



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

| | |
|--------------------|--|
| Processo n° | 10730.004842/2005-62 |
| Recurso n° | Embargos |
| Acórdão n° | 1402-001.299 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária |
| Sessão de | 6 de dezembro de 2012 |
| Matéria | AUTO DE INFRAÇÃO - IRPJ / CSLL |
| Embargante | COMPANHIA DE BEBIDAS PRIMO SCHINCARIOL |
| Interessado | FAZENDA NACIONAL |

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2012

EMBARGOS. OBSCURIDADES E OMISSÕES NO VOTO CONDUTOR DO ACÓRDÃO. SANEAMENTO. Constada a existência de obscuridades e omissões no voto condutor do acórdão recorrido quanto a fundamentação de matérias apreciadas e decididas pelo colegiado, cumpre saneá-lo.

RECURSO DE OFICIO. OMISSÃO DE RECEITA. AUDITORIA DE PRODUÇÃO. Constatado, mediante diligência fiscal, o equívoco do Fisco na determinação das receitas omitidas apurada em auditoria de produção, correto o ajuste na base de cálculo e conseqüente cancelamento parcial da exigência.

GLOSA DE DESPESAS INIDÔNEAS. AMORTIZAÇÕES DE ÁGIO SUPOSTAMENTE PAGO NA AQUISIÇÃO DE DEBÊNTURES. Correta a glosa de despesas contabilizadas a título de pagamento de prêmio na aquisição de debêntures entre pessoas ligadas, amparados em contratos eivados de fraude, cujo objetivo, a toda evidência, foi reduzir o IRPJ e CSLL pelo contribuinte, devendo ser restabelecida a multa qualificada, no percentual de 150%.

LUCROS NO EXTERIOR. DISPONIBILIZAÇÃO. EMPREGO DO VALOR. A finalidade da norma contida no item 4 da alínea "b" do § 2º da Lei nº 9.532/1997 foi de caracterizar como disponibilização qualquer forma de realização dos lucros que não estivesse compreendida nas demais situações previstas no parágrafo, entre elas a alienação do investimento. Tendo o contribuinte adquirido, em 12/01/2001, participação em empresa no exterior, os lucros da mesma, relativo dos anos de 1996 a 2000, apurados e ainda não disponibilizados, devem ser oferecidos à tributação pela empresa brasileira alienante e não pela contribuinte.

LUCROS NO EXTERIOR. TRIBUTAÇÃO. RECONSTITUIÇÃO DO LUCRO LÍQUIDO E LUCRO REAL. EXCLUSÃO DE PARCELA INDEVIDAMENTE INCLUÍDA NA BASE DE CÁLCULO. Nos termos do

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.206-2 de 01.07.2004 e MP nº 2.002-7 de 04.04.2001

Autenticado digitalmente em 02/04/2013 por ANTONIO JOSE PRAGA DE SOUZA, Assinado digitalmente em 18/

04/2013 por LEONARDO DE ANDRADE COUTO, Assinado digitalmente em 02/04/2013 por ANTONIO JOSE PRAGA DE

SOUZA

Impresso em 23/04/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

art. 142 do CTN, no lançamento de ofício do IRPJ e CSLL, a autoridade tributária deve reconstituir a apuração do lucro líquido bem como o lucro real, efetuando os ajustes devidos em face das infrações porventura apuradas. Deparando-se com erros ou equívocos do contribuinte, que implicaram na elevação indevida da base de cálculo nesses mesmos períodos de apuração, cumpre à Fiscalização escoimá-los, pois, a Fazenda Pública deve constituir e cobrar o tributo devido, nem mais, nem menos, na forma da Lei. Nesse diapasão, nos termos do art. 145, inciso I, do CTN, o lançamento também pode ser alterado pela autoridade julgadora para excluir valores indevidamente incluídos na base de cálculo pelo contribuinte, nos períodos de apuração tributados, procedimento igualmente respaldado no princípio da verdade Material.

RECURSOS DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO PROVIDOS EM PARTE.
EMBARGOS CONHECIDOS. ACÓRDÃO RATIFICADO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos conhecer dos embargos de declaração e, no mérito, acolhê-los parcialmente para sanar as obscuridades e omissões na fundamentação do voto condutor do acórdão 1402-00.494 de 31/03/2011, confirmando integralmente a decisão embargada, nos termos do relatório e voto do Relator .

(assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto - Presidente

(assinado digitalmente)

Antônio José Praga de Souza – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antônio José Praga de Souza, Carlos Pelá, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira e Leonardo de Andrade Couto.

Relatório

COMPANHIA DE BEBIDAS PRIMO SCHINCARIOL recorreu a este Conselho contra a decisão de primeira instância administrativa, proferida na DRJ Juiz de Fora (MG), que julgou procedente em parte a exigência, pleiteando sua reforma, com fulcro no artigo 33 do Decreto nº 70.235 de 1972 (PAF).

Por sua vez, a SEGUNDA TURMA DA DRJ JUIZ DE FORA (MG) recorreu de ofício em face da exoneração de valor superior ao limite de alçada.

O litígio trata de autos de infração, lavrados pela Fiscalização da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Niteroi/RJ, em 23/09/2005, relativo ao Imposto de Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ, no valor de R\$ 21.448.261,08 (fls. 06/11), da Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS no valor de R\$ 63.693,43 (fls. 69/75), da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido no valor de R\$ 7.727.505,23 (fls.80/92) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, no valor de R\$293.969,67 (fls. 76/79), que acrescidos de multa e juros de mora com base na SELIC, totalizou crédito tributário no montante de R\$77.248.673,11.

Apurou-se as seguintes infrações à legislação do imposto sobre a renda das pessoas jurídicas:

- a) Omissão de receita em decorrência da manutenção no Passivo de obrigações incomprovadas;
- b) Omissão de receita caracterizada pela venda de produtos de fabricação própria sem emissão de nota fiscal, apurada através de procedimentos de auditoria de produção;
- c) Custos, Despesas Operacionais e encargos não necessários, em razão das amortizações do ágio sobre aquisições de Debêntures , e
- d) Adições não computadas na apuração do Lucro Real dos rendimentos e/ou ganhos de capital auferidos no exterior disponibilizados pela empresa controlada – Andree Overseas Ltd.

Na reunião de 31/03/2011, esta Turma apreciou os recursos e proferiu o Acórdão 1402-00.494, assim ementado:

RECURSO DE OFICIO. OMISSÃO DE RECEITA. AUDITORIA DE PRODUÇÃO. Constatado, mediante diligência fiscal, o equívoco do Fisco na determinação das receitas omitidas apurada em auditoria de produção, correto o ajuste na base de calculo e conseqüente cancelamento parcial da exigência.

GLOSA DE DESPESAS INIDÔNEAS. AMORTIZAÇÕES DE ÁGIO SUPOSTAMENTE PAGO NA AQUISIÇÃO DE DEBÊNTURES. Correta a glosa de despesas contabilizadas a título de pagamento de prêmio na aquisição de debêntures entre pessoas ligadas, amparados em contratos eivados de fraude, cujo objetivo, a toda evidência, foi reduzir o IRPJ e CSLL pelo contribuinte, devendo ser restabelecida a multa qualificada, no percentual de 150%.

LUCROS NO EXTERIOR. DISPONIBILIZAÇÃO. EMPREGO DO VALOR. A finalidade da norma contida no item 4 da alínea "b" do § 2º da Lei nº 9.532/1997 foi de caracterizar como disponibilização qualquer forma de realização dos lucros que não estivesse compreendida nas demais situações previstas no parágrafo, entre elas a alienação do investimento. Tendo o contribuinte adquirido, em 12/01/2001, participação em empresa no exterior, os lucros da mesma, relativo dos anos de 1996 a 2000, apurados e ainda não disponibilizados, devem ser oferecidos à tributação pela empresa brasileira alienante e não pela contribuinte.

