



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16561.720216/2016-45
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1201-003.441 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de janeiro de 2020
Recorrente CITI PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Exercício: 2012

ALIENAÇÃO DE INVESTIMENTO. AVALIAÇÃO PELO VALOR DE PATRIMÔNIO LÍQUIDO. GANHO DE CAPITAL.

Cabível o lançamento de ofício quando devidamente demonstrado que o contribuinte deixou de oferecer à tributação o ganho de capital na alienação de participação societária sujeita à avaliação pelo valor de patrimônio líquido.

LANÇAMENTO DECORRENTE. CSLL.

O decidido para o lançamento de IRPJ estende-se ao lançamento de CSLL que com ele compartilha o mesmo fundamento factual e para o qual não há nenhuma razão de ordem jurídica que lhe recomende tratamento diverso.

Vistos, discutidos e relatados os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, em negar provimento ao recurso voluntário. Vencidos os conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli, Gisele Barra Bossa, Alexandre Evaristo Pinto (relator) e Bárbara Melo Carneiro, que davam provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Allan Marcel Warwar Teixeira. Manifestaram intenção de apresentar declaração de voto as conselheiras Bárbara Melo Carneiro e Gisele Barra Bossa.

(assinado digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa - Presidente

(assinado digitalmente)

Alexandre Evaristo Pinto - Relator

(assinado digitalmente)

Allan Marcel Warwar Teixeira - Redator designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Neudson Cavalcante Albuquerque, Luis Henrique Marotti Toselli, Allan Marcel Warwar Teixeira, Gisele Barra Bossa, Wilson Kazumi Nakayama (Suplente convocado), Alexandre Evaristo Pinto, Bárbara Melo Carneiro e Lizandro Rodrigues de Sousa (Presidente). Ausente o conselheiro Efigênio de Freitas Junior.

Relatório

Transcrevo o relatório anexado à Resolução n. **1201-000.603**, complementando-o ao final com o necessário:

Adota-se o relatório do Acórdão n.º 02-73.199, 3ª Turma da DRJ/BHE (fls. 1.027 a 1.041), com a complementação necessária em seguida:

Em 06/12/2016, foram lavrados os dois autos de infração objeto deste processo, nos quais se formaliza a exigência de crédito tributário no valor total de R\$ 71.131.774,99, assim discriminado:

	Principal	Juros de Mora	Multa Proporcional
Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ)	23.239.480,91	11.633.684,14	17.429.610,68
Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL)	8.366.213,13	4.188.126,29	6.274.659,84

Auto de infração de IRPJ – fls. 728/734

Segundo consta do auto de infração de IRPJ, foi apurada a infração a seguir descrita:

**GANHOS E PERDAS DE CAPITAL APURADOS INCORRETAMENTE
INFRAÇÃO: ALIENAÇÃO OU BAIXA DE INVESTIMENTOS
AVALIADOS PELO VALOR DO PATRIMÔNIO LÍQUIDO**

· Falta de contabilização de ganho de capital apurado na alienação de investimento avaliado pelo valor de patrimônio líquido, gerando, em consequência, redução indevida do lucro sujeito à tributação, conforme relatório fiscal.

· Fato gerador: 31/12/2011.

· Valor Apurado: R\$ 92.957.923,69.

· Multa: 75%.

· Enquadramento legal: art. 3º da Lei n.º 9.249/95; arts. 247, 248, 249, inciso II, 251, 418 e 426 do RIR/99.

Auto de infração (reflexo) de CSLL – fls. 735/740

O lançamento de CSLL decorre dos mesmos fatos que caracterizaram a infração descrita no auto de infração de IRPJ.

Termo de verificação fiscal

Do termo lavrado pela autoridade lançadora a fls. 746/765, destacam-se as seguintes informações:

- O procedimento fiscal abrangeu verificações quanto à apuração de ganho de capital quando de negociação ocorrida no ano calendário de 2011, época em que o contribuinte alienou sua participação no investimento na empresa Jantus SL.
- A Jantus era sediada em Madrid/Espanha e sua única atividade era ser sócia de duas empresas sediadas no Brasil, a saber: SIIF Énergies do Brasil Ltda. e SIIF Desenvolvimento de Projetos de Energia Eólica Ltda., empresas, aliás, que eram, em verdade, os alvos de negociação com a CPFL Comercialização do Brasil S/A.
- A Citipar nasceu da cisão ocorrida em 26/11/10, aprovada em ata de alteração do contrato social da empresa Citicorp Mercantil Participações e Investimentos Ltda., com a finalidade geral de agrupamento de investimentos.
- O valor do investimento na Jantus foi integralmente passado, via cisão, da Citicorp para a Citipar, pelo valor de subscrição e aquisições efetuadas.
- A Citicorp investiu R\$ 91.531.461,82 na Jantus, e este valor permaneceu na conta de investimentos dentro da contabilidade da Citipar até dezembro de 2011, quando vendeu a participação e recebeu da CPFL o valor de R\$ 92.957.923,69, apurando naquele ano calendário um ganho de capital de R\$ 1.426.461,87.
- A Citipar tratava contabilmente o investimento na Jantus pelo custo de aquisição.
- Mas ficou demonstrado nos autos que a Citipar estava obrigada à adoção do método da equivalência patrimonial para avaliação dos seus investimentos naquela sociedade.
- O patrimônio líquido da Jantus já era negativo em R\$ 89.992.203,00 no balanço que serviu de base para a negociação de compra e venda, extraído com dois meses de antecedência da celebração do contrato de compra e venda com a CPFL.
- Com relação à participação na Jantus, a Citipar detinha à época da negociação 19,824%, e a Citicorp North América, INC detinha cerca de 8,910%; portanto, o grupo Citi detinha cerca de 28,734%. Estando, ambas, sob o mesmo domínio societário, o procedimento a ser executado era o de equivalência patrimonial, dada a condição de influência direta e indireta na Jantus.
- O valor do investimento contra o patrimônio líquido da fiscalizada apontava um percentual superior a 18%, portanto maior que 15%, indicando à época um investimento relevante, conforme Lei n.º 6.404/76, sem as alterações consignadas em 2008, concluindo-se, adicionalmente, pela prática do método da equivalência patrimonial.
- Concluiu-se que a Citipar deveria, obrigatoriamente, registrar o investimento na Jantus pelo método da equivalência patrimonial, resultando no saldo zerado da conta de investimento no momento da alienação de sua participação. Por via reflexa, o valor do ganho de capital apurado seria o próprio valor recebido na venda das suas ações da Jantus, no montante de R\$ 92.957.923,69.

Ciência do lançamento

Em 08/12/2016, por via postal, a contribuinte foi cientificada do auto de infração, conforme aviso de recebimento a fls. 767.

Impugnação

Em 06/01/2017, conforme termo de solicitação de juntada a fls. 772, foi apresentada a impugnação a fls. 773/805, cujo teor pode ser assim resumido:

- O lançamento é nulo por erro na eleição do fato gerador e da base de cálculo, bem como por erro na aplicação do método da equivalência patrimonial.
- O suposto ganho de capital foi apurado com suporte em balanço patrimonial levantado 80 dias antes do evento de alienação da Jantus, contrariando o quanto disposto no art. 427 do RIR/99 e art. 248, I, da LSA, no sentido de que o método da referência o balanço da investida na mesma data ou até 30 dias, no máximo, antes da data do balanço da companhia.
- A Citipar efetivamente detinha participação de 19,82% do capital da Jantus, sendo possível, portanto, se valer do método do custo de aquisição para avaliação do investimento na Jantus, inclusive para fins de apuração do ganho de capital tributável, sendo irrelevante para este fim a participação de entidade estrangeira associada ao Grupo Citi no capital da Jantus.
- Mesmo na hipótese de apuração do ganho de capital pela avaliação da Jantus segundo o método da equivalência patrimonial, ao contrário do quanto exposto pelo autuante, à época da venda o patrimônio da companhia era positivo, não apresentando passivo a descoberto, conforme balanço auditado pela Ernst & Young Terco Auditores Independentes levantado à época da operação.
- O lançamento foi fundado nas demonstrações financeiras consolidadas da Jantus, quando deveria ter considerado apenas o seu balanço individual, contrariando todo o sistema de tributação nacional, que não admite, seja qual for a finalidade, a eleição de balanços consolidados para a apuração de tributos.
- Na estimativa dos supostos tributos devidos, o autuante não descontou o valor dos rendimentos já tributados pela impugnante no valor de R\$ 1.426.461,87.
- Requer a impugnante que seja reconhecida a total improcedência do lançamento, para: a) reconhecer preliminarmente o vício material não sanável incorrido pelas autoridades fiscais na determinação da base de cálculo dos tributos; e b) reconhecer a inexistência de eventual ganho de capital não apurado pela impugnante quando da alienação da Jantus.
- Protesta a impugnante por todos os meios de prova e requer que se converta o julgamento em diligência, caso se acredite oportuno, para confrontar os documentos anexados por cópia com os originais ou esclarecer quaisquer razões de fato pertinentes.

