



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

Processo nº 11516.006518/2009-18
Recurso nº 886.812 Voluntário
Acórdão nº 2202-01.776 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de maio de 2012
Matéria IRRF
Recorrente FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 2006, 2007

RECURSO INTEMPESTIVO.

Não se conhece do recurso voluntário que tenha sido apresentado em período posterior ao prazo de 30 dias previsto no art. 33 do Decreto nº 70.235, de 1972.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso, por intempestivo.

(Assinado digitalmente)

Nelson Mallmann – Presidente

(Assinado digitalmente)

Maria Lúcia Moniz de Aragão Calomino Astorga - Relatora

Composição do colegiado: Participaram do presente julgamento os Conselheiros Maria Lúcia Moniz de Aragão Calomino Astorga, Eivanice Canário da Silva, Antonio Lopo Martinez, Odmir Fernandes, Pedro Anan Júnior e Nelson Mallmann. Ausentes, justificadamente, os Conselheiros Rafael Pandolfo e Helenilson Cunha Pontes.

Relatório

Contra a contribuinte acima qualificada foi lavrado o Auto de Infração de fls. 168 a 171, integrado pelos demonstrativos de fls. 162 a 167, pelo qual se exige a importância de R\$16.560.044,03, a título de Imposto de Renda Retido na Fonte – IRRF, acrescida de multa de ofício de 75% e juros de mora, anos-calendário 2006 e 2007.

DA AÇÃO FISCAL

O procedimento fiscal encontra-se resumido no Termo de Verificação e Encerramento da Ação Fiscal de fls. 173 a 179, no qual o autuante esclarece que:

- a análise das declarações apresentadas à SRF (DIRF e DIPJ), cujas cópias encontram-se anexadas às fls. 107/129, dos registros contábeis e dos comprovantes de pagamentos apresentados pela fiscalizada, verificou-se a ausência de recolhimentos referentes ao Imposto de Renda Retido na Fonte, ao longo de todo período sob fiscalização;
- de acordo com escrita contábil, a fiscalizada pagou rendimentos do trabalho assalariado, trabalho não assalariado e outros rendimentos por serviços prestados, onde verificam-se as devidas retenções do Imposto de Renda na Fonte, conforme preconiza a legislação de regência;
- a contribuinte alegou tratar-se de Fundação que seria mantida pelo poder público (Prefeitura de Tubarão) e, como tal, deveria recolher o IRRF aos cofres municipais, não aos federais, conforme previsto no art. 158, I da Constituição Federal;
- examinando a legislação pertinente, a fiscalização conclui que não existe amparo legal para que a Fundação Universidade do Sul de Santa Catarina deixe de recolher aos cofres da União os valores referentes ao Imposto de Renda Retido na Fonte;
- dessa forma, foi efetuado o lançamento de ofício do Imposto de Renda Retido na Fonte, salientado que a presente autuação abrange fatos a partir de 01/05/2006, uma vez que o Auto de Infração lavrado anteriormente (Processo nº 11516.002953/2006-12) tem abrangência até 30/04/2006.

DA IMPUGNAÇÃO

Inconformada, a contribuinte apresentou a impugnação de fls. 184 a 198, instruída com os documentos de fls. 199 a 387, cujo resumo se extrai da decisão recorrida (fls. 404 e 405):

Inconformada, a interessada - pessoa jurídica de direito privado - interpôs, em 4 de janeiro de 2010 (ver f. 394 a 399), por advogados (Dr. Felipe Inácio Zanchet Magalhães - OAB/SC 21,511/A e Dr. Dyogo César Batista Viana Patriota - OAB/DF 19.397, procuração à f. 199 a 201), a impugnação de f. 184 a 198, instruída com os anexos de f. 204 a 387, em que alega:

BASE JURÍDICA DO LANÇAMENTO (f. 185 a 187)

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 11/07/2012 por NELSON MALLMANN, Assinado digitalmente em 11/07/2012 por MARIA LUCIA MONIZ DE ARAGA

Impresso em 01/08/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

O CALO

[...]

