



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo n.º : 10768.010249/2002-85
Recurso n.º : 138.417
Matéria: : IRPJ e CSLL- Exercícios de 1999 e 2000
Recorrente : BANK OF AMERICA – BRASIL S/A.
Recorrida : 5ª TURMA DA DRJ/RJOI
Sessão de : 20 de outubro de 2004
Acórdão n.º : 101-94.717

ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO – INEXISTÊNCIA - A indicação da pessoa jurídica constituída à época dos fatos, com a ciência do lançamento para a sua responsável sucessora, é procedimento regular, que não pode provocar nulidade, pois ausente qualquer prejuízo para o contribuinte, haja vista inexistir cerceamento de defesa. Nesses casos, o formalismo não pode prevalecer.

NULIDADE DA INTIMAÇÃO – INEXISTÊNCIA – Valida a ciência tomada por pessoa com vinculação notória tanto com a incorporada quanto com a incorporadora, além de procurador da *holding*.

NULIDADE – COMPETÊNCIA DA FISCALIZAÇÃO – VALIDADE – A teor do disposto no artigo 9º, §§ 2º e 3º, do Decreto 70.235/72, os procedimentos quanto ao lançamento serão válidos, mesmo que formalizados por servidor competente de jurisdição diversa da do domicílio tributário do sujeito passivo. A formalização da exigência previne a jurisdição e prorroga a competência da autoridade que dela primeiro conhecer.

OPERAÇÕES EM BOLSA – ARTIFICIALISMO – GERAÇÃO DE PREJUÍZO – INDEDUTIBILIDADE – Comprova o artificialismo das operações de venda com posterior recompra de ações mutuadas, em conjunto: 1) a coincidência de pessoas diretoras das pessoas jurídicas envolvidas, bem como da corretora única intermediadora; 2) a pouca liquidez das ações, praticamente negociadas somente pelas pessoas jurídicas envolvidas; 3) o preço de negociação bastante superior ao valor patrimonial das ações; 4) o notório conhecimento, pelos diretores comuns das empresas envolvidas, das condições patrimoniais das empresas cujas ações foram negociadas; 5) a drástica redução das cotações das ações após a realização das operações destacadas pela fiscalização; e 6) a não-tributação do ganho obtido pelos fundos estrangeiros, administrados pelo mesmo grupo societário da recorrente, posicionados na ponta lucrativa, e que constituíam a vasta maioria dos vendedores das ações, com exceção de um único fundo nacional. O prejuízo gerado artificialmente não obedece aos requisitos de normalidade e ususalidade

Processo n.º : 10768.010249/2002-85
Acórdão n.º : 101-94.717

necessários à dedutibilidade do mesmo. Legítimo o custo referente ao mútuo de ações, pois sob esta operação, isoladamente, não se pode argüir qualquer irregularidade.

MULTA – INAPLICABILIDADE – SUCESSÃO – AUTORIZAÇÃO DO BACEN – EFEITOS – A incorporação opera seus efeitos na data da assembléia, conforme a Lei das Sociedades Anônimas. A autorização do Banco Central regula apenas efeitos futuros, a saber: “(a) reconhecer que as exigências ligadas à saúde da incorporadora estão atendidas e aprovar o que foi feito; (b) exigir que sejam promovidas medidas de regularização da situação em dimensão e prazo a ser fixadas; e (c) caso não sejam promovidas tais medidas, decretar a liquidação extrajudicial da pessoa jurídica incorporadora.

SELIC – JUROS DE MORA – A aplicação dos juros de mora pela taxa Selic está ancorada em norma legal, sendo vedado a este Conselho negar-lhe validade em face de argumentos de sua inconstitucionalidade.

Recurso voluntário parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto pelo BANK OF AMERICA – BRASIL S. A.

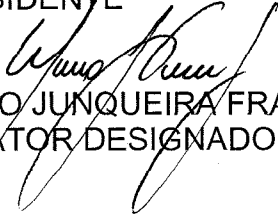
ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, REJEITAR as preliminares de nulidade suscitadas, vencido o Conselheiro Sebastião Rodrigues Cabral (Relator), que acolheu as preliminares de erro na identificação do sujeito passivo, de nulidade da notificação e de incompetência do autuante, e o Conselheiro Valmir Sandri, que acolheu a preliminar de nulidade da notificação e, no mérito, por maioria de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso para afastar a glosa das despesas com a remuneração do mútuo, bem assim a imposição da multa de ofício, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Sebastião Rodrigues Cabral (Relator), que proveu parcela maior, e os Conselheiros Caio Marcos Cândido, Valmir Sandri e Orlando José Gonçalves Bueno que mantiveram a referida multa. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Mário Junqueira Franco Júnior.