No recurso voluntário são reiteradas as razões de impugnação, havendo ainda argumentação relativa à alegada inovação pela DRJ/BHE nos seguintes termos:

"Como visto, a DRJ/BHE acolheu a fundamentação apresentada pela Recorrente, no sentido de que o balanço empregado pela dd. autuação supera a defasagem temporal autorizada pela legislação (fls. 1034), o que implicaria na nulidade do lançamento. No entanto, em resposta a alegação do referido vício, a decisão de primeira instância constrói, em prejuízo do contribuinte, nova linha argumentativa que não consta na acusação, transcendendo os limites do processo administrativo em clara inovação fática do lançamento."

[...]

No caso concreto, a DRJ de forma inovadora busca afastar o argumento de que a companhia teria um patrimônio líquido positivo à época da sua alienação com fundamento nas demonstrações financeiras da Jantus em 31/12/2011 (fls. 971/1020), anexadas aos autos pela Recorrente.

[...]

O julgamento foi então convertido em diligência para que a recorrente seja intimada a apresentar balanço da Jantus (empresa cuja participação foi alienada), tendo como base algum dos trinta dias anteriores ao da alienação.

Realizada a diligência, a Unidade de Preparo concluiu:

Considerando que após três tentativas a empresa não apresentou quaisquer documentos ou esclarecimentos hábeis a comprovar suas próprias alegações levantadas no Recurso Voluntário, quais sejam, que entre setembro de 2011 e a data da venda ocorreram eventos que contribuíram para a melhora da posição patrimonial da JANTUS, resta evidenciado que o custo a ser considerado no cálculo do ganho de capital é exatamente aquele utilizado pela fiscalização na lavratura do auto de infração, ou seja, “zero”.

A Recorrente apresentou manifestação em que aduz que a diligência reconhece a defasagem temporal entre a data do balanço utilizado e o prazo previsto na legislação, nos termos do art. 427 do RIR/99.

Acrescenta a impossibilidade de se refazer o lançamento por meio de diligência. Por fim, que não pode a fiscalização atribuir o erro na delimitação do fato gerador à Recorrente.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto, Relator.

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, motivo pelo qual dele tomo conhecimento.

A Recorrente pleiteia a nulidade do lançamento em razão de erro na eleição do fato gerador e da base de cálculo.

Nesse sentido, a Recorrente alega que houve erro com relação à data de ocorrência da venda no auto de infração. Para tanto, transcreve trecho do relatório de fiscalização (fl. 756), no qual consta que a data da venda é de novembro de 2011, assim como o balanço utilizado é de setembro de 2011, conforme abaixo:

Com relação ao inciso I do artigo 248, o balanço por nós utilizado para apuração do valor exato do custo foi o balanço da Jantus de setembro de 2011 e o contrato de compra e venda, onde aliás está inserido tal balanço, foi celebrado em novembro do mesmo ano, portanto, está no prazo delimitado pela legislação.

Assim, a Recorrente aponta que o acordo da venda foi firmado em 7 de abril de 2011, estabelecendo-se que a venda somente aconteceria após o implemento de condição, sobretudo a obrigatoriedade de expedição de notificação do fato ao comprador, de modo que somente com a ciência da notificação é que o negócio estaria concluído.

Tal notificação somente aconteceu em 16/12/2011, sendo que em tal documento as partes definiram a data da venda como 19/12/2011, de modo que não havia venda antes dessa data, uma vez que não havia sido cumprida condição contratual previamente pactuada.

A Recorrente pontua que a própria DRJ reconhece que a alienação ocorreu em dezembro, o que pode ser observado do trecho abaixo do Acórdão da DRJ:

Tendo em vista o acima exposto, cabe ponderar que, em outras passagens do termo de verificação, como as abaixo reproduzidas, o próprio autuante reconhece que a alienação da participação societária ocorreu de fato em dezembro de 2011, tal qual informa a impugnante.

C) Portanto, na época da cisão da CITICORP e constituição da CITIPAR o valor do investimento na JANTUS que perdurou até a venda das ações para a CPFL Comercialização S/A, ocorrida em dezembro de 2011 era: [fls. 749]

(...)

No caso em exame, vimos que a CITICORP investiu R\$ 91.531.461,82 na Jantus

SL e que este valor permaneceu na conta de investimentos dentro da contabilidade do fiscalizado até dezembro de 2011 quando vendeu a participação e recebeu da CPFL o valor de R\$ 92.957.923,69, apurando naquele ano calendário um ganho de capital de R\$ 1.426.461,87. [fls. 752]

Vale ainda acrescentar, e isso é o mais importante, que os autos de infração também indicam ser dezembro de 2011 o mês de ocorrência do fato gerador das exigências fiscais (fls. 728 e 736).

Como se vê, não procede a alegação de que teria havido erro na eleição do fato gerador e da base de cálculo.

Dessa forma, a alegação da Recorrente é procedente na medida em que no Acórdão da DRJ, parte-se da premissa de que a venda ocorreu em dezembro de 2011, no entanto, os trechos citados do relatório de fiscalização tão somente informam que o investimento permanecia contabilizado na investidora até dezembro, sem que com isso se afirme que a operação de venda tenha ocorrido em dezembro.

Nessa linha, se o relatório de fiscalização partisse da premissa de que a venda ocorreu em dezembro de 2011, não faria sentido trabalhar com o balanço de três meses antes, isto é, de setembro de 2011, para determinação do valor do investimento.

Como decorrência do exposto, não tenho dúvida que o lançamento está eivado de nulidade, visto que diferentemente do que preceitua o artigo 142 do CTN, não houve o cuidado necessário no cálculo do tributo devido, pois o uso de balanço patrimonial de 80 dias antes da data da venda representa alteração da própria base de cálculo do tributo.

Assim, a DRJ entra em contradição ao entender que a venda ocorreu em dezembro de 2011, mas admite o uso de balanço patrimonial de 80 dias antes da data da venda da participação societária.

Para confirmar os erros na autuação fiscal, destaque-se que: (i) houve o uso equivocado de demonstração consolidada da Jantus em 30/09/2011; (ii) o cálculo do ganho de capital será feito de acordo com balanço levantado na data de alienação ou até 30 dias antes; e (iii) a regra societária do método de equivalência patrimonial admite balanço de referência com diferença máxima de 60 dias.

No tocante ao uso de demonstração financeira consolidada, cumpre transcrever trecho do relatório de fiscalização, no qual se demonstra que a autuação se deu com base em uma contabilidade consolidada:

30/09/11 – EM REAIS	JANTUS	SIF ENERGIE	SIF WIND	CONBINED	DEBT/CRED	CONSOLIDED
SHARE CAPITAL	280.039	21.111.120	1.000	21.392.159	-21.112.120	280.039
SHARE PREMIUM	164.943.797			164.943.797		164.943.797
FISCAL INC RESERVE		3.012.863		3.012.863		3.012.863
ACCUMULATE DEFICIT	-26.801.684	-232.699.105	19.932.513	279.433.302	21.112.120	-258.321.182
FOREIGN EX-CHANGE	92.280			92.280		92.280
SHAREHOLDERS EQUITY	138.514.432	-208.575.122	19.931.513	-89.992.203	0	-89.992.203

Do quadro imediatamente acima é possível constatar que a Jantus SL (sediada na Espanha) não pratica a equivalência patrimonial e demonstra um patrimônio líquido positivo que é muito diferente do consolidado onde registra significativo patrimônio líquido negativo, melhor explicando, no balanço da Jantus SL não registra os resultados encontrados em suas controladas, logo para apuração do custo do investimento torna-se necessário considerar o valor consolidado.