LUCROS NO EXTERIOR. TRIBUTAÇÃO. RECONSTITUIÇÃO DO LUCRO LÍQUIDO E LUCRO REAL. EXCLUSÃO DE PARCELA INDEVIDAMENTE INCLUÍDA NA BASE DE CÁLCULO. Nos termos do art. 142 do CTN, no lançamento de ofício do IRPJ e CSLL, a autoridade tributária deve reconstituir a apuração do lucro líquido bem como o lucro real, efetuando os ajustes devidos em face das infrações porventura apuradas. Deparando-se com erros ou equívocos do contribuinte, que implicaram na elevação indevida da base de cálculo nesses mesmos períodos de apuração, cumpre à Fiscalização escoimá-los, pois, a Fazenda Pública deve constituir e cobrar o tributo devido, nem mais, nem menos, na forma da Lei. Nesse diapasão, nos termos do art. 145, inciso I, do CTN, o lançamento também pode ser alterado pela autoridade julgadora para excluir valores indevidamente incluídos na base de cálculo pelo contribuinte, nos períodos de apuração tributados, procedimento igualmente respaldado no princípio da verdade Material.

Recursos de ofício e voluntário providos em parte.

Na parte dispositiva do acórdão consta a seguinte decisão: “Acordam os membros do colegiado: 1) Pelo voto de qualidade, dar provimento parcial ao recurso de ofício, para restabelecer a qualificação da multa de ofício, vencidos os Conselheiros Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira (relator), Carlos Pelá e Moises Giacomelli Nunes da Silva, que negavam provimento em sua totalidade. 2) Em relação ao recurso voluntário: a) Por unanimidade de votos, não conhecer do recurso voluntário, em face de passivo fictício e auditoria de produção, por adesão a parcelamento especial; b) Por maioria de votos, excluir do lançamento o valor dos lucros gerados no exterior de R\$ 24.539.865,72, por se tratar de resultado até 12.01.2001, vencidos os Conselheiros Carlos Pelá, que negava provimento ao recurso, e Eduardo Martins Neiva Monteiro que dava provimento parcial para manter apenas o lucro do ano de 2001, por entender estar incluído nesse valor; c) Por maioria de votos, manter a glosa de despesas de amortização de ágio na aquisição de debêntures somente do valor efetivamente apurado no Livro Razão, vencidos os Conselheiros Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira (relator) e Moisés Giacomelli Nunes da Silva, que davam provimento integral ao recurso; d) Pelo voto de qualidade, acolher a proposta do Conselheiro Antônio José Praga de Souza, para que na reconstituição da apuração do lucro real do ano-calendário

de 2001, seja excluída da tributação, de ofício, o valor de R\$ 36.166.313,61, por se tratar de lucros distribuídos pela empresa Andree Overseas que foi objeto de lançamento de ofício no processo nº 16327.001077/2006-58, conforme acórdão 1402-00.493, de 30 de março de 2011, vencidos os Conselheiros Carlos Pelá, Moises Giacomelli Nunes da Silva e Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira (relator). Tudo na forma do relatório e dos votos, vencido e vencedor, que passam a integrar o presente julgado. Designado para redigir o voto vencedor, o Conselheiro Antônio José Praga de Souza. Ausente momentaneamente, o Conselheiro Frederico Augusto Gomes de Alencar. Participou do julgamento o Conselheiro Eduardo Martins Neiva Monteiro.

A ciência do acórdão á contribuinte se deu 18/04/2012, quarta-feira (fl. 1999), ao Sr. Felipe da Silva Rodrigues, cuja procuração e documento pessoal encontra-se às fls. 2000 a 2002.

Ato contínuo, a contribuinte apresentou embargos de declaração.

Aludidos embargos, acostados às fls. 2.003 e seguintes dos autos, foram considerados tempestivo, isso porque a ciência do Acórdão ocorreu em 18/4/2012 (quarta-feira), fl. 1999, sendo que a contagem do prazo Regimental para interposição de 5 (cinco) dias, art. 65 do RI-CARF, iniciou na quinta-feira (19/4) dia normal de expediente na Unidade de Preparo/Origem. Tal prazo se encerrou na segunda-feira dia 23/4/2012, também dia normal de expediente, sendo que os embargos, embora protocolados em 25/4/2012 (quarta-feira) fl. 2003, foram postados “Via Sedex” em 23/4/2012 (fl. 2019).

A seguir, o processo foi encaminhado a este Conselho para apreciação dos embargos, sendo distribuído a este Conselheiro Redator do Voto Vencedor para pronunciamento, haja vista que o Relator, Conselheiro Leonardo Oliveira, restou vencido em todas as matérias em litígio.

Mediante despacho de 8/12/2012, aprovado pelo Sr. Presidente da Turma, este relator propugnou pela acolhimento dos embargos, para que sejam apreciados pelo colegiado, tendo em vista que: “(...) em princípio, algumas matérias secundárias deixaram mesma de ser apreciadas diretamente, a exemplo das seguintes: Despesa Necessária (item 23 - RV), Aplicação do art. 56 da Lei 6.404/196 (item 27 - RV), Sobre a Consulta n.a 266/2001 (item 30 - RV)”.

É o que importa relatar.

Voto

Conselheiro Antonio Jose Praga de Souza, Relator.

Tratam-se de embargos da contribuinte que foram admitidos/acolhidos para apreciação do colegiado de “erro, contradição, omissão e obscuridade” alegados pelo recorrente.

Passo a apreciar as alegações da embargante:

De início vejamos o disposto nos artigos 65 e 66 do Anexo II do Regimento interno do CARF, aprovado pela Portaria MF 256/2009, que tratam dos embargos:

“Seção I - Dos Embargos de Declaração

Art. 65. Cabem embargos de declaração quando o acórdão contiver obscuridade, omissão ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se a turma.

§ 1º Os embargos de declaração poderão ser interpostos por conselheiro da turma, pelo Procurador da Fazenda Nacional, pelos Delegados de Julgamento, pelo titular da unidade da administração tributária encarregada da execução do acórdão ou pelo recorrente, mediante petição fundamentada dirigida ao presidente da Câmara, no prazo de 5 (cinco) dias contado da ciência do acórdão.

§ 2º O presidente da Câmara poderá designar conselheiro para se pronunciar sobre a admissibilidade dos embargos de declaração opostos.

§ 3º O despacho do presidente será definitivo se declarar improcedentes as alegações suscitadas, sendo submetido à deliberação da turma em caso contrário.

§ 4º Do despacho que rejeitar os embargos de declaração será dada ciência ao embargante.

§ 5º Os embargos de declaração opostos tempestivamente interrompem o prazo para a interposição de recurso especial.

§ 6º As disposições deste artigo aplicam-se, no que couber, às decisões em forma de resolução.

Art. 66. As inexactidões materiais devidas a lapso manifesto e os erros de escrita ou de cálculo existentes na decisão serão retificados pelo presidente de turma, mediante requerimento de conselheiro da turma, do Procurador da Fazenda Nacional, do titular da unidade da administração tributária encarregada da execução do acórdão ou do recorrente.

§ 1º Será rejeitado de plano, por despacho irrecorrível do presidente, o requerimento que não demonstrar com precisão a in-xatidão ou o erro.

§ 2º Caso o presidente entenda necessário, preliminarmente, será ouvido o conselheiro relator, ou outro designado, na impossibilidade daquele, que poderá propor que a matéria seja submetida à deliberação da turma.

