



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

Processo nº 10283.721454/2011-11
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **1103-000.164 – 1ª Câmara / 3ª Turma Ordinária**
Data 26 de novembro de 2014
Assunto Solicitação de diligências
Recorrente BREITENER JAQUARI S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência.

(assinado digitalmente)

Aloysio José Percínio da Silva - Presidente.

Fábio Nieves Barreira - Relator.

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Redator *ad hoc*, designado para formalizar a Resolução.

Participaram do julgamento os conselheiros: Aloysio José Percínio da Silva, Fábio Nieves Barreira, Marcos Shigueo Takata, Luiz Tadeu Matosinho Machado, André Mendes Moura e Breno Ferreira Martins Vasconcelos. Ausente justificadamente o Conselheiro Eduardo Martins Neiva Monteiro.

Tendo em vista que, na data da formalização da decisão, o relator Fábio Nieves Barreira não integra o quadro de Conselheiros do CARF, o Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado foi designado *ad hoc* como o responsável pela formalização da presente Resolução, o que se deu na data de 25/08/2015.

Relatório

Consta do Relatório Fiscal (fls. 418/438) que a autuada Breitener Jaquari S/A foi constituída pela empresa Breitener Energética (Energia) S/A, em razão do contrato OC. 1816/2005, firmado entre a segunda e a Manaus Energia S/A, cujo objeto consistia no suprimento de energia pela Breitener Energética S/A (Energia) à Manaus Energia S/A, por meio de termoeétrica, na modalidade potência contratada e energia fornecida.

Era condição à execução do contrato (cláusula 57, parágrafo único, Contrato OC 1816/2005) que a Breitener Energética (Energia) S/A constituísse Sociedade de Propósito Específico – SPE, que receberia a cessão integral do contrato, incluindo todos os direitos e obrigações.

Como consequência, foi instituída a Breitener Jaquari S/A.

Dessa forma, a Breitener Energética, instalada, originalmente, na cidade de Maracanaú, Estado do Ceará, onde atuava como produtora de energia elétrica para fornecimento exclusivo à Comercializadora Brasileira de Energia Elétrica Emergencial (CBEE), no ano de 2005, por força das obrigações assumidas junto à Manaus Energia S/A, transferiu-se para Manaus para atuar como Produtor Independente de Energia.

Resultou da operação duas despesas, contabilizadas como operacionais, pela controlada Breitener Jaquari S/A.

A primeira diz respeito ao pagamento de aluguel mensal de R\$ 1.875.000,00 (um milhão oitocentos e setenta e cinco mil reais), pago à controladora, pela controlada, em razão do contrato de locação de usina termelétrica em Manaus (fls. 90), firmado entre elas em 23/12/2005 para a execução da OC 1816/2005. A segunda se refere ao pagamento das despesas com o custo de transferência do ativo imobilizado para a implantação da usina, contratado pela controladora e cedido à controlada sob a sob a roupagem de mútuo.

O r. agente fiscal, na apuração dos fatos, entendeu ser dedutível as despesas com aluguel, mas indedutível as demais:

“Ratifica-se, assim, a afirmação de que os gastos são amortizáveis, e só quem pode deduzi-los é o proprietário dos bens móveis e imóveis cujo objeto de sua atividade econômica seja a locação dos bens (Breitener Energética), situação perfeitamente identificável com o caso concreto em análise.

Quanto ao locatário dos bens (Breitener Jaraqui), a despesa intrinsecamente relacionada com sua receita, ou despesa necessária, é apenas a despesa referente ao aluguel da Usina.

Então, como visto, a Breitener Energética, proprietária dos bens, realizou os gastos necessários à implantação da usina e nada lhe impediria de amortizá-los. Daí tornar nítida a intenção fraudulenta com o repasse de dívidas a Breitener Jaraqui com efeitos tributários legalmente inadmissíveis.

Em face do exposto, concluímos que é ineficaz para a produção de efeitos tributários, por falta de fundamento legal, o pacto celebrado entre a Breitener Energética e a Breitener Jaraqui, quer seja chamado de ‘assunção de dívidas’ ou de

‘contrato de mútuo’. Em consequência, consideramos indedutíveis as despesas com juros e depreciação escrituradas na contabilidade da Breitener Jaraqui, que tiveram como origem referido pacto.”

A outra infração verificada pelo r. agente fiscal diz respeito à Conta de Consumo de Combustíveis Fósseis (CCC), fundo administrado pela Eletrobrás, composto com recursos arrecadados das concessionárias de energia elétrica do sistema interligado, cuja finalidade é reembolsar parte dos custos de aquisição do óleo diesel ou combustível utilizados na geração de energia termelétrica das áreas isoladas, cuja natureza é de subvenção para custeio.

Diz o r. agente fiscal que:

“(…)

No entanto, no ano de 2007 o contribuinte recebeu a título de reembolso o valor de R\$ 118.380.334,77, mas escriturou na contabilidade o valor de R\$ 110.579.295,93. Então, a diferença omitida, no montante de R\$ 7.801.038,84, foi lançada no Auto de Infração referente ao IRPJ e à CSLL. O valor total dos reembolsos consta dos documentos ‘Solicitação de Reembolso – SDR’, fornecidos pelo contribuinte.

