



IA.
MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº. : 11080.011679/2003-97
Recurso nº. : 140.925 – VULUNTÁRIO
Matéria : IRPJ e OUTROS - Exercício de 2000
Recorrente : BANCO SANTANDER MERIDIONAL S. A..
Recorrida : DRJ EM PORTO ALEGRE – RS - 1ª TURMA
Sessão de : 11 de agosto de 2004
Acórdão nº. : 101-94.651

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. ATO ADMINISTRATIVO DE LANÇAMENTO. NULIDADE. PRONÚNCIA. “*Ex vi*” do disposto no § 3º, do artigo 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, introduzido pelo artigo 1º da Lei nº 8.748, de 1993, quando, no mérito, a decisão puder ser favorável ao sujeito passivo na relação jurídica tributária, a quem aproveita a declaração de nulidade do feito, o Colegiado não a pronunciará.

I.R.P.J. – DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS. – VALOR NOTORIAMENTE INFERIOR AO DE MERCADO. – A operação que tenha por objeto a alienação bem ou direito, traduz-se como pressuposto para indicar se se trata de valor notoriamente inferior ao de mercado. No caso de ações, o valor de mercado, em princípio, se obtém pelas operações realizadas em Bolsa de Valores, e deve corresponder ao valor pelo qual o título restou negociado à época em que a operação foi realizada. A hipótese de incidência não se concretiza se o fisco deixar de comprovar que existiu o elemento tipificador indicado na regra jurídica invocada.

REATIVAÇÃO DE CRÉDITOS ANTERIORMENTE BAIXADOS. A reativação de créditos anteriormente levados à conta de resultado, uma vez adicionado o seu montante ao lucro líquido, para efeito de determinar o lucro real, não traduz qualquer consequência de natureza fiscal. A eventual recuperação de parte desse crédito (anteriormente reativado), vez que transitado por conta de resultado, não implica sua sujeição à incidência do tributo. Por outro lado, os créditos não recuperados podem ser apropriados como perda efetiva.

Recurso conhecido e provido.

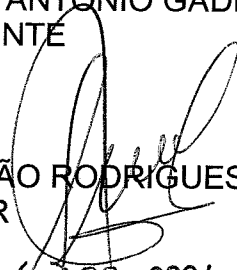
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por BANCO SANTANDER MERIDIONAL S. A..

Processo nº. :11080.011679/2003-97
Acórdão nº. :101-94.651

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 ANTONIO GADELHA DIAS
PRESIDENTE



SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL
RELATOR

FORMALIZADO EM: 16 AGO 2004

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros VALMIR SANDRI, PAULO ROBERTO CORTEZ, SANDRA MARIA FARONI, CAIO MARCOS CÂNDIDO, ORLANDO JOSÉ GONÇALVES BUENO e MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JUNIOR.

Processo nº. :11080.011679/2003-97
Acórdão nº. :101-94.651

Recurso nº. : 140.925 – VULUNTÁRIO
Recorrente : BANCO SANTANDER MERIDIONAL S. A..

RELATÓRIO

BANCO SANTANDER MERIDIONAL S. A., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ - MF sob nº 90.400.888/0001-42, não se conformando com a decisão que lhe foi desfavorável, proferida pela Colenda Primeira Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Porto Alegre - RS que, apreciando impugnação tempestivamente apresentada manteve a exigência do crédito tributário formalizado através dos Autos de Infração de fls. 4.208/4.212 (IRPJ), 4.215/4.218 (PIS), 4.222/4.225 (COFINS) e 4.228/4.232 (CSLL), recorre a este Conselho na pretensão de reforma da mencionada decisão de primeira Instância Administrativa.

O "Relatório de Ação Fiscal" de fls. 4.248/4.351, descreve as irregularidades apuradas pela Fiscalização, e é composto de 8 itens e subitens, cabendo aqui transcrever, no mínimo, os trechos:

"1.1 Escopo da Ação fiscal

Os trabalhos desta fiscalização centraram-se basicamente na análise de operações a seguir mencionadas:

- a) alienação de participação acionária, mantida pelo Banco Santander Meridional S/A na empresa EMBRAER – Empresa Brasileira de Aeronáutica S/A, (...), para a CIA BOZANO, (...), em 01/10/1999, época em que a Cia Bozano era acionista do Banco Santander Meridional S/A;
- b) reativação de créditos, ocorrida em 1997, e a respectiva cessão, cobrança ou baixa (com perda) desses créditos, ocorridas em 1999.

1.3 Apresentação resumida do resultado da ação fiscal

Como resultado, esta ação fiscal verificou as seguintes irregularidades:

- a) **DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS (DDL), QUANDO DA ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA (AÇÕES DA EMPRESA EMBRAER) EFETUADA PELO CONTRIBUINTE FISCALIZADO A SEU ACIONISTA.**

Esta fiscalização analisou a operação que resultou na alienação de participação societária como um todo:

Processo nº. :11080.011679/2003-97
Acórdão nº. :101-94.651

- tanto os valores consignados nos contratos de compra e venda (inferiores ao valor de mercado);
- quanto o recebimento de sua 1ª parcela mediante entrega de ativos (ações e quotas de empresas) avaliados por seu valor contábil, que era superior ao efetivo valor das empresas.

Desta forma, a Distribuição Disfarçada de Lucros pode ser demonstrada conforme apresentado a seguir:

.....
b) REDUÇÃO INDEVIDA DO LUCRO REAL DO ANO-CALENDÁRIO DE 1999 POR CONTA DO REGISTRO (EM 1997) DE "REATIVAÇÃO DE CRÉDITOS" (SEM A RESPECTIVA COMPOSIÇÃO DE DÍVIDA).

Esta redução indevida do lucro real do ano-calendário de 1999 se deu nos seguintes termos:

- cessão e recebimento de parte dos valores, anteriormente "reativados", sem o correspondente aumento do lucro real do ano-calendário de 1999;
- baixa de parte dos valores anteriormente "reativados" com indevida redução do lucro real do ano-calendário de 1999.

A tabela a seguir demonstra os valores da redução indevida do Lucro Real, ocorrida no ano de 1999, por tipo de transação efetuada com os créditos indevidamente "reativados" em 1997."

Inaugurada a fase litigiosa do procedimento, o que ocorreu com a protocolização da peça impugnativa de fls. 4.368/4.487, foi proferida decisão em primeiro grau, conforme faz certo o Acórdão DRJ/POA Nº 3.620, de fls. 4.522 a 4.563, cuja ementa tem esta redação:

"Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL
Ano-calendário: 1999

Ementa: IRPJ E REFLEXOS. DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS (DDL). A alienação de ações por valor notoriamente inferior ao de mercado caracteriza distribuição disfarçada de lucros.

DDL. ALIENAÇÃO DE BENS. A diferença entre o valor de mercado e o de alienação deve ser adicionada ao lucro líquido do período de apuração, tomando-se como valor de alienação aquele que efetivamente ocorreu no mundo dos fatos.

Processo nº. :11080.011679/2003-97
Acórdão nº. :101-94.651

DDL. ALIENAÇÃO DE BENS. O recebimento de bens, a título de dação em pagamento, não configura operação de aquisição (nos termos do art. 464, II, do RIR/99), mas mero adimplemento do preço.

IRPJ. DECADÊNCIA. Não há decadência se o lançamento foi realizado antes de decorridos cinco anos contados da ocorrência do fato gerador.

MULTA QUALIFICADA. Havendo a subsunção dos fatos ao conceito de fraude contido no art. 72 da Lei nº 4502/1964, deve ser aplicada a multa qualificada.

RESPONSABILIDADE. MULTA. SUCESSÃO. A alteração do quadro societário não caracteriza sucessão. Improcedente, pois, a dispensa da multa com fundamento no art. 133 do CTN.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. Os órgãos administrativos não podem negar aplicação a normas regularmente emanadas do Poder competente, que gozam de presunção natural de constitucionalidade.

Lançamento Procedente.”

Cientificada dessa decisão em 03 de maio de 2004 (fls. 4.566) e com ela não se conformando, no dia 28 seguinte a contribuinte fez protocolizar recurso endereçado a este Conselho (fls. 4.572/4.692) onde, em síntese, sustenta:

- i) o fato que deu origem à revisão do lançamento constituiu na reativação, em dezembro de 1997, dos créditos baixados como prejuízos em exercícios anteriores, com a conseqüente constituição de Provisão para Créditos de Liquidação Duvidosa, no mesmo montante, o que supostamente teria ocorrido com inobservância do regime de competência, tendo a fiscalização afirmado ainda que “... não foi verificada irregularidade relativa ao tratamento fiscal da constituição da PCLD”;
- ii) irregular teria sido a operação de reativação dos créditos, em 1997, sem a devida fundamentação, conjugada com os efeitos fiscais da utilização desses créditos em 1999;
- iii) conquanto tenha afirmado a fiscalização que a operação de reativação dos créditos produziu efeitos fiscais no ano de 1999, a peça básica reconhece, expressamente, que o lançamento contábil supostamente irregular, foi aquele realizado no ano de 1997, com inobservância do regime de competência e, o que se apresenta mais curioso, “elevando indevidamente o lucro real deste exercício (1997)”, conforme se constata às folhas 96 do auto de infração;
- iv) por mais que a decisão recorrida tenha tentado justificar o lançamento tributário, ao argumento de que os fatos ocorreram no ano de 1999, e

que a reativação dos créditos não é susceptível de gerar a eficácia reclamada pela empresa, é incontroverso que o suposto ilícito que serve de fundamento para o lançamento, ocorreu no ano de 1997, cabendo aqui lembrar que a própria fiscalização afirma não haver verificado irregularidade na constituição da PCLD, em 1997, com reflexo na área fiscal;