A tese no âmbito do processo administrativo é circunscrita ao critério da definição como mantida ou não à UNISUL pelo Município de Tubarão. Não há dúvida quanto ao fato de que a UNISUL foi instituída pelo Município de Tubarão. Tampouco há dúvida de que a natureza jurídica da fundação é de direito privado, pois não é espécie, como fundação pública, do gênero autarquia. Assim, o debate sobre a **res in iudicio deducta** refere-se ao critério matemático ou político para caracterização da condição de mantida, a fim de incidir o art. 158, I, da Constituição da República que atribui ao patrimônio do município a arrecadação do IRRF dos funcionários das fundações que instituírem e mantiverem, além dos servidores das autarquias e da Administração Direta.

[...]

QUESTÕES HISTÓRICAS DA UNISUL (f. 187 a 192)

A UNISUL foi constituída como fundação pública municipal, de natureza autárquica, em 1967. Em 1989, foi transformada em fundação privada, registrando-se os atos fundacionais em cartório de registro de pessoas, condição esta jurídica que mantém até hoje.

A UNISUL foi instituída por Lei do Município de Tubarão, Santa Catarina, como fundação pública, com natureza de autarquia.

A Lei do Município de Tubarão nº 443, de 18 de outubro de 1967, criou a Fundação Educacional do Sul de Santa Catarina (FESSC), antiga denominação da UNISUL, como fundação pública, como declarado na própria norma.

Os arts. 12 a 92 dessa lei estabelecem normas importantes a tese, por isso, são abaixo transcritos:

Dessas normas transcritas, pode-se extrair algumas conclusões:

- a) A FESSC foi instituída como fundação pública municipal, de natureza autárquica;
- b) Além das dotações orçamentárias do Município de Tubarão e outras possíveis doações, autorizou-se na lei a cobrança de preço público, pela contra prestação dos serviços educacionais;
- c) Foi isenta dos tributos municipais, orientando-se a requerer também a isenção dos tributos estaduais e federais;

O comando político da Fundação é constituído por conselhos, cuja maioria dos membros decorre da indicação do município.

A Lei do Município de Tubarão nº 1.388, de 20 de janeiro de 1989, dispõe sobre a transformação da FESSC na Fundação Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL, condição jurídica que permanece até hoje.

Os três artigos dessa lei assim estabelecem:

Art. 1º A FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DO SUL DE SANTA CATARINA - FESSC - criada pela Lei Mun. nº 443/67, de 18/10/67, é transformada em

FUNDAÇÃO UNIVERSITÁRIA DO SUL DE SANTA CATARINA - UNISUL, à qual, na qualidade de sucessora, é transferido seu acervo patrimonial.

Art. 2º O Chefe do Poder Executivo aprovará, por Decreto, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da publicação da presente Lei, o Estatuto da Fundação Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL, de acordo com a Legislação de Ensino e atendidas as exigências do Conselho Federal de Educação.

Art. 3º Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

[...]

DEFESA DA AUTUAÇÃO FISCAL (f. 192 a 197)

O que importa à resolução do caso é a determinação da adequação da UNISUL ao conceito de fundação instituída e mantida pelo município. É incontroverso o fato de que a impugnante é fundação. Também é incontroverso o fato de que foi instituída pelo município. A questão a saber é se se trata de instituição mantida pela municipalidade. A tese da fiscalização é a de que o critério para essa definição é exclusivamente numérico, da proporção da manutenção em relação a receita total da instituição. A tese da defesa decorre do fato de que a configuração como mantida não decorre desse tipo de configuração.