Destaque-se a tributação em bases consolidadas é vedada no Brasil. Embora na redação original do Decreto-Lei n. 1.598/77, houvesse previsão de tal tributação, ela foi revogada antes mesmo de entrar em vigor, de forma que o procedimento adotado na autuação fiscal se mostra totalmente errôneo.

No que tange à regra tributária de que o cálculo do ganho de capital será feito de acordo com balanço levantado na data de alienação ou até 30 dias antes, vale transcrever o art. 27 da Lei 7.799/89, que assim dispõe:

*Artigo 27 – A baixa de investimento **relevante e influente** em sociedade coligada ou controlada deve ser precedida da correção monetária e avaliação pelo valor de patrimônio líquido, com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação da coligada ou controlada, levantado na data da alienação ou liquidação ou até trinta dias, no máximo, antes dessa data.*

Como se nota, idealmente deveria ser adotado o balanço da data da alienação, no entanto, a lei admite balanço de até 30 dias antes da data da alienação, o que não ocorre na presente autuação fiscal.

Com relação à norma societária, é importante mencionar o artigo 248, I, da Lei das Sociedades Anônimas, que determina que o balanço a ser usado para fins de cálculo da

equivalência patrimonial deverá ter no máximo 60 dias antes da data do balanço da companhia, conforme abaixo:

Artigo 248 [...]

I – o valor do patrimônio líquido da coligada ou da controlada será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação levantado, com observância das normas desta Lei, na mesma data, ou até 60 (sessenta) dias, no máximo, antes da data do balanço da companhia.

Mais uma vez, mostra-se o descumprimento de lei pelo auto de infração.

Vale mencionar que a própria decisão de piso reconhece a não observância do prazo legal (fl. 1.034) no seguinte trecho:

Com efeito, o período transcorrido entre a data do balanço consolidado utilizado pelo autuante (em que se apurou passivo a descoberto no valor de R\$ 89.902.203,00) e a data de alienação da participação societária, conforme confirmam os elementos constantes dos autos, supera, sim, a defasagem máxima permitida pela legislação de regência.

Todavia, a DRJ valida o lançamento mediante nova motivação, mais precisamente com fundamento no balanço consolidado em 31/12/2011 (de fls. 971/1020), o qual, repita-se, é diferente do que se valeu a autoridade autuante (30/09/2011), concluindo que:

Em suma, o referido balanço, levantado no mesmo mês da alienação, não somente elimina eventuais incertezas decorrentes da defasagem temporal do balanço anterior, mas também termina por confirmar a tese fiscal de que seria realmente negativo o patrimônio líquido da Jantus em 19/12/2011, data da alienação, de modo que não cabe nenhum reparo nos cálculos elaborados pelo autuante para fins de apuração do ganho de capital.

Não há como admitir inovação de fundamentação do auto de infração no âmbito do Acórdão da DRJ. Assim, o ordenamento jurídico não admite que um lançamento tributário seja feito sem a adequada motivação e valoração jurídica na peça acusatória.

Há, portanto, descumprimento do artigo 142 do CTN, que assim dispõe:

Artigo 142 – Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o

montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Assim, diante de defeito no lançamento em requisito fundamental ou estrutural, ou seja, a valoração jurídica do fato tributário, determinação da matéria tributável e cálculo do tributo devido, há vício insanável no auto de infração.

Cito aqui exemplos de precedentes do CARF que ratificam esse entendimento:

PREVIDENCIÁRIO. VERDADE MATERIAL. LANÇAMENTO. NULIDADE. VÍCIO MATERIAL. É um princípio específico do processo administrativo. A nulidade será declarada pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade. Se o lançamento contiver vício instalado na produção, em sua dinâmica, com defeito na composição, mediante explícita presunção e ausência de provas, ônus do sujeito ativo, ensejará a nulidade dado que maculado de vício material comprometedor do crédito e da sua motivação. (Acórdão n.º 2301004.930. Data de decisão: 09/05/2017).

NULIDADE DE LANÇAMENTO. VÍCIO MATERIAL. VÍCIO FORMAL. ASPECTOS QUE ULTRAPASSAM O ÂMBITO DO VÍCIO FORMAL. Vício formal é aquele verificado de plano no próprio instrumento de formalização do crédito, e que não está relacionado à realidade representada (declarada) por meio do ato administrativo de lançamento. Espécie de vício que não diz respeito aos elementos constitutivos da obrigação tributária, ou seja, ao fato gerador, à base de cálculo, ao sujeito passivo, etc.

A indicação defeituosa ou insuficiente da infração cometida, da data em que ela ocorreu, do montante correspondente à infração (base impositiva); e dos documentos caracterizadores da infração cometida (materialidade), não configura vício formal.” (Acórdão n.º 9101002.146, Sessão de 07/12/2015, Relator Rafael Vidal de Araújo).

E nem se diga que a DRJ poderia legitimar o lançamento com base em outro balanço consolidado, ainda que considerado este como o correto e usado pelas partes, uma vez que tal medida, além de cercear o direito de defesa, caracteriza verdadeira inovação na motivação da autuação e do julgamento, na linha do precedente desta C. Câmara:

INOVAÇÃO NOS CRITÉRIOS JURÍDICOS DO LANÇAMENTO PELAS AUTORIDADES JULGADORAS. IMPOSSIBILIDADE. Às autoridades

juízas de primeira instância não compete o aprimoramento do lançamento realizado. A adoção de critérios novos para a manutenção do lançamento, em conteúdo diverso daquele inicialmente utilizado, importa em efetiva nulidade da atuação das autoridades juízas. (Acórdão n.º 1201001.557. Sessão de 14/02/2017)

Vale destacar ainda que embora propugne a manutenção da autuação fiscal, a diligência fiscal reconhece que a data da venda da participação societária é 19/12/2011, ao passo que o balanço utilizado na autuação para fins de cálculo do ganho de capital é de 30/09/2011, mencionando ainda que deveria ter sido utilizado balanço com ao menos 30 dias de defasagem.

Por fim, ainda que fosse o caso de admitir que o ganho de capital devesse ser calculado considerando o método de equivalência patrimonial, seria necessário aplicar o disposto no artigo 20 do Decreto-Lei n. 1.598/77, isto é, a aquisição de investimento sujeito ao método de equivalência patrimonial requer o desdobramento do custo de aquisição com o registro do ágio ou deságio, diferentemente do que foi feito na autuação que considerou todo o montante como investimento sujeito à equivalência patrimonial.

Nessa linha, resta evidente mais uma nulidade do auto de infração que, parte da premissa de obrigatoriedade da Recorrente ao método de equivalência patrimonial, no entanto, não efetua o cálculo da base de cálculo nos termos do artigo 20 do Decreto-Lei n. 1.598/77.

A título de ilustração, se o patrimônio líquido da Jantus fosse negativo, tal qual na época da alienação, todo o montante do preço pago pela sua aquisição seria considerado como ágio, sendo dedutível no momento da venda da participação societária.

Como não houve recomposição do cálculo do custo de acordo com o artigo 20 do Decreto-Lei n. 1.598/77, não é possível saber qual seria o montante do ágio ou deságio.

Isto posto, de se reconhecer a nulidade suscitada. Ocorre que, entendo também assistir razão à Recorrente no mérito da demanda, o que passo a expor em atendimento ao art. 59, §3º o Decreto-Lei n. 70.235.72:

Art. 59. São nulos:

- I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;
- II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º **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 suprir-lhe a falta. [\(Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993\)](#)**

No presente caso, o auto de infração foi lavrado, pois supostamente a Recorrente teria reduzido o lucro sujeito à tributação pelo ganho de capital, por avaliar o investimento na empresa espanhola Jantus pelo custo de aquisição e não pelo MEP.

