



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº : 10980.003357/2003-68
Recurso nº. : 139.089
Matéria: : IRPJ E OUTRO – EX: DE 1999
Recorrente : HSBC – BANK BRASIL S.A. – BANCO MÚLTIPLO
Recorrida : 1ª. TURMA/DRJ-CURITIBA/PR.
Sessão de : 18 de março de 2005
Acórdão nº. : 101-94.902

INSTRUMENTO DE COMPRA DE ATIVOS E ASSUNÇÃO DE PASSIVOS – PROVISÃO PARA REESTRUTURAÇÃO REALIZADA PELO VENDEDOR COM EXPRESSA INTERVENÇÃO DO BANCO CENTRAL – INEXISTÊNCIA DE PROVA DE CONLUIO, FRAUDE OU PREVARICAÇÃO – Tendo a provisão para reestruturação sido constituída em balanço do vendedor, assinado e aprovado pelo interventor indicado pelo Banco Central, que por sua vez autorizou a contratação; sendo também esta posteriormente aprovada pelo Conselho Monetário Nacional, e não havendo nos autos qualquer elemento seguro de prova de conluio, fraude ou prevaricação, insustentável a alegação que a simples manutenção da provisão pelo banco adquirente indicaria um ato doloso e fraudulento para escamotear um efetivo ganho. Ademais, não existiu qualquer ganho, à medida que a obrigação assumida mantém-se incólume ainda que descumprida, sendo sua cobrança uma questão contratual. Por fim, ainda que ganho houvesse, o mesmo teria sido economicamente eliminado pela sobrevalia paga, com efeito fiscal somente no eventual excesso de amortização.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por HSBC – BANK BRASIL S.A. – BANCO MÚLTIPLO.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, DAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


MANOEL ANTÔNIO GADELHA DIAS
PRESIDENTE


MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JÚNIOR
RELATOR

Processo nº. : 10980.003357/2003-68
Acórdão nº. : 101-94.902

FORMALIZADO EM: 19 ABR 2005

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL, VALMIR SANDRI, PAULO ROBERTO CORTEZ, SANDRA MARIA FARONI, CAIO MARCOS CÂNDIDO e ORLANDO JOSÉ GONÇALVES BUENO.



Processo nº. : 10980.003357/2003-68
Acórdão nº. : 101-94.902

Recurso nº. : 139.089
Recorrente : HSBC – BANK BRASIL S.A. – BANCO MÚLTIPLO

RELATÓRIO

Trata-se de exigência de IRPJ e CSL para o ano-calendário de 1997.

Depreende-se pela leitura do Termo de Verificação e Encerramento da Fiscalização de fls. 21, que a ação fiscal foi provocada pelo envio de relatório da CPI do Sistema Financeiro à SRF, tendo em vista indícios de favorecimento da autuada quando do processo de compra de ativos do Banco Bamerindus.

Declara o autuante ter constatado “irregularidade fiscal caracterizada pelo recebimento de R\$ 375.876.000,00, sujeitos à tributação, não incluídos no lucro, como receita operacional, mas mantidos, dolosamente, em conta de passivo”.

Afirma ainda que tal valor constava do passivo do Banco Bamerindus a título de “Provisão para Reestruturação”, sem contudo representar uma efetiva obrigação.

Diz que, tendo em vista o Instrumento Particular de Contrato de Compra e Venda de Ativos, fls. 62 a 98, a autuada deveria receber valores de ativos e passivos do Banco Bamerindus em montante equivalente. Por conseguinte, conclui ser verdadeira doação a parcela correspondente a um passivo inexistente.

Consta ainda do referido Termo que a fiscalização confirmou lançamentos na rubrica de provisão antes indicada, tendo sido o seu saldo eliminado em 1999. Os lançamentos foram resumidos pelo autuante da seguinte forma:

“1- uma parte pelo pagamento de mordomias a executivos ingleses, como hospedagens, refeições, táxis aéreos, cursos de língua, etc;

2 - outra parte para pagamento de auditorias milionárias, realizadas por empresas com sede no exterior, que certamente alertaram a fiscalizada sobre as conseqüências fiscais; e

Processo nº. : 10980.003357/2003-68
Acórdão nº. : 101-94.902

3 - pelos registros contábeis abaixo discriminados que materializaram reduções significativas do saldo da conta, corresponderiam às utilizações dos recursos recebidos e representariam o grosso do uso do dinheiro recebido, mas que, nem de longe, corresponderam à reestruturação, tampouco representaram saídas de dinheiro, senão veja-se:

1) – R\$ 7.893.039,85 em 10/12/97, com o histórico lacônico “reestruturação”;

2) – R\$ 17.448.505,29 em 31/12/97, com o histórico “provisão de 0,60 sobre saldo de carteira de créditos normais”.