- v) a afirmação genérica de que os fatos teriam ocorrido no ano de 1999, é insustentável, seja qual for o ângulo sob o qual se enfoque a questão, vez que nem mesmo a fiscalização ousou afirmar ter ocorrido qualquer "fato gerador" em 1999, o que de resto seria absolutamente impossível, visto que em 1999 ocorreu tão somente a reversão da provisão constituída em 1997, além da baixa da parcela dos créditos anteriormente reativados que a recorrente não conseguiu recuperar, sendo certo que nem uma nem outra hipótese constituem fato gerador do imposto de renda;
- vi) nem se diga que a recorrente deixara de reconhecer as receitas dos créditos recuperados no ano de 1999, pois, como sustentado na fase impugnativa, e reconhecido pela fiscalização, essas receitas já haviam sido oferecidas à tributação, em 1997, do que resulta inquestionável que o fato gerador ocorreu naquele ano (1997), no exato momento em que as referidas receitas foram contabilizadas, e não no ano de 1999, como sustentado na decisão recorrida;
- vii) os "efeitos fiscais" e o "fato gerador" do imposto de renda são conceitos absolutamente inconfundíveis, sendo certo que o que determina o termo de início da contagem do prazo decadencial, segundo o CTN, é a data da ocorrência do fato gerador, e não aquela na qual se vislumbram os "efeitos fiscais".
- viii) Quando o "fato gerador" realmente ocorreu no ano de 1997, o fisco nada disse a respeito, vindo a pronunciar-se apenas no encerramento do ano 3.000;
- ix) o direito de a Administração Pública verificar lançamentos contábeis referentes a períodos já alcançados pela decadência, não significa em absoluto que esta possa revê-los de ofício indefinidamente, pois se do contrário implicaria admitir que a decadência jamais se operaria, uma vez que o resultado de terminado exercício está sempre relacionados com os lançamentos feitos em exercícios anteriores, numa relação de causa e efeito que se levada ao extremo, permitiria a revisão de ofício do exercício no qual a empresa foi constituída dezena de anos depois;
- x) resulta evidente e inquestionável que já se encontra fulminado pela decadência o direito potestativo de a Administração rever o lançamento referente a este exercício (1997), tendo se operado, também, a preclusão processual interna em seu favor, acarretando, por conseguinte, a irreversibilidade ou imutabilidade das situações jurídicas já definitivamente constituídas no passado;
- xi) conquanto a decisão recorrida afirme ser indiferente a ordem segundo a qual a revisão do lançamento foi efetuada, o fato concreto é que a fiscalização optou por efetuar o lançamento relativo à suposta DDL no ano de 1999, para depois rever a reativação dos créditos ocorrida em



Processo nº. :11080.011679/2003-97

Acórdão nº. :101-94.651

- 1997, resultando desta inversão cronológica agravamento da situação da recorrente, conforme comprovado nos presentes autos;
- xii) desde já requer a recorrente seja acolhida a preliminar de decadência aqui suscitada, seja desconstituído o lançamento referente à reativação de créditos e, em decorrência, sejam refeitos os cálculos contidos no auto de infração, para que na remota hipótese de o lançamento via a ser julgado procedente, relativamente à DDL, sejam levados em conta os saldos dos prejuízos fiscais e de base negativa da CSLL, existentes;
 - xiii) interessante e curioso verificar o elevado grau de desapego da DRJ em Porto Alegre ao princípio da imparcialidade do julgador e à missão institucional dos órgãos judicantes da Administração Pública, que é, primordialmente, a realização do ideal de justiça e preservação da ordem jurídica como um todo;
 - xiv) em vez de se limitar a julgar a controvérsia que lhe foi submetida, resolveu inovar no critério jurídico que permeou a revisão do lançamento original, qual seja, a suposta inobservância do regime de competência, ao declarar textualmente “apesar de concordar com as conclusões da fiscalização em relação às infrações tipificadas, ratifico minha discordância em relação a um tópico em particular: entendo inaplicável na espécie a hipótese de inexatidão quanto ao período de apuração, previsto no art. 6º, parágrafo 5º, do Decreto-lei nº 1.598/77, conforme já comentado no item anterior.”;
 - xv) mas foi justamente a suposta inobservância do regime de competência que serviu de critério jurídico para o lançamento de ofício, como pode ser facilmente comprovado fls. 89 da peça básica;
 - xvi) se o critério jurídico utilizado no lançamento foi, inquestionavelmente, o de que a alegada escrituração de receita fora se seu período de competência é que acabou produzindo os efeitos fiscais no ano de 1999, e se a decisão recorrida acolheu os argumentos expendidos na impugnação, deveria ter cancelado o lançamento por absoluta falta de suporte lógico ou jurídico, mas jamais tê-lo mantido sob outro fundamento;

No mérito, face à excelente síntese produzida pelo Ilustre Relator do Acórdão recorrido, peço vênha para aqui fazer reproduzir o conteúdo de fls. 4.529 a 4.535:

“IV. Da suposta distribuição disfarçada de lucros

.....
1) Do “instrumento particular de outorga de opção de compra

Afirma que a fiscalização declarou, ela própria, a nulidade do instrumento particular de outorga de opção de compra, à mínima de qualquer dispositivo legal (fl. 4405). Assim, reclama que o caso os fiscais tivessem qualquer dúvida acerca da autenticidade do documento, deveriam tê-la suscitado desde logo, proporcionando à contribuinte a oportunidade de defender-se (fl. 4.409). A inobservância do direito de defesa em qualquer fase do procedimento é causa de nulidade (fl. 4411).

Entende que os fundamentos utilizados pela fiscalização para desconsiderar o contrato em questão são insubsistentes, a saber:

- a) Não há qualquer prova de que o instrumento particular de outorga de opção de compra tenha sido pós-datado (fl. 4411).
- b) O registro do documento não é requisito essencial para a validade dos instrumentos particulares, mas quando muito, obsta que este faça, por si só, prova completa da obrigação (fl. 4408).
- c) Os livros contábeis fazem prova dos direitos e obrigações nele espelhados. Não há falsidade alguma nos registros contábeis (...), podendo haver, no máximo, mera inexatidão contábil (fl. 4411). A fiscalização desqualificou por vias oblíquas a escrita fiscal da empresa, sem ter feito prova de que estes não mereciam fé (fl. 4480).
- d) "(...) o que as partes convencionaram no dia 05.08.1999 foi, na verdade, o direito ao exercício de uma opção e não a opção propriamente dita, razão pela qual o recebimento do prêmio de R\$ 20.000.000,00 convencionado na data de celebração do contrato, foi reconhecido apenas em 16.09.1999, data em que ocorreu de forma simultânea o exercício do direito à opção e o pagamento do prêmio" (fl. 4412).
- e) "(...) essencial para aferir a adequação do preço pelo qual as ações foram transacionadas não é saber quem data nasce o direito outorgante de receber o prêmio correspondente, mas sim em que data nasce sua obrigação de, em desejando a outra parte, formalizar o contrato de opção e alienar as ações respectivas" (fl. 4412).
- f) O valor do prêmio não era dedutível do preço de aquisição, (...) demonstrando, pois, não se tratar de qualquer liberalidade" (fl. 4413).
- g) O pagamento do prêmio era condição para celebração do negócio, de modo que o efeito de proteção contra riscos a que alude a fiscalização seria alcançado do mesmo modo (...) (fl. 4413).
- h) A Cia. Bozano registrou em sua contabilidade – em 05.08.1999 – uma provisão para o pagamento do prêmio devido ao Impugnante no balancete deste mês, o que foi omitido pela fiscalização no Termo de Ação Fiscal (fl. 4413).
- i) "A Impugnante não reconheceu o resultado de equivalência patrimonial no período compreendido entre a data de aquisição das ações da EMBRAER e sua posterior alienação à Cia. Bozano, uma vez que desde 05.08.1999 havia o compromisso de vende-las (...)" (fl. 4414).

- j) A contribuinte não estava sujeita a qualquer espécie de obrigação de divulgação pública do instrumento de opção:
-
- k) A publicação providenciada pela Bozano, Simonsen Leasing deve-se unicamente ao fato de ditas ações terem sido adquiridas de empresa autorizada a ser constituída sob a forma prevista no Regulamento ANEXO IV à Resolução 1.298/87, instituída pela Resolução 1.832/91 e Instrução CVM nº 169/93, não guardando qualquer relação com a suposta transferência de controle. Tal publicação se deve ao fato da vendedora ser investidor institucional estrangeiro (fl. 4420).
- l) Quanto ao fato de a contribuinte não constar nos registros do agente escriturário nos meses de agosto e setembro de 1999, a própria EMBRAER reconhece que tais registros por vezes não são atualizados (fl. 4420).
- m)
- n) O presidente do Conselho de Administração da EMBRER à época dos fatos informou à fiscalização ter sido cientificado da existência do instrumento de opção de compra. A fiscalização afirmou que não houve qualquer referência à data em que teria ocorrido tal ciência. Ocorre, todavia, que a fiscalização jamais questionou objetivamente sobre a matéria, não sendo lícito "reconstruir a história de trás para frente" (fl. 4422).
- o) A fiscalização afirma que o acordo de acionistas não tem o condão de eximir os acionistas das obrigações instituídas em lei ou legislação a eles aplicada. Contudo, o acordo vincula, sim, não só as partes, mas também a companhia e terceiros, conforme artigo 118 da Lei nº 6.404-76 (fl. 4422).

