



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

Processo n° 10855.003037/2006-96
Recurso n° Embargos
Acórdão n° **1802-002.277 – 2ª Turma Especial**
Sessão de 26 de agosto de 2014
Matéria Autos de Infração do IRPJ e reflexo (CSLL)
Embargante N. A. Participações e Representações Itu Ltda
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2004

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. RETIFICAÇÃO DE ERRO DE INFORMAÇÃO.

Devem ser acolhidos, em parte, os embargos para correção do erro de informação constante do acórdão embargado atinente a dividendos do ano-calendário 2007: de “não teve recebimento de dividendos” para “teve recebimento de dividendos”.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, ACOLHER em parte os embargos de declaração, para retificar erro na informação relativa aos dividendos de 2007, e ratificar os demais termos do acórdão embargado, nos termos do voto do Relator. Vencidos os conselheiros Luis Roberto Bueloni Santos Ferreira e Gustavo Junqueira Carneiro Leão, que acolhiam os embargos para dar efeitos infringentes.

(documento assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa- Presidente.

Processo nº 10855.003037/2006-96
Acórdão n.º **1802-002.277**

S1-TE02
Fl. 997

(documento assinado digitalmente)

Nelso Kichel- Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa, Luis Roberto Bueloni Santos Ferreira, Nelso Kichel, José de Oliveira Ferraz Correa e Gustavo Junqueira Carneiro Leão. Ausente, justificadamente, o conselheiro Marciel Eder Costa.

Relatório

A Contribuinte inconformada, na parte que restou vencida no **Acórdão n.º 1802-00.505, de 05/07/2010** (e-fls. 905/917) que manteve parcialmente o crédito tributário lançado pelo Fisco pelos autos de infração do IRPJ e reflexo (CSLL) do ano-calendário 2004, opôs Embargos de Declaração em 29/12/2011 (e-fls. 972/977) com fulcro nos artigos 64 e 65, Anexo II, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF), aprovado pela Portaria MF n.º.256/2009, alegando erro, omissão e contradição no julgado vergastado.

A Embargante tomou ciência do citado Acórdão em **24/12/2011** por via postal, conforme Aviso de Recebimento-AR (e-fls. 969), e apresentou os Embargos de Declaração em **29/12/2011** (fls. 972/977).

Destarte, os embargos foram protocolizados dentro do prazo de 05 (cinco) de que trata o § 1º do artigo 65, Anexo II, do RICARF.

O Acórdão embargado tem a seguinte ementa (e-fl. 905), *in verbis*:

(...)

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2004

LUCRO PRESUMIDO. OMISSÃO DE RECEITA NÃO OPERACIONAL. VENDA DE PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS DO ATIVO PERMANENTE. GANHO DE CAPITAL. RECONHECIMENTO DA INFRAÇÃO IMPUTADA.

Configura omissão de receita o ganho de capital auferido na operação de venda de participações societárias permanentes, cuja alienação deixou de ser registrada na escrita contábil e fiscal. Além disso, o recolhimento dos tributos sobre o ganho de capital, ainda que em parte, no curso da lide administrativa, implica reconhecimento da infração imputada.

MULTA DE OFÍCIO. INFRAÇÃO QUALIFICADA. DOLO ESPECÍFICO. NÃO COMPROVADO.

Não caracterizado o dolo de fraude ou sonegação fiscal, impõe-se a redução da multa de 150% para 75%.

JUROS SELIC. CABÍVEL. MATÉRIA SUMULADA.

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de

Liquidação e Custodia - SELIC para títulos federais (Súmula nº 4 do CARF).

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

Aplica-se ao lançamento tido como reflexo as mesmas razões de decidir do lançamento principal, por sua íntima relação de causa e efeito.

(...)

O citado Acórdão, primeiramente, foi objeto de Embargos de Declaração por parte da Fazenda Nacional que discordara da desclassificação da multa de 150% para 75%. Os Embargos de Declaração da Fazenda Nacional foram julgados por esta Colenda 2ª Turma Especial na Sessão de 22/02/2011, quando foram rejeitados por unanimidade de votos, conforme Acórdão nº 1802-000.801 (e-fls. 951/956), cuja ementa transcrevo, *in verbis*:

(...)

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2004

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO DE RECEITA NÃO OPERACIONAL. INTUITO DE FRAUDE. DOLO. FALTA DE COMPROVAÇÃO. AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA. INEXISTÊNCIA DE CONTRADIÇÃO.

Os fundamentos constantes do voto condutor do acórdão embargado pela caracterização e comprovação da infração imputada omissão de receitas não operacionais (falta de pagamento de ganho de capital) - que aliás tal infração restou reconhecida pela própria autuada na medida em que efetuou, após a autuação, o recolhimento, ainda que em parte, do crédito tributário concernente à operação de venda de participação societária do seu ativo — não suprem a falta de caracterização e comprovação, pela fiscalização, do intuito de fraude (dolo) para qualificação da multa.

