



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo n° 16561.000172/2007-42
Recurso n° Especial do Procurador
Acórdão n° 9101-002.557 – 1ª Turma
Sessão de 08 de fevereiro de 2017
Matéria IRPJ
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado KLABIN S.A.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2002, 2003

TEMPESTIVIDADE. RECURSO ESPECIAL. ART. 23, § 9º, DECRETO 70.235/1972. ART. 218, §4º, CPC/2015.

É tempestivo recurso especial da Procuradoria, considerando a sua intimação na forma do artigo 23, §9º, do Decreto nº 70.235/1972 e a interposição antes do término do prazo recursal, nos termos do artigo 218, §4º, do CPC/2015.

RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. FALTA DE SIMILITUDE FÁTICA. ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DA MATÉRIA TRIBUTÁVEL.

Não é conhecido recurso especial quando inexistente similitude fática entre o acórdão recorrido e o acórdão paradigma.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional.

(Assinado digitalmente)

Marcos Aurélio Pereira Valadão - Presidente em Exercício.

(Assinado digitalmente)

Cristiane Silva Costa - Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Adriana Gomes Rego, Cristiane Silva Costa, André Mendes de Moura, Luis Flávio Neto, Rafael Vidal de Araújo, Daniele Souto Rodrigues Amadio, Gerson Macedo Guerra e Marcos Aurélio Pereira Valadão (Presidente em Exercício).

Relatório

Trata-se de processo originado pela lavratura de Auto de Infração de IRPJ e CSLL pelas seguintes infrações, verificadas nos Autos de Infração: item 1) glosas de variações cambiais passivas contabilizadas a maior, quanto ao ano-calendário de 2002, gerando imposição de IRPJ e CSLL; Item 2) rendimento de participações societárias por equivalência patrimonial, quanto aos anos-calendário de 2002 e 2003, com exigência do IRPJ; Item 3) ausência de adição de lucro líquido do período de 2002, dos lucros auferidos no exterior, por filiais, sucursais, controladas ou coligadas, com a exigência de IRPJ e CSLL. O auditor fiscal da Receita Federal imputou multa de 75% quanto a todas as infrações (fls. 330/352 - volume 2).

Consta do Termo de Verificação Fiscal (fls. 347 - volume 2):

A Klabin S/A possui as controladas no Brasil e no exterior, conforme é possível comprovar no anexo deste relatório, destacando-se as controladas Mirca (Ilhas Virgens Britânicas), Klabin Argentina, KCL Tissue (Argentina), Klabin Forest Products (Bélgica), Klabin Riocell Trade (Reino Unido) entre outras tantas no Brasil. É de ressaltar que no ano calendário de 2004, a conta de investimento apenas se resumia a Klabin Ltd (antiga Mirca) e a Klabin Argentina, tendo as outras vendidas, incorporadas ou mesmo oferecida como capital destas. (...)

RESULTADO DE EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL POSITIVA - ART. 7º DA IN 213/02

O artigo 7º da Instrução normativa é claro ao identificar que os resultados positivos de equivalência patrimonial devam ser tributados, conforme leitura assim reproduzida:

"art. 7º a contrapartida do ajuste do valor do investimento no exterior em filial, sucursal, controlada ou coligada, avaliada pelo método da equivalência patrimonial, conforme estabelece a legislação comercial e fiscal brasileira, deverá ser registrada para apuração do lucro contábil da pessoa jurídica no Brasil"

§ 1º os valores relativos ao resultado positivo da equivalência patrimonial, não tributados no transcorrer do ano calendário, deverão ser considerados no balanço levantado em 31 de dezembro do ano calendário para fins de determinação do lucro real e da CSLL.

É importante informar que mercê do inciso I, §3º, do artigo 7º da In 213/02, os resultados positivos de equivalência patrimonial serão tributados no 4º trimestre de cada ano calendário.

Assim, tributa-se:

<i>CONTROLAD AS</i>	<i>2002</i>	<i>2003</i>
KCK TISSUE (A)	1.543.000,00	8.690.000,00
RIOCELL TRADE (B)		21.623.000,00
K ARGENTINA		15.940.000,00
MIRCA		18.374.000,00
ANTWERP		271.000,00
SOMA	1.543.000,00	64.898.000,00

(...)