Ocorre que o art. 248 da Lei das Sociedades Anônimas estabelece a obrigatoriedade do MEP para investimentos em coligadas ou em controladas:

Art. 248. No balanço patrimonial da companhia, **os investimentos em coligadas ou em controladas e em outras sociedades que façam parte de um mesmo grupo ou estejam sob controle comum serão avaliados pelo método da equivalência patrimonial**, de acordo com as seguintes normas: [\(Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009\)](#)

I - o valor do patrimônio líquido da coligada ou da controlada será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação levantado, com observância das normas desta Lei, na mesma data, ou até 60 (sessenta) dias, no máximo, antes da data do balanço da companhia; no valor de patrimônio líquido não serão computados os resultados não realizados decorrentes de negócios com a companhia, ou com outras sociedades coligadas à companhia, ou por ela controladas;

II - o valor do investimento será determinado mediante a aplicação, sobre o valor de patrimônio líquido referido no número anterior, da porcentagem de participação no capital da coligada ou controlada;

III - a diferença entre o valor do investimento, de acordo com o número II, e o custo de aquisição corrigido monetariamente; somente será registrada como resultado do exercício:

- a) se decorrer de lucro ou prejuízo apurado na coligada ou controlada;
- b) se corresponder, comprovadamente, a ganhos ou perdas efetivos;
- c) no caso de companhia aberta, com observância das normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários.

§ 1º Para efeito de determinar a relevância do investimento, nos casos deste artigo, serão computados como parte do custo de aquisição os saldos de créditos da companhia contra as coligadas e controladas.

§ 2º A sociedade coligada, sempre que solicitada pela companhia, deverá elaborar e fornecer o balanço ou balancete de verificação previsto no número I.

A leitura do disposto no art. 248 exige que se conheça o conteúdo do art. 243 da Lei das Sociedades Anônimas que define o que são coligadas e controladas:

Art. 243. O relatório anual da administração deve relacionar os investimentos da companhia em sociedades coligadas e controladas e mencionar as modificações ocorridas durante o exercício.

§ 1o **São coligadas as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa.** (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 2º Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.

§ 3º A companhia aberta divulgará as informações adicionais, sobre coligadas e controladas, que forem exigidas pela Comissão de Valores Mobiliários.

§ 4º Considera-se que há influência significativa quando a investidora detém ou exerce o poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional da investida, sem controlá-la. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 5o **É presumida influência significativa quando a investidora for titular de 20% (vinte por cento) ou mais do capital votante da investida, sem controlá-la.** (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

Verifica-se que hoje há uma presunção de coligação nos casos em que a INVESTIDORA, destaca-se, a investidora – e não seu grupo, detenha mais de 20% do capital da

investida. De sorte que entendo que a metodologia adotada pela fiscalização – em somar o capital da Citipar BR e da Citi North America – para fins de determinar a coligação da Jantus carece de fundamento normativo.

A afirmação não implica que não se possa ter uma coligada com participação menor que 20% do capital, mas que nesses casos cabe à fiscalização comprovar a influência significativa, o que não se fez no presente caso.

Também não se fale em grupo, pois não há comprovação de sua existência regular, nos termos do art. 265 e seguintes da Lei das S/A, ou irregular, ainda que se considere o Parecer Normativo 4/2018. Assim sendo, de se afastar a utilização do MEP no presente caso, correto, portanto, o cálculo carreado pela Recorrente que adotou por base o Custo de Aquisição.

Vale mencionar que o artigo 243, §5º, da Lei das S/A se refere à presunção de influência significativa quando o investimento for de 20% ou mais do capital social, o que pressupõe que pode ser comprovado que inexistente influência significativa. Nesse sentido, cite-se a doutrina de Ernesto Rubens Gelbcke, Ariovaldo dos Santos, Sérgio de Iudicibus e Eliseu Martins no Manual de Contabilidade Societária da FIPECAFI (São Paulo: Atlas, 2018, p. 572):

E é por essa razão que a participação de 20% ou mais no capital votante constitui um conceito presumido de influência, indicando que essa premissa pode ser refutável. Isso implica que uma empresa pode possuir 5% do capital votante de outra companhia e concluir (e poder provar) que possui influência significativa, considerando sua relação de propriedade em conjunto com outras evidências de influência. Ou ainda, uma empresa pode possuir 25% do capital votante de outra companhia e concluir (e provar) que não possui influência significativa, dado que não participa nem tem condições de participar do processo decisório de sua investida (principalmente se não for uma S.A.). Lembrar que, se o percentual de participação subir ao ponto de se obter controle, a investida deixa de ser coligada e passa à condição de controlada; o mesmo ocorre se se obtiver a condição de controlador em conjunto. Os caminhos inversos também podem ocorrer.

Assim, ainda que o percentual de participação societária fosse superior a 20% seria possível manter o investimento pelo custo de aquisição se a administração da entidade

entendesse que não havia influência significativa, de modo que caberia à fiscalização a comprovação de tal influência.

Verifica-se que a atuação fiscal se baseia em conceito de investimento relevante para fins de determinação de quem está obrigado ao método de equivalência patrimonial. Embora este já tenha sido no passado critério para tal determinação, hoje a obrigatoriedade do método se dá nas situações de controle ou de influência significativa.

Ainda que o conceito de investimento relevante ainda exista no parágrafo único do artigo 247 da Lei das S/A, trata-se de dispositivo relacionado apenas à evidenciação de participações societárias em notas explicativas.

Ao comentar o referido dispositivo, Modesto Carvalhosa aponta a singularidade brasileira de manter o conceito de relevância para fins de notas explicativas:

A nova redação dada pela Lei de 2009 ao caput deste art. 247 suprimiu a referência a investimentos relevantes, substituindo-a pela exigência de elaboração de notas explicativas a respeito dos “investimentos a que se refere o art. 248”. Ocorre que referido art. 248 da lei societária, que dispõe sobre o método de avaliação pela equivalência patrimonial, simplesmente se refere aos investimentos em coligadas, controladas e sociedades sob controle comum, sem mencionar o requisito de relevância para a investidora. (...)

O critério para se classificar o investimento em relevante, para efeito dessas informações e de outras sequências contábeis e jurídicas, parece ser apenas brasileiro. O International Accounting Standards Board – IASB, órgão com representação em mais de uma centena de países, entre eles o Brasil, e que procura harmonizar as práticas contábeis no mundo todo – propugna pelo uso do denominado equity method em todos os investimentos sobre os quais se tenha controle ou influência, independentemente da figura de relevância aqui criada.

Essa criação brasileira da figura da relevância, como definida, pode causar situações de lógica duvidosa, tais como: a companhia A pode não ser obrigada a informar detalhes de seu investimento na controlada B porque possui investimentos inferiores aos percentuais exigidos sobre o

patrimônio desta. Mas talvez a companhia C, investidora minoritária na mesma companhia B – sua coligada apenas –, pode ser obrigada a dar todas as informações, pois, para ela, o conceito de relevância está presente. (CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas. Tomo II. São Paulo: Saraiva, 2014. pp. 77-78)

Ao comentar o parágrafo único do artigo 247 da Lei das S/A em obra coordenada por Nelson Eizirik, Vinícius Aversari Martins pontua que:

“O parágrafo único define o que são “investimentos relevantes”, tanto no plano individual como no plano coletivo. Esse conceito, no entanto, perdeu importância com as alterações introduzidas na Lei das S.A. pelas Leis nº 11.638/2007 e 11.941/2009, que eliminaram a sua utilização na prática societária. Antes dessas alterações, tal expressão era usada como regara para fins de registro das participações societárias, porém, como as normas internacionais de contabilidade (IFRS) são baseadas em princípios, essa regra deixou de fazer sentido; assim a definição permaneceu na Lei das S.A., mas sem efeitos práticos”. (EIZIRIK, Nelson. A Lei das S/A Comentada. Volume III. São Paulo: Quartier Latin: 2011. p. 373)

Como se vê, a noção de investimento relevante torna-se quase “irrelevante” com a convergência das normas contábeis brasileiras às normas contábeis internacionais, uma vez que tal noção não é mais utilizada para fins de determinação de quem era obrigado ao método de equivalência patrimonial.

Vale destacar que o principal fundamento da autuação foi que a Recorrente estaria obrigada ao método de equivalência patrimonial por possuir investimento relevante conforme abaixo:

(...)

Considerando que a CITIPAR detinha à época da negociação 19,824% e que CITI NORTH AMERICA detinha cerca de 8,910%, portanto, o grupo Citi detinha cerca de 28,734% e estando, ambas, sob a mesmo domínio societário, indica que o procedimento a ser executado era de equivalência patrimonial, dada a condição de influência direta e indireta na Jantus.

Se considerarmos o valor do investimento contra o patrimônio líquido da fiscalizada, como já vimos, apontava um percentual superior a 18%, portanto maior que 15%, indicando à época, um investimento relevante, conforme legislação da Sociedade Anônima (Lei n.º 6.404/76) sem as alterações consignadas em 2008, se conclui, adicionalmente, pela prática do método da equivalência patrimonial.

Resta clara a impropriedade praticada pela autoridade fiscal ao usar como premissa um conceito equivocado.

Nesse diapasão, voto por conhecer, e, no mérito, DAR PROVIMENTO ao recurso.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Alexandre Evaristo Pinto – Relator

Voto Vencedor

Conselheiro Allan Marcel Warwar Teixeira, Redator Designado

Em que pesem as razões do ilustre relator, peço vênias para dele divergir quanto ao mérito da questão.

Em síntese, a Recorrente alienou participações societárias na sua investida espanhola JANTUS para a empresa denominada CPFL em 19/12/2011 e apurou um ganho de capital reduzido, tendo em vista ter adotado como critério para a contabilização do investimento o custo de aquisição em vez do Método da Equivalência Patrimonial (MEP).

Examinando ainda o balanço de 30/09/2011 da investida JANTUS, verificou a autoridade autuante que esta teria, à data da alienação, Patrimônio Líquido negativo. Assim, atribuiu custo zero para o investimento para fins de apuração de ganho de capital e, por consequência, tributou o valor cheio da alienação.

Sem embargo, a obrigação de avaliar o investimento pelo MEP decorre de previsão no art. 384 do RIR/99:

Art. 384. Serão avaliados pelo valor de patrimônio líquido os investimentos relevantes da pessoa jurídica (Lei nº 6.404, de 1976, art. 248, e Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 67, inciso XI):

I - em sociedades controladas; e

II - em sociedades coligadas **sobre cuja administração tenha influência, ou de que participe com vinte por cento ou mais do capital social.**

No caso dos autos, a Recorrente chegou a possuir, antes da alienação da alienação das cotas JANTUS à CPFL, 31,60%, como informa o Termo de Verificação Fiscal:

Quando foi efetuada a conversão de empréstimos tomados pela Jantus SL em participação societária para seus credores, entre eles, a CITICORP NORTH AMERICA, INC, Black River e Liberty. Por meio do citado aumento de capital que resultou em emissão de 72.001 novas cotas, **a participação do CITIPAR passou de 31,60% para 19,82%.**

Mais adiante, reitera a autoridade autuante:

De tudo o que foi exposto, ficou demonstrado nos autos que a CITIPAR detinha cerca de 37% de participação na Jantus e, portanto, estava obrigada à adoção do MEP para avaliação dos seus investimentos naquela sociedade.

Assim, é incontroverso que a Recorrente chegou a possuir participação societária relevante superior a 20% na JANTUS em data anterior à transação com a CPFL. Logo, estava a Recorrente obrigada, ao menos já num primeiro momento, a avaliar o investimento na JANTUS pelo MEP, e não pelo custo de aquisição, como fez.

A este respeito, consignou a autoridade autuante:

Outro fator a ser registrado é o que trata dos casos dos investimentos que deixaram de ser avaliados pela equivalência patrimonial, e neste quesito **entende-se que o saldo existente no balanço de abertura, englobando os valores da equivalência propriamente dita, passa a ser considerado como um novo custo a partir desta data.** (negrito do autor).

Ou seja, a participação na investida, numa pior das hipóteses, deve estar congelada pelo valor da última avaliação pelo MEP antes de o investimento ter deixado de ser relevante em razão dos prejuízos acumulados por ele. Por óbvio, a aferição da relevância não pode levar em consideração o resultado negativo da equivalência patrimonial negativa do próprio período.

A falta de registro pela equivalência patrimonial, inclusive, foi objeto de ressalva por laudo da consultoria KPMG, quando avaliou a cisão da CITICORP da qual foi dada origem à Recorrente CITIPAR:

A CITICORP possuía 37% da Jantus SL. **A administração não reconheceu os resultados de equivalência patrimonial provenientes da participação societária na Jantus SL**, correspondentes ao exercício findo em 31/12/2009 e ao período de 01/01/10 a 31/10/10, no montante de R\$ 18.874.000,00, líquido dos efeitos tributários.

Com base nos exames efetuados, **concluimos que, exceto pelos efeitos do ajuste mencionado no parágrafo anterior**, o valor dos bens, dos direitos e das obrigações que integram o patrimônio líquido contábil da CITICORP, conforme balanço patrimonial de 31/10/10 (anterior ao evento societário descrito no item 1 (reorganização)), é de R\$ 732.202.533,64 (setecentos e trinta e dois milhões, duzentos e dois mil, quinhentos e trinta e três reais e sessenta e quatro centavos) e está registrado nos livros de contabilidade, de acordo com as práticas contábeis adotadas no BRASIL”.

Indo além, entendeu a autoridade autuante que o dever da Recorrente de avaliar o investimento pelo MEP não cessou quando ela reduziu sua participação para dos 37% para 19,82%, ao situar-se, portanto, abaixo dos 20% legais. Isto porque, analisando o grupo CITI de forma mais abrangente, concluiu a autoridade autuante que a Recorrente permaneceu a ter influência sobre a administração da JANTUS, satisfazendo, portanto, a primeira hipótese da alínea II do art. 384 do RIR/99 ao norte já transcrita.

Assim, correta a autuação sob a premissa de que a Recorrente estava obrigada a avaliar o investimento pelo MEP. Não tendo sido cumprida esta condição, sendo ainda negativo

o PL da investida à época da alienação, correto assumir como zero o custo para fins de apuração do ganho de capital, ressalvada uma eventual prova em contrário pela Recorrente.

Contudo, em vez de tentar demonstrar que, pelo MEP, seu custo deveria ter sido outro que não zero, a Recorrente insistiu na tese de que poderia avaliar o seu investimento pelo custo de aquisição e questionou ainda o balanço utilizado pela autoridade autuante na conclusão quanto à obrigatoriedade do MEP e da existência de Passivo a descoberto à época da alienação.

Quanto ao balanço tomado por base pela autoridade autuante, a Recorrente arguiu que a data de sua emissão (30/09/2011) extrapolou o limite de 60 dias prescrito pelo art. 427 do RIR/99 e pelo art. 248, I, da LSA para ser usado na alienação ocorrida em 19/12/2011. Ou seja, teriam transcorridos 80 dias. Além disso, estaria incorreta a data de apuração do ganho de capital, a qual teria sido no mês de dezembro e não no de novembro, como tomou a autoridade autuante inclusive expressamente para fins de contagem do prazo de sessenta dias. Assim, arguiu a nulidade da autuação fiscal.

Pois bem, quanto ao fato gerador da operação, este está corretamente identificado no Auto de Infração, como se observa às fls. 729 (31/12/2011). O fato de a autuação não ter identificado a data exata de 19/12/2012 não torna incorreta a identificação do fato gerador em 31/12/2011, por este ser anual. A questão a ser enfrentada é de se o limite de 60 dias foi extrapolado e se isto é relevante para fins de autuação fiscal.

