



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

Processo nº 13555.000129/2011-54
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1402-001.151 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 8 de agosto de 2012
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO IRPJ E REFLEXOS
Recorrente GRADO ENGENHARIA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2008

DECLARAÇÕES RETIFICADORAS APRESENTADAS APÓS O INÍCIO DA FISCALIZAÇÃO. PERDA DA ESPONTANEIDADE. Considera-se ineficaz a retificação da DIPJ e das DCTF que pretendam alterar os débitos relativos a impostos e contribuições em relação aos quais a pessoa jurídica tenha sido intimada do início de procedimento fiscal.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO E LIMPEZA URBANA E MANEJO DE RESÍDUOS SÓLIDOS. PERCENTUAL DE DETERMINAÇÃO DO LUCRO PRESUMIDO. A prestação de serviço de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, compreendendo atividades de limpeza mecanizada e manual de praias e fornecimento de equipe para lavagem de vias não se caracterizam como empreitada de obras de construção civil com emprego de materiais, sujeitando-se ao coeficiente de determinação do lucro presumido de 32%.

Preliminar Rejeitada. 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 que passa a integrar o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto - Presidente

(assinado digitalmente)

Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira – Relator

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

Relatório

GRADO ENGENHARIA LTDA recorre a este Conselho contra a decisão proferida pela DRJ em primeira instância, que julgou procedente a exigência, pleiteando sua reforma, com fulcro no artigo 33 do Decreto nº 70.235 de 1972 (PAF).

Adoto o relatório da decisão recorrida (verbis):

Trata o presente processo de Autos de Infração formalizando crédito tributário relativo ao Imposto de Renda da Pessoa Jurídica, no valor de R\$378.293,07 (trezentos e setenta e oito mil, duzentos e noventa e três reais e sete centavos), e à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), no valor de R\$161.870,78 (cento e sessenta e um mil, oitocentos e setenta reais e setenta e oito centavos), à Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS), no valor de R\$32.764,54 (trinta e dois mil, setecentos e sessenta e quatro reais e cinquenta e quatro centavos), e à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), no valor de R\$157.635,34 (cento e cinquenta e sete mil, seiscentos e trinta e cinco reais e trinta e quatro centavos), **acrescidos da multa de ofício qualificada, no percentual de 150% (cento e cinquenta por cento) e dos juros de mora.**

Está descrito no Auto de Infração do IRPJ, à fl. 06, que a fiscalização apurou omissão de receitas da atividade (Serviços em Geral, Administração, Locação ou Cessão de Bens e Direitos), conforme “RELATÓRIO DE AUDITORIA FISCAL”, que é parte integrante do citado Auto, com fundamentação legal no art. 528 do Decreto nº 3000, de 26 de março de 1999 – Regulamento do Imposto de Renda RIR/1999.

Os Autos de Infração decorrentes, com as suas respectivas fundamentações legais, encontram-se às fls. 10 a 38.

O Relatório de Auditoria Fiscal, às fls. 271 a 275, subscrito pela Autoridade Tributária, registrou os seguintes fatos:

INTRODUÇÃO.

DO MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL

– o Mandado de Procedimento Fiscal – MPF 05105002011000346, que autorizou a o procedimento de fiscalização, foi formalizado em face de Determinação Interna da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Itabuna-Ba, baseado em confronto de valores de Rendimentos Tributáveis Recebidos de Pessoa(s) Jurídica(s). informados por fontes pagadoras em Declarações de Imposto de Renda Retido na Fonte – Dirf (Nome Empresarial: Salvador Prefeitura – CNPJ nº 13.927.801/001030/ Nome de Fantasia: Secretaria Municipal de Serviços Públicos e Prev. Violência SESP– ver

documentos de folhas 54 a 56 – Consulta Dirf/Detalhamento Mensal do Beneficiário: Grado Engenharia Ltda) com o informado à Secretaria da Receita Federal do Brasil por meio das DCTF – 1º e 2º semestres, apresentadas zeradas, como se movimento não tivesse ocorrido, e a DIPJ 2009 – Lucro Presumido que foi apresentada com receita bem menor e com percentual aplicado para composição do lucro presumido a menor do que deveria ser aplicado para a atividade desenvolvida pelo sujeito passivo, ou seja, aplicou o percentual de 8%, quando o correto seria a aplicação do percentual de 32%, sobre a receita bruta da atividade, o que implicava em indício de omissão de receita operacional de R\$5.620.513,80;– movimentação financeira, por parte do sujeito passivo, nas instituições União dos Bancos Brasileiros SA – CNPJ nº 33.700.394/000140, ano-calendário de 2008, no montante de R\$3.806.386,29, e Banco Bradesco SA – CNPJ nº 60.746.948/000112, ano-calendário de 2008, no montante de R\$9.241.210,66, totalizando R\$13.047.596,95 (treze milhões, quarenta e sete mil, quinhentos e noventa e seis reais e noventa e cinco centavos), também implicava em indício de Omissão de Receita da Atividade do Sujeito Passivo;

DO INÍCIO DA AÇÃO FISCAL

– em 27/01/2011, o interessado tomou ciência do Termo de Início do Procedimento Fiscal, solicitando, relativamente ao ano-calendário de 2008, os elementos constantes de 18 itens, assim relacionados:

- 1) Cópia Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ) 2009, AC 2008; 2) Cópia Contrato Social acompanhado de alterações (se houver);
- 3) Livro Diário;
- 4) Livro Razão;
- 5) Livro Caixa;
- 6) Livro Registro de Inventário;
- 7) Livro Registro de Apuração de ICMS;
- 8) Cópias autenticadas de todas as DMA, assim como, a DMA consolidada (RELATÓRIO DA DMA CONSOLIDA DE 2008), apresentada à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia referente a Fatos Geradores ocorridos no período de 01/2008 a 12/2008;
- 9) Livro de Saídas de Mercadorias (se houver);
- 10) Cópia autenticada do CPF e do RG do(s) interessado(s) constantes do quadro societário da empresa objeto da ação fiscal (Srs. Antonio Cezar Teixeira Mesquita Martins e Rubem Maia Vilas Boas Pinto);
- 11) Cópias das DCTF inerentes ao ano-calendário de 2008;
- 12) Esclarecer por escrito o porque de divergências entre valores de receita da atividade informada ao fisco federal e as receitas recebidas de órgãos públicos;
- 13); Livro de Registro de Prestação de Serviços
- 14) Blocos de todas as notas fiscais emitidas no período de 01/01/2008 a 31/12/2008;
- 15) Cópias autenticadas e/ou cópias simples acompanhadas de originais de todos os contratos formalizados junto à Prefeitura Municipal de SalvadorBa (SALVADOR PREFEITURA)/CNPJ nº 13.927.801/001030, e também junto a outros órgãos públicos;

16) Comprovantes de recebimentos por remuneração Serv. Prestados junto a SALVADOR PREFEITURA CNPJ nº 13.927.801/001030 nos valores/mêsano

16-1) R\$699.781,20/janeiro2008;

16-2) R\$699.781,20/fevereiro2008;

16-3) R\$1.151.708,76/março2008;

16-4) R\$698.644,82/abril2008;

16-5) R\$349.073,10/maio2008;

16-6) R\$699.002,93/junho2008;

16-7) R\$623.688,05/julho2008;

16-8) R\$349.721,80/agosto2008;

16-9) R\$349.111,94/setembro2008, o que totaliza rendimentos, somente junto à Prefeitura Municipal de Salvador no montante de R\$5.620.513,80;

17) apresentar extratos bancários, devidamente contabilizados, de recursos movimentados junto à instituição Banco Bradesco SA – CNPJ nº 60.746.948/000112, ano-calendário de 2008, no montante de R\$9.241.210,66

18) apresentar planilha mês a mês com o faturamento/receita bruta real no período de 01 a 1/2008;– em 02/02/2011, o contribuinte solicitou prorrogação de prazo para atendimento ao que foi requerido no Termo de Início do Procedimento Fiscal, no que foi atendido de imediato (docs. De fls. 45/46);