2) Do valor de mercado das ações da EMBRAER

Os argumentos principais são os seguintes:

- a) O fundamento da autuação é o artigo 464, I, do RIR-99, e não o 464, II, não havendo qualquer possibilidade lógica de se conjugar estes dois dispositivos (fl. 4426). Assim, não encontra respaldo legal o procedimento fiscal que adiciona "por vias transversas, o suposto valor a maior embutido nos ativos recebidos em pagamento à base de cálculo do imposto de renda e contribuição social sobre o lucro" (fl. 4427). "A sanção prevista no RIR/99 para a hipótese de aquisição de bem por valor superior ao de mercado é a indedutibilidade da diferença a maior no momento da

posterior alienação e não a readição ao lucro líquido (...)" (fl. 4481).

- b) "Quem não conhecer os documentos e vier a ler o Termo de Ação Fiscal pensará – como convém à D. Fiscalização – que os auditores independentes referidos não concordavam com o ágio contabilizado ou, quando menos, se esquivaram de emitir qualquer opinião a seu respeito, o que não confere com a verdade. O relatório da auditoria Deloitte, Touche e Tonhmatsu teve por objetivo apenas analisar as demonstrações financeiras com o objetivo de distribuição de dividendos, não cabendo qualquer análise ou manifestação acerca do ágio. Já os auditores independentes Boucinhas & Campos não opinaram sobre o ágio porque o objetivo da auditoria era simplesmente o de verificar se as demonstrações contábeis da Varejo S. A., em 31.08.1999, estavam de acordo com as práticas emanadas da legislação societária. (fls. 4428/4429).
- c) O fato de os responsáveis pelos laudos de avaliação que ensejaram o cômputo do ágio receberem rendimentos do trabalho assalariado de empresas do Grupo BOZANO em nada compromete a independência e competência técnica dessas pessoas. Os auditores independentes que conferiram esses dados não fizeram qualquer ressalva (fl. 4431).
- d) Quanto à ausência de datas, não é usual colocar-se data exata nestes documentos, já que o que importa é o mês de referência a partir do qual serão feitas as projeções.
- e) A fiscalização revela pouca ou nenhuma familiaridade com estudos de viabilidade econômica quando afirma que não há informações que permitam verificar a data da elaboração do relatório denominado "Executive Summary" (fl. 4431). Os laudos em questão tratam de projeções para o futuro que, obviamente, são feitas com base em períodos anuais que têm seu início a contar da implementação do projeto (fl. 4431). Trabalha-se, portanto com períodos anuais (ano 1, ano 2, ano 3, etc.) a contar da data início das operações, não sendo sequer possíveis definir data, já que estes períodos anuais dependem do marco inicial do negócio (fl. 4431).
- f) "(...) não se pode avaliar qualquer empresa com base em seus primeiros períodos de operação, nos quais estão sendo feitos os investimentos e ainda não se auferiu qualquer retorno das inversões realizadas, sendo certo que a fundamentação do ágio sempre foi a perspectiva de rentabilidade futura e não os lucros passados" (fl. 4432).

- g) A fiscalização mistura conceitos de valor contábil da empresa com sua avaliação financeira, sendo evidente que o que deve ser registrado na contabilidade é o valor de investimento (fl. 4432).
- h) A fiscalização desconsiderou a informação de que com a venda de controle das empresas financeiras do Grupo Bozano, não fazia mais sentido a manutenção do ágio (fl. 4432 e fl. 4482).
- i) A fiscalização pretende opinar acerca dos critérios utilizados por terceiro (Varejo S. A.) para questionar o valor do ágio contido nos ativos objeto de dação em pagamento ao impugnante sem qualquer base legal. O normativo no qual a fiscalização fundamenta sua pretensão já havia sido revogado parcialmente no ano de 1998. Além disso, a Varejo S. A. é sociedade anônima de capital fechado, não estando submetida às normas da Comissão de valores Mobiliários (fl. 4434).
- j) Não seria necessário sequer laudo de avaliação de empresas ou profissional especializado, sendo suficiente o arquivamento da demonstração a que alude o parágrafo 3º do art. 385 do RIR99 (fl. 4435).
- k) “A fiscalização ignorou que parcela considerável do ágio já estava contabilizado em empresas das quais o Banco Meridional participava e que venderam suas participações na Tradecash Administração e Tradecash Factoring para a Varejo, tendo a Impugnante recebido as ações objeto de dação em pagamento com ágio que preexistia à operação de alienação de ações da EMBRAER”. Isto é o Banco Meridional apenas recebeu de volta ativos contendo ágio que, em momento anterior, já haviam sido reconhecidos como legítimos por ele próprio (fl. 4436).
- l) “(...) o Impugnante demonstrou que 82% dos ágios referem-se à aquisições de quotas e de direito irrevocáveis à conversão em capital, que absolutamente não se confundem com subscrição, que se limitaram a 12% da totalidade das operações questionadas”. (fl. 4436).
- m) O cálculo do ágio sobre AFAC's em nada fere a legislação de regência, de vez que continham cláusula expressa no sentido de serem enexigíveis (fl. 4436).
- n) “No que se refere ao fato de o Impugnante haver vendido a participação na Varejo por valor inferior ao de aquisição em 28.06.2000, (...), é de se notar que foi convenientemente omitida a circunstância de tal alienação se ter passado após a venda do controle do Impugnante para o Grupo Santander em 18.01.2000, decorrendo de ato de vontade do novo

controlador que, por razões que só a ele dizem respeito" (fl. 4437).

3) Da existência de prejuízos acumulados

Alega, à fl. 4439: "Se o Impugnante apresenta prejuízos no exercício e não lucros, como pressupõe a norma em causa, nota-se claramente que a proclamada DDL seria, evidentemente, irrealizável na prática em que razão da inexistência de suporte fático para incidência da hipótese normativa correspondente".

V. Do lançamento relativo à reativação de créditos ocorrida em 1997 com a conseqüente redução do lucro real em 1999

As teses são as seguintes:

- a) "A contabilização em desobediência ao regime de competência somente tem relevância para fins tributários quando houver antecipação de despesa, ou, alternativamente, postergação de receita, mas jamais na hipótese inversa (...)" (fl. 4438 e 4446).
- b) A revisão de ofício do lançamento foi realizada de forma invertida, considerando em primeiro lugar a operação de venda de ações da EMBRAER (1999) e depois a reativação ocorrida dois anos antes (1997), inexistindo, pois, o alardeado efeito fiscal no ano objeto de revisão do lançamento (fl. 4381).
- c) A Resolução 1748/90 e a Resolução 2682/99 do CMN dizem respeito a contabilização de renovação de operações de crédito, e nada mencionam sobre procedimentos de reativação de créditos. A autuada não renegociou coisa alguma; não houve composição de dívida.
- d) O artigo 11 da Resolução 1748/90 determina que "poderão", e não "deverão", ser debitados à provisão os créditos que obedeçam a certas condições. Como a baixa dos créditos era facultativa, e não obrigatória, facultado também à nova administração restabelecer os créditos lançados contra provisão pela gestão anterior (fl. 4442).
- e) A política contábil que a nova administração adotava na época era a de debitar os créditos vencidos em conta de provisão sempre que, realmente, as tentativas de cobrança houvessem sido esgotadas. Não havia, no momento em que o Banco Meridional fora adquirido, qualquer certeza quanto a isto. Assim, optou-se por reativar o montante inte-

Processo nº. :11080.011679/2003-97
Acórdão nº. :101-94.651



gral da carteira para, logo após, iniciar o processo de triagem, controle e recuperação efetiva desses créditos (fl. 4442).

- f) No momento em que assumiu a gestão do Banco Meridional, o novo controlador deu-se conta de que as baixas dos créditos determinadas pelos antigos gestores em anos anteriores haviam sido efetuadas em desacordo com as normas do CMN e legislação do Imposto de Renda. Assim, houve apenas a regularização de lançamentos contábeis realizados na gestão anterior (fl. 4443).
- g) A reativação dos créditos, bem como a respectiva provisão foram integralmente oferecidas à tributação no exercício de 1997. Assim, a exclusão verificada no ano de 1999 foi precedida de uma adição no ano de 1997, que jamais foi posta em causa pela fiscalização até este momento (ver fls. 4445 e 4450).

xvii) O lançamento do PIS e COFINS parte do pressuposto de que teria havido omissão de receitas, o que não confere com a realidade. Todos os créditos reativados referem-se ao exercício de 1997, não constituindo ingresso de novas receitas em 1999.”

A fim de garantir a instância a contribuinte apresentou comprovantes de depósitos, conforme documentos de folhas 4.697 a 4.703.

É O RELATÓRIO.



VOTO

Conselheiro SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL, Relator

O Recurso preenche as condições de admissibilidade. Dele, portanto, tomo conhecimento.

Estão sendo submetidas a julgamento duas questões: uma relativa à preliminar, pela qual a Recorrente argüi decadência do direito de a Fazenda Nacional proceder ao lançamento sobre os fatos descritos no item 2 do Auto de Infração lavrado em 27 de dezembro de 2003, outra relativa ao mérito.

