



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

Processo n° 16004.000309/2006-01
Recurso n° 173.686 Voluntário
Acórdão n° **1803-00.808 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 28 de janeiro de 2011
Matéria AI IRPJ
Recorrente ALBERTO O AFFINI S/A
Recorrida 3ª TURMA DRJ RIBEIRÃO PRETO (SP)

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 31/03/2001

DECADÊNCIA.

Conforme entendimento exarado no Resp 973.733 do Superior Tribunal de Justiça, aplicável a este colegiado administrativo por força do art. 62-A do Regimento Interno do CARF, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Neste caso, o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado. Vencido(a) o(a) Conselheiro(a) Selene Ferreira de Moraes e Sérgio Rodrigues Mendes.

(assinado digitalmente)

Selene Ferreira De Moraes - Presidente.

(assinado digitalmente)

Walter Adolfo Maresch - Relator.

EDITADO EM: 31/01/2011

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Selene Ferreira de Moraes (Presidente), Benedicto Celso Benício Júnior, Sérgio Rodrigues Mendes, Luciano Inocêncio dos Santos, Walter Adolfo Maresch e Marcelo Fonseca Vicentini.

Relatório

ALBERTO O AFFINI S/A, pessoa jurídica já qualificada nestes autos, inconformada com a decisão proferida pela DRJ RIBEIRÃO PRETO (SP), interpõe recurso voluntário a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, objetivando a reforma da decisão.

Adoto o relatório da DRJ.

Em revisão da declaração de rendimentos da contribuinte acima identificada, relativa ao exercício de 2002, ano-calendário de 2001, conforme descrição dos fatos contida nas fls. 21/22, foi constatada a seguinte irregularidade:

Falta de adição ao lucro líquido, no 1º trimestre de 2001, da importância de R\$ 434.197,44, relativa ao saldo do lucro inflacionário acumulado a ser realizado no trimestre.

Em pesquisa realizada (fls. 3 e 4), constatou-se que a contribuinte apresentou para o exercício de 2002, ano-calendário 2001, Declaração Anual Simplificada, contendo a informação "Inativa".

Todavia, ao estar obrigada à realização do Lucro Inflacionário Acumulado correspondente ao saldo existente em 31/12/1995, sujeita a alteração patrimonial pelo fato da existência de passivo a recolher, não poderia ter apresentado a declaração como se inativa fosse.

Após tentativa de intimar a empresa, sem resultado, foi intimado o sócio Sr. Alberto O. Affini (fl. 9), o qual informou ter a empresa encenado suas atividades no ano de 1993, não sendo possível localizar os documentos contábeis que lhe foram solicitados.

Tendo em vista a falta de escrituração, com fulcro no Decreto nº3.000, de 1999, I' (RIR de 1999), art. 536, § 4º, foi efetuado o lançamento do imposto, com base no lucro arbitrado, exigindo-se os respectivos acréscimos legais com base na Lei nº 9.430, de 1996, arts 44, I, e 61, § 3º.

Conforme se constata do demonstrativo juntado às fls. 15/18, na determinação: do saldo do lucro inflacionário a realizar em 31/03/2001, já foram devidamente baixados os valores correspondentes às bases de cálculo do imposto alcançado pelo instituto da decadência. , O lançamento foi formalizado no auto de infração de fls. 20/24, exigindo-se o crédito tributário no valor de R\$ 254.454,12, sendo Imposto de Renda da Pessoa Jurídica — IRPJ no valor de R\$ 102 549 35 acrescido de multa no valor de R\$ 76.912,01 e juros de mora de R\$ 91.494,53 (cálculo válido até 31/05/2006).

Ciente do lançamento em 03/11/2006, conforme se constata no aviso de recebimento postal de fl. 46, a contribuinte ingressou em 10/11/2006, representada pelo sócio acima referido, com a impugnação de fls. 47/49, na qual o refuta sob as seguintes alegações:

A empresa encerrou suas atividades há mais de 13 anos, estando inativa desde então, sendo seu patrimônio de todo adjudicado pelas Fazendas, Municipal, Estadual e Federal em execuções fiscais e nas reclamações trabalhistas promovidas por seus ex-funcionários.