– em resposta, esclareceu, sem nenhuma coerência, que deixava de apresentar os elementos constantes dos itens 6, 7, 8 e 9, do Termo de Início do Procedimento Fiscal, tendo em vista que a empresa tem por objetivo a prestação de serviços, mas não esclarece o porque de não apresentar o Livro Registro de Prestação de Serviços, solicitado no item 13;– em 29/03/2011 o interessado tomou ciência do Termo de Ciência e de solicitação de Documentos, e em resposta, solicita mais 30 (trinta) dias para apresentar os elementos solicitados no Termo de Início do Procedimento Fiscal e, reratificados no Termo de Ciência e de solicitação de Documentos, ao tempo em que, mesmo sem apresentar o Livro de Registro de Prestação de Serviços e também as notas fiscais emitidas, em sua totalidade (apresentou somente os documentos de folhas 51 a 203), diz que as diferenças entre o declarado pelo sujeito passivo na DIPJ 2009 e informações prestadas por órgãos públicos decorrem de divergências entre as datas de pagamento/recebimento e a emissão das notas fiscais por serviços prestados. Informa ainda que o endereço do estabelecimento sede é IpiaúBa e ainda que estava passando por dificuldades financeiras em virtude da situação econômica financeira do país;– em 25/05/2011, doc de folha 207, solicita mais 30 (trinta) dias de prazo para atender às demandas da fiscalização, ao tempo em que, conforme documentos de folhas 204 a 206, traz informações já prestadas anteriormente, ou seja, informações repetitivas. Como se observa, o contribuinte não estava, efetivamente interessado em apresentar os elementos solicitados no Termo de Início do Procedimento Fiscal e sim ganhar tempo, como se pode observar à folha 248, Em 15/06/2011, folhas 246 a 248, o interessado insiste em apresentar documentos em duplicidade;

DA AÇÃO FISCAL

DA INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS

– ao longo de todo o procedimento fiscal, o interessado apresentou parcialmente os elementos solicitados no Termo de Início do Procedimento Fiscal;– analisando os

documentos apresentados pelo sujeito passivo (DIPJ 2009 e DCTF retificada e retificadora, etc, elementos que acompanham o Auto de Infração), e as informações constantes dos sistemas da RFB, seguramente pode-se afirmar que o sujeito passivo, deliberadamente, não declarou os valores de Receita Bruta, em sua totalidade, inerentes à remuneração por serviços prestados à Secretaria Municipal de Serviços Públicos e Prev. Violência – SESP – Salvador Prefeitura – CNPJ nº 13.927.80130, conforme consta em Dirf (doc. fls. 54 a 56), em relação ao declarado nas Declarações: DCTF (1º e 2º semestres) e DIPJ 2009/Lucro Presumido;– o sujeito passivo, em 02/06/2011, apresentou DCTF (1º e 2º semestres)

- retificadoras – documentos de folhas 212 a 245, que retificam os doc. de folhas 136 a 139, porém não foram levadas em consideração para efeito de lançamento tendo em vista a exclusão da espontaneidade conforme letra “f” do Termo de Início do Procedimento Fiscal;– a entrega de DIPJ/2009, ano-calendário de 2008, com receitas brutas trimestrais oferecidas à tributação a menor, também, com a alíquota aplicada para a atividade desenvolvida, a menor (aplicou 8% (oito por cento) quando o correto seria a 32% (trinta e dois por cento)), a entrega das DCTF retificadas, 1º e 2º trimestres, zeradas, e a retificação das DCTF em 02/06/2011, com as mesmas incorreções incorridas na DIPJ 2009, assim como o pagamento a menor de PIS e Cofins, e não pagamento do IRPJ e da CSLL, devidos por conta dos serviços prestados, configuraram, crime contra a ordem tributária, nos termos da Lei nº 8.137, de 1990, art. 1º, sem prejuízo do enquadramento da empresa em outras figuras penais cabíveis, a que também estão sujeitos os titulares ou sócios da pessoa jurídica (Lei nº 9.317, de 1996, art. 2º, 9º e 22). Em atendimento à Portaria SRF nº 326 de 15/03/2005 e Portaria RFB nº 665, de 24 de abril de 2008, foi formalizada Representação Fiscal para Fins Penais (Processo nº 13555000.130/ 201189) ;

DO AUTO DE INFRAÇÃO

– diante da situação evidenciada, foi efetuado o lançamento, referente aos períodos de apuração ocorridos no ano-calendário de 2008, com base no Lucro Presumido, tendo em vista a omissão de receitas, base de cálculo não declarada em DCTF, assim como pagamentos de tributos a menor, à RFB, em decorrência de Remuneração de Serviços Prestados à Secretaria Municipal de Serviços Públicos e Prev. Violência – SESP – Salvador Prefeitura – CNPJ nº 13.927.80130 (Sistema Dirf – Consulta Dirf), em anexo;– nos lançamentos, foram levados em consideração o IRRF constante em Dirf, assim como os pagamentos de PIS e Cofins constantes nos sistemas da RFB;– a ciência ao contribuinte dos Autos de Infração, do Termo de Encerramento e da Representação Fiscal para Fins Penais será feita por via postal e o processo correspondente de nº 13555.000.129/201154, será encaminhado para a ARFB – IPIAÚBa, em face do domicílio fiscal do sujeito passivo.

Em 26 de julho de 2011, a Contribuinte, por seus representantes legais, apresentou a impugnação de fls. 281 a 298, sob os seguintes argumentos:

DA AUTUAÇÃO FISCAL

– o Agente Autuador fundamenta o início do procedimento fiscal, confrontando as informações enviadas pela SESP do Município de Salvador e as informações enviadas pela Impugnante e, diante de ambas as informações, tratou de quebrar o sigilo bancário da Impugnante sem a devida e prévia autorização judicial, constatando supostas divergências e, posteriormente, enviando o MPF para que o Impugnante apresentasse documentos listados em 18 itens;– a sede da impugnante é em Ipiá e, conforme noticiado nas informações prestadas, sofreu um incêndio, pelo

que, nem todos os documentos estavam disponíveis/localizados. Assim sendo, foram apresentados os documentos que possuía e solicitou a necessária dilação do prazo para a integral apresentação dos documentos;– em 21/03/2011, a autuante enviou nova intimação para apresentação de documentos, apenas repetindo todos os documentos exigidos no MPF inicial;

– tendo em vista a busca pelos materiais, respondeu-se, nesta segunda intimação, em relação a alguns itens, reiterando o envio dos documentos já emitidos na primeira resposta; tal conduta do Sr. Auditor se repetiu na correspondência enviada em 12/05/2011, na qual foi enviado mandado de intimação, sem referencia a qualquer das respostas enviadas, nem tampouco acerca da dilação de prazo;

– a sanha arrecadatória demonstrou-e superior à busca da verdade material, tendo o Auditor lavrado o presente Auto de Infração totalmente ao arrepio da Lei, carecendo, pois, de arquivamento pela sua insubsistência;– a autuação utilizou-se dos contratos firmados com o Município de Salvador, lavrando o presente Auto em relação aos valores recebidos por conta daqueles contratos, tomando por base a alíquota de 32% para o cálculo do lucro presumido e aplicando a multa de 150%, sob a alegação de omissão de receita, e não foram considerados os valores retidos na fonte a título de Imposto de Renda, nem tampouco os pagamentos de PIS, Cofins e CSLL realizados;– somente após a primeira intimação, percebeu-e que as DCTF enviadas à época estavam com a movimentação zerada, pelo que se procedeu, posteriormente, à retificação;– o ato que demonstra de forma clara e patente a inexistência do animus de omitir receita foi a apresentação da DIPJ no referido exercício, pois, como uma empresa que busca omitir receita não apresentaria as DCTF, porém apresentaria a DIPJ? Seria por demais contrasenso;– a Grado Engenharia Ltda aderiu ao parcelamento na forma da Lei nº 11.941, de 2009, e, por um problema do sistema da própria RFB, os débitos apresentados na DCTF retificadora, muito embora estivessem no ContaCorrente da empresa, não constavam no sistema das “Opções da Lei nº 11.941/09”, pelo que foi requerida a sua inclusão dentre os débitos parceláveis;– pugna pelo respeito ao princípio da verdade material, quando do presente julgamento, o qual consubstancia-se na análise minuciosa e coerente dos fatos e documentos acostados ao processo, com intuito de buscar a verdade e, caso necessário, efetuar diligências para galgá-la, tendo em vista que de tal atitude não deve se furtar a autoridade administrativa, mesmo porque é seu dever funcional (cita doutrina);

