



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

Processo n° 11516.001211/2007-51
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1402-000.992 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de abril de 2012
Matéria Imposto de Renda Pessoa Juridica-IRPJ
Recorrente Calculus Projetos e Construções Ltda.
Recorrida Fazenda Nacional

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2012

IMPOSTO DE RENDA LUCRO PRESUMIDO. ATIVIDADE DE ENGENHARIA, INEXISTÊNCIA DE PROVA DE FORNECIMENTO DE MATERIAL. BASE DE CÁLCULO DE 32%.

Demonstrado que os serviços de engenharia não se fizeram acompanhar do fornecimento de materiais, aplica-se a base de cálculo de 32%.

SUPRIMENTO DE CAIXA. RECURSOS SUPOSTAMENTE ALCANÇADOS PELOS SÓCIOS. INEXISTÊNCIA DE REGISTRO NA DECLARAÇÃO DE QUEM TERIA EMPRESTADO E TAMPOUCO DE PROVA MATERIAL DE TRANSFERÊNCIA DO RECURSOS. OMISSÃO PRESUMIDA.

À luz do artigo 282, do Regulamento do Imposto de Renda, presume-se omissão de rendimentos os recursos registrado como sendo empréstimos dos sócios sempre que não houver prova da efetiva transferência dos recursos. Não basta o sócio demonstrar que tem suporte para alcançar os recursos. É necessário prova do efetivo repasse dos valores.

MULTA. ALEGAÇÃO DE CONFISCO. SÚMULA 02 DO CARF

Nos termos da Súmula 02 do CARF, este órgão não é competente para se pronunciar sobre constitucionalidade de lei tributária.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto.

(assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto- Presidente

(assinado digitalmente)

Moisés Giacomelli Nunes da Silva - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antônio José Praga de Souza, Carlos Pelá, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira e Leonardo de Andrade Couto.

Relatório

Calculus Projetos e Construções Ltda, já qualificada nos autos, com fundamento no artigo 33 do Decreto nº 70.235 de 1972 (PAF), recorre da decisão de primeira instância, que julgou procedente a exigência.

No recurso voluntário a contribuinte repisa as alegações da peça impugnatória.

Consta da decisão recorrida o seguinte relato:

Contra a contribuinte acima identificada foi lavrado o Auto de Infração (fl.97 a 103) o qual lhe exige a importância de **R\$ 14.685,26**, a título de Imposto de Renda Pessoa Jurídica - **IRPJ**, apurado sob as regras do Lucro Presumido, correspondente a fatos geradores trimestrais ocorridos nos anos-calendário de 2002 e 2003, acrescido de multa de ofício de 75% e juros de mora a época do pagamento.

Segundo Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal, (fls. 102/103) do lançamento de IRPJ, a exigência de imposto decorre de:

(i) omissão de receita da atividade por conta de empréstimos recebidos sem comprovação de origem dos recursos e do efetivo ingresso no patrimônio da empresa e;

(ii) aplicação indevida de coeficiente de determinação do lucro, uma vez que foi utilizado o coeficiente de 8% sobre receitas de prestação de serviços de engenharia, sem o fornecimento de materiais, quando o correto seria de 32%, tudo conforme detalhado no Termo de Verificação Fiscal e de Encerramento de Fiscalização (fls.92 a 96), parte integrante do Auto de Infração.

Em decorrência deste lançamento, foram ainda lavrados os Autos de Infração a título de Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS (fls.104 a 107), de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS (fls.108 a 111) e de Contribuição Social sobre o Lucro - CSLL (fls.112 a 115) nas importâncias de R\$ 1.651,00, R\$ 7.620,00 e de R\$ 2.743,20, respectivamente, acrescidas da multa de ofício de 75% e de juros de mora à época do pagamento.

De se reproduzir excertos do Termo de Verificação (fls.92 a 96):

3. INFRAÇÕES APURADAS E SUAS IMPLICAÇÕES TRIBUTÁRIAS

3.1 Suprimentos de Numerários

O contribuinte foi intimado, através do termo de Continuação da Ação Fiscal, fl.75, a comprovar a origem e a efetiva entrega de numerários, referentes aos empréstimos registrados em sua contabilidade em 31 de maio de 2003, no valor total de RS 220.000,00, e em 30 de agosto de 2003, no valor de R\$ 34.000,00.

