



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

Processo n° 13656.720085/2013-14
Recurso n° De Ofício e Voluntário
Acórdão n° 1402-003.619 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de dezembro de 2018
Matéria IRPJ- imunidade
Recorrentes DME DISTRIBUIÇÃO S/A- DMED
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007

IRPJ. CSLL. NULIDADE. OCORRÊNCIA. LUCRO REAL. ERRO NO LANÇAMENTO. ASPECTO TEMPORAL.

O lançamento de ofício do IRPJ e da CSLL, ao adotar equivocadamente regime de tributação anual, ao invés do trimestral conforme norma prevista em lei, já que a recorrente se entendia imune, afronta o aspecto temporal previsto na legislação tributária. Trata-se de erro de direito que macula o ato administrativo de nulidade insanável.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, i) negar provimento ao recuso de ofício; ii) dar provimento ao recurso voluntário para cancelar os lançamentos por nulidade em razão de vício material. A Conselheira Edeli Pereira Bessa e os Conselheiros Leonardo Luis Pagano Gonçalves e Evandro Correa Dias acompanharam pelas conclusões.

(assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente.

(assinado digitalmente)

Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marco Rogério Borges, Caio César Nader Quintella, Edeli Pereira Bessa, Leonardo Luís Pagano Gonçalves, Evandro Correa Dias, Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira, Júnia Roberta Gouveia Sampaio e Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

Relatório

Trata-se de auto de infração (fls.673-98) lavrado em face da DME DISTRIBUIÇÃO S/A, autarquia municipal de Poços de Caldas (MG), que ante ao afastamento

da regra da imunidade tributária recíproca (Art.150, VI, a), teve por lançado de ofício IRPJ (ano-calendário 2007), CSLL e PIS/COFINS com multa ofício.

Dada reprodução objetiva de todo processado peça vênha aos colegas para empreender transcrição do relatório da DRJ:

Contra o interessado foram lavrados autos de infração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica no valor total de R\$ 26.779.855,16, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido no valor total de R\$ 9.676.599,51, Cofins no valor total de R\$ 18.413.724,42 e Pis/Pasep no valor total de R\$ 3.989.639,98, em função das irregularidades que se encontram descritas no Termo de Verificação Fiscal (TVF) de fls. 673/698;

A empresa apresenta impugnação, na qual alega, em síntese, que:

a) DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO - ERRO INSANÁVEL NO CÁLCULO DO IMPOSTO DE RENDA E DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO - Inteligência dos artigos 1º e 2º da Lei nº 9.430/96

a.1) Verifica-se que o I. Fiscal utilizou tão somente do valor do lucro líquido apurado para determinar às bases de cálculo do Imposto de Renda (IRPJ), bem como das demais contribuições reflexas. Todavia, não foram levadas em consideração as adições, exclusões e compensações existentes, prescritas ou autorizadas pela legislação d Imposto de Renda;

b) DAS PREJUDICIAIS DE MÉRITO

b.1) DA REGRA DE COMPETÊNCIA NEGATIVA OU DE INCOMPETÊNCIA(IMUNIDADE);

b.2) DA IMUNIDADE RECÍPROCA - Inteligência do §2º c/c alínea "a" inciso VI do artigo 150 da CR/88 c/c alínea c, do inciso IV, do art. 90 do CTN;

b.3) DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS AUTORIZADORES PARA FAZER JUS À IMUNIDADE RECÍPROCA;

- b.4) Da não descaracterização de serviço público em face de contraprestação pela a atividade;
- b.5) Da não vinculação das decisões emanadas por outro Ente Federado e do reconhecimento da imunidade recíproca perante a Justiça Estadual: trânsito em julgado do Mandado de Segurança de nº 0518.01.000134-6;
- c) DA INALTERABILIDADE DO FATO GERADOR: INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 144 DO CTN;
- c.1) urge lembrar que a IMPUGNANTE, à época da ocorrência dos supostos fatos geradores (2008 e 2009), estava estruturada na forma de uma autarquia municipal e, portanto, integrante da Administração Pública Indireta, cujo objetivo era (e ainda é) a distribuição de energia elétrica - prestação de serviço realizada mediante concessão federal de serviço público, consubstanciada pela Lei Municipal nº 420/1954, alterada pela Lei Complementar nº 79/2007, editadas pelo Município de Poço de Caldas;
- c.2) No caso em tela, os lançamentos se referem a 2008 e 2009, devendo guardar relação com os dados materiais desses exercícios. É dizer que as circunstâncias que deram origem aos respectivos créditos são únicas e imutáveis. Logo, o lançamento não pode alterar e nem desconsiderar os aspectos material, espacial, temporal e pessoal da norma tributária;
- d) DA NÃO-INCIDÊNCIA;
- d.1) Da não-incidência da COFINS, PIS/PASEP E CSLL - inteligência da alínea "a", do inciso III, do artigo 146, **caput** do artigo 195 e parágrafos seguintes, todos da CR/88;
- d.2) Da não-incidência da COFINS, PIS/PASEP E CSLL – mandamentos infraconstitucionais;
- e) AD ARGUMENTANDUM TANTUM- DA COMPENSAÇÃO E DEDUÇÃO DO MONTANTE DEVIDO A TÍTULO DE PIS E COFINS;
- f) DA EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS;
- g) - DA IMPUGNAÇÃO QUANTO À FORMA DE CÁLCULO DO IMPOSTO DE RENDA E DOS TRIBUTOS REFLEXOS;
- h) PRINCIPAIS ADIÇÕES, EXCLUSÕES E DEDUÇÕES AO LUCRO LÍQUIDO;
- i) DA OBRIGATÓRIA DEDUÇÃO DO CSLL DA BASE DE CÁLCULO DA IRPJ;
- j) DA FINALIDADE EDUCATIVA DA MULTA EXIGIDA;
- k) DA IMPRESCINDIBILIDADE DA PRODUÇÃO DE PROVA MEDIANTE PERÍCIA CONTÁBIL;
- l) DOS PEDIDOS E DOS REQUERIMENTOS