3) – R\$ 116.496.120,00 em 31/12/97. A fiscalizada separou este montante do valor da marca BAMERINDUS, denominou-se “ágio” e contabilizou-o a débito da conta provisão para reestruturação, sob o histórico “amortização”. Este lançamento além de não ser relacionado com reestruturação, está tecnicamente errado, pois o valor deveria ser mantido na conta original do ativo diferido, para ser amortizado de acordo com o critério eleito para amortização da marca;

4) – R\$ 64.873.183,66 em 30/06/98, com o histórico “valores por contingências trabalhistas”;

5) – R\$ 3.094.661,00 em 31/12/98, com o histórico “complemento provisão trabalhistas”;

6) – R\$ 5.975.757,00 em 31/12/98, com o histórico “complemento provisão custas”;

7) – R\$ 38.039.574,00 em 31/12/98, com o histórico “Compl. Provisão litígios BBB”; e

8) – R\$ 55.934.711,13 em 30/09/99, com o histórico “compl. Litig. Trabalhistas BBB.”

Por fim, observa que a contabilização a débito da conta de provisão e a eliminação do saldo reforçam a “existência de má-fé na tentativa de evitar a tributação”.

Dos autos de infração, fls. 463 e 467, teve ciência a autuada em 07/04/03, sendo que neles constou como data do fato gerador o dia 31/03/1997, por ter sido o contrato de aquisição assinado em 26/03/97.

Processo nº. : 10980.003357/2003-68
Acórdão nº. : 101-94.902

Irresignada, apresentou a autuada tempestiva impugnação, fls. 476, cujos argumentos foram assim resumidos pela decisão ora vergastada:

a. apresenta breve histórico acerca de suas atividades em vários países, para demonstrar ser um Grupo de atuação global, que dá muita importância aos negócios de financiamento do comércio internacional;

b. comenta acerca das dificuldades financeiras do Banco Bamerindus, que levaram à sua intervenção pelo BACEN, à edição de Decreto Presidencial, em 26/03/1997, por meio do qual o Governo Brasileiro manifestou o interesse de que o capital estrangeiro viesse a participar do referido banco, o que se tornou realidade em 27/03/1997, quando assumiu as atividades operacionais do referido banco;

c. diz que assumiu ativos do Bamerindus em valor superior a R\$ 10 bilhões, assim como passivos no mesmo valor (que, ao final, em março de 1998, os ativos e passivos montaram, cada um, a pouco mais de R\$ 11 bilhões) e que, para a conclusão do negócio, ficou estipulado, ainda, que deveria pagar ao Bamerindus o valor de R\$ 381.600.000,00 a título de ágio pela aquisição de fundo de comércio e outros ativos relacionados ao negócio adquirido, incluindo as atividades de cartão de crédito, de arrendamento mercantil e de seguros. Acresce que, além desse valor, teve que investir, até o presente momento, mais US\$ 1 bilhão para manter em funcionamento as agências recebidas e garantir o emprego de cerca de 24 mil funcionários, tendo, ainda, adquirido imóveis no valor de R\$ 200 milhões; discorre sobre a denominada CPI do Sistema Financeiro, para concluir que, ao final das investigações parlamentares, restou definitivamente comprovado que a negociação com o Bamerindus ocorreu de forma transparente e lícita, atendendo, em primeiro plano, ao interesse público, razão pela qual contou com aval do BACEN, do Presidente da República e, finalmente, com a aprovação do próprio Senado Federal. Acresce no sentido de que, igualmente, na CPI do PROER, ficou constatado que esse programa foi uma intervenção necessária do poder público para evitar uma crise profunda no sistema financeiro, cujo saneamento, no Brasil, foi um dos mais bem-sucedidos e baratos realizados no mundo;

e. diz que a "provisão para a reestruturação", entendida pela fiscalização como inexistente e constituída com o propósito de evitar tributação, resultou de expressa determinação emanada do BACEN ao Bamerindus, sendo posteriormente refletida com igual critério e propósito no HSBC, o que implica entender que a fiscalização está acusando o próprio BACEN – que tem função fiscalizadora do

Processo nº. : 10980.003357/2003-68
Acórdão nº. : 101-94.902

conteúdo e substância dos registros contábeis adotados pelas instituições financeiras em geral, e em especial nessa operação, que comandou integralmente – de ter contribuído para conduta dolosa;

f. assevera não estar demonstrado o dolo ou a má-fé e que todas as operações que envolveram a compra do Bamerindus foram feitas na mais absoluta transparência, acompanhadas e autorizadas pelo BACEN, não havendo razão para a aplicação da multa por infração qualificada, de 150%;

g. analisando as disposições legais acerca das funções do BACEN junto ao sistema financeiro, conclui que apenas ele poderia definir se a operação de aquisição de ativos e passivos que firmou junto ao Bamerindus, por meio da assinatura do “Instrumento Particular de Contrato de Compra e Venda de Ativos, Assunção de Direito e Obrigações e Outras Avenças”, da forma como foi pactuada, constituiu uma operação lícita, ou não, nos termos da legislação em vigor;