*FALTA DE OFERECIMENTO À TRIBUTAÇÃO DE LUCROS
AUFERIDOS NO EXTERIOR*

O artigo 74 da Mp nº 2.158-35/01 alterou novamente o momento da tributação dos lucros, dispondo:

"Art. 74- Para fins de determinação da base de cálculo do imposto de renda e da CSLL nos termos do art. 25 da Lei nº 9.249/96 e do artigo 21 desta Medida Provisória, os lucros auferidos por controladas ou coligadas no exterior serão considerados disponibilizados

para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço no qual tiverem sido apuradas, na forma do regulamento"

Nota-se que a partir de 2002, e somente a partir de 2002, o momento de oferecimento à tributação volta a ser pela data de 31 de dezembro do ano calendário de auferimento. A lacuna que ficava era sobre a tributação de lucros não disponibilizados até 2001. Para tanto, foi acrescentada no parágrafo único deste artigo, a determinação específica de que os lucros acumulados até 2001 deveriam ser considerados disponibilizados em 31/12/02, salvo se não houvessem sido disponibilizados anteriormente, conforme a seguir reproduzidos:

Parágrafo único: Os lucros apurados por controladas ou coligadas no exterior até 31/12/01 serão considerados disponibilizados em 31/12/2002, salvo se ocorrida, antes desta data, qualquer das hipóteses de disponibilização prevista na legislação em vigor.

(...)

Fica claro que os lucros deveriam ser oferecidos à tributação pela disponibilização nos termos do art. 1º da Lei nº 9.532/97.

Para que não ficassem eternamente como lucros acumulados na controlada, a Medida Provisória nº 2158/01 em pauta tratou de fazer uma quebra, ou seja, até 2001 os lucros obrigatoriamente teriam que ser oferecidos à tributação no ano calendário de 2002, e do ano calendário de 2002 em diante, obrigatoriamente ser oferecidos no ano calendário de auferimento. (...)

Como vimos a Lei 9249/95 que fixava o momento de oferecimento à tributação foi substituída pela Lei 9532/97, ou seja, o momento do fato gerador passou da data de auferimento do lucro para disponibilização do lucro, ficando prejudicada a conversão da moeda para a data do auferimento. Assim entendemos que a taxa de conversão dos lucros do exterior para a moeda brasileira deve ser aquela da data da disponibilização, pois o art. 143 do CTN assim prescreve (...)

O fato gerador da obrigação no momento da ocorrência do fato gerador era a disponibilização.

DESPESAS DESNECESSÁRIAS COM VARIAÇÃO CAMBIAL (fls. 267 a 276)

A Klabin S/a incorporou as sociedades Industris Klabin S/A e Klabin Export S/A em 28/12/2001 e, por consequência passou a ser a única acionista da empresa Mirca Limitada (atual Klabin Trading), localizada nas Ilhas Cayman.

A Mirca era proprietária de 9,385 ações ordinárias e de 894217 ações preferências de emissão da Klabin S/A.

Tendo em vista que a lei 6.404/76 veda a participação recíproca entre a companhia e suas coligadas ou controladas, a Klabin S/A, através do contrato de compra e venda de ações, datado de 28/12/2001, a Mirca vendeu para a Klabin pelo valor de US\$ 1.526.464,72, equivalentes a R\$ 3.543.687,84, com vencimento em até 60 dias contados da data daquele instrumento.

Posteriormente, o pagamento foi prorrogado para 120 a partir de 28/02/02 e sucessivamente foi prorrogado. Esta atitude transformou o valor original de R\$ 3.542.008,74 de 31/12/2001 em R\$ 5.393.457,80 no final de 2002, portanto, lançou despesas de R\$ 1.851.449,00.