Embargos Rejeitados.

(...)

Desta feita, como já mencionado no início, os Embargos de Declaração são do sujeito passivo.

Nas razões dos embargos, a Embargante argumenta que o Acórdão guerreado apresenta erro, omissão e contradição, e que a decisão embargada deve ser reformada, invocando efeitos infringentes ao recurso.

A propósito, transcrevo as razões aduzidas pela Embargante no seu recurso (e-fls. 972/977), *in verbis*:

(...)

Breve relato:**- A Acusação**

Suposta omissão de Receita (Ganho de Capital) decorrente de alienação de participações societárias pelo valor R\$ 700.000,00 que, segundo o fisco, teria ocorrido em 2004, o que tornaria devidos o IRPJ e a CSLL.

- O Recurso

Em sua defesa sustentou a recorrente que a indigitada operação não acontecera através do instrumento particular datado de 26.11.2004, sendo este mera garantia (contrato de gaveta), e sim em 01.10.2007, ocasião em que alienou sua participação para a empresa Jadangil e recebeu o prego.

Comprovou através de Diligência Fiscal (Doc. Anexo e que consta dos autos) inúmeras situações fáticas que militam contra a acusação fiscal. São elas:

- Que permaneceu como sócia da empresa, cuja participação teria sido alienada em 2004, nos anos de 2004/2005/2006.*
- Que no final de 2007 não era mais sócia e nem poderia, vez que alienou sua participação em 01.10.2007.*
- Que, no ano de 2007, enquanto ainda era sócia, recebe dividendos.*
- Que, no 4º trimestre de 2007, registrou a operação na forma da Lei e recolheu os tributos devidos.*

• O Julgamento

Quando do julgamento, após o relatório e da sustentação oral, expôs o ilustre relator suas razões e votou por dar provimento parcial ao Recurso para reduzir a multa de 150% para 75% e determinar que, por imputação de pagamento, fossem considerados os recolhimentos feitos de IRPJ e CSLL efetuados em 01/2008, também constatados na Diligência Fiscal.

Os Embargos**• Erro**

fls. 882 - Do voto Condutor (2º parágrafo)

Estamos diante de erro evidente no julgado porquanto, nos fundamentos, consta do Acórdão que:

"... ; que nas DIPJ seguintes (anos-calendário 2007 e 2008) não constou como sócia e, também, não teve distribuição de lucros.

..."

Ora, tendo a recorrente alienado sua participação em 01.10.2007, por óbvio, não poderia constar como sócia nas DIPJs de 2007 e 2008.

Mais grave ainda (engano claro) é a afirmativa de que a recorrente não teria recebido distribuição de lucros, o que afronta a Diligência Fiscal (Doc. anexo), que foi categórica no sentido de houve distribuição de dividendos no ano de 2007 para a recorrente.

- *Omissão*

fls. 883 V. a 886 - No Voto Vencedor

Nem uma palavra no Voto Vencedor sobre o que foi colocado na sustentação oral, ou seja, de que o "Contrato de Gaveta", onde o alienante não transfere e nem o adquirente recebe o preço, onde, por óbvio, não acontece transferência alguma, apenas parametriza o negócio que, conseqüentemente, somente será efetivado quando todos os "minoritários" negociarem suas participações.

A razão desse procedimento, "Contrato de Gaveta" é evitar que o "último" minoritário" coloque preço "absurdo" em sua participação societária, o que, aliás, é prática comum em sociedades cujas participações não são negociadas em Bolsa de Valores.

Portanto, essa omissão "parcial" muito provavelmente influiu na conclusão - voto dos demais Conselheiros —em claro prejuízo para a recorrente.

- *Contradição*

fls. 881 v. - Do Voto Condutor (4º parágrafo)

O fato de ter registrado a operação em 2007 e recolhido os tributos devidos, de modo algum induz a conclusão do relator de que:

"...na medida em que recolheu o imposto, ainda que em parte, sobre ganho de capital sobre essa operação de alienação de participação societária permanente, reconheceu a infração imputada."

Muito pelo contrário, a conclusão lógica é no sentido de que a alienação, de fato e de direito, aconteceu em 2007, jamais reconhecer a suposta infração tida pelo fisco como ocorrida em 2004.

fls. 881 V. - Do Voto Condutor (3º parágrafo)

Mas não é só, através de extratos bancários, comprovou e demonstrou que o recebimento do preço e a efetivação do negócio se deram no final de 2007.

" Logo, ficou sem sentido a juntada de extratos bancários de operação que — flagrantemente — não passou pelo sistema bancário."

Ora, a contradição é insuperável, como poderia uma operação constante de extrato bancário não ter passado pelo sistema bancário ?

