



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13964.000045/2001-27
Recurso nº. : 131.056
Matéria : IRF – Ano(s): 1999 e 2000
Recorrente : FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA - UNISUL
Recorrida : TERCEIRA TURMA DA DRJ em FLORIANÓPOLIS - SC
Sessão de : 29 de janeiro de 2003
Acórdão nº. : 104-19.182

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, o produto do IRRF incidente sobre os rendimentos pagos, a qualquer título, pela Fundação pertence à União e não ao Município.

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

TRIBUTO NÃO RECOLHIDO - MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO – MULTA EXIGIDA JUNTAMENTE COM O TRIBUTO – A falta ou insuficiência de recolhimento do imposto sujeita o contribuinte aos encargos legais correspondentes. Sendo perfeitamente válida a aplicação da penalidade prevista no inciso I, do artigo 4º da Lei nº 8.218, de 1991, reduzida na forma prevista no art. 44, I, da Lei nº 9.430, de 1996.

Recurso negado.

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



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13964.000045/2001-27
Acórdão nº. : 104-19.182

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


LEILA MARIA SCHERRER LEITÃO
PRESIDENTE


NELSON MALLMANN
RELATOR

FORMALIZADO EM: 28 FEV 2003

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros JOSÉ PEREIRA DO NASCIMENTO, ROBERTO WILLIAM GONÇALVES, JOÃO LUÍS DE SOUZA PEREIRA, VERA CECÍLIA MATTOS VIEIRA DE MORAES e REMIS ALMEIDA ESTOL. Ausente, justificadamente, a Conselheira MEIGAN SACK RODRIGUES.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo n.º : 13964.000045/2001-27
Acórdão n.º : 104-19.182
Recurso n.º : 131.342
Recorrente n.º : FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA -
UNISUL

RELATÓRIO

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA - UNISUL, entidade educacional, filantrópica e sem fins lucrativos, inscrita no CGC/MF n.º 86.445.293/0001-36, com sede na cidade de Tubarão, Estado de Santa Catarina, a Av. José Acácio, n.º 1787, Bairro Dehon, jurisdicionado a DRF em Florianópolis - SC, inconformado com a decisão de primeiro grau de fls. 376/389, prolatada pela Terceira Turma da DRJ em Florianópolis - SC, recorre a este Primeiro Conselho de Contribuintes pleiteando a sua reforma, nos termos da petição de fls. 400/411.

Contra o contribuinte acima mencionado foi lavrado, em 15702/01, o Auto de Infração - Imposto de Renda Retido na Fonte de fls. 153/160, com ciência, em 20/02/01, exigindo-se o recolhimento de crédito tributário no valor total de R\$ 7.721.269,81 (Padrão monetário da época do lançamento do crédito tributário), a título de Imposto de Renda Retido na Fonte, acrescidos da multa de lançamento de ofício de 75% (artigo 44, I, da Lei n.º 9.430/96) e dos juros de mora, de no mínimo, de 1% ao mês, todos calculados sobre o valor do imposto, relativo aos fatos geradores de março de 1999 a dezembro de 2000.

A exigência fiscal em exame teve origem em procedimentos de fiscalização, onde se constatou a falta de recolhimento do imposto de renda retido na fonte sobre trabalho assalariado e sobre a prestação de serviços. Infração capitulada nos artigos 1º, 2º, 3º, 7º, inciso I, § 1º, da Lei n.º 7.713/88; artigo 3º, da Lei n.º 8.134/90; artigos 4º e 5º e parágrafo único, da Lei n.º 8.383/91; e artigos 7º e 8º, da Lei n.º 8.981/95.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13964.000045/2001-27
Acórdão nº. : 104-19.182

Os Auditores-Fiscais da Receita Federal esclarecem, ainda, através do Termo de Verificação Fiscal de fls. 151/152, entre outros, os seguintes aspectos:

- que o levantamento do imposto de renda na fonte se limitou ao período de 03/1999 a 12/2000, tendo em vista a existência de procedimento fiscal anterior, em que foi lançado pela DRF/Florianópolis, o IRRF sobre os rendimentos do trabalho assalariado e não assalariado, referentes ao período de 04/1994 a 12/1999 (Processo nº 13964.000215/99-33);