A autoridade julgadora de primeira instância confirma que o limite foi extrapolado. Contudo, na mesma linha da DRJ, entendo que isto não é causa de nulidade da autuação, devendo-se ser esgotada a análise do mérito quanto a se de fato a JANTUS tinha PL negativo ou não na data da alienação.

Prosseguindo nesta análise, a autoridade julgadora de primeira instância confirmou, com base no balanço de 31/12/2011 apresentado pela própria Recorrente na Impugnação, que a investida da Recorrente possuía Passivo a descoberto de R\$ 61.585.000,00 em 19/12/2011. Isto porque no balanço de 31/12/2011 a JANTUS apresentava PL de R\$ 292.854 mil, mas houvera um aumento de capital, seguida à alienação, de R\$ 354.439.000,00. Assim, confirmou-se a tese da fiscalização de que de fato a JANTUS possuía PL negativo à data de 19/12/2011.

A DRJ, portanto, conseguiu esclarecer, com base em documentos apresentados pela própria Recorrente, então Impugnante, que de fato a JANTUS possuía PL negativo à data de alienação. Ou seja, a decisão da DRJ está em plena consonância com o princípio da Verdade Material.

Contra a decisão da DRJ neste ponto, a Recorrente, mais uma vez, não questionou o mérito, arguindo desta vez a nulidade relacionada ao que chama inovação fática do lançamento na decisão de primeira instância.

Quanto a isto, em primeiro lugar, não há que se falar em nulidade em face do art. 146 do CTN por mudança de critério jurídico, já que este é idêntico tanto na autuação, quanto na decisão da DRJ. Qual seja, a Recorrente sujeitou-se a apurar custo zero quando avaliou o investimento pelo custo de aquisição em vez de pelo MEP, sendo que ainda o PL da investida era negativo por ocasião da alienação da participação societária.

Em segundo lugar, em termos processuais, não vejo nenhum prejuízo ao contraditório, já que a acusação fiscal também permaneceu a mesma. Apenas foi confirmada a

constatação da fiscalização por meio de provas juntadas pela própria Recorrente com a Impugnação.

Pelo exposto, voto por conhecer do Recurso Voluntário para, no mérito, negar-lhe provimento.

É como voto.

Allan Marcel Warwar Teixeira – Redator Designado.

Declaração de Voto

Conselheira Gisele Barra Bossa.

Em que pese o bem fundamentado voto do i. Relator, cujas razões concordo integralmente, essa Colenda Turma, por voto de qualidade, manteve os lançamentos de IRPJ e CSLL.

Ocorre que, no curso dos debates, incomodou-me o fato de que um dos grandes argumentos trazidos para afastar o cancelamento dessas autuações foi a ocorrência de planejamento tributário abusivo e, por conseguinte, estaria o fisco “autorizado” a requalificar os fatos e negócios jurídicos.

Vejam que, a empresa foi autuada por suposta falta de contabilização do ganho de capital apurado na alienação de investimento avaliado pelo valor do patrimônio líquido, o que acabou por reduzir indevidamente o lucro sujeito à tributação do IRPJ e da CSLL no ano-calendário de 2011.

Em síntese, os fatos iniciaram-se em 26/11/2010 com a constituição da ora Recorrente (Citi Participações e Investimentos Ltda. (CITIPAR)), a partir da cisão de 94,52% do patrimônio da Citicorp Mercantil Participações e Investimentos Ltda. (CITICORP).

Na ocasião, a CITICORP transferiu para a CITIPAR ações da espanhola JANTUS que eram de sua titularidade, pelo valor de subscrição e aquisições efetuadas.

Em 19/12/2011, a CPFL Comercialização do Brasil S/A adquiriu a totalidade das ações da JANTUS, sendo 37% de propriedade da CITIPAR, a qual contabilizava o investimento pelo custo de aquisição (e não por equivalência patrimonial), deixando de reconhecer integralmente em sua contabilidade, por consequência, o ganho de capital auferido por ocasião da alienação do investimento.

A CITICORP contabilizou o investimento na JANTUS pelo valor de R\$ 91.531.461,82, e este mesmo valor passou a ser contabilizado na CITIPAR até a alienação das

ações, quando recebeu da CPFL o valor de R\$ 92.957.823,69, apurando um ganho de capital de R\$ 1.426.461,87.

No entanto, a douta autoridade fiscal entendeu que a ora Recorrente estava obrigada à adoção do método de equivalência patrimonial e considerou que o valor da JANTUS, no momento da venda, era negativo em R\$ 89.992.203,00 (passivo a descoberto), conforme balanço que serviu de base para a negociação. Sendo assim, a fiscalização entendeu que a CITIPAR deveria ter registrado saldo “zero” na conta do investimento da JANTUS e, por via reflexa, deveria ter apurado como ganho de capital o próprio valor recebido na venda das ações, no montante de R\$ 92.957.923,69.

Conforme consignado no r. voto do I. Relator, o balanço utilizado na negociação (o qual serviu de base para o lançamento fiscal) era datado de 30/09/2011, ou seja, 80 dias antes da data da alienação que ocorreu em 19/12/2011, contrariando, **o disposto no art. 427 do RIR/99 e no art. 248, I, da LSA**. Tais disciplinamentos determinam que o método de equivalência patrimonial no caso de liquidação de investimento deve ter como referência o balanço da investida na data da alienação ou até 30 dias, no máximo, antes desta.

Diante dessa brevíssima descrição dos fatos, das razões que acabaram por direcionar meu voto no sentido de acompanhar o I. Relator, bem como da análise do próprio TVF, evidencio que **não há nos autos qualquer indício e/ou lastro probatório que dê azo a considerar essa operação abusiva**. Tanto é verdade que, sequer foi imputada multa qualificada.

Especificamente sobre esse aspecto, entendi relevante trazer considerações complementares, vez que, definitivamente, não cabe aqui a requalificação dos atos e negócios jurídicos e, tal argumento, acaba por violar os disciplinamentos constantes do artigo 146, do CTN¹.

Partir da premissa de que a operação aqui em análise tem caráter fraudulento implica em alterar não só a percepção do fato, mas o fato em si, em prejuízo para o contribuinte.

Como é cediço e resguardado na Constituição Federal, o direito a livre iniciativa deve ser observado para que, de um lado se respeite a possibilidade de o contribuinte se auto-

¹ Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.

organizar e gerir com eficiência suas atividades empresariais e, de outro, se preserve a justa arrecadação tributária.

Da mesma forma que o tributo é a principal fonte de receitas para manutenção do Estado, a preservação da ordem econômica também assume protagonismo constitucional para fins de garantir o pleno atendimento ao interesse público primário. Sem atividade produtiva, não se arrecada.

Nas palavras de Gustavo Binenbojm², *“a definição do que é interesse público, e de sua propositada supremacia sobre os interesses particulares, deixa de estar ao inteiro arbítrio do administrador, passando a depender de juízos de ponderação proporcional entre os direitos fundamentais e outros valores de interesse metaindividuais constitucionalmente consagrados”*.

De fato, o direito administrativo deve ser explicado a partir da proporcionalidade e não mais da supremacia e o dito interesse público prescinde da associação dos interesses públicos e particulares.

Celso Antônio Bandeira de Mello³ apresenta a noção de interesse público como a projeção de interesses individuais e privados no plano coletivo. O doutrinador rejeita a dissociação dos conceitos ao enfatizar a existência de ligação entre os interesses públicos e privados. Sabemos que não é fácil desconstruir velhos paradigmas, mas é evidente que o Estado brasileiro precisa se organizar para proteger, promover e compatibilizar direitos individuais e interesses gerais da coletividade para atender de forma efetiva os ditames constitucionais.

Não podemos olvidar que a manutenção e ampliação da atividade empresarial e, conseqüentemente, da ordem econômica é valor constitucional garantidor do desenvolvimento do país.

Assim sendo, tenho plena convicção de que o contribuinte não está obrigado a, no curso do exercício das suas atividades empresariais, optar pela forma tributariamente mais onerosa, tampouco deverá pagar o maior imposto possível.