§ 3º Do despacho que indeferir requerimento previsto no caput, dar-se-á ciência ao requerente.”

(Grifei)

Extrai-se dos dispositivos acima disposto que os embargos não se prestam para corrigir ou apreciar alegações de “erros de direito” nos acórdãos, muito menos reapreciar matérias decididas com perfeita lucidez pelo Colegiado à luz da legislação e diante das provas dos autos, pois, desde a Lei 8.541/1992 foi revogado o artigo 50 do Decreto 70.235/1972 (PAF) que estabelecia a possibilidade de “pedido de reconsideração”.

Portanto, o Recorrente, que não se conforma com a decisão e entende que há nulidades em face de exonerações ou determinações que não teriam base legal, ou que extrapolariam o litígio, não pode esperar que suas pretensões de reconsideração das decisões em matérias de direito sejam atendidas por meio de embargos de declaração.

No julgamento do presente processo, realizado em 3 sessões, sendo a última em 31/03/2011, que resultou no Acórdão 1402-00.494, ora embargado, foram intensos os debates do Colegiado, cada matéria foi exaustiva e minuciosamente apreciada, fato que pode ser constatado pelo extensão e profundidade do dispositivo da decisão.

É certo que o provimento parcial dos recursos de ofício e recurso voluntário surpreendeu os patronos da recorrente, sendo compreensível o descontentamento dos embargantes, mas reitero: no tocante ao cerne do litígio inexistem vícios ou falhas processuais, consoante a seguir fundamentado.

Ocorre, porém, que o Relator restou vencido em quase todas as matérias, sendo que este Conselheiro foi designado para redigir o voto vencedor, daí a possibilidade de pequenas omissões ou obscuridade quanto a argumentos secundários, a serem sanados neste julgamento.

Passo a apreciar as alegações, transcrevendo trecho a trecho do embargos, utilizando os mesmos títulos da aludida peça:

1) DO “ALERTA INICIAL” (pag. 1 dos Embargos).

“(…)

ALERTA INICIAL

Os presentes Embargos, que dizem respeito ao Acórdão de n^o 1402-0494, devem, necessariamente e sob pena de nulidade, ser apreciados conjuntamente com os Embargos que serão oportunamente postos contra o Acórdão n.º 1402-00.493, dada a indissolúvel conexão e vínculo estabelecidos pelo próprio voto condutor quando diz (fls. 1974):

“ Para a melhor compreensão da Matéria, transcrevo parte dos fundamentos do voto vencedor que está sendo proferido no aludido Processo 16327.0010722/2006-58 concomitante a este (Acórdão 1402-00.493): (...)”

Descabe razão ao embargante neste ponto, pois, a conexão com o processo 16327.0010722/2006-58 relaciona-se apenas com uma matéria, qual seja, a tributação dos lucros auferidos por controlado no exterior, cuja a proposta é de rejeitar os embargos nesta parte, conforme adiante fundamentado. Caso sejam acolhidos os embargos pelo colegiado quanto a esse pleito, o próprio Colegiado deve deliberar sobre os efeitos dessa decisão.

Rejeito pois esse pleito.

2) DO ESCLARECIMENTO (pag 3)

“(…)

ESCLARECIMENTO

Cumpra esclarecer que no tópico "Lucros Disponibilizados no Exterior", embora provido o Recurso Voluntário, é indiscutível o interesse da Embargante, isto pelos seguintes motivos:

- *A Decisão julgou matéria não objeto do lançamento.*
- *A Decisão extrapolou o pedido - "ultra petita". /*
- *A Decisão praticou ato privativo do Delegado da Receita Federal.*
- *A Decisão revisou, como se autoridade lançadora fosse, "Auto Lançamento - Declaração IRPJ", já homologada (decorso de 10 anos), e mais, sem autorização, avançou sobre exercício também já fiscalizado.*

e, principalmente, porque:

A Decisão, embora reconhecendo que o valor foi oferecido à tributação na DIPJ da Embargante, caminhou por uma espúria construção (Deferimento de Crédito Prescrito - Não Requerido), única e exclusivamente para manter a mesma exigência, lançada posteriormente - em duplicidade, contida no processo n.º 16327.0010722/2006-58, que deu origem Acórdão n.º 1402-00.493.”

A despeito dos termos utilizados pelos doutos patronos da recorrente, que meu ver são desrespeitosos para com a Decisão e o Colegiado, é patente que as questões destacadas neste ponto não se amoldam à hipótese de embargos, sendo que todos os procedimentos atacados foram objeto de deliberação do colegiado.

Não discuto a possibilidade de erro de direito, mas a matéria já foi submetida a decisão no acórdão pelo que não deve ser reapreciada em sede de embargos.

Rejeito, de plano, os embargos quanto a esses pleitos.

3) DA MULTA DE OFICIO (pag. 5)

“(…)

Multa de Ofício (Qualificação) /

Hipótese (Erro - Contradição)

Temos que às fls. 1989/1890 do Acórdão embargado ficou consignado no voto condutor do julgado que:

“ Não resta dúvida de que a falsidade material deixa exposto o evidente intuito de fraude, porém, o dolo - elemento subjetivo do tipo qualificado tributário ou do tipo penal - também está presente quando a consciência e a vontade do agente para a prática da conduta (positiva ou omissiva) exsurgem

de atos que tenham por finalidade impedir ou retardar o conhecimento, por parte da autoridade fazendária, da ocorrência do fato gerador e de suas circunstâncias materiais, necessárias a sua mensuração.”

(grifos nossos)

Pois bem, considerando que o relator afasta claramente a existência de "falsidade material" e trilha o caminho do "dolo" como elemento subjetivo (presunção) suficiente para concluir que a finalidade era impedir ou retardar o conhecimento do fato gerador, surgem, concomitantemente, as hipóteses de "erro" e "contradição". Vejamos:

- Ora, como o tema em debate diz respeito a "dedutibilidade" de despesas com amortização de ágio (arts. 324 e 325 do RIR/99), todas devidamente contabilizadas, sem falsidade material e jamais questionadas pelo fisco, é impossível o pretendido "impedimento" ou "retardamento" da ocorrência do fato gerador, resultando flagrantes o erro e a conseqüente contradição entre os fundamentos e a conclusão do julgado.

Da mesma forma, tendo o relator afirmado que não marca presença a necessária "falsidade material" que conduz ao conceito de "evidente intuito de fraude" tal como condição prevista no art. 44, inciso II, da Lei 9.430/96, não há dúvida nenhuma de que, ao trazer a novidade - "elemento subjetivo" - para sustentar a exasperação da penalidade, surgem flagrantes o erro e a conseqüente contradição entre os fundamentos e a conclusão do julgado.

Mas não é só, partindo da premissa juridicamente inquestionável de que "Fraude Não se Presume", temos novamente a presença do erro, pelo menos conceitual, mormente no caso dos autos onde os componentes da DRJ, que atuam em atividade vinculada à Lei, desqualificaram a penalidade com clareza meridiana ao asseverar (fls. 1799):

"Entretanto afasta-se a aplicação de multa qualificada por não ter sido suficientemente comprovado, nos autos, o dolo nesta operação. Houve a tentativa de planejamento tributário com utilização de conceitos existentes na legislação, porem aplicados de forma incorreta pela contribuinte."

(..)"

Não vejo a contradição apontada, muito menos erro na apreciação dos pressupostos que levaram a qualificação da multa de ofício.