Questionado sobre a metodologia aplicada o contribuinte nos respondeu que "em consequência da incorporação da KPF - Export, passou a deter ações do capital da Klabin S/a, o qual é vedado pelo art. 244 da Lei 6.404/76. consoante tal vedação, foi efetuada a operação de compra e venda de ações. Sendo Klabin S/A uma companhia de capital aberto não seria recomendável a extinção proporcional de capital, como sugerido no termo de intimação", com o qual, sem querer, entrar no mérito do que foi feito, poderia ser feito sem que sofresse diminuição da base de imposto de renda.

Portanto, por ser desnecessária, entendemos por tributar o valor pelo princípio da necessidade de uso.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo I (SP) manteve integralmente o Auto de Infração (fls. 472/482 - volume 3):

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2002, 2003

VARIAÇÕES MONETÁRIAS PASSIVAS. VARIAÇÕES CAMBIAIS. DESPESAS DESNECESSÁRIAS.

É vedada a participação recíproca entre a companhia e suas controladas e coligadas. Quando ocorrer em virtude de incorporação, fusão ou cisão, ou da aquisição, pela companhia, do controle de sociedade, deverá ser mencionada nos relatórios e demonstrações financeiras de ambas as sociedades, e será eliminada no prazo máximo de 1 (um) ano, não existindo previsão legal para que se dê a eliminação por operação de venda/compra.

INVESTIMENTOS EM CONTROLADAS E COLIGADAS NO EXTERIOR. MÉTODO DA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL. IRPJ E CSLL.

Serão avaliados pelo valor de patrimônio líquido os investimentos relevantes da pessoa jurídica em sociedades controladas e em sociedades coligadas sobre cuja administração tenha influência, ou de que participe com vinte por cento ou mais do capital social.

LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR. CONTROLADAS/ COLIGADAS.

A partir da vigência do art. 74 da MP 2.158-35/2001, para fim da determinação da base de cálculo do Imposto de Renda e da CSLL, os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior serão considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço no qual tiverem sido apurados.

LUCRO AUFERIDOS NO EXTERIOR. DISPONIBILIZAÇÃO. TAXA DE CAMBIO. IRPJ E CSLL.

O fato gerador do Imposto de Renda e da CSLL sobre os lucros apurados por controladas/coligadas no exterior ocorre no momento da disponibilização para a pessoa jurídica no Brasil, nos termos do art. 1º da Lei nº 9.532/97 e art. 74 da Medida Provisória 2.158-35/2001, de modo que, com base no art. 143 do CTN, é a taxa de câmbio da data da disponibilização que deve ser utilizada para a conversão dos valores em moeda nacional.

Lançamento procedente.

O sujeito passivo apresentou recurso voluntário, ao qual foi dado provimento pela 2ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da Primeira Seção deste Conselho, em acórdão cuja ementa se colaciona a seguir (fls. 544/555):

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Despesa com variação cambial decorrente de operação de compra/venda de ações. Necessidade. Demonstrada a obrigação de resolver a participação recíproca entre a controlada e a controladora nos termos do artigo 244 da Lei das S/As, no prazo de um ano, legítima a despesa com variação cambial.

2) Autuação. Erro. Imputação de fato gerador em ano calendário diverso do ocorrido. Nulidade. Uma vez demonstrado o equívoco cometido pelo agente fiscal quanto ao ano calendário da ocorrência do fato gerador, nulo o lançamento.

3) Tributação de lucros auferidos no exterior por coligada até 31/01/01. Taxa de câmbio. Nos termos do parágrafo 4º do artigo 25 da Lei nº 9.249/1995, os lucros auferidos no exterior, seja por controladas ou coligadas de pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil, devem ser convertidos em Reais pela taxa de câmbio, para venda, do dia das demonstrações financeiras em que tenham sido apurados na respectiva controlada ou coligada.

Destaque-se trecho do acórdão recorrido:

2) Resultado de equivalência patrimonial. Anos calendários de 2002 e 2003.

O auditor fiscal identificou que a recorrente deixou de tributar o resultado positivo da equivalência patrimonial de suas controladas no exterior.

No entanto, em que pese os diversos argumentos despendidos pela Recorrente e não aceitos pela DRJ, importante e imprescindível ao deslinde do caso a análise quanto a nulidade do auto de infração em razão da alteração dos anos calendários na apuração do IRPJ e CSLL reflexa.