- que a decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Florianópolis, manteve o lançamento por entender que o produto da arrecadação do IRRF, incidente sobre os rendimentos pagos pela Fundação pertencem à União e não ao Município, visto que este não destina àquela recursos suficientes à sua subsistência;

- que a Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes ao apreciar o recurso interposto, entendeu, também, que a UNISUL não é mantida pelo poder público, porquanto este não destina recursos para a manutenção da mesma. Não tendo sido comprovada essa condição negou provimento à contestação, ratificando a decisão de 1º grau;

- que, assim sendo, com base nos elementos oferecidos pela empresa, efetuamos o levantamento dos valores pagos a título de ordenados, salários, gratificações etc., como também de outros rendimentos pagos a pessoas físicas sem vínculo empregatício, no período de março de 1999 a dezembro de 2000, tendo constatado que houve a retenção e não houve o devido recolhimento do IRRF.

Irresignada com o lançamento, a autuada, apresenta, tempestivamente, em 22/02/01, a sua peça impugnatória de fls. 167/195, instruída com os documentos de fls.



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

Processo nº. : 13964.000045/2001-27
Acórdão nº. : 104-19.182

196/368, solicitando que seja acolhida a impugnação para que seja declarado improcedente o Auto de Infração, com base, em síntese, nos seguintes argumentos:

- que o Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional não tem competência para constituir a UNISUL em débito, por ser a entidade uma Fundação Municipal, tendo em vista que o produto da arrecadação do referido tributo pertence ao Município e não à União;

- que se são valores Municipais, não pode um preposto da União exigir tal pagamento. Daí se extrai a total impropriedade da lavratura do Auto de Infração ora hostilizado;

- que, portanto, sendo o crédito municipal e não federal, a competência para exação do débito é da Secretaria de Finanças do Município de Tubarão e jamais da Delegacia da Receita Federal, razão porque, deve o Auto de Infração ser arquivado, que é o que se requer, por absoluta incompetência do Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional;

- que todas as fundações governamentais, ainda que não integrando a Administração Pública, submetem-se sob um ou outro aspecto, ao direito público; isto se verifica, em especial, no que se refere à fiscalização financeira e orçamentária e ao controle interno pelo Poder Executivo; a legislação federal, mesmo quando declarava que tais entidades não integram a administração indireta, ainda assim as submetia a esses tipos de controle;

- que na fundação, o instituidor faz a dotação de determinada universidade de bens livres, especificando o fim a que se destina e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la; o seu estatuto é feito pela pessoa por ele designada ou pelo Ministério Público, a quem compete velar pela fundação;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13964.000045/2001-27
Acórdão nº. : 104-19.182

- que a fundação governamental não adquire, em geral, vida inteiramente própria, como se fosse instituída por particular. É o interesse público que determina a sua criação; sendo variável o interesse público, o destino da fundação também pode ser mudado pelo ente que a instituiu, quer para alterar a lei que autorizou a sua criação, quer para revogá-la. Entender-se de outra forma significaria desconhecer ou desrespeitar o princípio da indisponibilidade do interesse público ao qual se vincula a Administração. Se instituísse uma entidade tendo em vista a consecução de determinado interesse coletivo, ela estaria dele dispondo na medida em que deixasse a fundação livre dos laços que a prendem à Administração Pública, necessários para determinar o cumprimento da vontade estatal;

- que o que realmente importa é que a UNISUL é uma fundação pública de direito privado, e como tal, não está sujeita ao regime jurídico único como quer a fiscalização, o que vem a demonstrar mais um dos vários equívocos que ora são apontados;

- que 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 à administração da Entidade, que poderá (ou não) cobrar seus créditos judicialmente, ou aceitar, como aceita, a prestação de serviços;

- que o único problema é o percentual com que a entidade é mantida com dinheiro público – em torno de 5% de sua receita própria;

- que a fiscalização simplesmente aceita os argumentos contidos na resposta à consulta formulada ao Tribunal de Contas do Estado, que tem como fundamento o § 8º, do art. 65, da Lei Complementar Estadual n.º 31 de 27 de novembro de 1990, que preconiza: "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";



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13964.000045/2001-27
Acórdão nº. : 104-19.182