Pelo contrário, a questão é de clareza solar: enquanto a maioria dos julgadores da Turma da DRJ entendeu que o contribuinte realizou uma “tentativa de planejamento tributário com utilização de conceitos existentes”, ou seja, não incorreu em qualquer procedimento doloso, a composição deste Colegiado, à época formou convencimento de que o contribuinte agiu sim com dolo, pois, premeditou a operação com as debêntures, que apesar de observar os aspectos formais e legais, na essência não passava de uma “fabrica de despesas” para reduzir artificialmente os tributos devidos pelas empresas do grupo, nos exatos termos da acusação fiscal..

A ementa do acórdão embargado que foi aprovada nos termos do RI-CARF, reflete bem o entendimento que prevaleceu na Turma:

“GLOSA DE DESPESAS INIDÔNEAS. AMORTIZAÇÕES DE ÁGIO SUPOSTAMENTE PAGO NA AQUISIÇÃO DE DEBÊNTURES. Correta a glosa de

despesas contabilizadas a título de pagamento de prêmio na aquisição de debêntures entre pessoas ligadas, amparados em contratos eivados de fraude, cujo objetivo, a toda evidência, foi reduzir o IRPJ e CSLL pelo contribuinte, devendo ser restabelecida a multa qualificada, no percentual de 150%.”

Rejeito também embargos nessa parte.

4) DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO (fl. 6)

“(…)

Amortização de Ágio (Glosa)

Hipótese (Obscuridade)

Examinando o voto condutor do Acórdão na parte relativa à glosa de despesas com amortização de ágio (item III - fls. 1982/1988), pode ser facilmente verificado que ilustre relator se limita a transcrever os fundamentos do voto da decisão recorrida sem qualquer conclusão, e mais, sem sequer dizer que os adota.

Logo a seguir faz comentários fora do contexto e passa a transcrever termos da Representação Fiscal e mais alguns comentários longe de conclusivos.

Na seqüência, assevera que cabe razão à recorrente em relação a erros fato, passando a discorrer sobre eles "em tese", sem qualquer especificação, terminando o voto com os seguintes termos (fls. 1988):

"Nos períodos de apuração em que os valores reconstituídos superarem os tributados não poderá haver agravamento da exigência."

*Como pode ser constatado, não se sabe quais os fundamentos do colegiado para manter a exação ou parte dela e, muito menos, quantificar o que "em tese" teria sobejado da acusação fiscal, revelando clara e inaceitável a "**obscuridade**" no julgado.*

(..)

Ao transcrever no voto condutor os fundamentos do acórdão recorrido quanto as razões de decidir para manter a glosa da amortização do ágio, o objetivo do voto condutor foi também adotá-los. Realmente faltou a expressão “adoto os fundamentos transcritos como razões de decidir”.

É de se registrar que tais fundamentos não foram infirmados diretamente na peça recursal, pelo que as razões de decidir da decisão recorrida podem ser perfeitamente adotados neste voto, conforme disposto no art. 50 Lei 9.784 de 1999, que se aplica subsidiariamente ao PAF(*verbis*):

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

(…)

V - decidam recursos administrativos;

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

(...)

§ 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito. (Grifei)

Outrossim, vejamos o restante da fundamentação do voto condutor nesta parte (*verbis*):

“Em seu recurso voluntário endereçado a este Conselho, a pessoa jurídica interessada sustenta que a Turma Julgadora de primeiro grau não teria enfrentado seus argumentos expendidos na fase impugnativa, relativamente ao “erro de fato” cometido pela autoridade lançadora, reiterando tudo quanto sustentado.

Na apreciação desse matéria é imperioso destacar o disposto na primeira parte do art. 29 do Decreto 70.235/192: “**Na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção, podendo determinar as diligências que entender necessárias.**”

Pois bem, ao contrário dos ilustres julgadores de primeira instância, que demonstraram uma pequena incerteza, a partir da análise dos mesmo fatos e provas acima transcritos, **formei pleno convencimento do artificialismo dessa operação, tal qual descrito no auto de infração, sendo os autos foram instruídos com um robusto conjunto probatório da acusação fiscal.**

Em verdade, o objetivo da autuada com essa operação foi reduzir as bases de cálculo do IRPJ e CSLL.

(...)

Foi juntado também nos autos, às fls. 1896 e seguintes, a manifestação da empresa Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes MS S/A (antiga Forcit), e o Despacho Decisório da DRF Campo Grande e, por fim, o ato declatório que declarou a empresa Inapta.

Ainda que a Forcit tenha obtido êxito no restabelecimento de seu CNPJ o que importa aqui são os fatos e as provas dos mesmos. **A Forcit teve apenas existência formal, e dentre outros fins, prestou-se à emissão das debêntures cujo o “ágio” foi utilizado pela autuada para reduzir os tributos devidos.**

(...)

Importante frisar que a autoridade julgadora não fica obrigada a manifestar-se sobre todas as alegações da defesa, nem a todos os fundamentos nela indicados, ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão.

Sobre esse tema faço referência a recentes decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, STJ, nos REsp 874793/CE, julgado em 28/11/2006; e REsp 876271/SP, julgado em 13/02/2007, cujas ementas são enfáticas:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ARTIGO 535 DO CPC. (...).

1. Não há violação do artigo 535 do CPC quando o Tribunal de origem resolve a controvérsia de maneira sólida e fundamentada, apenas não adotando a tese do recorrente.

2. O julgador não precisa responder todas as alegações das partes se já tiver encontrado motivo suficiente para fundamentar a decisão, nem está obrigado a ater-se aos fundamentos por elas indicados.”(REsp 874793/CE, relator Ministro Castro Meira).

“TRIBUTÁRIO - PROCESSUAL CIVIL - VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC - NÃO-OCORRÊNCIA (...)

1. A questão não foi decidida conforme objetivava a embargante, uma vez que foi aplicado entendimento diverso. É cediço, no STJ, que o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu.” (REsp 876271/SP, relator Ministro Humberto Martins). (Grifei).

No voto condutor de outro julgado, “AgRg no Ag 353263/MG - agravo Regimental no Agravo de Instrumento 2000/0134865-5”, de 21/02/2006, asseverou o insigne Ministro Peçanha Martins:

“A jurisprudência dominante neste Tribunal Superior proclama a não ocorrência de violação ao art. 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil, se o acórdão recorrido, ainda que sucinto, tiver bem delineado as questões a ele submetidas, não se encontrando o magistrado obrigado a responder a todas as alegações das partes, quando já tiver encontrado motivos suficientes para fundar a decisão, nem se ater aos fundamentos indicados por elas ou a responder um a um todos os seus argumentos. Não há que se falar em ofensa ao dispositivo legal se a questão controvertida foi resolvida pelo acórdão de forma fundamentada. (RESP 174.390/SP e EDCL no RESP 202.056/SP).”

A recorrente não pode esperar, tampouco exigir, que sejam abordados nos votos condutores dos acórdãos, cada uma das alegações articuladas nas defesas, e sim que as questões e matérias em litígio sejam devidamente apreciadas, cumprindo-se a determinação do art. 31 do Decreto 70.235 de 1972, com redação dada pela Lei 8.748 de 1993.

Concluo que cabe aqui acolher os embargos nesta parte apenas para sanar a obscuridade quanto a falta da expressão “adoto os fundamentos transcritos da decisão de primeira instância como razões de decidir”.

5) DAS OMISSÕES (pag 7)

“(.) Hipótese (Omissão)

O Acórdão é completamente omisso sobre as inúmeras e relevantes questões postas no Recurso Voluntário (vide itens 23 a 41 do RV), a ponto de sugerir que o Apelo sequer foi lido.

