



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

Processo nº 13656.721239/2012-04
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1301-002.611 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de setembro de 2017
Matéria Autarquia
Recorrente DME DISTRIBUIÇÃO S/A - DMED
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

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 em, por unanimidade de votos, em acolher a preliminar de nulidade da autuação por vício material na apuração da exigência e dar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Presidente.

(assinado digitalmente)

Amélia Wakako Morishita Yamamoto - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Roberto Silva Junior, José Eduardo Dornelas Souza, Ângelo Abrantes Nunes, Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro,

Processo nº 13656.721239/2012-04
Acórdão n.º **1301-002.611**

S1-C3T1
Fl. 1.519

Milene de Araújo Macedo, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Bianca Felícia Rothschild e Fernando Brasil de Oliveira Pinto.

Relatório

DME DISTRIBUIÇÃO S/A - DMED (Departamento Municipal de Eletricidade), já qualificado nos autos, recorre da decisão proferida pela 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Juiz de Fora (MG) - DRJ/JFA (fls. 1388/1402), que, por maioria de votos, considerando o voto de qualidade do Presidente-substituto e relator, julgaram improcedente a impugnação, mantendo-se o crédito tributário lançado.

Dois julgadores votaram pela improcedência do lançamento de IRPJ e CSLL devido a apuração do lucro real em base anual.

Do Lançamento

Segundo o Termo de Verificação e Encerramento da Ação Fiscal, (fls. 1069/1092), e Relatório do acórdão recorrido, houve a lavratura do auto de infração de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, no valor total de R\$23.020.694,86.

Consta que recorrente foi intimada a apresentar os Atos Legais Constitutivos, Livros Fiscais, Balanços Patrimoniais, Balancetes de Verificação, Demonstrações de Resultado do Exercício, Estrutura do Balanço, Plano de Contas, DIPJ, DCTF, DACON, dentre outros documentos.

A recorrente, autarquia municipal no período fiscalizado, cuja sua finalidade constitutiva consistia em atuar no setor elétrico, exibiu, em meio magnético, sua contabilidade segundo as regras do direito societário e normas da Aneel, e justificou, pelos mesmos fundamentos, a falta de entrega da DIPJ e a DACON.

Todavia, entendeu o r. agente fiscal que a recorrente desenvolve atividades de mercado, prevista nos 173 e 175 da Constituição da República, o que afastaria a condição de imune, estipulada no artigo 150, VI, “a”, da Lei Maior.

Estribada na premissa adotada, a r. fiscalização elaborou, com base nas informações prestadas pela recorrente, balancetes das contas do ativo e do passivo da fiscalizada, referente aos anos de 2007, 2008, 2009 e primeiro trimestre de 2010, e alcançou as seguintes divergências:

“(…)

Balancete obtido da contabilidade digital apresentada e dados das Demonstrações de Resultado consignados no Diário Geral de dezembro de cada ano-base, e dados obtidos dos Livros Razão, apresentados em meio digital, formato PDF, informam valores divergentes para o resultado exercício, consoante o período fiscalizado:

Ano de 2007 LUCRO OU PREJUÍZO LÍQUIDO DO EXERCÍCIO: 298.252.144,23 DRE 31/12/2006/2007 (Em milhares) : 28.897 Diário Geral nº 275 fl. 829 DRE 31/12/2007/2008 (Em milhares) : 18.158 Diário Geral nº 287 fl. 934 Razão 2007, fls. 620, 626, 658 e 662 Lucro: 52.248.781,46 (contas: 23.218, 23.578, 23.607 e 23.636)

Ano de 2008:

LUCRO OU PREJUÍZO LÍQUIDO DO EXERCÍCIO: 325.461.204,80 DRE 31/12/2007/2008 (Em milhares) :39.371 Diário Geral nº 287 fl. 934 DRE 31/12/2008/2009 (Em milhares) :35.976 Diário Geral nº 299 fl. 840 Razão 2008, fl. 622 Lucro: 39.370.852,33

Ano de 2009:

