



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 19647.011373/2006-32
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1302-003.994 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de outubro de 2019
Recorrente SUBEAL SURUBIM BEBIDAS E ALIMENTOS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2001

LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. VERIFICAÇÃO DE PAGAMENTO OU DECLARAÇÃO. DECADÊNCIA.

Em face da decisão contida no REsp nº 973.733-SC, decidido na sistemática dos recursos repetitivos, verificada a existência de pagamento ou declaração para os correspondentes tributos/períodos, o prazo decadencial para o lançamento de ofício é contado a partir da data da ocorrência dos respectivos fatos geradores.

TAXA DE JUROS. MATÉRIA SUMULADA.

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2001

NÃO APRESENTAÇÃO DOS LIVROS CONTÁBEIS E FISCAIS. ARBITRAMENTO.

A não apresentação, à autoridade tributária, dos livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou do Livro Caixa, no caso de apurar-se lucro presumido, dá ensejo ao arbitramento do lucro.

ESCRITURAÇÃO DOS LIVROS COMERCIAIS E FISCAIS OBRIGATÓRIOS.

Os livros obrigatórios da escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos lançamentos neles efetuados devem ser conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se refiram.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em acolher a preliminar de decadência com relação ao IRPJ devido no 1º ao 3º trimestre de 2001, vencido o conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca que manifestou intenção de apresentar declaração de voto, e, no mérito, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do relator.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Ricardo Marozzi Gregorio - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Paulo Henrique Silva Figueiredo, Gustavo Guimaraes da Fonseca, Ricardo Marozzi Gregorio, Flávio Machado Vilhena Dias, Maria Lucia Miceli, Breno do Carmo Moreira Vieira, Bárbara Santos Guedes (Suplente Convocada) e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto por SUBEAL SURUBIM BEBIDAS E ALIMENTOS LTDA contra acórdão que julgou improcedente a impugnação apresentada diante de autos de infração lavrados no âmbito da DRF/Recife.

Em seu relatório, a decisão recorrida assim descreveu o caso:

Contra a empresa acima qualificada foi lavrado o Auto de Infração do Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ, às fls. 04 a 06, formalizando-se crédito no montante de R\$ 204.593,88 (valores principais, multas e juros), em decorrência do arbitramento do lucro, que se fez necessário ante a não apresentação dos livros contábeis, inclusive do livro caixa (intimação do Termo de Início das fls. 94 e 95).

2. Os valores utilizados no arbitramento foram extraídos do Livro de Registro de Apuração de ICMS concernente ao ano-calendário da autuação (fls. 17 a 75). Os detalhes da ação fiscal estão descritos no Termo de Encerramento, às fls. 11 a 16.

3. Inconformada, ela apresentou impugnação, às fls. 360 a 389, alegando, em caráter preliminar, que teria ocorrido a decadência para os fatos geradores ocorridos no período de janeiro a agosto de 2001, e que, no mérito, o lançamento não poderia prosperar, uma vez que já teria declarado em DCTF e DIPJ valores do imposto apurados por meio das mesmas bases de cálculo utilizadas no auto de infração. Verberou também o arbitramento do lucro, por entender que não lhe teria dado causa; a inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins e a aplicação da taxa Selic na cobrança dos juros de mora, por entendê-la inconstitucional.

4. É o que importa relatar.

A DRJ/Recife proferiu, então, acórdão cuja ementa assim figurou:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2001

PRELIMINAR DE DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

O prazo para a constituição do IRPJ, na hipótese em que não há pagamento da dívida, é de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos termos do artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. INCOMPETÊNCIA PARA APRECIÇÃO.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para apreciar arguições de inconstitucionalidade de leis regularmente editadas, tarefa privativa do Poder Judiciário.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2001

NÃO APRESENTAÇÃO DOS LIVROS CONTÁBEIS E FISCAIS. ARBITRAMENTO.

