



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

Processo nº 10872.000531/2010-77
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **1301-000.288 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Data 09 de dezembro de 2015
Assunto CONVERSÃO EM DILIGÊNCIA
Recorrente CENTAURUS PARTICIPAÇÕES S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

“documento assinado digitalmente”

Wilson Fernandes Guimarães

Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Wilson Fernandes Guimarães, Waldir Veiga Rocha, Paulo Jakson da Silva Lucas, Luís Tadeu Matosinho Machado (suplente convocado), Hélio Eduardo de Paiva Araújo e Gilberto Baptista (suplente convocado).

Relatório

Trata o presente processo de exigências de Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), relativas aos anos calendário de 2005 e 2006, formalizadas em razão da imputação das seguintes infrações:

i) ausência de adição ao lucro líquido do período, na apuração do lucro real, dos lucros auferidos no exterior por empresas coligadas/controladas; e ii) redução indevida do lucro real, em virtude de exclusão de valores do lucro líquido do exercício (ganho de capital por variação na porcentagem de participação em controlada/coligada no exterior), a qual não estaria autorizada pela legislação do imposto de renda.

Sirvo-me de fragmentos do relatório constante na decisão de primeira instância para descrever os fatos apurados e as razões de defesa trazidas em sede de impugnação.

[...]

No Termo de Constatação de Infrações (fls. 210/233), constata-se, em síntese, o seguinte.

Infração 1 - Adição não computada na apuração do lucro real – lucros auferidos no exterior.

- Ano-calendário 2005 (01/01/2005 a 31/12/2005)

O interessado não ofereceu à tributação os lucros apurados no ano-calendário 2005 pelas empresas controladas/coligadas Bento Pedroso Construções S/A, sediada em Portugal, da qual detém 51 % do capital, Construtora Norberto Odebrecht Del Ecuador, sediada no Equador, da qual detém 100% do capital, e Odebrecht Peru Ing. Y Construction S.A.C, sediada na República do Peru, da qual detém 99,94% do capital, conforme a seguir:

EMPRESA	Lucro Auferido	Participação	Lucro (R\$)
Bento Pedroso Construções S/A Portugal	23.575.691,70	51%	12.023.602,76
CNO Del Ecuador – Equador	35.328,18	100%	35.328,18
Odebrecht Peru Ing. Y Construction S.A.C. - Peru	23.522.735,49	99,94%	23.508.621,83

- Ano-calendário 2006 (01/01/2006 a 30/06/2006)

A empresa sob fiscalização, em 30/06/2006, sofreu cisão parcial. Desta forma, a fiscalização procedeu ao levantamento das controladas/coligadas sediadas no exterior que ela possuía naquela data de 30/06/2006, para verificação da existência de lucros auferidos no exterior, mas não tributados.

O interessado não ofereceu à tributação os lucros apurados no ano-calendário 2006 (01/01/2006 a 30/06/2006) pelas empresas controladas/coligadas Bento Pedroso Construções S/A, sediada em Portugal, da qual detém 51% do capital, Construtora Norberto Odebrecht Del Ecuador, sediada no Equador, da qual detém 100% do capital, e Odebrecht Peru Ing. Y Construction S.A.C, sediada na República do Peru, da qual detém 99,94% do capital, conforme a seguir:

EMPRESA	Lucro Auferido	Participação	Lucro (R\$)
Bento Pedroso Construções S/A Portugal	6.584.558,39	51%	3.358.124,77
CNO Del Ecuador – Equador	89.511,01	100%	89.511,01
Odebrecht Peru Ing. Y Construction S.A.C. - Peru	25.048.917,14	99,94%	25.033.887,78

- Ano-calendário 2006 (01/07/2006 a 31/12/2006)

A empresa sob fiscalização, em 30/06/2006, sofreu cisão parcial. Desta forma, a fiscalização procedeu ao levantamento das controladas/coligadas sediadas no exterior que ela possuía, no período de 01/07/2006 a 31/12/2006, para verificação da existência de lucros auferidos no exterior, mas não tributados.

O interessado não ofereceu à tributação os lucros apurados no ano-calendário 2006 (01/07/2006 a 31/12/2006) pela empresa controlada Odebrecht Peru Ing. Y Construction S.A.C, sediada na República do Peru, da qual detém 99,94% do capital, conforme a seguir:

EMPRESA	Lucro Auferido	Participação	Lucro (R\$)
Odebrecht Peru Ing. Y Construction S.A.C. - Peru	16.594.450,86	99,94%	16.584.494,18

O interessado não tributou os citados lucros auferidos no exterior, apesar de reconhecê-los, conforme balancetes apresentados, sob a alegação de:

- com relação à Bento Pedroso Construções S/A e à Construtora Norberto Odebrecht Del Ecuador, estar amparado pelos acordos internacionais mantidos com Portugal e Equador, respectivamente, para evitar a dupla tributação.

- com relação à Odebrecht Peru Ing. Y Construction S.A.C, o lucro auferido teria sido compensado com prejuízos contábeis de exercícios anteriores.

Segundo a fiscalização, o art. 10 do Decreto nº 4.012, de 13/11/2001, que promulgou a convenção entre o Brasil e Portugal destinado a evitar a dupla tributação e a prevenir a evasão fiscal em matéria de impostos sobre o rendimento, diz que os lucros auferidos por empresa residente em Portugal e controlada por empresa residente no Brasil, quando remetidos, pagos ou creditados (disponibilizados), conceitua-se como dividendos, podendo ser tributados no Brasil.

Nos termos do art. 1º da Lei nº 9.532/1997, os lucros apurados por coligada/controlada no exterior é tributável no Brasil. O art. 74 da MP nº 2158-35, de

2001, determina que os lucros são considerados disponibilizados e tributados no Brasil na data do balanço em que forem apurados.