Questões de Direito PRELIMINARMENTE DA OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL

– tomando por base as atitudes do autuante que, no curso do procedimento administrativo, enviou notificações idênticas, solicitando documentos que já haviam sido entregues e, ainda, não se pronunciando sobre o pedido de prorrogação de prazo, terminou por ferir o direito de defesa da Impugnante, previsto no art. 5º, LIV, da CF (transcrito);

– a lavratura do Auto de Infração, sem oportunizar a apresentação de toda a documentação, em face das dificuldades relatadas pela impugnante, ao ir de encontro ao princípio da verdade material, ofende, claramente, o devido processo legal;– assim o Auto de Infração prescinde da declaração de nulidade do seu procedimento, vez que clara a ofensa do devido processo legal, contraditório e ampla defesa;

DA PERDA DO OBJETO – DA NÃO OCORRÊNCIA DE OMISSÃO DE RECEITA – DA INOCORRÊNCIA DE ILÍCITO PENAL

– a Impugnante desconhecia a situação de que as DCTF haviam sido enviadas em branco e, ao tomar ciência, procedeu à retificação, promovendo o lançamento do débito, não havendo razão da existência de procedimento administrativo para a realização de lançamento, quando este já ocorreu pelo autolancamento decorrente da retificação das declarações. Ademais, os valores já se encontravam na Conta Corrente da Impugnante como débitos e estes foram inseridos nos valores a serem parcelados através da Lei nº 11.941/09;– é certo que o MPF excluiu a espontaneidade da denúncia, porém, os demais efeitos decorrentes deste ato permanecem, mormente, a constituição definitiva do débito e, uma vez constituído definitivamente o débito, não há que se falar em continuidade do processo administrativo, que visa constituir-lo por meio de lançamento de ofício;– tendo sido, o montante devido, apontado pelo próprio devedor, e constituindo-o definitivamente, além da sua inclusão no parcelamento, resta evidente que o objeto, ou seja, o resultado útil do procedimento administrativo, encontra-se prejudicado;– à época dos fatos geradores, a pessoa jurídica tinha como receita operacional, apontada na DIPJ, o montante de R\$3.863.776,16, tendo sido, tal valor, retificado para R\$6.210.957,44, devido às incorreções havidas no envio/prestação das informações;– o autuante afirmou, em seu relatório, que a Receita Operacional perfazia o montante de R\$5.620.513,80, ou seja, o valor retificado já engloba, totalmente, a receita apontada pelo Auditor, não havendo, pois, qualquer omissão a ser objeto de lançamento;– não ocorreu omissão de receita operacional, mas sim, que as incorreções se deram, em verdade, em função de meros erros no preenchimento das DCTF e DIPJ. A divergência apontada mostra que os valores apresentados inicialmente, os valores apontados e os apresentados em retificação não apontam substancial diferença a ponto de caracterizar-se omissão de receita e, pior ainda, ocorrência de ilícito penal;

– revela-se, assim, mais claramente, a perda do objeto, posto que, não obstante o lançamento definitivo através das Declarações Retificadoras, estas continham valor acima do encontrado pelo Auditor Fiscal, revelando a ausência de omissão de receita e a correta constituição do crédito tributário;– nesses termos, requer seja reconhecida a perda do objeto da autuação;

DO PARCELAMENTO DOS DÉBITOS

— ainda em sede preliminar, caso não seja acatada a perda do objeto, imperiosa se faz a exclusão, do Auto de Infração, dos valores parcelados através da Lei nº 11.941/09, uma vez que a Impugnante apresentou Declaração Retificadora, com vistas a, identificando os débitos, incluí-los nas opções de parcelamento da Lei nº 11.941/09;

– de acordo com os documentos acostados, vê-se, claramente, que os débitos já constavam dentre os demais existentes na Receita Federal, porém, por erro do sistema da RFB, não constavam como débitos parceláveis, pelo que foi requerida a inclusão no montante consolidado do parcelamento;– assim, tendo em vista o parcelamento, requer sejam os débitos parcelados excluídos da presente Autuação;

DO MÉRITO

DA CORRETA ALÍQUOTA APLICADA

– a presente autuação se mostra absolutamente indevida, tendo sido encontrados valores muito acima daqueles efetivamente devidos e apresentados através das DCTF Retificadoras, já constantes do Conta-Corrente da Impugnante perante a RFB;

– a Impugnante é empresa de construção civil que tem como objeto social a realização de obras de engenharia civil e prestação de serviços referentes às referidas obras, desde a construção até a manutenção, inclusive com a prestação dos serviços de limpeza;

– vê-se claramente que os contratos que foram objetos de autuação no presente Auto referem-se aos serviços de limpeza e manutenção das vias públicas com fornecimento de tratores, retroescavadeiras, usina de compostagem e beneficiamento de entulho, sendo suas atividades não restritas à limpeza das vias, mas, principalmente, à manutenção destas;– assim, há efetivo serviço de engenharia. Com a operação das máquinas e com a manutenção das vias públicas, estamos diante de obras de engenharia civil;– construção, latu sensu, é muito mais do que a simples edificação, mas engloba as atividades de manutenção, reforma, dentre outras, razão pela qual os referidos contratos se submetem à alíquota de 8%;

– para ainda mais reforçar, o Edital de Concorrência nº 010/2001 dispõe como condição para participação no certame: “que exerçam atividades relacionadas com o objeto desta Licitação, comprovadas através do estatuto social ou contrato social...”. A impugnante tem o seguinte objeto social, na forma do seu contrato social: “Construção civil, estradas, serviços de engenharia em geral e incorporações”, conforme instrumento anexo;– fica claro que a presente Licitação trata não somente da prestação de serviços de limpeza, mas, também, de obras de engenharia, já que tais atividades encontram-se, no caso vertente, intrinsecamente ligadas;

– tal exigência se mostra ainda mais relevante, quando, ao demonstrar os requisitos para a Qualificação Técnica, o registro e regularidade da empresa e dos responsáveis técnicos no Conselho Regional de Engenharia Arquitetura e Agronomia (CREA);

– na forma do ADN Cosit 06/97, é necessária, para a aplicação da alíquota de 8%, dois itens: o primeiro, que se trate de construção; o segundo, que haja a utilização de materiais em qualquer quantidade. Conforme já demonstrado acima, resta atingido o requisito de ser construção, faltando, apenas o emprego dos materiais;

na forma dos contratos, há a utilização de materiais adquiridos pela própria impugnante, na execução dos serviços, pelo que faz, sim, jus ao percentual indicado para definição das alíquotas para o lucro presumido;

– a título exemplificativo, vejamos a disposição da cláusula 13.6, do Contrato SESP 011/2002, ao afirmar que é obrigação da contratada “arcar com todas as despesas, referentes ao fornecimento de materiais, mão-d- obra, máquinas, ferramentas, equipamentos...”;

– resta evidente que proceder à autuação numa alíquota superior a 8% desrespeita o direito da Impugnante, posto que, em regime de empreitada, realiza obras de manutenção e limpeza de vias públicas com emprego de materiais, na forma especificada nos contratos, e, albergada pela lei;

DOS PAGAMENTOS REALIZADOS

à época da prestação dos serviços foram realizados diversos pagamentos, compensações e retenções referentes ao Imposto de Renda, PIS, Cofins e CSLL, não tendo sido, nenhum destes valores, considerados no cálculo do montante supostamente devido (apresenta planilha);

DA MULTA

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

Autenticado digitalmente em 27/08/2012 por LEONARDO HENRIQUE MAGALHAES DE O, Assinado digitalmente em 27/08/2012 por LEONARDO HENRIQUE MAGALHAES DE O, Assinado digitalmente em 10/09/2012 por LEONARDO DE ANDRADE COUTO