E da análise dos documentos mencionados pela Recorrente, bem como do próprio termo de verificação fiscal às páginas 345 e 346 constata-se que de fato o agente fiscal ao formalizar a exigência alocou para 2003 a equivalência patrimonial ativa que a recorrente obteve de fato em 2002, bem como aquela obtida em 2003 transportou para 2002.

E estas alegações puderam ser constatadas, não só no termo de verificação fiscal e DIPJ constante As fls 132, como também nos demais documentos colacionados nos autos conforme quadro abaixo:

	2002	Fls.	2003 (R\$)	Fls.
KCK TISSUE (A)	1.543.000,00	65 e 68	8.690.000,00	76 e 79
RIOCELL TRADE (B)			21.623.000,00	76 e 77
K ARGENTINA			15.940.000,00	76 e 81
MIRCA			18.374.000,00	76, 83 e 146
ANTWERP			271.000,00	76 e 84
TOTAL	1.543.000,00		64.898.000,00	

Dessa forma, independente dos demais argumentos trazidos a colação pelo recorrente quanto a improcedência do lançamento relativo a equivalência patrimonial, este único fato por si só anula o auto de infração quanto a este terna.

Não estamos diante de um simples erro da base de cálculo, mas sim erro quanto a matéria tributável, haja vista que transportar um lucro de um ano para o outro, além de mudar o aspecto temporal da regra matriz de incidência, altera a data da conversão cambial e impede a recorrente de, em caso de prejuízo naquele determinado ano, exercer seu direito a compensação.

Nesse sentido devo coadunar com as alegações da Recorrente e anular o auto quanto ao item 02 - Rendimento de Participações Societárias — Equivalência Patrimonial.

A Procuradoria da Fazenda Nacional foi intimada em 19/08/2011 (fls 556), interpondo recurso especial em 06/09/2011 (fls. 558/ 575 - volume 3), no qual alega divergência a respeito dos seguintes temas:

(i) anulação por erro na matéria tributável, indicando como paradigma o **acórdão 103-19105**, no qual restou decidido que *"provada a ocorrência de erro na determinação da matéria tributável, é de se excluir da tributação os correspondentes valores"*.

(ii) taxa de câmbio na conversão dos lucros auferidos no exterior para a moeda nacional, apontando como paradigma o **acórdão nº 101-95.946**, do qual se extrai: *"No caso, o fato gerador da obrigação foi exatamente a disponibilização dos lucros auferidos pela filial no exterior ocorrida em 29/01/1999, em decorrência do encerramento de suas atividades. Assim, a conversão deve ser feita pelo câmbio desse dia."*

O recurso especial foi parcialmente admitido pelo Presidente da 1ª Câmara da Primeira Seção de Julgamento do CARF, conforme razões a seguir reproduzidas (fls. 607/609)

1 – Divergência quanto à anulação do item 2 do Auto de Infração: “Rendimento de Participações Societárias – Equivalência Patrimonial” (...)

Como se constata pelo confronto de ementas, existe a alegada divergência de entendimentos. Enquanto na decisão combatida optou-se por anular a parte do Auto de Infração em que houve erro na determinação da matéria tributável, no paradigma adotou-se o entendimento de que seria o caso de corrigir os valores erroneamente apurados, sem anular o Auto de Infração.

Assim, por tratarem de elementos fáticos semelhantes e decidirem de forma diversa, entendo estar comprovada a divergência argüida.

2 – Divergência quanto à conversão dos lucros para moeda nacional à taxa de câmbio da data do encerramento do período de apuração (...) Ao analisar o paradigma, constata-se que se tratou de julgamento no qual houve encerramento de filial no

exterior, em que se decidiu ser a data do encerramento aquela a ser considerada para a conversão do câmbio. (...)

Assim, resta evidenciado que esse acórdão não apresenta a mesma situação fática encontrada no julgado recorrido, não lhe servindo como paradigma. Na decisão em exame, não se tratou de encerramento de empresa, mas de compra/venda de ações de coligada.

Quanto a essa matéria, entendo que não estão presentes os argumentos divergentes necessários à admissibilidade do recurso especial, capazes de ensejar a subida dos autos ao exame da Câmara Superior de Recursos Fiscais.