Processo n.º : 10768.010249/2002-85
Acórdão n.º : 101-94.717



MANOEL ANTÔNIO GADELHA DIAS
PRESIDENTE



MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JÚNIOR
REDATOR DESIGNADO

FORMALIZADO EM: 30 JAN 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros PAULO ROBERTO CORTEZ e SANDRA MARIA FARONI.

Processo n.º : 10768.010249/2002-85

Acórdão n.º : 101-94.717

Recurso n.º : 138.417

Recorrente : BANK OF AMERICA – BRASIL S/A.

RELATÓRIO

BANCO OF AMÉRICA – BRASIL S. A., pessoa jurídica de direito privado, inscrito no CNPJ - MF nº sob o nº 92.791.813/0001-84 (sucessor por incorporação do BANK OF AMERICA – LIBERAL S/A., que era inscrito no CNPJ/MF sob o nº 33.922.188/0001-84 e que foi a pessoa jurídica autuada), não se conformando com a decisão que lhe foi desfavorável, proferida pela 5ª TURMA DA DRJ/RJOI que, através do Acórdão nº 4.065, de 27 de junho de 2003, ao apreciar a impugnação tempestivamente apresentada (em 22/07/2002 - 2ª feira), contra as exigências constantes dos Autos de Infração lavrados em data de 20 de junho de 2002, referentes ao IRPJ (fls. 1380/1384) e CSLL (fls. 1385/1389), manteve a exigência do crédito tributário indicado, recorre a este Conselho na pretensão de reforma da mencionada decisão de primeiro grau.

Acompanhando o relato dos fatos, fielmente descritos na decisão recorrida (lida na íntegra em sessão), em síntese, consigna-se nessa peça que:

“A autoridade autuante, na descrição dos fatos a fl. 1.384 e 1.389, relatou que foram apurados custos, despesas operacionais e encargos não necessários, de acordo com Relatório de Verificação Fiscal (fls. 1.335 a 1.379), integrante dos Autos de Infração, apurando-se os valores tributáveis, respectivamente, de R\$ 21.832.740,14 e R\$ 163.981.552,82 para os exercícios de 1999 e 2000, com multa agravada de 150%, nos termos do Art. 44, II da Lei nº 9.430, de 1996 (fl. 1.387).

O enquadramento legal referente às infrações, constante dos Autos de Infração, levando-se em conta o imposto devido apurado e a contribuição, está a seguir demonstrado:

Discriminação:	Enquadramento legal:
a) Imposto de Renda Pessoa Jurídica (fl. 1.384)	Art. 193, 195, I, 197 e parágrafo único, 242 e 243 do RIR/1994 Art. 249, I, 251 e parágrafo único, 299 e 300 do RIR/1999.
b) Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (fl. 1.389)	Art. 2º e seus parágrafos da Lei nº 7689, de 1988; Art. 2º da Lei nº 9316, de 1996, Art. 28 da Lei nº 9430, de 1996; Art. 7º da MP nº 1807, de 1999 e Art. 6º da MP nº 1858, de 1999.

Constou do Relatório da Atividade Fiscal de fls. 1.335 a 1.379 que, em 21 de maio de 2001, foi iniciada Ação Fiscal junto à interessada (fls.

11), com pedido da documentação relacionada no Termo de Início de Ação Fiscal.

A autoridade autuante esclareceu que a interessada, Bank of América – Liberal S/A (Banco Múltiplo) era uma sociedade anônima, regida pela legislação aplicável e por seu Estatuto Social, de acordo com seu art. 1º (fls. 51 a 58), sendo que, antes, denominava-se Banco Liberal S/A, até a alteração determinada na Assembléia Geral Extraordinária, de 5 de outubro de 2000 (fl. 49).

.....
A autoridade autuante esclareceu que, da análise das demonstrações financeiras da interessada, foi identificada movimentação expressiva nas contas Credores por Empréstimos de Ações e Despesas de Empréstimo, razão pela qual a mesma foi intimada a apresentar documentação pertinente a tais contas.