No que respeita à preliminar suscitada, deixo de apreciá-la, tendo em vista que a matéria de mérito pode ser decidida, de plano, por esta Câmara, favoravelmente à Recorrente, por ser objeto de reiteradas decisões deste Colegiado, e por outro lado, em obediência ao disposto no artigo 59, par. 3º, do Decreto nº 70.235/72, com redação dada pelo art. 1º da Lei nº 8.748/93, que dispõe:

“Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou supri-lhe a falta.”

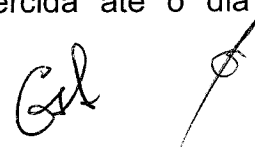
Passo, assim, ao exame do Mérito do litígio, que envolve as seguintes acusações:

1) DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS

Consoante se vê do relato, o Fisco imputou ao Recorrente no 1º item da autuação falta de adição ao lucro líquido do ano-calendário de 1999, de alegada diferença entre o valor de mercado e o da efetiva alienação de ações de emissão da EMBRAER, efetuada pelo Contribuinte à Cia. Bozano, sua acionista, por valor notoriamente inferior ao de mercado, o que caracterizaria distribuição disfarçada de lucros. Assim, atenho-me ao exato contexto da pretensão fiscal ora questionada.

No intuito de bem caracterizar tal irregularidade, os ilustres Autores do Feito desenvolveram extenso arrazoado, compreendendo mais de 70 laudas das 107 que compõem o Relatório Fiscal que integra o Auto de Infração objeto do presente litígio.

Da leitura do referido Relatório Fiscal depreende-se que a operação questionada pelo Fisco corresponde à alienação, pelo Recorrente, de 143.522.169 de ações da EMBRAER, em 01/10/1999, para a Cia. Bozano, pelo valor de R\$ 574.088.676,00, alienação essa precedida de um “Instrumento Particular de Outorga de Opção de Compra”, datado de 05/08/1999, pelo qual o Recorrente conferia à Cia. Bozano opção de compra das ações em causa, opção essa que poderia ser exercida até o dia



Processo nº. :11080.011679/2003-97
Acórdão nº. :101-94.651

16/09/1999, mediante manifestação por escrito e pagamento de prêmio no montante de R\$ 20.000.000,00.

O questionamento fiscal situa-se, basicamente, em torno dos seguintes pontos:

- descaracterização de instrumento de "Outorga de Opção de Compra" celebrado entre a recorrente e a Cia Bozano;
- alienação das ações a preço inferior ao de mercado, na data de concretização da operação;
- recebimento de ativos para quitação da primeira parcela por valor superior ao seu valor efetivo.

Quanto ao primeiro ponto, o entendimento da fiscalização e da decisão recorrida, sintetizado às fls. 2.453/2.454, mesmo admitindo a ocorrência de operação de "Outorga de Opção de Compra", fls. 29 do Relatório de Ação Fiscal – RAF, estriba-se no sentido:

- inexistência na transferência de risco ente as partes, dado que o pagamento do prêmio da "outorga de opção de compra" foi efetuado em 16.09.99, ou seja, em momento posterior ao de sua contratação, que ocorreu em 05.08.99;

- os lançamentos contábeis analisados evidenciarão que o primeiro registro efetuado da operação de "Outorga de Opção de Compra", somente ocorreu em 16.09.99, quando a cotação da ações já era superior ao valor do exercício de opção, de R\$ 4,00 (fls. 33, Relatório da Ação Fiscal); não, quando da contratação da operação;

- não houve comunicação do negócio jurídico à CVM e à Bolsa de Valores, nem divulgação do fato pela imprensa, na forma da Instrução CVM 229/99 e 31/84;

- inexistência de prova material de comunicação ao Presidente do Conselho de Administração da EMBRAER;

- ausência de fé pública no documento firmado, como prevê o artigo 221 do Código Civil Brasileiro.

Ora, conforme levantado pela Recorrente e ressaltado pela decisão recorrida, fls. 4548, não há menção, no Relatório Fiscal que fundamentou a autuação, de um fato relevante que afasta, desde logo, qualquer discussão acerca da existência concreta do negócio realizado, qual seja, o efetivo registro na contabilidade da compradora (Cia. Bozano), de provisão para pagamento do prêmio devido, estipulado no "Instrumento Particular de Outorga de Opção de Compra", na mesma data de sua celebração, isto é, em 05.08.99. Portanto, ao contrário do entendimento recorrido, tal instrumento, desde sua celebração, produziu efeitos contábeis, devidamente apropriados. Portanto, existente no mundo dos fatos.

De outro lado, consta dos autos, fls. 3868/3881, e do Relatório de Ação Fiscal, fls. 38, que, intimado o Presidente do Conselho de Administração, o mesmo informou

Processo nº. :11080.011679/2003-97
Acórdão nº. :101-94.651

que foram recebidos os documentos relativos ao “Instrumento Particular de Outorga de Opção de Compra”, datado de 05.08.99, antes referenciado.

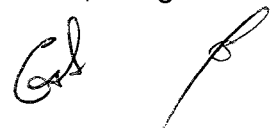
Outrossim, conforme documentos acostados aos autos na fase recursal, fundado no artigo 16, inciso IV, § 4º, alínea “a”, do Decreto nº 70.235/72, visto que datado de 15.07. 2004, e, em particular, no resguardo da verdade material, admitida a providência pelo artigo 17, § 7º, do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, aprovado pela Portaria MF nº 55/98, ANEXO II, a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, através do Ofício/CVM.SEP/GEA – I/Nº 237/2004, em resposta à consulta formulada pelo contribuinte, exatamente sobre a ação fiscal ora em litígio e o mesmo “Instrumento Particular de Outorga de Opção de Compra”, assim se manifesta, “verbis”:

“Reportamo-nos à consulta formulada a esta Autarquia, protocolizada em 16 de janeiro de 2004, na qual V.As. nos solicita posicionamento acerca da efetiva ocorrência de alienação de controle da EMBRAER em operação de venda de ações efetuada em 01.10.1999, entre o alienante Banco Meridional S.A (nome da consulente à época e a adquirente Cia. Bozano Simonsen, decorrente do exercício de opção de compra de ações contratada entre as partes.

Primeiramente, em relação à consulta feita acerca da ocorrência de alteração de controle acionário da EMBRAER, em virtude da operação realizada, concluímos que não houve alienação de controle da supracitada companhia, uma que tanto o outorgante (Banco Meridional), como o outorgado (Cia Bozano) eram pessoas jurídicas sob o mesmo controle acionário. Ademais, ainda que tivesse ocorrido a alienação de controle da EMBRAER, não havia, à época, qualquer obrigação legal de realização de oferta pública, tem em vista que o art. 254 da Lei nº 6.404/76 havia sido revogado pela Lei nº 9.457/97.

No que tange a segunda questão suscitada, a qual perquire a necessidade de se considerar relevante a referida compra de ações d EMBRAER, o que acarretaria a obrigatoriedade em divulgar e publicar fato relevante pelo dispostos nos arts. 3º e 5º da Instrução CVM nº 299/99 e art. 1º da Instrução CVM nº 31/84, entendemos pela desnecessidade em divulgar o contrato em tela, bem como em publicar fato relevante, já que não houve qualquer mudança no controle final da EMBRAER após o exercício de compra de ações em questão. Frise-se, entretanto, que a não obrigatoriedade em divulgar fato relevante não afasta a necessidade de que o formulário IAN expressar as alterações então ocorridas.”

Conforme atestado pela própria fiscalização, fls. 36 do RAF, intimada a EMBRAER, através de seu agente escriturário – Banco Itaú, consignou que serem seus acionistas controladores, as empresas do Grupo BOZANO, a Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil – PREVI e a Fundação Sistel de Seguridade social – SISTEL. E, como reconhecido pela própria fiscalização na inicial de seu RAF, fls. 07, tanto outorgante, como outorgado, pertenciam ao mesmo grupo societário, integrante



Processo nº. :11080.011679/2003-97
Acórdão nº. :101-94.651

dos controladores da EMBRAER. Portanto, ao contrário do entendimento recorrido, fls. 4536, quando da autuação, houve desconsideração de dados constantes na contabilidade e de documentos que deram suporte à operação.

Quanto à necessidade de negociação em bolsa de valores, dispõe o art. 118, § 4º, da Lei nº 6.404/76 estabelece, textualmente que, em acordos de acionistas, que as ações vinculadas a tais acordos não podem ser objeto de negociação em bolsa ou no mercado de balcão:

“Art. 118 Os acordos de acionistas, sobre a compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las, ou exercício do direito de voto, deverão ser observados pela companhia quando arquivados na sua sede.

§ 1º.- As obrigações ou ônus decorrentes desses acordos somente serão oponíveis a terceiros, depois de averbados nos livros de registro e nos certificados das ações, se emitidos.

§ 2.- Esse acordos não poderão ser invocados para eximir o acionista de responsabilidade no exercício do direito de voto (Art. 115) ou do poder de controle (art.s 116 e 117).

§ 3º - Nas condições previstas no acordo, os acionistas podem promover a execução específica das obrigações assumidas.

*§ 4º **As ações averbadas nos termos deste artigo não poderão ser negociadas em bolsa ou no mercado de balcão.***
(grifos não do original).

Ora, a existência de acordo de acionistas da EMBRAER, e seus aditivos, é confirmada pelo Presidente do Conselho de Administração da empresa e ratificada pela fiscalização, conforme fls.36 do RAF. Igualmente, como antes mencionado do “Instrumento Particular de Opção de Compra” no contexto inteiro do mesmo grupo de acionistas – empresas Bozano, o qual, inclusive, não se refletiu em qualquer alteração de participação societária na empresa, no grupo de acionistas seus controladores, conforme retratado às fls. 7 e 36 do RAF.