Com relação aos prejuízos contábeis de exercícios anteriores, a fiscalização afirma que o balancete da controlada, situada na República do Peru, diverge da informação dada pela fiscalizada, demonstrando que aquela controlada possui lucro no AC 2005 e que não há mais prejuízos acumulados a serem compensados (o que é ratificado pelo balancete em Reais confeccionado pela Centaurus).

Na apuração do IRPJ foram deduzidos os seguintes valores recolhidos no exterior, nos termos do art. 26 da Lei nº 9.249/1995:

- Ano-calendário 2005 (01/01/2005 a 31/12/2005) - fls. 218/221

Resumo:

EMPRESA	Imposto pago no exterior – convertido em Reais	Participação	Valor a compensar
Bento Pedroso Construções S/A Portugal	6.178.130,31	51%	3.150.846,44
CNO Del Ecuador – Equador	6.989,58	100%	6.989,58
Odebrecht Peru Ing. Y Construction S.A.C. - Peru	161.286,51	99,94%	161.189,73
Total			3.319.025,75

- Ano-calendário 2006 (01/01/2006 a 30/06/2006) - fls. 225/228

Resumo:

EMPRESA	Imposto pago no exterior – convertido em Reais	Participação	Valor a compensar
Bento Pedroso Construções S/A Portugal	4.579.325,87	51%	2.335.456,18
CNO Del Ecuador – Equador	39.270,96	100%	39.270,96
Total			2.374.727,14

Infração 2 - Exclusões indevidas na apuração do lucro real - ganho de capital por variação na porcentagem de participação em controlada/coligada no exterior.

O interessado excluiu do lucro líquido, na apuração do lucro real dos anos-calendário de 2005 e 2006 (01/01/2006 a 30/06/2006), os ganhos de capital por variação na porcentagem de sua participação no capital social da empresa TOC - Tenenge Overseas Corporation, situada no exterior, com fulcro no art. 418 do RIR/1999.

Segundo a fiscalização, o art. 428, parágrafo único, c/c art. 394 (art. 25 da Lei nº 9.249/1995), ambos do RIR/1999, determinam que os ganhos de capital por variação na percentagem de participação no capital social em empresa situada no exterior devem ser computados na apuração do lucro real.

O art. 74 da MP nº 2158-35, de 2001, determina que os ganhos de capital são considerados disponibilizados e tributados no Brasil na data do balanço em que forem apurados.

Em razão das infrações apuradas, foram lavados autos reflexos de CSLL.

Em decorrência das infrações apuradas, acima descritas, os prejuízos fiscais e as bases negativas de CSLL declarados nos anos-calendário de 2005 e 2006 foram totalmente compensados, conforme demonstrativos de fls. 533, 534 e 536.

Foram lavrados Termos de Sujeição Passiva Solidária para os contribuintes: empresa ODBINV S/A (fls. 547/550); sr. Paulo Henyan Yue Cesena (fls. 551/554); sr. Paulo Oliveira Lacerda de Mello (fls. 555/558); sr. Marcelo Bahia Odebrecht (fls. 559/562); sr. Adriano Chaves Juca Rolim (fls. 563/566); sr. Carlos Jorge Hupsel de Azevedo (fls. 567/570), em razão do seguinte.

Em Assembléia Geral Extraordinária realizada 02/01/2008 foi aprovada a mudança da nacionalidade da empresa Centaurus Participações S/A ("redomiciliação") de seu domicílio para as Ilhas Cayman, que assim deixou de ser regida pelas leis brasileiras e de ter sua sede e administração no País, passando a ser regida pelas leis das Ilhas Cayman.

De acordo com o sistema da Receita Federal do Brasil, a empresa ODBINV S/A é acionista majoritária (99,99%) da Centaurus Participações S/A.

De acordo com a Jucerja, o sr. Paulo Henyan Yue Cesena, o sr. Paulo Oliveira Lacerda de Mello, o sr. Marcelo Bahia Odebrecht (fls. 559/562), o sr. Adriano Chaves Juca Rolim (fls. 563/566) e o sr. Carlos Jorge Hupsel de Azevedo (fls. 567/570) são sócios da Centaurus Participações S/A, com o cargo de Diretores.

Assim, teria restado caracterizada a sujeição passiva solidária, nos termos do art. 124, inciso I, do CTN.

Inconformados, o interessado e os responsáveis solidários apresentaram impugnação, requerendo o cancelamento das autuações, alegando, em síntese, o seguinte:

- Impugnação de fls. 572/587 - Centaurus Investments Limited, Odebrecht Engenharia e Construção S/A (OEC) e Construtora Norberto Odebrecht S.A (CNO)

. que, em razão das operações societárias que ocorreram na Centaurus Participações S/A [interessado], como a cisão parcial em 30/06/2006, cisão parcial em 31/12/2007 e redomiciliação de seu domicílio para as Ilhas Cayman, é aplicável ao caso dos autos a regra de responsabilidade solidária prevista no art. 5º, parágrafo 1º, do Decreto-lei nº 1.598/77. Tais fatos justificaram o comparecimento espontâneo das empresas OEC e CNO aos autos, para apresentarem impugnação juntamente com a Centaurus.

. que, de fato, à época dos fatos, detinha a 99,94% de participação na empresa Odebrecht Peru Ing. Y Construction S.A.C, situada no Peru, e que, em 31/12/2006, esta apurou um lucro no valor de Nuevo Sol \$ 24.790.777,84, os quais, convertidos pela taxa de câmbio da data do respectivo balanço, correspondem a R\$ 16.594.450,86.