Impresso em 19/09/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

– sobre o montante encontrado pelo autuante incidiu multa de 150%, sob a alegação de omissão de receita, todavia, conforme já asseverado, não houve qualquer omissão, mas sim, pagamento do quanto devido sob a real alíquota que deveria incidir sobre as referidas operações;– ainda que se admitisse como verdadeira a premissa adotada pelo autuante, o mesmo não poderia, sob nenhuma hipótese, fazer incidir a multa de 150%, sobre os valores reconhecidos na DIPJ apresentada, e muito menos sobre os valores que o contribuinte já realizou pagamento e compensação e, também, aqueles retidos pelo tomador do serviço;– no caso, a multa tem natureza punitiva, visando, justamente, punir aquele que age com dolo, com intenção de burlar o fisco, o que não ocorreu no presente caso, conforme exaustivamente exposto (cita jurisprudência judicial). Desta forma, não há conseqüência lógica que justifique a aplicação da citada multa, devendo ser aplicada somente quanto ao valor reconhecido como omissivo, vez que o mesmo foi integralmente declarado através da DIPJ, tendo sido pagos os tributos devidos, através de DARF, compensação, além daqueles retidos na fonte;

CONCLUSÃO

- o autuante tomou como premissas as informações lançadas por tomadores de serviço e, com base na ilegal quebra do sigilo bancário da Impugnante, ao arrepio da CF, posto que realizou tal quebra sem prévia autorização judicial;
- lavrou Auto de Infração imputando aos serviços prestados a alíquota de 32%, quando, conforme demonstrado acima e, na forma estipulada nos contratos, aos serviços prestados devem incidir a alíquota de 8%;– não foram apreciados, para a dedução do quanto devido, os valores pagos através de DARF, Compensações e Retenções;
- fez incidir multa de 150% sobre valores declarados em DIPJ, sobre valores já pagos através de DARF, Compensações e Retenções, além daqueles retidos pelo tomador do serviço;

DOS PEDIDOS

- a) preliminarmente, seja reconhecida a ofensa ao devido processo legal e seus conseqüências, contraditório e ampla defesa, vez que o procedimento de autuação fiscal não garantiu ao Impugnante o seu pleno direito de defesa, já que no curso da autuação não foram emitidas respostas fundamentadas, foram solicitados diversas vezes os mesmos documentos sem qualquer menção àqueles enviados e aos pleitos de prorrogação de prazo e, ainda, foi lavrado o auto de infração sem qualquer oportunidade de melhor se defender, já que não teve tempo hábil para angariar todos os documentos requeridos;
- b) ainda em sede preliminar, seja reconhecida perda do objeto do procedimento fiscal, por ter sido apresentada Declaração Retificadora, na qual consta integralmente a Receita Operacional indicada pelo autuante, tendo sido constituído definitivamente e parcelado o crédito tributário;
- c) caso não acolhida nenhuma das preliminares acima mencionadas, requer seja reconhecido o parcelamento havido, arquivando-se o presente Auto de Infração, uma vez que, na forma do art. 151 do CTN, é o parcelamento, medida de suspensão do crédito tributário, e, este foi completamente constituído com a apresentação da DCTF Retificadora;
- d) no mérito, caso ultrapassadas as preliminares, requer reconhecimento da insubsistência do presente Auto de Infração, por restar demonstrado, a despeito do

quanto alega o autuante, que os serviços prestados pela Impugnante fazem jus à aplicação da alíquota de 8% na forma da lei;

e) ainda no mérito, requer sejam retirados da autuação todos os valores pagos, compensados e retidos a título de IR, CSLL, PIS e Cofins;

f) por fim, admitindo-se correta a premissa adotada pelo autuante, requer seja a multa aplicada somente quanto ao valor reconhecido como omissos, uma vez que foi integralmente declarado através da DIPJ, tendo sido pago os tributos devidos, através de DARF, compensação, além daqueles retidos na fonte.

A decisão recorrida está assim ementada:

NULIDADE. Afasta-se a tese de nulidade do lançamento, quando lavrado por servidor competente e em obediência aos princípios legais que regem o Processo Administrativo Fiscal.

DECLARAÇÕES RETIFICADORAS APRESENTADAS APÓS O INÍCIO DA FISCALIZAÇÃO. PERDA DA ESPONTANEIDADE. Considera-se ineficaz a retificação da DIPJ e das DCTF que pretendam alterar os débitos relativos a impostos e contribuições em relação aos quais a pessoa jurídica tenha sido intimada do início de procedimento fiscal.

INCLUSÃO DE DÉBITOS EM PARCELAMENTO. ALEGAÇÃO. Os argumentos da Impugnante, atinentes à existência de débitos, relativos aos períodos autuados, já incluídos no parcelamento previsto na Lei nº 11.941, de 2009, não podem ser acolhidos, tendo em vista que o respectivo pedido de parcelamento foi cancelado.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO E LIMPEZA URBANA E MANEJO DE RESÍDUOS SÓLIDOS. PERCENTUAL DE DETERMINAÇÃO DO LUCRO PRESUMIDO. A prestação de serviço de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, compreendendo atividades de limpeza mecanizada e manual de praias e fornecimento de equipe para lavagem de vias não se caracterizam como empreitada de obras de construção civil com emprego de materiais, sujeitando-se ao coeficiente de determinação do lucro presumido de 32%.

MULTA DE OFÍCIO. Presentes os atos previstos na legislação de regência, torna-se aplicável multa de ofício qualificada.

Impugnação Procedente em Parte.

Cientificada da aludida decisão, a contribuinte apresentou recurso voluntário, no qual reforça as alegações da peça impugnatória e, ao final, requer o provimento nos seguintes termos (verbis):

DOS PEDIDOS

Ante o exposto, requer:

a) Seja recebido e provido o presente Recurso Voluntário para preliminarmente, seja reconhecer a ofensa ao devido processo legal, e seus consectários, contraditório e ampla defesa, vez que o procedimento de autuação fiscal, não garantiu ao Recorrente o seu pleno direito de defesa, já que no curso da autuação não foram emitidas respostas fundamentadas, foram solicitados diversas vezes os mesmos documentos sem qualquer menção àqueles enviados e aos pleitos de prorrogação de prazo, e, ainda, foi lavrado o auto de infração sem qualquer oportunidade de melhor se defender, já que não teve tempo hábil para angariar todos os documentos requeridos;

b) Ainda em sede preliminar, requer seja recebido e provido o presente Recurso Voluntário para ver reconhecida a perda do objeto do procedimento fiscal, determinando o arquivamento do presente Auto de Infração, vez que, foi apresentada Declaração Retificadora, na qual, consta integralmente a Receita Operacional indicada pelo Agente Autuador, tendo sido constituído definitivamente e parcelado o crédito tributário;

b) Caso não acolhida nenhuma das preliminares acima mencionadas, requer seja recebido e provido o presente Recurso Voluntário para reconhecer o parcelamento havido, arquivando-se o presente Auto de Infração, vez que, na forma do art. 151, do CTN, é, o parcelamento, medida de suspensão do crédito tributário, e, o mesmo foi completamente constituído com a apresentação da DCTF Retificadora.

c) No mérito, caso ultrapassadas as preliminares, o que se cogita, requer seja recebido e provido o presente Recurso Voluntário para julgar totalmente procedente, reconhecendo a insubsistência do presente Auto de Infração, vez que, conforme restou demonstrado, a despeito do quanto alega o Auditor Fiscal, os serviços prestados pela Recorrente fazem jus à aplicação da alíquota de 8% na forma da lei;

d) Ainda no mérito, requer seja recebido e provido o presente Recurso Voluntário para que sejam retirados da autuação todos os valores pagos, compensados e retidos a título de IR, CSLL, PIS e COFINS.

e) Por fim, admitindo-se correta a premissa adotada pelo Sr. Auditor Fiscal, requer seja recebido e provido o presente Recurso Voluntário para que seja a multa aplicada somente quanto ao valor reconhecido como omissos, vez que, o mesmo foi integralmente declarado através da DIPJ, tendo sido pago os tributos devidos, através de DARF, compensação, além daqueles retidos na fonte.

Nestes termos,

Pede deferimento.

É o relatório.