O Demonstrativo das Despesas de Empréstimo da interessada consta a seguir transcrito fl. 1343 – Volume VI):

Fls.	Data/Mês	Valor: R\$	Fls.	Data/Mês	Valor: R\$
76	06/1998	2.770.00 0,00	77	01/1999	64.559.041,48
76	07/1998	1.313.45 0,00	77	02/1999	10.421.670,00
76	08/1998	1.058.32 7,07	77	03/1999	(19.552.690,55)
76	09/1998	566.76 6,22	77	04/1999	5.514.400,11
76	10/1998	3.594.00 0,00	77	05/1999	10.743.960,00
76	11/1998	3.695.06 9,70	77	06/1999	31.306.129,71
76/77	12/1998	8.835.12 7,15	77	07/1999	4.770.380,16
Total	Ano de 1998	21.832.7 40,14	77	08/1999	13.975.507,73
			77	09/1999	249.860,23
			77	10/1999	22.701.932,88
			78	11/1999	9.126.483,63
			78	12/1999	21.492.627,82
			Total	Ano de 1999	163.981.552,82

A autoridade autuante solicitou a seguinte documentação, por meio de Termos de Intimação à interessada: escrituração quanto aos lançamentos contábeis das supracitadas contas (fl. 75), documentos comprobatórios de tais lançamentos (fl. 88), cópias dos contratos de empréstimos de ações em 1998 e 1999 (fl. 215-Volume I), cópias de balancetes, de rescisões de contrato de empréstimos de ações e de contratos de empréstimos de ações (fls. 218 – Volume I).

Em resposta às Intimações, foram juntados pela interessada os documentos de fls. 76 a 87; correspondência da Bolsa de Valores do Rio de Janeiro e de São Paulo com cotações de ações para atualização de obrigações (fls. 89 a 94); documentos de fls. 95 a 200 e 201 a 213 (Volume I), 219 a 274 (Volume I).

.....
A autoridade autuante, em seu Relatório de Atividade Fiscal, detalhou os seguintes aspectos em relação às operações de empréstimos de ações, ocorridas nos exercícios de 1999 e 2000:

I – Dos contratos de empréstimos de ações

Os valores de empréstimos das ações que subsidiaram os lançamentos na conta Despesas de Empréstimos, referiam-se a contratos celebrados entre a interessada (mutuária) e as seguintes empresas (mutuantes), com cláusulas semelhantes, diferenciando-se, basicamente, pela quantidade e tipo de ações, prazo de empréstimo e vencimento:

a) Telenergia Administração e Participações Ltda. – Contratos de fls. 757 a 759, 763 a 792 – Volume III; fls. 809 a 811, 815 a 889, 896 a 918, 922 a 945, 952 a 990, 993 a 999 – Volume IV; fls. 1002 a 1023; 1032 a 1037, 1052 a 1085, 1104 a 115, 1130 a 1149 – Volume V;

b) Enertel Energia e Telecomunicações Participações S/A – Contratos de fls. 1024 a 1029, 1040 a 1045, 1098 a 1100, 1120 a 1129 – Volume V

c) Tegener Participações S/A, antes denominada Lib Participações S/A Contratos de fls. 736 a 756, 760 a 762, 793 a 799 – Volume III; 802 a 808, 812 a 814, 890 a 895, 919 a 921, 946 a 951, 991 e 992 – Volume IV; 1030 a 1031, 1038 e 1040; 1046 a 1051, 1086 a 1097, 1101 a 1103, 1116 a 1119 – Volume V.

As cotações diárias das ações objeto dos empréstimos das mutuantes e que serviram de base para a atualização das referidas obrigações constaram a fls. 89 a 94.

II – Das operações de empréstimos de ações

A autoridade autuante exemplificou, transcrevendo a fl. 1339 e 1340 a Carta-Circular nº 2747 do Banco Central do Brasil, as operações de empréstimo de ações que ensejaram a autuação, tendo a interessada como mutuária e as empresas Telenergia Administração e Participações Ltda, Enertel Energia e Telecomunicações Participações S/A, Tegener Participações S/A da forma descrita a seguir.

Duas empresas, *alfa* e *beta*, firmam um contrato, sendo a primeira detentora de ações e a segunda necessitada de recursos. Neste contrato, *alfa* empresta suas ações a *beta* que se compromete a devolvê-las em data futura, com remuneração estipulada. *Beta* vende as ações no mercado à vista, aplica os recursos em suas atividades e, no vencimento, volta ao mercado de capitais, compra as ações objeto do empréstimo e as devolve a *alfa* com as remunerações pactuadas.

Embasada no exemplo acima, a autoridade autuante concluiu que, quando a empresa *beta*, se instituição financeira, recebeu as ações, deveria contabilizá-las, conforme item 2.1 da Carta-Circular nº 2.747 do BACEN, a título de *Títulos de Renda Variável* em contrapartida de *Credores por Empréstimos de Ações*.

