



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

Processo n° 19515.000677/2009-12
Recurso n° De Ofício
Acórdão n° 3401-002.336 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de julho de 2013
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO COFINS/PIS
Recorrente DRJ SÃO PAULO I/SP
Interessado LOMMEL EMPREENDIMENTOS COMERCIAIS S/A

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/05/2005 a 31/12/2005

AUTO DE INFRAÇÃO. ENQUADRAMENTO LEGAL INCORRETO. NULIDADE.

É nulo o auto de infração cujo enquadramento legal está incorreto e não contém a norma legal infringida, vez que essa falha é vício insanável.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício interposto.

JÚLIO CÉSAR ALVES RAMOS - Presidente.

JEAN CLEUTER SIMÕES MENDONÇA - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Júlio César Alves Ramos (Presidente), Robson José Bayerl (substituto), Fernando Marques Cleto Duarte, Jean Cleuter Simões Mendonça, Fenelon Moscoso de Almeida (Suplente) e Ângela Sartori.

Relatório

Trata o presente processo de dois autos de infração. No primeiro (fls.101/104), foi lançado o PIS não recolhido no período compreendido entre 31/03/2005 e 31/12/2005. No segundo (fls.110/112), foi lançada a COFINS não recolhida no mesmo período. Ambos foram lavrados em 30/03/2009. No primeiro, o valor do PIS lançado, acrescido de juros e multa, totalizou a exigência no montante de R\$ 1.244.523,92, enquanto no segundo, a COFINS, somada aos juros e à multa, no valor de R\$ 5.753.488,81.

A Contribuinte apresentou impugnação às fls.150/167.

Em seu despacho decisório (fls.384/393), a DRJ São Paulo I/SP cancelou integralmente o lançamento, por entender que ele foi efetuado em desacordo à legislação aplicável, vez que a Autuada é optante pelo lucro real, de modo que deveria ser aplicada a legislação do PIS e da COFINS não-cumulativos, ou seja, Lei nº 10.637/02 e 10.833/03, mas, em vez disso, a autoridade fiscal fez o lançamento com base no Decreto nº 4.524/02, que é remisso à Lei nº 9.718/98, lei do PIS e da COFINS faturamento. A ementa do acórdão da DRJ ficou da seguinte forma:

“LANÇAMENTO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

Por força do princípio da legalidade, é necessário cancelar integralmente o lançamento quando realizado em descordo com a legislação de regência.

(...)

Impugnação Procedente

Crédito Tributário Exonerado”

Dessa decisão, a DRJ recorreu *ex officio*. A Contribuinte foi intimada em 26/10/2011 (fl.398), mas não se manifestou.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Jean Cleuter Simões Mendonça

O Recurso de Ofício preenche os requisitos do art. 34, do Decreto nº 70.235/72, e do art. 1º, da Portaria do Ministério da Fazenda nº 3, de 3 janeiro de 2008, motivo pelo qual dele tomo conhecimento.

O auto de infração foi cancelado pela DRJ porque foi aplicada a legislação **incorreta**.

Conforme consta do termo de verificação fiscal, no item “2. ANÁLISE DOS FATOS” (fls.123/124), a Recorrente tinha em seu favor um liminar em Mandado de Segurança, posteriormente confirmada em sentença, que afastava a aplicação da base de cálculo do PIS e da COFINS previstas na Lei nº 10.637/02 e 10.833/03, para que fossem recolhidas conforme as Leis Complementares nºs 7/70 e 70/91. Apesar disso, a Recorrente continuou calculando o PIS e a COFINS com base na não-cumulatividade, isto é, conforme as Lei nº 10.637/02 e 10.833/03.

Uma análise superficial levaria à conclusão de que o auto de infração foi estaria de acordo com a decisão judicial, por isso seria válido. Todavia, a sentença do Mandado de Segurança foi reformada, conforme explicado pela DRJ. Conforme fl. 383, a TRF da 4ª Região entendeu ser inconstitucional a base de cálculo da Lei nº 9.718/98, mas entendeu válida a aplicação das Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03.

