



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº. : 13808.001534/00-19
Recurso nº. : 127.084
Matéria: : IRPJ-CSLL- F. geradores: 12/97, 03/98. 06/98, 09/98 , 12/98
Recorrente : INDÚSTRIAS GESSY LEVER LTDA
Recorrida : DRF em São Paulo – SP.
Sessão de : 16 de outubro de 2003
Acórdão nº. : 101-94.392

IRPJ - NULIDADE DA DECISÃO- Não pode ser acolhida preliminar de nulidade suscitada pela Recorrente, em razão de fato por ela própria causado.

IRPJ - LANÇAMENTO DE OFÍCIO- Não prevalece a exigência formalizada segundo o lucro real trimestral, se a forma de tributação adotada pelo contribuinte foi de pagamento com base nas estimativas mensais e apuração do lucro real anual.

CSLL - LANÇAMENTO DECORRENTE.- Por assentar no mesmo suporte fático, o decidido em relação ao lançamento do IRPJ aplica-se, por igual, ao lançamento relativo à CSLL.

Recurso voluntário provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por INDÚSTRIAS GESSY LEVER LTDA

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares, e no mérito, DAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


EDISON PEREIRA RODRIGUES
PRESIDENTE


SANDRA MARIA FARONI
RELATORA

Processo nº 13808.001534/00-19
Acórdão nº 101-94.392

2

FORMALIZADO EM: 12 NOV 2003

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: VALMIR SANDRI, KAZUKI SHIOBARA, PAULO ROBERTO CORTEZ, RAUL PIMENTEL, CELSO ALVES FEITOSA e SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL.

Recurso nº. : 127.084
Recorrente : INDÚSTRIAS GESSY LEVER LTDA

RELATÓRIO

Trata-se de retorno de diligência determinada por esta Câmara.

A exigência sob litígio refere-se a Imposto de Renda de Pessoa Jurídica e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, correspondentes a fatos geradores ocorridos em 12/97, 03/98, 06/98, 09/98 e 12/98 compreendendo, também, juros de mora e multa por lançamento de ofício.

Conforme Termo de Verificação de fls. 72 a 74, a irregularidade apontada pela fiscalização consistiu na adoção de procedimento irregular a título de amortização de ágio.

A empresa, alegando respaldo no artigo 7º da Lei 9.532/97, a partir de dezembro de 1997 passou a apropriar como despesa operacional na apuração do lucro real, na proporção de 1/90 ao mês, a título de amortização, o ágio correspondente à aquisição de ações de sua controlada Kibon S.A. Indústrias Alimentícias no valor total de R\$876.093.003,94 (instrumento societário de 30/10/97).

A fiscalização entendeu irregular o procedimento, uma vez que o art. 7º da Lei 9.532/97 se refere a pessoa jurídica que absorver, em virtude de fusão, cisão ou incorporação, patrimônio de outra na qual detenha participação societária com ágio ou deságio, e a Gessy adquiriu o controle acionário da Kibon sem que tenha ocorrido fusão incorporação ou cisão. Quanto à amortização de R\$ 9.734.366,71, referente ao mês de dezembro de 1997, o mesmo não encontra respaldo, visto que a Lei 9.532/77, nos artigos que interessam, só entrou em vigor em 01/01/98.

Impugnados tempestivamente os autos de infração, originaram-se os litígios, julgados pelo Delegado de Julgamento da DRJ São Paulo, que manteve integralmente a exigência.

105

Recorrendo a este Conselho, suscitou a empresa preliminar de nulidade da decisão por cerceamento de defesa, impossibilidade de aplicação de juros à taxa SELIC, erro na apuração do crédito tributário.

Quanto ao mérito, diz que:

- O Sr. Agente Fiscal glosou as despesas de amortização das parcelas de ágio apropriadas entre 12/97 e 12/98, sob a assertiva de que a empresa Kibon não foi incorporada, fusionada ou cindida pela Recorrente. Porém, a aquisição que deu origem à amortização foi da empresa Karsicon Comercial Ltda., constituída em 28/08/95 e vendida pela Philip Morris Latin América Inc. pelo preço de US 929,700.000.00. Portanto, a Recorrente não necessitava incorporar a Kibon para apropriar-se do ágio lançado, já que tal direito é originário da aquisição da Karsicon, estando demonstrado, assim, o equívoco do Fiscal na elaboração do auto de infração. Dessa forma, e considerando as disposições da alínea "b" do § 2º do art. 20 do DL 1.598/77; arts. 329 e 334 do RIR/94; inc. III do art. 7º da Lei. 9.532/97 e inc. III do art. 386 do RIR/99, a Recorrente obteve o direito de amortizar o ágio apurado na Karsicon a partir de 14/11/97, em até 10 anos calendários subsequentes à incorporação, fusão ou cisão do investimento que deu origem ao ágio, à razão de no máximo 1/60 ao mês, o que deliberou fazer pelo período de 7 anos e seis meses, no valor mensal de R\$ 2.430.983,20
- .O julgador de primeira instância se distanciou dos termos e disposições legais declarados no auto de infração, querendo fazer crer, de forma inédita, que a Recorrente não poderia se valer dos benefícios da Lei 9.532/97 ante o fato de que a aquisição e incorporação da empresa Karsicon deu-se antes da vigência da citada lei. Porém as alegações do Agente Julgador sucumbem pela análise das regras de Aplicação da Legislação Tributária constantes do CTN, especialmente as indicadas no art. 106, inciso II, a) que trata da retroatividade benigna da lei.

