



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

Processo nº 11444.001041/2008-86
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1402-001.538 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 5 de dezembro de 2013
Matéria IRPJ e Reflexos
Recorrente TCM SERVIÇOS DE LIMPEZA E CONSERVAÇÃO LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2005, 2006

NULIDADES. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

A nulidade do lançamento somente se dá nos casos previstos no PAF, quando houver prejuízo à defesa ou ocorrer intervenção de servidor ou autoridade sem competência legal para praticar ato ou proferir decisão. Não configura qualquer dessas hipóteses, em especial a preterição do direito de defesa, rechaçam-se as alegações do sujeito passivo.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2005, 2006

LUCRO PRESUMIDO. RECEITA BRUTA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. Aplica-se o coeficiente de 32% para determinação do lucro presumido em relação a receitas decorrentes de prestação de serviços em geral.

ERRO. TRIBUTOS PAGOS E RETIDOS. DEDUÇÃO.

Incabível a alegação de erro, quando constatada a dedução, na apuração dos valores devidos, dos tributos pagos pela contribuinte e daqueles retidos pelas fontes pagadoras.

DECORRÊNCIA. CSLL.

Aplica-se ao lançamento reflexo o mesmo tratamento dispensado ao lançamento matriz, em razão da relação de causa e de efeito que os vincula.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2005, 2006

INCONSTITUCIONALIDADE. ARGÜIÇÃO.

Às instâncias administrativas não compete apreciar vícios de ilegalidade ou de inconstitucionalidade das normas tributárias, cabendo-lhes apenas dar fiel cumprimento à legislação vigente.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2005, 2006

BASE DE CÁLCULO.

A base de cálculo da Cofins corresponde à totalidade das receitas auferidas oriundas da atividade da pessoa jurídica, sendo permitidas somente as exclusões determinadas em lei.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2005, 2006

BASE DE CÁLCULO.

A base de cálculo do PIS corresponde à totalidade das receitas auferidas oriundas da atividade da pessoa jurídica, sendo permitidas somente as exclusões determinadas em lei.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, negar provimento ao recurso nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

(assinado digitalmente)

LEONARDO DE ANDRADE COUTO - Presidente.

(assinado digitalmente)

FREDERICO AUGUSTO GOMES DE ALENCAR - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Frederico Augusto Gomes de Alencar, Carlos Pelá, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Paulo Roberto Cortez e Leonardo de Andrade Couto.

Relatório

TCM Serviços de Limpeza e Conservação Ltda recorre a este Conselho contra decisão de primeira instância proferida pela 3ª Turma da DRJ Ribeirão Preto/SP, pleiteando sua reforma, com fulcro no artigo 33 do Decreto nº 70.235 de 1972 (PAF).

O lançamento decorre de procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias pela empresa, onde, segundo descrição dos fatos, foi apurada, nos anos-calendário de 2005 e 2006, insuficiência de recolhimento do IRPJ, CSLL, PIS e Cofins.

O crédito tributário exigido compõe-se dos seguintes montantes:

TRIBUTOS	TRIBUTOS (R\$)	JUROS (R\$)	MULTA (R\$)	TOTAL (R\$)
IRPJ	230.037,20	55.503,26	172.527,87	458.068,33
CSLL	101.029,33	24.623,74	75.771,76	201.424,53
PIS	21.910,26	5.630,04	16.432,65	43.972,95
COFINS	111.417,32	27.963,63	83.562,92	222.943,87
TOTAL (R\$)	464.394,11	113.720,67	348.295,20	926.409,68

O enquadramento legal para o lançamento deu-se como a seguir demonstrado: IRPJ: Arts. 516, §§ 4º e 5º, 541, 841, I e IV do RIR/99; CSLL: Art. 2º e parágrafos, da Lei nº 7.689/88; Art. 29 da Lei nº 9.430/96 e Art. 37 da Lei nº 10.637/02; PIS: Arts. 1º e 3º da LC nº 7/70; Arts. 2º, I, “a” e parágrafo único, 3º, 10, 22 e 51 do Decreto nº 4.524/02 e COFINS: Arts. 2º, II e parágrafo único, 3º, 10, 22 e 51 do Decreto nº 4.524/02.

De acordo com o Relatório Fiscal a Contribuinte foi intimada e reintimada a apresentar, relativamente aos anos-calendário (AC) de 2005 e 2006, os livros Caixa ou Diário e Razão (Lucro Presumido), o livro Registro de Saídas, livro Registro de Prestação de, Serviços, Contrato/Estatuto Social e suas alterações e notas fiscais de prestação de serviços a terceiros.

