



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

Processo nº. : 13964.000215/99-33
Recurso nº. : 122.054
Matéria : IRF – Ano(s): 1994 a 1999
Recorrente : FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA - UNISUL
Recorrida : DRJ em FLORIANÓPOLIS - SC
Sessão de : 08 de novembro de 2000
Acórdão nº. : 104-17.724

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.

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 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.

Recurso negado.

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

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.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13964.000215/99-33
Acórdão nº. : 104-17.724


LEILA MARIA SCHERRER LEITÃO
PRESIDENTE


NELSON MALLMANN
RELATOR

FORMALIZADO EM: 07 DEZ 2000

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros MARIA CLÉLIA PEREIRA DE ANDRADE, ROBERTO WILLIAM GONÇALVES, JOSÉ PEREIRA DO NASCIMENTO, ELIZABETO CARREIRO VARÃO, JOÃO LUIS DE SOUZA PEREIRA e REMIS ALMEIDA ESTOL.



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

Processo nº. : 13964.000215/99-33
Acórdão nº. : 104-17.724
Recurso nº. : 122.054
Recorrente : 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, à Av. José Acácio, n.º 1787, Bairro Dehon, jurisdicionado à DRF em Florianópolis - SC, inconformado com a decisão de primeiro grau de fls. 407/417, prolatada pela DRJ em Florianópolis - SC, recorre a este Conselho pleiteando a sua reforma, nos termos da petição de fls. 428/440.

Contra o contribuinte acima mencionado foi lavrado, em 27/04/99, o Auto de Infração - Imposto de Renda Retido na Fonte de fls. 183/198, com ciência, em 06/05/99, exigindo-se o recolhimento do crédito tributário no valor total de R\$ 7.646.551,42 (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 abril de 1994 a fevereiro de 1999.

A exigência fiscal em exame teve origem em procedimentos de fiscalização, onde constatou-se 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, 55, 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, artigo 6º, da Lei n.º 9.064/95; artigos 52 e 53, da Lei n.º 7.450/85; e artigos 7º e 8º, da Lei n.º 8.981/95.



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

Processo n.º : 13964.000215/99-33
Acórdão n.º : 104-17.724

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

- 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;

- 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".;

- que 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;

- que vale ressaltar, neste momento, que estamos lidando apenas com a repartição da receita tributária e não com a imunidade tributária recíproca prevista no artigo 150, VI da CF;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13964.000215/99-33
Acórdão nº. : 104-17.724

- que a matéria sobre a qual nos debruçamos é o Imposto de Renda que a fundação ~~retém~~, quando ~~efetua~~ pagamentos de rendimentos assalariados e de prestações de serviços, e que deveria, na qualidade de responsável, recolher aos cofres públicos;

- que 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;

- que contudo, os fatos apurados em diligência pelo AFTN Luiz Augusto de S. Gonçalves, ~~de cujo relatório demos ciência no início desta fiscalização, dão convicção de~~ que a fundação ora em pauta não obedece às condições necessárias para enquadramento como instituição mantida pelo Poder Municipal;

- que a UNISUL compreende que a previsão constitucional do artigo 158 é plenamente aplicável ao seu caso, fato pelo qual não vem recolhendo o IRRF para o Tesouro Nacional. Mais. O Município de Tubarão, através da Lei n.º 1.727/92, destinou os recursos oriundos do imposto de renda retido nos pagamentos da UNISUL para a própria, dispensando-a do recolhimento. A UNISUL não recolhe o IRRF nem para a União, nem para a municipalidade, por força de dispensa legal;

- que contabilmente, a UNISUL, ao reter o IRRF, registra-o em conta de passivo (Imposto de Renda Fonte), como se o fosse recolher. Seqüencialmente, ao final do mês de apuração, credita o total em conta de receita (Subvenções – Órgãos Federais);

- que a UNISUL, apesar de estar estabelecida em vários campi, localizados em diversos municípios, tem apenas uma inscrição no CNPJ. Centraliza todos os pagamentos na sede, em Tubarão, e dá sempre a mesma destinação aos montantes de



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

Processo nº. : 13964.000215/99-33
Acórdão nº. : 104-17.724

imposto de renda retido na fonte: receita de subvenção com base no artigo 158 da CF e na Lei Municipal n.º 1.727/92;

- que não há questionamento quanto ao fato da UNISUL cobrar mensalidade de seus alunos, mas, sim, a participação das receitas de prestação de serviços no suporte das despesas, em relação à sustentação efetivamente garantida com financiamento do Poder Público;

- que observamos que não há nenhum repasse de verba da prefeitura para a UNISUL, a não ser o IRRF não recolhido. E este atinge, no máximo, dentro do período demonstrado, 3,30%;

- que foi solicitado ao Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina que informasse se a UNISUL está sujeita 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".