- . que os lucros auferidos no Peru não foram oferecidos à tributação no Brasil.
- . que o lucro auferido pela controlada peruana no balanço de 31/12/2006 deve ser reduzido pelos prejuízos apurados pela mesma empresa em períodos anteriores.
- . que os prejuízos apurados podem ser comprovados por meio dos balancetes e do demonstrativo anexos (docs. 12 a 29), nos quais está devidamente demonstrada a efetiva existência desses resultados negativos, hábeis a absorver o lucro apurado em 31/12/2006.
- . que, mesmo que não houvesse qualquer valor a ser absorvido a título de prejuízos, ainda assim, deveria ser cancelada a autuação, pois os lucros apurados pela controlada peruana não foram objeto de efetiva distribuição.
- . que o art. 74 da MP nº 2158-35, utilizado pelo Fisco como fundamento para essa parcela da autuação, não serve de base, pois contraria o art. 43 do CTN; que, ao prever a incidência dos tributos em questão na data dos balanços em que foram apurados, independentemente de pagamento ou crédito (disponibilização ficta), o art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35 acaba por contrariar o art. 43 do CTN.
- . que tem conhecimento da posição das câmaras federais de julgamento administrativo, inclusive baseadas nos respectivos regimentos internos, no sentido de não adentrarem na apreciação de inconstitucionalidade de lei. Contudo, é dever do julgador administrativo, nos termos do art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 9.784/1999, emitir julgamentos com base no princípio da legalidade, sendo possível analisar a validade do art. 74 à luz do art. 43 do CTN, por se tratar de matéria infra-constitucional.
- . que o art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35 não pode se embasar no parágrafo § 2º do art. 43 do CTN, não somente porque viola o próprio parágrafo, ao colocar disponibilidade antes da existência da renda, como também porque viola o art. 43 em seu todo, pois pretende tributar a renda cuja disponibilidade econômica ou jurídica ainda não foi adquirida pela investidora.
- . que é impossível dizer que o art. 74 está amparado no § 2º do art. 43 do CTN, porque este não declara, nem jamais poderia declarar, que a disponibilidade do direito ao lucro precede a própria aquisição desse direito.
- . que o art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35 atropela todo o ordenamento jurídico, em evidente abuso do poder de legislar, pretendendo tributar lucros ainda não adquiridos.
- . que devem ser canceladas as exigências fiscais e restabelecidos os prejuízos fiscais e as bases negativas de CSLL.
- . que, caso se entenda pela manutenção das exigências fiscais, deve ser afastada a incidência dos juros de mora sobre os valores das multas de ofício, pois a lei somente prescreve a aplicação do referido encargo sobre as multas isoladas.
- . que o art. 61, *caput* e § 3º, da Lei nº 9.430/1996, somente autoriza a incidência de juros sobre débitos decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, não prevendo a incidência de juros sobre multas, mas apenas sobre o valor do principal de tributos e contribuições.
- . que as multas não possuem a natureza de tributo ou contribuição (art. 3º do CTN).

. que o art. 43 da Lei nº 9.430/1996 determina a incidência de juros apenas sobre a multa isolada. cita jurisprudência do Conselho de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais adotando o entendimento de não haver incidência de juros sobre multa.

Protesta pela juntada de documentos e a realização de diligências.

- Impugnação de fls. 908/948 - Centaurus Investments Limited, Odebrecht Engenharia e Construção S/A (OEC), Belgrávia Empreendimentos Imobiliários S/A (Belgrávia) e Construtora Norberto Odebrecht S.A (CNO).

. que, em razão das operações societárias que ocorreram na Centaurus Participações S/A [interessado], como a cisão parcial em 30/06/2006, cisão parcial em 31/12/2007 e redomiciliação de seu domicílio para as Ilhas Cayman, é aplicável ao caso dos autos a regra de responsabilidade solidária prevista no art. 5º, parágrafo 1º, do Decreto-lei nº 1.598/77. Tais fatos justificaram o comparecimento espontâneo das empresas Odebrecht Engenharia e Construção S/A (OEC), Belgrávia Empreendimentos Imobiliários S/A (Belgrávia) e Construtora Norberto Odebrecht S.A (CNO) aos autos, para apresentarem impugnação juntamente com a Centaurus.

Falta de adição ao lucro líquido dos lucros de controladas/coligadas no exterior.

. que, de fato, à época dos fatos, detinha a 51% de participação no capital da empresa Bento Pedrosa Construções S/A, situada em Portugal, e que, em 31/12/2005 e 30/06/2006, esta apurou um lucro no valor de 8.514.000,00 euros e 2.378.694,14 euros, os quais, convertidos pela taxa de câmbio da data do respectivo balanço, correspondem a R\$ 23.575.691,70 e R\$ 6.584.558,39, respectivamente.

. que à época dos fatos, detinha a 100% de participação no capital da empresa Construtora Norberto Odebrecht Del Equador, situada no Equador, e que, em 31/12/2005 e 30/06/2006, esta apurou um lucro no valor de USD 15.093,25 e USD 41.357,95, os quais, convertidos pela taxa de câmbio da data do respectivo balanço, correspondem a R\$ R\$ 35.328,77 e R \$ 89.511,01, respectivamente.

. que, à época dos fatos, detinha a 99,94% de participação na empresa Odebrecht Peru Ing. Y Construction S.A.C, situada no Peru, e que, em 31/12/2005 e 30/06/2006, esta apurou um lucro no valor de Nuevo Sol \$ 29.727.045,62 e Nuevo Sol \$ 37.753.326,97, os quais, convertidos pela taxa de câmbio da data do respectivo balanço, correspondem a R\$ 20.333.745,11 e 25.048.917,14, respectivamente.

. que os lucros auferidos no exterior não foram oferecidos à tributação no Brasil.