O valor a ser registrado no ativo é o das ações no mercado à vista e *beta* deveria registrar a obrigação pelo mesmo valor. Sendo o objeto do empréstimo, ações de empresa com negociação no mercado e *beta* devia devolvê-las na data marcada, com a atualização de suas obrigações, de acordo com a cotação à vista, incorrendo em despesa, no caso de valorização e em receita, no caso, de desvalorização dos papéis, conforme previsto na Carta-Circular nº 2.747, item 2, incisos II e III.

Observou a autoridade autuante que as perdas ou ganhos se referiam apenas à negociação das ações, não levando em conta os resultados que a empresa apura aplicando os recursos captados com a venda dos papéis no mercado à vista (fl. 1342).

Acrescentou, ainda, que em se tratando de ações negociadas em Bolsa de Valores, caracterizavam-se por operações de razoável nível de risco, tanto para quem empresta, pois quando há desvalorização não pode vender as ações, antes de sua queda – exceto ações de caráter de permanência, conforme Art. 179, III da Lei nº 6.404, de 1976 – como para quem toma emprestado, pois aposta que as ações se desvalorizarão ou terão valorização inferior ao contratado.

A autoridade autuante constatou que as ações praticamente só haviam se valorizado, o que ensejou a investigação das negociações da interessada, tendo em vista que os seus papéis quase não tinham liquidez (ou nenhuma) e sua valorização foi muito expressiva, alcançando, como no caso das ações da Enertel Energia e Telecomunicações Participações S/A, o percentual de 310%.

No decorrer da fiscalização, a autoridade autuante verificou que todas as operações com ações foram intermediadas pela corretora Liberal S/A Corretora de Câmbio e Valores Mobiliários, tanto na ponta compradora quanto na ponta vendedora. Do confronto dos relatórios das Bolsas de Valores (fls. 89 a 94) com as notas de corretagem (fls. 276 a 399 – Volume I; fls. 402 a 599 – Volume II e fls. 602 a 735 – Volume III), constatou, ainda, que todas as operações envolviam dois tipos de ações: Tegener Participações S/A, antes denominada Lib Participações S/A e Enertel Energia e Telecomunicações Participações S/A .

Diante de tal constatação, a autoridade autuante verificou que as empresas a seguir relacionadas haviam operado com tais ações, sendo que estas pertenciam a um mesmo grupo, mesmo que não formalmente constituído, no mesmo endereço e/ou administradas por pessoas em comum, todos (ou ex) funcionários ou diretores da interessada, conforme fls. 1198 e 1199 – Volume V e 1202 a 1232 – Volume VI:

Empresas: Essence Corporation, Liberal Banking Corporated Ltda, Liberal Fund, Tegener Participações S/A (fls. 1198, 1199, 1202) Bank of América – Liberal S/A Corretora de Câmbio e Valores (fls. 1203, 1208, 1220 a 1226), Tiger Internacional Oversa Fund. Ltda, Telenergia Administração e Participações Ltda (fl. 1204), Delaware Asset Management Adm. Financ. E Consultoria Ltda (fls. 1205, 1206, 1207), Bank of América Liberal S/A (Fls. 1212, 1216, 1227 a 1228), Draw Administração Financeira e Consultoria Ltda (fls. 1209 a 1211), Enertel Energia e Telecomunicações Participações S/A (fl. 1213), Liberal Plus Fundo Mútuo de Investimento em Ações – Carteira Livre (fls. 1214, 1215, 1217, 1218, 1219).

III – Da manipulação das cotações das ações objeto de mútuo

A autoridade autuante, então, a partir dos dados já relatados, elaborou o fluxograma de fls. 1150 a 1197, por mês, tipo de ação e com as relações entre as empresas que operaram com as ações e, ainda, elaborou os demonstrativos de fls. 1347 e 1348, referentes às operações com as empresas Tegener Participações S/A e Enertel Energia e Telecomunicações Participações S/A com as cotações indicadas nas datas de negociação, nos anos de 1998 e 1999.

.....
Em vista dos dados apurados e dos fluxogramas de fls. 1150 a 1197 – Volume V, a autoridade autuante concluiu que havia um artificialismo das operações, levando a uma cotação que melhor interessasse ao grupo, sem respeitar as condições de mercado que norteavam este tipo de operação. Houve, segundo a autoridade autuante, elevação das cotas, gerando enorme despesa nas empresas e reduzindo, conseqüentemente, o lucro tributável.