Não bastasse, é insustentável a afirmativa do relator de que a prova bancária da efetividade da operação não servia, e mais, dando credibilidade a instrumento particular no importe de R\$ 700.000,00 teria se dado em dinheiro, o que evidentemente não é razoável e nem faz sentido, a não ser que se admita que a recorrente recebeu o preço 2 (duas) vezes.

Pedido

Ante o exposto, diante das provas e das evidencias fartamente demonstradas, espera e confia a embargante ver seu apelo conhecido e acolhido para, conseqüentemente, saneados os erro/omissão/contradição apontados, seja o Acórdão retificado de modo a que venha refletir, fielmente, o que dos autos consta, e mais ainda, que lhe sejam conferidos os necessários efeitos infringentes que: certamente, resultarão no total provimento do Recurso Voluntário.

(...)

É o relatório.

Voto

Conselheiro Nelso Kichel, Relator.

Os Embargos de Declaração foram protocolizados tempestivamente e atendem aos demais requisitos de admissibilidade. Portanto, deles conheço.

Conforme narrado no relatório, a Embargante, nas razões do recurso, alegou a existência de erro, omissão e contradição entre a decisão vergastada e os seus fundamentos.

Na verdade, a Embargante, no caso, busca rediscutir, em sede de embargos, o mérito das matérias já enfrentadas e decididas pelo Acórdão embargado, o que é vedado na via estreita dos Embargos de Declaração.

Data venia, diversamente do alegado pela Embargante não há omissão e não há contradição no Acórdão embargado.

O erro alegado (erro de informação relativo aos dividendos de 2007), embora existente o erro de informação, é irrelevante, não interfere, no mérito, do Acórdão embargado, não justificando, por conseguinte, o pedido de efeitos infringentes.

1) – Erro de informação relativo aos dividendos distribuídos em 2007:

Nas razões dos embargos a Contribuinte alegou:

(...)

• *Erro*

fls. 882 - Do voto Condutor (2º parágrafo)

Estamos diante de erro evidente no julgado porquanto, nos fundamentos, consta do Acórdão que:

*"... ; que nas DIPJ seguintes (anos-calendário 2007 e 2008) não constou como sócia e, **também, não teve distribuição de lucros.***
..."

Ora, tendo a recorrente alienado sua participação em 01.10.2007, por óbvio, não poderia constar como sócia nas DIPJs de 2007 e 2008.

Mais grave ainda (engano claro) é a afirmativa de que a recorrente não teria recebido distribuição de lucros, o que afronta a Diligência Fiscal (Doc. anexo), que foi categórica no sentido de houve distribuição de dividendos no ano de 2007 para a recorrente.

Trata-se de erro de informação quanto a dividendos do ano-calendário 2007 que não tem o condão de justificar o pedido de efeito infringente aos embargos.

Na verdade, a questão se houve, ou não, distribuição de dividendos em 2007 é irrelevante, despicienda, não interfere no mérito da lide já enfrentada e decidida pelo Acórdão embargado,

Como já dito, a recorrente busca rediscutir, em sede de embargos, matéria de mérito, o que é vedado, quanto ao elemento temporal do fato gerador (fato imponible) do IRPJ e da CSLL (lançamento reflexo) quanto à operação de alienação (venda, transferência) de participação societária, alegando que a operação, para efeito tributário, não teria ocorrido em 26/11/2004, mas sim apenas em 01/10/2007. E, para dar força a esse argumento, a Embargante invoca informação constante dos autos – Relatório de Diligência relativa à lide objeto de processo conexo – de que recebera dividendos em 2007, chegando, por conseguinte, à inferência que, então, o fato gerador dos tributos da operação de venda da alienação da participação societária não seria em 2004, mas apenas em 2007.

Essa prova - Relatório de Diligência – já foi analisada, sopesada, pela decisão embargada (e-fls. 880/883), quando enfrentou, no mérito, a questão do elemento temporal do fato gerador – pretensão de inoccorrência do fato gerador (tese ou argumento do distrato contratual) e, por último, do argumento do “contrato de gaveta” - deslocamento do fato gerador de 26/11/2004 para 01/10/2007. Ambas as pretensões do sujeito passivo foram rechaçadas, por falta de plausibilidade jurídica.

Apenas para argumentar (relembrar), o que restou decidido pelo acórdão embargado:

- a) Distrato Contratual:

Ns razões do recurso voluntário, o sujeito passivo defendeu a **tese ou argumento do distrato contratual**: que o contrato, operação de venda de participação societária ocorrida em **26/11/2004** (cópida do Instrumento Particular de Venda e Compra de Participação Societária e outras Avenças - e-fls. 49/52), narrada, descrita, no auto de infração **teria sido desfeito** (distrato oral, verbal) no mês seguinte e que, por conseguinte, não teria ocorrido o fato gerador do IRPJ e da CSLL; que a venda ou transferência dessa participação societária na empresa SCHINCARIOL PARTICIPAÇÕES E REPRESENTAÇÕES LTDA teria ocorrido somente em meados de 2007 (01/10), quando registrou essa transação na sua escrituração contábil/fiscal.