A omissão do julgado sobre temas importantes colocados no Recurso Voluntário é tão evidente que basta uma breve leitura do voto condutor do Acórdão para verificar que não foi dedicada uma palavra sequer sobre as seguintes questões:

Erro! Nenhuma entrada de índice analítico foi encontrada. Sobre restrições: debêntures/coligadas (item 32).

Sobre amortização/pagamento, (item 35 - RV).

Sobre indevido enquadramento legal (item 36 - RV).

Sobre erros de fato - de forma conclusiva (item 38 - RV).^a

Sobre o desprezo a dados Contábeis (item 41 - RV).

Concluindo, as obscuridades e omissões neste tópico são tão graves que chegam a caracterizar cerceamento ao direito de defesa, não só porque o Acórdão não é compreensível, como também e mais grave ainda, certamente, em que pese farta jurisprudência em sentido contrário, vai inviabilizar eventual Recurso Especial.”

De fato, essas alegações, deixaram de ser fundamentadas especificamente no voto condutor por mim elaborado. Todavia, são todas alegações adicionais quanto a matéria constantes do tópico IV.3 do Recurso Voluntário, vide fls. 1820 e seguintes dos autos.

Ora, conforme já asseverado neste voto “a autoridade julgadora não fica obrigada a manifestar-se sobre todas as alegações da defesa, nem a todos os fundamentos nela indicados, ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão”. Logo, ao fundamentar e concluir que a glosa fiscal foi correta, considero que os itens 23, 28, 30, 32, 35 e 41 perdem o objeto.

No que tange ao indevido enquadramento legal, item 36, há que ser sanada essa omissão pelos fundamentos levado ao plenário, qual seja: diante da perfeita descrição dos fatos, devem ser superadas eventuais falhas dessa natureza, conforme entendimento reiterado no CARF.

Quanto ao alegado erro de fato na base de cálculo, item 38 do Recurso Voluntário, vejamos as alegações da recorrente:

“38. Finalizando, é de ser assinalado que a decisão, no último parágrafo de sua página 18 (fls. 1.798), não enfrentou argumento trazido na -impugnação -quanto-a erro de fato nos valores considerados pelo Fisco nos anos de 2001 a 2004, conforme dados extraídos do Razão Analítico apresentado como documento n.º 5 da impugnação (fls. 1.470/1.475), que aqui se repetem e que mostram ter sido glosado valor a maior (R\$ 1.008.590,13) do que aqueles amortizados efetivamente:

| Fato gerador | Valor imputado pelo Fisco | Valor efetivo, conf. Razão Analítico da Recorrente | Diferença |
|---------------|---------------------------|--|----------------------------|
| 31/12/2000 | 14.950.000,02 | 14.950.000,02 | -0- |
| 31/12/2001 | 28.384.037,83 | 29.899.999,98 | (1.515.962,15) |
| 31/12/2002 | 30.405.320,72 | 29.900.000,00 | 505.320,72 |
| 31/12/2003 | 28.637.082,72 | 29.900.000,00 | (1.262.917,28) |
| 31/12/2004 | 33.182.148,84 | 29.900.000,00 | 3.282.148,84 |
| Totais | 135.558.590,13 | 134.550.000,00 | <u>1.008.590,13</u> |

A matéria foi apreciada e provida pelo Colegiado, tendo decidido: “(...) Por maioria de votos, manter a glosa de despesas de amortização de ágio na aquisição de

debêntures somente do valor efetivamente apurado no Livro Razão”. Por sua vez, a apreciação deste item no voto condutor encontra na página 39 do acórdão, abaixo transcrita:

(...)

Outrossim, cabe razão à recorrente no que tange ao erro de fato na determinação dos valores glosados, conforme asseverado no trecho do voto vencido:

De fato, estabelecido o confronto entre os lançamentos contábeis sintetizados nas páginas do “Razão Analítico” (fls. 1470/1475), com aqueles declarados nos formulários da DIPJ, pode ser constatado que a Fiscalização, tendo presente os cálculos elaborados, não promoveu a glosa do valor efetivamente apropriado, ora glosando em excesso, ora glosando com deficiência. O quadro abaixo espelha essa realidade:

Ano ! Razão Analítico ! DIPJ ! Glosado !

| | | | |
|----------|--------------------|--------------------|---------------|
| 2000... | 14.950.000,00..... | 15.275.495,43..... | 14.950.000,02 |
| 2001... | 28.899.999,98.. | 30.949.242,32.... | 28.384.037,83 |
| 2002.... | 29.900.000,00..... | 30.849.846,46..... | 30.405.320,72 |
| 2003.... | 29.900.000,00..... | 32.201.165,33..... | 28.637.082,72 |
| 2004.... | 29.900.000,00..... | 33.182.148,84..... | 33.182.148,84 |

Todavia, ao invés de simplesmente excluir da tributação os valores que em princípio foram glosados em excesso, o correto é a Fiscalização reconstituir as bases de cálculo tributadas a partir dos valores apurados/registrados no Livro Razão da contribuinte.

Nos períodos de apuração em que os valores reconstituídos superarem os tributados não poderá haver agravamento da exigência.

(...)

Realmente, pode-se acrescentar uma frase na fundamentação desse item, no “sentido de que não é cabível excluir diretamente da base de cálculo o valor de R\$ 1.008.590,13, conforme pleiteado no item 38 da peça recursal, pois a exclusão deve ser feita período a período.”

Propugno, pois, acolher os embargos para sanar a omissão quanto aos fundamentos complementares da matéria “Glosa de Amortização de Ágio”, asseverando que tais omissões não prejudicaram o contribuinte muito menos a execução do acórdão.

7) DOS LUCROS NO EXTERIOR – Exclusão *Extra Petita* (pag 8).

“(...)

Hipótese (Contradição)

Vejamos o que afirma o Acórdão objeto dos presentes Embargos às fls. 1975 (1º 2º e 5º parágrafos), nos dizeres do ilustre condutor do voto:

“Este Colegiado concluiu que a PSICR/RJ realmente incluiu os lucros auferidos com a Andree Overseas na apuração de seus resultados do ano-calendário de 2001. ~~Todavia, não se trata de lançamento em duplicidade, pois~~

são duas pessoas jurídicas e sujeitos passivos distintos. Duplicidade ocorreria se a própria Geoglen (SAP) tivesse oferecido esses resultados à tributação, ou sofresse lavratura de auto de infração, seja em período anterior ou posterior à ocorrência do fato gerador.

Outrossim, não é dado ao Fisco cobrar tributos em duplicidade, ainda que de contribuintes distintos. A toda evidência, os Auditores-Fiscais responsáveis pela auditoria na PSICR/RJ, processo 10730.004842/2005-62, não atentaram a esta duplicidade, tampouco foram alertados sobre isso durante a fiscalização."

(Grifos nossos)

Desde logo, não há dívidas que a PSICR/RJ, ora Embargante, ofereceu à tributação os lucros auferidos no exterior e nem que, posteriormente, a GEOGLEN sofreu autuação sobre os mesmos lucros.

Pois bem, em franca "Contradição", assevera o Conselheiro responsável pelo voto condutor do Acórdão - no 2º parágrafo - que "não se trata de lançamento em duplicidade" para, logo em seguida - no 5º parágrafo, consignar que "não é dado ao fisco cobrar tributos em & duplicidade".

Portanto, tal é a gravidade da contradição apontada 'no' desfecho dos processos envolvidos (Acórdãos n.º 1402-00494 e n.º 140200.493), que o julgado está a exigir pronta e incontinenti correção.