DOU PARCIAL SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL DO CONTRIBUINTE para que suba à apreciação da CSRF apenas a questão da anulabilidade da autuação, por erro da matéria tributável.

Em 06/06/2015, foi proferido despacho pelo Presidente do CARF confirmando a decisão de admissibilidade parcial do recurso especial (fls. 611/612).

O sujeito passivo apresentou contrarrazões ao recurso, requerendo não seja conhecido diante da **(i)** intempestividade do recurso, considerando que a Procuradoria foi intimada em 19/08/2011, apresentando recurso especial em 06/09/2011 e da **(ii)** falta de similitude fática entre acórdão recorrido e acórdão paradigma. Pleitea, ainda, seja negado provimento ao recurso especial. (fls. 616/628). A contribuinte pede, subsidiariamente, retornem os autos à Turma Ordinária para análise dos demais argumentos tratados em recurso voluntário, caso provido o recurso especial.

Voto

Conselheira Cristiane Silva Costa, Relatora

Inicialmente, analiso as condições de conhecimento do recurso especial relativamente ao tema admitido por decisão do Presidente da Câmara (anulação do item 2 do Auto de Infração), confirmada pelo Presidente da Câmara Superior de Recursos Fiscais.

Tempestividade

Em suas contrarrazões, a contribuinte alega que houve intimação da Procuradoria em 19/08/2011, sexta-feira, com interposição de recurso especial em 06/09/2011, que seria o 16º dia posterior à citada intimação. Diante disso, sustenta a intempestividade do recurso por força do artigo 68, II, do Regimento Interno do CARF vigente à ocasião (Portaria MF 256/09).

De fato, os autos do processo foram entregues à Procuradoria em 19/08/2011, como se observa às fls. 527 dos autos. Ocorre que a intimação da Procuradoria é feita na forma definida pelo artigo 23, §8º e 9º, do Decreto nº 70.235/1972, *verbis*:

Art. 23. Far-se-á a intimação:

I - pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

III - por meio eletrônico, com prova de recebimento, mediante: (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

§7º Os Procuradores da Fazenda Nacional serão intimados pessoalmente das decisões do Conselho de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais, do Ministério da Fazenda na sessão das respectivas câmaras subsequente à formalização do acórdão. (Incluído pela Lei nº 11.457, de 2007) (Vigência)

§ 8º Se os Procuradores da Fazenda Nacional não tiverem sido intimados pessoalmente em até 40 (quarenta) dias contados da formalização do acórdão do Conselho de Contribuintes ou da Câmara Superior de Recursos Fiscais, do Ministério da Fazenda, os respectivos autos serão remetidos e entregues, mediante protocolo, à Procuradoria da Fazenda Nacional, para fins de intimação. (Incluído pela Lei nº 11.457, de 2007) (Vigência)

*§ 9º Os Procuradores da Fazenda Nacional **serão considerados intimados** pessoalmente das decisões do Conselho de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais, do Ministério da Fazenda, **com o término do prazo de 30 (trinta) dias contados da data em que os respectivos autos forem entregues à Procuradoria na forma do § 8º deste artigo.** (Incluído pela Lei nº 11.457, de 2007) (Vigência)*

Diante disso, embora entregue o processo administrativo em 19/08/2011 (sexta-feira), apenas se considera intimada a Procuradoria com o término do prazo de 30 dias contados da data em que os autos forem entregues à Procuradoria. A intimação, no caso, considera-se efetuada em 20/09/2011. Lembro que a contagem dos 30 (trinta) dias referidos pelo artigo 23, §9º, acima reproduzido, inicia-se em dia útil (22/08) por força do artigo 5º do mesmo Decreto nº 70.235/1972. Nesse contexto, diante da formal intimação da contribuinte em 20/09/2011, é tempestivo o recurso especial apresentado em 06/09/2011.

Não há, ainda, intempestividade prematura do recurso especial, interposto anteriormente ao início do prazo acima citado. Quanto ao tema, o atual Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) prescreve:

Art. 218. Os atos processuais serão realizados nos prazos prescritos em lei. (...)