A impugnação apresentada pela ora recorrente foi julgada parcialmente procedente em julgado assim ementado:

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano-calendário: 2008, 2009

AUTARQUIA. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA.

Não está amparada pela imunidade de que trata o art. 150, VI, "a", da Constituição Federal, a autarquia que exerça atividade de produção e distribuição de energia elétrica, caracterizada como atividade mercantil.

REGIME TRIBUTÁRIO.

Autarquia que, em função de explorar atividade própria das empresas públicas, sociedades de economia mista ou mesmo de empresas privadas, deve ser submetida ao regime tributário imposto a essas.
EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE.
Não há previsão legal para a exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições ao PIS e da Cofins apuradas pelos regimes cumulativo e não-cumulativo.

Irresignada com a decisão a recorrente apresenta o presente Recurso Voluntário sustentando em suma o seguinte:

Ainda em sede preliminar a recorrente sustenta a nulidade do auto de infração na medida em que a autoridade fiscal empreendeu lançamento de ofício, ante a falta de opção da contribuinte que entendia ser imune, no lucro líquido inobservando regime de apuração do lucro real trimestral.

No mérito sustenta a contribuinte, ora recorrente, a aplicação da imunidade tributária recíproca (art.150, VI, a, CRFB/1988) trazendo em seu respaldo uma série de precedentes do Eg. STF (RREE n.399.907 e 484.814), bem como, deste próprio CARF (Ac. n.1302-001111). Sustenta ainda recorrente que a percepção de lucro não afasta a aplicação da regra de imunidade na medida em que todo lucro auferido é reaplicado na melhoria da prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica.

Quanto ao lançamento de CSL e PIS/COFINS sustenta que vigora não-incidência ante ausência previsão legal de equiparação das autarquias às empresas que percebem faturamento. Subsidiariamente, postula compensação e dedução de PIS/COFINS e exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS e multa de ofício fixada.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Relator Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira

1. DA ADMISSIBILIDADE:

O recurso é tempestivo e a recorrente encontra-se regularmente representada.

2. DA PRELIMINAR DE NULIDADE.

A DMED foi autuada pela mesma autoridade fiscal em dois autos de infração, para os ano-calendários 2007 e 2008-9.

Em ambos a autoridade fiscal, considerando a ausência de opção da recorrente por qualquer regime tributação dado que entendia pela imunidade, incorreu no grave equívoco de empreender lançamento de ofício pelo lucro líquido inobservando apuração pelo regime do lucro real trimestral.

Ao apreciar o Recurso Voluntário interposto pela recorrente referente ao auto de infração correspondente ao ano-calendário 2007 a turma 1302 entendeu pela presença de vício insanável na medida em que o equívoco da autoridade fiscal quanto ao aspecto temporal macula toda autuação de modo que, na linha da jurisprudência deste Eg. CARF, adotamos as razões de decidir da Ilustre Conselheira Amélia Yamamoto ao que peço vênias aos colegas para transcrevê-las:

Alega a recorrente, em sede de preliminar, a nulidade do lançamento fiscal, nos termos dos arts. 59 e 60 do Decreto 70.235/72, e do art. 142, do CTN, uma vez que a Fiscalização não logrou êxito ao quantificar a base de cálculo do tributo e o montante devido.

A Fiscalização, ao efetuar o lançamento, entendeu que a Recorrente era autarquia e que por essa razão, deveria ser tributada como uma empresa mercantil, com finalidades lucrativas, e o fez, apurando-se o IRPJ e a CSLL com base no lucro líquido contábil. Ou seja, o lançamento efetuado foi feito no regime do lucro real anual.

Vale transcrever o art. 142 do CTN:

Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Nesses termos, é função da autoridade administrativa, determinar a ocorrência do fato gerador, a matéria tributável, calcular o montante devido de tributo e identificar o sujeito passivo, ocorrendo a subsunção do fato à norma.