Hipótese (Erro)

Vejam agora o que restou literalmente grafado no voto condutor do Acórdão (fls. 1975 - segunda frase do 5º parágrafo) quando da seguinte afirmativa:

A toda evidência, os Auditores-Fiscais responsáveis pela auditoria na PSICR/RJ, processo 10730.004842/2005-62, não atentaram a esta duplicidade, tampouco foram alertados sobre isso durante a fiscalização."

Ora, como poderiam os Auditores-Fiscais da PSICR/RJ, ora embargante, "atentar" em 2005 (Proc. 10730.004842/2005-62) para a duplicidade que somente aconteceu em 2006 (Proc. 16327.001077/2006-68) quando do lançamento contra a GEOGLEN, feito por outra Delegacia (vide grifos).

Mais ainda, como poderiam os Auditores ser "alertados" durante a fiscalização que ocorreu em 2005 sobre eventos futuros ocorridos em 2006.

Portanto, imperativa a correção do julgado, mesmo porque np\ conceito de "Erro" estão compreendidos fundamentos de decidir com base no "impossível" e até mesmo teratológicos, como é caso presente.

Hipótese (Todas)

Na parte conclusiva do julgado acontecem, em conjunto, todas as hipóteses ensejadoras dos Embargos de Declaração, além de ilegalidade, afronta ao Regimento, excesso de competência etc., senão vejamos o que assevera o ilustre condutor do voto:

"Tendo em vista que este Colegiado confirmou que a tributação dos lucros apurados pela Andree Overseas até 12/01/2001 devem ser tributados pela empresa Geoglen- SPA, cumpre aqui os seguintes ajustes nas bases de cálculo (lucro líquido ajustado e lucro real) da autuada no ano-calendário de 2001.

i) Excluir, de ofício, a parcela dos lucros da Andree Overseas indevidamente tributado pelo contribuinte no valor de R\$.36.166.313,61. por se tratar de lucros auferidos pela empresa no exterior, antes de 12/01/2001, que foi objeto de lançamento de ofício no processo nº. 16.327.001077/2006-58, conforme acórdão 1402-00.493, de 30 de março de 2011.

No que tange ao item "i", reitero que, nos termos do art. 142 do CTN. no lançamento de ofício do IRPJ e CSLL, a autoridade tributária deve reconstituir a apuração do lucro líquido bem como o lucro real, efetuando os ajustes devidos em face das infrações porventura apuradas. Deparando-se com erros ou equívocos do contribuinte, que implicaram na elevação indevida da base de cálculo nesses mesmos períodos de apuração, cumpre à Fiscalização escoima-los, pois, a Fazenda Pública deve constituir e cobrar o tributo devido, nem mais, nem menos, na forma da lei. Nesse diapasão, nos termos do art. 145, inciso I, do CTN. o lançamento também pode ser alterado pela autoridade julgadora para excluir valores indevidamente incluídos na base de cálculo pelo contribuinte, nos períodos de apuração tributados, procedimento igualmente respaldado no princípio da verdade material."

Pois bem, ao caminhar o julgado por "Excluir", de ofício, a parcela de R\$.36.166.313,61 que teria sido indevidamente tributada pela Embargante em sua DIRPJ do exercício de 2002/2001, tomando como comandos legais autorizativos o art. 142 e o art. 145, inciso I, ambos do CTN, incorreu em erro, contradição, obscuridade, omissão, ilegalidade, excesso de competência etc..., isto porque:

-Em primeiro lugar, porque simplesmente não pode ser "excluído" o que jamais foi incluído, porquanto é certo que o lançamento que exigiu apenas a tributação da diferença entre o saldo da conta de lucros constante do balanço no importe de R\$.60.706.179,33 e os R\$.36.166.313,61 oferecidos à tributação na DIRPJ, sem atentar que a referida diferença era constituída por lucros anteriores a 1996 e, portanto, fora do alcance da norma impositiva.

-Em segundo lugar, porque o comando do art. 142 do CTN é dirigido única e exclusivamente para a Autoridade Administrativa Lançadora e que atua em atividade vinculada, jamais ao julgador de 2ª instância.

-Em terceiro lugar, porque o comando do art. 145, I do CTN, autoriza a alteração do lançamento quando impugnado, nada mais. No caso dos autos a parcela "excluída" de R\$.36.166.313,61 não consta do lançamento e não poderia ter sido impugnada pela Embargante.

-Em quarto lugar, porque a parcela de R\$.36.166.313,61 foi oferecida à tributação pela Embargante quando da apresentação de sua DIRPJ em 2002, de modo que jamais poderia ela mesma impugnar seu próprio lançamento.

- Em quinto lugar, porque chega a ser um "escárnio" o CARF deferir "de ofício" em 2011, um crédito tributário tido como indevido em 2001, já passados 10 anos e, portanto, atingido pela prescrição.

- Em sexto lugar, porque ao deferir crédito tributário o CARFv está usurpando competência exclusiva do Delegado da Receita Federal. /

- Em sétimo lugar, porque em 2005 a DIRPJ já fora revisada pela fiscalização, na qual a Embargante foi considerada a contribuinte dos lucros no exterior, tanto que o fisco no presente lançamento exigiu diferenças, o que constitui mais um atropelo à competência da autoridade lançadora.

-Em oitavo lugar, porque é imoral reconhecer que o tributo já foi pago e mesmo assim exigir novamente, ainda que de outra empresa.

- Mais lamentável ainda é ver dentro de um Órgão como o Conselho de Contribuintes a construção fantasiosa, ilegal e consciente de um julgado "juridicamente impossível" onde, via deferimento de direito inexistente sobre tributo já alcançado pela prescrição, revela espúrio propósito de manter a mesma exação sobre lucros de R\$.36.166.313,61 (duplicidade) constante do processo n.º 16327.0010722/2006-58, decidido através do Acórdão n.º 1402-00.493.

Por fim, Caso se mantenha o Acórdão nos termos em que está, a PSICR/RJ, ora embargada, pagou o tributo, vai ficar com um crédito antijurídico, inócuo e prescrito, a GEOGLEN vai pagar o mesmo tributo, ou seja a UNIÃO vai receber duas vezes, uma delas juros e multa de ofício indevidos.

Além de inaceitável

atenta contra a moralidade pública !

(...)"

As alegações dos patronos da embargante acima transcritas, que alias já haviam sido por eles desferidas da tribuna no dia do julgamento, além de impertinentes, tendenciosas e equivocadas, não podem ser acatadas em sede de embargos, pois, se trata de matéria especificamente enfrentada no julgamento do acórdão embargado.

Vejamos novamente a ementa e decisão do acórdão nesta parte:

Ementa: LUCROS NO EXTERIOR. TRIBUTAÇÃO. RECONSTITUIÇÃO DO LUCRO LÍQUIDO E LUCRO REAL. EXCLUSÃO DE PARCELA INDEVIDAMENTE INCLUÍDA NA BASE DE CÁLCULO. Nos termos do art. 142 do CTN, no lançamento de ofício do IRPJ e CSLL, a autoridade tributária deve reconstituir a apuração do lucro líquido bem como o lucro real, efetuando os ajustes devidos em face das infrações porventura apuradas. ***Deparando-se com erros ou equívocos do contribuinte, que implicaram na elevação indevida da base de cálculo nesses mesmos períodos de apuração, cumpre à Fiscalização escoimá-los, pois, a Fazenda Pública deve constituir e cobrar o tributo devido, nem mais, nem menos, na forma da Lei. Nesse diapasão, nos termos do art. 145, inciso I, do CTN, o lançamento também pode ser alterado pela autoridade julgadora para excluir valores indevidamente incluídos na base de cálculo pelo contribuinte, nos períodos de apuração tributados, procedimento igualmente respaldado no princípio da verdade Material.***

Decisão: “(...)(d) Pelo voto de qualidade, acolher a proposta do Conselheiro Antônio José Praga de Souza, para que na reconstituição da apuração do lucro real do ano-calendário de 2001, seja excluída da tributação, de ofício, o valor de R\$ 36.166.313,61, por se tratar de lucros distribuídos pela empresa Andree Overseas que foi objeto de lançamento de ofício no processo nº 16327.001077/2006-58, conforme acórdão 1402-00.493, de 30 de março de 2011, vencidos os Conselheiros Carlos Pelá, Moises Giacomelli Nunes da Silva e Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira (relator). Tudo na forma do relatório e dos votos, vencido e vencedor, que passam a integrar o presente julgado. Designado para redigir o voto vencedor, o Conselheiro Antônio José Praga de Souza.