§ 4º Será considerado tempestivo o ato praticado antes do termo inicial do prazo.

Provavelmente por força deste dispositivo processual no Código de Processo Civil/2015, foi cancelado o Enunciado de Súmula do STJ nº 418, que tratava do tema da forma seguinte: "*É inadmissível recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração*"

A esse respeito decidiu o Supremo Tribunal Federal, em decisão Plenária:

Embargos de declaração nos embargos de divergência nos embargos de declaração nos embargos de declaração no agravo regimental no agravo de instrumento. Conversão em agravo regimental. Interposição de embargos de divergência antes da publicação do acórdão embargado. Extemporaneidade. Instrumentalismo processual. Preclusão imprópria para prejudicar a parte que contribui para a celeridade processual. Boa-fé exigida do estado-juiz. Agravo regimental provido.

1. A extemporaneidade não se verifica com a interposição de recurso antes do termo a quo e conseqüentemente não gera a ausência de preenchimento de requisito de admissibilidade da tempestividade.

2. O princípio da instrumentalidade do Direito Processual reclama a necessidade de interpretar os seus institutos sempre do modo mais favorável ao acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CRFB) e à efetividade dos direitos materiais (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: Revista de Processo, São Paulo: RT, n.º 137, p. 7-31, 2006; DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do Processo e Técnica Processual. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010).

3. *As preclusões se destinam a permitir o regular e célere desenvolvimento do feito, não sendo possível penalizar a parte que age de boa-fé e contribui para o progresso da marcha processual com o não conhecimento do recurso por ela interposto antecipadamente, em decorrência de purismo formal injustificado.*

4. *Os embargos de declaração opostos objetivando a reforma da decisão do relator, com caráter infringente, devem ser convertidos em agravo regimental, que é o recurso cabível, por força do princípio da fungibilidade. (Precedentes: Pet 4.837-ED, rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJ 14.3.2011; Rcl 11.022-ED, rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJ 7.4.2011; AI 547.827-ED, rel. Min. DIAS TOFFOLI, 1ª Turma, DJ 9.3.2011; RE 546.525-ED, rel. Min. ELLEN GRACIE, 2ª Turma, DJ 5.4.2011).*

5. *In casu*, pugna-se pela reforma da seguinte decisão: “EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PETIÇÃO DE INTERPOSIÇÃO PROTOCOLADA ANTES DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO EMBARGADO. EXTEMPORANEIDADE. INTERPOSIÇÃO DE DOIS RECURSOS CONTRA A MESMA DECISÃO. OFENSA AO POSTULADO DA SINGULARIDADE DOS RECURSOS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, DE MANEIRA OBJETIVA, MEDIANTE ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE O ACÓRDÃO PARADIGMA E A DECISÃO EMBARGADA, DA EXISTÊNCIA DO ALEGADO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NÃO ADMITIDOS”.

6. *Agravo regimental provido para cassar a decisão de inadmissão dos embargos de divergência com fundamento na extemporaneidade recursal.*

Por estas razões, voto por conhecer o recurso especial, tempestivamente apresentado pela Procuradoria.

Similitude fática

A contribuinte ainda alega, em suas contrarrazões, que não há similitude fática entre o acórdão recorrido e o paradigma (103-19.105). Destaco trecho das contrarrazões a esse respeito: “18.1.1. (...) no caso vertente a incorreção decorreu no transporte indevido de um determinado período-base (2002) para outro (2003), e vice-versa, ao passo que no malsinado paradigma alude-se apenas a uma inclusão de soma excedente na base tributável”.

O acórdão recorrido julgou a matéria da forma seguinte, conforme trechos do acórdão:

2) Resultado de equivalência patrimonial. Anos calendários de 2002 e 2003.

O auditor fiscal identificou que a recorrente deixou de tributar o resultado positivo da equivalência patrimonial de suas controladas no exterior.

No entanto, em que pese os diversos argumentos despendidos pela Recorrente e não aceitos pela DRJ, importante e imprescindível ao deslinde do caso a análise quanto a nulidade do auto de infração em razão da alteração dos anos calendários na apuração do IRPJ e CSLL reflexa.