A não apresentação, à autoridade tributária, dos livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou do Livro Caixa, no caso de apurar-se lucro presumido, dá ensejo ao arbitramento do lucro.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2001

ESCRITURAÇÃO DOS LIVROS COMERCIAIS E FISCAIS OBRIGATÓRIOS.

Os livros obrigatórios da escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos lançamentos neles efetuados devem ser conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se refiram.

Lançamento Procedente

Inconformada, a empresa apresentou recurso voluntário onde, essencialmente, repete as alegações contidas na impugnação. Produz apenas uma pequena alteração na alegação sobre a decadência não mais fixando o *dies ad quem* na data do início do procedimento fiscal, mas, sim, o da ciência do auto de infração (15/12/2006). Argui, com isso, que restariam decadentes os créditos tributários referentes aos períodos de janeiro a novembro de 2001. Além disso, não inclui mais a alegação contra a exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS (matéria estranha à lide, conforme já atestado pela DRJ, porque o processo só contém auto de infração do IRPJ).

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ricardo Marozzi Gregorio, Relator

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento.

Em sede preliminar, a recorrente alega que haveria **decadência** do direito de o Fisco lançar tributos referentes aos períodos de janeiro a novembro de 2001.

Como se sabe, a matéria esta disciplinada no § 4º do artigo 150 do CTN nos seguintes termos:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa. (grifei)

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. (grifei)

Com efeito, entendo que a “atividade” exercida pelo sujeito passivo obrigado a antecipar o pagamento é a característica marcante dessa modalidade de lançamento chamado “por homologação”. Assim, o que se homologa é a atividade concernente à apuração de eventual crédito tributário sujeito à extinção. Independe, portanto, da existência de efetivo pagamento, até porque muitas vezes ele poderá não ser necessário, seja porque não é apurado crédito tributário ou porque existe crédito a favor do sujeito passivo que poderá ser aproveitado numa compensação. Nesse sentido, qualquer que seja o tributo, se ele for sujeito a essa sistemática denominada “lançamento por homologação”, o prazo decadencial de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador, para a homologação da atividade de apuração do crédito tributário efetivada pelo sujeito passivo, corresponderia ao mesmo prazo que dispõe o Fisco para o lançamento de ofício de eventuais diferenças não pagas e/ou declaradas.

Porém, constatada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, a ressalva é expressa. Nessa hipótese, a regra do prazo decadencial para o Fisco efetuar o lançamento de ofício desloca-se para aquela prevista no artigo 173, I, do CTN, qual seja, o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Confira-se:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

Para os fatos geradores ocorridos durante um determinado ano-calendário, esse prazo inicial é contado a partir de 1º de janeiro do ano seguinte. Contudo, quanto aos fatos geradores ocorridos em 31 de dezembro, o primeiro dia em que o lançamento pode ser efetuado é justamente o dia 1º de janeiro do ano seguinte. Portanto, nesses casos, o prazo inicial deveria ser contado a partir de 1º de janeiro do ano subsequente.

No entanto, esse meu entendimento não pode prevalecer neste julgamento.

Isso porque o § 2º do artigo 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 343/2015, dispõe que as decisões proferidas pelo STJ,

na sistemática dos recursos repetitivos, devem ser reproduzidas nos julgamentos do CARF. Veja-se seu teor:

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973 - Código de Processo Civil (CPC), deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

A questão da decadência foi objeto de decisão do STJ, na referida sistemática, no REsp nº 973.733-SC, com a relatoria do Ministro Luiz Fux. Foi o seguinte a ementa dessa decisão:

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 incoorre, 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). (*grifei*)

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).

(...)