Em resposta, foram apresentados apenas os livros Diário e Razão que foram escriturados de forma sumária, constando, basicamente, só a conta caixa com o recebimentos dos serviços prestados e os tributos retidos.

A Contribuinte foi novamente intimada e refez os livros Diário e Razão.

A fiscalização intimou os clientes da contribuinte que entregaram DIRF a apresentar as notas fiscais e os comprovantes de pagamentos por serviços prestados pela TCM. Referidas empresas confirmaram os valores declarados em DIRF.

Nos Livros Diário Geral e Razão Analítico apresentados (fls. 4197 a 4344) verificou-se que as receitas mensais foram divididas em duas fontes: “*Material aplicado em Obras*” e “*Mão-de-Obra do mês*” com a divisão exata do montante da receita em 60% para mão-de-obra do mês e 40% para material aplicado em obra.

No entanto, a divisão do montante da receita em 60% e 40% encontra-se apenas em algumas notas fiscais (fls. 100 a 4192) apresentadas pelos clientes circularizados.

Constam nas contas "Material aplicado em Obras" e "Mão-de-Obra do mês", juntamente com os tributos federais retidos, exatamente o constante em DIRF, com a diferença de que não há a divisão de 40% e 60%, respectivamente, entre aquelas contas.

A fiscalização constatou que a Sabesp, CNPJ 43.776.517/0001-80, é a principal cliente da Recorrente, sendo responsável por mais 55% de toda receita recebida pela TCM nos anos-calendário 2005 e 2006, conforme DIRF apresentadas.

Analisando as notas fiscais (fls. 1285 a 4192) apresentadas pela Sabesp, o Fisco verificou que as relativas a serviços de leitura de hidrômetro e entrega da conta de água (fls. 1285 a 3073), representam mais de 80% do montante da receita auferida pela TCM em serviços prestados àquela companhia. Constatou, ainda, que, conforme contratos e notas fiscais apresentados pela Sabesp, o fornecimento de serviços com o emprego de materiais é exceção.

Assim, com exceção do montante referente às notas fiscais do contrato 24.827/05, todas as notas fiscais apresentadas pela Sabesp (listadas no demonstrativo de fls. 39 a 49) foram consideradas como exclusivamente de prestação de serviço.

As receitas recebidas pela TCM, advindas das outras 30 empresas e órgãos públicos, somadas às referentes ao contrato 24.827/05 com a Sabesp, foram tributadas pelo lucro presumido, considerando que 60% provêm da prestação de serviços e 40 % do emprego de materiais referentes a tais serviços, conforme consta dos livros Diário e Razão (fls. 4197 a 4344) apresentados.

Sendo notificada da autuação, a interessada ingressou com a impugnação, alegando, em síntese, que:

- Recolheu os impostos federais e contribuições sociais referentes aos anos-calendário de 2005 e 2006, valores estes que não foram considerados pelo auditor da Receita nos demonstrativos de apuração do IRPJ e CSLL, assim como os valores de PIS e Cofins retidos pelos clientes nas notas fiscais;
- A base de cálculo apurada pelo auditor, correspondente a 32% sobre o total das notas fiscais, diverge do procedimento adotado pela empresa relativo ao lucro presumido, que é regulamentado pelos arts. 516 a 528 do RIR, de 1999. Referidos dispositivos determinam que sobre serviços é aplicado 32% e sobre materiais aplicados e equipamentos utilizados na atividade aplica-se 8%, uma vez que em todos os serviços executados pela empresa são aplicados materiais e equipamentos de consumo utilizados de acordo com o serviço, com o nível de dificuldade, etc. Por exemplo, produtos de limpeza utilizados no serviço de limpeza dos prédios, aluguel de equipamentos para aplicação dos produtos, aluguel de veículos, que fazem parte da formação de preço. Está anexando demonstrativos de formação de preço para execução dos serviços, segundo os quais o custo aplicado é de 80%, sendo 20% referente à margem de lucro, significando que 80% são reembolsados pelo cliente;
- Constam nas notas fiscais levantadas junto aos clientes retenções de contribuições e impostos, as quais representam bitributação ao aplicar o cálculo sobre o total das notas, pois estaria recolhendo tributos e/ou contribuições sobre parcela devida ao INSS (por exemplo) e não receita para a empresa;

- As multas aplicadas (75%) são elevadas, não são razoáveis e configuram confisco vedado pelo art. 150, IV da Constituição Federal (CF);
- Solicitou a oportunidade de retificar as DCTF e de obter a 2ª via dos comprovantes de pagamento para se esclareça a possível falta ou insuficiência de recolhimento das obrigações tributárias.