h. acresce que, da mesma maneira, o julgamento sobre a adequação dos registros contábeis resultantes de operação, no que se refere à contabilização da rubrica “provisão para reestruturação” e suas subseqüentes contrapartidas é de competência exclusiva do BACEN, e que é clara - e deve ser respeitada - a divisão de competência e funções entre o BACEN e a SRF: esta deve zelar pelo cumprimento das obrigações tributárias dos contribuintes, ao passo que aquele deve cuidar da lisura nas práticas adotadas no sistema financeiro;

i. refere-se ao Parecer Normativo Cosit nº 78, de 1978, para concluir que a SRF não tem competência para determinar se a operação pactuada com o Bamerindus foi ou não regular. Igualmente caberia ao BACEN verificar se a contabilização referente às baixas da “provisão” para reestruturação teria ou não sido ato fraudulento, posto que é ele, e mais ninguém, quem detém a competência para verificar se a contabilização levada a efeito foi ou não adequada. Acresce que o BACEN não se opôs, expressa ou tacitamente, a tal contabilização. Antes pelo contrário, expressamente não só aprovou a operação de aquisição de ativos e assunção de direitos e obrigações do Bamerindus, como também nunca contestou a contabilização das baixas efetuadas à provisão para a reestruturação. Assim, não poderia a SRF, por intermédio de seus auditores, desconsiderar qualquer que fosse o ato contábil referente à operação em comento;

j. aponta vício material na autuação, por estar o cálculo do imposto embasado na apuração trimestral dos resultados, com a exigência referindo-se ao fato gerador ocorrido em 31/03/1997, quando a opção

Processo nº. : 10980.003357/2003-68
Acórdão nº. : 101-94.902

exercida na declaração de rendimentos foi pela sistemática do lucro real anual;

k. levanta a preliminar de decadência do direito de lançar. Para isso, diz que, a partir do ano-calendário de 1992, o IRPJ e a CSLL passaram a ser tributos sujeitos ao lançamento por homologação, cujo prazo para o Fisco efetuar a constituição do crédito tributário é o previsto no art. 150, § 4º, do CTN, ou seja, de 5 anos, contados da ocorrência do fato jurídico tributário. Assim, tendo em vista que o fato gerador ocorreu em 31/12/1997, já havia transcorrido o prazo de decadência quando da ciência dos autos de infração, em 07/04/2003;

l. alega que, considerado o dolo ou a má-fé - que admite apenas a título de argumentação -, a decadência teria ocorrido em 31/12/2002, visto que, nesse caso, o início da sua contagem seria a data de 01/01/1998, ou seja, o primeiro dia do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos termos do que estatui o art. 173, I, do CTN;

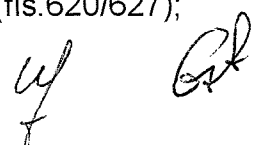
m. esclarece que a fiscalização faltou com a verdade quando afirmou, ao término do Termo de Verificação e Encerramento da Fiscalização, que a declaração de rendimentos referente ao ano-calendário 1997 foi entregue apenas no dia 21/09/2001, visto que, nessa data, foi apresentada declaração retificadora, sendo que a original o foi no devido prazo regular;

n. requer a declaração de nulidade dos autos de infração, por não ter sido cientificada de qualquer prorrogação do MPF que permitiu o início da fiscalização, cujo prazo expirou no dia 29/11/2002. Em seu favor, cita acórdãos de turmas de julgamento das DRJ de Florianópolis, de Brasília e de Ribeirão Preto;

o. no mérito, argúi que, como cristalinamente se verifica nas cláusulas do contrato que firmou com o Bamerindus e nos seus anexos I e II, foram transferidos ativos e passivos em valores rigorosamente iguais, denotando resultado igual a zero;

p. lembra que o IRPJ tem como elemento formador de sua hipótese de incidência a *auferição* de acréscimo patrimonial que, no caso, entende não ter existido;

q. afirma que, mesmo em relação aos ajustes previstos no contrato, referentes a devolução ou substituição dos ativos listados, igualmente o resultado foi nulo, posto que, conforme era disposição contratual, ficou mantida a igualdade entre os ativos e passivos, na importância de R\$11.026.167.257,35, conforme "Instrumento Particular de Rerratificação" do contrato, firmado em 25/03/1998 (fls.620/627);