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 973733 SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/08/2009, DJe 18/09/2009)

O entendimento que faço da leitura do referido julgado é no sentido de que o início do prazo decadencial para o Fisco promover o lançamento de ofício, nos casos de tributos sujeitos à sistemática dos denominados “lançamentos por homologação”, restou assim configurado:

1. Se ocorrer dolo, fraude ou simulação: primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado (artigo 173, I, do CTN)
2. Se não ocorrer dolo, fraude ou simulação:
 - a. Se houver pagamento (ou declaração): data da ocorrência do fato gerador (artigo 150, § 4º, do CTN)
 - b. Se não houver pagamento (ou declaração): primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado (artigo 173, I, do CTN)

Então, para que se configure a hipótese do item "2.a", basta que o contribuinte efetue o pagamento de qualquer parcela do tributo no correspondente período de apuração. Porém, como antes formulado, não se admite que o valor pago (decorrente da apuração efetuada pelo próprio contribuinte) seja objeto de conduta maculada por dolo, fraude ou simulação.

Mais do que isso, em minha opinião, mesmo que não efetue esse pagamento, se tiver informado que apurou débito daquele tributo numa declaração (logicamente, na condição de confissão de dívida), essa iniciativa seria também suficiente para que se configurasse a hipótese do item "2.a". Esse aditamento estaria justificado pela ressalva grifada na ementa acima transcrita (também contida no voto do Ministro Fux): "inexistindo declaração prévia do débito". Afinal, como destacado na própria ementa, o posicionamento daquele tribunal foi inspirado na doutrina de Eurico Marcos Diniz de Santi intitulada "Decadência e Prescrição no Direito Tributário". Na mesma obra, ao apresentar a premissa do "pagamento antecipado" como um dos critérios para a composição das normas jurídicas da decadência do direito do Fisco, o autor foi categórico em afirmar que (Cf. *Decadência e Prescrição no Direito Tributário*, 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, p. 165):

Entendemos que o sentido de pagar aqui não se restringe ao ato de entregar dinheiro a outrem com o fim de extinguir liame de caráter patrimonial. Antes de pagar, o contribuinte há de empreender a constituição do crédito, necessária para identificá-lo, pois não é possível extinguir o que juridicamente não existe. Para extingui-lo requer-se antes criá-lo. É o que o pagamento antecipado exige. A mera entrega de direito (*sic*) aos cofres públicos não constitui pagamento de tributo, tampouco processa a extinção do crédito tributário.

Em outras palavras, o parâmetro mais importante não é o pagamento, em si, mas, sim, a declaração do débito (que, conforme a doutrina de Eurico de Santi, é um ato precedente ao pagamento). Observe-se, entretanto, que não se está aqui a fazer juízo de valor sobre a afirmativa de que "não é possível extinguir o que juridicamente não existe". Isso passa pela adesão à tese da natureza constitutiva do lançamento e, conseqüentemente, à rejeição da oponente teoria da

natureza declarativa. O que importa ressaltar é o fato de se ter partido da premissa de que o pagamento antecipado é precedido pela declaração do respectivo tributo.

Portanto, mesmo que muitos dos julgados do STJ, ao tratarem do tema sedimentado no REsp nº 973.733-SC, mencionassem o "pagamento antecipado" como o parâmetro necessário para configurar a hipótese do item "2.a" acima, essa noção não estava restrita ao "ato de entregar dinheiro". A constituição do crédito pelo contribuinte (a declaração), representativo do valor que se pretende pagar, já seria suficiente para configurar aquela hipótese. E isso faz todo o sentido na medida em que, por trás da antecipação do início do prazo decadencial (contida na hipótese do artigo 150, § 4º, quando comparada à hipótese do artigo 173, I), está a ideia de que, com o pagamento, o Fisco já possui conhecimento de uma situação passível de investigação (podendo ou não homologá-la). Ora, com a declaração, ainda que sem o pagamento do correspondente tributo, essa mesma situação não deixa de ser conhecida.

O aludido entendimento foi, inclusive, confirmado¹ em recente súmula do mesmo STJ. Confira-se:

Súmula 555 do STJ:

Quando não houver declaração do débito, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário conta-se exclusivamente na forma do art. 173, I, do CTN, nos casos em que a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa.

De forma semelhante, aquele tribunal afirma que a hipótese do item "2.b" acima (artigo 173, I) deve ser aplicada nos casos em que a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa (ou seja, nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação). Ressalva essa regra, entretanto, às situações em que "não houver declaração do débito". Em situações diversas, naturalmente, a hipótese a ser aplicada deverá ser a do item "2.a" (artigo 150, § 4º).