A decisão de primeira instância, representada no Acórdão da DRJ nº 14-38.277 (fls. 5.274-5.280) de 19/07/2012, por unanimidade de votos, considerou procedente o lançamento. A decisão foi assim ementada.

“Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2005, 2006

LUCRO PRESUMIDO. RECEITA BRUTA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. Aplica-se o coeficiente de 32% para determinação do lucro presumido em relação a receitas decorrentes de prestação de serviços em geral.

ERRO. TRIBUTOS PAGOS E RETIDOS. DEDUÇÃO. Incabível a alegação de erro, quando constatada a dedução, na apuração dos valores devidos, dos tributos pagos pela contribuinte e daqueles retidos pelas fontes pagadoras.

DECORRÊNCIA. CSLL. Aplica-se ao lançamento reflexo o mesmo tratamento dispensado ao lançamento matriz, em razão da relação de causa e de efeito que os vincula.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2005, 2006

INCONSTITUCIONALIDADE. ARGÜIÇÃO. Às instâncias administrativas não compete apreciar vícios de ilegalidade ou de inconstitucionalidade das normas tributárias, cabendo-lhes apenas dar fiel cumprimento à legislação vigente.

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Ano-calendário: 2005, 2006

BASE DE CÁLCULO. A base de cálculo da Cofins corresponde à totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo permitidas somente as exclusões determinadas em lei.

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Ano-calendário: 2005, 2006

BASE DE CÁLCULO. A base de cálculo do PIS corresponde à totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo permitidas somente as exclusões determinadas em lei.”

Contra a aludida decisão, da qual foi cientificada em 03/08/2012 (A.R. de fl. 5.290) a interessada interpôs recurso voluntário em 31/08/2012 (fls. 5.292-5.327) onde traz os seguintes argumentos:

→ Preliminarmente, foi largamente **ultrapassado o prazo de 360 dias previsto no art. 24 da Lei nº 11.457/2007**, para que a autoridade administrativa profira decisão administrativa nas defesas e recursos apresentados pelo contribuinte, **devendo, pois, ser cancelado o lançamento tributário**;

→ No mérito, mesmo em relação aos serviços prestados à Sabesp, a Autoridade Fiscal lançou o IRPJ, a CSLL, o PIS e a COFINS de 2005 e 2006 com uma base de cálculo estranha (MUITO SUPERIOR) à receita bruta da Recorrente, na medida em que incluiu não apenas a receita advinda do “preço do serviço”, mas também os ressarcimentos (reembolsos) relativos aos materiais fornecidos. Por conseguinte, esses reembolsos não são receitas tributáveis, na medida em que são “despesas” ressarcidas pelos seus clientes;

→ No mérito, a fiscalização extravasou novamente as receitas da Recorrente, pois embutiu ISSQN na base de cálculo do IRPJ, da CSLL, do PIS e da COFINS, sendo certo que o ISSQN representa um custo do serviço, natureza diametralmente oposta a uma “receita”;

→ No mérito, ao contrário do que restou decidido, nem todos os recolhimentos e retenções foram levados em conta pela fiscalização, até porque os demonstrativos apresentados são bastante superficiais, sendo necessária uma perícia contábil para apurar e abater tais valores;

→ No mérito (subsidiariamente), deve ser reconhecida a inconstitucionalidade da desvinculação de 20% (vinte por cento) do montante cobrado a título de CSLL, PIS e COFINS, vulgarmente conhecida como “DRU” (art. 76 do ADCT, inserido pela EC 29/00 e alterado pela EC 42/03);

→ No mérito (subsidiariamente), merece ser afastada a multa de 75%, dado o seu caráter nitidamente confiscatório, desproporcional e irrazoável.

Por tais razões, o presente Recurso Voluntário deve ser **recebido**, e, no seu mérito, **totalmente provido**, para que **seja reformada a r. decisão recorrida, devendo, por conseguinte, ser TOTALMENTE CANCELADOS os autos de infração ora guerreados**.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Frederico Augusto Gomes de Alencar

O recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal. Dele, portanto, tomo conhecimento.

Da preliminar de nulidade dos lançamentos suscitada

Não vislumbro as preliminares de nulidade suscitadas.

O suposto descumprimento do art. 24 da Lei nº 11.457/2007 não tem fôlego para macular o lançamento.

Isso porque, no âmbito do processo administrativo fiscal, as hipóteses de nulidade são taxativamente previstas nos arts. 59 e 60 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972:

“Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio. (Grifou-se).