IV – Do resultado obtido pela interessada com ações objeto de mútuo

A autoridade autuante elaborou Quadros Demonstrativos (Fls. 1351 a 1357) – Volume VI) das compras e vendas dos valores mobiliários, com datas, tipo de operação, saldo das ações, correspondente a venda menos recompra futura, no sentido de demonstrar o resultado final das operações com mútuo das ações, sendo que o resultado de cada operação foi apresentado pela interessada às fls. 104 a 113.

Observou a autoridade autuante que o saldo final de ações vendidas e recompradas era igual a zero, obtendo-se, em relação às empresas Tegener Participações S/A, Enertel Energia e Telecomunicações S/A um resultado negativo de, respectivamente R\$ 63.349.584,00 e R\$ 121.370.858,07.

VI – Das empresas que lucraram com as operações de mútuo de ações

A autoridade autuante apresentou os quadros demonstrativos de fls. 1357 a 1362 – Volume VI para demonstrar que as empresas Liberal Corretora, Liberal Plus, Liberal Fund, Liberal Banking tiveram ganho com as operações de mútuo de ações.

Foram elaborados, ainda, pela autoridade autuante, os Quadros Demonstrativos de fls. 1364 a 1366, a fim de relatar as operações realizadas pela interessada com as ações da Enertel Energia e Telecomunicações Participações S/A, com o Bank of América Liberal S/A Corretora de Câmbio e Valores Mobiliários, Liberal Fund, Liberal Banking, Essence Corporation e Liberal Plus, com a seguinte constatação:

.....

VII – Da multa agravada

A autoridade autuante concluiu que os fatos relatados mostravam a clara intenção de a interessada aumentar despesas por meio de manipulação das cotações dos títulos mobiliários, com o intuito de reduzir, dolosamente, o lucro tributável e, conseqüentemente, o total de Imposto de Renda de Pessoa Jurídica e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, aplicando-se a multa agravada de 150%, nos termos do Art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996.

VII – Do processo de incorporação da interessada pelo Bank of América Brasil S/A

A autoridade autuante relatou que a interessada encaminhou carta ao Banco Central do Brasil (fls. 219 a 249), solicitando a aprovação das deliberações constantes em documentos que versavam, basicamente, sobre a incorporação da interessada pelo Bank of América Brasil S/A, juntando Ata da Assembléia Geral Extraordinária, de 29 de janeiro de 2002 e Protocolo de Incorporação e Justificação.

Analizou a autoridade autuante a Nota COFIS/DINOL nº 2.000/00043 de fls. 267 a 269; os Art. 32, II, a, 35, 36 da Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994 (Fls. 1.373 a 1.374); a Resolução nº 2.099 do Banco Central do Brasil, para concluir que a interessada (Bank of América – Liberal S/A, esclarecimento da transcrição) devia ser identificada como sujeito passivo da obrigação tributária com a multa e juros cabíveis.

IX – Da representação encaminhada pelo Banco Central do Brasil

A autoridade autuante informou que, em 10 de julho de 2001, o Banco Central do Brasil encaminhou representação à Superintendência da Receita Federal da 7ª Região Fiscal, com base no art. 9º, parágrafo 2º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, comunicando irregularidades decorrentes de fiscalização junto à interessada, em razão de prejuízos sistemáticos com negociações de empréstimos de ações, de emissão das empresas Enertel Energia e Telecomunicações Participações S/A – e Tegener Participações S/A (fls. 114 a 212).

X – Da conclusão da autoridade autuante

A autoridade autuante concluiu que, com base nos fluxogramas e notas de corretagem emitidas pela corretora, as negociações das ações objetivaram elevar artificialmente a sua cotação, gerando perda patrimonial de R\$ 184.720.442,07, inferior em R\$ 1.039.850,89 do total lançado como Despesas de Empréstimos que totalizaram R\$ 185.814.292,96. Tal diferença se referia a juros pagos pela empresa e

que constavam dos contratos de empréstimos das ações e o valor considerado como redução indevida de Lucro Líquido do exercício foi de R\$ 185.814.292,96.

Com relação ao questionamento de que, se não tivesse havido os contratos de mútuo de ações a instituição financeira não conseguiria os recursos para alavancar suas operações, observou a autoridade autuante que o que se discute nos autos é a manipulação da cotação das ações objeto de mútuo, gerando perdas para a interessada.