Submetido a esta Câmara na sessão de 17 de abril de 2002, foi rejeitada a preliminar de nulidade da decisão e deliberado converter o julgamento em diligência, conforme Resolução 101-02.370, com as seguintes determinações:



- a) a empresa seja intimada a juntar cópia autêntica do laudo de avaliação arquivado na Junta Comercial e mencionado no protocolo de incorporação da Karsicon, e dos lançamentos contábeis decorrentes da incorporação; cópias das declarações de imposto de renda relativas aos anos calendário de 1997 e 1998, dos demonstrativos de apuração das estimativas mensais de 1998 (com os balanços de suspensão), se essa foi a forma de pagamento escolhida, e as cópias do LALUR de 1997 e 1998;
- b) o autor do procedimento anexe demonstrativo analítico da apuração dos tributos lançados, no qual fique claro se foi observado o regime de pagamento escolhido pelo contribuinte.

Retornam os autos com a diligência cumprida.

É o relatório.



VOTO

Conselheira SANDRA MARIA FARONI, Relatora

Antes de propor a conversão do julgamento em diligência, apreciei a preliminar de nulidade suscitada, e rejeitei-a aos seguintes fundamentos:

A Recorrente suscita preliminar de nulidade da decisão alegando ter sido ela exarada de forma “extra petita”, pois baseou-se em fatos e tipificações legais totalmente divorciados do auto de infração, impedindo a Recorrente de exercer plenamente seu direito de ampla defesa. Destaca que, segundo descrito na fundamentação, o auto de infração baseou-se no fato de que a Gessy **não incorporou a empresa Kibon S/A.**, o que a impediria de aproveitar o ágio gerado na respectiva operação de compra e venda das cotas sociais da citada empresa, porém a decisão de primeira instância baseou seus argumentos fáticos na assertiva de que tanto a aquisição como a incorporação da empresa Karsicon ocorreram antes da entrada em vigor da Lei 9.532/97.

Não merece acolhida a preliminar suscitada.

Conforme se verifica dos autos (fl. 03), em 29/05/99 a Recorrente foi intimada a, entre outras prestações: “01- Esclarecer qual o tipo de alteração societária havida entre essa empresa e a Kibon; 02- Caso a operação tenha resultado em despesa de ágio, esclarecer o seu fundamento bem como a sua contabilização; 03- Caso tenha havido incorporação esclarecer se a mesma ocorreu com absorção total das contas contábeis da Kibon ou como mero investimento em Participação Societária; 04- Demonstrar a amortização de despesas de ágio praticadas pela empresa; 05- Apresentar todas as alterações de CNPJ da empresa Kibon.”

Às fls. 09 consta demonstrativo apresentado pela Gessy Lever Ltda intitulado “Resumo da movimentação da amortização do ágio pago na aquisição da empresa Kibon S/A Indústrias Alimentícias” no qual está informado ;

Valor do ágio : 876.093.003,94

Prazo de amortização: 7,5 anos

Valor da parcela : 9.734.366,71

Início da Amortização : Dez/97.

No Termo de Verificação que integra o Auto de Infração o agente fiscalizador se reporta ao quadro de fls. 09 apresentado pela ora Recorrente em atendimento à intimação para prestar informações acerca da aquisição, incorporação, ágio, etc. da empresa Kibon. Registra o Termo de Verificação que, “questionado o contribuinte acerca de seus procedimentos (a respeito da amortização do ágio)..., o mesmo esclareceu que tal comportamento estaria calcado nas disposições contidas no art. 7º da Lei 9.532/97, ...”. Registra, ainda, o Termo de Verificação, que, “..os procedimentos adotados pelo contribuinte não



podem estar baseados na legislação acima, haja vista que o mesmo adquiriu o controle acionário da KIBON S.A. (Doc. Fls. 52 a 64) sem que tenha ocorrido a sua fusão, cisão ou incorporação (Doc. Fls. 65 a 68) conforme determina a lei ora mencionada, como fator preponderante para que o contribuinte possa apropriar o ágio na aquisição da KIBON S.A.” O mesmo Termo de Verificação consigna que a amortização referente ao mês de dezembro de 97 não encontra respaldo na lei, porque a mesma só entrou em vigor em janeiro de 98. (Ou seja, indagada quanto a fatos da Kibon a fiscalizada prestou informações referentes à Kariscon)