Em sua resposta o contribuinte informa, textualmente:

"Os empréstimos consignados foram efetivados da pessoa física dos sócios para a empresa, sendo desnecessário, para validade de tal, sua formalização documental, uma vez que dito procedimento não exige forma específica, conforme se depreende da Lei 10.406/2002 (Código Civil)."

O empréstimo de R\$ 34.000,00 (...), realizado em 30/08/2003, igualmente originou-se da pessoa física dos sócios, inexistindo, respectiva informação na Declaração do Imposto de Renda pessoa Física em virtude de sua devolução ter se operado no mesmo exercício (29/11/2003). " Ou seja, o contribuinte nem comprovou a origem e nem a efetiva entrega dos numerários registrados como empréstimos em sua contabilidade.

Sendo assim, os suprimentos de caixa decorrentes de empréstimos, desde que restem incomprovados a sua origem e o efetivo ingresso dos recursos no patrimônio da Pessoa Jurídica, gera a presunção de omissão de receitas que cabe ao contribuinte afastar. Não tendo sido apresentado nenhum elemento probante deve se aplicado o artigo 282 do RIR/99, sendo independente a forma de apuração do Imposto de Renda.

[...]

Os fatos caracterizados como infração à legislação tributária, acima demonstrados, também configuram bases de incidência da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSL, da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS e da Contribuição para o Programa de Integração Social — PIS razão pela qual, de forma decorrente, estamos constituindo de ofício as exações devidas. [...].

3.2 Da Incorreta Classificação de Atividades

[...].

Nos anos de 2002 e 2003 a empresa realizou atividades de prestação de serviço de engenharia, fls.86 a 90, bem como atividades de construção civil e de infraestrutura com fornecimento de materiais, contudo, essas primeiras atividades foram incorretamente

classificadas, tendo sobre elas aplicado o coeficiente de oito por cento, quando o correto seria aplicar o disposto no parágrafo 3º, do artigo 519, do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo decreto nº 3.000/99, ou seja, para atividades diversificadas deverá ser aplicada o percentual correspondente a cada atividade, neste caso específico de trinta e dois por cento. Quadro constante da fl .91 demonstra a correta classificação que deveria ter sido adotada pelo contribuinte, as diferenças apuradas e os percentuais que deveriam ter sido aplicados às atividades com a finalidade de ser apurado o lucro presumido.

[...]

A interessada apresentou sua impugnação (fls.123 a 234) aos lançamentos, que ora se reproduz, resumidamente:

- o Mandado de Procedimento Fiscal como requisito de validade e eficácia do Auto de Infração lavrado — obediência à Portaria nº 6.087/2005 (fls.125 a 129): neste tópico, a Impugnante tece comentários acerca do das regras e cumprimento deste instrumento, conforme consta na Portaria 6.087/2005;

- da extrapolação do prazo para conclusão dos trabalhos fiscais (fls.129 a 138): neste tópico, após a transcrição de vários artigos da Portaria 6.087/2005, entende a Impugnante que "Da análise do Mandado de Procedimento Fiscal lavrado contra a Reclamante, verifica-se que o prazo para conclusão dos trabalhos fiscais expirou em 13 de abril de 2007, data limítrofe, portanto, para que fosse concluído o procedimento fiscalizatório e emitido o Auto de Infração impugnado. Ademais, verifique-se que, não obstante a ausência de lavratura de qualquer termo de prorrogação do MPF engendrado, foram os trabalhos de fiscalização encerrados somente em 26/04/2007, quanto tomou a Reclamante ciência da Notificação contra si lavrada."