Entretanto, essa tese ou argumento do distrato contratual não prosperou, conforme acórdão embargado, pois à luz do art. 472 do Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406/2002), “o distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato”.

A propósito, transcrevo, nessa parte, os fundamentos do voto condutor do acórdão embargado que rechaçou a tese do distrato (e-fls. 905/917), *in verbis*:

(...)

DISTRATO DA OPERAÇÃO DE VENDA. ALEGAÇÃO PREJUDICADA. RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DA OPERAÇÃO DE ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO

SOCIETÁRIA PERMANENTE E DA OMISSÃO DE RECEITA NÃO OPERACIONAL - GANHO DE CAPITAL

De acordo com o Termo de Constatação (fls. 110/113), "o documento relativo à alienação (fls. 40/45), denominado INSTRUMENTO PARTICULAR DE VENDA E COMPRA DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA E OUTRAS AVENÇAS", foi apreendido pela Polícia Federal em 15/06/2005, em cumprimento a Mandados de Busca e Apreensão expedidos pelo Juiz Federal Dr. Vlamir Costa Magalhães da Vara Federal de Itaboraí/RJ, nos autos do processo nº 20055107000650-3, em 03/06/2005.

A recorrente alegou que a operação de venda de participações societárias teria sido objeto de distrato, logo no mês seguinte, no próprio ano; que não recebera o valor em dinheiro, mas sim uma nota promissória e que, em face do distrato, o citado documento de crédito foi devolvido.

Apesar de afirmar em suas razões que o negócio celebrado em 26/11/2004 teria sido desfeito no mês seguinte, a recorrente não trouxe aos autos qualquer prova desta alegação, limitando-se a afirmar que nada havia mudado em termos de titularidade das suas participações societárias.

O instrumento de venda das participações societárias permanentes — cópia anexada aos autos — está devidamente firmado pelas partes. Nele os vendedores dão expressa quitação pelo recebimento da importância, em moeda corrente nacional, tudo conforme, inclusive, descrito no Termo de Constatação. Este contrato, celebrado na forma escrita, é válido até que se prove o contrário. Evidentemente, no caso de desfazimento, exige também a forma escrita, caso contrário o instrumento poderá ser levado a registro a qualquer momento.

Não é crível, tendo em vista a prática corrente no ambiente empresarial, que um contrato por escrito de venda de participações societárias seja desfeito apenas oralmente.

Não convence, também, a afirmação de que o pagamento do negócio foi feito por meio de uma nota promissória recebida a título "pro soluto", posteriormente cancelada.

Caso assim fosse, evidentemente tal circunstância constaria de contrato.

Sem embargo, no citado instrumento contratual de alienação de participações societárias (fls. 40/45), consta (item 1) que a recorrente vendeu as suas participações societárias e consta, também, que recebeu naquele ato de maneira irrevogável e irretratável em moeda corrente nacional a integralidade do preço ajustado - quanto à sua parte, ou seja, R\$ 700.000,00. Ora, moeda corrente nacional não se confunde com nota promissória.

Mais adiante, na cláusula (item 3) reza o instrumento contratual:

"(..) Os INTERVENIENTES ANUENTES renunciam em caráter irrevogável e irretratável em favor da COMPRADORA e para esta cedem em caráter irrevogável e irretratável todo e qualquer direito, direto ou indireto, inclusive o adquirido por sub - rogação, sobre as ações e quotas objeto do presente, abrindo mão de toda a propriedade, posse, uso, usufruto e qualquer outro direito passado ou futuro, nada mais tendo a reclamar ou repetir a qualquer tempo ou sob qualquer fundamento".

Na cláusula seguinte (item 4) repete-se:

"O presente instrumento é celebrado em caráter irrevogável e irretratável, obrigando as partes, seus herdeiros e sucessores, a qualquer título."

Como demonstrado, o referido contrato de "venda e compra" foi cercado de extrema cautela, pois reza em diversos pontos o caráter irrevogável e irretratável do avençado.

Ademais, os INTERVENIENTES ANUENTES (prevendo algum problema) renunciaram em caráter irrevogável e irretratável todo e qualquer direito sobre as ações e quotas objeto do instrumento, e, mais, abriram mão de toda a propriedade, posse, uso, usufruto e qualquer direito passado e futuro acerca dos mesmos, nada mais tendo a reclamar ou repetir a qualquer tempo ou sob qualquer fundamento.