Assim, a apuração do PIS e da COFINS pela não-cumulatividade é a forma de apuração correta para o período lançado, vez que é incontroverso que a Recorrente apurava o Imposto de Renda pelo lucro real e ela não está no rol das exceções dispostos no art. 8º, da Lei nº 10.637/02, e no art. 10, da Lei nº 10.833/03.

Verificando o auto de infração, nota-se que os lançamentos tiveram como enquadramento legal os arts. 1º e 3º, da Lei Complementar nº 7/70, e os arts.3º, 10, 22 e 51, do Decreto nº4.524/02. Ocorre que o acórdão do Mandado de Segurança impetrado pela Recorrente foi bem claro ao determinar que se aplicaria a Lei Complementar nº 7/70 e 70/91 somente até os adventos das Medidas Provisórias nºs 66/2002 e 135/2003, convertidas, posteriormente e respectivamente, nas Lei nºs 10.637/02 e 10.833/03, senão, vejamos (fl.383):

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - AGRAVO RETIDO - PRESCRIÇÃO - COFINS/PIS - LEI Nº 9.718/98 - INCONSTITUCIONALIDADE DA BASE DE CÁLCULO.

1. Agravo retido conhecido, porém julgado prejudicado, uma vez que a matéria alegada no recurso está compreendida na que se discute em razões de apelação.
2. Tratando-se de ação de natureza meramente declaratória, não se há de falar em prescrição da pretensão restituidora de supostas parcelas recolhidas há mais de cinco anos. Prescrição não conhecida por ausência de interesse em recorrer.
3. A matéria de fundo já foi objeto de pronunciamento do STF, no julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 357950, 390840, 358273 e 346084, no sentido da inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 3º, da Lei nº 9.718/98, que instituiu nova base de cálculo para a incidência de PIS (Programa de Integração Social) e COFINS (Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social).
4. Pacificada no âmbito do C. Supremo Tribunal Federal, após ampla discussão, a questão da inconstitucionalidade do art. 3º, §1º, da Lei 9.718/98, prevalece o disposto no art. 2º da Lei Complementar 70/91 para a determinação da base de cálculo da COFINS, até a eficácia das alterações promovidas na legislação tributária pela Medida Provisória nº 135/2003, qual seja, 1º/2/2004 (art. 68, I da referida MP), convertida na Lei 10.833, de 29/12/2003; e as Leis Complementares nºs 7 e 8, ambas de 1970, em relação ao PIS, até a Medida Provisória nº 66/02, a partir de 1º/12/2002, convertida posteriormente na Lei nº 10.637/02.

O período lançado é posterior ao advento das Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03, de modo que é indevido o lançamento com enquadramento legal na Lei Complementar nº 7/70, por expressa determinação judicial, bem como é indevido o enquadramento legal com base no Decreto nº 4.524/02, vez que essa norma regulamenta a cobrança e fiscalização do PIS e da COFINS apurados na forma das Leis Complementares nº 7/70 e 70/91.

No presente caso, o erro no enquadramento legal deixou o auto de infração nulo porque, além de fundamentado em norma que não se aplica ao caso, deixou de apontar a legislação aplicável ao caso, de modo que está em desacordo com o art. 10, inciso IV, do Decreto 70.235/72, que determina que o auto de infração deve conter a disposição infringida.

Esse vício é insanável, porque corrigir o enquadramento legal seria inovar a fundamentação jurídica, o que gera o cerceamento de defesa.

Portanto, deve-se manter o acórdão da DRJ em sua integralidade para cancelar o auto de infração.

Ex positis, nego provimento ao Recurso de Ofício interposto, para manter o acórdão da DRJ em sua integralidade.

Relator Jean Cleuter Simões Mendonça - Relator