posterior, traz aos autos, extenso parecer onde consultores contratados respondem a quesitos por ela formulados concernentes às matérias ora examinadas (fls. 874/983).



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº : 11516.001423/2002-23  
Acórdão nº : 104-20.382

A Procuradoria da Fazenda Nacional manifestou-se formalmente nos autos nos sentido de que seja negado provimento ao recurso (984/990).

É o Relatório.

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized, cursive script.



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11516.001423/2002-23  
Acórdão nº. : 104-20.382

VOTO

Conselheiro PEDRO PAULO PEREIRA BARBOSA, Relator

O presente recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal e deve, portanto, ser conhecido.

**Preliminar - Cerceamento de Direito de Defesa.**

A Recorrente afirma ter havido cerceamento de direito de defesa pelo fato de ter sido negado vistas do processo a advogado, apenas pelo fato de este estar desacompanhado de Procuração com poderes para tanto.

Primeiramente, cumpre destacar que não consta dos autos qualquer comprovação de que tal fato teria ocorrido. O que se verifica é que a Recorrente foi cientificada do lançamento em 17/07/2002 (fls. 590) e em 15/08/2002 protocolizou impugnação, por intermédio de advogado, devidamente habilitado por instrumento de procuração (fls. 601 e 622) e, ainda, que tomou ciência da decisão recorrida em 20/05/2003 e, em 16/06/2004, protocolizou o recurso subscrito pelo mesmo patrono (fls. 850).

O cerne da questão é saber se os advogados têm o direito de examinar autos de processos administrativos fiscais, mesmo sem procuração, *ex vi* do art. 7º, XIII do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11516.001423/2002-23  
Acórdão nº. : 104-20.382

Como apresentado pela própria Recorrente, a questão se resolve pela definição acerca de ser ou não esses processos sujeitos à reserva de sigilo.

Tenho presente que o art. 198 da Lei nº 5.172, de 1996 (Código Tributário Nacional – CTN) não deixa qualquer margem de dúvida quanto a essa questão. Diz o referido dispositivo:

"Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, para qualquer fim, por parte da Fazenda Pública ou de seus funcionários, de qualquer informação, obtida em razão do ofício, sobre a situação econômica ou financeira dos sujeitos passivos ou de terceiros e sobre a natureza e o estado dos seus negócios ou atividades.

Parágrafo único. Excetua-se do disposto neste artigo, unicamente, os casos previstos no artigo seguinte e os de requisição regular de autoridade judiciária no interesse da justiça."

Eis o que reza o artigo 199:

"Art. 199. A Fazenda Pública da União e a dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou especial, por lei ou convênio."

Desnecessário dizer que o Código Tributário Nacional foi recepcionado pelo novo ordenamento jurídico como lei complementar e que, nos dispositivos acima citados, definem com precisão o assim chamado Sigilo Fiscal.

Os processos administrativos fiscais, pela sua própria natureza, ao contrário do que afirma a Recorrente, trazem informações protegidas pelo sigilo fiscal, seja do próprio contribuinte, seja, eventualmente, de terceiros. A simples informação de que o contribuinte



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11516.001423/2002-23  
Acórdão nº. : 104-20.382

foi autuado em determinado valor, por si só caracteriza informação protegida por sigilo fiscal. Portanto, não tenho dúvida de que o processo administrativo fiscal inclui-se na ressalva referida no inciso XIII, do art. 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

Ademais, verifica-se dos autos que o contribuinte apresentou regularmente a impugnação e o recurso, não se vislumbrando, mesmo remotamente, que tenha havido qualquer prejuízo ao regular exercício do direito de defesa.

Rejeito a preliminar.

### **Mérito**

Afasto, desde logo, a alegação de incompetência do Auditor-Fiscal para constituir o lançamento que ora se examina.

Ora, é pacífico e dispensa maiores considerações a respeito o fato de que os Auditores-Fiscais da Receita Federal são as autoridades competentes para fiscalizar e proceder ao lançamento do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza, tributo de competência da União.

O Fato de a Constituição eventualmente atribuir o produto da arrecadação de um determinado tributo de competência da União a outro ente federal não transfere para este a competência tributária a qual, aliás, é indelegável.

Assim, o fato de o imposto de renda retido na fonte pelo município, suas autarquias e pelas fundações por ele instituídas e mantidas pertencerem aos municípios não afasta a competência da União de fiscalizar e, se for o caso, constituir o crédito tributário





MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11516.001423/2002-23  
Acórdão nº. : 104-20.382

pelo lançamento, o que será feito pelo seus agentes, no caso, os Auditores-Fiscais da Receita Federal.

Note-se, inclusive, que no presente caso, o cerne da questão reside exatamente na verificação de ocorrência, ou não, da hipótese referida no artigo 158, I da Constituição Federal. Isto é, se o imposto pertence ao Município ou não.

Ora, tendo concluído a autoridade lançadora que não se aplica ao caso o disposto no artigo 158, inciso I da Constituição Federal, teria que ter procedido ao lançamento, como fez.

A Recorrente alega, ainda, que a Delegacia da Receita Federal de Florianópolis já havia se manifestado anteriormente sobre a mesma matéria por meio de parecer onde reconhecida, com fulcro no art. 158, I da Constituição Federal e Lei Municipal nº 1.727, de 23 de dezembro de 1992, indevida a cobrança do Imposto de Renda Retido na Fonte. Sustenta que esse parecer tem efeito vinculante e só poderia ser alterado em relação a eventos futuros, garantido o direito à ampla defesa.