LUCRO OU PREJUÍZO LÍQUIDO DO EXERCÍCIO: 302.638.578,44 DRE 31/12/2008/2009 (Em milhares) :11.847 Diário Geral nº 299 fl. 840 Razão 2009, fl. 540 Lucro: 23.552.636,68 Primeiro Trimestre de 2010: Razão 2010 fls. 1044 e 1083 Lucro: 13.568.989,99 (contas: 23.218, 23.578, 23.607 e 23.636) Razão societária: contas: 23.636, 23.607 e 23.578, fls. 1592 e 1600 **As discrepâncias encontradas na contabilidade da fiscalizada urge sejam esclarecidas, pois aliado ao fato da fiscalizada não apurar o LALUR Livro de Apuração do Lucro Real, mais os desencontros apontados, podem ensejar ao arbitramento das receitas conhecidas da fiscalizada, ao invés de se apurar o IRPJ e CSLL na forma anual sobre seu lucro líquido apontado, mais a tributação das contribuições ao PIS e a COFINS. sobre seu faturamento mensal, na forma cumulativa, para o período fiscalizado.**

Finalmente, solicita-se ainda a apresentação, do original, dos Livros Razão do mês de dezembro dos anos de 2007, 2008 e 2009, além do Livro Razão dos meses de abril, maio e dezembro de 2010.

(...)”Intimada, a recorrente afirma a legalidade do seu procedimento, escorada na instrução geral nº 7 do Manual de Contabilidade do Setor Elétrico da ANEEL, que dispõe:

“No encerramento do exercício, as contas do Sistema de Resultado serão encerradas organicamente, por transferência para os respectivos Subgrupos, conforme descrito na Técnica de Funcionamento dessas contas. Esses Subgrupos, por seu turno, serão encerrados organicamente, por transferência para os respectivos Grupos. Os Grupos 61 - Resultado Operacional, 63 - Resultado Operacional Financeiro e 67 - Resultado Não Operacional serão encerrados organicamente, por transferência para o Subsistema 6 - Resultado do Exercício Antes da Contribuição social e Imposto de Renda.. O saldo desse Subsistema será transferido, conforme seja positivo ou negativo, para a subconta 710.0x.1.1.01 - Lucro do Exercício ou 710.0x1.1.02 - (-) Prejuízo do Exercício, respectivamente. O Subgrupo 710 - resultado do Exercício será encerrado organicamente/por transferência para o respectivo Grupo. O Grupo 71 - resultado do Exercício, será encerrado organicamente, por transferência para o Subsistema 7 - Lucro ou Prejuízo do Exercício. O saldo desse subsistema deverá ser transferido, se positivo, para a conta 248.01 - Lucros Acumulados: se negativo, para a conta retificadora 248.51 - (-) Prejuízos Acumulados.”

A autoridade fiscal, lembrando que a recorrente fora submetida a processo fiscalização, MPFF nº 06112002004001099, que resultou em lançamento de

ofício, confirmado pelo então Primeiro Conselho, 7ª Câmara, Cons. Rel. Luiz Martins Valero, Proc. nº 13656.001073/200498, conclui:

“A fiscalizada embora tenha sido enquadrada pela ANEEL, para o período desta fiscalização como entidade isenta de recolher os impostos federais, sendo por via de consequência autorizada em reajustar suas tarifas no percentual menor do que aquelas que se apresentam contribuintes de todos os tributos das três esferas do poder.

Impende considerar contudo, que a ANEEL não tem o poder de isencionar qualquer empresa ou sociedade revestida na forma Autárquica, apenas deferiu o percentual para reajuste de tarifas sobre a comercialização de eletricidade, de 9,95% ao invés de 15,08%, seguindo o quadro que se apresentava a ela, que foi levado pela própria fiscalizada, seus Atos Constitutivos Lei Municipal nº 2.547/77.

(...)

Cumpre esclarecer que referida tarifação incide sobre a comercialização de energia elétrica, havendo ainda as outras modalidades desta atividade mercantil, A PRODUÇÃO, A DISTRIBUIÇÃO E ATIVIDADE NÃO VINCULADAS AO SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA outras atividades não operacionais, por exemplo receitas financeiras, etc...

Mas, mesmo assim, a tarifação da fiscalizada para o público consumidor do Município de Poços de Caldas e seu excedente revertido para o mercado nacional, é em vários casos igual ou superior aos preços cobrados pelas suas congêneres, que submetem suas receitas e propriedades à tributação dos entes Municipal, Estadual e Federal, consoante o fato gerador apresentado.