Na impugnação a contribuinte esclareceu que a aquisição que deu origem à amortização do ágio tratada no auto de infração foi da empresa Karsicon, que foi efetivamente incorporada em 14/11/97. A decisão de primeira instância considerou procedente a exigência porque tanto a aquisição como a incorporação da empresa Karsicon ocorreram antes da entrada em vigor da Lei 9.532/97. Alega a Recorrente que a decisão aperfeiçoou o lançamento e que não lhe foi dada oportunidade de se manifestar sobre o novo fundamento fático e sua tipificação.

Tem razão a Recorrente quando diz que a decisão singular faz referência a dispositivos não mencionados no auto de infração. De fato, deveria o auto de infração mencionar, também, os dispositivos legais em vigor na data dos fatos, como fez a autoridade julgadora e não apenas os indicados pela empresa como fundamento para a amortização, e que, à época, não se encontravam em vigor. Porém, conforme tem se manifestado este Conselho, a imprecisão na indicação dos dispositivos legais infringidos não torna nulo o auto de infração se na descrição dos fatos a irregularidade está perfeitamente descrita. E, no presente caso, a fundamentação fática da exigência não foi alterada. Ou seja, no auto de infração a empresa é acusada de : (a) ter considerado como despesa a amortização de ágio na aquisição de participação societária sem que tenha ocorrido o pressuposto legal para tanto, a saber, a absorção do seu patrimônio em virtude de incorporação, fusão ou cisão, conforme art. 7º da Lei 9.532/97; (b) o art. 7º a Lei 9.532/97 só produziu efeitos a partir de 01/01/98. Ora, os fundamentos da decisão singular são exatamente os mesmos do auto de infração, apenas se faz referência à empresa Karsicon (informação inovada na impugnação), e não à KIBON.

Se na descrição dos fatos o auditor fiscal se referiu ao ágio referente à KIBON é porque assim informou a Recorrente (doc. fls. 09). Portanto, não pode agora, a Recorrente, alegar nulidade da decisão em razão de fato por ela própria causado. (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*) .

Rejeito a preliminar.”

Cumprida a diligência, informou o auditor ter anexado 31 anexos com documentos fornecidos pela empresa contendo declarações de rendimentos, LALUR e os laudos de avaliação. Quanto ao quesito “b”, assim se manifestou:

“O demonstrativo analítico solicitado no item B das determinações contidas nas fls. 424 e 425 não foi elaborado em virtude da constatação de que o

contribuinte optou, nos anos-calendário de 1997 e 1998, pela tributação com base do LUCRO REAL ANUAL, efetuando recolhimentos (quando devidos) de estimativas (com exceção do mês de janeiro de 1997) com base em balancetes de suspensão/redução”.

No voto condutor da Resolução, o fundamento da determinação contida no quesito “b” do pedido de diligência está assim explicitado:

*“Não há nos autos, também, elementos para que se apure a exatidão do lançamento. A julgar pelos demonstrativos de apuração que integram o auto de infração do IRPJ (fls. 77 a 80), deduz-se que a empresa foi tributada pelo lucro real trimestral, e que não apurou prejuízo em nenhum dos períodos (a fiscalização lançou, em dezembro de 1997, o total do ágio amortizado naquele mês, e, a cada trimestre de 1998, a soma das amortizações dos respectivos meses). A empresa menciona prejuízos fiscais que poderiam ter sido computados nos períodos seguintes. Por outro lado, o documento de fls. 69 (Recibo de entrega da Declaração de Informações Fiscais da Pessoa Jurídica) indica que a apuração do imposto de renda, para o ano calendário de 1998, teria sido por estimativa. **Se a empresa optou pelo pagamento do tributo por estimativa, a eventual não dedutibilidade das quotas de amortização só poderia atingir a apuração do resultado ao final do ano calendário e, eventualmente, as parcelas de imposto estimado nos períodos em que tenha sido levantado balanço de suspensão. Nada disso pode ser verificado nos autos.**” (negritos acrescentados).*

Assim, tornou-se desprovido analisar se o acervo líquido que substituiu as cotas da Karsicon extintas em razão de sua incorporação pela Gessy foi avaliado a valor de mercado, e apurar se a diferença entre o valor contábil das cotas substituídas e o acervo líquido que as substituiu corresponde exatamente ao ágio amortizado. Tendo o auditor confirmado que a empresa optou pelo pagamento com base nas estimativas mensais e apuração do lucro real anual, e uma vez que o auto de infração foi feito com base no lucro real trimestral, não pode subsistir a exigência.

Dou provimento ao recurso.

Brasília (DF), em 16 de outubro de 2003


SANDRA MARIA FARONI