. que o art. 74 da MP nº 2158-35, utilizado pelo Fisco como fundamento para essa parcela da autuação, não serve de base, pois contraria o art. 43 do CTN; que, ao prever a incidência dos tributos em questão na data dos balanços em que foram apurados, independentemente de pagamento ou crédito (disponibilização ficta), o art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35 acaba por contrariar o art. 43 do CTN.

. que tem conhecimento da posição das câmaras federais de julgamento administrativo, inclusive baseadas nos respectivos regimentos internos, no sentido de não adentrarem na apreciação de inconstitucionalidade de lei. Contudo, é dever do julgador administrativo, nos termos do art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 9.784/1999, emitir julgamentos com base no princípio da legalidade, sendo possível analisar a validade do art. 74 à luz do art. 43 do CTN, por se tratar de matéria infra-constitucional.

. que o art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35 não pode se embasar no parágrafo § 2º do art. 43 do CTN, não somente porque viola o próprio parágrafo, ao

colocar disponibilidade antes da existência da renda, como também porque viola o art. 43 em seu todo, pois pretende tributar a renda cuja disponibilidade econômica ou jurídica ainda não foi adquirida pela investidora.

. que é impossível dizer que o art. 74 está amparado no § 2º do art. 43 do CTN, porque este não declara, nem jamais poderia declarar, que a disponibilidade do direito ao lucro precede a própria aquisição desse direito.

. que o art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35 atropela todo o ordenamento jurídico, em evidente abuso do poder de legislar, pretendendo tributar lucros ainda não adquiridos.

. que devem ser canceladas as exigências fiscais e restabelecidos os prejuízos fiscais e as bases negativas de CSLL.

. que, independentemente da validade do art. 74, o procedimento adotado pelo impugnante está resguardado nas convenções para evitar a dupla tributação, firmadas pelo Brasil com Portugal e com o Equador, as quais foram aprovadas, respectivamente, pelos Decretos nº 4.012/2001 e 95.717/1988.

. que a supremacia das convenções e tratados tributários em relação à legislação interna ordinária foi reconhecida em inúmeros precedentes na jurisprudência judicial e administrativa, bem como no Parecer Normativo CST nº 94/74 e no art. 1º da IN SRF nº 244/02.

. que ambos os tratados contêm disposições a respeito da tributação dos "lucros das empresas" (art. 7º) e também em relação aos "dividendos" (art. 10). A aplicação de qualquer um dos dispositivos afasta a tributação dos lucros das empresas controladas.

. que, no caso do art. 7º das convenções, a competência para a tributação é exclusiva do país no qual os lucros foram apurados.

. que a aplicação do art. 7º como a dos autos decorre do entendimento de que o art. 74 da MP nº 2158-35 prevê a incidência do IRPJ e da CSLL sobre lucros auferidos, independentemente do efetivo pagamento à controladora, diferenciando tal regime de tributação daquele aplicável aos dividendos.

. que, ainda que se entenda que os lucros em questão estão submetidos às regras do art. 10 das convenções firmadas com Portugal e Equador, mesmo assim inexistente fundamento para a autuação.

. que, diferentemente daquilo que consta no art. 7º, os dividendos poderão ser tributados por ambos os países signatários dos tratados. Contudo, mesmo permitida a tributação, ela somente poderá ocorrer após o efetivo pagamento dos dividendos.

. que dividendos pagos devem ser entendidos os efetivamente distribuídos, ainda que tal distribuição se materialize por crédito em conta, entrega a outrem, emprego por instrução do beneficiário, ou qualquer outra forma de satisfação do direito ao dividendo.

. que não houve qualquer disponibilização de lucros que justificasse a tributação.

. que, no caso específico do acordo com o Equador, o art. 23, §2º, do tratado afasta por completo qualquer pretensão de exigência do IRPJ e da CSLL no Brasil;

. que, no caso da controlada no Peru, o tratado não estava em vigor na época dos fatos, mas, ainda assim, não há qualquer valor a ser tributado no Brasil em relação

àqueles lucros, tendo em vista a existência de prejuízos apurados no Peru, em períodos anteriores, em montante suficiente para absorver os lucros (resultados positivos) verificados nos balanços de 31/12/2005 e de 30/06/2006.

. que, de fato, os lucros apurados em 31/12/2005 e 30/06/2006 são aqueles constantes nos balancetes enviados e na DIPJ. Ocorre que, em tais documentos não constaram os prejuízos contábeis de períodos anteriores.

. que os prejuízos efetivamente existiram e podem ser comprovados por meio dos balancetes e do demonstrativo anexos (docs. 16 a 33), nos quais está devidamente demonstrada a efetiva existência desses resultados negativos.

- Exclusão indevida dos valores correspondentes à variação do percentual de participação societária na subsidiária Tenenge Overseas Corporation Ltd. (TOC)

. que a impugnante, até 20/12/2005, mantinha participação de 100% na empresa Tenenge Overseas Corporation Ltd. (TOC), situada nas Ilhas Cayman, sendo sua subsidiária integral. que, em 21/12/2005, as empresas Belgrávia Empreendimentos Imobiliários S/A e Odebrecht Oil Services Ltd. (OOSL) aportaram USD 73.377.781,89 em capital na TOC.

. que esse aporte gerou diluição da participação societária da impugnante na TOC, que passou a ser 78,08%, mas, por outro lado, implicou aumento do valor daquele investimento registrado no ativo permanente da impugnante (docs. 34 a 36). Esse aumento corresponde a R\$ 51.254.326,30, o qual foi debitado à conta de investimentos (doc. 37), em contrapartida de um crédito no resultado do período.

. que situação semelhante ocorreu em 2006, quando a Belgrávia aportou mais USD 273.195.132,00 na TOC e a impugnante efetuou aporte de outros USD 26.146.806,00. (docs. 38 a 42).