Processo nº. : 10980.003357/2003-68
Acórdão nº. : 101-94.902

r. refere-se à cláusula 4 do instrumento particular firmado com o Bamerindus, que prevê o pagamento, àquele banco, da quantia de R\$ 381.600.000,00, a título de ágio pela aquisição do fundo de comércio e outros ativos relacionados ao negócio adquirido, incluindo, ainda, os negócios de cartão de crédito, de arrendamento mercantil e de seguros, que diz não fazer parte dos ativos e passivos relacionados no Anexo I do contrato e que visa refletir o ajuste entre as partes quanto à mais valia associável aos ativos e do fundo de comércio do banco e suas subsidiárias – clientela, marcas, razão social, logotipos, bem como os lucros futuros que pudessem ser obtidos com o conjunto de todos os ativos em boa operação e contando com a credibilidade e o equilíbrio patrimonial necessários ao bom sucesso das operações bancárias;

s. explica que esse ágio - pago pela aquisição de ativos que estavam à beira de perder o crédito e a confiança de sua clientela, que compunham uma operação bancária extremamente desequilibrada, um negócio fortemente gravado pela presença excessiva de ativos ilíquidos - só se explica em razão dos efeitos da reestruturação, registrados na contabilidade. Não fora a reestruturação estar devidamente provisionada, completa, o ágio a ser pago seria muito pequeno (de aproximadamente R\$ 6 milhões, correspondentes à diferença entre o ágio pago e a provisão para reestruturação);

t. afirma que a classificação contábil está em absoluta consonância com o disposto no art. 180 da Lei nº 6.404, de 1976, e que nem todos acréscimos do ativo ou decréscimos do passivo podem ser considerados receita;

u. diz que, como se depreende da leitura do inciso I do art. 184 da Lei nº 6.404, de 1976, as obrigações, encargos e riscos, conhecidos ou calculáveis, devem ser computados no passivo, sendo que o registro de um risco ou de uma contingência sempre afeta o resultado e, por conseqüência, implica diminuição do patrimônio da entidade. Alerta, porém, que, no caso, quem teve o resultado e o patrimônio diminuídos por esse procedimento foi o Bamerindus, que, inclusive, deu o devido tratamento tributário á despesa de reestruturação, tendo-a considerado não dedutível para efeitos da determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL;

v. lembra que a cláusula 5 do contrato prevê que o Bamerindus concordava que a reestruturação do banco implicaria custo aproximado de R\$ 375.876.000,00 e que, para fazer frente a este custo e mais os custos de natureza trabalhista, estimados em R\$ 56.000.000,00, transferiria ao HSBC ativos aceitáveis no montante de R\$ 431.876.000,00. Acresce que estes ativos fazem parte do Anexo I do contrato, relacionados sob a rubrica Disponibilidades a Aportar, de

Processo nº. : 10980.003357/2003-68
Acórdão nº. : 101-94.902

Imediato, sendo que, portanto, não houve acréscimo patrimonial, uma vez que o total do ativo transferido é igual ao do passivo assumido;

x. argúi que, em sendo que o valor da despesa de reestruturação foi devidamente oferecido à tributação pelo Bamerindus e que a respectiva provisão no passivo foi transferida para o HSBC (tornando-se uma efetiva obrigação), que a registrou em contrapartida não de despesa, mas de ativos também transferidos e que foram utilizados para quitar essa mesma obrigação, há que se considerar totalmente improcedente o lançamento, por consistir em bi-tributação;

y. diz não haver como auferir receitas sem incorrer em despesas, sendo que, no caso, o Fisco deveria ter procedido à recomposição do lucro real da empresa, mediante adição ao lucro líquido da "receita" com a "doação" não contabilizada, bem como ter excluído deste mesmo lucro, a "despesa de reestruturação" registrada em contrapartida à receita;

z. acresce que, caso fosse argumentar que se estaria diante de uma provisão indedutível para efeitos do IRPJ e da CSLL, há que se concordar que as despesas com a constituição de provisões se tornam dedutíveis no momento da utilização do valor provisionado, em virtude de seu efetivo desembolso (ou do estorno da provisão). Assim, teria havido, quando muito, postergação do pagamento do imposto e da contribuição;

aa. argúi que, fosse a pretensão fiscal de tributar eventuais despesas indedutíveis, a tipificação da infração lavrada estaria equivocada, além de que, nesse caso, deveria ter relacionado, à exaustão, quais despesas não poderiam ter sido consideradas dedutíveis, bem como capitular legalmente as disposições legais que cominam essa indedutibilidade;

ab. analisa cada um dos comandos legais capitulados, concluindo pela evidente dissociação entre os fundamentos legais descritos na autuação e a operação que se está analisando;

ac. alega que a diferenciação de tratamento dado às pessoas jurídicas financeiras, que perdurou até o mês de dezembro de 1998, no que diz respeito à previsão de alíquota majorada da CSLL, não obedece aos ditames constitucionais previstos para a categoria das contribuições sociais e viola o princípio basilar da isonomia;

ad. por fim, argúi a ilegalidade e inconstitucionalidade da utilização da taxa Selic como juros moratórios, por ter essa taxa natureza remuneratória do custo do dinheiro, e não *indexatória* do nível da inflação."