Finalmente, verifica-se dos Resultados das atividades da fiscalizada que auferiu lucro em todos os anos fiscalizados, que conforme TABELA anexa a este AUTO DE INFRAÇÃO e este TERMO DE VERIFICAÇÃO FISCAL, retrata a base imponible para a quantificação dos impostos e contribuições devidas pela fiscalizada, que apresentamos abaixo o resultado para o ano-calendário de 2007.

Foram edificados quatro autos de infração, conforme abaixo:

- 1) IMPOSTO; DE RENDA DA PESSOA JURÍDICA, calculado na forma anual, alíquota de 15%, mais o adicional de 10%, sobre o lucro líquido da fiscalizada, extraído do livro Razão, consoante a forma de apurar da fiscalizada que segue o Manual de Contabilidade do Setor Elétrico da ANEEL, cujo resultado perfaz a soma de R\$16.086.699,79 (composto de Imposto, mais Juros de Mora e Multa Proporcional);
- 2) CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO, com base na mesma base imponible para o cálculo do IRPJ, porém a alíquota é de 9%, adequada a esta contribuição, no montante constituído de R\$5.810.515,39 (composta de CSLL, mais Juros de Mora e Multa Proporcional);
- 3) CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL, cuja tributação se faz pelo faturamento mensal da fiscalizada, na forma cumulativa, para o período fiscalizado, tendo por alíquota 3% do faturamento obtido dos Livros Razão e Balancetes apresentados pela fiscalizada, obtendo o quantum de crédito tributário constituído de R\$923.407,97;

4) PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL, mesmo tipo de tributação para a contribuição à COFINS, e mesmo tratamento tributário, sob alíquota de 0,65%, constituído o crédito total de R\$200.071,71.

Impende considerar que embora a fiscalizada consolide sua contabilidade seguindo o Manual de Contabilidade do Setor Elétrico da ANEEL, deixa a desejar no que concerne a apuração Lucro Real, pois não edita o LALUR, livro de Apuração do Lucro Real, afeto a todas as societárias.

E, em face a busca pela adequação da contabilidade da fiscalizada às normas tributárias federais, tivemos de intimá-la em diversas ocasiões para assim proceder, pois tributá-la sem consignar o prazo exequível para que a fiscalizada, entendesse e querendo, pudesse atender às determinações do fisco e assim tivesse prazo para tanto, e para que não fosse suscitado cerceamento de defesa da fiscalizada, concedemos prazo em lapso temporal bem elástico, pois foram mais de 5 (cinco) Termos de Intimação para atender, visando edificar o presente lançamento tributário, tendo em vista que referida fiscalização iniciou-se em maio de 2011, portanto mais de um ano e meio como prazo pertinente para refazer a presente contabilidade ditada pela a ANEEL para a contabilidade societária daquelas sociedades que apuram e recolhem os tributos federais consoante legislação de regência.”

Da Impugnação

Nos termos da decisão da DRJ, segue o relato da Impugnação, de fls. 1101/1382, que aduziu os seguintes argumentos:

a) Da Nulidade do Lançamento Fiscal

a.1) Da compulsoriedade da apuração, pelo Fisco, do Lucro Real pelo regime de período-base trimestral, para fins do lançamento do IRPJ e da CSLL;

a.2) Da compulsoriedade da apuração, pelo Fisco, do PIS e da COFINS com base no regime não-cumulativo;

a.3) Da impossibilidade de se revisar o lançamento tributário impugnado em face de "erro de Direito";

b) Da Natureza Autárquica do DME

b.1) O DME, até março de 2010, era autarquia de Poços de Caldas, criada através da Lei municipal nº 420, de 1954, posteriormente alterada pela Lei nº 2.547, de 1977, sendo responsável pela energia elétrica neste Município. Ora, o Impugnante preenchia, em 2007, período abrangido pelos autos de infração impugnados, todos os requisitos necessários para a sua existência como sociedade autárquica;

b.2) A própria União Federal reconhecia o Impugnante como Autarquia Municipal, o que se comprova pelo contrato firmado entre este e aquela, em anexo CONTRATO DE CONCESSÃO Nº 49/99 ANEEL, vigente em 2007;