- que, inicialmente, há que se lembrar, conforme largamente explorado no item anterior, que uma fundação, quer seja ela de direito público ou privado, jamais poderá ser considerada sociedade, fato que por si só descaracteriza a alegada obrigatoriedade dos referidos 50%;

- que mesmo que assim não fosse, o copiado parágrafo é meramente para estabelecer a competência do Tribunal de Contas do Estado, não podendo servir de conceito de entidade mantida;

- que Constituição Estadual, tampouco Lei Complementar Estadual, jamais terá o condão de revogar a Constituição Federal, que não fixa valores nem percentuais para que tais entidades sejam consideradas mantidas pelo erário;

- que, portanto, independe do percentual com que os Municípios mantenham suas fundações. O fato é que se MANTIVEREM, têm o direito de dispor de valores daí decorrentes;

- que se até mesmo a Constituição Federal, leis das leis que impera soberana na hierarquia legal reconhece a existência de fundação pública de direito privado, não pode o fisco restringir um direito constitucionalmente consagrado;

- que, resta, pois, demonstrado o ledô engano do Auto de Infração, lavrado com base no errôneo entendimento de que a Fundação Universidade do Sul de Santa Catarina não é mantida pelo Município. Não é "total ou preponderantemente" mantida (tanto que pode cobrar mensalidades), mas definitivamente é mantida, embora com poucos recursos;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13964.000045/2001-27
Acórdão nº. : 104-19.182

- que muito embora já se tem por demonstrado o completo descabimento do alegado débito, argumentando, e somente por amor a prudência, mesmo que considerássemos devido o IRRF, ainda assim, tais valores não poderiam ser constituídos retroativamente;

- que em data de 22 de julho de 1993, a Seção de Tributação da Delegacia da Receita Federal em Florianópolis lavrou o parecer com fulcro no art. 158, da Carta Política, combinado com a Lei Municipal n.º 1.727/92, reconhecendo indevida a cobrança do imposto de renda retido na fonte;

- que se extrai do demonstrativo de folhas 182 a 197 do processo administrativo, que nos juros de mora foram aplicados ilegalmente a TRD, nos tributos apurados;

- que o mais alarmante é percebermos que são aplicados juros e correção monetária sobre a UFIR, cujos valores já compõem tais institutos. Desta forma, é flagrante a existência do bis in idem, defeso no direito pátrio, merecendo, serem afastadas todas as irregularidades apontadas;

- que finalmente, absurda e incabível a multa de até 75% aplicada pelo Fisco, em razão da ocorrência da chamada estabilidade econômica e sepultamento da inflação acima de dois dígitos.

Após resumir os fatos constantes da autuação e as principais razões apresentadas pela impugnante, a Terceira Turma da DRJ em Florianópolis - SC conclui pela procedência da ação fiscal e pela manutenção integral do crédito tributário lançado, com base, em síntese, nas seguintes considerações:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13964.000045/2001-27
Acórdão nº. : 104-19.182

- que normalmente, a pessoa política fica com o produto da arrecadação dos tributos de sua competência. No entanto, às vezes, a Constituição determina que uma pessoa política deve partilhar o produto da arrecadação de determinados tributos de outra, a exemplo do art. 158, I. Quando isso acontece, alguns supõem, erroneamente, que a entidade beneficiada tem o direito de exigir a criação ou cobrança desses tributos, ou – o que é pior – até de sub-rogar-se na competência tributária da outra pessoa. Esse despatório jurídico deve ser, de pronto, afastado;

- que a repartição das receitas tributárias é uma questão financeira, e não tributária, sendo destituída de qualquer fundamento a idéia de que a discriminação constitucional de rendas tributárias interfere no exercício da tributação, pelas pessoas políticas. A competência tributária é indelegável;

- que, assim, compete ao fisco federal, por intermédio de seus Auditores-Fiscais da Receita Federal, constituir o lançamento do Imposto de Renda Retido na Fonte, independentemente, da destinação do produto da arrecadação do imposto, consoante dispõe o Regulamento do Imposto de Renda;