Processo nº. : 10980.003357/2003-68
Acórdão nº. : 101-94.902

A fls. 1158 consta despacho aprovado pela Presidente da Primeira Turma de Julgamento da DRJ em Curitiba, determinando o retorno dos autos à repartição de origem para, à luz do disposto no § 3º do artigo 18 do Decreto 70.235, reparar incorreção quanto ao período-base autuado, já que a fiscalizada apurou IRPJ e CSL no ano-calendário de 1997 por período anual, recolhendo estimativa mediante a apresentação de balancetes de suspensão.

Adotada tal providência, surgem os autos de infração de fls. 1165 a 1176, nos quais, além da alteração da data do fato gerador para 31/12/97, exige-se também multa isolada pela falta de recolhimento de estimativas, com fulcro no inciso IV, do § 1º, do artigo 44 da Lei 9.430/96.

Dos novos autos de infração teve ciência a atuada em 16/09/2003.

Reaberto o prazo para nova impugnação, veio ao processo a petição de fls. 1180, cujos argumentos adicionais foram assim resumidos pela decisão recorrida:

"a. diz que, tendo sido lavrados novos autos de infração sem que houvesse, antes, o julgamento das autuações anteriormente lavradas, tem contra si uma duplicidade de lançamentos;

b. acresce que, se entendido o despacho da DRJ/Curitiba, que determinou a lavratura de autos de infração complementares, como julgamento da impugnação apresentada, tal julgamento seria nulo de pleno direito, por não ter preenchido os requisitos legais necessários às decisões de primeira instância, o que levaria à anulação de todos os atos posteriores;

c. salienta que o objetivo do lançamento complementar é apenas retificar o valor do lançamento anteriormente realizado, para agravar a exigência inicial, mantendo, contudo, os mesmos critérios jurídicos utilizados anteriormente, no momento da constituição do crédito tributário, não tendo o condão de anular o lançamento originário, mesmo porque o lançamento regularmente realizado e notificado ao sujeito passivo não pode ser alterado em virtude da equivocada aplicação do direito pela autoridade, sob pena de violação ao princípio da segurança jurídica, que deve nortear as relações jurídicas tributárias;. diz que, uma vez constituído o crédito tributário baseado

Processo nº. : 10980.003357/2003-68
Acórdão nº. : 101-94.902

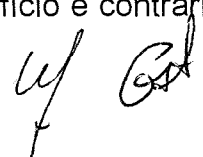
em determinado critério jurídico, à autoridade julgadora cabe, além de determinar a realização de eventuais diligências e perícias, apenas a declaração da total ou parcial improcedência do lançamento, ou da sua procedência. Acresce no sentido de que as únicas hipóteses em que a modificação do lançamento poderá ser realizada de ofício, tal como prescreve o art. 145 do CTN, são aquelas taxativamente relacionadas no art. 149 do mesmo código, que, definitivamente, não se verificam no caso presente;

e. assevera que o equívoco cometido nos autos de infração originários, já reconhecido pelo relator do processo na DRJ/Curitiba, acarreta a insubsistência das autuações lavradas, constituindo, pois, vício insanável e, por isso, tais autuações devem ser consideradas totalmente improcedentes;

f. ressalta que jamais se poderia afirmar que a multa isolada trata de crédito complementar ao anteriormente constituído, isso porque o pressuposto de aplicação da multa de ofício isolada é a existência de adiantamentos mensais, próprios de período de apuração anual. Assim, entende que, uma vez que os autos de infração originários tinham por pressuposto o fato de que a apuração era trimestral, a menos que o lançamento originário fosse retificado, o que é vedado no caso presente, como já expôs, certo é que a multa lançada não pode prevalecer. Isso porque, tratando-se de autos de infração complementares, não pode se sustentar a cobrança de multa isolada lançada com base em critério jurídico diverso daquele utilizado nos autos de infração originários;

g. alega que, na medida em que a autoridade lançadora reconheceu que a tributação deveria se processar pelo lucro real anual, deveria ter considerado todas as despesas incorridas, que não haviam sido computadas anteriormente. Assim, seria imprescindível não só que tivessem sido consideradas as bases de cálculo negativas e prejuízos fiscais apurados em períodos anteriores, mas também todas as despesas e custos referentes às supostas receitas omitidas, que, no curso do mesmo exercício, foram lançadas a débito da contestada provisão para reestruturação;

h. argúi que, na medida em que os recolhimentos efetuados com base na estimativa nada mais são do que uma antecipação do tributo que será devido no encerramento do período-base, a multa isolada, prevista no inciso IV, § 1º, do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, só pode ser exigida antes do término do ano-base. Isso porque, depois de estar ele encerrado, eventuais insuficiências de recolhimento do IRPJ e da CSLL serão punidas mediante a aplicação da multa de ofício prevista nos incisos I e II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, não mais pela exigência da multa isolada. Entende, assim, que a aplicação cumulativa da multa isolada e da multa de ofício é contrária