Assim, não é crível que este instrumento contratual, cercado de tanta cautela, tenha sido objeto de distrato oral no mês seguinte.

Falar em distrato oral de avença irrevogável e irretratável é tecnicamente, no mínimo, um contra-senso. Poderia ser objetada, na sequência, um distrato formal, ou outra operação de alienação/aquisição — recompra - envolvendo mesmo objeto, mesmo valor, e as mesmas partes, mas não distrato oral.

De qualquer forma, a recorrente não produziu prova formal do distrato.

Diversamente do alegado pela recorrente, o referido instrumento de contrato de alienação das participações societárias pela recorrente deu plena quitação em dinheiro (item 1) de R\$ 700.000,00 (parte da recorrente na alienação), cujo valor circulou a margem da contabilidade, pois não foi registrado como ingresso (receita de venda, alienação). Por isso, da imputação da infração "omissão de receitas não operacionais — ganho de capital (RIR/99, arts.521, 522 e 528).

(...)

Aqui, cabe asseverar que o fato do negócio jurídico descrito no instrumento contratual, **com cláusula de irrevogabilidade e irretratabilidade**, não ter sido levado a registro na escrituração contábil/fiscal no ano-calendário 2004 e se reportar a operação realizada em espécie (dinheiro) não o invalida, não configura óbice algum para efeito tributários (fato gerador), pois inexistente prova do distrato formal da avença, conforme exige o art. 472 do Código Civil Brasileiro.

Neste caso, o fato gerador (fato imponible) do IRPJ e da CSLL restou configurado, e mais, independentemente dos efeitos dos atos e fatos efetivamente ocorridos quanto ao contrato de venda e compra de participação societária, pela inteligência do art. 118 do Código Tributário Nacional, cujo texto legal transcrevo, *in verbis*:

Art. 118. A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se:

I - da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos;

II - dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos.

Mas, se isso não bastasse, a **tese ou argumento, por último, do “Contrato de Gaveta”**, sustentada pela Contribuinte, põe por terra, sepulta, de vez, o argumento do **Distrato Contratual**, confirmando e reafirmando que a operação de venda da participação societária ocorrera, efetivamente, no dia 26/11/2004, mas que teria ocorrido o deslocamento do fato gerador dos tributos para 01/10/2007, data em que se daria efetivamente publicidade ao negócio jurídico (“Contrato de Gaveta”).

b) “Contrato de Gaveta”:

Na sustentação oral, sessão de julgamento de 05/07/2010, a Contribuinte defendeu a tese ou argumento do “Contrato de Gaveta”, que o negócio jurídico ficou por certo tempo parado, em *stand by*, e que foi registrado na escrituração contábil e fiscal apenas em 2007 e que o fato gerador do IRPJ e da CSLL, por conseguinte, teria ocorrido apenas em 2007 e não em 26/11/2004.

Nesse sentido, transcrevo a fundamentação constante do voto condutor do acórdão embargado (e-fl. 882):

(...)

Ainda, segundo o causídico, patrono da recorrente, em sustentação oral efetuada na própria Sessão de Julgamento, frisou que a operação de venda irretroatável e irrevogável das participações permanentes da recorrente para a empresa JADANGIL, realizada em 26/11/2004, não foi registrada na escrita contábil e fiscal antes da autuação, não com propósito de sonegação fiscal, mas sim em face de rearranjo organizacional das empresas do Grupo econômico Schincariol; que a adquirente buscava “ganhar tempo” na recompra das demais participações permanentes ainda em poder de outros sócios da empresa Schincariol Participações e Representações, e enquanto não se ultimasse todas as recompras previstas o contrato não

teria publicidade, seria contrato de gaveta, mas que acabou vindo a público, em face de apreensão em operação da Polícia Federal autorizada judicialmente.

(...)

Nas razões dos embargos, a Contribuinte novamente reporta-se ao "Contrato de Gaveta" (e-fls. 972/977), *in verbis*:

(...)

Em sua defesa sustentou a recorrente que a indigitada operação não acontecera através do instrumento particular datado de 26.11.2004, sendo este mera garantia (contrato de gaveta), e sim em 01.10.2007, ocasião em que alienou sua participação para a empresa Jadangil e recebeu o preço.

Comprovou através de Diligência Fiscal (Doc. Anexo e que consta dos autos) inúmeras situações fáticas que militam contra a acusação fiscal. São elas:

- *Que permaneceu como sócia da empresa, cuja participação teria sido alienada em 2004, nos anos de 2004/2005/2006.*
- *Que no final de 2007 não era mais sócia e nem poderia, vez que alienou sua participação em 01.10.2007.*
- *Que, no ano de 2007, enquanto ainda era sócia, recebe dividendos.*
- *Que, no 4º trimestre de 2007, registrou a operação na forma da Lei e recolheu os tributos devidos*

(...)