- que se registre que igualmente descabida a alegação da interessada no sentido que o autuante teria reconhecido que o produto da arrecadação do IRRF pertence ao Município, por dois motivos: (1) não consta dos autos qualquer afirmação do agente fiscal a esse respeito; (2) o trecho apontado pela interessada, apenas comenta o conteúdo do inc. I do art. 158, sem particularizar a situação que se apresenta nos autos. Ademais, o agente fiscal defende, no caso, justamente a competência da União em relação ao discutido IRRF, tanto é que procedeu a lavratura do respectivo Auto de Infração;

- que prosseguindo na apreciação do litígio, verifica-se que a impugnação, sinteticamente reproduzida no relatório, discorre à larga sobre a natureza jurídica das



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13964.000045/2001-27
Acórdão nº. : 104-19.182

fundações, fazendo inclusive, um paralelo entre aquelas criada pela iniciativa privada e as criadas pelo poder público. Tudo isso, com intuito de concluir que a UNISUL é uma fundação mantida pelo poder público municipal, ainda que o seja com poucos recursos, como admite a própria interessada;

- que se ressalte que, em momento algum, o fisco, por intermédio de seus agentes, cogita que a interessada não foi instituída pelo Município de Tubarão, tampouco a natureza jurídica desta;

- que, assim, no meu entender, a questão primordial para a solução da demanda que se apresenta está no fato de se definir se a UNISUL satisfazia, ou não, a segunda condição estabelecida no retro transcrito inc. I do art. 158 da Constituição Federal, ou seja, a de que era mantida pelo município que a instituiu;

- que a própria interessada afirma "o único problema é o percentual com que a entidade é mantida com dinheiro público – em torno de 5% de sua receita própria. Afinal, seria possível considerar que a fundação é" mantida "pelo Município, somente com esses poucos recursos? A resposta é negativa, pois a destinação de recursos da ordem de 5%, obviamente, não é suficiente para a subsistência da fundação, para a sua manutenção;

- que não se quer dizer com isso que a fundação não possa receber contribuições de outros órgãos ou auferir receitas de outras fontes, que não o instituidor, mas que os recursos necessários a sua subsistência devem ser providos majoritariamente pelo órgão que a criou. Na hipótese de se considerar, apenas, as subvenções municipais, a UNISUL certamente fecharia suas portas, sucumbiria;

- que se tem dos dispositivos transcritos, tão-somente, que a obrigatoriedade do ensino público gratuito em estabelecimentos oficiais não se aplica às instituições oficiais



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13964.000045/2001-27
Acórdão nº. : 104-19.182

criadas por lei municipal ou estadual, existentes na data da promulgação da Constituição, que não sejam total ou preponderantemente mantidas com recursos públicos. Em outras palavras, permite que essas instituições cobrem taxas e anuidades de seu corpo discente. Nada mais do que isso;

- que se registre, por oportuno, que a ineficácia do estabelecido no parecer para os períodos seguintes, além de ter sido informada juntamente com o Auto de Infração constante do Processo nº 13964.000215/99-33, já havia sido objeto de esclarecimento no item 2.2 do Relatório de Diligência, do qual a contribuinte foi cientificada no início da ação fiscal;

- que se constata, portanto, que o parecer contemplou uma situação concreta e pretérita, posto que diagnosticou a situação jurídica da Fundação no período correspondente aos fatos geradores objeto de parcelamento. Evidentemente que a autoridade administrativa emissora do parecer não podia prever se, no futuro, a Fundação continuaria a ser mantida pelo Município;

- que se esclareça que é equivocada a conclusão da impugnante, uma vez que a TRD não foi aplicada na apuração do valor devido, seja como juros de mora ou fator de correção monetária. Essa taxa foi utilizada como fator de juros moratórios até dezembro de 1991, no entanto, esse período não está compreendido no presente processo;

- que também não procede à acusação de que foram aplicados "juros e correção monetária sobre UFIR, cujos valores já compõem tais institutos". Saliente-se que nem mesmo há previsão para correção monetária de tributos e contribuições sociais, cujos fatos geradores ocorreram a partir de 1º de janeiro de 1995, posto que os respectivos débitos devem ser apurados em Reais, conforme determinação do art. 6º da Lei n.º 8.981/95;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13964.000045/2001-27
Acórdão nº. : 104-19.182

- que no que tange à exigência da multa de ofício de 75%, a interessada afirma que “a obrigação acessória pelo simples fato de sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária”, concluindo que a exigência da multa confirma confisco;