A UNISUL nasceu com (sic) fundação pública, de natureza autárquica. A lei que a criou determinou a cobrança por serviços prestados, que ocorre pelo preço público, a exemplo de vários órgãos e pessoas jurídicas da administração indireta. Cite-se, por exemplo, o preço pago pelo porte de remessa e retorno do processo. O patrimônio foi constituído inicialmente por bens do Município, por isso houve lei de criação da autarquia e depois lei para transformação em fundação privada, posto a migração dos bens públicos para privados.

[...]

O município de Tubarão, ao promulgar a Lei nº 1.727, de 1992, outorgou comando no sentido de dispensa do recolhimento de IRRF suas fundações municipais, dedicadas ao ensino, transformada (sic) o referido crédito tributário em renda dessas instituições, como é o caso da UNISUL.

Se o produto da arrecadação do IRRF, nos casos previstos no art. 158, I, da Constituição da República, é do município, é de se concluir que os critérios para o reconhecimento da manutenção são impostos pelo município, em razão da previsão constitucional referida. Cabe a esse ente público, enquanto detentor do crédito tributário em questão determina (sic) os conceitos para manutenção, bem como a forma de distribuição desses recursos.

A Lei Complementar do Estado de Santa Catarina nº 31, exige que o Poder Público concorra com mais de 50 % (cinquenta por cento) da receita anual da fundação mantida para que seja aplicada (sic) o dispositivo constitucional aludido acima. Todavia, não cabe ao Estado legislar sobre verba que pertence ao município, exclusivamente.

Nesse caso, há clara invasão de competência, na medida em que a determinação de conceitos e critérios relativos a instituição e manutenção de

fundação pelo município deve decorrer do próprio município instituidor e mantenedor.

[...]

Não há fundamento jurídico constitucional para outro ente público, que não o município, quantificar o conceito de manutenção de fundações municipais. Sequer há base nessa quantificação, na medida em que não possui o legislador infraconstitucional um mandato ilimitado para compor conceitos constitucionais. As normas infralegais devem se limitar ao conceito constitucional imposto, inclusive relativos à competência legislativa, não podendo criar restrições não dispostas constitucionalmente. Nesse sentido, há julgado do Supremo Tribunal Federal (STF).

[...]

O Estado ou qualquer outro ente público obrigar município a manter a maior parte das despesas do ente autônomo didático e financeiramente, haja vista tratar-se de universidade (art. 207, da Constituição da República) cria situação de pouca lógica jurídica, haja vista que o controle no caso presente ocorre tanto pela concessão de verbas públicas (o que impõem, em consequência, regime parcialmente público à impugnante), assim como pela fiscalização da fundação municipal, no cumprimento de suas finalidades públicas, no caso presente educação e assistência social.

[...]

*Assim, verifica-se que toda a autuação fiscal realizada baseia-se no afastamento de norma municipal, notadamente do município de Tubarão, para aplicação de lei estadual, que determina critérios quantitativos para se qualificar fundação municipal. Só é possível o afastamento da norma municipal em tela, retirar sua aplicabilidade, se determinada, de forma explícita ou implícita, a inconstitucionalidade de seus mandamentos, cuja competência para tanto não decorre do cargo de auditor fiscal. Dessa forma, cria-se confusão jurídica, na medida em que o município, **embora credor da União do IRRF em questão (podendo ceder essa receita que é sua às suas fundações)** se ver tolhido dessa prerrogativa em razão de legislação estadual inaplicável ao caso presente. (destaque acrescentado)*

*A confusão jurídica no presente caso decorre do fato do fisco entende (sic) tratar-se no caso da imposição pelo artigo 158, inciso I, da Constituição da República, de mera norma de Direito Orçamentário. Não é esse o caso. **Ao passo que o legislador constituinte outorgou ao município todo o produto do IRRF de suas fundações, por ele instituídas e mantidas, fez incorporar ao seu patrimônio esses valores, dando competência ativa para legislar nesse tópico, determinando os critérios, inclusive de repasse do IRRF, enquanto receita municipal, as suas fundações.** (destaque acrescentado)*

A afirmativa acima tanto se demonstra correta, que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em diversos julgados, ressalta que no caso da aplicação do art. 157, inciso I, também da Constituição da República, de mesma densidade normativa do artigo 158, inciso I, ora em discussão, cabe a Justiça Estadual o julgamento de questões atinentes a retenção de IR de servidores estaduais e municipais.