Irresignada com o lançamento, a autuada, apresenta, tempestivamente, em 14/01/98, a sua peça impugnatória de fls. 300/305, instruída com os documentos de fls. 306/310, 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;



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

Processo nº. : 13964.000215/99-33
Acórdão nº. : 104-17.724

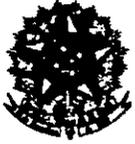
- que se são valores Municipais, não pode um preposto da União exigir tal pagamento. Daí se extrai a total impropriedade da lavratura do Auto de Infração ora hostilizado;

- 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;

- 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 instituisse uma entidade tendo em vista a consecução de determinado interesse coletivo, ela estaria



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

Processo nº. : 13964.000215/99-33
Acórdão nº. : 104-17.724

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";

- 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%;



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

Processo nº. : 13964.000215/99-33
Acórdão nº. : 104-17.724

- 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;

- 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;



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

Processo nº. : 13964.000215/99-33
Acórdão nº. : 104-17.724

- 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 extrai-se do demonstrativo de folhas 182 à 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 autoridade singular conclui pela procedência da ação fiscal e pela manutenção integral do crédito tributário, com base nas seguintes considerações:

- que a alegação de que o autuante teria reconhecido que o IRRF pertence ao Município é descabida, pois os trechos do relatório fiscal apontados pela impugnante apenas comentam o conteúdo do art. 158, I, da Constituição Federal, sem, no entanto, particularizar a situação da contribuinte. Ademais, o fisco defende, no caso, justamente a competência da União em relação ao discutido IRRF;



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

Processo nº. : 13964.000215/99-33
Acórdão nº. : 104-17.724

- que na verdade, a fiscalização não contesta o regime trabalhista a que estão submetidos os servidores da contribuinte, nem que tenha personalidade jurídica de direito privado, tanto que sob este título é apresentada no início do Termo de Verificação de fls. 176;

- que a fiscalização apenas relatou que os servidores e professores da autuada estão sujeitos ao regime da CLT, mas que o art. 174, inciso VIII, da Lei Orgânica municipal, aprovada em 1990, assegura textualmente o regime jurídico único para todas as instituições mantidas pelo Município. Portanto, a pretensão é no sentido de provar que a Fundação não é mantida pelo Município;

- que a situação apresentada, entretanto, por si só, não é suficiente para embasar tal acusação, pois não há impedimento para que uma fundação pública de direito privado, cujos servidores estejam sujeitos à CLT, seja mantida pela municipalidade;

- que a impugnante argúi que a própria fiscalização teria reconhecido que a instituição é mantida pelo Município, posto que os quadros constantes do termo de Verificação, demonstrariam a destinação de "milhões de reais" à manutenção da fundação. Assevera que poderá cobrar os créditos não repassados judicialmente, ou aceitar a prestação de serviços como vem ocorrendo;

- que, todavia, mesmo que o Município destinasse "milhões de reais" à manutenção da instituição, esse recurso não seria relevante se correspondesse, por exemplo, a somente 1% dos custos operacionais. Ademais, a fundação possui unidades em quatro cidades (Araranguá, Criciúma, Palhoça e Florianópolis), além da sede em Tubarão – SC, e teve custo operacional da ordem de 27 milhões de reais no ano 1997. Portanto,



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

Processo nº. : 13964.000215/99-33
Acórdão nº. : 104-17.724

valores absolutos não poderão levar a uma análise confiável de como a instituição é mantida, daí a necessidade de se comparar dados percentualmente;

- que verifica-se também que no ano de 1997, a receita decorrente da cobrança de taxas e mensalidades do corpo discente foi da ordem de 26 milhões de reais, sendo responsável por 95% da receita total. Para auferir essa receita, a contribuinte detém total autonomia, conforme previsto nos art. 5º ao 7º do se Estatuto (fls. 144/145);