- que se saliente que a exigência da referida multa é decorrente da falta de pagamento do tributo devido, e não pelo descumprimento de obrigação acessória, como entende a interessada. Sua aplicação está prevista no art. 44, I, da Lei nº 9.430, de 1996;

- que se trata, pois, de penalidade pecuniária que, embora se configure obrigação tributária principal, não tem a mesma natureza jurídica do tributo. Pelo que se vê do dispositivo retro transcrito, o princípio que norteia a imputação desta penalidade tem o condão de compelir o contribuinte a se afastar da prática de atos ou atitudes lesivos à coletividade, constituindo-se em instrumento de desestímulo ao sistemático inadimplemento das obrigações tributárias;

- que destarte, não há que se falar em efeito confiscatório, uma vez que a disposição constitucional veda a instituição de tributo, com efeito, confiscatório, situação distinta da exigência de multa de ofício prevista no art. 44, I, da Lei nº 9.430, de 1996;

- que no que concerne ao pleito de que seja utilizado o limite de 2% para as multas de mora, consoante previsto no § 1º do art. 52 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, como bem reconhece a interessada, não se aplica ao crédito tributário.

A ementa da decisão da Terceira Turma da DRJ em Florianópolis - SC, que consubstancia os fundamentos da ação fiscal é a seguinte:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13964.000045/2001-27
Acórdão nº. : 104-19.182

"Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF

Período de apuração: 31/03/1999 a 31/12/2000

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 do IRRF incidente sobre os rendimentos pagos, a qualquer título, pela Fundação pertence à União e não ao Município.

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, no período considerado.

MULTA DE OFÍCIO. CARÁTER CONFISCATÓRIO. INAPLICABILIDADE.

A vedação ao confisco, como limitação ao poder de tributar, restringe-se ao valor do tributo, não extravasando para o percentual aplicável às multas por infrações à legislação tributária.

Lançamento Procedente."

Cientificado da decisão de Primeira Instância, em 14/05/02 conforme Termo constante às folhas 392/394 e, com ela não se conformando, a recorrente interpôs, em tempo hábil (11/06/02), o recurso voluntário de fls. 400/411, instruído pelos documentos de fls. 412/512, no qual demonstra irresignação contra a decisão supra ementada, baseado, em síntese, nas mesmas razões expendidas na fase impugnatória.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13964.000045/2001-27
Acórdão nº. : 104-19.182

Consta às fls. 412 o arrolamento de bens com objetivo de interpor recurso administrativo ao Conselho de Contribuintes sem a exigência prévia dos 30% da exigência fiscal mantida em primeira instância.

É o Relatório.

A handwritten signature in black ink, consisting of a long, sweeping horizontal stroke that curves upwards at the right end.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13964.000045/2001-27
Acórdão nº. : 104-19.182

VOTO

Conselheiro NELSON MALLMANN, Relator

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

Antes de adentrar no mérito, propriamente dito, se faz necessário ressaltar que não pode prosperar a pretensão da autuada de que o Auditor-Fiscal da Receita Federal não tenha competência para constituir o lançamento em discussão, sob o frágil argumento de que por ser a autuada uma Fundação Municipal, o crédito é municipal e não federal. Cabendo, se for o caso, a Secretaria de Finanças do Município de Tubarão constituir o lançamento do crédito tributário, e não a Delegacia da Receita Federal.

Ora, é manso e pacífico, nos textos legais, que 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. Não há como alterar o texto legal, já que o dever de fiscalizar o imposto de renda em discussão é de competência da União. Desta forma, se a fiscalização constatar, no seu entender, alguma irregularidade no seu recolhimento ou na sua retenção, tem por obrigação legal à constituição do crédito tributário através do Auto de Infração.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo n.º : 13964.000045/2001-27
Acórdão n.º : 104-19.182

O Decreto n.º 70.235/72, em seu artigo 9º, define o auto de infração e a notificação de lançamento como instrumentos de formalização da exigência do crédito tributário, quando afirma:

“A exigência do crédito tributário será formalizado em auto de infração ou notificação de lançamento distinto para cada tributo.”