De outro lado, a Lei nº 10.406/2002, novo Código Civil Brasileiro 2004, pela inovação de princípios, nele elencados, por expressa disposição em si contida, artigo 2044, somente entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003. Não se presta, igualmente, ao contrário de entendimento recorrido, fls. 4543, a definir ou reger questões ou situações concretas, observadas antes de sua vigência. Aliás, mesmo que aplicável ao caso, na forma do artigo 168 do novo Código Civil Brasileiro, as nulidades de negócios jurídicos, devem necessariamente, “verbis”:

“ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e os encontrar provados, não lhe sendo permitido supri-los, ainda que a requerimento das partes.”

De outro lado, o fato de na data da formalização do interesse no exercício da opção de compra, o prêmio, então pago para garantia do direito contratual, em

Processo nº. :11080.011679/2003-97
Acórdão nº. :101-94.651

bens/direito, não em espécie, não invalida, nem desnatura a operação. Mesmo porque não há qualquer ilegitimidade ou impedimento legal na aquisição de um bem ou direito através de dação em pagamento. Ademais, oportuno mencionar que, os lançamentos contábeis relativos à concretização da operação, tanto quando do exercício do direito, quando de sua efetivação, se encontram devidamente apropriados, na adquirente e no alienante, conforme fls. 15 do RAF.

Oportuno mencionar que a legitimidade ou validade de um ato jurídico somente pode ser oposta pela fiscalização se comprovada de sua inexistência factual, ou de seus efeitos reais. No caso vertente, contudo, os aspectos ressaltados nos itens precedentes, deixam inequívoca a existência e a validade jurídica do "Instrumento Particular de Opção de Compra", celebrado em 05.08.99.

Por oportuno, essa Egrégia Primeira Câmara já decidiu a respeito da matéria em questão assemelhada, de que nos dá conta o Acórdão nº 101-92.052, de 06.05.98, do qual transcrevo a ementa no que se relaciona à presente questão:

"O lançamento tributário, como Ato Administrativo vinculado, não pode prosperar se a Fiscalização deixa de comprovar, de forma inequívoca, que o negócio jurídico realizado resulta de fraude por simulação."

O desdobramento a seguir esclarece, factualmente, a questão, senão vejamos:

De um lado, quanto ao valor unitário das ações constante do Instrumento Particular de Opção de Compra, a própria fiscalização não os contestou, face às cotações das ações da EMBRAER (ON e PN) nos dias 02 e 06 de agosto de 1999, fls. 286/287 deste processo. Tal valor atendia ao disposto no artigo 60, §§ 4º a 6º, do Decreto-lei nº 1.598/77, reproduzidos no art. 465, §§ 1º a 3º, do RIR/99:

"Art. 465- omissis

§ 1º - Valor de mercado é a importância em dinheiro que o vendedor pode obter mediante negociação do bem no mercado.

§ 2º - O valor do bem negociado freqüentemente no mercado, ou em bolsa, é o preço das vendas efetuadas em condições normais de mercado, que tenham por objeto bens em quantidade e em qualidade semelhantes.

§ 3º - O valor dos bens para os quais não haja mercado ativo poderá ser determinado com bases em negociações anteriores e recentes do mesmo bem, ou em negociações contemporâneas de bens semelhantes, entre pessoas não compelidas a comprar ou vender e que tenham conhecimento das circunstâncias que influam de modo relevante na determinação do preço."

Portanto, ao contrário da assertiva fiscal, fls.05 do RAF, o valor consignado no contrato de compra e venda não era inferior ao de mercado.

Processo nº. :11080.011679/2003-97
Acórdão nº. :101-94.651

De outro lado, ao comparar o valor em bolsa das ações objeto da Opção de Compras com o mesmo valor da data de formalização do interesse no exercício da opção contratual, para daí ser inferida a pretensão fiscal de distribuição disfarçada de lucros, incidiu em equívocos a fiscalização. Porquanto:

a) na data mencionada, 16.09.99 não houve o exercício do direito contratual. Apenas a formalização do interesse no exercício daquele direito, com o pagamento do prêmio acordado, conforme prefixado nas cláusulas contratuais, fls. 1962/1963;

b) a efetiva aquisição das ações isto é, o exercício do direito contratual, ocorreu em 01.10.99, sendo efetuado o pagamento parte à vista, mediante cessão de diversos ativos, R\$ 231.627.071,73 e o restante em três parcelas, vencíveis em 05/08/01, 05/08/02 e 05/08/03, conforme manifestação fiscal de fls. 17/18, integrante do RAF;

c) conforme fixado quer nos artigos 55, § 2º, b da Lei nº 7.799/89 e art. 29, § 2º, b, da Lei nº 8.541/92, reproduzido no artigo 764 do RIR/99, conjugados com o artigo 71 da Lei nº 9.430/96, nas apropriações, em se tratando de opções de compra, deve ser considerada a data do efetivo exercício da opção;

d) em se tratando de opção de compra, este, como o sintetiza a fiscalização às fls. 27 do RAF, apresenta, como características, duas operações coordenadas no tempo:

alguém se comprometer a alienar no futuro, determinado ativo por preço fixado e, em troca recebe um prêmio, pago pelo adquirente do direito de, na data acordada, adquirir o ativo ao preço contratualmente fixado. O recebimento do prêmio visa ressarcir o vendedor, denominado lançador no jargão do mercado financeiro, é contrapartida de sua assunção do risco da variação do valor do ativo no período entre o momento do lançamento e o do exercício do direito. O valor do prêmio pago não é dedutível do preço de aquisição, conforme artigo 764 do RIR/99, antes mencionado;

- o exercício da opção, no qual o titular exerce seu direito de adquirir o ativo pelo preço fixado previamente estipulado.

e) no exato contexto do conceito de opção de compra, sintetizado pela própria fiscalização, eventual diferença entre o valor de mercado, na data do efetivo exercício do direito e o valor de aquisição a preço fixo, objeto do contrato, não implica nem referenda a conceituação de distribuição disfarçada de lucros, a que se reporta o artigo 464, I, do RIR/99, fundamento da exação. Isto porque:

- a aquisição de participação societária não se processou à vista. Sim, através de Instrumento de Opção de Compra, cuja validade e legitimidade já foi referendada pelos documentos e registros contábeis, como já demonstrado;

- na data do Instrumento de Opção de Compra o valor unitário fixado em contrato se apresentava compatível com o valor de negociação em bolsa de valores, conforme documentos acostados aos autos;

- se a opção de aquisição acionária era a preço fixo, característica de contrato de opção quando do exercício do direito, em 01.10.99, quaisquer variações de preço de negociação em bolsa de valores, no mercado à vista, não interferem, nem podem interferir no preço fixado em opção de compra, dada a natureza e as características próprias dessa modalidade de operação, inclusive prevista em lei, conforme antes reportado (Art. 764 do RIR/99);

- o exercício do direito à efetiva aquisição do objeto do Instrumento de Opção de Compra, se efetivou em 01.10.99. Isto é, decorridos quase dois meses de sua assinatura. Não há quaisquer provas ou presunções da fiscalização, ainda que alicerçadas em documentos, de que qualquer das partes envolvidas no Instrumento de Opção de Compra tenha interferido no mercado à vista de ações;

- ainda que considerada a data de 16.09.99, data de pagamento do prêmio, previsto na cláusula terceira do Instrumento Particular de Outorga de Opção de Compra, mesmo assim, teriam decorridos 42 dias de operações à vista na bolsa de valores. Mesmo nesse período, as partes envolvidas igualmente não interferiram às variações de preço à vista observadas no mercado de ações;

- finalmente, se o adquirentes das ações, em operações posteriores, às aliena a preços assemelhados aos de mercado à vista (R\$ 5,78 e R\$ 6,20) conforme preços apurados na bolsa de valores demonstrados às fls. 19/20 e 25 do RAF, (uma operação à prazo, a preço de R\$ 10,00), nem por isso, a operação anterior, entre o contribuinte e o adquirente, estará descaracterizada;

- do exposto segue-se que, se na data de Formalização do Instrumento Particular de Outorga de Opção de Compra o valor do preço fixado, à aquisição era compatível com o valor da ação no mercado à vista, se, na data do exercício efetivo do direito, o valor de mercado à vista era distinto daquele do preço fixado, seja para mais, seja para menos, tal variação decorreu, exclusivamente, de condições de mercado. Não de intenções ou predisposições de comprador/vendedor com esta variação processarem distribuição disfarçada de lucros. Até porque, deles independia o comportamento futuro do mercado acionário à vista para a ação então negociada a prazo;

- nesse sentido, por oportuno, o Acórdão nº 107-02.507, de 17.10.95 já consubstanciara que, em se tratando de distribuição disfarçada de lucro: "*Insubistente o lançamento quando provado nos autos que os preços praticados foram os de mercado vigentes na ocasião*". Ora, na data do Instrumento Particular de Outorga de Opção de Compra, o preço fixado de alienação a prazo da participação societária era compatível com o de mercado à vista, como demonstrado;

f) se desde 05.08.99 o contribuinte era titular do direito de recebimento de prêmio pela outorga da opção de compra à Cia. Bozano, o auferimento da receita respectiva, contabilmente registrado em 16.09.99, data de seu recebimento, quando o Instrumento de Opção de Compra interferiu, de fato, nos ativos da pessoa jurídica, não invalida os termos contratuais. Porquanto, como sói acontecer, as apropriações contábeis, além de fatos, refletem efeitos econômicos de

Processo nº. :11080.011679/2003-97
Acórdão nº. :101-94.651

atos jurídicos, quando concretizados. A apropriação contábil em questão Apenas operacionalizou o efeito econômico do disposto na cláusula terceira dos termos contratuais, conforme documento de fls. 1962/1963. Mesmo porque, a utilizar-se o novo Código Civil, Lei nº 10.406/02, artigo 427: "a proposta de contrato obriga o proponente". Ou, conforme textualizado no artigo 639 do Código do Processo Civil:

"Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isto possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado."