- que 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 3,3% dos custos e despesas operacionais incorridos nos anos de 1995 a 1997. Portanto, percentualmente, é pequena a contribuição oriunda do Município;

- 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 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;

- que afinal, seria possível considerar que a instituição é "mantida" pelo Município levando em conta somente os mencionados recursos ? A resposta é negativa, pois com a destinação de recursos da ordem de 3,3%, obviamente, não seria possível manter a Fundação. Inclusive, o fato de a instituição não ser mantida com "dinheiro público" foi reconhecido por seu próprio Reitor, em matéria publicada na imprensa;

- que a própria impugnante entende que "manter" é prover de recursos quando afirma que "milhões de reais" são destinados à fundação. A definição de Plácido e Silva esclarece que o valor deve ser necessário à subsistência. Desta forma, como os



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

Processo nº. : 13964.000215/99-33
Acórdão nº. : 104-17.724

recursos provenientes do Município não são suficientes à subsistência da Fundação, não pode ser considerada a entidade mantenedora;

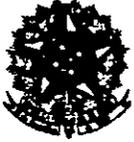
- que não quer dizer com isto que a Fundação não possa receber contribuições de outros órgãos, que não o instituinte, mas que os recursos destinados à sua subsistência devem depender majoritariamente do órgão instituidor;

- que 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 a destinação, por parte do Município, de mínimos recursos é burlar o previsto na norma constitucional, violentando seu objetivo;

- que a impugnante sustenta, que a caracterização da manutenção é independente do percentual com que os Municípios mantenham suas Fundações, e conclui que "O fato é que se mantiverem, têm o direito de dispor de valores daí decorrentes". Argúi ainda que, se fosse diferente, o Poder Constituinte teria especificado com mais ênfase, a exemplo do estipulado no art. 242 da Constituição Federal;

- que este dispositivo constitucional prescreve que não se aplica o princípio da gratuidade do ensino público (CF, art. 206, IV) às instituições educacionais oficiais criadas por lei estadual ou municipal existentes na data da Promulgação da Constituição, que não sejam total ou preponderantemente mantidas com recursos públicos;

- que conclui-se, enfim, que a única condição verificada para o gozo da prerrogativa do art. 158, I, da Constituição Federal e, portanto, insuficiente para tal, é que a contribuinte é uma Fundação instituída pelo Município. Mesmo assim, o Prefeito não poderá



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

Processo nº. : 13964.000215/99-33
Acórdão nº. : 104-17.724

nomear Reitor e Vice-Reitor que não sejam integrantes dos quadros de carreira da Fundação;

- que o parecer em discussão foi exarado nos autos de um processo de parcelamento de IRRF, e determinou seu cancelamento, por expressar entendimento de que a UNISUL, além de ser instituída, era também mantida pelo Município, enquadrando-se, assim na hipótese do art. 158, I, da Constituição Federal;

- que constata-se, 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 esclareça-se 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, entretanto, esse período não está compreendido no presente processo;

- que também não procede a 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;

- que a Constituição refere-se à vedação de utilizar "tributo com efeito de confisco". Ora, o objetivo da instituição de tributos é, em última instância, a arrecadação.



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

Processo nº. : 13964.000215/99-33
Acórdão nº. : 104-17.724

Portanto, é lógico que a Constituição subentendeu a proibição à exigência de tributos que confiscassem o patrimônio do particular em porção acima da sua capacidade econômica. Entretanto, no que se refere à multa, esta sempre irá confiscar parte do patrimônio do infrator, pois é através de sua natureza punitiva que visa a lei atingir o objetivo de intimidar a prática de infrações fiscais. Seria absurda a conclusão de que a vedação ao confisco aplica-se às multa nos mesmos termos em que se aplica aos tributos.

A ementa da decisão da autoridade singular, que consubstancia os fundamentos da ação fiscal é a seguinte:

***Imposto sobre a Renda Retido Na fonte - IRRF**

Período de apuração: 29/04/1994 a 28/02/1999

Ementa: FUNDAÇÃO MANTIDA PELO MUNICÍPIO (CF, ART. 158, I)
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.

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.