Com nova redação dada pelo art. 1º da Lei n.º 8.748/93:

“A exigência de crédito tributário, a retificação de prejuízo fiscal e a aplicação de penalidade isolada serão formalizados em autos de infração ou notificações de lançamento, distintos para cada imposto, contribuição ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito.”

O auto de infração, bem como a notificação de lançamento por constituírem peças básicas na sistemática processual tributária, a lei estabeleceu requisitos específicos para a sua lavratura e expedição, sendo que a sua lavratura tem por fim deixar consignado a ocorrência de uma ou mais infrações à legislação tributária, seja para o fim de apuração de um crédito fiscal, seja com o objetivo de neutralizar, no todo ou em parte, os efeitos da compensação de prejuízos a que o contribuinte tenha direito, e a falta do cumprimento de forma estabelecida em lei torna inexistente o ato, sejam os atos formais ou solenes. Se houver vício na forma, o ato pode invalidar-se.

Ora, não tendo sido praticado qualquer ato com preterição do direito de defesa e estando os elementos de que necessitava a suplicante para elaborar suas contra-razões de mérito juntados aos autos, fica de todo afastada a hipótese de nulidade do procedimento fiscal.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13964.000045/2001-27
Acórdão nº. : 104-19.182

Da mesma forma, não pode prosperar o argumento de que em 22 de julho de 1993, a Seção de Tributação da Delegacia da Receita Federal em Florianópolis lavrou o parecer com fulcro no art. 158, da Carta Política, combinado com a Lei Municipal n.º 1.727/92, reconhecendo como indevida a cobrança do imposto de renda retido na fonte.

Ora, o parecer em discussão foi exarado de um processo de parcelamento de imposto de renda retido na fonte, onde a autuada figurava como interessada, sendo que o Setor de Tributação da Delegacia da Receita Federal em Florianópolis determinou o cancelamento do crédito tributário constante do processo de parcelamento, por entender, na época, de que a UNISUL, além de ser instituída, era também mantida pelo Município de Tubarão, enquadrando-se, desta forma, na hipótese legal do artigo 158, inciso I, da Constituição Federal.

Não há dúvida alguma que o parecer contemplou uma situação concreta e pretérita, posto que diagnosticou a situação jurídica da Fundação no período correspondente aos fatos geradores objeto de parcelamento. É evidente que a autoridade administrativa emissora do parecer não podia prever se, no futuro, a Fundação continuaria a ser mantida pelo Município. O parecer foi emitido sobre um caso concreto e definido, não tendo o condão de se estender indefinidamente no tempo.

Também, não procede ao argumento de que nos juros de mora foram aplicados ilegalmente a TRD nos tributos apurados, já que é equivocada a conclusão da suplicante, uma vez que a TRD não foi aplicada na apuração do valor devido, seja como juros de mora ou fator de correção monetária. Essa taxa foi utilizada como fator de juros moratórios no período de 02 de fevereiro 1991 a 01 de janeiro de 1992, entretanto, não aplicado no presente processo. Como não procede a acusação de que foram aplicados juros e correção monetária sobre UFIR.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13964.000045/2001-27
Acórdão nº. : 104-19.182

No mérito em si, a pedra angular da questão fiscal trazida à apreciação desta Câmara se resume em estar ou não a recorrente sujeita a aplicação do disposto no inciso I do artigo 158 da Constituição Federal, ou seja, a retenção do imposto de renda na fonte, efetuada pela autuada, deve ser recolhido para a União ou para o Município.

Da análise dos autos verifica-se que a UNISUL trata-se de fundação de ensino instituída pelo Município de Tubarão, através da Lei Municipal n.º 443/67 como Fundação Educacional do Sul de Santa Catarina, posteriormente transformada pela Lei n.º 1.388/89 em Fundação Universidade do Sul de Santa Catarina. Criada pelo Poder Público Municipal com personalidade jurídica de direito privado e fins filantrópicos.

Sabe-se que as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público Municipal têm tratamento diferenciado quanto ao recolhimento do imposto de renda retido sobre os pagamentos que efetuam. A Carta Magna, quando ordena o Sistema Tributário Nacional e define as repartições das receitas tributárias entre os Entes Federados, determina, em seu artigo 158, que: "Pertencem aos municípios: 1 – O produto da arrecadação do imposto da União sobre a renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem".