. que, após tais operações, a participação da impugnante na TOC passou para 48,08%, mas por outro lado, também ocorreu elevação no valor do investimento naquela empresa, registrado na contabilidade da empresa brasileira. Esse aumento corresponde a R\$ 57.308.296,80, o qual foi debitado à conta de investimentos (doc. 43), em contrapartida de um crédito no resultado.

. que, considerando que esse acréscimos de valor de investimento na TOC não representavam qualquer disponibilidade jurídica ou econômica de renda, os correspondentes valores foram excluídos do lucro líquido, na apuração do lucro real e da base da CSLL.

. que a fiscalização parte da premissa de que os valores correspondentes à variação do percentual de participação societária em questão não poderiam ser excluídos do lucro líquido, pois a regra prevista no caput do art. 428 do RIR/1999 não se aplicaria à hipótese dos autos; que o parágrafo único do art. 428 determina a aplicação do regime de tributação de "lucros, rendimentos e ganhos de capital" previsto no art. 394 do RIR/1999.

. que a variação do percentual de participação em questão, refletida em seu balanço por conta da aplicação do método de equivalência patrimonial (MEP), não implicou na apuração de qualquer ganho de capital no exterior que justificasse tributação no Brasil, nos termos do art. 394 do RIR/1999.

. que, para que houvesse ganho de capital a ser tributado no Brasil, seria necessário haver realização do investimento registrado no ativo permanente da

impugnante, por uma das formas previstas no art. 31 do Decreto-lei nº 1.598/77 (art. 418 do RIR/1999).

. que, no caso dos autos, as variações do investimento mantido na TOC decorreram tão somente de aportes de capital efetuados naquela empresa situada no exterior. Não houve alienação, baixa ou liquidação daquele investimento; ou seja, não ocorreu a realização do ativo que justificasse a apuração do ganho de capital.

. que foram efetuados lançamentos contábeis a débito de conta do ativo e a crédito de conta de resultado, mas que de forma alguma tais lançamentos evidenciam aquisição de disponibilidade jurídica ou econômica de renda que justifique a incidência do IRPJ e da CSLL.

. que as variações decorrentes da aplicação do MEP nada mais representam do que resultados gráficos, que variam de tempos em tempos, de acordo com inúmeras variáveis, tais como existência de lucros ou prejuízos, aumento e redução do capital, sem causar aumento ou diminuição do patrimônio da investidora.

. que os lançamentos contábeis relacionados ao MEP não devem ser computados na apuração do lucro real (art 23 do Decreto-lei nº 1.598/77).

. que, da mesma forma, o art. 25, § 6º, da Lei nº 9.249/1995, determinou que os resultados decorrentes do MEP também devem ser neutros para efeitos fiscais.

. que o art. 428 do RIR/1999, a qual tem fundamento no art. 33, § 2º, do Decreto-lei nº 1.598/1977, declara não ser computável na determinação do lucro real o ganho ou a perda decorrente da variação do percentual de participação em empresa coligada ou controlada avaliada pelo MEP; que tal norma já foi reconhecida também como aplicável à CSLL.

. que Decisão da 7ª Região Fiscal, Solução de Consulta da 10ª Região Fiscal e acórdão do Conselho de Contribuintes sustentaram que não deve incidir CSLL sobre os ganhos de variação de percentual de participação societária.

. que não cabe fundamentar a autuação na IN SRF nº 213/02, sob pena de se pretender tributar outras grandezas refletidas via MEP que com lucro não se confundem.

. que o art. 7º da IN SRF nº 213/2002 deve ser interpretado à luz da Medida Provisória nº 2158-35, que somente prevê a tributação de lucros apurados no exterior, e não de outros valores que com lucro não se confundem, ainda que estejam refletidos na investidora brasileira via MEP.

. que, adotando esse entendimento, no sentido de que nem tudo o que é refletido na investidora por conta do MEP representa lucro, em inúmeras oportunidades a jurisprudência considerou ilegítima a exigência de IRPJ e CSLL sobre a variação cambial do investimento no exterior via MEP.

. que as variações em questão, embora decorrentes da aplicação do MEP, não correspondem a lucros, tampouco a ganho de capital, razão pela qual não poderiam ser tributadas.

. que, caso se entenda pela manutenção das exigências fiscais, deve ser afastada a incidência dos juros de mora sobre os valores das multas de ofício, pois a lei somente prescreve a aplicação do referido encargo sobre as multas isoladas.

. que o art. 61, *caput* e § 3º, da Lei nº 9.430/1996, somente autoriza a incidência de juros sobre débitos decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, não prevendo a incidência de juros sobre multas, mas apenas sobre o valor do principal de tributos e contribuições.

. que as multas não possuem a natureza de tributo ou contribuição (art. 3º do CTN).

. que o art. 43 da Lei nº 9.430/1996 determina a incidência de juros apenas sobre a multa isolada.

. cita jurisprudência do Conselho de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais adotando o entendimento de não haver incidência de juros sobre multa.

Protesta pela juntada de documentos e a realização de diligências.

- Impugnação do responsável de fls. 1.301/1.306 - ODBINV S/A (Termo de Sujeição Passiva Solidária nº 01).

. que a fiscalização, partindo da premissa que o impugnante seria acionista majoritário da Centaurus, atribuiu-lhe responsabilidade solidária pelo crédito tributário exigido daquela empresa, nos termos do art. 124, inciso I do CTN.

. que, todavia, a impugnante há muito tempo deixou de ser acionista daquela empresa, conforme comprova documentação anexa a defesa (doc. 03), fato que, por si só, já tem o condão de afastar a imputação de responsabilidade solidária.