(…)”Por fim, o r. agente fiscal entendeu que as condutas praticadas se encaixariam na previsão legal de agravamento da multa, em razão da presença do elemento dolo. Como consequência, os diretores da recorrente da recorrente foram responsabilizados tributariamente:

“(…)

Faremos, a seguir, um breve retrospecto para mostrar como as condutas do contribuinte se identificam com os ilícitos tributários dolosos.

a) Sobre os gastos com a implantação da usina realizados pela Breitener Energética e depois transferidos para a Breitener Jaraqui Demonstramos que não havia impedimento para a própria Breitener Energética amortizar os gastos, e que ela era a única pessoa legitimada para exercer esse direito, em virtude da vinculação dos gastos com a futura receita de aluguel que pretendia receber. Nesse ponto, a legislação tributária fundamenta o princípio contábil da entidade, que tem por finalidade distinguir o patrimônio da sociedade do patrimônio dos sócios, evitando a confusão entre os bens, receitas e despesas de um e dos outros. Portanto, a transferência das dívidas à Breitener Jaraqui, a que nos referimos acima, se procedeu de modo dissimulado, com o intuito de criar despesas de juros e de amortização para impedir, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador do IRPJ. O que realmente ocorreu, pois o contribuinte apurou prejuízo nos anos calendários de 2006 e 2007 em decorrência dessas despesas. Dessa forma, identificamos nessa conduta do contribuinte o ilícito de fraude descrito acima. Considerando, ainda, que houve a participação das duas pessoas jurídicas (Breitener Energética e Breitener Jaraqui) na realização do ilícito, caracterizou-se, também a figura do conluio.

b) Sobre a omissão parcial do reembolso da Conta de Consumo de Combustíveis Fósseis (CCC)

Essa omissão configura o ilícito de sonegação (art. 71, da Lei 4.502/64), com seu componente doloso, porque o contribuinte dispunha de todas as informações necessárias para a escrituração correta do montante do reembolso, mas omitiu o valor de R\$ 1.795.325,64 no ano de 2006, e de R\$ 7.919.491,50 no ano de 2007, na apuração

do PIS e da COFINS; e o valor de R\$ 7.801.038,84 em 2007, na apuração do IRPJ e da CSLL. Lembramos que o reembolso CCC tem a natureza jurídica de subvenção para custeio (receita operacional), de forma que sua omissão corresponde à omissão de receita e, obviamente, contribuiu para a redução do fato gerador das obrigações tributárias e consequente redução do tributo devido.

Então, como consequência, o conjunto de ilícitos praticados pelo contribuinte, teve como resultado a supressão ou redução do pagamento de tributos federais.

(...)

Outra consequência com origem nos ilícitos dolosos cometidos pelo contribuinte (ou pelos sócios, administradores ou mandatários) se refere à responsabilidade pessoal de terceiros, conforme se depreende dos termos do art. 135 do Código Tributário Nacional (CTN):

(...)

Além de tudo, as condutas dos sócios e dos mandatários vinculadas ao descumprimento das obrigações tributárias principais e acessórias, configuram, igualmente, as hipóteses previstas no CTN, art. 137, I e II, conforme transcrição abaixo:

(...)”Em impugnação (fls. 699/720) a recorrente defendeu a legalidade dos contratos de locação e de mútuo.

Quanto ao contrato de locação, a recorrente apontou inconsistência do método adotado pelo r. agente fiscal para, em tese, considerar abusivo o valor recebido como contraprestação ao aluguel.

Diz a recorrente, que o método utilizado pelo r. agente fiscal de considerar como parâmetro de 0,5% a 1% da soma do ativo imobilizado ou o prazo para a depreciação deste, se distancia do comando legal do art. 1.142, do Código Civil, que manda que o quantum da locação deva ter como referência o valor do fundo de comércio. Seguindo o critério defendido pela recorrente, o valor do aluguel, nos termos do auto de infração exibido nos autos, está de acordo com a lei.

Por outro lado, a recorrente defende a legalidade do contrato de mútuo aduzindo que enquanto o contrato de locação teve por fim remunerar o aluguel do fundo de comércio, i.é., a usina, o negócio jurídico de empréstimo oneroso de coisa fungível se justificou pela necessidade de adaptações e instalações. Na medida em que a recorrente não possuía capacidade de crédito com instituições financeiras, diz a recorrente que a controladora contraiu as obrigações, repassando as mesmas à controlada na forma de mútuo.

No que tange à omissão de receitas referente à subvenção para custeio, relativamente ao reembolso pela conta de consumo de combustíveis fósseis, a recorrente confessa a dívida, ao dizer que a obrigação tributária resultante do fato teria sido satisfeita em 28.10.2008.

Por fim, pretexta pelo afastamento da qualificação da multa e da responsabilidade pessoal dos diretores, em razão dos fatos praticados não se encaixarem no tipo sonegação fiscal.