b.3) O fato de explorar a distribuição de energia elétrica não descaracteriza a natureza jurídica do Impugnante. A questão é que o interesse público se faz presente, quando há a atuação do agente administrativo no atendimento de uma finalidade pública;

c) Do Corte De Fornecimento Elétrico Do Consumidor Inadimplente, Dos Contratos De Concessão De Direito De Uso E Autorização Para , Empresas Utilizarem A Rede De Postes Instalados No Município

c.1) O Agente Fiscal, buscando demonstrar a natureza mercantil do Impugnante, afirma que este, além de cortar o fornecimento elétrico do consumidor inadimplente, tem contratos de concessão de direito de uso e de autorização para determinadas empresas utilizarem a rede de postes instalados no Município de Poços de Caldas e de propriedade do Impugnante. Tais atividades, em seu entendimento, seriam descaracterizadoras de sua natureza autárquica;

c.2) Com relação ao corte do fornecimento de energia, esta questão já foi longamente debatida nos Tribunais pátrios e o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça através da sua Primeira Seção foi o seguinte: É lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica, se, após aviso prévio, o consumidor de energia elétrica permanecer inadimplente no pagamento da respectiva conta;

c.3) Demais disso, necessário que se desfaça, desde já, qualquer equívoco sentido de se aliar à figura das autarquias uma ideia de gratuidade dos serviços públicos prestados. Com efeito, as autarquias, conquanto longa manus do ente federativo, administra e presta serviços públicos pelos quais, encontra-se plenamente autorizada, à cobrança de preço público, exatamente tal como originalmente autorizado o próprio ente federativo quando presta, por sua conta, o mesmo serviço público essencial;

c.4) Quanto aos contratos de autorização de uso das redes de postes de sua propriedade, trata-se de uma imposição da própria União Federal;

e) Da Imunidade do DME: Considerando-se, portanto, a natureza de Autarquia do Impugnante, não há como negar-lhe a imunidade a impostos;

f) Da não incidência do IRPJ e da CSLL inexistência de fato gerador;

g) Da Impossibilidade de Tributar o Impugnante pela CSLL, COFINS e PIS Tendo em Vista o Fato de não ser Sujeito Passivo das Contribuições Exigidas;

h) Da Impossibilidade de Imposição de Multa entre Pessoas de Direito Público;

i) requer perícia;

Em julgamento realizado em 27 de fevereiro de 2013, a 2ª Turma da DRJ/JFA, considerou improcedente a impugnação da contribuinte, por maioria de votos e voto de qualidade do Presidente e Relator e prolatou o acórdão 09-42-926, assim ementado:

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano-calendário: 2007

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.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Do Recurso Voluntário

A contribuinte apresentou recurso voluntário às fls. 1412/1460, onde reforça os argumentos já apresentados em sede de impugnação, atendo-se aos seguintes pontos:

- Da nulidade por erro material do art. 142, do CTN;
- Quanto ao PIS e à COFINS, entende que deveria ser tributada pelo regime não-cumulativo.
- Da Natureza autárquica do DME;
- Da Imunidade do DME;
- Da não incidência do IRPJ e da CSLL - inexistência de fato gerador;
- Da impossibilidade de imposição de multa entre pessoas jurídicas de direito público;

Em 03 de março de 2015, por meio da **Resolução 1103-000.175**, fls. 1485/1492, o Colegiado decidiu por converter o julgamento em diligência tendo em vista a existência de dúvidas quanto à observância, pela autoridade fiscal, do rito legal de suspensão de imunidade para a realização do lançamento.

Em razão da alegação da recorrente de que é autarquia, que seria imune a exigência de impostos, nos termos do art. 150, VI, “a”, CF e que, por não ser pessoa jurídica de direito privado, estaria ao largo da norma de incidência das contribuições ao PIS e COFINS, os membros do colegiado, decidiram converter o processo em diligência para que a unidade preparadora verifique se foi cumprido o rito de suspensão de imunidade previsto no art. 32 da Lei nº 9.430/1996.

Por meio da Informação Fiscal, de fls. 1496/1497, a DRF informou acerca da juntada de fls. 1470/1482, do **acórdão 9101-001.883**, relacionado ao PTA 13656.001073/2004-98, com objeto semelhante, apenas diferindo quanto ao período fiscalizado.