Não é o caso, mas ainda que motivado pela economia tributária (leia-se boa gestão corporativa), são legítimos os atos praticados pelo contribuinte quando estes são lícitos e sua

² BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. In: Revista de Direito Administrativo (RDA), v. 239, jan/mar. 2005. Rio de Janeiro, p. 8. Disponível em: <https://goo.gl/LLUkGQ>. Acesso em: 10/05/2019.

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 53 e ss.

exteriorização revela coerência com os institutos de direito privado adotados e sua dinâmica operacional/negocial. Nesse sentido, vale referenciar o seguinte julgado deste E. CARF:

“Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008

SIMULAÇÃO DE NEGÓCIOS. SUBSTÂNCIA DOS ATOS.

O planejamento tributário que é feito segundo as normas legais e que não configura as chamadas operações sem propósito negocial, não pode ser considerado simulação se há não elementos suficientes para caracterizá-la. Não se verifica a simulação quando os atos praticados são lícitos e sua exteriorização revela coerência com os institutos de direito privado adotados, assumindo o contribuinte as consequências e ônus das formas jurídicas por ele escolhidas, ainda que motivado pelo objetivo de economia de imposto.”

(Acórdão nº 1302001.713, Rel. Cons. Hélio Eduardo de Paiva Araújo, J: 25/03/2015).

In casu, estamos diante de operação regular, onde não se verifica atipicidade da forma jurídica adotada em relação ao fim, ao intenso prático visado, tampouco adoção de forma jurídica anormal, atípica e inadequada. Definitivamente, não estamos diante de condutas abusivas.

E, por mais que as autoridades fiscais tentem aplicar **os efeitos** do citado parágrafo único do artigo 116, do CTN, a chamada "teoria da substância econômica", o entendimento uníssono na doutrina e jurisprudência atuais é o de que o referido dispositivo permanece sem efeitos e não pode ser aplicado a nenhum caso concreto até que sobrevenha a referida regulamentação por lei ordinária. Nesse sentido, já se manifestou a própria Receita Federal do Brasil:

"Desconsideração de Atos e Negócios Jurídicos - O parágrafo único do art. 116 do CTN, com redação dada pela Lei Complementar nº 104/2001, possui eficácia limitada, sendo imprescindível para sua eficácia plena a entrada em vigor de lei integrativa". (Decisão nº 3.310; 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Juiz de Fora/MG; sessão de 27/03/2003).

No mesmo sentido já se posicionou o antigo Conselho de Contribuintes:

"IPI. DESCONSIDERAÇÃO DE ATOS E NEGÓCIOS JURÍDICOS. O dispositivo previsto no parágrafo único do art. 116 do CTN, com a redação dada pela LC nº 104/2001, reveste-se de eficácia limitada, ou seja, dependia, à época da ocorrência dos fatos geradores alcançados pelo lançamento de ofício, da existência de norma integradora que lhe garantisse eficácia plena. Inexistente esta à época dos fatos, o lançamento padece da falta de suporte legal para sua validade e eficácia." (Acórdão nº 202-16.959, da antiga 2ª Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes; Rel. Cons. Maria Cristina Roza da Costa; sessão de 28/03/2006).

Note-se que, as normas gerais de controle de planejamentos tributários relacionadas às figuras do abuso de direito, abuso de forma, negócio jurídico indireto, inexistência de propósito negocial (razões extratributárias relevantes) **não têm amparo no Direito Tributário Brasileiro**. E, portanto, somente seria cabível a requalificação de atos e negócios jurídicos pela autoridade fiscal ante a comprovação da ocorrência de fraude, dolo ou simulação, nos termos do artigo 149, inciso VII⁴ e da observância das disposições contidas nos artigos 109⁵ e 114⁶, todos do CTN.

Dito isso e em vista da patente inadequação deste argumento ao caso concreto, reforço a importância da detida análise pelos I. Julgadores dos **fundamentos da autuação** de forma a garantir a devida valoração da prova, assertivas ponderações acerca das consequências práticas da decisão, a estabilidade e coerência do julgado.

Do exposto, reitero minha posição no sentido de CONHECER do RECURSO interposto e, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Gisele Barra Bossa

⁴ CTN, "Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos: (...) VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;"

⁵ CTN, "Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários."

⁶ CTN, "Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência."

Declaração de Voto

Conselheira Bárbara Melo Carneiro

A presente declaração de voto visa evidenciar os motivos pelos quais adoto entendimento diferente do que foi exposto no voto vencedor, no que diz respeito à possibilidade de se desconsiderar o custo efetivamente incorrido na apuração do ganho de capital.

Conforme se verifica dos documentos relativos à constituição da Recorrente, ela é o resultado da cisão parcial da Citicorp Mercantil Participações e Investimentos Ltda. (e- fls. 282 a 329) e, como se depreende do Protocolo e Justificação da Cisão Parcial da “Citicorp”, as ações por ela detidas na “ Jantus” (no total de 37,19% do capital social) foram transferidas à Recorrente, em virtude da cisão parcial ocorrida em 31 de outubro de 2010.

O Laudo de Avaliação dos bens elaborado pela KPMG evidencia que a Citicorp não havia reconhecido “*os resultados de equivalência provenientes da participação societária na Jantus, correspondentes ao exercício findo em 31 de dezembro de 2009 e ao período de 1º de janeiro a 31 de outubro de 2010, no montante de R\$18.874.000,00*”.

Sobre esse excerto do Laudo de Avaliação elaborado pela KPMG, a Autoridade Fiscal conclui que a própria empresa de auditoria teria evidenciado o desrespeito às práticas contábeis, *in verbis*:

[...] é mister ressaltar, neste ponto, que a própria KPMG observa que as práticas contábeis adotadas no Brasil foram respeitadas, exceto quanto ao acolhimento dos resultados do investimento da Jantus, onde não foram efetuados os correspondentes lançamentos de equivalência patrimonial.

Nesse sentido, a Autoridade Fiscal reconstrói o valor do investimento na Jantus, que corresponde ao custo de aquisição (valores relativos às aquisições e às subscrições de capital, sem considerar qualquer mensuração por meio da equivalência patrimonial):

A) Investimento inicial pela Citicorp Mercantil Participação e Investimento em 2007

INICIAL	VALOR REAIS	VALOR EUROS	TX	N. AÇÕES	TOT AÇÕES	%
INICIAL				584	3098	
SUBSCRIÇÃO DE CAPITAL	50.371.517,82	18.412.661,41	2,7357	2.271	12.053	18,84
SUBSCRIÇÃO DE CAPITAL	4.333.937,82	1.665.061,19	2,6029	285	15.151	18,84
SUBSCRIÇÃO DE CAPITAL	11.242.864,81	4.365.822,00	2,5752	571	30.302	18,84
SUBSCRIÇÃO DE CAPITAL	3.380.582,53	1.312.541,75	2,5756	11.420	60.604	18,84
TOTAL	69.328.902,98	25.756.086,35	2,6917	15.131	121.208	18,84

B) Aquisição de ações de outras investidoras antes de 26/11/10

INICIAL	VALOR REAIS	VALOR EUROS	TX	N. AÇÕES	TOT AÇÕES	%
AQUISIÇÃO DE AÇÕES	4.364.601,70	1.683.030,00	2,5933			
AQUISIÇÃO DE AÇÕES	3.724.662,73	1.446.134,00	2,5756			
AQUISIÇÃO DE AÇÕES	10.222.332,02	4.075.240,00	2,5084			
AQUISIÇÃO DE AÇÕES	3.890.962,39	1.442.112,00	2,6910			
TOTAL	22.202.558,84	8.646.516,00	2,6917	22.238	121.208	18,35

C) Portanto, na época da cisão da CITICORP e constituição da CITIPAR o valor do investimento na JANTUS que perdurou até a venda das ações para a CPFL Comercialização S/A, ocorre em dezembro de 2011 era:

INICIAL	VALOR REAIS	VALOR EUROS	TX	N. AÇÕES	TOT AÇÕES	%
SUBSCRIÇÃO DE CAPITAL	69.328.902,98	25.756.086,35	2,6917	22.840	121.208	18,84
AQUISIÇÃO DE AÇÕES	22.202.558,84	8.646.516,00	2,5678	22.238	121.208	18,35
TOTAL	91.531.461,82	34.402.602,35	2,6917	45.078	121.208	37,19

Tem-se, portanto, o efetivo custo de aquisição apurado pela Autoridade Fiscal com os documentos obtidos durante o procedimento de fiscalização. Após criticar o fato de o investimento não estar sendo mensurado pela equivalência patrimonial, a Autoridade Fiscal evidencia também a ausência de registro para provisão para perdas de investimentos, nos seguintes termos: “a prática de método de custo de aquisição, no caso de a coligada ou controlada apresentar patrimônio líquido negativo, deverá ser registrado provisão para perda de investimento o que não foi efetuado” (e. fl. 750).

Sendo assim, a contribuinte teria se equivocado em mensurar o investimento por meio da técnica de custo de aquisição e, mesmo considerando essa técnica, teria se equivocado por não constituir “provisões”⁷ para perda desse investimento.

A conclusão da Autoridade Fiscal foi no sentido de que a Recorrente estava obrigada a mensurar o seu investimento na “Jantus” pelo método de equivalência patrimonial (MEP) e que, portanto, “mantido o valor de R\$ 91.531.461,82 na conta de investimentos sem registrar perdas através de provisão ou sem ajustar o investimento pela equivalência patrimonial propiciou ao contribuinte a apuração de ganho de capital de R\$ 1.539.858,82 mercê do recebimento de R\$ 92.957.923,69 pela alienação de sua fatia na Jantus SL.” (e-fl. 761). E conclui da seguinte forma:

Por tudo isso, concluo que a CITIPAR deveria, obrigatoriamente, registrar o investimento na Jantus SL pelo MÉTODO DA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL, resultando no saldo zerado da conta de investimento no momento da alienação de sua participação. Por via reflexa, o valor do ganho de capital apurado seria o próprio valor recebido na venda das suas ações da Jantus SL, no montante de R\$ 92.957.923,69. (e-fls. 763 e 764)

Tendo em vista que a linha de raciocínio adotada pelo i. Relator também expressa a minha, a presente declaração de voto visa apenas evidenciar o seguinte ponto: seja qual for a metodologia contábil de mensuração dos investimentos, para fins tributários será garantida a utilização do custo de aquisição para apuração do ganho de capital. Caso contrário, não se estará a tributar o acréscimo patrimonial (IRPJ) ou o lucro (CSLL), mas sim a receita.

⁷ As provisões dizem respeito ao passivo, sendo uma atecnia utilizar esse termo para identificar a eventual redução do valor de um ativo.

Isso significa que a metodologia contábil de mensuração da participação societária alienada não pode acarretar a redução de custo quando esse foi juridicamente incorrido. É dizer: o custo incorrido será sempre dedutível na apuração do ganho, independentemente de esse valor ter sido reduzido, em razão da metodologia de avaliação contábil do investimento. Negar a dedução do custo juridicamente incorrido seria tributar materialidade diversa do acréscimo patrimonial.

É importante notar que, mesmo se fosse o caso de investimento avaliado pelo método de equivalência patrimonial, seria necessário o desdobramento do custo de aquisição, apurando-se - na época dos fatos - o quanto do custo dizia respeito ao valor de patrimônio líquido e quanto representaria o ágio⁸. Sendo assim, se a Autoridade Fiscal considerou que o investimento deveria ter sido sujeito à avaliação pelo MEP, deveria ter aplicado os procedimentos relacionados ao desdobramento do custo, conforme determinava a legislação então vigente.

Tendo em vista que a participação societária adquirida tinha patrimônio líquido negativo, no desdobramento do custo de aquisição seria apurado ágio, que comporia o custo de aquisição no caso da alienação da participação societária, nos termos do art. 33, incisos I e II, do Decreto Lei nº 1.598/77, com a seguinte redação vigente à época dos fatos:

Art 33 - O valor contábil, para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 20), será a soma algébrica dos seguintes valores:

I - valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte;

II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados, nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real.

III - Revogado

IV - provisão para perdas (art. 32) que tiver sido computada na determinação do lucro real.

Em outras palavras, o fato de a participação societária estar – aos olhos da Fiscalização – mensurada pela técnica incorreta (custo e não MEP) não impediria o contribuinte de utilizar o montante do custo efetivamente incorrido (apurado, inclusive, pela Autoridade Fiscal) na apuração do ganho de capital. Se o patrimônio líquido da investida era negativo à época da sua aquisição, o montante de custo incorrido seria contabilizado como ágio e deduzido para determinação do ganho de capital, nos termos do art. 33 do Decreto Lei nº 1.598/77.

Em relação à ausência de registro de “provisão para perdas”, o raciocínio é o mesmo: o disposto no inciso IV, do art. 33, determinava que as “provisões” para as perdas prováveis na realização do valor de investimentos deveriam ser consideradas na apuração do custo de aquisição para determinar ganho de capital. Apenas se as “provisões” tivessem sido deduzidas do lucro real anteriormente é que esse montante não seria aproveitável como custo de aquisição.

⁸ Após a vigência da Lei nº 12.973/2014, o custo de aquisição é desdobrado em i) valor de patrimônio líquido na época da aquisição; ii) mais ou menos-valia, que corresponde à diferença entre o valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da porcentagem da participação adquirida, e o valor de patrimônio líquido; e iii) ágio por rentabilidade futura (goodwill).

Nesse mesmo sentido confira-se o disposto no art. 31, §3º:

Art 31 - Serão classificados como ganhos ou perdas de capital, e computados na determinação do lucro real, os resultados na alienação, inclusive por desapropriação (§ 4º), na baixa por perecimento, extinção, desgaste, obsolescência ou exaustão, ou na liquidação de bens do ativo permanente.

[..] § 3º - O ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento será determinado com base no valor contábil (§ 1º), diminuído da provisão para perdas (art. 32) que tiver sido computada na determinação do lucro real.

É dizer: se o registro de tais “provisões” reduziu o lucro real no período em que foram reconhecidas, esses valores serão considerados para reduzir o valor do custo de aquisição da participação na alienação do investimento. Por outro lado, se esses valores não impactaram negativamente a base de cálculo do IRPJ, por terem sido adicionados ao lucro líquido do exercício (nos termos do art. 32, do Decreto Lei nº 1.598/77), tais provisões não serão consideradas no custo de aquisição do investimento.

Ressalte-se, nesse ponto, que se tais provisões sequer foram reconhecidas pela Recorrente em sua contabilidade, conforme atestou a própria Autoridade Administrativa. Portanto, não impactaram a base de cálculo em períodos anteriores. Sendo assim, não há qualquer fundamento que autorize desconsiderar tais valores na apuração do custo da participação efetivamente incorrido.

Todavia, esse critério não foi observado pela Autoridade Administrativa, que simplesmente desconsiderou as normas citadas acima que disciplinam a composição do custo de aquisição para apuração do ganho de capital na alienação de participações societárias. Ora, se a Fiscalização entendeu que o investimento deveria ter sido mensurado pelo MEP, para se realizar a apuração do custo de aquisição, deveria ter imputado o tratamento tributário, com todas as suas nuances desde a aquisição do investimento.

Ainda que a Autoridade Fiscal estivesse correta sobre a aplicabilidade do MEP no caso, ela deveria recompor o custo de aquisição, assim como se determina a legislação tributária, e não simplesmente evidenciar que a metodologia contábil estava inadequada e, portanto, o custo equivaleria a zero (já que o patrimônio líquido da investida era negativo).

Finalmente, não é demais lembrar que o confronto entre aspectos positivos (receitas) e negativos (despesas) é necessário para se apurara o acréscimo patrimonial. Caso sejam desconsiderados os aspectos negativos, que correspondem ao esforço jurídico necessário para auferir o aspecto positivo, estar-se-á diante de tributação sobre materialidade distinta da renda.

Do exposto, reitero minha posição no sentido de conhecer do recurso interposto e, no mérito, dar-lhe provimento.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Bárbara Melo Carneiro