. que, ainda que assim não fosse, não caberia a aplicação do art. 124, inciso I, do CTN, à hipótese dos autos, pois a simples condição de acionista de pessoa jurídica não é suficiente para configurar interesse comum, que justifique a imputação de solidariedade passiva.

. que, segundo a doutrina e a jurisprudência, o interesse comum no fato gerador somente resta caracterizado nas situações em que as pessoas figurem em um mesmo pólo na relação jurídica descrita hipoteticamente em lei como fato gerador de determinado tributo, não bastando que haja vinculação econômica entre elas.

. que nem mesmo possui vínculo econômico com a Centaurus, pois já há muito tempo deixou de ser acionista.

. que a Centaurus não cometeu qualquer irregularidade que pudesse justificar a responsabilização de terceiros pelos tributos por ela devidos.

. que, de qualquer forma, as empresas Odebrecht Engenharia e Construção S/A (OEC), Belgrávia Empreendimentos Imobiliários S/A e Construtora Norberto Odebrecht S.A (CNO) apresentaram-se espontaneamente nos autos na condição de responsáveis solidárias.

. que tal fato revela que, se mantida a autuação, o Fisco não terá qualquer dificuldade de exigir o respectivo crédito tributário daquelas empresas, o que torna a imputação de responsabilidade à impugnante, além de descabida do ponto de vista jurídico, totalmente desnecessária.

. que, caso mantida a aplicação da solidariedade prevista no art. 124, inciso I, do CTN, requer o cancelamento integral das exigências fiscal, se reportando à razões de defesa dos demais impugnantes.

. que o termo de sujeição passiva solidária não tem amparo legal e deve ser cancelado.

- Impugnação dos responsáveis de fls. 1.371/1.376 - sr. Carlos Jorge Hupsel de Azevedo (Termo de Sujeição Passiva Solidária nº 06); fls. 1.379/1.384 - sr. Paulo Oliveira Lacerda de Melo (Termo de Sujeição Passiva Solidária nº 03); fls. 1.387/1.392 - sr. Adriano Chaves Jucá Rolim (Termo de Sujeição Passiva Solidária nº 05); fls. 1.395/1.402 - sr. Marcelo Bahia Odebrecht (Termo de Sujeição Passiva Solidária nº 04); fls. 1.405/1.410 - sr. Paulo Henyan Yue Cesena ((Termo de Sujeição Passiva Solidária nº 02).

. que a fiscalização, partindo da premissa que os impugnantes seriam sócios ou diretores da Centaurus, atribuiu-lhes responsabilidade solidária pelo crédito tributário exigido daquela empresa, nos termos do art. 124, inciso I do CTN.

. que, todavia, as impugnantes não são e nunca foram sócios daquela empresa, fato que, por si só, já tem o condão de afastar a imputação de responsabilidade solidária. .

que, ainda que assim não fosse, não caberia a aplicação do art. 124, inciso I, do CTN, à hipótese dos autos, pois a simples condição de sócio ou mesmo diretor não é suficiente para configurar interesse comum, que justifique a imputação de solidariedade passiva.

. que, segundo a doutrina e a jurisprudência, o interesse comum no fato gerador somente resta caracterizado nas situações em que as pessoas figurem em um mesmo pólo na relação jurídica descrita hipoteticamente em lei como fato gerador de determinado tributo, não bastando que haja vinculação econômica entre elas.

. que em situações nas quais o interesse comum se apresente apenas no plano econômico, não há como se aplicar a solidariedade passiva em questão; que há despeito da existência de vinculação econômica entre eles, as relações jurídicas são de natureza societária e/ou profissional.

. que nem mesmo possuem vínculo econômico com a Centaurus, pois não são e nunca foram sócios desta empresa.

. que a responsabilidade dos administradores está regulamentada no art. 135 do CTN, cuja aplicação pressupõe a comprovação da prática de ato ilegal ou contrária ao estatuto ou contrato social; no caso, não foi suscitada qualquer irregularidade nesse sentido, já que o art. 135 nem foi citado como fundamento para o termo de sujeição passiva.

. que a Centaurus não cometeu qualquer irregularidade que pudesse justificar a responsabilização de terceiros pelos tributos por ela devidos.

. que, de qualquer forma, as empresas Odebrecht Engenharia e Construção S/A (OEC), Belgrávia Empreendimentos Imobiliários S/A e Construtora Norberto Odebrecht S.A (CNO) apresentaram-se espontaneamente nos autos na condição de responsáveis solidárias.

. que tal fato revela que, se mantida a autuação, o Fisco não terá qualquer dificuldade de exigir o respectivo crédito tributário daquelas empresas, o que torna a imputação de responsabilidade aos impugnantes, além de descabida do ponto de vista jurídico, totalmente desnecessária.

. que, caso mantida a aplicação da solidariedade prevista no art. 124, inciso I, do CTN, requerem o cancelamento integral das exigências fiscal, se reportando à razões de defesa dos demais impugnantes.

. que os termos de sujeição passiva solidária dos impugnantes não têm amparo legal e devem ser cancelados.

A 7ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, apreciando as razões trazidas pelas defesas, decidiu, por meio do acórdão nº 12-36.032 de 02 de março de 2011, pela procedência dos lançamentos tributários, afastando, contudo, a responsabilidade tributária imputada aos sócios-diretores pessoas físicas.

O referido julgado restou assim ementado:

DILIGÊNCIA. FALTA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. DESNECESSIDADE. INDEFERIMENTO.

Deve ser indeferida a diligência que, além de não preencher os requisitos formais previstos no art. 16, inciso IV, e § 1º, do Decreto 70.235/1972, com redação dada pelo art. 1º da Lei 8.748/1993, também é desnecessária, tendo em vista que os documentos juntados aos autos são suficientes para formar a convicção da autoridade julgadora.

JUNTADA POSTERIOR DE DOCUMENTOS.