Processo nº. : 10980.003357/2003-68
Acórdão nº. : 101-94.902

ao que estabelece o art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, por fazer incidir duas multas sobre uma única suposta infração;

i. alega a improcedência da aplicação da multa por infração qualificada, no percentual de 150%, visto que nunca omitiu as operações que deram causa ao lançamento. Antes pelo contrário, elas sempre foram publicadas e foram aprovadas pelo BACEN;

j. faz notar, em relação à aplicação da taxa Selic, que o índice para corrigir os débitos com vencimento em 31 de março de 1998 não é de 106,66%, mas sim de 105,89%;

k. quanto às questões de inconstitucionalidade levantadas, requer que a E. Turma Julgadora determine a aplicação dos princípios constitucionais suscitados, quando do julgamento da impugnação, de modo a contornar a controvérsia gerada, bem como que seja aplicado adequadamente a totalidade do ordenamento jurídico, reconhecendo, com isso, a supremacia da Constituição Federal, o que, em hipótese alguma pode ser afastada, em detrimento da aplicação da legislação que com ela não é compatível;

l. por fim, apenas para demonstrar a lisura quanto ao seu procedimento, aponta equívocos cometidos pela autoridade fiscal, no cálculo da apuração do IRPJ e da CSLL, equívocos esses que entende demonstram que as autuações foram lavradas às pressas, sem maior atenção quanto à determinação das exigências formuladas.”

Sobreveio o Acórdão de fls. 1282, mantendo integralmente os valores lançados, e com a seguinte ementa:

“NULIDADE. MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL.

Falhas formais relacionadas com a ciência das prorrogações do Mandado de Procedimento Fiscal não invalidam o lançamento lavrado por servidor competente e com observância dos pressupostos legais.

DECADÊNCIA. DOLO FRAUDE OU SIMULAÇÃO.

Nos lançamentos por homologação, a contagem do prazo decadencial, de cinco anos, a partir da ocorrência do fato gerador, não se aplica aos casos de dolo, fraude ou simulação.

DECADÊNCIA. CSLL.

Em relação à CSLL, o prazo de decadência é de 10 (dez) anos.

DOAÇÃO. INCIDÊNCIA.



12



Processo nº. : 10980.003357/2003-68
Acórdão nº. : 101-94.902

Os ingressos não decorrentes das atividades operacionais que aumentam o patrimônio líquido da pessoa jurídica representam doações, tributáveis pelo IRPJ, se não provenientes do Poder Público e registradas como reserva de capital.

DECORRÊNCIA.

Pela relação de causa e efeito, aplica-se ao lançamento decorrente o que tiver sido decidido em relação ao lançamento principal.

CONCOMITÂNCIA DE MULTA ISOLADA COM MULTA ACOMPANHADA DO TRIBUTO.

A multa de ofício aplicada isoladamente sobre o valor do imposto apurado por estimativa, no curso do ano calendário, que deixou de ser recolhido, é aplicável concomitantemente com a multa de ofício calculada sobre o imposto devido com base no lucro real anual igualmente não recolhido, em face de se tratar de infrações distintas.

INCONSTITUCIONALIDADE.

Falece competência à autoridade julgadora de instância administrativa para a apreciação de aspectos relacionados com a constitucionalidade ou legalidade das normas tributárias, tarefa privativa do Poder Judiciário.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

Incidem juros de mora equivalentes à taxa Selic, em relação aos débitos de tributos e contribuições federais.

MULTA DE OFÍCIO. INFRAÇÃO QUALIFICADA.

Caracterizado o evidente intuito de fraude, impõe-se a multa de 150%, por infração qualificada.”

Como visto, a colenda Primeira Turma de Julgamento da DRJ em Curitiba rejeitou todas as preliminares argüidas pela autuada, notadamente a decadência, afirmando que no caso de dolo, fraude ou simulação a contagem só se dá a partir do primeiro dia útil seguinte ao que for possível o lançamento, no caso, 01/01/2003, por ser este subsequente ao início da fiscalização. Aditou que para a CSL o prazo é de 10 anos, conforme artigo 45 da Lei 8.212/91.

Mais ainda, rechaçou os argumentos de mérito, fundamentando raciocínio de que o valor autuado não representava uma provisão, mais sim um incremento de patrimônio líquido, pois sua contrapartida foi diretamente em ativo, e não a despesas.



Processo nº. : 10980.003357/2003-68
Acórdão nº. : 101-94.902

Afirmou que o ágio pago não poderia ser compensado com o ganho pelo passivo inexistente, pois o valor da mais valia constava expressamente do contrato de aquisição, devendo sempre suplantar o equilíbrio inicial previsto para ativos e passivos.