Tem dificuldades para localizar a documentação necessária, tendo em vista a falta de zelo de alguns dos profissionais da área contábil, motivo pelo qual requereu dilatação de prazo para atendimento à intimação que a solicitou. Apenas encontrou o Livro de Registro do Lucro Real — Lalur.

Não quer com isso excluir sua responsabilidade pela possível falta de recolhimento de tributo, quer apenas justificar e demonstrar que o possível não cumprimento da legislação foi por falta de zelo dos profissionais responsáveis por essa área.

Consta do Lalur que o saldo do lucro inflacionário que embasou o auto de infração era zero, portanto não haveria lucro a ser recolhido naquele período. Não havendo lucro inflacionário no aludido período, não há causa para o arbitramento do valor constante do auto de infração devendo ser cancelada a exigência.

A pretensão da União não pode prosperar. O artigo 43 do Código Tributário Nacional (CTN) é claro no sentido de que o fato gerador de impostos se dá com a aquisição. Adquirir implica a realização de um negócio jurídico, a intenção de dois agentes, de dois titulares de direitos.

Para adquirir renda é preciso que se subtraia valor do patrimônio de outrem, antes que este mesmo valor se incorpore — já como renda adquirida ao patrimônio daquele que a aufere. O fruto que nasce em seu pomar não será renda se o consumir, somente se vender o fruto. Assim o referido art. 43 não dá guarida ao lucro inflacionário. Por essa falta de amparo legal é que sua tributação é diferida para períodos subseqüentes.

A legislação prevalente até 31/12/1994, previa, em aberta afronta ao preceito do art. 43 do CTN, a realização forçada do lucro inflacionário, independentemente de fato ou evento que o justifique. Inicialmente 5% e posteriormente 10%, sendo ignorada por completo a necessidade de aquisição econômica ou jurídica de renda por parte do contribuinte para caracterizar a ocorrência do fato gerador.

Para instrução processual, juntou cópia do Lalur às fls. 51/67.

O processo foi baixado em diligência, com o intuito de não restar dúvidas quanto à alegação de que a empresa teria

encerrado suas atividades há mais de 13 anos, fato que poderia influenciar no julgamento do crédito tributário.

Intimada a contribuinte a apresentar prova de baixa da empresa, foi informado que esta não ocorreu (fls. 76/81).

É a síntese do essencial.

A DRJ RIBEIRÃO PRETO/SP, através do acórdão 14-19.678, de 26 de junho de 2008 (fls. 86/90), julgou procedente o lançamento, ementando assim a decisão:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

ANO-CALENDÁRIO: 2001

LUCRO INFLACIONÁRIO. REALIZAÇÃO OBRIGATÓRIA.

Constatado que a contribuinte deixou de tributar o lucro inflacionário a ser realizado no ano-calendário, por força de legislação tributária, torna-se exigível o imposto e respectivos acréscimos legais, mediante lançamento de ofício.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

ANO-CALENDÁRIO: 2001

LANÇAMENTO. ATIVIDADE VINCULADA À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA.

À autoridade administrativa não cabe suscitar sobre determinações contidas na legislação tributária, pois sua atividade é vinculada ao seu estrito cumprimento.

Ciente da decisão em 08/10/2008, conforme Aviso de Recebimento – AR (fl. 98), apresentou o recurso voluntário em 31/10/2008 - fls. 99/105, onde reitera os argumentos da inicial de que o lucro inflacionário não constitui renda tributável e que o lucro inflacionário foi integralmente oferecido à tributação em 1992, de acordo com o LALUR apresentado posteriormente à impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Walter Adolfo Maresch

O recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos legais para sua admissibilidade, dele conheço.

Trata o presente processo de auto de infração IRPJ, lavrado em virtude da tributação de lucro inflacionário não realizado pelo contribuinte, apurado no ano calendário 2001 em procedimento de malha fiscal, considerando obrigatória a realização integral do lucro inflacionário diferido, por força do art. 536, § 4º do Decreto 3.000/99 (RIR/99) e 54 da Lei nº 9.430/96.