Nesses termos, o cerceamento do direito de defesa somente pode ser cogitado em face de despachos e decisões. Sendo o auto de infração um ato administrativo, a declaração de nulidade somente pode ser suscitada em caso de lavratura por pessoa incompetente.

Possíveis irregularidades, incorreções e omissões cometidas no auto de infração não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

Dessa forma, entendo que possíveis atrasos nas prolação de sentenças administrativas não têm o condão de tornar nulo o lançamento levado a termo no estrito cumprimento da lei.

Dos tributos pagos e retidos

A contribuinte alega que não foram considerados pelo fisco os valores pagos em Darf e aqueles retidos pelos clientes nas notas fiscais.

Ao contrário do alegado, o autuante efetuou o lançamento dos valores devidos subtraindo do montante de tributos e contribuições devidos os valores retidos pelas empresas, o declarado em DCTF e/ou pago em Darf conforme demonstrativos de fls. 62 a 74.

Da base de cálculo para IRPJ e CSLL

A contribuinte afirma que a base de cálculo para IRPJ e CSLL utilizada pelo Auditor, que é de 32% sobre o total das notas fiscais, diverge do critério adotado pela empresa.

Ao contrário do que alega a contribuinte, consta no relatório fiscal que a receita relativa às notas fiscais apresentadas pela Sabesp (com exceção daquelas referentes ao contrato nº 24.827/05) referentes à prestação de serviços de copa, de entrega de contas de água, leitura de hidrômetro, de fiscalização de portarias, etc., foi considerada como exclusivamente de prestação de serviço, conforme demonstrativo.

Consta, também, que as receitas advindas das outras 30 empresas e órgãos públicos, somadas às referentes ao contrato 24.827/05 com a Sabesp, foram tributadas pelo lucro presumido, considerando que 60% provêm da prestação de serviços e 40 % do emprego de materiais referentes a tais serviços, tal como escriturado pela contribuinte.

Improcedente, portanto, a alegação de que se aplicou 32% sobre o valor total das notas fiscais apresentadas.

Da suposta bitributação

Quanto à alegação de bitributação, cabe esclarecer que o art. 224 do RIR, de 1999, conceitua receita bruta, para fins de determinação da base de cálculo do IRPJ e da CSLL no regime do lucro presumido, como sendo o produto da venda de bens nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado auferido nas operações de conta alheia.

Assim, a receita bruta corresponde ao preço dos serviços prestados, que consiste no valor expressamente contido na fatura de prestação de serviços, não existindo, na legislação em vigor, previsão para dedução de quaisquer valores, com exceção daqueles especificados no parágrafo único do citado artigo, ou seja, os relativos às vendas canceladas, aos descontos incondicionais concedidos e aos impostos não cumulativos cobrados destacadamente do comprador ou contratante dos quais o vendedor dos bens ou o prestador dos serviços seja mero depositário.

Do lançamento de PIS e Cofins

Quanto à base de cálculo do PIS e da Cofins há que se trazer aos autos a discussão travada no STF quando do reconhecimento da inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98.

Entendeu-se que esse dispositivo, ao ampliar o conceito de receita bruta para toda e qualquer receita, violou a noção de faturamento prescrita no art. 195, I, b, da CF, na sua redação original. O aumento da carga tributária daí decorrente foi contestado na justiça, tendo o Poder Judiciário, por diversas vezes, entendido que a amplitude de faturamento referida no artigo 195, inciso I, da Constituição Federal, na redação anterior à Emenda Constitucional – EC nº 20, de 1998, não legitimava a incidência de tais contribuições sobre a totalidade das receitas auferidas pelas empresas contribuintes, advertindo, ainda, que a superveniente

promulgação da EC nº 20, de 1998, publicada no dia 16 de dezembro de 1998, “*não teve o condão de validar a legislação ordinária anterior, que se mostrava originariamente inconstitucional*” (Ag.Reg. RE 546.3273/SP, Rel. Min. Celso Mello).

Assim, entendeu o Poder Judiciário que o § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, ao alargar o conceito de faturamento, criara exação nova, assunto que deveria ter sido objeto de lei complementar, por força do disposto no artigo 195, § 4º, c/c artigo 154, inciso I, da Constituição Federal.

Portanto, o alargamento da base de cálculo objeto da Lei nº 9.718, de 27/11/1998 (decorrente da conversão da MP no 1.724, de 29/10/1998 – antes, ressalte-se, da EC nº 20, de 15/12/1998), estava maculado por vício formal de constitucionalidade.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário no 390.840/MG, apreciado pelo pleno em 09/11/2005, decidiu no seguinte sentido (relator Ministro Marco Aurélio):

CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE – ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 – EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente.