Com peremptoriedade, destacou que a conduta da interessada amolda-se perfeitamente à hipótese da multa qualificada, pois “deliberadamente, para esconder a ocorrência do fato gerador do IRPJ e da CSL, registrou, no passivo, uma obrigação inexistente, em vez de contabilizar o recebimento de receita correspondente.”

Novamente irressignada, interpôs a recorrente o seu apelo voluntário em 16/01/04, fls. 1316, com as mesmas alegações apresentadas ao longo do processo, nas duas oportunidades de defesa que até então já tivera.

Outrossim, fez juntar aos autos Parecer Técnico do Professor Eliseu Martins, favorável ao seu pleito.

Há arrolamento.

É o Relatório.



Processo nº. : 10980.003357/2003-68
Acórdão nº. : 101-94.902

VOTO

Conselheiro MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JÚNIOR, Relator

O recurso é tempestivo, preenchendo também os demais requisitos de admissibilidade. Dele conheço.

Em que pese o vultoso crédito tributário em litígio neste processo, a matéria cinge-se a se definir a natureza da “provisão para reestruturação” constante do balanço do Banco Bamerindus, utilizado na definição de ativos que seriam adquiridos pela recorrente e correlatos passivos que seriam assumidos.

Conforme já relatado, afirmou-se na decisão recorrida, corroborando entendimento da fiscalização, que a contribuinte, “deliberadamente, para esconder a ocorrência do fato gerador do IRPJ e da CSL, registrou, no passivo, uma obrigação inexistente, em vez de contabilizar o recebimento de receita correspondente.”

Entendo indevida a exigência.

Vale deste já destacar que o Instrumento Particular de Contrato de Compra e Venda de Ativos, Assunção de Direitos e Obrigações e Outras Avenças, foi assinado pelo interventor do Banco Bamerindus do Brasil S.A., na forma da Lei 6.024/74.

A Lei 6.024/74 dispõe sobre a intervenção e liquidação das instituições financeiras. Consta em seu artigo 5º:

“Art . 5º A intervenção será executada por interventor nomeado pelo Banco Central do Brasil, com plenos poderes de gestão.

Parágrafo único. Dependerão de prévia e expressa autorização do Banco Central do Brasil os atos do interventor que impliquem em



Processo nº. : 10980.003357/2003-68
Acórdão nº. : 101-94.902

disposição ou oneração do patrimônio da sociedade, admissão e demissão de pessoal.”

Isso significa que a operação como um todo, especificamente o instrumento contratual que a formalizou, teve expressa aprovação do Banco Central, tendo firmado o compromisso pessoa diretamente indicada por aquele órgão.

Confirmando o que já se disse, nos considerandos do contrato afirma-se que “o Banco Central, nos termos do artigo 7^a, da Lei 9.447, de 14 de março de 1997, autorizou o Banco Bamerindus e as Intervenientes, representados pelos seus interventores, a celebrarem o presente contrato.” A autorização dada pela Diretoria do Banco Central foi confirmada pelo Conselho Monetário Nacional em ato próprio.

Além disso, na cláusula 2.1 do contrato consta o seguinte:

“2.1 – Pelo presente Contrato, o Banco Bamerindus vende, transfere e cede ao Banco HSBC, e o Banco HSBC adquire e recebe do Banco Bamerindus, os ativos listados sumariamente por categoria no Anexo I deste Contrato, correspondentes à quantia total de R\$10.342.000.000,00 (dez bilhões, trezentos e quarenta e dois milhões de reais) assim como os passivos do Banco Bamerindus listados sumariamente por categoria no Anexo II deste Contrato, na quantia total de R\$10.342.000.000 (...), ativos e passivos estes determinados de acordo com o balanço patrimonial na cláusula 2.4.”

Independentemente de modificações posteriores dos valores constantes desta cláusula, irrelevantes para a solução do presente litígio, fato é que o montante de ativos recebidos deveria ser equivalente aos passivos assumidos, de acordo com o balanço aprovado por ambas as partes.

Nesse mesmo diapasão surgiu a cláusula 5, que assim determinava:

“5.1 O Banco Antigo concorda que, para o equilíbrio operacional das suas atividades bancárias, faz-se necessária a reestruturação das mesmas o que implicará um custo aproximado de R\$ 375.876.000,00 (trezentos e setenta e cinco milhões, oitocentos e setenta e seis reais). Para tanto, o Banco Bamerindus constitui uma provisão no

Processo nº. : 10980.003357/2003-68
Acórdão nº. : 101-94.902

referido valor, já descrita no Anexo II, a qual será assumida pelo Banco HSBC juntamente com a provisão de natureza trabalhista, também descrita no Anexo II, no montante total de R\$ 56.000.000,00 (cinquenta e seis milhões de reais).