Documento assinado digitalmente conforme a Lei nº 11.343/2006 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 27/08/2012 por LEONARDO HENRIQUE MAGALHAES DE O, Assinado digitalmente em 27/08/2012 por LEONARDO HENRIQUE MAGALHAES DE O, Assinado digitalmente em 10/09/2012 por LEONARDO DE ANDRADE COUTO

Impresso em 19/09/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Voto

Conselheiro Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira, Relator.

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade.

Conforme relatado, trata-se de exigência consubstanciada em omissão de receitas bem como aplicação incorreta do percentual de apuração do lucro presumido.

A empresa aplicou o percentual de 8% enquanto a fiscalização entendeu que o correto seria 32%, haja vista tratar-se de serviços de limpeza de vias públicas e praias.

No recurso voluntário a contribuinte repisou as alegações da peça impugnatória, enfrentadas na decisão de 1ª instância com os seguintes fundamentos, *verbis*:

(...)

PRELIMINARMENTE

DA OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Preliminarmente, a Contribuinte suscita a nulidade dos lançamentos por ofensa ao devido processo legal arguindo ter a autoridade fiscal enviado notificações idênticas, solicitando documentos que já haviam sido entregues, e ainda, não ter se pronunciado sobre o pedido de prorrogação de prazo, terminando por ferir o direito de defesa da Impugnante.

(...)

Observa-se, ainda, que a hipótese do inciso II do art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, relativa ao cerceamento do direito de defesa, não se aplicaria ao auto de infração, nem à notificação de lançamento. É que a ampla defesa e o contraditório somente têm lugar com a apresentação da impugnação. Isso porque o procedimento de fiscalização tem natureza inquisitiva.

A contribuinte teve acesso a todos os elementos constantes da peça de autuação, os quais permitiram identificar o fundamento da exigência fiscal de forma que a autuada apresentou sua impugnação no prazo de 30 (trinta) dias da data da ciência da exigência tributária, conforme preceitua o artigo 15 do mencionado Decreto, demonstrando amplo conhecimento da matéria tratada e exercendo plenamente o seu direito de defesa.

Ademais, vale ressaltar, que os fatos alegados pela Impugnante não se confirmam nos autos, pois, examinando os atos e termos praticados, tanto pelo autuante, quanto pela Contribuinte, que registram o desenrolar da ação fiscal, verifica-se que a Contribuinte foi inicialmente intimada a apresentar os elementos relacionados no Termo de Início do Procedimento Fiscal, em 27/01/2011 (fls. 42 e 43) e, em 02/02/2011, solicitou prorrogação de prazo, expressamente concedida pelo autuante (fl. 47). Em 14/02/2011, a Contribuinte prestou esclarecimentos (fl. 50) e em 25/02/2011 informou estar apresentando a documentação solicitada no Termo de Início do Procedimento

Fiscal (fl. 51). Em 29/03/2011, a Contribuinte tomou ciência do Termo de Ciência e de Solicitação de Documentos em que é reintimada a apresentar os elementos anteriormente solicitados e ainda faltantes, inclusive esclarecimentos que a autoridade fiscal considerou haver sido prestados insatisfatoriamente (fls. 52 e 53). Em 01/04/2011, a Contribuinte apresentou esclarecimentos (fl. 54), pediu prorrogação de prazo, em virtude da quantidade de documentos para serem entregues (fl. 55), e também prestou informações acerca do seu endereço (fl. 56).

Portanto, não se vislumbra qualquer irregularidade quanto à reintimação feita por meio do Termo de Ciência e de Solicitação de Documentos, a qual somente seria impertinente caso a Contribuinte já houvesse atendido, na íntegra, à solicitação contida no Termo de Início do Procedimento Fiscal, o que não é o caso, como se pode inferir do teor da justificativa exposta no pedido de prorrogação de prazo apresentado em 01/04/2011.

A concessão expressa da prorrogação do prazo solicitado em 01/04/2011 não se encontra registrada nos autos, no entanto, observase que a fiscalização somente foi concluída em 27/06/2011, ou seja, seis meses após o Termo de Início do Procedimento Fiscal, e aproximadamente 88 dias após o referido pedido, período bastante elástico, no qual a Contribuinte poderia ter entregue a documentação que alega não ter tido oportunidade de apresentar.

Também, é importante registrar que, diferentemente do que foi aventado pela Impugnante, não houve quebra do sigilo bancário da Contribuinte, muito embora haja comando legal expresso, autorizando o exame de informações bancárias, pela Autoridade Fiscal, sem necessidade de autorização judicial, desde que presentes as hipóteses previstas em lei. No caso concreto, as receitas levantadas pela Fiscalização estão respaldadas na Declaração de Imposto de Renda Retido na Fonte (Dirf) apresentada pela Prefeitura Municipal de Salvador e nos contratos e notas fiscais, anexados aos autos.

Dessa forma, não há que se aventar a nulidade do auto de infração, uma vez ausente qualquer indício que denote vício irremediável quer do lançamento quer do procedimento fiscal que lhe deu origem, visto que nos autos não restou provada qualquer violação às determinações contidas no art. 142 do CTN ou nos arts. 10 e 59 do PAF.

DA PERDA DO OBJETO – DA NÃO OCORRÊNCIA DE OMISSÃO DE RECEITA – DA INOCORRÊNCIA DE ILÍCITO PENAL

A Contribuinte argui que o Auto de Infração perdeu o seu objeto, porque retificou suas DCTF, promovendo o autolancamento do débito e, além disso, os valores já se encontram na Conta-Corrente da Impugnante como débitos e estes foram inseridos nos valores a serem parcelados através da Lei nº 11.941, de 2009. Alega, também, que à época dos fatos geradores tinha como receita operacional, apontada na DIPJ, o montante de R\$3.863.776,16, tendo sido, tal valor, retificado para R\$6.210.957,44, devido às incorreções havidas no envio/prestação das informações, valor este, superior ao montante de R\$5.620.513,80, apontado pelo Auditor.

Quanto à referida confissão dos débitos, objeto do Auto de Infração, por meio das DCTF Retificadoras, relativas ao 1º e 2º semestres de 2008, apresentadas em 02/06/2011, sob ação fiscal, é importante transcrever o disposto no art. 7º, caput, inciso I e § 1º, do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, in verbis:

Art. 7º O procedimento fiscal tem início com:

I o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificado o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto; (...)

§ 1º O início do procedimento exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos anteriores e, independentemente de intimação, a dos demais envolvidos nas infrações verificadas.

Assim, a confissão dos débitos constantes das DCTF retificadoras, entregues já no curso da ação fiscal, não pode ser admitida, pois a Contribuinte já havia perdido a espontaneidade para fazê-lo, nos termos do § 1º do art. 7º do Decreto nº 70.235, de 1972, acima reproduzido.

Corroborando esse entendimento, a Instrução Normativa nº 695, de 14 de dezembro de 2006, que instituiu normas disciplinadoras da DCTF, prescreveu, em seu artigo 12, § 2º, inciso III, verbis:

Art. 12. A alteração das informações prestadas em DCTF será efetuada mediante apresentação de DCTF retificadora, elaborada com observância das mesmas normas estabelecidas para a declaração retificada.

(...).

§ 2º A retificação não produzirá efeitos quando tiver por objeto alterar os débitos relativos a impostos e contribuições:

(...)

III – em relação aos quais a pessoa jurídica tenha sido intimada de início de procedimento fiscal.