Acrescentou que a interessada, apesar de haver apurado lucro tributável, o reduziu drasticamente com perdas patrimoniais apuradas nessas operações e, quem emprestou as ações, não obteve ganho com esse mútuo, apenas com os juros. Observou, ainda, a autoridade autuante, que as empresas que auferiram lucros foram as empresas estrangeiras e o Liberal Plus Fundo Mútuo de Investimentos Ações Carteira Livre, todos administrados por pessoas comuns à interessada que inicialmente adquiriram os valores mobiliários e não eram tributadas.

B – DA IMPUGNAÇÃO

O Bank of América – Brasil S/A (Banco Múltiplo), identificando-se como sucessora por incorporação de Bank of América – Liberal S/A (Banco Múltiplo), interpôs a impugnação, de fls. 1398 a 1445 (Volume VI) quanto ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, juntando os documentos de fls. 1.446 a 1.500 e justificando tal procedimento, em síntese, pelos seguintes motivos:

a) era sucessora legal da interessada, em razão de incorporação, ocorrida em 29 de janeiro de 2002;

b) nos termos do art. 132 do Código Tributário Nacional (CTN), como pessoa jurídica sucessora por incorporação, era responsável pelos tributos devidos pela sucedida até a data do evento.

B.1 – DA QUESTÃO PREJUDICIAL

Da incompetência da Secretaria da Receita Federal para proceder aos lançamentos e da necessidade de suspensão do procedimento administrativo

O Bank of América – Brasil S/A alegou, em síntese, que a glosa das despesas teve como pressuposto fato controvertido, no caso, a manipulação da cotação das ações objeto do mútuo que geraram perdas para a interessada, cuja apuração de veracidade fugia à competência da Secretaria da Receita Federal, sendo de competência exclusiva da Comissão de Valores Mobiliários – CVM, nos termos do art. 9º da Lei nº 6.385, de 1976, com a redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997 e de acordo com o art. 9º da Lei nº 9.784, de 1999.

Acrescentou que à Secretaria da Receita Federal não é lícito declarar irregular esse ou aquele ato, cuja competência recaia sobre outro órgão da Administração, nem utilizar como pressuposto de infração

fiscal irregularidade cuja verificação pelo órgão competente jamais ocorreu, em vista do Princípio da Estrita Legalidade, não se podendo admitir o lançamento com base em presunções, considerando-se o disposto no Art. 142 do Código Tributário Nacional.

Mencionou que o Banco Central do Brasil comunicou sua investigação à Secretaria da Receita Federal (fls. 114 a 116), porém não apurou qualquer irregularidade quanto as cotações das ações no mercado, tendo mencionado apenas possível irregularidade na realização sistemática de operações por parte da interessada, entre junho de 1998 e dezembro de 1999, em relação às ações da Enertel Energia e Telecomunicações Participações S/A e Tegener Participações S/A, ex-Lib Participações.

Requeru que fossem considerados nulos os Autos de Infração, extinguindo-se o feito e, alternativamente, para que não houvesse julgamentos conflitantes entre os diversos órgãos da Administração requereu a suspensão do presente procedimento até decisão final do Banco Central do Brasil, com trânsito em julgado, acerca do procedimento administrativo por este órgão instaurado bem como que a CVM se pronunciasse a respeito da suposta manipulação de mercado.

B.2. DAS PRELIMINARES

I – Da incompetência da DEINF/Rio de Janeiro para proceder aos lançamentos

O Bank of América – Brasil S/A argüiu a nulidade dos Autos de Infração por incompetência da DEINF/Rio de Janeiro para lavrá-los, nos termos do Art. 59, I do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

Alegou que, apesar de à época do início da fiscalização, o domicílio da interessada, Bank of América – Liberal, fosse no Rio de Janeiro, após a sua extinção, como sua sucessora era responsável pelas obrigações da sucedida, tendo sua sede em São Paulo.

Afirmou que por causa disso, a ciência do Auto de Infração foi dada pessoalmente pela fiscalização da DEINF/Rio de Janeiro ao atual diretor da impugnante na sede em São Paulo. (Fls. 1.408).

Acrescentou que, em razão da extinção da interessada, a DEINF/Rio de Janeiro era incompetente para fiscalizar e autuar a interessada, sendo competente a DEINF/São Paulo, nos termos do art. 154 da Portaria MF nº 259, de 2001, art. 2º da Portaria MF nº 563, de 1998 e Portaria MF nº 751, de 2001. O Bank of América – Brasil S/A citou, ainda, o art. 12 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, ressaltando que as autoridades fiscais de São Paulo deveriam ter sido comunicadas pelas autoridades do Rio de Janeiro para as providências de sua competência.