Não procede a alegação. O referido parecer foi exarado nos autos de um processo de parcelamento e tem seu alcance limitado apenas àquele caso concreto. O referido parecer não tem outro alcance senão o de fundamentar a decisão da autoridade administrativa naquele processo em particular.

De outro modo estar-se-ia afirmando que, a cada decisão exarada em um processo administrativo, a autoridade administrativa estaria criando um ato normativo, com efeito vinculante em relação a todos os eventos futuros semelhantes. Vale dizer, decidido um processo de uma determinada forma, todos os demais processos no futuro, que



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11516.001423/2002-23  
Acórdão nº. : 104-20.382

tratassem da mesma matéria, deveriam ser decididos, necessariamente, da mesma forma. É claro que tal conclusão não tem consistência lógica ou jurídica.

Passo ao exame da questão central objeto da lide, isto é, se a Recorrente pode ser considerada, ou não, fundação mantida pelo poder público, para fins de aplicação do disposto no artigo 158, I, da Constituição Federal.

Cumpre lembrar que esta mesma matéria já foi enfrentada anteriormente nesta Câmara, em duas oportunidades, em ambas tendo como sujeito passivo a ora Recorrente. Refiro-me aos Acórdãos nºs 104-17724 (processo nº 13964.000215/99-33), e 104-19182 (processo nº 13964.000045/2001-27). Transcrevo a seguir a ementa que consubstanciou a decisão nos dois acórdãos:

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

Como explicitado com clareza em ambos os votos condutores dos Acórdãos acima referidos, da lavra do ilustre Relator Nelson Mallmann, existem duas condições impostas para que as fundações façam jus aos benefícios a que se refere o inciso I do artigo 158 da Constituição Federal, quais sejam: (a) – que sejam instituídas pelo município; (b) – e que sejam por ele mantidas.

No caso, como bem demonstrou o ilustre Conselheiro, não se trata de fundação mantida pelo município, portanto, não está atendido o segundo requisito.



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11516.001423/2002-23  
Acórdão nº. : 104-20.382

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

Por esse critério não vislumbro como se possa entender que a Recorrente possa ser considerada "mantida" pelo município quando se verifica que a contribuição deste para o sustento da instituição não chega a 5%. Ora, o verbete "mantido" constante do artigo 158, I da Constituição tem significado próprio que deve ser levado em conta na interpretação da norma. De Plácido e Silva assim o define: "*MANTER. É prover do que é necessário à subsistência, é sustentar, conservar no mesmo estado, reafirmar, confirmar, observar.*"

É claro que, para o caso ora examinado aplica-se o termo no sentido de sustentar, prover o necessário à subsistência.

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

Nesse sentido, o § 8º, do art. 65, da Lei Complementar Estadual n.º 31, de 27 de novembro de 1990, ao preconizar que: "*Considera-se sociedade instituída e mantida pelo Poder Público Municipal, a que se refere o inciso II deste artigo, a entidade para cujo custeio o erário concorra com mais de 50% da receita anual*" estabeleceu critério objetivo e perfeitamente compatível com o art. 158, I da Constituição Federal.





MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11516.001423/2002-23  
Acórdão nº. : 104-20.382

Entendo, assim, concordando com as decisões anteriores desta Câmara, que só se considera que a Fundação é mantida pelo Município, quando este destina os recursos necessários à subsistência daquela. Sem o cumprimento dessa condição, o produto do IRRF incidente sobre os rendimentos pagos, a qualquer título, pela Fundação pertence à União e não ao Município.

Cumpre examinar, neste ponto, a questão levantada pela Recorrente de que a autoridade julgadora de primeira instância, ao manter a exigência estaria afastando a aplicação da lei municipal, em contradição com o entendimento manifestado na mesma decisão de que não tem competência para apreciar matéria de inconstitucionalidade e ilegalidade.

Não me parece que tenha ocorrido na espécie a situação referida pela Recorrente. Isto é, do exame dos termos da autuação e da decisão de primeira instância não vislumbro o fato afirmado pela Recorrente de que tenha sido negada validade à lei municipal. O que está claro é que tanto uma como a outra aplicaram a legislação tributária federal.

É claro que na hipótese de antinomia entre normas que versem sobre a mesma matéria, cumpre ao aplicador do direito, utilizando critérios juridicamente válidos, aplicar uma delas sem que com isso se possa dizer que está-se afirmando a inconstitucionalidade da outra.

No caso concreto, entretanto, sequer se verifica essa antinomia, já que a Lei Municipal nº 1.727, de 1992 refere-se genericamente ao destino do produto da arrecadação do IRRF das fundações municipais voltadas ao ensino, dispensando-as de transferir esses recursos aos cofres municipais, o que não pode ser entendido, por absurdo, como a





MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11516.001423/2002-23  
Acórdão nº. : 104-20.382

determinação de que as fundações devessem se apropriar do produto da arrecadação do IRRF, ainda quando este não pertencesse ao Município, mas à União.

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

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

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

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

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

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





MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11516.001423/2002-23  
Acórdão nº. : 104-20.382

Ante todo o exposto, voto no sentido de rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões (DF), em 02 de dezembro de 2004

  
PEDRO PAULO PEREIRA BARBOSA