Por fim, e, apenas para argumentar, se o contribuinte possuía prejuízo de R\$ 321.862.398,40, conforme fls. 4553 do decisório recorrido, além de prejuízos a amortizar, constantes das fls. 4240/4241, e a pretendia distribuição disfarçada de lucros representaria R\$ 306.954.664,01, conforme demonstrativo fiscal de fls. 81 do RAF, dado o próprio resultado da operação pelo fisco, ante seu valor mínimo, pelo mesmo fisco a ela atribuído, como conceituar-se, nesse contexto, distribuição disfarçada de lucros ?

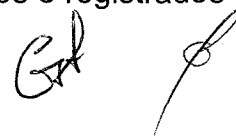
A propósito do tema, vale observar que a copiosa jurisprudência deste Primeiro Conselho de Contribuintes é conclusiva quanto a impossibilidade técnica de concretização da hipótese de distribuição disfarçada de lucros ante prejuízos apresentados pelo contribuinte, consoante nos dá conta, dentre outros, o Acórdão nº 101-88.789, de 19.09.1995, que examinando situação semelhante, assim concluiu, no particular:

*"Também assiste razão à Recorrente quando argumenta que ambas as partes, (...), são pessoas jurídicas com o mesmo regime tributário, ocorrendo impossibilidade de sonegação fiscal, uma vez que o lucro não tributado na primeira, o foi na segunda, não ocorrendo qualquer prejuízo ao Erário Federal, **ainda mais quando se verifica que a atuada apresentou prejuízo fiscal nos três últimos anos fiscalizados, tendo a ação fiscal se limitado a reduzir o prejuízo compensável nos respectivos exercícios.**"*

Também no presente caso a Recorrente apresentou elevados prejuízos no exercício fiscalizado e nos anteriores, os quais foram compensados com pretendida matéria tributada a esse título. Em sendo assim, dada a identidade das características entre o caso vertente e aquele apreciado no Acórdão supra mencionado, cabem aqui as mesmas conclusões lá exaradas no sentido de considerar improcedente a acusação fiscal de distribuição disfarçada de lucros, além dos diversos motivos elencados nos itens precedentes, também em razão dos elevados prejuízos acumulados pela Recorrente nos últimos exercícios.

2) - DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS - GLOSA DE ÁGIO DE INVESTIMENTO DE CONTROLADA.

Ainda no contexto de apuração da pretensão fiscal de distribuição disfarçada de lucros, adentrou o atuante no próprio valor dos investimentos, recebidos e registrados



Processo nº. :11080.011679/2003-97
Acórdão nº. :101-94.651

contabilmente na recorrente, para dele excluir valor de ágio a preço de mercado, para efeitos de dimensionar, a entendimento do fisco, o valor real das participações societárias dadas em pagamento pela Cia. Bozano da primeira parcela correspondente às aquisições, a prazo, das ações da EMBRAER, na data deste pagamento. Isto é, em 01.10.99.

Específica e concretamente, dentre os ativos transferidos da Cia. Bozano para a recorrente, em dação em pagamento, foi glosado o ágio na aquisição de investimentos na empresa VAREJO S/A Administração e Participações, no montante de R\$ 73.554.532,71, sob alegação de ágio não fundamentado (fls. 81 do RAF).

No ponto, por sem dúvidas, mais se evidenciam os lapsos e incorreções da atuação. Porquanto, conforme atestado pela própria fiscalização:

- o investimento se encontrava registrado na adquirente das ações da EMBRAER – Cia. Bozano, pelo valor de patrimônio líquido, sujeitas ao ajuste pelo método da equivalência patrimonial, dado ser controladora da VAREJO S/A Administração e Participações, conforme fls. 46 do RAF . Isto é os registros contábeis respectivos eram representados por direitos sobre adiantamentos para futuros aumentos de capital na Varejo S/A (R\$ 9.300.000,00) e ações da empresa (R\$ 137.321.494,84), representativas de 99,995% de seu capital social. O valor total do investimento, calculado e aceito pelas empresas Cia. Bozano e recorrente (adquirente e alienante das ações da EMBRAER), com fundamento na equivalência patrimonial, atingia, em 01.10.99, R\$ 146.631.494,84, fls. 46 do RAF. Por sua vez, o patrimônio líquido da investida, era de R\$ 146.529.730,18 (R\$ 146.630.927,11 – R\$ 101.196,93, fls. 49 do RAF).

Ocorre que os Ativos da Empresa Varejo, nas contas de Investimentos, na forma do artigo 20 do Decreto-lei o 1.598/77 (reproduzido no artigo 385 do RIR/99), além dos registros contábeis de aquisições de participações societárias nas empresas Tradecash SFC e Administração Ltda. e Sociedade de Fomento Comercial Tradecash Ltda., registrava os respectivos ágios pagos pela adquirente quando das aquisições desses investimentos, no montante de R\$ 73.554.532,71.

Isto é, o ágio glosado pela fiscalização diz respeito a valores pagos anteriormente pela investida (VAREJO S/A), quando da aquisição de participações societárias em outras pessoas jurídicas.

Assim, de um lado, as disposições legais aplicáveis à matéria – ágio na aquisição de investimentos – e seus desdobramentos contábeis e fiscais, previstos nos artigos 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997 e art. 10 da Lei nº 9.718, de 1998, reproduzidos nos artigos 385 e 386 do R. I. R. baixado com o Decreto nº 3.000, de 1999, dizem respeito ao contribuinte, adquirente de investimentos com ágio, no caso, a pessoa jurídica VAREJO S. A.. Quanto à recorrente, como controladora desta, que passou a ser a partir do recebimento das ações como parte do pagamento pela venda das ações da EMBRAER para a Cia. Bozano, as apropriações contábeis dizem respeito ao investimento e sua avaliação pela equivalência patrimonial, arts. 387 e 388 do citado Regulamento. Portanto, em 01 de outubro de 1999, eram pessoas jurídicas distintas, a adquirente das ações da EMBRAER (Cia. Bozano) que transferiu à alienante essas ações (ora recorrente) como parte de pagamento as ações

Processo nº. :11080.011679/2003-97
Acórdão nº. :101-94.651

da empresa VAREJO S/A, e a investida (VAREJO S/A) que adquiriu investimentos, com ágio, em terceiras pessoas jurídicas.

Por oportuno, reproduza-se expresso comando legal a respeito da matéria, art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, "verbis":

"Art. 20. O contribuinte que avaliar investimentos em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação societária, desdobrar o custo de aquisição em:

I – valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o artigo seguinte;

II – ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o inciso anterior." (grifos não do original).

Isto é, a apropriação, ou não de ágio/deságio, diz respeito à empresa adquirente de participação societária, apurado no momento dessa mesma aquisição, que no caso vertente seria a VAREJO S/A. Até porque, como demonstrado anteriormente, a pessoa jurídica adquirente de ações da EMBRAER, Cia. Bozano, que transferiu, a título de dação em pagamento as ações da mencionada empresa, não registrava em seus investimentos quaisquer ágios por participação societária na VAREJO S/A. Apenas, o valor do investimento nessa pessoa jurídica.

De outro lado, a eventual baixa do ágio na aquisição de investimento, quando da incorporação da empresa VAREJO S/A pela Cia Bozano, após alienação de ações à essa pessoa jurídica, ocorrida em 28.06.2000, e seus desdobramentos contábeis e fiscais, dizem respeito ao ano calendário de 2000, na incorporadora. Não, ao ano calendário de 1999, especialmente, em outubro de 1999, quando a recorrente recebeu da Cia. Bozano a participação societária na empresa VAREJO como parte do pagamento da alienação de ações da EMBRAER que fez àquela empresa.

Assim, nem o questionamento do ágio dizia respeito à recorrente, nem os desdobramentos contábeis e fiscais desse mesmo ágio, efetuados em 2000, dizia respeito ao ano calendário de 1999.

Intimada a recorrente, demonstrou ao fisco que o valor do ativo da empresa VAREJO S/A, que lhe foi transferido em dação em pagamento, foi avaliado com base no valor contábil do investimento, apresentado em balancete da VAREJO de agosto/99, conforme documentos de fls. 198/206.

Requisitados os fundamentos do ágio registrado na contabilidade dessa empresa, fez constar, documentalmente, fls. 133/158, em resposta, o contribuinte:

"a fundamentação para constituição do ágio encontra-se amparada em estudos de viabilidade técnico-econômica, os quais justificavam perfeitamente, à época, a expectativa de lucros futuros. A vista da descontinuidade dos negócios dessas empresas, provado pela venda das instituições financeiras, mormente

Processo nº. :11080.011679/2003-97
Acórdão nº. :101-94.651

do Banco, a empresa optou por baixar o ágio (agregamos histórico referente a formação, apropriação e baixa do ágio, assim como Parecer de Deloitte Touche Tohmatsu."