Requeru a nulidade dos Autos de Infração, nos termos do Art. 59, I do Decreto nº 70.235, de 1972, em razão de sua lavratura por autoridade incompetente.

II – Do erro no enquadramento legal

O Bank of América – Brasil S/A argüiu a nulidade dos Autos de Infração por erro na capitulação legal da infração, conforme preceitua o Art. 10, IV do Decreto nº 70.235, de 1972, citando ementas de Acórdãos do Conselho de Contribuintes, transcritas a fls. 1.413.

Alegou ... que a autoridade autuante incorreu em erro no enquadramento legal, uma vez que seu relatório ensejaria a capitulação em distribuição disfarçada de lucros, em negócio pelo qual a pessoa jurídica adquire bens por valor notoriamente superior ao de mercado bem, de pessoa ligada, nos termos do art. 436, 462, II, 464, II e 467 do RIR/1999. Alegou, ainda, que os dispositivos legais deveriam ter sido utilizados como enquadramento legal da suposta infração e não a norma genérica de dedutibilidade de despesas, inaplicável ao caso, uma vez que estas eram operacionais e dedutíveis.

Acrescentou que a autoridade autuante não tinha provas suficientes para sua alegação de que as compras e vendas das ações foram feitas a pessoas ligadas ou acima do valor de mercado ou, ainda, de que as pessoas supostamente associadas atuaram em benefício da interessada e, não, em seu próprio benefício.

Além disso, alegou que a sanção prevista na legislação para infrações como esta não lhe permitiria lavrar Auto de Infração de mesma monta. Nos termos da legislação, se esse fosse caso de distribuição disfarçada de lucros, a despesa incorrida pela impugnante não seria indedutível; indedutível, sim, seria a diferença entre o custo de aquisição do bem pela pessoa jurídica e o valor de mercado na posterior alienação ou baixa (Art. 467 do RIR/1999) (Fls. 1.411/1.412).

Expôs que as despesas incorridas eram dedutíveis, dado que:

a) as despesas eram necessárias ao incremento das atividades da interessada, como reconheceu a autoridade autuante a fl. 44, sendo úteis à manutenção da fonte de produção;

b) as despesas eram nitidamente operacionais, próprias da atividade financeira, em se tratando de instituição financeira, com a perda em investimentos e só poderiam ser consideradas indedutíveis em caso de fraude comprovada;

c) se houvesse algum tipo de fraude, não seria em relação aos custos e despesas de *funding* e, se não obtivesse recursos por meio de mútuo de ações, atividade de alto risco, como reconheceu a autoridade autuante, teria obtido, com risco, empréstimos em operações nos mercados interno e externo.

Concluiu requerendo que fossem considerados nulos os Autos de Infração, por erro de enquadramento legal.

B.3 – DO MÉRITO

I – Da presunção fiscal de manipulação das cotações de ações

O Bank of América – Brasil S/A alegou que não ficou comprovado que houve efetiva manipulação da cotação das ações pela interessada, pelas seguintes razões:

a) o conceito de grupo empregado pela autoridade autuante não tinha fundamento jurídico, uma vez que, na legislação brasileira, se pressupõe a participação de umas nas outras, conforme art. 265 a 277 da Lei nº 6.404, de 1976;

.....
d) o fato de funcionarem no mesmo endereço ou serem administradas por pessoas em comum são irrelevantes para que se possa presumir que formam um grupo de empresas, não existindo norma que impeça pessoas que trabalhem numa pessoas jurídica de serem administradoras de outras;

.....
Em relação às negociações de títulos no mercado acionário, argumentou que existe a presunção de que estas são sempre realizadas a preço de mercado, já realizadas em leilão público, presunção que deve prevalecer e cede apenas em face de manifestação definitiva dos órgãos governamentais competentes sobre possível ocorrência de ilícitos nessa negociação (fls. 1.414).

Alegou que a própria fiscalização confirmou esse fato, já que utilizou os relatórios da Bovespa que demonstravam que as negociações foram, de fato, realizadas em leilão (fls. 56 a 61), sendo que em respeito aos Princípios da Legalidade e da Tipicidade Fechada, não poderia a autoridade autuante presumir a ocorrência do fato gerador, conforme lição do Professor Luís Eduardo Schoueri (fl. 1.415). Os indícios apontados pela autoridade autuante, segundo o Bank of América – Brasil S/A, não seriam suficientes para comprovar a manipulação das cotações das ações.