E não se diga que, com a referida ressalva, o STJ estaria cogitando do débito a ser lançado de ofício (o que poderia também ser pensado acerca da ressalva contida na ementa do REsp nº 973.733-SC). Se isso fosse verdade, aquela súmula seria absolutamente desnecessária porque é óbvio que o Fisco só pode constituir crédito tributário relativo a débitos não declarados. Assim, por qual razão haveria o STJ de enunciar essa súmula, remetendo a regra decadencial para o artigo 173, I, sem fazer referência ao "pagamento antecipado"? Certamente, porque a declaração do débito já é suficiente para o mesmo desiderato.

Esse é também o entendimento majoritário proferido no seguinte julgado da 1ª Turma da CSRF:

¹ Na verdade, dentre os dezenove julgados indicados como precedentes para a confecção da referida súmula, apenas um (o AgRG no REsp nº 1277854/PR) contradiz o raciocínio aqui exposto. Nada obstante, o voto do relator usa como referência o REsp nº 973.733/SC, mas não explica (ou não atenta para) o fato de que o seu pronunciamento vai de encontro à premissa teórica utilizada pelo Ministro Fux (o já referido posicionamento de Eurico de Santi acerca do pagamento antecipado). Considerando que alguns dos outros precedentes indicados confirmam julgados de tribunais inferiores que veiculam a ideia de que a existência de declaração seria também um parâmetro para desolocar a regra da decadência para o artigo 150, § 4º, do CTN, a literalidade do texto da súmula parece revelar a melhor interpretação.

DECADÊNCIA. TRIBUTOS SUBMETIDOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTAGEM DO PRAZO. DECLARAÇÃO PRÉVIA DE DÉBITO.

A declaração prévia de débito atrai a contagem do prazo decadencial para a regra do artigo 150, § 4º, do CTN, em consonância com o entendimento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 973.733/SC, apreciado sob a sistemática do artigo 543C do Código de Processo Civil/1973.

Em seu voto, o ilustre Conselheiro Flávio Franco Corrêa assim se pronunciou:

Na linha do que se consignou no acórdão nº 9101003.286, relator Conselheiro André Mendes de Moura, na sessão de 17/12/2017, em convergência com a jurisprudência recentemente consolidada no âmbito desta Turma, afirma-se que, "para os tributos submetidos a lançamento por homologação, o ordenamento jurídico prevê a ocorrência de duas situações, autônomas e não cumulativas, aptas a concretizar a contagem do prazo decadencial prevista no art. 173, inciso I, em detrimento do art. 150, §4º, ambos do CTN. Uma é constatar se houve pagamento espontâneo ou declaração prévia de débito por parte do sujeito passivo. Caso negativo, a contagem da decadência segue a regra do art. 173, inciso I do CTN, consoante entendimento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n.º 973.733/SC, apreciado sob a sistemática do artigo 543C do Código de Processo Civil, decisão que deve ser reproduzida pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF, consoante § 2º do art. 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015. A outra é verificar se restou comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, que enseja a qualificação de multa de ofício e, por consequência, a contagem do art. 173, inciso I do CTN, consoante Súmula CARF nº 72."

Diante dessa tese perfilhada pelos integrantes deste Colegiado, emprestando o devido abono às decisões tomadas, é legítimo reconhecer que, havendo declaração prévia de débito, como de fato há, independentemente da existência de pagamento ou da procedência ou improcedência da equiparação entre compensação ou pagamento, deve-se aplicar ao caso em lume o preceito legal insculpido do artigo 150, § 4º, do CTN.

No presente caso, é possível constatar que a contribuinte declarou em DCTF os débitos de IRPJ apurados para o 1º (fls. 129), 2º (fls. 140) e 3º (fls. 151) trimestres de 2001. Portanto, há que se aplicar a regra decadencial prevista no artigo 150, § 4º, do CTN. Como a ciência do auto de infração foi efetivada em 15/12/2006, há que se reconhecer que já tinha ocorrido a decadência do direito de se lançar créditos tributários referentes àqueles períodos.