O Parecer em questão, fls. 151, quanto à fundamentação do ágio, expressam que foi efetuada com base em relatórios denominados "Business Plan", nos quais constariam características do mercado alvo, produtos e serviços, estratégias de vendas e marketing, organização pessoal, informações financeiras e apuração do valor das empresas pelo método de fluxo de caixa descontado.

Com relação à amortização do ágio, o mesmo Parecer conclui que, pela alienação de 96,91% do capital do Banco Meridional S/A, segundo contrato firmado entre as partes, o Grupo Bozano não poderia continuar operando no mercado financeiro e, portanto, a fundamentação dos ágios com base em resultados futuros teria deixado de existir, justificando a baixa destes para resultado, no termos do artigo 14 da Instrução CVM 247/96. Por oportuno, conforme o reconheceu a própria decisão recorrida, por se tratar de sociedade de capital fechado, a empresa VAREJO não se encontrava sob égide da Instrução CVM citada.

No intuito de justificar a glosa do ágio consignado no ativo da empresa investida, o fisco, após análise de sua fundamentação, entendeu da fundamentação insatisfatória desse ágio, com base em exercícios futuros. Como resultado da análise dos documentos "Business Plan", laudos de avaliação das empresas Tradecash Administração e Tradecash Factoring, fls. 2751/2777 e 3739/3750 e "Executive Summary", Parecer do auditor independente Deloitte Touche Tohmatsu, concluiu a fiscalização da incompatibilidade entre o valor que os documentos apresentam para as empresas e seu respectivo valor, registrado na contabilidade. Porquanto:

- para a empresa Tradecash Factoring, o "Business Plan" atribuiu o valor de R\$ 66.463.507,00, enquanto que a contabilidade da investidora – a empresa VAREJO . S. A. – registrava, em setembro/99, R\$ 44.784.524,39;

- para a empresa Tradecash Administração, o "Executive Summary" atribuiu o valor de R\$ 200.633.539,00, enquanto a investidora, no mesmo mês, registrava R\$ 93.086.084,25, a título de investimento.

Ressalte-se que, na oportunidade, o contribuinte esclareceu que, os valores citados nos estudos se referem a avaliação dos projetos de novos negócios das duas empresas, apresentados nos respectivos estudos e não o valor das empresas considerado quando da alienação de seu controle.

Entretanto, concluiu o fisco, fls.62 do RAF:

"Ora, a incompatibilidade acima demonstrada, demonstra que OS DOCUMENTOS APRESENTADOS NÃO TÊM O CONDÃO DE JUSTIFICAR, CO BASE EM LUCRATIVIDADE FUTURA, OS VALORES REGISTRADOS COMO ÁGIO, NA CONTABILIDADE DA VAREJO."(grifos do original)

Por sem dúvidas o argumento não se sustenta, porquanto, se os laudos e pareceres de avaliação indicam para as empresas valores superiores àqueles contabilmen-

Processo nº. :11080.011679/2003-97
Acórdão nº. :101-94.651

te apropriados, somado custos de aquisição dos investimentos e ágio, a conclusão fiscal é equivocada.

Apenas se os laudos e pareceres indicassem valores inferiores ao somatório das apropriações contábeis (investimento mais ágio), é que o ágio que excedente, correspondente à diferença entre os valores contábeis das aquisições (custo + ágio) e os valores de avaliação técnica das empresas adquiridas é que seria considerado sem fundamento econômico. Não, o contrário, como pretendido. Ao contrário, as apropriações contábeis levadas a efeito quando das aquisições desses investimentos, por valores menores do que os apontados nos laudos e pareceres, apenas refletiriam o princípio do conservadorismo. Não, apropriações indevidas ou a maior.

Por oportuno, na forma da legislação aplicável à matéria, o ágio com base em valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados de exercícios futuros, não é só legalmente admissível, a dizer do artigo 20, § 2º, do Decreto-lei nº 1.598, de 1977 (RIR/99, art. 385, § 2º, II), como, passível de amortização, nos balanços levantados posteriormente a incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, para cada mês do período de apuração, conforme prescrições dos artigos 7º da Lei nº 9.532, de 1997 e 10 da Lei nº 9.718, de 1998, reproduzidos no artigo 386 do RIR/99:

“Art. 385.omissis.....

§ 1º O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento (Decreto-lei nº 1.598/77, art. 20, § 2º):

..... omissis.....

II. valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;

Art. 386. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no artigo anterior:

.....omissis.....

II. poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II, do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta anos, no máximo, para cada mês do período de apuração.”

Igualmente, por seu turno, o disposto no artigo 20, § 3º, do Decreto-lei nº 1.598, de 1977 (RIR/99, art. 385, § 3º), determina, *verbis*:

“§ 3º. O lançamento com os fundamentos de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.”

Processo nº. :11080.011679/2003-97
Acórdão nº. :101-94.651

Ora, as demonstrações referenciadas não só constam dos autos, fls. 2751/2777 e 3739/3750, como indicam valores de mercado superiores às contabilizações correspondentes às aquisições dos investimentos.

Nesta ordem de juízos, é de todo improcedente a glosa do ágio levada a efeito, seja em razão do mesmo ter sido constituído conforme os dispositivos legais que regem a matéria, seja, especialmente, em razão da recorrente ser terceira pessoa, sem qualquer responsabilidade legal sobre os fundamentos motivadores do mencionado ágio.

3) REATIVAÇÃO DE CRÉDITOS NO ANO CALENDÁRIO DE 1997

A infração em questão repercutiria nas exigências de ofício do PIS, COFINS e CONTRIBUIÇÃO SOCIAL, tomados por reflexividade.

Registre-se a preliminar de decadência, invocada pelo contribuinte, para rechaçar o procedimento fiscal de, em 22 de dezembro de 2003, data da autuação, proceder à retificação de valores apropriados em balanço e demonstrações de resultados laboradas em 31 de dezembro de 1997, correspondentes ao ano calendário de 1997, que embora procedente, não a apreciaremos, tendo em vista que o mérito é favorável à Recorrente, consoante ressaltado na parte inicial do presente voto.

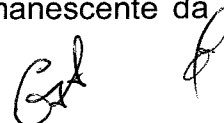
Registre-se, de pronto, que a retificação de prejuízos compensáveis mediante incrementos destes, conforme demonstrado às fls. 90 do RAF, inequivocamente se concretizou em absoluto arrepio ao disposto no art. 150 do CTN, à jurisprudência pacífica deste Primeiro Conselho de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais, a respeito da questão, reproduzida na peça recursal, fls. 122/126.

De acordo com a documentação acostada aos autos e o Relatório de Ação Fiscal (RAF), fls. 83/96, o contribuinte procedeu à reativação de créditos, devidamente identificados, mediante sua apropriação como receita do ano calendário de 1997. Em contrapartida, na mesma data do lançamento dos créditos reativados, constituiu provisão no percentual de 100% de seu valor. No intuito de fazer transitar a receita apropriada no resultado tributário do período, a provisão contábil correspondente, então constituída, foi adicionada no LALUR.

Com esse procedimento, em termos contábeis, passou a deter contas retificadas compensáveis, e no LALUR, PARTE B, o saldo da provisão, então constituída.

A providência ensejou à recorrente reforços no ativo, no curso do ano de 1999, no montante de R\$ 50.254.206,74, correspondentes a 24,09% dos créditos antes ativados e tributados como receita em 1997, quer mediante seu recebimento, quer por sua cessão a terceiros, conforme fls. 86 do RAF.

Em contrapartida do recebimento ou cessão dos créditos reativados no ano de 1999, visto que tributados anteriormente, a pessoa jurídica, mediante baixa do valor respectivo no LALUR, PARTE B, os excluía da apuração do lucro real, pela mesma motivação. E, em 31.12.99, foi promovida a baixa, no LALUR, do remanescente da



Processo nº. :11080.011679/2003-97
Acórdão nº. :101-94.651

provisão antes constituída e tributada em 1997, por definitivamente incobráveis os créditos reativados correspondentes.

De acordo com a fiscalização, a reativação dos créditos não atenderia ao disposto no artigo 8º da Resolução nº 1.748, de 1990, do Banco Central de Brasil nº 1.748, de 1990, dado que os créditos recuperados deveriam ser apropriados como receitas quando dos respectivos recebimentos. O que ofenderia também o disposto no artigo 5º, § 5º, do Decreto-lei nº 1.598, de 1977. Daí, sua exclusão na apuração do resultado contábil e fiscal do ano de 1997 e as adições ao resultado fiscal de 1999, quando de seu cômputo na apuração do lucro real, por exclusão, efetuada pelo sujeito passivo.

Em preliminar, por sem dúvidas equivocado o entendimento fiscal de que a situação concreta apurada, se enquadraria no disposto no art. 6º, § 5º, do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, conforme exarado às fls. 89 do RAF. Porquanto, o dispositivo legal em comento trata de postergação de pagamento de tributo ou redução indevida de lucro real, em qualquer período de apuração, advindos de inexatidão quanto ao período de apuração de receita ou de dedução do lucro líquido, conforme explicitado no § 6º, do mesmo dispositivo legal, reproduzido no RIR/99, "verbis":

*"6º. O lançamento de diferença de imposto com fundamento em inexatidão quanto ao período de **apuração de competência de receitas, rendimentos ou deduções** será feito pelo valor líquido, ..." (grifos não do original).*

Como antes transcrito, as disposições do art. 6º, §§ 5º e 6º, do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, dizem respeito às hipóteses de postergação do pagamento de tributo, provocadas quer por postergação na apropriação de receitas, ou por antecipação na contabilização de custos/despesas dedutíveis. Não, no caso concreto, de antecipação tributária, como a levada a efeito pelo contribuinte.