A prova documental deverá ser apresentada na impugnação, precluindo o direito do interessado em fazê-lo em outro momento processual, a menos que o interessado demonstre, com fundamentos, a impossibilidade de apresentação por motivo de força maior; refira-se a fato ou direito superveniente ou destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR POR CONTROLADA/COLIGADA.

Os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior serão computados na determinação do lucro real das pessoas jurídicas. A partir de 2002, os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior serão considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço no qual tiverem sido apurados.

PREJUÍZO APURADO NO EXTERIOR.

Os prejuízos apurados por uma controlada/coligada no exterior, além de terem que estar cabalmente comprovados, somente poderão ser compensados com lucros dessa mesma controlada/coligada, nos termos do art. 4º, § 2º, da Instrução Normativa (IN) SRF nº 213/2002.

GANHO DE CAPITAL. VARIAÇÃO NO PERCENTUAL DE PARTICIPAÇÃO NO PATRIMÔNIO LÍQUIDO (PL) DA INVESTIDA. TRIBUTÁVEL.

O ganho de capital decorrente da variação no percentual de participação no patrimônio líquido da investida (coligada/controlada) no exterior, avaliado pelo método de equivalência patrimonial (MEP), é tributável, tendo em vista o disposto no art. 428, parágrafo único, c/c art 394, ambos do RIR/1999, e no art. 7º, § 1º, da IN 213/2002.

INCONSTITUCIONALIDADE DE MEDIDA PROVISÓRIA.

Os órgãos de administração tributária não têm competência para apreciar questões de naturezas constitucionais.

LEGISLAÇÃO. ORDENAMENTO JURÍDICO. VIGÊNCIA. As autoridades julgadoras devem observar a legislação vigente no ordenamento jurídico.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. A incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, após o seu vencimento, está prevista pelos artigos 43 e 61, § 3º, da Lei nº 9.430/1996.

CSLL. DECORRÊNCIA. Subsistindo as matérias fáticas que ensejaram o lançamento matriz (IRPJ), igual sorte colhe o auto de infração lavrado por mera decorrência, tendo em vista o nexo causal existente entre eles.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

Uma vez comprovado que a pessoa jurídica era, e continua sendo, acionista majoritária (99,99%) da Centaurus Participações S/A (interessada), resta demonstrado seu interesse comum, não só econômico, mas jurídico, na situação que constitui o fato gerador da obrigação principal, sendo aplicável a responsabilidade solidária prevista no art. 124, inciso I, do CTN.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA E PESSOAL.

Não havendo provas nos autos de que as pessoas físicas, na condição de sócios ou diretores, praticaram atos com excesso de poderes ou infração à lei, nos termos do art. 135, inciso III do CTN, descabe responsabilizá-las solidária e pessoalmente.

Irresignadas, interpuseram recurso, em 14/07/2011, CENTAURUS INVESTMENTS LIMITED, BELGRÁVIA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S/A, ODEBRECHT ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO S/A, CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT (fls. 1.475/1.513) e ODBINV S/A (fls. 1.548/1.554), em que, basicamente, renovaram a argumentação expendida na impugnação anteriormente apresentada.

Às fls. 1.647/1.691¹, a Fazenda Nacional ofereceu contrarrazões.

Diante da natureza das matérias que compunham a lide e de disposições regimentais então vigente, o julgamento do presente processo foi sobrestado, conforme despacho de fls. 1.696/1.699.

Por meio de documento protocolizado neste órgão em 19/12/2013, a CENTAURUS INVESTMENTS LIMITED requereu **desistência parcial** do recurso voluntário interposto, renunciando “**a quaisquer alegações de direito em que se funda a parte do recurso voluntário objeto de desistência, desistência e renúncia que se opera., exclusivamente, em relação à discussão travada em torno dos lucros que teriam sido disponibilizados à Requerente por sua controlada ODEBRECHT PERU INGENIERIA Y CONSTRUCTION S.A.C., sediada no Peru (item 1.c do Termo de Constatação de Infrações que instruiu o auto de infração)**”.

É o que importa relatar.

Voto

Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães

Antes de adentrar às razões recursais trazidas pelas Recorrentes, penso existir questão relacionada ao pronunciamento feito em primeira instância que é merecedora de apreciação.

Com efeito, na autuação objeto do presente processo, como antes relatado, foi imputada responsabilidade tributária às seguintes pessoas físicas: Sr. Paulo Henyan Yue Cesena; Sr. Paulo Oliveira Lacerda de Mello; Sr. Marcelo Bahia Odebrecht; Sr. Adriano Chaves Juca Rolim; e Sr. Carlos Jorge Hupsel de Azevedo.

Relativamente a tal imputação, registra o voto condutor da decisão exarada na instância *a quo*:

Com relação à responsabilidade solidária e pessoal do sr. Carlos Jorge Hupsel de Azevedo, sr. Paulo Oliveira Lacerda de Melo, sr. Adriano Chaves Jucá Rolim; sr. Marcelo Bahia Odebrechet e sr. Paulo Henyan Yue Cesena, entendo não ter restado comprovada.

Em que pese o interessado ter alterado seu domicílio para as Ilhas Cayman, e, ainda, que documento na Jucerja (fl. 541) identifique tais pessoas físicas como sócios, com cargos de diretores, não está configurada a responsabilidade pessoal e solidária destes.

Para caracterizar tal responsabilidade, os atos destes diretores deveriam estar enquadrados no art. 135, inciso III, do CTN, a seguir reproduzido.

..

Todavia, a fiscalização não juntou provas de que estas pessoas, na condição de sócios ou diretores, praticaram atos com excesso de poderes ou infração à lei.

Aliás, nem enquadrado no art. 135, inciso III do CTN.