TRIBUTÁRIO – INSTITUTOS – EXPRESSÕES E VOCÁBULOS – SENTIDO. A norma pedagógica do artigo 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobrepe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários.

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – PIS – RECEITA BRUTA – NOÇÃO – INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/98. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada.

Posteriormente, o STF, no julgamento do Recurso Extraordinário no 585.2351/MG, proferido em 10/09/2008 e publicado em 28/11/2008, reconheceu a repercussão geral do tema, conforme ementa do acórdão em tela, que teve a relatoria do Ministro Cezar Peluso:

EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Tributo. Contribuição social. PIS. COFINS. Alargamento da base de cálculo. Art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98. Inconstitucionalidade. Precedentes do Plenário (RE nº 346.084/PR, Rel. orig. Min. ILMAR GALVÃO, DJ de 1º.9.2006; REs nos 357.950/RS, 358.273/RS e

390.840/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ de 15.8.2006)
*Repercussão Geral do tema. Reconhecimento pelo Plenário.
Recurso improvido. É inconstitucional a ampliação da base de
cálculo do PIS e da COFINS prevista no art. 3º, § 1º, da Lei nº
9.718/98.*

Especificamente sobre exame de constitucionalidade de norma, o caput do artigo 62 do Anexo II do Regimento Interno do do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF), aprovado pela Portaria nº 256/2009, veda “[...] aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade”, **admitidas, contudo, as exceções elencadas no parágrafo único do referenciado artigo, dentre as quais a de que trata a hipótese objeto de seu inciso I, qual seja, afastar preceito “que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal”, como na hipótese presente.**

Aliás, segundo o artigo 62A do RICARF (inserido pela Portaria MF nº 586/2010),

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543B e 543C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Além disso, o parágrafo único do artigo 4º do Decreto nº 2.346, de 10/10/1997, dispõe que,

Na hipótese de crédito tributário, quando houver impugnação ou recurso ainda não definitivamente julgado contra a sua constituição, devem os órgãos julgadores, singulares ou coletivos, da Administração Fazendária, afastar a aplicação da lei, tratado ou ato normativo federal, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Com a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, o STF entendeu que o PIS e a COFINS somente poderiam incidir sobre as receitas operacionais das empresas, ou seja, aquelas ligadas às suas atividades principais.

Conseqüentemente, não é legítima a exigência da contribuição sobre receitas outras que não as originadas da venda de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, devendo ser excluídos da base de cálculo os montantes decorrentes das rubricas não compreendidas no conceito de faturamento previsto no art. 195, I, “b”, na redação originária da Constituição Federal de 1988, previamente à publicação da Emenda Constitucional nº 20, de 1998.

Ocorre que a autuação, quanto a esse ponto, se deu pelo levantamento de receitas de prestação de serviços ou de venda de materiais e serviços.

Descabida, portanto, a pretensão da Recorrente quanto a esses lançamentos.

Quanto à alegação de que a multa de 75% é confiscatória, cabe ressaltar que não compete à autoridade julgadora afastar o direito positivado sob pretexto de alegados vícios de ilegalidade e inconstitucionalidade na sua gênese.

Do lançamento da multa de ofício e seu caráter confiscatório.

Ataca a Recorrente a aplicação da multa de 75%.

Esclareço, nesse sentido, que multa de ofício de 75% deve acompanhar os tributos exigidos mediante lançamento de ofício, havendo, para isso, previsão legal disciplinada no art. 44, I da Lei nº 9.430, de 1996, a seguir transcrito:

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

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

II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Assim, não pode a Autoridade Fiscal deixar de atentar para o cumprimento das determinações legais e normativas, sob pena de responsabilidade funcional conforme art. 142, parágrafo único, do CTN.

Quanto à arguição de inconstitucionalidade por confisco, importa compreender, conforme já analisado neste voto, que a apreciação da inconstitucionalidade de normas é de competência privativa do Poder Judiciário.

A instância administrativa não é o foro adequado para discussões a respeito de ilegalidade ou inconstitucionalidade de leis legitimamente inseridas no ordenamento jurídico pátrio, por absoluta falta de competência das autoridades administrativas a essa função, que é reservada pela Constituição Federal em caráter exclusivo aos juízes e tribunais.

Rejeito, também, o pleito de redução da multa, por falta de previsão legal.

Conclusão

Por todo o exposto, voto por rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento suscitada para, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário apresentado.

(assinado digitalmente)

Frederico Augusto Gomes de Alencar - Relator

Processo nº 11444.001041/2008-86
Acórdão n.º **1402-001.538**

S1-C4T2
Fl. 5.342

CÓPIA