Quanto às **questões de mérito**, há que se concordar com o que já foi decidido na instância *a quo*. Aliás, como não houve novas razões de defesa perante aquela decisão, peço vênia para reproduzir o seu conteúdo, na esteira do que prevê o art. 57, § 3º, do RICARF:

Dos valores informados em DCTF.

11. Consoante peça de defesa, o lançamento seria indevido por terem sido declarados nas DCTF e DIPJ do ano objeto da autuação valores de imposto apurados sobre as mesmas bases de cálculo utilizadas no auto de infração, o que, à vista do que dispõe o § 1º do art. 933 do RIR, de 1999, e art. 11 da IN SRF nº 583, de 2005, consistiria em óbice à sua feitura.

12. Não lhe cabe assentimento. Com efeito, da leitura do Parágrafo único do art. 11 da IN SRF nº 583, de 2005 (atual § 1º da Instrução Normativa RFB nº 786, de 19 de novembro de 2007), depreende-se o saldo a pagar do imposto informado em DCTF não deve ser objeto de lançamento de ofício. Também as bases de cálculo do imposto informado nas DCTF e as utilizadas no auto de infração são as mesmas.

13. Não quer isso dizer, entretanto, a contribuinte tenha ganho salvo conduto para não ser tributada, no caso de ser detectado erro na apuração do imposto informado - *in casu*, o imposto foi apurado indevidamente pela sistemática do lucro presumido, quando não se poderia fazê-lo, como se vera mais adiante. Não se há como chegar ao pretendido por ela à vista do que dispõem os sobreditos dispositivos.

14. Uma vez efetuado o lançamento de ofício, contudo, devem ser abatidos os saldos a pagar declarados em DCTF - o que, efetivamente, ocorreu no caso em questão, como se vê do demonstrativo de apuração do crédito, à fl. 08 -, por se tratar de confissão de dívida, sujeitos, portanto, ao encaminhamento para inscrição na Dívida Ativa da União.

Do arbitramento do lucro.

15. Como dito, o arbitramento do lucro foi efetuado em consequência da não apresentação dos livros comerciais e fiscais obrigatórios e também do livro caixa. Na peça de defesa, a interessada contrapôs que os referidos livros teriam sido apreendidos pela Polícia Federal, no ano 2005, ou melhor, que eles constavam dos Discos Rígidos relacionados no Auto de Apreensão das fls. 486, motivo por que não os teria apresentado. No seu entender, a fiscalização, antes de arbitrar o lucro, deveria tê-los solicitados àquele Órgão.

16. Concluiu, assim, não poderia “sofrer um arbitramento” a que não teria dado causa, vez que se não tivesse ocorrido a referida apreensão teria condições de apresentar toda a documentação lhe solicitada.

17. Não se há como concordar com ela, mesmo que se admita a veracidade da alegação de que os citados livros estavam registrados nos Discos Rígidos apreendidos pela Polícia Federal.

18. Nada obstante o art. 255 do RIR, de 1999, estabelecer que os livros comerciais e fiscais podem ser escriturados por sistema de processamento eletrônico de dados, determina o seu registro em folhas soltas ou contínuas, numeradas em ordem seqüencial, mecânica ou tipograficamente, inclusive com a autenticação do Órgão competente do Registro do Comércio (ressalva final). Veja-se o que ele dispõe:

Art. 255. Os livros comerciais e fiscais poderão ser escriturados por sistema de processamento eletrônico de dados, em folhas contínuas, que deverão ser numeradas, em ordem seqüencial, mecânica ou tipograficamente, observado o disposto no §4º do art. 258.

19. De outra banda, o Parágrafo único do art. 195 do CTN determina que os livros obrigatórios da escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos lançamentos nele efetuados devem ser conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se refiram.

20. Ante os citados dispositivos, é de concluir todos os contribuintes, inclusive os que utilizam sistema de escrituração eletrônica, são obrigados a confeccionar os livros comerciais e fiscais obrigatórios em papel, os quais devem ser conservados enquanto não extinto o prazo prescricional.

21. O Parecer Cosit nº 115, de 18 de janeiro de 1995 (o qual somos obrigados a observar por força do disposto na Portaria MF nº 609, de 1979, c/ c o art. 7º da Portaria MF nº 58, de 2006), espousa este mesmo entendimento, como se vê de sua ementa:

Enquanto em vigor o CTN, não haverá como admitir-se qualquer hipótese de eliminação dos originais dos livros obrigatórios de escrituração comercial e fiscal, antes de acabado o prazo prescricional, por força do art. 195 do mesmo dispositivo, não sendo lícito admitir-se, portanto, que a obrigação de conservação possa consistir, tão-somente, na de sua reprodução, seja por que processo esta tenha sido obtida, inclusive pela microfilmagem. As folhas

soltas, impressas através de processamento eletrônico de dados, consistem em instrumento permitido para a execução da escrituração mercantil, conforme determina o art. 4 da IN DNRC 35 de 23/04/91.(grifei)

22. Para o caso em questão, portanto, de somenos importância revela-se a alegação de que os livros comerciais estavam registrados nos discos rígidos apreendidos pela Polícia Federal, vez que a interessada estava obrigada a manter os originais em papel, tendo feito escrituração eletrônica ou não. Como não os mantinha, haja vista não os ter apresentado à Fiscalização quando intimada nesse sentido, correto foi o arbitramento do lucro, à luz do que dispõe o inciso III do art. 530, do RIR, de 1999.

Da aplicação da Taxa Selic

23. Quanto à suscitação de inconstitucionalidade da aplicação da Taxa Selic, no cálculo dos juros de mora - o que, de fato, encerra a suscitação de inconstitucionalidade do § 3º do art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996 ~ impende esclarecer não temos competência para julgar inconstitucionalidade de lei. É claro nesse sentido o Parecer Normativo CST n.º 329, de 1970:

Iterativamente tem esta Coordenação se manifestado no sentido de que a arguição de inconstitucionalidade não pode ser oponível na esfera administrativa, por transbordar os limites de sua competência o julgamento da matéria, do ponto de vista constitucional.

24. Adite-se, a Portaria MF 103, de 23 de abril de 2002, ao inserir o artigo 22A nos Regimentos da Câmara Superior de Recursos Fiscais e dos Conselhos de Contribuintes, aprovados pela Portaria MF 55, de 16 de março de 1998, vedou o afastamento da aplicação de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo em vigor, em virtude de inconstitucionalidade, que não tenha sido anteriormente reconhecida, na forma e pelas autoridades dispostas em seu parágrafo único. Tal assunto, inclusive, é objeto da Súmula nº 2 do 1º Conselho de Contribuintes, *verbis*: "O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária".

25. Por decorrência, se aqueles órgãos de instância administrativa superior estão impedidos de apreciar questão de inconstitucionalidade, a mesma conclusão há de ser adotada nesta instância inferior.

Acrescente-se a este último tópico o fato de que esta Casa já consolidou o seu entendimento sobre o assunto com a edição da seguinte súmula:

Súmula CARF nº 4

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Pelo exposto, oriento meu voto no sentido de acolher a preliminar de decadência para afastar o lançamento no tocante aos créditos tributários referentes ao 1º, 2º e 3º trimestres do ano-calendário de 2001 e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Ricardo Marozzi Gregorio

Declaração de Voto

Conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca

Com a devida vênia ao D. Relator, e não obstante a sua bem fundamentada decisão, permito-me, aqui, divergir, ainda que tão somente em relação ao acolhimento do pedido afeito à decadência, pretensamente verificada quanto aos 3 primeiros meses de 2001.