E da análise dos documentos mencionados pela Recorrente, bem como do próprio termo de verificação fiscal às páginas 345 e 346 constata-se que de fato o agente fiscal ao formalizar a exigência alocou para 2003 a equivalência patrimonial ativa que a recorrente obteve de fato em 2002, bem como aquela obtida em 2003 transportou para 2002.

E estas alegações puderam ser constatadas, não só no termo de verificação fiscal e DIPJ constante As fls 132, como também nos

demais documentos colacionados nos autos conforme quadro abaixo:

	2002	Fls.	2003 (R\$)	Fls.
<i>KCK TISSUE (A)</i>	1.543.000,00	65 e 68	8.690.000,00	76 e 79
<i>RIOCELL TRADE (B)</i>			21.623.000,00	76 e 77
<i>K ARGENTINA</i>			15.940.000,00	76 e 81
<i>MIRCA</i>			18.374.000,00	76, 83 e 146
<i>ANTWERP</i>			271.000,00	76 e 84
<i>TOTAL</i>	1.543.000,00		64.898.000,00	

Dessa forma, independente dos demais argumentos trazidos a colação pelo recorrente quanto a improcedência do lançamento relativo a equivalência patrimonial, este único fato por si só anula o auto de infração quanto a este terna.

Não estamos diante de um simples erro da base de cálculo, mas sim erro quanto a matéria tributável, haja vista que transportar um lucro de um ano para o outro, além de mudar o aspecto temporal da regra matriz de incidência, altera a data da conversão cambial e impede a recorrente de, em caso de prejuízo naquele determinado ano, exercer seu direito a compensação.

Nesse sentido devo coadunar com as alegações da Recorrente e anular o auto quanto ao item 02 - Rendimento de Participações Societárias — Equivalência Patrimonial. (grifo nosso)

O acórdão recorrido, portanto, anulou lançamento tributário diante do **equivoco na identificação da matéria tributável.**

Em seu recurso especial, a Recorrente indica como paradigma o acórdão nº **103-19105** (processo nº 13900.000001/95-79), do qual se extrai trecho de ementa:

IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA ERRO NA APURAÇÃO DA MATÉRIA TRIBUTÁVEL

Provada a ocorrência de erro na determinação da matéria tributável, é de se excluir da tributação os correspondentes valores. (...)

Trago à colação trechos do acórdão paradigma para elucidar a situação fática por ele tratada, no tema objeto do recurso especial ora em análise:

Relatório:

A exigência fiscal decorre de omissão de receita na revenda de bens do ativo. Segundo consta do Termo de Constatação Fiscal

(fls. 30), a empresa não emitiu notas fiscais de venda dos referidos bens e nem comprovou os respectivos custos. Foi ainda constatada divergência entre as vendas declaradas para efeito de imposto de renda e contribuição nos meses de janeiro, março e agosto de 1993 e os valores das vendas constantes do livro Caixa.

A autuação está fundamentada nas disposições dos arts. 1º e 6º da Lei nº 6.468/77, art. 41 da Lei nº 7.799/89 (IRPJ - Lucro Presumido); art. 3º, alínea "b" da Lei Complementar nº 7/70, art. 1º do Decreto-lei nº 2.445/88 e 2.449/88 (PIS); art. 1º ao 50 da Lei Complementar nº 70/91 (COFINS); art. 44 da Lei nº 8.541/92 (IRRF); e art. 2º e §§ da Lei nº 7.689/88 (CSL). Sobre os tributos e contribuições lançados, incidiu a multa de 100% (cem por cento) na forma preconizada no art. 4º, inciso I, da Lei nº 8.218/91.