- que, contrariamente ao apregoado na referida portaria, não foi emitido pela autoridade notificante o Demonstrativo de Emissão e Prorrogação ao contribuinte, das prorrogações efetuadas, de forma a possibilitar a notificação do Reclamante após o prazo consignado pelo MPF (13/04/2007), o que importa em tornar nulo o lançamento;

- que não deve ser reconhecido qualquer ato praticado com extrapolação ao prazo fixado em lei, sob pena de estar-se concedendo prerrogativas à Fazenda Pública, que não são outorgadas ao contribuinte quando do cometimento de mesmo erro;

- da extrapolação do auto de infração no que tange aos tributos objeto de fiscalização constante do MPF (fls.138 a 146): neste tópico, a Impugnante discorre acerca da espontaneidade do art.138 do CTN e art.7º do Decreto 70.235/72, quando fica assegurado que os tributos objeto de fiscalização não mais poderão constituir objeto de denúncia espontânea; que os tributos fiscalizados devem constar no MPF, no qual consta expressamente que o tributo a fiscalizar é o IRPJ, não havendo menção aos demais que foram também objeto de autos de infração a título de PIS, COFINS e de CSLL;

- que caso a autoridade fiscal quisesse efetuar lançamentos de tributos que não contassem no MPF deveria se utilizar de Mandado de Procedimento Fiscal Complementar (MPF-C); assim não o fazendo, a contribuinte readquire a espontaneidade quanto aos tributos não mencionados no MPF; assim devem ser considerados nulos os lançamentos de PIS, COFINS e de CSLL;

- 3. Do Crédito Tributário Lançado

- 3.1. Da Classificação de atividades da Reclamante - Invalidez do lançamento suplementar - Inversão do ônus da prova (fls.146 a 151): neste tópico, a contribuinte alega que a autoridade autuante considerou que as notas fiscais então por ela arroladas contemplam apenas prestação de serviços, sem emprego de materiais, o que implicaria na utilização do percentual de 32% e não de 8% na apuração do Lucro presumido; que esta ausência de materiais nos serviços descritos nas notas fiscais decorre de uma presunção da autoridade, sem nenhuma prova da acusação;

- ainda, que no caso da nota no valor de R\$ 4.500,00 de 30/04/2003, trata-se de um equívoco em sua escrita contábil, que fará a retificação por meio de DCTF;

- com relação às notas fiscais nº 152 e 154, existe um erro de soma; o total é de R\$ 3.300,00 e não os R\$ 4.300,00 considerado no lançamento, portanto, ainda que se considere o lançamento como válido, deve ser feita a correção dos valores exigidos;

-3.1 Do suposto suprimento de Caixa - ausência de elementos hábeis à sua comprovação — ilegalidade na inversão do ônus probandi (fls.151 a 153): neste tópico, alega que os suprimentos de caixa nos valores de R\$ 200.000,00 e de R\$ 34.000,00 são empréstimos consignados na sua escrita e que foram considerados receitas de sua atividade, pela autoridade fiscal sem, contudo, que esta apresentasse "[...] qualquer elemento que contradiga os fatos apresentados pelo contribuinte.";

- se a administração fazendária alega o fato, deve prová-lo, não encontrando provas nos autos, a presunção é ilegal; o abuso de direito e de poder através do qual se presume e se constitui crédito tributário contra o contribuinte, com base no nada ou papéis, presume o ônus da prova ao contribuinte, para aproveitar a situação de que, uma vez constituído o crédito, inverte-se o ônus da prova;

- destarte, uma vez não comprovado pela autoridade notificante a suposta omissão de receitas incitada no Relatório integrante do auto de infração, não pode subsistir o lançamento efetivado sobre os valores de R\$ 220.000,00 e R\$ 34.000,00, devendo as exações dela decorrentes ser (sic) canceladas;

-3.2.1 Do empréstimo efetuado à empresa reclamante (fls.153/154): neste tópico, reitera a contribuinte que tal valor refere-se a um empréstimo efetuado pelo sócio Luiz Inácio Plentz, o qual foi escriturado e que foi inclusive já devolvido ao sócio; que a declaração de imposto de renda do sócio comprova que tinha disponibilidades financeiras suficientes à efetivação do empréstimo; que o recebimento dos recursos, por sua vez, fica comprovado em sua própria consignação no livro Diário, que tem presunção de validade; entretanto, requer a concessão de prazo adicional de 15 dias para efetuar ajuntada dos efetivos extratos bancários hábeis a comprovar a concretização da transação mencionada;