Isto significa que, apesar de estar insculpido no artigo 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 destinado aos cofres municipais.

Constata-se, ainda, da análise dos autos, que a fiscalização solicitou ao Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina que informasse se a UNISUL está sujeita



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13964.000045/2001-27
Acórdão nº. : 104-19.182

ou não ao controle externo daquele órgão. Em resposta, o TCE se manifestou esclarecendo que “mesmo tendo sido instituída por lei municipal, a UNISUL não é mantida pelos cofres públicos do município de Tubarão”.

Verifica-se que o § 8º, do art. 65, da Lei Complementar Estadual n.º 31, de 27 de novembro de 1990, preconiza: “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”.

Do Parecer PGFN/CDN/Nº 904/90, extrai-se o seguinte:

“9.” Considerações gerais – As fundações, como “universidade de bens personalizada, em atenção ao fim, que lhe dá unidade” ou como “um patrimônio transfigurado pela idéia, que o põe ao serviço de um fim determinado”, sempre estiveram nos domínios do Direito Civil, sendo consideradas pessoas jurídicas de direito privado.

Ultimamente, porém, pelo fato de o Poder Público vir instituindo fundações para prossecução de objetivos de interesse coletivo – educação, ensino, pesquisa, assistência social etc. – com a personificação de bens públicos e, em alguns casos, fornecendo subsídios orçamentários para sua manutenção, passou-se a atribuir personalidade pública a essas entidades, a ponto de a própria Constituição da República de 1988, encampando a doutrina existente, ter instituído as denominadas fundações públicas ora chamando-as de “fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público” (art. 71, II, III e IV; 169, parágrafo único; 150, § 2º; 22, XXVIII); ora de “fundação pública” (arts. 37, XIX; 19, das Disposições Transitórias); ora “fundações mantidas pelo Poder Público” (art. 37, XVII); ora simplesmente “fundação” (art.163, II).

Com esse tratamento a Carta da República transformou essas fundações em entidades de direito público, integrantes da Administração Indireta, ao lado das autarquias e das entidades paraestatais. Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal, embora na vigência da Constituição anterior, que “tais fundações são espécies do gênero autarquia”. Não entendemos como uma entidade (fundação) possa ser espécie de outra (autarquia) sem



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13964.000045/2001-27
Acórdão nº. : 104-19.182

se confundirem no seus conceitos. Todavia, a prevalecer essa orientação jurisprudencial, aplicam-se às fundações públicas todas as normas, direitos e restrições pertinentes às autarquias. "(In" Direito Administrativo Brasileiro". 15ª. Ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990, p. 310-311).

Disso tudo, colhe-se que, 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 mantidos.

Feitas essas observações, cabe então indagar se a UNISUL preenche esses requisitos indispensáveis.

Quanto ao primeiro requisito, sem sobra de dúvidas, a resposta é afirmativa.

Quanto ao segundo, muito embora a persistência da suplicante em afirmar o contrário, entende esse relator que a decisão singular está correta, ou seja, a UNISUL não é mantida pela Prefeitura Municipal de Tubarão.

Senão vejamos:

A princípio, o recurso que efetivamente poderia ser considerado oriundo do Município é o IRRF, de que a fundação foi dispensada de recolher aos cofres públicos por lei municipal. Mesmo assim, esse recurso não faria frente a mais de que 5% dos custos e despesas operacionais incorridos nos anos de 1999 a 2000. Portanto, percentualmente, é pequena a contribuição oriunda do Município.

Sendo que por outro lado, se se considerar que a Fundação não é mantida pelo Município, em face da mínima participação no custeamento da entidade, então, nem o



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13964.000045/2001-27
Acórdão nº. : 104-19.182

IRRF poderia ser entendido como recurso municipal, pois não pertenceria ao Município, já que não seria verificada a condição prevista no art. 158, I, da Constituição Federal.

Não seria possível considerar que a instituição é “mantida” pelo Município levando em conta somente os mencionados recursos, pois com a destinação de recursos da ordem de 5%, obviamente, não seria possível manter a Fundação.

A própria recorrente entende que “manter” é prover de recursos quando afirma que “milhões de reais” são destinados à fundação. A definição de De Plácido e Silva esclarece que o valor deve ser necessário à subsistência. Desta forma, como os recursos provenientes do Município não são suficientes à subsistência da Fundação, não pode ser considerada a entidade mantenedora.