Dessa maneira, nos termos do arts. 1º, 2º e 28 da Lei 9.430/96, temos o seguinte:

Art. 1º A partir do ano-calendário de 1997, o imposto de renda das pessoas jurídicas será determinado com base no lucro real, presumido, ou arbitrado, por períodos de apuração trimestrais, encerrados nos dias 31 de março, 30 de junho, 30 de setembro e 31 de dezembro de cada ano-calendário, observada a legislação vigente, com as alterações desta Lei.

(...)

Art. 2º A pessoa jurídica sujeita a tributação com base no lucro real poderá optar pelo pagamento do imposto, em cada mês, determinado sobre base de cálculo estimada, mediante a aplicação dos percentuais de que trata o art. 15 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, sobre a receita bruta definida pelo art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, auferida mensalmente, deduzida das devoluções, vendas canceladas e dos descontos incondicionais concedidos, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 29 e nos arts. 30, 32, 34 e 35 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995. (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014)

(...)

§ 3º A pessoa jurídica que optar pelo pagamento do imposto na forma deste artigo deverá apurar o lucro real em 31 de dezembro de cada ano, exceto nas hipóteses de que tratam os §§ 1º e 2º do artigo anterior.

(...)

Art. 28. Aplicam-se à apuração da base de cálculo e ao pagamento da contribuição social sobre o lucro líquido as normas da legislação vigente e as correspondentes aos arts. 1º a 3º, 5º a 14, 17 a 24B, 26, 55 e 71. (Redação dada pela Lei nº 12.715, de 2012)
(...)(grifei)

Ou seja, uma vez que a Recorrente entende-se imune ao IRPJ e não tributável à CSLL, não havia nenhuma opção feita, como determina a norma, para os casos em que a apuração seja pelo lucro real anual. Não existindo a hipótese de escolha pela autoridade fiscal, o lançamento deveria ter ocorrido como determina a lei, qual seja, no regime do lucro real trimestral.

Caracterizada está a nulidade dos lançamentos efetuados, já que um dos pilares do lançamentos não se verifica correto. A apuração do montante do tributo devido foi realizado num regime completamente divergente.

Dessa forma, vejo alguns precedentes, inclusive da CSRF, Ac. 9101002.147 1ª Turma, de 07 de dezembro de 2015, que trata de nulidade semelhante, diferenciando-se do presente caso apenas pelo fato de que lá ocorreu o inverso, o contribuinte havia feito a opção pelo lucro real anual e o lançamento se deu pelo lucro real trimestral.

Destaco alguns trechos e a ementa deste acórdão:

Na realidade, entendo que a autoridade autuante incorreu em erro de direito, ao interpretar equivocadamente os fatos e aplicar o tipo legal em desacordo com a hipótese de incidência delineada.

*De qualquer forma, trata-se de vício de natureza material (concernente ao suporte fático), e, por se tratar de **aspecto temporal previsto em lei**, macula o lançamento tributário de nulidade insanável.*

IRPJ. CSLL. LUCRO REAL. ERRO NO LANÇAMENTO. ASPECTO TEMPORAL.

O lançamento de ofício do IRPJ e da CSLL, ao adotar equivocadamente regime de tributação trimestral, ao invés do anual conforme opção consumada pelo contribuinte, afronta o aspecto temporal previsto na legislação tributária. Trata-se de erro de direito que macula o ato administrativo de nulidade insanável.

De igual forma para os lançamentos realizados de PIS e de COFINS, já que o lançamento neste caso nem se utilizou do regime não-cumulativo, que seria o caso, se seguisse o lucro real trimestral ou anual, e sim na Lei Complementar 7/70 e no Decreto 4.524/02, que seria aquele devido pelas pessoas jurídicas de direito privado. Em seguindo o entendimento que não se trata de pessoa jurídica de direito público e sim privado, o regime aplicável teria sido o não-cumulativo. De se ressaltar, ainda, discussão ocorrida quando da sessão, se o vício verificado no caso em tela seria de ordem formal ou material, claro ficou que não se trata de vício formal e portanto não seria aplicável o art. 173, II, do CTN, não sendo possível outro lançamento.

De igual forma, a Solução Cosit 8/2013, em que se entende que o erro em um dos componentes da regra matriz de incidência gera um lançamento nulo por vício material. (Acórdão n.1301-002.611, julgado em 19 de setembro de 2017)

Nesta perspectiva, me filio às razões de decidir trazidas pela I. Conselheira Amélia Yamamoto que muito bem discerniu o ocorrido e o mandamento legal aplicável que conduzem inexoravelmente à decisão pela nulidade do auto de infração lavrado vez que maculado por vício insanável ante ao erro material incorrido pela autoridade fiscal.

Diante do exposto voto por dar provimento ao Recurso Voluntário dar provimento ao recurso voluntário para cancelar os lançamentos por nulidade em razão de vício material.

É como voto.

Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira - Relator

Processo nº 13656.720085/2013-14
Acórdão n.º **1402-003.619**

S1-C4T2
Fl. 1.115