4. Da excessividade da multa aplicada (fls.155 a 157): aqui, a contribuinte reclama da multa de 75%, onde conclui que "[...]o confisco, em qualquer modalidade, está vedado em nosso ordenamento jurídico-constitucional, não sendo possível fazê-lo sequer disfarçadamente, sob o rótulo de multa. Desta maneira, é nítido que a multa fixada em 75% do valor do tributo reveste-se de todas as características de confisco, visto que onera de forma brutal a esfera financeira do contribuinte, fugindo ao que se pode considerar razoável para o fim a que se propõe".

5. Da Taxa SELIC de juros (fls. 157 a 163): aqui, traz arrazoado acerca da ilegalidade e/ou inconstitucionalidade da taxa SELIC na correção de débitos tributários.

A decisão recorrida está assim ementada:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Data do fato gerador: 31/03/2002, 30/06/2002, 31/03/2003, 30/06/2003, 30/09/2003, 31/12/2003

Mandado de Procedimento Fiscal -Fiscalização (MPF-F). Prorrogação.

Ciência. Validade.

No próprio MPF-F consta o código de acesso da fiscalizada à internet, permitindo que o sujeito passivo, sempre que necessitar, providencie o acesso a tal instrumento e, portanto, fica, automaticamente cientificado de sua regular emissão, assim como de suas eventuais alterações, como prorrogações de prazo.

Para prorrogações de prazo de fiscalização, não se usa MPF-Complementar, mas por intermédio de registro eletrônico cuja informação disponível estará disponível na internet.

Não provada violação das disposições contidas no art. 142 do CTN, nem dos arts. 10 e 59 do Decreto nº 70.235/72, não há que se falar em nulidade quer do lançamento, quer do procedimento fiscal que lhe deu origem.

MPF-F. Imposto. Contribuições Sociais. Mesmos Elementos de Prova.

Na hipótese em que infrações apuradas, em relação a tributo ou contribuição contido no MPF-F, também configurarem, com base nos mesmos elementos de prova, infrações a normas de outros tributos ou contribuições, estes serão considerados incluídos no procedimento de fiscalização, independentemente de menção expressa.

Arguições de Inconstitucionalidade e Ilegalidade da Legislação Tributária.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade de atos legais regularmente editados.

Lançamentos Decorrentes. Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL. PIS. COFINS.

Tratando-se da mesma matéria fática e não havendo questões de direito específicas a serem apreciadas, aplica-se aos lançamentos decorrentes a decisão proferida no lançamento principal (IRPJ).

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ Data do fato gerador: 31/03/2002, 30/06/2002, 31/03/2003, 30/06/2003, 30/09/2003, 31/12/2003 Suprimento de Caixa. Presunção legal de Omissão de Receitas. Prova do Ingresso do Recurso.

A comprovação do ingresso dos recursos supridos deve ser feita mediante documentos objetivamente hábeis, sendo insuficientes elementos produzidos pela própria interessada, como contratos de mútuo, declarações escritas, alterações contratuais recibos, ou a simples alegação da capacidade econômica ou financeira dos sócios.

Não restando comprovado com documentação hábil e idônea, coincidente em datas e valores, a origem e o efetivo ingresso das quantias supridas à pessoa jurídica, configura-se a omissão de receita, que não pode ser elidida pelo simples lançamento contábil, a débito de Caixa e a crédito de conta do sócio.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO Data do fato gerador: 31/03/2002, 30/06/2002, 31/03/2003, 30/06/2003, 30/09/2003, 31/12/2003 Multa de Ofício. Aplicabilidade. Hipótese de Incidência. Lançamento de Ofício.

As multas de ofício constituem-se em instrumento de desestímulo ao descumprimento das obrigações tributárias. Sobre os créditos tributários então apurados ex officio pela autoridade fiscal, aplicam-se as multas de ofício previstas na legislação tributária.