Não quer dizer com isto que a Fundação não possa receber contribuições de outros órgãos, que não o instituinte, mas que os recursos destinados à sua subsistência devem depender majoritariamente do órgão instituidor.

Deve-se entender que, ao atribuir o produto do discutido IRRF aos Municípios, a Carta Magna também estabeleceu o encargo de que esses entes políticos mantivessem os órgãos envolvidos. Portanto, admitir como manutenção à destinação, por parte do Município, de mínimos recursos é burlar o previsto na norma constitucional, violentando seu objetivo.

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



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo n.º : 13964.000045/2001-27
Acórdão n.º : 104-19.182

Nota-se nos autos que autoridade lançadora aplicou a multa de lançamento de ofício cobrada juntamente com o tributo, e nos termos do artigo 7º, I, § 1º do Decreto n.º 70.23/72, o primeiro ato praticado por iniciativa do fisco, formalmente cientificado o sujeito passivo da obrigação tributária, exclui a espontaneidade e, conseqüentemente, cabível é a penalidade prevista no artigo 4º, inciso I, da Lei n.º 8.218/91. Ou seja, o Auto de Infração deverá conter entre outros requisitos formais, a penalidade aplicável. Assim, 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 n.º 8.218, de 1991, reduzida na forma prevista no art. 44, I, da Lei n.º 9.430, de 1996.

Como é sabido, a multa de mora tem natureza indenizatória, visa essencialmente recompor, ainda que parcialmente, o patrimônio do Estado pelo atraso no adimplemento da obrigação tributária e a penalidade por descumprimento de obrigação acessória, é uma pena de natureza tributária.

A denominada multa "ex-officio" é aplicada, de um modo geral, quando a Fiscalização, no exercício da atividade de controle dos rendimentos sujeitos à tributação, se depara com situação concreta da qual resulte falta de pagamento ou insuficiência no recolhimento do tributo devido. Vale dizer, a penalidade tem lugar quando o lançamento tributário é efetivado por haver o contribuinte deixado de cumprir a obrigação principal, e dessa omissão, voluntário ou não, resulte falta ou insuficiência no recolhimento do imposto devido.

Finalmente, é de se esclarecer que a Constituição Federal refere-se à vedação de utilizar tributo com efeito de confisco (art. 150, inciso IV da Carta).



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13964.000045/2001-27
Acórdão nº. : 104-19.182

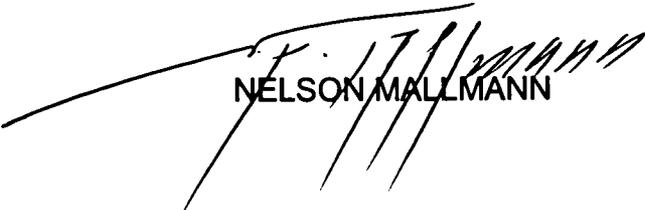
Como se vê a Constituição Federal de 1988, veda a utilização de tributos com efeito de confisco, o que não é o caso em pauta, já que se trata de penalidade pecuniária prevista em lei para aqueles que não cumprem a obrigação principal que é o recolhimento do tributo.

Ora, o ato ilícito (contrário à lei) é sancionável de várias formas. O ilícito penal, por exemplo, é punível com restrição à liberdade do agente criminoso (reclusão, detenção, prisão simples) ou com pena pecuniária (multa). A sanção penal expressa em multa, não é tributo. Igualmente, não constituem tributos as sanções administrativas e civis, quando o particular é condenado a entregar dinheiro ao Estado.

Enfim, a multa em questão é de natureza punitiva, ou seja, é aquela que se funda no interesse público de punir o inadimplente pela falta do recolhimento do tributo. Desta forma, correta está a exigência da multa de lançamento de ofício, com base no artigo 44, inciso, I, da Lei n.º 9.430/96.

Diante do conteúdo dos autos, pela associação de entendimento sobre todas as considerações expostas no exame da matéria e por ser de justiça voto no sentido de NEGAR provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões – DF, em 29 de janeiro de 2003


NELSON MALLMANN