O lançamento foi realizado pelo regime do lucro arbitrado tendo em vista a inexistência de escrituração contábil regular, tendo a empresa apresentado DIPJ como “inativa” no período objeto do lançamento.

Afirma a recorrente em seu recurso voluntário a ausência de fato gerador do imposto de renda em relação ao lucro inflacionário diferido e que o mesmo foi integralmente oferecido à tributação ainda em 1992, conforme comprovaria o Livro de Apuração do Lucro Real – LALUR.

Antes mesmo que se adentre na análise dos argumentos expeditos pela recorrente, questão essencial se impõe em nome dos princípios gerais que regem o processo administrativo fiscal que é a questão de ordem pública relacionada com a decadência.

A decadência pode e deve ser apreciada independentemente de ter sido suscitada pelo contribuinte para perfeita avaliação da legalidade do lançamento tributário ao qual está adstrito o julgador administrativo.

Com efeito, conforme se observa dos elementos contidos nos autos, a ciência do auto de infração se deu em **03/11/2006**, referindo-se o lançamento ao fato gerador **31/03/2001**.

Não obstante respeitáveis posições contrárias, pacificou-se neste colegiado julgador administrativo o entendimento de que para os tributos sujeito ao lançamento por homologação como é o caso (art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional), o *dies a quo* para contagem da decadência se inicia a partir do fato gerador, salvo se comprovado dolo, fraude ou simulação.

Considerando as datas de ciência e fato gerador acima expostas conclui-se que já havia decaído o direito da Fazenda Nacional em relação ao fato gerador 31/03/2001.

Considerando no entanto, a publicação do acórdão contido no Resp 973.733 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, submetido à sistemática do art. 543-C do Código de Processo Civil e por força do disposto do novel art. 62-A do Regimento Interno do CARF, deve-se aplicar ao caso concreto, o art. 173, inciso I do Código Tributário Nacional, o que ao meu ver em nada altera o desfecho do presente processo, mesmo considerando a sensível alteração contida no julgado em relação ao *dies a quo* para início da contagem da decadência.

É o que se observa da ementa do Resp 973733 do STJ que encontra-se assim redigida:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL.

ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. *O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).*

2. *É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).*

3. *O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).(grifamos)*

Já o art. 62-A do Regimento Interno do CARF, tem a seguinte redação:

Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

§ 1º Ficarão sobrestados os julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543-B.

§ 2º O sobrestamento de que trata o § 1º será feito de ofício pelo relator ou por provocação das partes. (grifamos)

Considerando tratar-se de tributo sujeito ao lançamento por homologação mas que não houve recolhimento antecipado, aplica-se então a regra contida no art. 173, I do Código Tributário Nacional.

Inexplicavelmente e alterando radicalmente o entendimento até então vigente na doutrina e jurisprudência, inovou o mencionado acórdão ao definir que o termo “primeiro dia do exercício seguinte ao que poderia ter sido lançado” refere-se ao primeiro dia do período de apuração seguinte ao fato gerador (fato imponível).

Com isto, acabaram fundindo-se e tornando coincidente o *dies a quo* para início da contagem da decadência seja para os tributos sujeitos ao lançamento por homologação - art. 150, § 1º do CTN, seja para a regra geral definida no art. 173, I do CTN.

Considerando a literalidade e a cogência do entendimento exarado no Acórdão 973.733 do Egrégio STJ em virtude do disposto no art. 62-A do Regimento Interno do CARF, impõe-se sua aplicação por parte deste julgador sem qualquer ressalva.

Sendo certo que o fato gerador (fato imponível) ocorreu em 31/03/2001 (apuração trimestral do IRPJ), o *dies a quo* para início da contagem do lapso decadencial é 01/04/2001, constatando-se a ocorrência do término do lapso decadencial em 31/03/2006, restando fulminado pela decadência o lançamento realizado somente em 03/11/2006.

Ante o exposto, voto por dar provimento ao recurso reconhecendo a decadência em relação ao fato gerador objeto do lançamento de ofício.

(assinado digitalmente)

Walter Adolfo Maresch - Relator