Ora, o fato gerador do tributo é um evento jurídico involuntário, em relação aos contribuintes; ocorre e decorre automaticamente, por exemplo, da celebração do negócio jurídico (instrumento de venda e compra de participação societária, de 26/11/2004). Não há possibilidade legal das partes signatárias do negócio jurídico transigirem, no sentido de definir, escolher o momento mais adequado a partir do qual aceitam e consideram ocorrido o fato gerador do tributo (retardando sua publicidade para terceiros, normemente o fisco), em relação ao negócio jurídico celebrado em 26/11/2004.

A propósito, o Código Tributário Nacional – CTN (art. 123) veda qualquer ajuste entre particulares, no sentido de deslocar, para o futuro, o fato gerador do tributo em relação ao negócio jurídico já celebrado e sua responsabilidade. Transcrevo, a seguir, o texto, o comando, do citado dispositivo legal, *in verbis*:

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.

Como visto, ajustes particulares, no sentido de manter o negócio jurídico celebrado incógnito, em *stand by*, sem registro na escrituração contábil (“Contrato de Gaveta”), para deslocar o fato gerador para frente, não podem ser opostos contra o Fisco.

Por isso, o argumento do “Contrato de Gaveta” configura um despautério.

A tese ou o argumento do “contrato de gaveta”, defendida pela Embargante, por conseguinte, coloca por terra, sepulta de vez, a tese ou argumento do distrato contratual.

Então, o contrato de venda de participação societária foi celebrado em 26/11/2004 e sempre existiu, desde então.

O fato gerador do IRPJ e da CSLL, no caso, como já decidido pelo Acórdão embargado, ocorreu, deu-se em 26/11/2004, data da celebração do negócio jurídico, conforme instrumento contratual particular de venda das participações societárias da SCHINCARIOL PARTICIPAÇÕES E REPRESENTAÇÕES LTDA.

Entretanto, a Embargante suscitou a existência de **erro de informação no acórdão embargado**, no que concerne à distribuição de dividendos no ano-calendário 2007; que, diversamente do que consta da fundamentação, recebeu sim dividendos em 2007, em relação à participação societária alienada, pois alienou, vendeu, a participação societária apenas em 01/10/2007, e não 26/11/2004; que, então, deveria se dado efeito infringente aos embargos.

Consta da fundamentação da decisão embargada e-fls. 882):

(...)

Consta, também, da diligência fiscal que desde a data de venda das participações societárias objeto dos autos (26/11/2004), a recorrente jamais recebeu dividendos. No período em que o contrato ficou incógnito (contrato de gaveta), nas DIPJ (anos-calendário 2004, 2005 e 2006) a recorrente constou, pro forma, como sócia; por conseguinte sem distribuição de lucros; e nas DIPJ seguintes (anos-calendário 2007 e 2008) não constou como sócia e, também, não teve distribuição de lucros. Fato que reafirma que as cláusulas do contrato celebrado em 26/11/2004 foram observadas e cumpridas à risca pela recorrente.

(...)

As informações constantes da fundamentação, transcrita acima, constam também do Relatório de Diligência Fiscal (e-fls. 928/950), porém, com uma ressalva. Diversamente do que consta da citada fundamentação, a Embargada recebeu dividendos da SCHINCARIOL PARTICIPAÇÕES E REPRESENTAÇÕES LTDA no ano-calendário 2007.

Ou seja: consta do Relatório de Diligência que a Embargante recebeu dividendos da SCHINCARIOL PARTICIPAÇÕES E REPRESENTAÇÕES LTDA no ano-calendário 2007, embora não figurasse mais como sócia em 2007 e 2008.

Como visto, realmente houve esse lapso, essa divergência (erro de informação quanto a dividendos na fundamentação do acórdão recorrido). Por isso, cabe retificar essa informação no Acórdão embargado:

Vale dizer, no ano-calendário 2007 a Embargante recebeu dividendos da empresa que vendera (alienara) em 2004. Logo, cabe retificar a informação de “não teve recebimentos de dividendos” para “teve recebimentos de dividendos”.

Porém, trata-se de erro (divergência de informação quanto a dividendos) irrelevante, despicando, que não interfere no mérito da lide já decidido pelo Acórdão embargado, pois essa questão se houve, ou não, distribuição de dividendos em 2007 faz parte do argumento já rejeitado pelo Acórdão embargado (“Contrato de Gaveta”), ou seja, a distribuição de dividendos, no caso, prova e comprova que se tentou deslocar, realmente, o fato gerador dos tributos ocorridos em 26/11/2004 para 01/10/2007. As partes deram publicidade ao negócio jurídico celebrado em 26/11/2004 apenas e somente em 01/10/2007, quando o registraram na escrituração contábil/fiscal.