A aplicação de multa no percentual de 75% sobre o valor do tributo/contribuição é legítima, eis que fruto de expressa previsão legal.

As multas de ofício não possuem natureza confiscatória, constituindo-se antes em instrumento de desestímulo ao sistemático inadimplemento das obrigações tributárias, atingindo, por via de

Processo nº 11516.001211/2007-51
Acórdão n.º **1402-000.992**

S1-C4T2
Fl. 0

consequência, apenas os contribuintes infratores, em nada afetando o sujeito passivo cumpridor de suas obrigações fiscais.

Juros de Mora. Aplicabilidade da Taxa Selic.

Sobre os débitos tributários para com a União, não pagos nos prazos previstos em lei, aplicam-se juros de mora calculados, a partir de abril de 1995, com base na taxa SELIC.

Súmula CARF nº 4 A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Impugnação Procedente em Parte

É o relatório.

Voto

Conselheiro Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Relator.

O recurso é tempestivo, na conformidade do prazo estabelecido pelo artigo 33, do Decreto nº. 70.235 de 06/03/1972, foi interposto por parte legítima, está devidamente fundamentado e preenche os requisitos de admissibilidade. Assim, conheço-o e passo ao exame da matéria.

O deslinde da presente questão envolve quatro pontos a serem observados, a saber:

- a) nulidade do lançamento em face de vícios relacionados ao MPF;
- b) impossibilidade de presunção de omissão de rendimentos em face de suprimento de caixa mediante recursos alcançados pelos sócios;
- c) base de cálculo aplicável em relação às atividades desenvolvidas.
- d) inexigibilidade da multa de 75%.

I - Das questões relacionadas à nulidade do lançamento por vício do MPF

Aportaria da SRF nº 3.007, de 26 de novembro de 2001, revogada pela Portaria RFB nº 4.328, de 05.09.2005, publicada no DOU 08.09.2005, trata do planejamento das atividades fiscais e estabelece normas para a execução de procedimentos fiscais relativos aos tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal.

Por meio da norma antes referida se disciplinou a expedição do MPF – Mandado de Procedimento Fiscal que se constitui em elemento de controle da administração tributária. A eventual inobservância dos procedimentos e limites fixados por meio do MPF, salvo quando utilizado para obtenção de provas ilícitas, não gera nulidades no âmbito do processo administrativo fiscal, mormente quando foram emitidos MPF Complementares antes da lavratura do Auto de Infração.

O Mandado de Procedimento Fiscal - MPF, constitui-se em instrumento de controle criado pela Administração Tributária para dar segurança e transparência à relação fisco-contribuinte, que objetiva assegurar ao sujeito passivo que o agente fiscal indicado recebeu da Administração a incumbência para executar a ação fiscal. Pelo MPF o auditor está autorizado a dar início ou a levar adiante o procedimento fiscal. Se ocorrerem problemas com a prorrogação do MPF estes não invalidam os trabalhos de fiscalização desenvolvidos. Isto se deve ao fato de que a atividade de lançamento é obrigatória e vinculada, e, detectada a ocorrência da situação descrita na lei como necessária e suficiente para ensejar o fato gerador da obrigação tributária, não pode o agente fiscal deixar de efetuar o lançamento, sob pena de responsabilidade funcional.

Salvo nos casos de ilegalidade, a validade do ato administrativo é subordinada ao autor ser titular do cargo ou função a que tenha sido atribuída a legitimação para a prática daquele ato. Assim, legitimado o AFRF para constituir o crédito tributário

mediante lançamento, não há o que se falar em nulidade por falta de prorrogação do MPF que se constitui em instrumento de controle da Administração.