Também não é possível enquadrar nas hipóteses de responsabilidade solidária previstas no art. 5º, § 1º, da Lei nº 1.598/77.

Sendo assim, os termos de solidariedade passiva lavrados contra os sócios-diretores devem, a meu juízo, ser cancelados.

Resta evidente, pois, que a Turma Julgadora de primeiro grau decidiu exonerar os responsáveis tributários, pessoas físicas, dos créditos tributários constituídos.

Em diversos julgados tive a oportunidade de analisar a questão da imputação de responsabilidade tributária por parte da Fiscalização, via de regra em virtude de decisões de primeira instância que se abstiveram de conhecer impugnações apresentadas pelos imputados. Por entender que os argumentos esposados em tais julgados guardam relação com a matéria adiante tratada, peço licença para reproduzir fragmentos do voto que proferi nos autos do processo administrativo nº 16707.005334/2007-37.

Subsidiado no magistério de Bernardo Ribeiro de Moraes², o vocábulo responsabilidade é empregado para indicar a situação de uma pessoa que é convocada PARA RESPONDER por certa situação que lhe foi atribuída.

No caso vertente, a autoridade fiscal decidiu, a partir da constatação do inadimplemento da obrigação tributária, exigir também dos sócios e da mandatária da contribuinte, as prestações correspondentes, incluindo-os, como sujeitos passivo, nos autos de infração lavrados (fls. 402, 418 e 432).

Não obstante a existência de variação na classificação, pode-se dizer que os elementos que integram a obrigação tributária são: a) o sujeito ativo; b) o sujeito passivo; c) o objeto; e d) a lei (ou causa).

A teor do disposto no art. 121 do Código Tributário Nacional, sujeito passivo da obrigação tributária principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária, sendo denominada CONTRIBUINTE quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador, e, RESPONSÁVEL, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

Em conformidade com o art. 142 do mesmo diploma legal (Código Tributário Nacional), LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO é o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, IDENTIFICAR O SUJEITO PASSIVO e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

O lançamento tributário, como é cediço, declara a existência da obrigação tributária, formalizando o crédito tributário correspondente.

À luz do exposto, mostra-se absolutamente indubitável que o RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO integra, como sujeito passivo, a relação jurídico-tributária nascida a partir da ocorrência das hipóteses descritas na lei tributária ("o responsável é um devedor em nome próprio, obrigado ao cumprimento da prestação tributária, da mesma forma que o sujeito passivo originário - contribuinte" - obra referenciada, pág. 659).

Acolhendo tais considerações, penso não existir dúvida de que a pessoa apontada pela autoridade fiscal como responsável integra a obrigação tributária formalizada como sujeito passivo.

A Portaria MF nº 3, de 03.01.2008 (DOU de 07.01.2008), que estabelece limite para interposição de recurso de ofício pelas Turmas de Julgamento das Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ), em seu artigo primeiro, preconiza:

O Presidente de Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) recorrerá de ofício sempre que a decisão exonerar o sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa, em valor total superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

No caso presente, além de inexistir dúvida, a meu ver, acerca do fatos de as pessoas físicas indicadas pela autoridade autuante como responsáveis tributários efetivamente terem integrado a obrigação tributária formalizada como sujeitos passivos, também é certo que

² Compêndio de direito tributário - Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1987

o somatório dos tributos e multas em relação aos quais eles foram exonerados ultrapassa o limite de R\$ 1.000.000,00.

Entendo, assim, que o ato decisório prolatado em primeira instância deixou de consignar em sua parte dispositiva, conforme reprodução abaixo, a interposição do recurso necessário, inobservando assim o disposto no art. 1º da Portaria MF nº 03, de 2008, antes referenciada.

Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em epígrafe, ACORDAM os membros da 7ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro - I, nos termos do relatório e voto vencedor, que passam a fazer parte do presente julgado:

1. por unanimidade de votos, indeferir a diligência, e, no mérito:

2. por maioria de votos, negar provimento à impugnação, julgando PROCEDENTES os lançamentos de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ, no valor de R\$ 38.971.545,13 e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido no valor de R\$ 16.096.787,29, ambos com a multa de ofício de 75% e demais acréscimos legais.

Vencido o Relator Guilherme da Silva Ribeiro, que considera procedente em parte o lançamento, nos termos do seu Voto.

3) por unanimidade de votos, afastar a responsabilidade dos sócios-diretores pessoas físicas.

Declarou seu voto a julgadora Priscila Sabino de Araújo.

Participou, ainda, a julgadora Maria Lúcia Miceli.

INTIME-SE o interessado e os responsáveis - Construtora Norberto Odebrecht S.A. (CNO), Odebrecht Engenharia e Construção S/A (OEC), Belgrávia Empreendimentos Imobiliários S/A e ODBINV S/A - para recolhimento dos créditos tributários, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da data da ciência deste acórdão, sob pena de cobrança executiva, e a ajustar no Livro de Apuração do Lucro Real - Lalur, os prejuízos fiscais e as bases negativas de CSLL compensadas nos auto de infração lavrados, ressalvado o direito de interposição de recurso voluntário, em igual prazo, ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

ENCAMINHE-SE à DRF/RJO I-DICAT, para ciência ao interessado e aos responsáveis e demais providências necessárias ao cumprimento deste ato decisório

Diante do exposto, conduzo meu voto no sentido de restituir os autos à autoridade julgadora de primeira instância para que seja promovida retificação da parte dispositiva do acórdão nº 12-36.032, para que dela faça constar, de forma expressa, a interposição de Recurso de Ofício, nos termos exigidos pela Portaria MF nº 03, de 2008., ou para que seja declinado os fundamentos pelos quais não foi interposto o referido recurso.

"documento assinado digitalmente"

Wilson Fernandes Guimarães - Relator