No mesmo sentido, é a jurisprudência do Conselho de Contribuintes, atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf), conforme ementa de acórdão a seguir:

DECLARAÇÃO RETIFICADORA APRESENTADA APÓS INÍCIO DA FISCALIZAÇÃO LANÇAMENTO DE OFÍCIO DUPLICIDADE DE EXIGÊNCIA

Na situação em que o contribuinte apresentou, após o início da fiscalização, declaração retificadora na qual confessa débito, é correta a providência de lavratura de auto de infração do débito apurado pela fiscalização com aplicação da multa de ofício. Recurso negado. 1º Conselho de Contribuintes/8ª Câmara/Acórdão 10809.313 em 27/04/2007. Publicado no DOU em 28/11/2007 No tocante à alegada inclusão dos débitos confessados nas DCTF retificadoras no parcelamento previsto pela Lei nº 11.941, de 2009, cumpre observar que a consulta ao processo nº 13558.721038/201126,

cujo assunto é “Lei 11.941 – Revisão de Consolidação”, feita por meio do sistema eprocesso da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), revela a existência, nos autos do referido processo, de tela extraída dos sistemas da RFB com a informação de que o Pedido de Parcelamento, com base na Lei nº 11.941, de 2009, efetuado pela Contribuinte, foi cancelado, em 29/12/2011, em virtude da não apresentação de informações de consolidação, conforme § 3º do art. 15 da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 6, de 2009. E o Despacho Decisório nº 0011/2012, de 27 de fevereiro de 2012, proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Itabuna, indeferiu o pedido de revisão de consolidação ali tratado, com base nas conclusões do parecer, com o seguinte teor:

Após consultas feitas aos sistemas da Receita Federal do Brasil confirmouse que o interessado em questão foi rejeitado na consolidação do parcelamento regido pela Lei nº 11.941/2009 na modalidade L11941 – RFB – DEMAIS – ART 1.

Tendo em vista a exposição acima sobre a necessidade das informações suplementares e admitindo que interessado em questão não as prestou, proponho o indeferimento tratado neste processo.

Assim, não podem ser acolhidos os argumentos da Impugnante, atinentes à existência de débitos relativos ao períodos autuados, que careceriam de lançamento de ofício, por já se encontrarem devidamente constituídos, em face de sua inclusão no parcelamento previsto na Lei nº 11.941, de 2009.

DO MÉRITO

DA CORRETA ALÍQUOTA APLICADA

Alega a Contribuinte ser empresa de Construção Civil, que tem como objeto social a realização de obras de engenharia civil e prestação de serviços relativos às referidas obras, desde a construção até a manutenção, inclusive com a prestação dos serviços de limpeza, e que os contratos que foram objeto de autuação no Auto de Infração em litígio referem-se a serviços de limpeza e manutenção das vias públicas com fornecimento de tratores, retro-escavadeiras, usina de compostagem e beneficiamento de entulho, sendo suas atividades não restritas à limpeza de vias, mas, principalmente, à manutenção destas. Assim, sustenta que, no caso em comento, há serviço efetivo de engenharia, com a operação das máquinas e com a manutenção das vias públicas, estando-se diante de obras de engenharia civil. Afirma, também, que, na forma dos contratos, há a utilização de materiais adquiridos pela própria Impugnante, na execução dos serviços, razões pelas quais, na apuração do lucro presumido, faz jus à aplicação da alíquota de 8%, na forma do ADN Cosit nº 06/97, e não 32%, como consta do auto de Infração.

Em relação às empresas optantes pela apuração do IRPJ com base no lucro presumido, os percentuais que devem ser aplicados sobre as receitas brutas, auferidas trimestralmente, encontram-se definidos no art. 15 da Lei nº 9.249, de 1995, a seguir reproduzido:

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 arts. 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 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 art. 36 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 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; 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.

Com o intuito de interpretar o citado art. 15 da Lei nº 9.249, de 1995, e apenas no que tange à atividade de prestação de serviços de construção por empreitada, a Administração Tributária editou o Ato Declaratório Normativo nº 06, de 13 de janeiro de 1997, nos seguintes termos:

(...)

I Na atividade de construção por empreitada, o percentual a ser aplicado sobre a receita bruta para determinação da base de cálculo do imposto de renda mensal será:

a) 8% (oito por cento) quando houver emprego de materiais, em qualquer quantidade; b) 32% (trinta e dois por cento) quando houver emprego unicamente de mão-de-obra, ou seja, sem o emprego de materiais.

(...)

Conforme estabelecido na Instrução Normativa SRF nº 480, de 15 de dezembro de 2004 (DOU de 29.12.2004), os órgãos da administração federal direta, as autarquias, as fundações federais, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades em que a União, direta ou indiretamente detenha a maioria do capital social sujeito a voto, e que recebam recursos do Tesouro Nacional e estejam obrigadas a registrar sua execução orçamentária e financeira no Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (Siafi) reterão, na fonte, o Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) e a Contribuição para o PIS/Pasep sobre os pagamentos que efetuarem as pessoas jurídicas, pelo fornecimento de bens ou prestação de serviços em geral, inclusive obras, observados os procedimentos previstos na referida Instrução Normativa.

Segundo a referida Instrução, os entes jurídicos acima deverão reter o imposto de renda (IR), a razão de 1,2% sobre o montante pago, somente na hipótese de fornecimento pelo empreiteiro de todos os materiais indispensáveis à execução da obra, em que se admite uma presunção de lucro de 8% sobre os serviços prestados pelo empreiteiro. Isso é o que se depreende da leitura do inciso II do § 7º da IN acima. A retenção da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) será de 1% sobre o montante pago, independentemente de aplicação de material na obra. Portanto, na hipótese de se incluir na empreitada apenas parte do material, a retenção será de 4,8% ($15\% \times 0,32$) e de 1,0%, em relação ao IR e a CSLL, respectivamente, sobre o montante faturado, tendo por base uma presunção de lucro de 32% sobre o faturamento, em relação ao Imposto de Renda.

Pela nova norma de retenção, entendia-se que as retenções não tinham reflexo na determinação do lucro presumido, ou seja, não alterava a aplicação dos percentuais de presunção para efeito de apuração da base de cálculo do imposto de renda a que estão sujeitas as pessoas jurídicas beneficiárias dos respectivos pagamentos, estabelecidos no art. 15 da Lei nº 9.249, de 1995 (art. 32 da IN acima).

Já a Instrução Normativa SRF nº 539, de 25/04/2005 (DOU de 27/04/2005), no seu art. 1º, deu nova redação ao art. 32 da INSRF nº 480 acima, na forma a seguir:

Art. 32. As disposições constantes nesta Instrução Normativa:

(...)

II não alteram a aplicação dos percentuais de presunção para efeito de apuração da base de cálculo do imposto de renda a que estão sujeitas as pessoas jurídicas beneficiárias dos respectivos pagamentos, estabelecidos no art. 15 da Lei nº 9.249, de 1995, exceto quanto aos serviços de construção por empreitada com emprego de materiais, de que trata o inciso II do art 1º, e aos serviços hospitalares, de que trata o art. 27.

Vê-se que a IN nº 539 acima altera o percentual de lucro presumido para efeito de cálculo do imposto de renda, no caso de empreitadas com ou sem

aplicação de materiais, ou seja, para que o lucro presumido seja de 8% do faturamento é necessário que se inclua na empreitada todo o material aplicado na obra e não somente parte dele. Caso não seja utilizado material ou apenas parte, o percentual de lucro será de 32% sobre o faturamento. Esse entendimento vale também para a CSLL, que passou a ter percentuais de presunção de 12% ou 32%, respectivamente, na hipótese de incluir todo o material ou somente parte.

É bom lembrar que a Instrução nº 539 citada não alterou a Lei nº 9.249, de 1995, mas apenas derogou o Ato Declaratório Cosit nº 6, de 1997, já citado. Portanto, desde o ano de 2005, os serviços prestados de construção por empreitada só serão considerados com lucro de 8% e 12%, para Imposto de Renda e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, respectivamente, nos casos em que haja aplicação integral dos materiais na obra. Caso contrário, será considerado como prestação de serviços, com base de cálculo de 32% sobre o faturamento, tanto para imposto de renda como para a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

No caso concreto, relativamente ao objeto social da Contribuinte, a cláusula 5ª do Contrato de Constituição de Sociedade por cotas de Responsabilidade Limitada, firmado em 1989 (fl. 71/74) tem o seguinte teor:

Cláusula 5ª – Objeto social: Construção Civil, estradas, serviços de engenharia em geral e incorporações.