O artigo 13, § 2º, da Portaria nº 3007, de 2001, prevê que “após cada prorrogação, o AFRF responsável pelo procedimento fiscal fornecerá ao sujeito passivo, quando do primeiro ato de ofício praticado junto ao mesmo, o Demonstrativo de Emissão e Prorrogação, contendo o MPF emitido e as prorrogações efetuadas, reproduzido a partir das informações apresentadas na Internet, conforme modelo constante do Anexo VI. (NR) (Redação dada ao artigo pela Portaria SRF nº 1.468, de 06.10.2003, DOU 08.10.2003).” A norma aqui prevista tem sua razão de ser em virtude da circunstância do contribuinte somente estar obrigado a prestar esclarecimentos ao AFRF que estiver devidamente munido de MPF. Vencido o MPF inicialmente entregue ao contribuinte, este pode condicionar o fornecimento de qualquer informação à apresentação do respectivo instrumento de prorrogação. É por esta razão que a norma prevê que o AFRF, após cada prorrogação, deve informar ao sujeito passivo, sob pena deste, de forma legítima, negar-se a contribuir com a fiscalização.

A não prorrogação do MPF, a não ciência ao contribuinte e demais vícios relacionados ao MPF, que não resultem em meios ilícitos na colheita da prova, por si só não gera nulidade do lançamento.

Por tais razões, desacolho a alegação de nulidade com base na alegação de vício do MPF.

II – Da questão de presunção de omissão de receita decorrente de suprimento de caixa com recursos dos sócios

Nos termos do artigo 282, do Regulamento do Imposto de Renda, “*Provada a omissão de receita, por indícios na escrituração do contribuinte ou qualquer outro elemento de prova, a autoridade tributária poderá arbitrariamente a base no valor dos recursos de caixa fornecidos à empresa por administradores, sócios da sociedade não anônima, titular da empresa individual, ou pelo acionista controlador da companhia, se a efetividade da entrega e a origem dos recursos não forem comprovadamente demonstradas.*”

Pelo que se depreende da norma acima transcrita, cabe ao sócio demonstrar a efetiva transferência dos recursos. Observo que a teor da norma antes transcrita não basta que o sócio demonstre possuir disponibilidade de recursos. É necessária prova da transferência dos valores. Nos casos em que tal registro consta da Declaração da Pessoa Física, antes de qualquer procedimento fiscal, indicando quem emprestou e em existindo a contra-partida do registro na declaração ou nos livros de quem recebeu, observadas a situação de cada caso concreto, tem-se admitido tais informações como prova.

Contudo, no caso dos autos, ainda que se tenha presente que o empréstimo e o pagamento deu-se no decorrer do mesmo ano-calendário, quem emprestou dinheiro não provou que transferiu os recursos e quem os recebeu não demonstrou o ingresso destes. Aqui, não basta o mero registro contábil que se constitui em ato formal, mas sim a materialidade da transferência dos recursos, situação que não existe no caso concreto.

Em atenção às demais alegações da recorrente quanto a este ponto, observo que a teor do disposto no artigo 282, do Regulamento do Imposto de Renda, não provada a efetiva transferência dos recursos, a presunção de omissão de rendimentos opera-se em favor do fisco.

III - Da Base de Cálculo da Exigência

Trata-se de empresa que tributada com base no lucro presumido. Pelo que se extrai da cláusula oitava do contrato social de fl. 174, a sociedade “tem por objetivo a exploração do ramo de construção civil, prestação de serviços de engenharia civil, consultoria e avaliações de bens imóveis urbanos, análise de projetos, serviços e obras habitacionais, de saneamento e infraestrutura urbana, perícias judiciais e extra-judiciais; Limpeza e higienização em prédios industriais e domiciliares”.

Ao tratar das empresas tributadas com base no lucro presumido o artigo 15 da Lei nº 9.249, de 1995, assim dispõe:

Art. 15. A base de cálculo do imposto, em cada mês, será determinada mediante a aplicação do percentual de oito por cento sobre a receita bruta auferida mensalmente, observado o disposto nos artigos 30 a 35 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995.