Em suma, a **distribuição de dividendos** em 2007 pela SCHINCARIOL PARTICIPAÇÕES E REPRESENTAÇÕES LTDA à Embargante (informação constante da DIPJ e consoante Relatório de Diligência) é um fato irrelevante, não tem o condão de interferir no mérito já decidido pelo Acórdão embargado. Vale dizer, não interfere na validade, - para efeitos tributários -, do contrato celebrado em 26/11/2004, data da ocorrência do fato gerador do IRPJ e da CSLL, pela omissão de receitas – ganho de capital, pois a tese ou argumento do Distrato não prosperou (faltou a Contribuinte provar que tivesse ocorrido o distrato formal) e a tese ou argumento do “Contrato de Gaveta”, além de confirmar e reafirmar o negócio jurídico celebrado em 26/11/2004, não pode ser oposto ao Fisco para deslocar o fato gerador dos tributos para 01/10/2007, pois ajustes particulares para deslocamento do fato gerador de tributo não têm validade contra o Fisco (CTN, art. 123). A venda da participação societária, por derradeiro, ocorreu em 26/11/2004.

2) - Omissão:

Nas razões dos embargos, a Embargante alegou omissão na fundamentação do voto condutor que não teria tratado do argumento “contrato de gaveta”.

• Omissão

fls. 883 V. a 886 - No Voto Vencedor

Nem uma palavra no Voto Vencedor sobre o que foi colocado na sustentação oral, ou seja, de que o "Contrato de Gaveta", onde o alienante não transfere e nem o adquirente recebe o preço, onde, por óbvio, não acontece transferência alguma, apenas parametriza o negócio que, conseqüentemente, somente será efetivado quando todos os "minoritários" negociarem suas participações.

A razão desse procedimento, "Contrato de Gaveta" é evitar que o último "minoritário" coloque preço "absurdo" em sua participação societária, o que, aliás, é prática comum em sociedades cujas participações não são negociadas em Bolsa de Valores.

Portanto, essa omissão "parcial" muito provavelmente influenciou na conclusão - voto dos demais Conselheiros — em claro prejuízo para a recorrente.

(...)

Diversamente do alegado, não há a alegada omissão, pois no tópico já enfrentando 1) - **Erro de informação relativo aos dividendos distribuídos em 2007**, houve transcrição de parte da fundamentação do voto condutor do Acórdão embargado onde esse argumento do “Contrato de Gaveta” foi tratado, expressamente, sendo utilizado, inclusive, como fundamento, para desqualificação da multa de ofício (redução da multa de 150% para 75%).

3) – Contradição:

Nas razões dos embargos, por fim, a Embargante alegou a existência de contradição entre a fundamentação e a decisão embargada, nos seguintes termos:

(...)

- *Contradição*

fls. 881 v. - Do Voto Condutor (4º parágrafo)

O fato de ter registrado a operação em 2007 e recolhido os tributos devidos, de modo algum induz a conclusão do relator de que:

"...na medida em que recolheu o imposto, ainda que em parte, sobre ganho de capital sobre essa operação de alienação de participação societária permanente, reconheceu a infração imputada."

Muito pelo contrário, a conclusão lógica é no sentido de que a alienação, de fato e de direito, aconteceu em 2007, jamais reconhecer a suposta infração tida pelo fisco como ocorrida em 2004.

fls. 881 V. - Do Voto Condutor (3º parágrafo)

Mas não é só, através de extratos bancários, comprovou e demonstrou que o recebimento do preço e a efetivação do negócio se deram no final de 2007.

" Logo, ficou sem sentido a juntada de extratos bancários de operação que — flagrantemente — não passou pelo sistema bancário."

Ora, a contradição é insuperável, como poderia uma operação constante de extrato bancário não ter passado pelo sistema bancário ?

Não bastasse, é insustentável a afirmativa do relator de que a prova bancária da efetividade da operação não servia, e mais, dando credibilidade a instrumento particular no importe de R\$ 700.000,00 teria se dado em dinheiro, o que evidentemente não é razoável e nem faz sentido, a não ser que se admita que a recorrente recebeu o preço 2 (duas) vezes.

Primeiro, essa alegação de **contradição** está superada, prejudicada, pois, conforme já demonstrado anteriormente, no Acórdão embargado a tese ou argumento do Distrato Contratual não prosperou (faltou a Contribuinte provar que tivesse ocorrido distrato formal) e a tese ou argumento do “Contrato de Gaveta”, além de confirmar e reafirmar o negócio jurídico celebrado em 26/11/2004, não pode ser oposto ao Fisco, pois ajustes particulares para deslocamento do fato gerador de tributo não têm validade contra o Fisco (CTN, art. 123).

A questão levantada pela Embargante, relativa aos extratos bancários, é totalmente sem sentido.