Por meio da 1ª Cláusula da Alteração Contratual, de 28 de janeiro de 1997 (fls. 111 e 112), foram acrescentadas outras atividade ao objetivo inicial:

1ª Cláusula – OBJETIVO SOCIAL Acrescentase ao objetivo inicial as seguintes atividades:

Limpeza Pública

B) Coleta, tratamento e disposição final de efluentes sanitários e industriais Resíduos sólidos urbanos e industriais

D) Urbanização, pavimentação e drenagem Limpeza e manutenção de vias, logradouros, prédios e monumentos Projeto e consultoria na área de engenharia sanitária e civil Transporte rodoviário de carga

Entretanto, a partir de 5 de janeiro de 2004, quando foi feita a “9ª ALTERAÇÃO CONTRATUAL E CONSOLIDAÇÃO GRADO ENGENHARIA LTDA” (fls. 117 a 120), a Construção Civil, estradas, serviços de engenharia em geral e incorporações, previstas no Contrato Social, de 1989, não mais figuram entre as atividades desenvolvidas pela pessoa jurídica, conforme se depreende da cláusula 6ª da Consolidação do Contrato Social, transcrita a seguir:

CONSOLIDAÇÃO DO CONTRATO SOCIAL “em consequência das Alterações introduzidas, os atos constitutivos e alterações têm nova redação, passando a sociedade a reger-se pelas Cláusulas e condições seguintes:

(...)

6ª CLÁUSULA – OBJETIVO SOCIAL Os objetivos da sociedade são:

limpeza pública coleta e tratamento de disposição final de efluentes sanitários e industriais resíduos sólidos urbanos e industriais limpeza e manutenção de vias, logradouros, prédios e monumentos projeto e consultoria na área de engenharia sanitária e civil transporte rodoviário de carga A Cláusula acima transcrita encontra-se ratificada nas 10ª e 11ª Alterações Contratuais posteriores (fls. 122 e 123).

Dessa forma, ao contrário do alegado na defesa, no ano-calendário de 2008, não mais constava do seu objeto social as atividades de Construção Civil, estradas, serviços de engenharia em geral e incorporações.

No entanto, o que interessa para a identificação do percentual aplicável é a atividade efetivamente desenvolvida pela empresa, e não simplesmente a atividade registrada em seus atos constitutivos.

Nesse aspecto, verifica-se, também, que as atividades descritas nas notas fiscais de fls. 150 a 164, que deram origem às receitas submetidas à tributação em litígio, não se confundem, de maneira alguma, com a atividade de construção civil, muito menos com a empreitada global de construção civil, senão vejamos.

De acordo com a descrição constante das referidas notas fiscais, as receitas submetidas à tributação se restringem a serviços de limpeza mecanizada e manual de praias e fornecimento de equipes para lavagem de vias, no Município de Salvador, executados conforme Contrato Emergencial de Prestação de Serviços nº 06/2008 (fls. 165 a 184), Contrato Emergencial de Prestação de Serviços de Limpeza Urbana nº 026/2008 (fls. 185 a 200), e Contrato nº SESP/ – 011/2002, firmados com o Município de Salvador, através da Secretaria Municipal de Serviços Públicos.

Observe-se que o Contrato SESP nº 011/2002 foi firmado entre a Secretaria Municipal de Serviços Públicos – SESP e o CONSÓRCIO ITAPOAN, constituído pelas empresas VEGA ENGENHARIA AMBIENTAL S.A, TORRE EMPREENDIMENTOS RURAIS E CONSTRUÇÃO LTDA e GRADO ENGENHARIA LTDA.

Vale transcrever, parcialmente, as cláusulas que determinam o objeto dos aludidos contratos:

CONTRATO EMERGENCIAL DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS Nº 06/2008 *Cláusula Primeira – Do Objeto Contratação de pessoa jurídica, em caráter emergencial, por dispensa de licitação, para prestação de serviço de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos compreendendo as seguintes atividades: limpeza mecanizada e manual de praias e fornecimento de equipe para lavagem de vias, no Município do Salvador, conforme especificações e planilha de preços, constantes dos Anexos I e II deste Contrato.*

(..)

CLÁUSULA SEGUNDA – DO PREÇO E DAS CONDIÇÕES DE PAGAMENTO (...)

2.2 Estão incluídas no preço referido no subitem 2.1, além do lucro, todas e quaisquer despesas que onerem direta ou indiretamente os serviços contratados inclusive os valores referentes a todos os serviços constantes do Anexo I bem como todos os custos, tributos, encargos, emolumentos, contribuições sociais, fiscais, parafiscais, obrigações trabalhistas, insumos, transporte, fardamento, equipamentos de proteção individual e demais obrigações legais...

(...)

ANEXO I – ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS (...)

1. SERVIÇOS A SEREM REALIZADOS 1.1 Os serviços serão executados nas áreas, vias e logradouros públicos, constantes neste anexo.

1.2 O objeto licitado compreende a execução dos seguintes serviços:

a) Limpeza mecanizada e manual de praias;

b) Fornecimento de equipes para lavagem de vias 2.1 LIMPEZA MECANIZADA E MANUAL DE PRAIAS

2.1.1 A limpeza de praia deverá ser realizada mecanicamente com o uso de tratores agrícolas com equipamento limpadora de praia modelo de referência Cobra HM2 ou similar.

2.1.2 Os serviços serão realizados de segunda a sábado ...

2.1.3 As áreas de abrangência dos serviços e quantidades de equipamentos estão discriminados a seguir...

2.2 FORNECIMENTO DE EQUIPES DE SERVIÇOS PARA LAVAGEM DE VIAS 2.2.1 Compreende o jateamento d'água com pressão suficiente para a limpeza de todos os resíduos restantes e impregnados no pavimento, após a coleta e varrição de praças, ruas, escadarias, pontos de ônibus, etc.

2.2.2 Após o término das feiras livres deverá ser feita a lavagem das ruas onde as mesmas se realizam e desinfecção com produtos higienizadores aplicados nas áreas.

2.2.3 A água para lavagem, detergente e aromatizante utilizados no serviço de limpeza será fornecido pela Contratada.

2.2.4 A equipe para os serviços de lavagem de vias será constituída de 01 (um)

motorista, 02 (dois) ajudantes, 01 (um) caminhão tanque irrigador (pipa);

2.2.5 O caminhão deverá ser equipado com tanque (pipa) dotado de bomba ou dispositivo similar mecânico ou hidráulico com pressão d'água suficiente para perfeita execução dos serviços e mangueira com 60m de comprimento, diâmetro de 1" e vazão normal mínima de 200 litros por minuto; (...)

CONTRATO EMERGENCIAL DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE LIMPEZA URBANA Nº 026/2008

Cláusula Primeira – Do Objeto Contratação de pessoa jurídica, em caráter emergencial, por dispensa de licitação, para prestação de serviço de limpeza

urbana e manejo de resíduos sólidos compreendendo as seguintes atividades: limpeza mecanizada e manual de praias e fornecimento de equipe para lavagem de vias, no Município do Salvador, conforme especificações e planilha de preços, constantes dos Anexos I, II e III deste Contrato.

(..)

CLÁUSULA SEGUNDA – DO PREÇO E DAS CONDIÇÕES DE PAGAMENTO (...)

2.2 Estão incluídas no preço referido no subitem 2.1, além do lucro, todas e quaisquer despesas que onerem direta ou indiretamente os serviços contratados inclusive os valores referentes a todos os serviços constantes dos Anexos I e II bem como todos os custos, tributos, encargos, emolumentos, contribuições sociais, fiscais, parafiscais, obrigações trabalhistas, insumos, transporte, fardamento, equipamentos de proteção individual e demais obrigações legais...

(...)