5.12 Em contrapartida à assunção mencionada na Cláusula 5.1, o Banco Bamerindus transferirá ao Banco HSBC fundos ou, a critério do Banco HSBC, ativos aceitáveis pelo Banco HSBC no montante total de R\$ 431.876.000,00 (quatrocentos e trinta e um milhões, oitocentos e setenta e seis reais)”

Os valores de fundos e ativos citados na cláusula 5.2. já estavam inclusos no Anexo I, como também as provisões para reestruturação e para débitos trabalhistas já constavam do Anexo II, tudo conforme a supradestacada cláusula 2.1.

A tese do fisco de que a obrigação assumida pela recorrente, para a reestruturação do Banco Bamerindus, não possuía conteúdo econômico, só poderia ser aceita se provado evidente conluio e prevaricação das autoridades envolvidas no processo, que teriam então participado da criação artificial de tal obrigação, apenas e tão-somente para mascarar a transferência de ativos, a título aparentemente gratuito, para o Banco adquirente.

Ora, afirmar que somente a recorrente tenha agido de forma dolosa e fraudulenta, ao manter em seus registros contábeis a obrigação constituída em balanço aprovado por interventor do Banco Central, que assinou o contrato respectivo, que foi para tanto autorizado e fiscalizado pelo próprio Banco Central e pelo Conselho Monetário Nacional, é meramente inverossímil e insustentável, sem comprovação de conluio.

A tese fiscal de fraude teria que passar, necessariamente, por algo muito maior, a envolver todos os participantes dos atos que, expressamente, impunham à recorrente a obrigação de reestruturar o Banco Bamerindus.

Sem isso não há qualquer elemento seguro de fraude, fato que por si só já tornaria decadente o lançamento do imposto sobre a renda. E isso para,

Processo nº. : 10980.003357/2003-68
Acórdão nº. : 101-94.902

inclusive, o primeiro auto de infração lavrado, por força do disposto no artigo 150, § 4º do CTN.

Mas a verdade é que, contratualmente, foi avençada a obrigação, que a despeito de ser imprecisa quanto aos atos que ensejariam a reestruturação, tinha força entre as partes, impondo ao adquirente o dever jurídico de envidar esforços e recursos na consecução deste propósito.


Contabilmente não haveria qualquer questionamento quanto à natureza e à eficácia da provisão no Banco Bamerindus, inclusive porque a mesma foi determinada pelo próprio interventor, bem como adicionada para fins de apuração do lucro real. Por que então questioná-la na assunção da obrigação pelo adquirente?

O desrespeito a essa obrigação, pela falta de reestruturação efetiva, não representaria um ganho para a recorrente, como entendeu a fiscalização, mas sim uma quebra contratual, que permitiria, eventualmente, reparações ou indenizações mediante pleito de um dos sujeitos contratantes, ou da autoridade que fiscalizou e aprovou a operação, dada a complexidade do contrato assumido pela partes e a expressa intervenção do Banco Central.

Sendo assim, mesmo que se concluísse ter ocorrido descumprimento – e isso só se daria em tempo posterior à assinatura do contrato –, a obrigação manter-se-ia incólume, cabendo a quem de direito exigir o seu cumprimento, ou a devida indenização. Ganho é que não era, pois não houve qualquer perdão ou liberação da mesma. Isto é, a questão é contratual, e não fiscal.

Merece destaque o fato de que os lançamentos que eliminaram a provisão não tiveram qualquer impacto no resultado tributável da recorrente, por não terem transitado por contas de resultado.

Mais há ainda a questão econômica da sobrevalia, denominado de ágio, pago em montante pouco superior ao da provisão constituída.



Processo nº. : 10980.003357/2003-68
Acórdão nº. : 101-94.902

Economicamente, fosse acolhida a pretensão da fiscalização em considerar um recebimento de ativos superior aos passivos, o resultado final seria uma redução da sobrevalia paga, tão-somente. Qualquer efeito fiscal teria então que ser analisado à luz das amortizações deste custo de aquisição, glosando-se eventual excesso.

Nessa hipótese da possibilidade, ora tratada apenas para fins de argumentação adicional, o que se poderia aventar é um pagamento a menor do ágio contratado. Assim, novamente a questão volta a ser contratual, devendo o contratante que se sentir lesado buscar o ressarcimento ou o pagamento devido, muito embora facilmente se antecipe a dificuldade que teria este último em afirmar inexistente uma provisão que ele mesmo constituiu e expressamente consignou no instrumento contratual.

Por estes motivos, considero insubsistente a exigência formulada nestes autos. Deixo de apreciar as preliminares em função do provimento de mérito alcançado.

Ex positis, voto pelo provimento do recurso.

Sala das Sessões - DF, em 18 de março de 2005


MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JÚNIOR 