Informa, ainda, que: **não foi cumprido o rito de suspensão de imunidade previsto no art. 32 da Lei nº 9.430/1996 uma vez que se tratava de autarquia municipal, por ocasião do período de fiscalização (ano calendário 2007) com parte de suas atividades realizada na condição de longa manus do Estado.**

O acórdão nº 9101-001.883 faz referência ao acórdão 9101-00.985, verbis:

Conforme ementa colacionada, o deslinde da questão quanto à imunidade pleiteada pela recorrente se deu em razão da mesma auferir receitas na locação de sua infraestrutura de rede de distribuição, bem como em razão de ter participação em capital social de outros empreendimentos privados de geração de energia, situação que configuraria desenvolvimento de atividade de cunho econômico. Neste passo, concluiu-se que a matéria fática dos presentes autos configurou hipótese de exceção da aplicação da imunidade tributária recíproca, tendo sido aplicável o artigo 150, §3º da Constituição Federal, consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal (Resp. 589507/MG).

Conclusão (voto) do acórdão nº 9101-001.883, verbis:

Quaisquer ingressos auferidos na condição de longa manus do Estado, que são totalmente reinvestidos nas obras ou serviços de eletricidade por força do artigo 4º da Lei nº 2.547/77 do Município de Poços de Caldas, são protegidos pela imunidade, além de não representarem qualquer acréscimo patrimonial. Significa dizer que tais recursos não são disponíveis à Embargante, não se caracterizando atividade econômica ou disponibilidade.

Por outro lado, aos resultados positivos obtidos em outras atividades econômicas desenvolvidas pela embargante que podem ser a ela disponibilizados, porquanto se revestem em tese da mesma natureza e função que as receitas auferidas por uma empresa privada, é aplicável a regra do artigo 150, §3º da Constituição Federal.

Ante o exposto, CONHEÇO dos embargos e dou-lhes PARCIAL PROVIMENTO para reconhecer a contradição e consequente omissão incorrida no acórdão embargado, ratificando e retificando o acórdão recorrido para votar no sentido de que os ingressos auferidos na condição de longa manus do Estado, por não serem disponíveis e não se tratar de atividade econômica, estão abrangidos pela imunidade tributária, devendo submeter-se à tributação as receitas relacionadas às participações em outras empresas, auferidas pela embargante.

Do acima exposto, conclui-se que receitas com origem na locação da infraestrutura ou participação em outras empresas não estão abrangidas pela imunidade tributária.

Recebi os autos por sorteio em 27/07/2017.

É o relatório.

Voto

Conselheira Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Relatora.

A contribuinte foi autuada, em 21/12/2012, no IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, por omissão de receitas no ano-calendário de 2007, por entender que é isenta ou imune de tributos federais, já que na ocasião se constituía sob a forma de Autarquia Municipal, embora suas atividades não sejam de administração pública descentralizada, e sim, atividades mercantis, pois gera, transmite, distribui e comercializa energia elétrica, isso tudo sob o regime do lucro real anual, com base no lucro líquido discriminado e registrado nos Livros Razão e Diário.

RECURSO VOLUNTÁRIO

A contribuinte foi cientificada do teor do acórdão da DRJ/JFA e intimada ao recolhimento dos débitos de IRPJ e reflexos em 12/03/2013 (AR de fl. 1.410), e apresentou em 11/04/2013, recurso voluntário e demais documentos, juntados às fls. 1412/1551.

Já que atendidos os requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235/72, e tempestivo, dele conheço.

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. 9101-002.147 - 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.

Desta feita, voto no sentido de se cancelarem todos os lançamentos, em razão da nulidade apresentada, dando provimento ao Recurso Voluntário.

CONCLUSÃO

Diante de todo o acima exposto, voto por conhecer do Recurso Voluntário, e acolher a nulidade da autuação por vício material na apuração das exigências, DANDO-LHE provimento.

(assinado digitalmente)
Amélia Wakako Morishita Yamamoto

Processo nº 13656.721239/2012-04
Acórdão n.º **1301-002.611**

S1-C3T1
Fl. 1.530