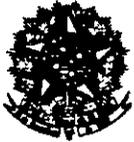
CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Tendo a autuada ingressado com a impugnação demonstrando, de forma inequívoca, seu pleno conhecimento do procedimento fiscal, contra o qual exerceu o mais amplo direito de defesa, não pode prosperar a pretensa nulidade do lançamento.

MULTA. CARÁTER CONFISCATÓRIO. INOCORRÊNCIA.

É inaplicável às penalidades pecuniárias de caráter punitivo o princípio de vedação ao confisco.

LANÇAMENTO PROCEDENTE.*



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13964.000215/99-33
Acórdão nº. : 104-17.724

Cientificado da decisão de Primeira Instância, em 06/12/99 conforme Termo constante às folhas 424/427 e, com ela não se conformando, a recorrente interpôs, em tempo hábil (27/12/99), o recurso voluntário de fls. 428/437, instruído pelos documentos de fls. 438/440, no qual demonstra irresignação contra a decisão supra ementada, baseado, em síntese, nas mesmas razões expendidas na fase impugnatória.

Consta às fls. 441, um Comunicada da ARF/Tubarão – SC, informando ao contribuinte que o recurso ao Conselho de Contribuintes deve ser instruído com prova do depósito de valor correspondente a, no mínimo, 30% dos débitos discriminados no Auto de Infração, com os acréscimos legais cabíveis, sem direito a redução nas multas, do qual o contribuinte teve ciência em 06/01/00.

Consta às fls. 444, o Termo de Perempção, por ter transcorrido o prazo regulamentar e não tendo o interessado instruído o recurso com prova do depósito de valor correspondente a, no mínimo, 30% dos débitos discriminados no auto de infração ou apresentado prova de haver interposto ação judicial para suspender ou anular o presente ato.

Consta às fls. 456/458 a concessão de Medida Liminar em Mandado de Segurança, determinando à autoridade impetrada que abstenha-se de exigir do impetrante o depósito de 30% da exigência fiscal.

É o Relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13964.000215/99-33
Acórdão nº. : 104-17.724

VOTO

Conselheiro NELSON MALLMANN, Relator

O recurso é tempestivo e preenche as demais formalidades legais, dele tomo conhecimento.

Antes 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 a constituição do crédito tributário através do Auto de Infração.



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

Processo n.º : 13964.000215/99-33
Acórdão n.º : 104-17.724

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. : 13964.000215/99-33
Acórdão nº. : 104-17.724

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 o 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. : 13964.000215/99-33
Acórdão nº. : 104-17.724

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. : 13964.000215/99-33
Acórdão nº. : 104-17.724

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"**.

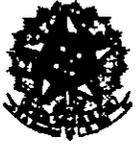
Verifica-se que o § 8º, do art. 65, da Lei Complementar Estadual n.º 31, de 27 de novembro de 1990, preconiza: **"Considera-se sociedade instituída e mantida pelo Poder Público Municipal, a que se refere o inciso II deste artigo, a entidade para cujo custeio o erário concorra com mais de 50% da receita 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 se confundirem no seus conceitos. Todavia, a prevalecer essa orientação



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

Processo nº. : 13964.000215/99-33
Acórdão nº. : 104-17.724

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 3,3% dos custos e despesas operacionais incorridos nos anos de 1995 a 1997. 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 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.



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

Processo nº. : 13964.000215/99-33
Acórdão nº. : 104-17.724

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 3,3%, 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 a 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.

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. : 13964.000215/99-33
Acórdão nº. : 104-17.724

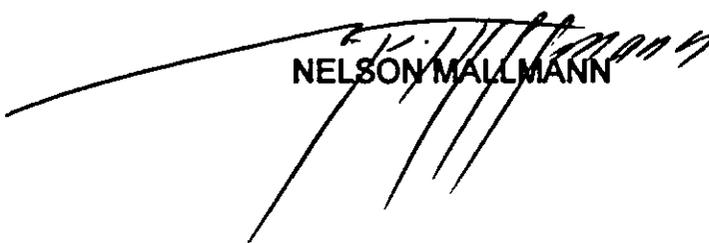
Como se vê a Constituição Federal de 1988, veda a utilização de tributos com efeito de confisco, o que não é o caso em pauta, já que se trata de penalidade pecuniária prevista em lei para aqueles que não cumprem a obrigação principal que é o recolhimento do tributo.

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 08 de novembro de 2000


NELSON MALLMANN