A impugnação foi julgada parcialmente procedente, para: i) afastar a multa qualificada relativamente aos tributos CSLL, PIS e COFINS; ii) manter a qualificação da multa

Processo nº 10283.721454/2011-11
Resolução nº **1103-000.164**

S1-C1T3
Fl. 1.161

referente ao IRPJ, ano-calendário 2006; e iii) excluir a responsabilidade pessoal dos diretores Odilson Silva da Nóbrega e de Marcelo Aberaira Vizoto.

Os demais itens do lançamento tributário foram julgados procedentes pela instância inferior.

Inconformada, a recorrente e os diretores ofertaram recurso voluntário, que, exceção feita ao pedido de diligência para que a Receita Federal se pronunciasse sobre o cumprimento das obrigações tributárias oriundas da subvenção para custeio, reiteram os argumentos trazidos na peça de impugnação.

Foi ofertado recurso de ofício, quanto à sucumbência experimentada pela União.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado - Redator *ad hoc*, designado para formalizar a Resolução.

Formalizo esta resolução por designação do presidente da 1ª Seção de Julgamento, ocorrida em 12/08/2015, tendo em vista que o relator do processo, Conselheiro Fábio Nieves Barreira, por ocasião do julgamento realizado em 26/11/2014, pela 3ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da 1ª Seção do CARF, não efetuou a formalização e não pertence mais aos colegiados do CARF.

O entendimento consubstanciado neste voto tem por base os elementos dos autos, a manifestação de voto apresentada pelo Conselheiro durante a sessão, que consta dos arquivos do CARF e, ainda, os dados constantes da ata da Sessão de Julgamento, realizada pela 3ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da 1ª Seção do CARF, em 26/11/2014.

O recurso voluntário foi apresentado tempestivamente e, portanto, foi conhecido.

Não obstante, entenderam os membros do colegiado que o processo não estava em condições de ser julgado, tendo em vista a existência de dúvidas quanto a exigibilidade de parte dos valores discutidos, relacionados à omissão de receitas de subvenção para custeio.

Em seu recurso, no que se refere à tributação da subvenção para custeio denominada Conta de Consumo de Combustíveis Fósseis, a recorrente confessa a dívida, mas alega a extinção da obrigação pelo pagamento, *verbis*:

Nesse ponto, o auditor da Receita Federal se limitou a dizer que houve omissão de receita de R\$ 1.795.325,64 (um milhão setecentos, e noventa e cinco mil trezentos e vinte e cinco reais e sessenta e quatro centavos) em 2006 e R\$ 7.801.038,84 (sete milhões oitocentos e um mil trinta e oito reais e oitenta e quatro centavos) em 2007, decorrente de reembolso pela. CONTA DE CONSUMO DE COMBUSTÍVEIS FÓSSEIS (CCC).

Pior, o auditor se utilizou desse fato para, mais uma vez, defender a hipótese de fraude e sonegação fiscal.

Ocorre que a diferença foi constatada e devidamente recolhida pela Breitener Jaraqui, no. dia 28.10.2008, e os respectivos valores foram considerados ainda na apuração e recolhimento de IRPJ e CSLL, pelo que todo o tributo devido foi devidamente recolhido.

(...)

Corroborando com tudo que foi dito, segue planilha com a apuração detalhada do PIS e da COFINS nos anos de 2006/2007/2008 e os livros Razão com a conta reembolso CCC de 2006/2007/2008 (docs. 04 a 06).

No acórdão vergastado, tem-se que a julgadoria de primeira instância não acolheu o argumento ora apresentado segundo a premissa de que o recolhimento a posteriori não teria sido propriamente comprovado.

Ora, com base em tudo o que foi dito, a informação do recolhimento do PIS e da COFINS a posteriori se encontra com a própria Receita Federal. Assim, para que se verifique a realização do recolhimento, solicita-se:

que baixe o processo em diligência, para comprovar junto aos órgãos competentes da própria Receita Federal as informações ora prestadas;

que baixe o processo em diligência para realização de perícia contábil, com o objetivo de comprovar o recolhimento a posteriori do tributo.

Resta comprovada, destarte, a improcedência do auto de infração, inexistindo qualquer crédito tributário decorrente de diferenças de CONTA DE CONSUMO DE COMBUSTÍVEIS FÓSSEIS (CCC) provisionada a menor, pelo que, outrossim, não houve qualquer ato indicativo de sonegação fiscal, nos termos do que restou comprovado.”

Tendo em vista a alegação da recorrente e os elementos trazidos aos autos, resolveram, os membros do colegiado, converter o processo em diligência para que a unidade de origem examine os elementos trazidos pela recorrente e proceda as verificações necessárias com vistas a confirmar a procedência das alegações da interessada de que efetuou espontaneamente, e antes do início do procedimento fiscal, o recolhimento dos tributos apurados e lançados em face de omissão de receitas decorrente da referida subvenção para custeio.

A autoridade fiscal responsável pelas diligências deverá elaborar relatório conclusivo, do qual deverá ser cientificada a interessada, observando-se o disposto no art. 35, parágrafo único do Decreto nº 7.574/2011.

Após, os autos devem ser devolvidos a este Conselho para julgamento.

Resolução formalizada em 25 de Agosto de 2015.

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Redator *ad hoc*, designado para formalizar a Resolução