Vejamos agora a transcrição completa do voto condutor do acórdão embargado quanto a essa matéria:

“(…)

II. TRIBUTAÇÃO DOS LUCROS AUFERIDOS JUNTO À CONTROLADA NO EXTERIOR

A Fiscalização exigiu da autuada o valor de R\$ 24.539.865,72 referente aos dividendos disponibilizados no Balanço Patrimonial da empresa ANDREE OVERSEAS LTD. que possui sede nas Ilhas Virgens.

Este valor foi apurado pela diferença entre o valor disponível no balanço da empresa estrangeira, para o contribuinte - R\$60.706.179,33 (doc fl. 29/31 e /38/36 do Anexo II) e o valor efetivamente adicionado ao Lucro Líquido – R\$36.166.313,61 (fls. 34 do mesmo anexo).

O ilustre conselheiro Relator, Leonardo Oliveira, orientou seu voto no sentido de dar provimento ao recurso voluntário nessa parte, por entender que o contribuinte ofereceu os valores corretos à tributação, levando-se em conta os fundamentos de seu voto, também vencido, prolatado no Acórdão 1402-00.493 (Processo 16327.0010722/2006-58).

Para a melhor compreensão da Matéria, transcrevo parte dos fundamentos do voto vencedor que está sendo proferido no aludido Processo 16327.0010722/2006-58, concomitante a este (Acórdão 1402-00.493):

I. PRELIMINAR - NULIDADE DO LANÇAMENTO EM FACE DE DUPLICIDADE DA EXIGÊNCIA.

Consoante relatado, a Fiscalização apurou que a autuada, Geoglen (cuja denominação anterior era Schincariol Administração Patrimonial), deixou de adicionar na apuração do lucro real os lucros auferidos no exterior por controlada ou coligada (Termo de Verificação Fiscal às fls. 227/232).

Dentre as provas relacionadas no aludido Termo de Verificação Fiscal, a Auditoria destaca o instrumento de compra e venda, datado de 12/01/2001 (fls. 119 e 120), entre a Schincariol Administração Patrimonial (SAP) - vendedora e Companhia de Bebidas Primo Schincariol (PSICR/RJ) - compradora, relacionado à empresa Andree Overseas Ltda. pelo valor de R\$ 63.294.163,07, pago no dia 31/01/2001, aliado às cópias dos lançamentos efetuados no Diário da Geoglen (SAP), que registra a baixa do investimento.

Concluiu o fisco que naquele momento, janeiro/2001, houve a disponibilização dos lucros auferidos até o dezembro/2000, motivado pela transferência de quotas da controlada direta no exterior ao próprio controlador da Geoglen(SAP), pois configura emprego do valor em favor da beneficiária, caracterizando, por conseguinte, pagamento de lucro disponibilizado nos termos do art. 25 parágrafos 2º e 3º, da Lei nº 9.249/95, art. 16 da Lei 9.430/96, art. 20, parágrafo 9º, da IN SRF nº 38/96; art. 1º, item 2, alínea b, item 4, da Lei nº 9.532/97; art. 207, inciso III e inciso I do parágrafo único, art. 249, inciso II, e art. 394, do RIR/99.

Ocorre que a empresa compradora, PSICR/RJ também foi sofreu ação fiscal relativa ano-calendário de 2001, tendo sido lavrado auto de infração de que trata o processo 10730.004842/2005-62, cujo julgamento neste Colegiado foi realizado concomitantemente a este. Conforme abordado no Voto Vencido, em Dez/2001 a PSICR/RJ ofereceu a tributação os lucros auferidos com a Andree Overseas Ltda., sendo que naquele processo exige-se diferenças que segundo o Fisco não teriam sido tributadas.

Este Colegiado concluiu que a PSICR/RJ realmente incluiu os lucros auferidos com a Andree Overseas na apuração de seus resultados do ano-calendário de 2001.

Todavia, não se trata de lançamento em duplicidade, pois são duas pessoas jurídicas e sujeitos passivos distintos. Duplicidade ocorreria se a própria Geoglen(SAP) tivesse oferecido esses resultados à tributação, ou sofresse lavratura de auto de infração, seja em período anterior ou posterior à ocorrência do fato gerador.

O Código Tributário Nacional – CTN, Lei 5.172 de 1966, estabelece:

“Art. 123. Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

(Grifei)

Portanto, ainda que o contrato entre a Geoglen/SAP e a PSICR/RJ incluía a transferência dos lucros da Andree Overseas, uma vez que a legislação estabelece que tais lucros devam ser tributados pela Geoglen/SAP, no momento do emprego do valor (adiante fundamentado), correto a lavratura do auto de infração contra a Geoglen/SAP, se considerado apenas esse aspecto.

Outrossim, não é dado ao Fisco cobrar tributos em duplicidade, ainda que de contribuintes distintos. A toda evidência, os Auditores-Fiscais responsáveis pela auditoria na PSICR/RJ, processo 10730.004842/2005-62, não atentaram a esta duplicidade, tampouco foram alertados sobre isso durante a fiscalização. É dado a perceber naquele processo que o Fisco concluiu que a tributação seria referente apenas aos resultados do ano de 2001, tanto assim que nas diferenças lá tributadas foram incluídos resultados anteriores a 1995, fatos esclarecidos no acórdão deste Conselho.

É certo que, se tais fatos aflorassem no transcurso da auditoria do processo 10730.004842/2005-62, o Fisco não só teria deixado de lançar diferenças anteriores a 1995, como também teria excluído da base de cálculo o valor indevidamente tributado pela PSICR.

Uma vez que, nos termos do art. 145 do CTN, o crédito tributário de que trata o auto de infração lavrado contra a PSICR no processo 10730.004842/2005-62 poderia ser alterado, haja vista que não estava definitivamente constituído, considerando também que se trata de ajuste na base de cálculo, não implicando em alteração dos fundamentos jurídicos daquele lançamento, bem como amparado no princípio da verdade material, que deve nortear o processo administrativo, o colegiado escolheu a duplicidade, excluindo da base de cálculo do lançamento de ofício daquele processo todo o resultado auferido pela Andree Overseas até o encerramento do ano de 2000.

Diante do exposto, voto no sentido de rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento por duplicidade da exigência, reiterando que tal duplicidade está sendo corrigida no processo 10730.004842/2005-62, mediante acórdão 1402-00494 deste colegiado.

(...)

V - TRIBUTAÇÃO DOS LUCROS AUFERIDOS JUNTO À CONTROLADA NO EXTERIOR, HAJA VISTA A OCORRÊNCIA DE “EMPREGO DO VALOR” OCORRIDO EM 12/01/2001, EM FACE DA ALIENAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO NA ALUDIDA

O tema em questão é recorrente neste Conselho, tendo sido objeto de dezenas de julgados tanto nos colegiados ordinários quanto na Primeira Turma da Câmara Superior.