Ora, se o IRRF conquanto arrecadado de servidor municipal ou estadual se agrega ao patrimônio do Estado ou do Município, a teor do art. 157, inciso I, da Constituição da República, da mesma forma, se agrega ao patrimônio do município o IRRF recolhido de suas fundações instituídas e mantidas. Uma vez agregado ao município, não cabe ao Estado ou a União legislar (sic) sobre verba do patrimônio da União. Sequer cabe a justiça federal conhecer da questão, na medida em que o interesse é sempre municipal. Sobre essa ótica não cabe a aplicação de norma estadual, em detrimento de norma municipal, em relação ao (sic) critérios pelos quais se reconhecerá uma fundação municipal como mantida pelo município, pois a determinação desse critério é exclusiva do município.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, requer-se seja reconhecida a nulidade de todo o crédito de IRRF e acessórios lançados contra a UNISUL pelo AI ora impugnado.

DO JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

Apreciando a impugnação apresentada, a 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Florianópolis (SC) manteve integralmente o lançamento, proferindo o Acórdão nº 07-20.268 (fls. 402 a 412), de 18/06/2010, assim ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 2006, 2007

FUNDAÇÕES INSTITUÍDAS E MANTIDAS POR MUNICÍPIO. CONDIÇÕES. DESTINAÇÃO DO IRRF.

O imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, retido na fonte por fundação municipal em decorrência dos pagamentos que efetua, somente pertencerá ao município se a referida fundação for não só instituída como também mantida por esse ente político.

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 Federal e não ao Município.

DO RECURSO

Cientificada do Acórdão de primeira instância, em 21/07/2010 (vide AR de fl. 419), a contribuinte apresentou, em 23/08/2010, o recurso de fls. 421 a 430, no qual reitera os argumentos de sua impugnação.

DA DISTRIBUIÇÃO

Processo que compôs o Lote nº 02, distribuído para esta Conselheira na sessão pública da Segunda Turma Ordinária da Segunda Câmara da Segunda Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais de 24/10/2011, veio numerado até à fl. 470 (última folha digitalizada)¹.

Voto

Conselheira Maria Lúcia Moniz de Aragão Calomino Astorga, Relatora.

A análise do mérito do lançamento em pauta encontra-se prejudicada por uma questão preliminar.

De acordo com art. 33 do Decreto nº 70.235, de 26 de março de 1972, o prazo para interposição de Recurso Voluntário é de 30 dias contados da ciência da decisão de primeira instância.

A contribuinte foi cientificada da decisão de primeira instância, em **21/07/2010** (quarta-feira), conforme Aviso de Recebimento – AR de fl. 419, postando o recurso voluntário apenas em **23/08/2010** (segunda-feira), conforme despacho da unidade de origem de fl. 470, tomando por base o envelope anexado à fl. 469.

Assim, considerando-se que “*os prazos só se iniciam ou vencem em dia de expediente normal na repartição em que corra o processo ou deva ser praticado o ato*”, nos termos do art. 210 do Código Tributário Nacional, o termo inicial é o dia **22/07/2010** (quinta-feira) e o final, **20/08/2010** (sexta-feira), o que faz com que a entrega em **23/08/2010** seja considerada extemporânea, de acordo com o prazo previsto no art. 33 do Decreto nº 70.235, de 1972.

Assim, não tendo sido observado o primeiro requisito de admissibilidade, que é o da tempestividade, não há que se conhecer do presente recurso.

Diante do exposto, voto por NÃO CONHECER do recurso.

[Clique aqui para redigir o Voto]