Com efeito, como já pude me manifestar hipótese semelhante à ora em apreço, as regras atinentes à decadência, em especial, os artigos 150, § 4º e 173, I, do CTN devem ser apreciadas à luz do caso concreto e das premissas jurídico-teleológicas aqui aplicáveis.

Particularmente, os motivos que ensejaram a criação de regras distintas para a contagem do prazo decadencial fundam-se no interesse público e, principalmente, no princípio republicano. Há, claramente, uma intenção de se defender o interesse público, representado pela atividade arrecadadora, de que todos contribuam de forma equânime, ou igualitária, com recursos para a manutenção do Estado e dos desígnios constitucionais a este imposto.

Neste passo, a fixação do marco inicial da contagem do prazo para a decadência concernente à tributos sujeitos à lançamento de ofício ou àqueles que, não obstante, inicialmente sujeitos ao regramento inserto no art. 150, §4º, por questões fático-contextuais, observem o art. 173, I, tem a sua razão de ser não só no citado princípio republicano, mas, também, na própria eficiência da administração pública. É que, em ambos casos, os órgãos fiscais, em tese, não dispõem de conhecimento prévio acerca da ocorrência do fato gerador, justamente pela falta de informações concernentes aos fatos que, uma vez tipificados, concretizam e evidenciam o surgimento da obrigação tributária. É razoável, e por isso mesmo, legítima, a regra contida no art. 173, I, ao dispor sobre um marco inicial distinto para a contagem do um prazo, considerando-se, pois, tal marco, como a conclusão do exercício financeiro.

No caso, vejam bem, a própria recorrente deixou de se insurgir contra o arbitramento em si que, destaque-se, só ocorre, e só pode ocorrer (afora a hipótese do art. 531 do antigo RIR), mediante lançamento de ofício. E isto, porque, declinado no próprio voto vencedor, a falta de livros e dados contábeis e fiscais (mormente o livro caixa) impedia o cálculo das exações por meio do lucro real... ou seja, até a conclusão do processo fiscalizatório, inexistiam, às autoridades fiscais, informações suficientes para se atestar, sequer, a própria ocorrência do fato gerador, dado que as demonstrações contábeis e fiscais até aí apresentadas, não lhes franqueavam conhecer, na íntegra, a concretização de todos os aspectos da norma de incidência.

Para além de dúvidas razoáveis, afora a hipótese de auto-arbitramento, as condições fático-contextuais se afeiçoam às premissas legais que justificam e, reprise-se, legitimam a regra contida no art. 173, I, em detrimento daquela preconizada pelo art. 150, § 4º, ambos do CTN.

Notem, que não votei pelo afastamento da decadência, aqui, por discordar dos preceitos da Súmula/STJ 555 invocada pelo D. Relator (não discordo, igualmente, da tese de que a declaração de débitos, a par de seu não pagamento, conforma a hipótese aventada pelo STJ quando do julgamento do REsp 973.733/SC - i.e., houve a constituição da obrigação tributária por meio de confissão durante o período fiscalizado).

Nada obstante, a falta de exibição da escrita contábil/fiscal culminaria, inclusive, com a ocultação, ou a modificação, das características essenciais do fato gerador (art. 72 da Lei 4.502/64), de sorte a, justamente, dificultar o seu pleno conhecimento pelo Fisco (mesmo que semelhante vício não tenha dado azo à qualificação da multa de ofício, notadamente a luz dos preceitos das Súmulas/CARF 14 e 25).

No entendimento deste Conselheiro, as características que demandam a aplicação do arbitramento, encerram, sempre, a necessidade de lançamento de ofício cujo prazo deve obedecer ao regramento previsto pelo art. 173, I, do CTN, sendo estas as razões (e não a desconsideração dos preceitos da Súmula 555 ou do precedente do STJ, julgado sob o rito de recursos repetitivos) que me levaram a divergir, aqui, dos meus pares (inclusive do Relator).

Assim, neste ponto, voto por afastar a prejudicial de mérito em análise.

(assinado digitalmente)

Gustavo Guimarães da Fonseca