Por oportuno, ressalte-se que os procedimentos contábeis e fiscais então laborados e questionados pela fiscalização, nenhum prejuízo acarretaram ao Tesouro Nacional. Este, ao contrário, através deles usufruiu, não só pela redução dos prejuízos do ano calendário de 1997, passíveis de compensação tributária futura, como principalmente, pelo recebimento das receitas das contribuições pertinentes.

No particular, vale observar que os próprios julgadores *a quo*, entenderam equivocado o critério jurídico adotado pelos ilustres autores do feito. No entanto, no afã de manter a exigência, os doutos julgadores, não obstante discordarem do critério jurídico e, por conseguinte do fundamento legal respaldadores do lançamento, o mantiveram pelas suas conclusões, consoante declarado com todas as letras na decisão recorrida, fls. 4560, *in verbis*:

*"Apesar de concordar com as conclusões da fiscalização em relação às infrações tipificadas, ratifico a minha discordância com relação a um tópico em particular: **entendo inaplicável na espécie a hipótese de inexatidão quanto ao período de apuração, previsto no art. 6º, parágrafo 5º, do Decreto-lei nº 1.598/77**, conforme já comentado no item anterior."*

Processo nº. :11080.011679/2003-97
Acórdão nº. :101-94.651

Ao concluírem nestes termos, indubitavelmente, os nobres julgadores de primeira instância inovaram o critério jurídico que permeou o lançamento fiscal, o que além de ser vedado às DRJs pela lei de regência, já que sua competência restringe-se ao exame do lançamento tal qual formulado, representa expresse reconhecimento da improcedência da acusação fiscal nos moldes em que foi formulada. Até porque, conforme descrições contidas nos Autos de Infração e no Relatório de Ação Fiscal que os integra, os fatos autuados decorreram única e exclusivamente da inobservância do regime de competência quanto à apuração da receita, *ad litteram*:

“a inexatidão quanto ao período de apuração de receita constitui fundamento para o lançamento de imposto, se dela resultar a redução indevida do lucro real em qualquer período de apuração.” (fls. 89 do Auto de Infração)

“O registro de reativação de créditos em 1997 foi extemporâneo – fora de seu período de competência – portanto indevido. Nesta situação, caso o lucro real de qualquer outro período venha a ser afetado, cabe o lançamento”. (fls. 90 do Auto de Infração)

Como a reativação de crédito reclamada importou em apropriação de receitas no ano de 1997, o Fisco, em suma questiona a sua apropriação antecipada, vez que entende que a mesma deveria ser tributada no ano de 1999, ou seja, dois anos depois. Portanto, a acusação fiscal sintetiza-se sob o fundamento de que a recorrente teria antecipado receitas, situação contrária ao tipo legal previsto em lei para exigência de tributo ou encargos, que é a postergação de receitas.

Dáí os ilustres julgadores *a quo* discordarem claramente do critério jurídico, contudo pretendem manter o lançamento, ainda que sem qualquer base legal, o que convenhamos é impraticável, por ilegal.

Assim, no que respeita ao critério jurídico e fundamentação legal adotados pelos Autuantes, pode-se concluir, de pronto, que a atuação fiscal é insustentável, circunstância esta que, conforme acima ressaltado foi reconhecida pela própria decisão recorrida.

Por outro lado, se a Resolução nº 1.748, de 1990 do Banco Central do Brasil (BCB) se dirige a todas as instituições financeiras, importa observar que a Resolução da mesma instituição, de nº BCB 056/97, deixou explícito que a diretoria da instituição, aprovou o Voto BCB nº 121/97, voto este exclusivamente relacionado ao Banco Meridional do Brasil SA, conforme documentos acostados aos autos pelo contribuinte ainda na fase impugnatória, como anexos à impugnação.

De acordo com aquela documentação, as providências consignadas no voto em questão, datado de 22.09.97 diziam respeito ao saneamento da instituição financeira enfocada, com vistas à sua privatização. Transcrevo itens específicos do voto, então aprovado:



Processo nº. :11080.011679/2003-97
Acórdão nº. :101-94.651

"3.- Apesar dos riscos de insucesso, tentou-se, no 1º semestre de 1996, a privatização do Banco Meridional do Brasil S/A, instituição financeira controlada pela União."

*"4.- O processo foi suspenso por falta de interessados. **A experiência demonstrou que, antes da privatização, o MERIDIONAL precisaria passar por um processo de saneamento financeiro, de modo a torna-lo sadio e competitivo no mercado, criando condições favoráveis à sua desestatização.**"*

"10- Registre-se que o MERIDIONAL tem na privatização seu destino necessário, não só por previsão de sua lei orgânica, mas principalmente porque, diferentemente de outros bancos federais, não tem nenhuma função de governo."

*"11.- Desse modo, **o saneamento financeiro do Meridional visa a dotar a instituição de equilíbrio operacional que viabilize sua privatização, propiciando à União a recuperação de seu investimento.**"*

"16.- Por outro lado, tendo em vista que a operação de financiamento será garantida pela UNIÃO, entendemos cabível autorizar a instituição financeira adquirente dos créditos a mantê-los em "conta de curso normal" em seus demonstrativos contábeis, limitados ao preço de aquisição e ao prazo de vencimento do contrato. Caberia, também considerá-los como de risco nulo, para os efeitos da Resolução nº 2.099, de 17.08.94, Anexo IV do Regulamento (Acordo de Basileia), sob pena de haver a necessidade de considerável aumento do Patrimônio Líquido dessa Instituição."

*"17.- Esse conjunto de medidas, em nosso entendimento, **permitirá que o MERIDIONAL apresente consistência patrimonial e operacional, assim com uma carteira de créditos sadia, condições indispensáveis ao processo de privatização.**"*

*"18. Adicionalmente, **a solução proposta para o MERIDIONAL permitirá diversos ganhos marginais para o acionista controlador, quais sejam:**" (grifos não do original).*

Ora, conforme relatório de Ação Fiscal (RAF), fls. 07, o contribuinte objeto da presente ação fiscal é exatamente o Banco Meridional S/A, na pessoa jurídica de sua sucessora Banco Santander Meridional S/A.

A reativação dos créditos e seu trânsito em conta de resultado tributário no ano calendário dessa mesma reativação, isto é, em 1997, proporcionou injeção de recursos novos nos ativos da recorrente da ordem de mais de R\$ 50 milhões, como antes reportado no Relatório de Ação Fiscal. Por conseguinte, se inseriu nas diretrizes e no contexto do voto BCB nº 121, do mesmo ano calendário de 1997. Isto é, de 22.04.97.

Processo nº. :11080.011679/2003-97
Acórdão nº. :101-94.651

Portanto, nem o procedimento contábil e fiscal do sujeito passivo atentou às regras de que trata o artigo 6º, § 5º, do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nem colidiu com os termos da Resolução BCB nº 1.784, de 1990, dada a especificidade da situação atinente ao contribuinte, a qual, no mesmo ano calendário de 1997 foi objeto de decisão específica do mesmo Banco Central do Brasil, no sentido de soerguimento dos ativos e, por conseqüência, do patrimônio líquido da instituição, em benefício de seu acionista controlador. No caso, a União.

No contexto, pretender-se conceituar como fraude o procedimento fiscal/contábil ora sob exame, como proposto pela fiscalização como fundamento de penalidade agravada, traduziria, por sem sombra de dúvidas, o impensável corolário de o Estado, através de seu ente de controle e fiscalização financeira de instituições privadas, incentivar procedimento de fraude contra si mesmo.

Quanto à penalidade de ofício, multa qualificada nas duas infrações objeto da autuação fiscal, ante a fundamentação anteriormente levantada, ocioso manifestação sobre sua exigibilidade. Mesmo porque, como antes mencionado, a recorrente foi autuada em sua sucessora. A jurisprudência quer emanada do Poder Judiciário, quer administrativa, deste Primeiro Conselho de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais, a exemplo da reproduzida na peça recursal, é copiosa no sentido da não incidência de penalidades de ofício, seja de 75%, seja agravada, seja qualificada, nas situações que se enquadrem no artigo 133 do CTN, "verbis";

"Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma individual, responde pelos tributos relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até a data do ato."

Sob o mesmo enfoque, ociosa qualquer apreciação da mudança de conceitual de sustentação da penalidade qualificada, laborada pela decisão recorrida de argumentar, à sua manutenção, não mais como fraude, fundamento da exação. Sim, no distinto conceito de simulação, não constante da autuação.

Por fim, no que se relaciona às exigências de ofício tomadas por reflexo daquele referente ao imposto de renda de pessoa jurídica, independentemente de quaisquer outras considerações, igualmente ratifico a remansosa jurisprudência administrativa no sentido de que, em lançamento tomado por reflexividade, à falta de elemento relevante, aplica-se o *decisium* do lançamento dito matriz ou principal.

Por todo o exposto, Voto no sentido de dar provimento ao Recurso Voluntário interposto pelo Sujeito Passivo.

Sala das Sessões - DF, 11 de agosto de 2004.

SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL, Relator.