CONTRATO Nº SESP – 011/2002

Cláusula Primeira – Objeto 1.1 Constitui objeto do presente Contrato a execução, na forma de prestação de serviços, sob o regime de empreitada por preços unitários, dos serviços abaixo discriminados:

Fornecimento de Equipe de Serviços para Lavagem de Vias Varrição Mecanizada Limpeza Mecanizada e Manual de Praias Fornecimento de Equipe de Serviços para Limpeza Manual de Praias Fornecimento de Equipamentos Diversos:

Trator de Esteiras Tipo D6 Caminhão Basculante Caminhão com Carroceria de madeira Escavadeira Hidráulica Pá Carregadeira Retro Escavadeira Caminhão Munk Roçadeira Costal Fornecimento e Implantação de Usina de Compostagem Fornecimento, Implantação e Operação de Usina de Beneficiamento de Entulho A título de exemplo, transcrevese, também, a descrição contida nas notas fiscais nº 3549 (fl. 151); 3574 (fl. 154); 3585 e 3596, relativas aos contratos nº 011/2002, 06/2008 e 026/2008, pois as demais têm o mesmo teor, alterando apenas os quantitativos e valores em reais:

NF 3549

Valor referente aos serviços executados conforme Contrato nº 011/2002, no período 01.01.2008 a 31.01.2008, conforme descrição abaixo:

CARROS PIPA Valor ref. 272,0 equipes xR\$ 825,02 Valor ref. Mão-de-obra (24,18%) R\$54.261,24 Valor ref. retenção INSS (11%)..R\$4.095,56 TRATORES Valor ref. 350,30 Kms. x R\$358,11 Valor ref. Mão-de-obra (29,68%). R\$37.232,35

Valor ref. Retenção INSS (11%)..R\$4.095,56 NF 3574 Valor referente aos serviços executados conforme Contrato nº 06/2008, no período 05.02.2008 a 29.02.2008, conforme descrição abaixo:

CARROS PIPA Valor ref. 230,0 equipes xR\$ 825,02 Valor ref. Mão-de-obra (24,18%) R\$45.882,66 Valor ref. retenção INSS (11%)..R\$5.047,09

TRATORES Valor ref. 314,0 Kms. x R\$358,11 Valor ref. Mão-de-obra (29,68%). R\$33.374,13 Valor ref. Retenção INSS (11%). R\$3.671,15 NF 3585 Valor referente aos serviços executados conforme Contrato nº 06/2008, no período 01.05.2008 a 31.05.2008, conforme descrição abaixo:

Fornecimento de equipes de serv. p/lavagem de vias Valor ref. 280,0 equipes x R\$ 825,02 Valor ref. Mão-de-obra (24,18%) R\$55.857,15 Valor ref. retenção INSS (11%). R\$6.144,29 Limpeza Mecanizada e Manual de Praias:

Valor ref. 332,0 Kms. x R\$358,11 Valor ref. Mão-de-obra (29,68%). R\$35.287,30 Valor ref. Retenção INSS (11%). R\$3.881,60 NF 3596 Valor referente aos serviços executados conforme Contrato nº 026/2008, no período 01.09.2008 a 30.09.2008, conforme descrição abaixo:

Fornecimento de equipes de serv. p/lavagem de vias Valor ref. 282,0 equipes x R\$ 825,02 Valor ref. Mão-de-obra (24,18%) R\$56.256,13 Valor ref. retenção INSS (11%). R\$6.188,17 Limpeza Mecanizada e Manual de Praias:

Valor ref. 327 Kms. x R\$358,11 Valor ref. Mão-de-obra (29,68%). R\$34.755,86

Valor ref. Retenção INSS (11%). R\$3.823,14.....

Depreende-se, pois, que o objeto social da Contribuinte não é a construção civil, como também as receitas tributadas nos autos são provenientes de serviços de limpeza urbana, compreendendo atividades de limpeza mecanizada e manual de praias e fornecimento de equipe para lavagem de vias, no Município de Salvador, totalmente distintos de obras de construção civil.

Convém esclarecer que ao alegar que na forma dos contratos há utilização de materiais adquiridos pela própria Impugnante, na execução dos serviços, pois é obrigação da contratada “arcar com todas as despesas, referentes ao fornecimento de materiais, mão-de-obra, máquinas, ferramentas, equipamentos”, a Impugnante parece ter confundido as expressões “prestação de serviços com emprego de material” e “utilização de material para prestação de serviços”, o que nem de longe representa o mesmo fato econômico.

O que constitui a lógica da distinção feita pela legislação, para fins de adoção do percentual de presunção de lucro de 8% para o IRPJ, no caso de empreitada de construção, é pressupor o fornecimento de mercadorias, ou seja, o emprego de materiais que ficam incorporados ao bem construído. No caso dos serviços executados pela Contribuinte, nem há que se falar em bem construído.

Diante do exposto, conclui-se estar correto o coeficiente de determinação do lucro presumido adotado pela Autoridade Fiscal, na constituição do lançamento do IRPJ, razão pela qual o IRPJ devido apurado deve ser integralmente mantido.

Quanto aos demais Autos de Infração, decorrentes (Contribuição para o PIS, COFINS e CSLL), deve ser observado o que foi decidido para o Auto de

Infração principal, uma vez que todas as exigências tiveram o mesmo suporte fático.

DOS PAGAMENTOS REALIZADOS

Com relação a este tópico, da análise dos autos, verifica-se que nas DCTF originais apresentadas, relativas ao 1º e 2º semestres de 2008, não há débitos declarados referentes ao IRPJ, CSLL, PIS e Cofins.

Assim, no cálculo do IRPJ lançado, foram deduzidos do IRPJ devido, apurado em cada trimestre do ano-calendário de 2008, os únicos valores passíveis de dedução, representados pelo respectivo IRPJ retido na fonte, sob o código 1708, informado na Declaração de Imposto de Renda Retido na Fonte (Dirf) apresentada pela Prefeitura Municipal de Salvador.

Com relação à CSLL, não há qualquer valor retido ou confessado em DCTF a ser considerado.

No tocante ao PIS e à Cofins, também não há qualquer valor retido na fonte ou confessado em DCTF, mas, mesmo assim, observa-se que foram deduzidos dos valores destas contribuições apurados nos meses de junho a setembro, os valores dos recolhimentos efetuados espontaneamente, confirmados nos sistemas de controle da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Logo, não procede a alegação de que a autoridade fiscal teria deixado de considerar no cálculo do IRPJ, CSLL, PIS e Cofins, lançados, as retenções e pagamentos que já haviam sido realizados.

DA MULTA

A Contribuinte insurge-se contra a aplicação da multa qualificada, arguindo: não ter havido omissão de receita, mas sim pagamento do quanto devido sob a real alíquota que deveria incidir sobre as referidas operações; ainda que se admitisse verdadeira a premissa adotada pelo Auditor, a multa não deveria incidir sobre os valores reconhecidos na DIPJ apresentada, muito menos sobre os valores que o contribuinte já realizou pagamento e compensação, e também aqueles retidos pelo tomador de serviço; não ter agido com dolo.

A multa qualificada de 150% tem fundamento legal no art. 44, inciso II, da Lei n.º 9.430/1996. Dispõe o dispositivo que a multa é devida nos casos definidos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Por seu turno, os arts. 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502/1964 assim rezam:

Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I – da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais; II – das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos artigos 71 e 72.

Conforme relatado no Termo de Verificação Fiscal, e demonstrado nos autos, relativamente aos períodos de apuração ocorridos no ano-calendário de 2008, a Dirf entregue pela Prefeitura Municipal de Salvador revela receitas auferidas pela Contribuinte em volume bem superior àquele informado em sua DIPJ, receitas estas que também não foram oferecidas à tributação do IRPJ e da CSLL, pois não foram confessadas em DCTF, e oferecidas apenas, parcialmente, à tributação da Contribuição para o PIS e da Cofins, pois referidas contribuições também não foram confessadas em DCTF, constando apenas pagamentos em valores bem inferiores aos devidos, para os meses de junho a setembro de 2008. **Portanto, ao declarar, sistematicamente, a inexistência de débitos em suas DCTF, a Contribuinte tentou impedir ou retardar, o conhecimento, por parte da autoridade fazendária, da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal. Essa prática reiterada forma o elemento subjetivo da conduta dolosa. Tal situação fática se subsume perfeitamente ao tipo previsto no art. 71, inciso I, da Lei nº 4.502/1964.**

Entretanto, entendo assistir razão à Contribuinte, quanto ao pleito de desqualificação da multa, apenas sobre os valores do IRPJ e CSLL informados na DIPJ/2009, apresentada espontaneamente, conforme demonstrado a seguir: (...) (Grifei).

A meu ver, os fundamentos acima transcritos esgotam as alegações de defesa e não merecem qualquer reparo. Uma vez que a contribuinte limitou-se a repisar sua peça impugnatória, peço vênha para adotá-los com razões de decidir.

Conclusão

Diante do exposto, voto no sentido negar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira