



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 16643.000090/2009-50
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1402-002.109 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 4 de fevereiro de 2016
Matéria IRPJ
Recorrente VOTORANTIM PARTICIPAÇÕES S.A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006

NULIDADES. INOCORRÊNCIA.

A nulidade do lançamento somente se dá nos casos previstos no PAF, quando houver prejuízo à defesa ou ocorrer intervenção de servidor ou autoridade sem competência legal para praticar ato ou proferir decisão. Não se configurando qualquer dessas hipóteses, rechaçam-se as alegações do sujeito passivo.

AÇÃO JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA.

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial cujo objeto seja idêntico ao do processo administrativo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as arguições de nulidade do lançamento por duplicidade de cobrança, formalização da exigência na vigência de liminar e inadequação da fundamentação. Por maioria de votos, não conhecer da arguição de nulidade por mudança de critério jurídico de lançamento por ser questão de mérito abrangido pela concomitância. Vencidos os Conselheiros Leonardo Luis Pagano Gonçalves e Demetrius Nichele Macei que votaram pela apreciação da matéria. No mérito, por unanimidade de votos não conhecer do recurso pela concomitância com ação judicial.

(assinado digitalmente)

LEONARDO DE ANDRADE COUTO - Presidente.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 22.068-2/2004- Art. 6º, II, do Decreto nº 7.717/2011 e assinado digitalmente por LEONARDO DE ANDRADE COUTO

Autenticado digitalmente em 28/03/2016 por FREDERICO AUGUSTO GOMES DE ALENCAR, Assinado digitalmente em 28/03/2016 por FREDERICO AUGUSTO GOMES DE ALENCAR, Assinado digitalmente em 28/03/2016 por LEONARDO DE ANDRADE COUTO

Impresso em 28/03/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Processo nº 16643.000090/2009-50
Acórdão n.º **1402-002.109**

S1-C4T2
Fl. 726

FREDERICO AUGUSTO GOMES DE ALENCAR - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: LEONARDO DE ANDRADE COUTO, DEMETRIUS NICHELE MACEI, PAULO MATEUS CICCONE, LEONARDO LUIS PAGANO GONCALVES e FREDERICO AUGUSTO GOMES DE ALENCAR.

Relatório

Votorantim Participações S.A. recorre a este Conselho contra decisão de primeira instância proferida pela 5ª Turma da DRJ São Paulo01/SP, pleiteando sua reforma, com fulcro no artigo 33 do Decreto nº 70.235 de 1972 (PAF).

Por pertinente, transcrevo o relatório da decisão recorrida (*verbis*):

“Em cumprimento ao Mandado de Procedimento Fiscal – MPF nº 08.1.71.00-2009-00034-1 e prorrogações (fls.1) a Fiscalização, apurou, relativamente à contribuinte acima identificada, os seguintes fatos, conforme o Termo de Verificação Fiscal (fls. 377 a 403):

2 O presente auto se originou de equívoco ocorrido quando da fiscalização dos lucros apurados em 2006 pela empresa Azben Holding GmbH, residente na Áustria, que foram atribuídos unicamente à empresa Cazben Participações do Brasil Ltda (controlada pela fiscalizada), quando essa empresa austríaca é controlada diretamente tanto pela fiscalizada (40%) como pela empresa Cazben Participações do Brasil Ltda (60%).

3 O processo de n.º 16561.000209/2008-13, relativo a empresa Cazben foi julgado pela 5ª Turma de Julgamento de São Paulo I -SPO que corretamente exonerou 40% da matéria tributável, atribuída agora ao sujeito passivo do presente procedimento (fls. 286).

4 A empresa Cazben foi constituída em 2002 e, atualmente os sócios da empresa são as empresas Votorantim Participações S/A com noventa e nove cotas e Votorantim Investimentos Internacionais S/A, com apenas uma cota.

5 Junto com a alteração de sócios ocorrida em 19 de dezembro de 2002, foi aumentado o capital da empresa de R\$ 1000, 00 para R\$ 146.222.944, mediante a emissão de 146.221.944 quotas de R\$ 1,00 cada uma, integralizadas da seguinte forma: 146.221.243 cotas pela Votorantim Participações S/A, sendo R\$ 89.374.943,00, mediante conferência de 60% de sua participação societária no capital social da Votorantim International Holding NV, empresa situada em Curaçao e R\$ 58.848.000,00 em nota promissória “Pro Soluta” emitida pela investidora Votorantim Participações S/A e 1 cota de R\$ 1,00 pela cotistas Votorantim Investimentos Internacionais S/A.

6 Em 23 de dezembro de 2002, a Cazben adquire participação de 60 % na empresa Azben, situada na Áustria, através de entrega dos bens: 60% da participação societária na empresa Votorantim International Holding N.V e da nota promissória “Pro soluto” emitida pela sua controladora Votorantim Participações S/A.

7 Relativamente a Votorantim Participações S/A (VPar) empresa fiscalizada no presente processo, no mesmo dia 23 de dezembro de 2002, a fiscalizada adquire participação de 40 % na empresa Azben, situada na Áustria, através de entrega dos bens constituídos por 40% da participação societária na empresa Votorantim International Holding N.V, sediada nas Antilhas Holandesas.

8 Ainda nessa mesma data, a Azben tem autorização para aquisição de todas as ações da Votorantim International North América Inc. situada nos Estados Unidos, com uma capital de US\$ 1.000.000,00.

9 O auditor ressalta que durante o curso da fiscalização não foi constatada a existência da atividades informadas pela contribuinte, relativas a empresa Azben, tendo sido verificada tão somente a existência de registros de resultados oriundos de participações em outras empresas sediadas em paraísos fiscais, afirmação que é corroborada pela própria empresa Cazben, em informação prestada no processo nº 16561.000209/2008-13, relatando que as atividades efetivamente exercidas pela empresa Azben, são as descritas no documento de sua constituição, ou seja a aquisição e administração de participações em sociedades de todo o tipo e o investimento em bens de capital e todas as atividades oportunas e/ou necessárias, com exceção de transações bancárias, para o alcance dos objetivos previstos.

10 A empresa Azben apresentou entre 2003 e 2006 os seguintes resultados em dólares:

Ano-calendário	Resultado da empresa Azben (US\$)
2003	- 6.795.000,00
2004	4.726.000,00
2005	- 16.889.000,00
2006	99.162.000,00

11 O auditor efetuou a compensação dos prejuízos dos anos-calendário 2003 e 2005 e obteve o saldo de lucro de US\$ 80.204.000,00, que converteu à taxa de câmbio do dólar do dia 29/12/2006, obtendo a base de cálculo de R\$ 171.476.152,00. Considerando que a Vpar detém 40% das cotas da Azben, obteve a base de cálculo de R\$ 68.590.460,80.

12 Em seguida, o auditor fiscal cita a legislação que utilizou como fundamento legal e apresenta longa exposição do que seria o planejamento tributário visando a elidir o recolhimento de impostos no Brasil, através da criação de empresas em paraísos fiscais ou beneficiadas com tratados para evitar a dupla tributação, discorrendo ainda sobre os conceitos de Treaty Shopping que entende que não pode ser permitido e que acredita poder ser catalogado como evasão fiscal.

13 Cita o caso-exemplo de uma empresa americana cuja controladora situada nas Bahamas, que também detinha controle integral de outra empresa situada no Equador. A controladora enviou empréstimo de valor significativo a controlada americana. Nesse ínterim, a empresa no Equador, constituiu subsidiária em Honduras. Ao efetuar o pagamento do empréstimo, a empresa americana evitou pagar o imposto que teria que recolher se remetesse o dinheiro diretamente a Bahamas, utilizando o artifício de enviar o dinheiro para Honduras, sem imposto, por força de tratado firmado entre os Estados Unidos e Honduras.

14 Essa operação foi desclassificada pela corte americana alegando que a beneficiária não era a sociedade de Honduras, servindo apenas de veículo para transferir o valor para a controladora nas Bahamas, sem o recolhimento de impostos.

15 O Auditor Fiscal entende haver similaridade desse caso, a situação da fiscalizada, alegando que a Azben serviria apenas de anteparo que os lucros auferidos com as vendas no exterior não fossem tributados.

16 Cita também as medidas tomadas pela OCDE para evitar abusos na utilização de tratados internacionais e ainda o trabalho de Agostinho Toffoli Tavoraro que não

considera estabelecimento permanente, de acordo com os modelos de tratado, variando, no entanto de um para outro, a utilização de instalações unicamente para fins armazenagem, exposição e entrega de bens, a manutenção de estoques para fins de transformação por outras empresas, a manutenção de uma instalação fixa unicamente para compra de bens ou mercadorias ou obtenção de informações para a empresa ou para fins de publicidade, fornecimento de informações, pesquisas científicas ou atividades de caráter preparatório ou auxiliar para empresa.

17 Considera, por outro lado, que uma pessoa, que atue em um dos estados contratantes, por conta de uma empresa do outro estado contratante, desde que não seja um agente independente, será considerado um estabelecimento permanente se esta pessoa tiver e, habitualmente exercer, autoridade para concluir contratos em nome da empresa, excluídos os de compra e venda de bens ou mercadorias para a empresa.

18 Conclui que o simples controle de uma sociedade residente em um estado contratante, por outra residente em outro estado contratante não é suficiente para a caracterização de estabelecimento permanente e que seriam estáveis as instalações que adquirem ou realizam diretamente um lucro, tendo caráter imediatamente produtivo.

19 O Auditor Fiscal cita também entendimento do autor sobre onde deveriam ser tributados os lucros e dividendos, auferidos por empresas situadas em países distintos, participantes de tratados para evitar a dupla tributação.

20 Discorre também a respeito do termo “*beneficial owner*” para designar aquele que realmente se beneficiaria das vantagens decorrentes de tratados, no caso de interposição de terceira pessoa, ou seja no treaty shopping é aquele que por interposta pessoa auferir as vantagens do TDT, sem nele aparecer e que, segundo Vogel deve preencher dois requisitos: possua direito de decidir se seu investimento (capital e ativo) deve ou não produzir rendimentos e possua o direito de dispor livremente sobre esse rendimento.

21 Desse modo, o Auditor Fiscal conclui que devem ser tributados na fiscalizada os lucros auferidos pela empresa Votorantin International Trading/Curaçao, por ser a fiscalizada, a beneficiária efetiva de tais resultados, considerando que “...a equivalência patrimonial positiva obtida por via empresa estabelecida no exterior, difere da equivalência patrimonial positiva auferida via controladas situadas no Brasil, exatamente porque estas ultimas ao apurarem seus resultados sofrem a devida tributação. .

22 O Auditor Fiscal esclarece que não contesta o ato jurídico praticado mas a verdadeira repercussão econômica dos fatos subjacentes.

23 O auditor Fiscal relata a existência de Mandado de Segurança interposto pela fiscalizada em 29/01/2003, junto a 24ª Vara Civil, visando não computar o resultado positivo da equivalência patrimonial nem os lucros não efetivamente disponibilizados. A segurança foi concedida em 15/10/2009 determinando que a autoridade coatora se abstenha de qualquer ato tendente à exigência de crédito tributário relativo ao IRPJ e CSLL incidentes sobre o lucro e a renda das impetrantes, decorrentes dos resultados de equivalência patrimonial, com exceção, no entanto, se o resultado corresponder aos lucros de coligadas ou controladas no exterior auferidos nos períodos-base de 2002 em diante, que pode ser legitimamente exigido a partir de sua disponibilidade econômica ou jurídica, não exigível a financeira.

24 Embora a decisão tenha reconhecido a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 74 da MP nº 2.158-35/01 e ilegalidade parcial do inciso primeiro do art. 7º da IN nº 213/2002, esta apenas relativa no que é incompatível com o caput do art. 74, foi decidido que “...a Fazenda Nacional pode exigir IRPJ e CSLL sobre o resultado da equivalência patrimonial no que corresponde ao lucros de coligadas e controladas no exterior auferidos no períodos-base de 2002 em diante, ai, evidentemente, inseridos os resultados oriundos de países com os quais o Brasil celebrou Acordo Internacional para Evitar Dupla Tributação de Renda, tendo em conta a inexistência de qualquer ressalva no dispositivo e o exposto na fundamentação “ (sic)

25 Desse modo, em 21/12/2009, foram efetuados os seguintes lançamentos:

– Imposto de Renda Pessoa Jurídica- IRPJ (fls. 365 a 368): Total do crédito tributário, R\$ 35.233.550,63, incluídos o tributo e juros de mora, calculados até 29/08/2008. Fundamento legal: Embasamento legal: artigo 74 , caput e parágrafo único da MP nº 2.158/35-2001, artigos 25, §§ 2º e 3º, da Lei nº 9.249/1995; artigo 16 da Lei nº 9.430/96; arts. 249, inciso II, e.394 do RIR/99 , art. 3º da Lei nº 9.959/2000 e arts 1, art. 43 do CTNº e 4º da IN SRF nº 213/2002

– Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL (fls. 371 a 373): Total do crédito tributário, R\$ 12.701.855,88, incluídos o tributo e juros de mora, calculados até 29/08/2008. Fundamento legal: artigo 2º, e §§, da Lei nº 7.689/88, artigo 1º da Lei nº 9.316/96; artigo 28 da Lei nº 9.430/96; e artigo 37 da Lei nº 10.637/2002.

26 Inconformada com o lançamento do qual foi cientificada na mesma data do lançamento, a contribuinte protocolizou em 20/01/2010, a impugnação (fls. 420 a 489), relativa ao lançamento fiscal, apresentando suas razões, em apertada síntese, a seguir:

26.1 Alega que é controladora direta da empresa Azben, constituída e situada na Áustria que, por sua vez, teria participações societárias em várias empresas, sediadas em outros países, inclusive na Votorantin International Holding NV (VIH), situada nas Antilhas Holandesas.

26.2 Alega que a Azben contabilizou seu investimento na VIH mas não apurou a equivalência patrimonial que não seria obrigatória na Áustria mas, para fins societários, a impugnante aplicou o método de equivalência patrimonial para avaliação de suas participações em Azben e VIH.

26.3 Alega que a VIH jamais distribuiu dividendos à Azben e esta, por sua vez, nunca distribuiu lucros ou dividendos à impugnante.

26.4 Alega que os autos de infração abstraem a existência e da personalidade jurídica da Azben e exigem IRPJ e CSLL da impugnante como esta fosse controladora direta da VIH.

26.5 Alega que os autos de infração também afastam a aplicação do Tratado para Evitar a Dupla Tributação firmado entre o Brasil e a Áustria em 1975 que está em vigor até a data presente.

26.6 Alega que impetrou Mandado de Segurança preventivo questionando a constitucionalidade do art. 74 da MP nº 2158-35/2001 e da IN SRF nº 213/2002 e a interpretação e aplicação da Convenção ao presente caso, e alega que a impugnante

não teria especificado qual acordo internacional estava se referindo, argumentando ter tratado o assunto em abstrato, sem vinculação a qualquer país.

26.7 Nessa impugnação, portanto, pretende discutir a interpretação da Convenção, aplicando-a ao caso concreto.

26.8 Alega que seria possível o proferimento de decisão favorável a contribuinte na esfera administrativa e de uma decisão desfavorável judicialmente e vice-versa, alegando que há algumas particularidades na Convenção que a distingue das outras convenções para evitar a dupla tributação.

26.9 Alega não renunciou ao seu direito de questionar administrativamente os termos da Convenção e cita acórdãos do Conselho de Contribuintes que embasariam o que alega.

26.10 Faz breve relato do procedimento fiscal e alega nulidade do auto de infração, afirmando que foram tributados resultados que já haviam sido tributados no processo administrativo nº 16561.000194/2007-11, caracterizando tributação em duplicidade.

26.11 Alega que está se pretendendo tributar o mesmo resultado do mesmo sujeito passivo com relação ao mesmo período objeto dos autos de infração do processo administrativo nº 16561.000194/2007-11, com critério jurídico distinto daquele utilizado na primeira autuação, o que, em sua opinião, contrariaria o art. 146 do Código Tributário Nacional – CTN.

26.12 Alega que os autos foram lançados com a aplicação de multa de 75%, enquanto o crédito tributário está com a exigibilidade suspensa, contrariando o art. 63 da Lei nº 9.430/96.

26.13 Discorre sobre a tributação em duplicidade que alega ter ocorrido no presente processo.

26.14 Alega ofensa ao art. 146 do CNT por reexame da primeira autuação, alegando ainda que não foram esclarecidos quais equívocos que motivaram o reexame, causando cerceamento de defesa e que a tributação foi feita por motivos diferentes, no processo administrativo nº 16561.000194/2007-11 e no presente processo, citando ainda doutrinadores a respeito e acórdãos do CARF.

26.15 Conclui que, pelos motivos apresentados os autos são nulos.

26.16 Alega que impetrou Medida Cautelar Incidental nº 2009.03.00.039733-8/SP com o objetivo de suspender a exigibilidade do crédito tributário relativo ao IRPJ e a CSLL, informando que em 10/11/2009 foi concedida liminar na referida medida cautelar suspendendo a exigência do crédito tributário em questão, alegando que por esse motivo também os autos são nulos.

26.17 Alega que as imprecisões na aferição da base legal já são suficientes para decretar a nulidade dos autos, uma vez que não se sabe exatamente quais normas legais foram infringidas e porque.

26.18 Alega que os autos de infração de IRPJ e CSLL invocam imprecisa e aleatoriamente todas as normas baixadas sobre a tributação em bases universais no Brasil, sem contudo especificar quais seriam seus dispositivos pertinentes.

26.19 Discorre sobre a legislação de tributação em bases universais e sobre a convenção da OCDE, para demonstrar que os lucros da Azben somente poderiam ser tributados na Áustria, argumentando que a CSLL, tratando-se de tributo essencialmente semelhante ao IRPJ não poderia ser cobrando nem sobre os lucros da Azben nem sobre os dividendos que ela distribuísse à impugnante.

26.20 Alega que a criação da Azben deveu-se a inúmeras razões empresariais sólidas tais como centralização o recebimento das demais empresas estrangeiras e redistribuí-los também no exterior, servir de captadora de recursos no exterior e mesmo empréstimos, além do fato que a Áustria participa da União Européia e tem estabilidade monetária e institucional.

26.21 Aponta como razões para a criação da empresa no exterior, a instabilidade da economia brasileira e inconstância das leis fiscais e cambiais brasileiras, argumentando que nada impede que o legislador resolva tributar pis e cofins sobre os dividendos proveniente do exterior.

26.22 Alega que os dividendos provenientes da Áustria não são tributados no Brasil por expresse acordo firmado entre os dois países, no tratado para evitar a bi-tributação, e não poderia o auditor fiscal simplesmente desconsiderá-lo.

26.23 Alega que a Azben, ao contrário do que alega o auditor fiscal, é e sempre foi uma plataforma para os investimentos externos do grupo controlador e desde a sua criação aumentou seus investimentos no exterior e nunca distribuiu dividendos à impugnante.

26.24 Discorre sobre a Convenção de Viena, sobre a atuação da OCDE e sobre os modelos de convenção que foram ou não adotados pelo Brasil.

26.25 Discorre sobre os termos invocados pelo Termo de Verificação Fiscal para justificar o lançamento, tais como abuso de direito, fraude à lei, falta de propósito negocial, falta de isonomia e capacidade contributiva, visando demonstrar a improcedência dos argumentos do auditor fiscal que desconsideraram a empresa Azben, comentando o art. 116 do CTN e sua regulamentação, a mudança de entendimento sobre o caso na jurisprudência americana e citando ainda juristas que embasariam o que alega.

26.26 Alega que a desconsideração da empresa Azben feita pelo auditor fiscal ferem diversos dispositivos legais que enumera às fls. 484 e 485.

26.27 Alega erro no cálculo do valor tributável, argumentando que o auditor fiscal efetuou todos os cálculos em dólares e somente converteu para moeda nacional em 31/12/2006, e cita o art.25. §4º da Lei nº 9.249/1995 que contrariaria o procedimento fiscal.

26.28 Investe contra o que chama de exigência de juros de mora sobre a multa de ofício e discorre a respeito.

26.29 Alega ilegalidade da exigência de juros calculados sobre a taxa Selic.

26.30 Por fim, requer que, se forem desconsideradas as alegações da nulidade e da improcedência integral dos autos de infração, que seja reduzido o valor exigido considerando os valores das taxas de cambio das datas de encerramento de cada um dos exercícios, seja declarada a impossibilidade do uso da taxa SELIC e seja vedada exigência de juros sobre a multa de ofício lançada.

27 É o relatório.”

A decisão de primeira instância, representada no Acórdão da DRJ nº 16-25.215 (fls. 511-539) de 05/05/2010, por unanimidade de votos, considerou procedente o lançamento. A decisão foi assim ementada.

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

Ano-calendário: 2006

DECLASSIFICAÇÃO DE EMPRESA SITUADA NO EXTERIOR. Aceita-se a desclassificação de empresa situada no exterior com o fito de alcançar lucros produzidos por controlada dessa quando há indícios veementes que a empresa controladora situada em país com tratado para evitar a dupla tributação, sem qualquer propósito negocial, é mera repassadora dos lucros auferidos por empresas anteriormente controladas pela empresa fiscalizada, com o fito exclusivo de evitar a tributação no Brasil

DESCONSIDERAÇÃO DE NEGÓCIOS. O planejamento tributário que é feito com abuso de direito, embora siga as normas legais, configura as chamadas operações sem propósito negocial, podendo ser desconsiderado quando visa exclusivamente a evasão de tributos legitimamente devidos.

TAXA SELIC. Cobram-se juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic), por expressa previsão legal, não competindo à esfera administrativa a análise da legalidade ou inconstitucionalidade de normas jurídicas.”

Contra a aludida decisão, da qual foi cientificada em 05/08/2010 (A.R. de fl. 542) a interessada interpôs recurso voluntário em 03/09/2010 (fls. 546-567) onde repisa os argumentos apresentados em sua impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Frederico Augusto Gomes de Alencar

O recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal. Dele, portanto, tomo conhecimento.

A questão nos autos consiste em avaliar a tributação no Brasil, de lucros obtidos no exterior quando o resultado foi auferido por empresa sediada em local com o qual o Brasil não possui tratado para evitar a dupla tributação, mas controlada por empresa situada na Áustria, país com tratado nesse sentido formalizado com o Estado brasileiro.

Em outras palavras, não se discute aqui a aplicação do Tratado de Dupla Tributação (TDT) pactuado com a Áustria aos lucros apurados em território austríaco o que representaria, no presente caso, aqueles decorrentes das atividades próprias da Azben.

O lançamento foi feito contra a contribuinte, exigindo os tributos relativos aos lucros apurados pela empresa Votorantin International Holding NV (VIH), situada nas Antilhas Holandesas, empresa controlada pela empresa Azben, situada na Áustria que, por sua vez é controlada em parte pela fiscalizada (40%) e em parte (60%) pela empresa Cazben Participações do Brasil Ltda, CNPJ 05.322.792/0001-34, que por sua vez é controlada pela própria fiscalizada.

No entendimento do sujeito passivo, os resultados apurados pela VIH estariam fora do alcance da legislação brasileira por pertencerem à Azben e, nesses termos, sob a guarida do TDT formalizado entre o Brasil e a Áustria.

Quanto ao lançamento relativo à Cazben Participações do Brasil Ltda (60%), houve o lançamento consubstanciado no processo 16561.000209/2008-13, julgado por esta Turma no Acórdão 1402-001.236, de 06/11/2012.

Das preliminares de nulidade dos lançamentos suscitadas

Alega a recorrente, preliminarmente, a nulidade dos lançamentos pelos motivos a seguir elencados.

- em razão da tributação em duplicidade, uma vez que o suposto crédito tributário que os AI pretendem exigir já foi objeto de autuações anteriores, as quais originaram o Processo Administrativo nº 16561.000194/2007-11;
- em razão de ofensa ao art. 146 do CTN, pois os AI adotam critério jurídico diverso (desconsideração da personalidade jurídica de empresa estrangeira) daquele adotado no Processo Administrativo nº 16561.000194/2007-11 (tributação de ganhos de equivalência patrimonial), sem justificar a mudança no critério;

- em virtude de os AI terem sido lavrados enquanto suspensa a exigibilidade do crédito tributário; e
- por inadequação na fundamentação dos AI.

Não vislumbro as preliminares de nulidade suscitadas.

Visitando os autos do processo administrativo nº 16561.000194/2007-11 observa-se, no termo de verificação fiscal, fls. 1.019, que os valores lançados, contemplam os decorrentes de lucros não disponibilizados pela Azben no ano-calendário de 2006. Veja-se os excertos do TVF.

Valores lançados no Auto.

(1) Lucros não disponibilizados.

Controladas/Coligadas	Ano Calendário	% Part.	Lucros/Prej. Exerc.	Lucros não Dispon.
Votorantim International Holding	2001	50%	14.350.159,00	7.175.079,50
Votorantim International Holding	2002	100%	17.976.507,00	17.976.507,00
St. Helen Holding N.V.	2003	50%	15.157.769,00	7.578.884,50
Hailstone Limited	2004	100%	10.289.678,88	10.289.678,88

Fonte: Anexo. Valores declarados nas DIPJ.

(2) Resultados Positivos da Equivalência Patrimonial

Ano Calendário	Resultados Positivos da Equivalência. Patrimonial Azben	Resultados Positivos da Equivalência. Patrimonial Azben Participação da VPAR: 40%
	(R\$)	(R\$)
2.006 ✓	80.024.986,04	32.009.994,42

VOTORANTIM PARTICIPAÇÕES S.A. CNPJ : 61.082.582/0001-97
Mandado de Procedimento Fiscal nº.:08.1.71.00-2007-00005-0.
Termo de Verificação Fiscal.

Às fl. 1.028 daquele processo encontra-se o demonstrativo de apuração do auto de infração - IRPJ.

Processo nº 16643.000090/2009-50
Acórdão n.º 1402-002.109

S1-C4T2
Fl. 736

Contribuinte		Período-Base		
CNPJ				
61.082.582/0001-97		01/01/2006 a 31/12/2006		
Razão Social				
VOTORANTIM PARTICIPAÇÕES S. A.				
Infrações Apuradas				
Multa (%)	Moeda	Valor Tributável	Alíquota (%)	Imp. Apurado (R\$)
0,00	R\$	32.009.994,42	15,00	4.801.499,16
Cálculo do Imposto Adicional				
Valor Decl. (R\$)				
Multa (%)	Val. Apurado (R\$)	Base Tributável	Alíquota (%)	Imp. Adic. Dev (R\$)
0,00				
0,00	32.009.994,42	240.000,00	0,00	0,00
		31.769.994,42	10,00	3.176.999,44
Imposto Total Devido em R\$ por Percentual de Multa				
Multa (%)	Espécie de Imposto			Imposto em (R\$)
0,00	Sobre Infrações			4.801.499,16
	Adic. Demais Infrações			3.176.999,44
Total Devido				7.978.498,60

A base tributável considerada no presente processo encontra-se no extrato de fl. 363.

Sujeito Passivo				
CNPJ			Período-Base	
61.082.582/0001-97			01/01/2006 a 31/12/2006	
Razão Social				
VOTORANTIM PARTICIPACOES S A				
Infrações Apuradas				
Multa (%)	Moeda	Valor Tributável	Aliquota (%)	Imp. Apurado (R\$)
75,00	R\$	68.590.460,80	15,00	10.288.569,12
Cálculo do Imposto Adicional				
Valor Decl. (R\$)				
Multa (%)	Val. Apurado (R\$)	Base Tributável	Aliquota (%)	Imp. Adic. Dev (R\$)
0,00				
75,00	68.590.460,80	240.000,00	0,00	0,00
		68.350.460,80	10,00	6.835.046,08
Imposto Total Devido em R\$ por Percentual de Multa				
Multa (%)	Espécie de Imposto			Imposto em (R\$)
75,00	Sobre Infrações			10.288.569,12
	Adic. Demais Infrações			6.835.046,08

		Total Devido		17.123.615,20

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 28/03/2016 por FREDERICO AUGUSTO GOMES DE ALENCAR, Assinado digitalmente em 28/03/2016 por FREDERICO AUGUSTO GOMES DE ALENCAR, Assinado digitalmente em 28/03/2016 por LEONARDO DE ANDRADE COUTO

Impresso em 28/03/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Em que pese a diferença entre as bases tributáveis, haveria aparente tributação em duplicidade a ser esclarecida. Nessa esteira, esta Turma resolveu converter o julgamento em diligência. A autoridade lançadora assim se pronunciou.

"...

Em 2007, foi lavrado Auto de Infração, tendo como sujeito passivo a Votorantim Participações S.A., conforme processo 16.561.000194/2007-11. Entretanto, por engano da Autoridade Autuante, foi determinada base de cálculo incorreta, tendo como origem o resultado da equivalência patrimonial e não dos lucros, conforme preconizava o art. 74 da MP nº 2.158/2001, no valor de R\$ 32.009.994,42 (Fls. 1.011 daquele processo), não obstante os valores dos lucros dos anos-calendário de 2.003 a 2.006 estivessem consignados às fls. 433, 449, 445 e 441 do mesmo processo;

Em se constatando tal equívoco, optou-se por abrir MPF 08.1.71.00-2009-00034-1 em reexame conforme relatado por mim, no item 1.3 da TVF da presente autuação (fls. 378):

1.3. Em razão de equívoco ocorrido quando da fiscalização mencionada no item 1.1, na determinação da base de cálculo referente aos lucros auferidos em 2006 pela AZBEN Holding GmbH. (AZBEN), residente na Áustria, foi emitido o presente MPF com autorização de reexame;

que foi a mim atribuído em virtude do falecimento da Autoridade Autuante original, como forma de sanear o lançamento. Tal autuação, levando em conta os valores referentes aos lucros auferidos pela Azben - Áustria de 2004 a 2006 (fls. 344, 338, 327 e 322) e não os resultados de equivalência patrimonial, foi consignada no presente processo.

Ressalte-se que os montantes dos lucros auferidos pela Azben, utilizados no presente processo, foram obtidos em documentos apresentados pela autuada em virtude de intimação (fls. 004 a 006);

Quanto ao processo que contem a autuação em que figura como sujeito passivo a Cazben (16.561.000209/2008-13), controlada da Votorantim Participações S.A., e detentora de 60% de participação da Azben-Áustria, autuada como se tivesse participação de 100% na sociedade austríaca, informo que tal equívoco já foi sanado conforme informação abaixo, extraída da própria resolução que determinou a presente diligência, conforme abaixo:

O processo de nº 16561.000209/200813, relativo a empresa Cazben foi julgado pela 5ª Turma de Julgamento de São Paulo SPO que corretamente exonerou 40% da matéria tributável, atribuída agora ao sujeito passivo do presente procedimento (fls.286).

E ainda, conforme consignado no Termo de Verificação Fiscal do presente processo em seu item 1.4:

1.4. Em 30 de setembro de 2009, ou seja, estando a presente fiscalização em andamento, recebi

representação do Sr. Presidente da 5ª Turma da DRJ I/SPO dando conta da necessidade de se efetuar o presente auto de infração tendo em vista que a Cazben S.A. Participações do Brasil Ltda., controlada pela Vpar e detentora de 60% das quotas da Azben-Áustria, havia sido equivocadamente autuada como se tivesse participação de 100%, tendo sido, portanto, corretamente exonerada em 40% da matéria tributável, atribuída, agora, ao sujeito passivo do presente procedimento fiscal (fls. 286);

Portanto, o processo nº 16.561.000209/2008-13 não influi absolutamente nada no presente lançamento, por ter sido saneado no curso do contencioso fiscal instaurado;

..."

Com efeito, de acordo com o relatório de diligência acima transcrito, não há duplicidade de lançamento, mas sim reexame para corrigir engano cometido no processo 16.561.000194/2007-11.

Não vislumbro a nulidade suscitada do lançamento ora discutido.

Também não vejo nulidade em virtude de os autos de infração terem sido lavrados enquanto suspensa a exigibilidade do crédito tributário. Com efeito, a lavratura do auto de infração é ato para a constituição do lançamento, não se confundindo com a cobrança do crédito tributário dele resultante.

Por fim, também não há que se falar em nulidade por inadequação na fundamentação dos autos de infração. O enquadramento legal dos lançamentos, transcrito no relatório acima, se coaduna com os fatos apurados.

Rejeito, pois, as preliminares suscitadas.

Da matéria submetida ao crivo do poder judiciário

De se consignar, inicialmente, que a recorrente impetrou mandado de segurança nº 2003.61.00.003686-0 junto à 24ª Vara da Justiça Federal de São Paulo com o objetivo de suspender a exigibilidade do crédito tributário relativo ao IRPJ e a CSLL. Veja-se o teor do pedido à fl. 472, e decisão judicial às fls. 494 e seguintes:

... pretendem obter o reconhecimento do direito líquido e certo de não serem compelidas ao pagamento do Imposto de Renda (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) calculados na forma do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/01 e do art. 7º da Instrução Normativa nº 213/02, dada a demonstrada inconstitucionalidade, e conseqüente ineficácia da citada regra-matriz.

Relatório na decisão judicial, fl. 494:

I - VOTORANTIM PARTICIPAÇÕES S/A. ajuíza a presente Medida Cautelar Incidental, objetivando, em síntese e liminarmente, suspender a exigibilidade do crédito tributário

relativo ao IRPJ e à CSLL, calculados na forma do art. 74 da MP nº 2.158-34/01 e do art. 7º da IN nº 213/02, até decisão final a ser proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 2003.61.00.003686-0.

Vê-se que a ação judicial atinge diretamente as questões aqui sob análise.

Sob esse prisma, entendo que falece competência ao Órgão julgador administrativo para manifestar-se sobre matéria submetida ao crivo do Poder Judiciário. A Súmula CARF nº 1 não dá margem a dúvida:

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial”

Estando a questão submetida ao judiciário, não pode este Conselho pronunciar-se sobre a possibilidade ou impossibilidade da exigência fiscal.

Deixo, portanto, de conhecer do recurso por ter sido a matéria ora discutida submetida ao crivo do Poder Judiciário.

Conclusão

Por todo o exposto, VOTO por rejeitar as arguições de nulidade do lançamento e, no mérito, por não conhecer do recurso por concomitância com ação judicial.

(assinado digitalmente)

Frederico Augusto Gomes de Alencar - Relator