Constam dos autos cópias de extratos bancários não da Embargante, mas apenas do seu sócio Alcides Vargas Porteiro (e-fls. 301/320) que comprovam que, em 2004, nada transitou pela conta bancária atinente à indigitada operação de venda das participações societárias na empresa SCHINCARIOL PARTICIPAÇÕES E REPRESENTAÇÕES LTDA.

A venda foi por valor em espécie (dinheiro) conforme reza de cláusula do respectivo Instrumento de Contrato (e-fls 42/46):

(...)

*1. As partes resolvem que os VENDEDORES vendem para a COMPRADORA totalidade da participação societária que possuem na forma individualizada em todas as sociedades dispostas e relacionadas no ANEXO ÚNICO, nas quais tenham participação, pelo preço global certo e ajustado de R\$ 850.000,00 (oitocentos e cinquenta mil reais), sendo R\$ 700.000,00 (setecentos mil reais) pagos à PRIMEIRA VENDEDORA e R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) pagos ao SEGUNDO VENDEDOR. Os VENDEDORES recebem neste ato, **em moeda corrente nacional**, a integralidade do preço ajustado, dando plena, geral, irrevogável e irretroatável quitação à COMPRADORA, obrigando-se a assinarem as alterações contratuais das sociedades e transferência de ações e quaisquer outros documentos necessários ou solicitados pela COMPRADORA, retratando a venda ora pactuada e procedendo os VENDEDORES sua retirada do quadro societário de todas as sociedades elencadas no ANEXO UNICO. (Grifo não consta do original).*

(...)

Por isso, constou da fundamentação do voto condutor (e-fl.915):

(...)

Quanto às provas "extratos bancários", novamente não servem de prova, pois, o recebimento ou pagamento foi em dinheiro (em espécie), cujo valor circulante não consta registrado em lugar algum (valor à margem da escrituração contábil, fiscal e do sistema bancário). Logo, ficou sem sentido a juntada de extratos bancários de operação que —flagrantemente— não passou pelo sistema bancário.

(...)

Por fim, consta do Acórdão embargado que a Contribuinte reconheceu, anos depois da ocorrência do fato gerador, a infração imputada, pois efetuou o pagamento, ainda que parcial, do ganho de capital nessa operação de venda de participação societária objeto da autuação, configurando ato incompatível com a vontade de recorrer (preclusão lógica).

A propósito, consta da fundamentação do voto condutor (e-fls. 912/915):

(...)

Entretanto, todas essas alegações no sentido de negar a existência da operação de alienação das participações societárias permanentes, por fim, restaram superadas ou prejudicadas, pois, a recorrente, na medida em que recolheu o imposto, ainda que em parte, sobre ganho de capital sobre essa operação de alienação de participação societária permanente, reconheceu a infração imputada.

Neste sentido, a recorrente requereu a juntada e juntou aos presentes autos, em 18/05/2010, cópia de relatório - resultado de Diligência Fiscal - constante dos autos do processo administrativo fiscal conexo que tramitou pela 1ª Câmara do então 1º Conselho de Contribuintes (atual CARF) — processo nº 10855.003040/2006-18 — cujo sujeito passivo é a empresa JADANGIL PARTICIPAÇÕES E REPRESENTAÇÕES LTDA, CNPJ: 58.648.775/0001-58 (adquirente das participações societárias permanentes da recorrente) e que foi autuada justamente pelo fato de não ter registrado na escrituração contábil e fiscal essa operação de aquisição.

Dentre outras questões, consta do resultado dessa diligência fiscal, realizada in loco, que a ora recorrente apurou o ganho de capital sobre a operação de venda de participação societária para a JADANGIL tão-somente no 4º (quarto) trimestre de 2007, efetuando o pagamento do IRPJ e da CSLL em janeiro/2008. A diligência não especificou quanto teria sido recolhido a título dessas exações fiscais.

A diligência fiscal foi determinada, naqueles autos, pela Resolução nº 1101- 00.007, de 19/06/1999.

Destarte, corno demonstrato, houve por parte da recorrente o reconhecimento da infração "omissão de receitas não operacionais — ganho de capital" sobre a venda de participações societárias para a empresa JADANGIL, na medida em que fez o recolhimento de IRPJ e CSLL sobre ganho e capital, e ainda que o crédito tributário tenha sido recolhido tão-somente em parte.

(...)

Portanto, não há contradição na decisão embargada.

Processo nº 10855.003037/2006-96
Acórdão n.º **1802-002.277**

S1-TE02
Fl. 1014

Por tudo que foi exposto, voto para ACOLHER, em parte os embargos de declaração, para retificar erro de informação relativa aos dividendos de 2007, e ratificar os demais termos do acórdão embargado.

(documento assinado digitalmente)

Nelso Kichel

CÓPIA