(...)

Portanto, em 12/01/2001, data em que a Geoglen-SAP transferiu sua participação na Andree Overseas à PSCIR/RJ, configurou-se a hipótese de incidência do IRPJ e CSLL sobre sua parcela dos lucros auferidos pela aludida controlado no exterior nos anos de 1996 a 2000, que corretamente foi objeto do auto de infração. Logo, a exigência fiscal deve mesmo ser mantida nessa parte.

Tendo em vista que este Colegiado confirmou que a tributação dos lucros apurados pela Andree Overseas até 12/01/2001 devem ser tributados pela empresa Geoglen-SPA, cumpre aqui os seguintes ajustes nas bases de cálculo (lucro líquido ajustado e lucro real) da atuada no ano-calendário de 2001.

i) Excluir, de ofício, a parcela dos lucros da Andree Overseas indevidamente tributado pelo contribuinte no valor de R\$ 36.166.313,61, por se tratar de lucros auferidos pela empresa no exterior, antes de 12/01/2001, que foi objeto de lançamento de ofício no processo nº 16327.001077/2006-58, conforme acórdão 1402-00.493, de 30 de março de 2011.

ii) Excluir da tributação a parcela de R\$ 24.539.865,72, por também se tratar de resultado até 12/01/2001, haja vista que consoante documentos de fls. 1846 a 1875, especialmente o demonstrativo de fl. 1873, a empresa Andree Overseas possuía em 31/12/2000 lucros acumulados superiores a .90milhoes de Dólares Americanos.

No que tange ao item “I”, reitero que, Nos termos do art. 142 do CTN, no lançamento de ofício do IRPJ e CSLL, a autoridade tributária deve reconstituir a apuração do lucro líquido bem como o lucro real, efetuando os ajustes devidos em face das infrações porventura apuradas. Deparando-se com erros ou equívocos do contribuinte, que implicaram na elevação indevida da base de cálculo nesses mesmos períodos de apuração, cumpre à Fiscalização escoimá-los, pois, a Fazenda Pública deve constituir e cobrar o tributo devido, nem mais, nem menos, na forma da Lei. Nesse diapasão, nos termos do art. 145, inciso I, do CTN, o lançamento também pode ser alterado pela autoridade julgadora para excluir valores indevidamente incluídos na base de cálculo pelo contribuinte, nos períodos de apuração tributados, procedimento igualmente respaldado no princípio da verdade Material.

Quanto ao item “ii” cabe ainda acrescentar: consta nos autos que a Andree Overseas apurou lucros no ano de 2001 (vide docs de fls. 1871), porém, o doc. de fl. 1873 registra que a empresa distribuiu em 2001 a totalidade de seus resultados até 31/12/2000, repito. Ora, se os lucros acumulados até 31/12/2000 comporta a totalidade das distribuições efetuados em 2001, não é lógico inferir que parte dos R\$ 24.539.865,72 seja lucro do ano de 2001, conforme votou o ilustre conselheiro Eduardo Neiva.

Pelos fundamentos acima, não resta qualquer valor a ser tributado no ano de 2001 a título de lucros auferidos no exterior com a empresa Andree Overseas, seja de ofício, seja espontaneamente pelo contribuinte.

(...)”

Ora, resta patente pela transcrição acima que a matéria “tributação de resultados com coligadas no exterior” estava em litígio neste processo, sendo que o

contribuinte contestava todo o montante tributado de ofício. Logo, o colegiado deveria mesmo apreciá-la, pelo que não há que se falar em excesso de competência ou ilegalidade.

No que tange ao registro de que durante a auditoria relativa a este processo, no ano de 2005, os Auditores Fiscais não atentaram, tampouco foram alertados quanto aos eventos que envolveram a Geoglen (Schincariol Administração Patrimonial - SAP), estou me referindo à própria contribuinte que silenciou-se quanto a informação da data da compra da Andree Overseas, junto aquela coligada, que ocorreu em 12/01/2001. É óbvio que não poderia ser pela equipe que Fiscalizou a Geoglen em 2006.

Evidencia-se aqui uma óbvia tentativa de desacreditar e aviltar este conselheiro Relator. Frustrada, diga-se de passagem.

A Contribuinte (Embargante) tinha sim pleno conhecimento disso e, diante das intimações no transcurso da auditoria poderia sim ter alertado a Fiscalização. Isso não foi feito exatamente por não ser do interesse da contribuinte.

A Embargante também distorce os fatos quando afirma que pagou o tributo sobre os lucros reconhecidos da Andree Overseas em Dez/2001. Em verdade, reconheceu o **ganho para fins de tributação, mas na DIPJ apurou foi prejuízo fiscal de 11.053.191,67 (fl. 94). Ou seja, o reconhecimento desse lucro não redundou em tributo a pagar pela autuada. Daí seu grande interesse em tributar os resultados que em verdade eram da Geoglen.**

E mais, tecnicamente o acórdão embargado até poderia ter deixado essa exclusão a cargo da DRF, mas o entendimento que prevaleceu no colegiado foi de que o correto, ético, moral, seria já excluir da base de cálculo tributada no auto de infração deste processo, para que a cobrança final, se houver, possa recair sobre o valor efetivamente devido.

Notória a intenção do contribuinte de buscar a nulidade integral do acórdão em face dessa parte da decisão. Isso sim um absurdo.

Frise-se que o questionamento é quanto a uma parcela que foi excluída/exonerada do auto de infração, e não sobre parcela mantida.

Se esta decisão extrapolou a competência do órgão nessa parte, o que entendo não ter ocorrido, a recorrente pode argui-la mediante recurso especial, caso encontre divergência, ou até mesmo no judiciário. Porém, assevero que isso em nada muda o acórdão 1402-00.493 que manteve a tributação na Geoglen, alias uma decisão anterior a esta.

Por outro lado, se o Colegiado por sua maioria entender que pode reformar o acórdão ora embargado nessa parte, a consequência será aumentar o tributo exigido no presente auto de infração. Daí pergunto: a quem a Contribuinte irá recorrer para excluir a cobrança indevida? Esta é apenas mais uma razão para reconhecer que o acórdão embargado está absolutamente correto nesta parte.

Por fim, registro que cumpre a unidade de origem da Receita Federal reconstituir as bases de cálculo tributadas antes de cientificar o Contribuinte deste novo acórdão, especialmente quanto a reconstituição, período a período, do valor tributado a título

Processo nº 10730.004842/2005-62
Acórdão n.º 1402-001.299

S1-C4T2
Fl. 0

glosa de despesas com amortização de ágio sobre debêntures, levando-se em conta o valor contabilizado no Livro Razão, conforme quadro abaixo, novamente reproduzido:

| Ano ! | Razão Analítico ! | DIPJ ! | Glosado ! |
|----------|--------------------|--------------------|---------------|
| 2000... | 14.950.000,00..... | 15.275.495,43..... | 14.950.000,02 |
| 2001... | 28.899.999,98.. | 30.949.242,32..... | 28.384.037,83 |
| 2002.... | 29.900.000,00..... | 30.849.846,46..... | 30.405.320,72 |
| 2003.... | 29.900.000,00..... | 32.201.165,33..... | 28.637.082,72 |
| 2004.... | 29.900.000,00..... | 33.182.148,84..... | 33.182.148,84 |

CONCLUSÃO

Diante do exposto, voto no sentido de conhecer dos embargos para sanar as obscuridades e omissões na fundamentação do voto condutor do acórdão 1402-00.494 de 31/03/2011, e confirmar integralmente a decisão do colegiado.

(assinado digitalmente)
Antônio José Praga de Souza