§ 1º. Nas seguintes atividades, o percentual de que trata este artigo será de:

I - um inteiro e seis décimos por cento, para a atividade de revenda, para consumo, de combustível derivado de petróleo, álcool etílico carburante e gás natural;

II - dezesseis por cento:

a) para a atividade de prestação de serviços de transporte, exceto o de carga, para o qual se aplicará o percentual previsto no caput deste artigo;

b) para as pessoas jurídicas a que se refere o inciso III do artigo 36 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do artigo 29 da referida Lei;

III - trinta e dois por cento, para as atividades de:

a) prestação de serviços em geral, exceto a de serviços hospitalares e de auxílio diagnóstico e terapia, patologia clínica, imagenologia, anatomia patológica e citopatologia, medicina nuclear e análises e patologias clínicas, desde que a prestadora destes serviços seja organizada sob a forma de sociedade empresária e atenda às normas da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa; (NR) (Redação dada à alínea pela Lei nº 11.727, de 23.06.2008, DOU 24.06.2008, com efeitos a partir do primeiro dia do ano seguinte ao da publicação desta Lei)

b) intermediação de negócios;

c) administração, locação ou cessão de bens imóveis, móveis e direitos de qualquer natureza;

d) prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber, compra de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (factoring).

§ 2º No caso de atividades diversificadas será aplicado o percentual correspondente a cada atividade.

§ 3º *As receitas provenientes de atividade incentivada não comporão a base de cálculo do imposto, na proporção do benefício a que a pessoa jurídica, submetida ao regime de tributação com base no lucro real, fizer jus.*

§ 4º *O percentual de que trata este artigo também será aplicado sobre a receita financeira da pessoa jurídica que explore atividades imobiliárias relativas a loteamento de terrenos, incorporação imobiliária, construção de prédios destinados à venda, bem como a venda de imóveis construídos ou adquiridos para a revenda, quando decorrente da comercialização de imóveis e for apurada por meio de índices ou coeficientes previstos em contrato. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 11.196, de 21.11.2005, DOU 22.11.2005, com efeitos a partir de 01.01.2006).*

Pelo que se verifica do contrato social a recorrente desenvolve atividades diversificadas, cabendo analisar as notas fiscais relacionadas à fl. 230 para ver o enquadramento dos referidos serviços.

A nota fiscal de fl. 217 (nf nº 148) descreve serviços sem fazer referência ao fornecimento de materiais. Quando às notas fiscais de fls. 232; 233, 234 e assim sucessivamente, todas elas referem-se exclusivamente à prestação de serviços, inclusive com retenção de imposto de renda no percentual de 1,5%, sobre o valor integral, o que demonstra não se tratar de fornecimento de material, mas somente de prestação de serviços. Não há uma única nota que descreva fornecimento de materiais. Assim, correta a base de cálculo aplicada pela autoridade fiscal.

IV - Da multa de 75%

O artigo 44, I, II, da Lei 9.430, de 1996, vigente à época dos fatos, ao tratar da multa devida nos lançamentos de ofício assim dispunha:

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 artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

É certo que a multa, em certos casos, pode ser desproporcional à infração cometida. Porém, no Estado Democrático de Direito a sociedade elege seus representantes e delega a eles responsabilidade para editar as leis que devem ser aplicadas pelo julgador.

Apesar das inquietudes deste relator sobre o tema, inquietudes estas que passam pelas questões referentes à constitucionalidade das multas fixadas em patamar superior a exigência do próprio crédito tributário, é certo que o julgador, salvo nos casos de inconstitucionalidade, não pode substituir-se ao legislador para deixar de aplicar norma inserida de forma válida no sistema jurídico.

Processo nº 11516.001211/2007-51
Acórdão n.º **1402-000.992**

S1-C4T2
Fl. 0

Por outro lado, o Judiciário, no controle direto ou difuso de constitucionalidade, pode deixar de aplicar lei que considere em desacordo com a Constituição. Tal prerrogativa, todavia, não se estende aos órgãos administrativos.

Assim, considerando o Enunciado da Súmula 02 do Primeiro Conselho de Contribuintes de que este órgão não é competente para se pronunciar sobre constitucionalidade de lei tributária, acolho o comando da Súmula e pelos fundamentos acima referidos, mantenho a exigência da multa especificada no auto de infração.

Isso Posto, nego provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)
Moisés Giacomelli Nunes da Silva