Irresignada, a autuada apresentou, tempestivamente, a impugnação de fls. 59, alegando erro no levantamento elaborado pelo Fiscal autuante, comprovando mediante demonstrativos juntados. No que se refere à comprovação dos custos dos bens vendidos, a autuada reconhece a impossibilidade de sua comprovação, tendo em vista a apreensão das mesmas em ação fiscalizatória de terceiros. Quanto aos lançamentos efetivados e regularmente escriturados relativos à venda do ativo, a autuada esclarece que correspondente a efetiva venda de bens, não podendo ser enquadrada como omissão de receita. Alega que tal receita não é aquela que autoriza a presunção de transferência de recursos do patrimônio da pessoa jurídica para seus sócios, nos termos do art. 43, § 2º, da Lei nº 8.541/92. Requer seja deferido o pedido de perícia e, ao final, requer o cancelamento do Auto de Infração, retificando-se os lançamentos, dando-lhe, inclusive, oportunidade para que possa, se for o caso, pagar o crédito tributário com os benefícios da redução da multa, com a devolução de prazo.

A autoridade monocrática, às fls. 76, indeferiu o pedido de perícia e, acatando parte das razões da autuada, julgou parcialmente procedente a exigência fiscal para excluir da tributação os montantes de Cr\$ 4.743.000,00, Cr\$ 69.900.000,00 e Cr\$ 15.678.100,00 relativos aos meses de janeiro, março e agosto de 1993. Em suas razões de decidir, reconheceu a digna autoridade que o fiscal autuante cometeu erros na apuração da matéria tributável.

Voto:

De fato, a matéria tributável foi equivocadamente apurada por ocasião da ação fiscal, e os próprios documentos anexados aos autos (xerox do Livro Caixa às fls. 12 a 24) confirmam que a receita auferida pela recorrente não atinge o montante em que se baseou a auditoria. A matéria é de prova e neste aspecto agiu bem a autoridade monocrática ao excluir as parcelas de Cr\$ 4.743.000,00, Cr\$ 69.900.000,00 e Cr\$ 15.678.100,00 relativos aos meses de janeiro, março e agosto de 1993. (grifo nosso)

Como especifica o acórdão paradigma, o fundamento para o citado lançamento do IRPJ é a omissão de receita com fulcro no artigo 6º, da Lei nº 6.468/1977, que dispõe:

Art. 6º - Verificando a fiscalização a ocorrência de omissão de receita, deverá considerar como lucro líquido do valor correspondente a cinquenta por cento dos valores omitidos, que ficará sujeito ao pagamento do imposto à razão de trinta por cento acrescido das penalidades cabíveis.

No acórdão paradigma, portanto, tendo a autoridade autuante verificado a omissão de receita, efetuou a exigência de IRPJ nos moldes do artigo 6º, acima reproduzido. Ocorre que com a apresentação de impugnação, segundo relata o citado acórdão, foi demonstrado o "erro na apuração da matéria tributável", razão pela qual foram excluídas da tributação as quantias de "Cr\$ 4.743.000,00, Cr\$ 69.900.000,00 e Cr\$ 15.678.100,00".

Tanto o acórdão paradigma, quanto o acórdão recorrido, tratam de "equivoco da apuração da matéria tributável", mas os equívocos identificados nos casos tem distinção relevante, que impede o conhecimento do recurso especial, por falta de similitude fática.

Afinal, o acórdão recorrido parte de um pressuposto que o equivoco completo na identificação da matéria tributável, que implicaria na anulação do lançamento tributário. Até porque a retificação do lançamento nos presentes autos, em que houve identificação errônea da matéria tributável, implicaria na modificação do lançamento tributável por instâncias julgadoras, o que é defeso.

Em sentido contrário, diante de omissão de receita presumida, parcialmente refutada pela contribuinte no curso da ação fiscal, conclui o acórdão paradigma pela redução do valor lançado. No caso julgado pelo acórdão paradigma sequer há erro efetivo no lançamento tributário, diferentemente do caso julgado pelo acórdão recorrido, em que há evidente equivoco no lançamento em sua integralidade.

A distinção entre os fatos analisados pelos acórdãos (recorrido e paradigma), portanto, justifica a solução jurídica divergente e, assim, não autoriza o conhecimento de recurso especial.

Diante de tais razões, **não conheço do recurso especial da Procuradoria.**

(Assinado digitalmente)

Cristiane Silva Costa

Processo nº 16561.000172/2007-42
Acórdão n.º **9101-002.557**

CSRF-T1
Fl. 651