Acrescentou que a lei determina que a autoridade autuante verifique minuciosamente a ocorrência do fato gerador do tributo, para que seja legítima e legal a constituição do crédito tributário, nos termos do Art. 142 do CTN e da doutrina, na lição do Professor José Souto Maior Borges (fls. 1.416/1.417), tendo a autoridade autuante se utilizado de informações inconclusivas do Banco Central do Brasil.

II – Das despesas incorridas

O Bank of América – Brasil S/A alegou que a autoridade autuante não poderia afirmar que o objetivo das operações seria manipular as cotações de ações, já que admitiu que o objetivo era levantar fundos e, concluir de outra forma, corresponderia a dizer que uma pessoa jurídica, ainda mais uma instituição financeira, com fins lucrativos, opera com a finalidade de apurar perdas (fl. 1.417).

Em relação às perdas, observou que a atividade de instituição financeira era de alto risco, com imprevisibilidade do comportamento do mercado, podendo muitas operações gerar profundas perdas, mas também inimagináveis ganhos (fl. 1.417). Ressaltou que quando a interessada realizou as compras e vendas de ações para captação de recursos necessários à sua atividade, tomou o risco inerente ao mercado acionário, em operações realizadas em leilão, a preço de mercado.

Alegou que o resultado de rentabilidade de um banco não pode ser avaliado por meio de uma única operação, mas sobre a totalidade de sua atividade e, em muitos casos uma perda isolada pode possibilitar uma alavancagem excepcional que permite a obtenção de lucro considerável em um departamento da instituição financeira ou em um departamento completamente separado (fl. 1.418).

Em relação ao patrimônio da interessada e aos seus resultados, esclareceu que:

a) a interessada tinha, em 1998, um Patrimônio Líquido disponível para aplicação no início do ano de R\$ 75.118 mil, já incluídos valores de aumento de capital, em 23 de janeiro de 1998 e R\$ 75.746 mil, em 1999;

b) nesses exercícios obteve resultado positivo de intermediação financeira, sendo que, considerando-se os dados apurados pela autoridade autuante, a rentabilidade sobre o patrimônio líquido disponível seria de 44% e 333%, respectivamente, para 1998 e 1999, inconcebível em qualquer atividade econômica;

c) os lucros anuais da interessada foram superiores à média das demais instituições financeiras brasileiras, com 15% em 1998 e 116% em 1999, não sendo plausível afirmar que seu objetivo era obter perdas e que uma operação isolada, que gerou despesa elevada, não existiu.

A alegou que: para seu funcionamento, as instituições financeiras se utilizam dos mais variados produtos voltados para captação, tais como emissão de títulos no exterior, depósitos à vista, empréstimos de instituições nacionais e estrangeiras, programas de financiamentos setoriais (repasse para exportação e produção agrícola) etc. Cada uma dessas formas de captação envolve limitações de tempo, de juros, alavancagem, custos tributários, custos de operacionalização, que em conjunto refletem o quanto precisa ser despendido pelas instituições financeiras para a manutenção do fluxo de suas atividades, que dependem basicamente de dinheiro (fl. 1.419).

Concluiu. que as despesas não podiam ser analisadas isoladamente, dentro das respectivas operações e, sim, diante dos resultados globais, gerados nos exercícios em que foram incorridas, acrescentando, ainda, que eram dedutíveis as despesas que contribuíam para o resultado operacional da empresa, no caso, estas constituíram fonte de captação no mercado de risco.

III – Do lançamento excessivo: do custo e dos resultados da captação de recursos e das negociações no mercado

O Bank of América – Brasil S/A alegou que, ainda que se mantivessem as presunções de manipulação das cotações e da desnecessidade das despesas resultantes das perdas na recompra das ações objeto de contrato de mútuo, seria despropositada a glosa das despesas com juros contratuais, já que estritamente necessárias a qualquer instituição financeira para obtenção de recursos, nos termos do Arts. 299 e 242 do RIR/1994 e de ementas de Acórdãos, transcritas a fl. 1.420, além do fato de a taxa de juros paga não estar acima do valor de mercado em transações semelhantes.

Acrescentou que as operações de mútuos de ações foram idealizadas como forma de captação de recursos pelas instituições financeiras (*funding*) e, não havendo dúvidas de que os recursos obtidos pela interessada foram investidos, seu custo, de 0,5% do valor no período, não podia ser desconsiderado, sendo que custo existiria sempre, em qualquer modalidade de captação de recursos pela qual houvesse optado.

Discorreu acerca da situação político-econômica e sobre a instabilidade do mercado nacional e internacional, no período de 1998 e 1999, e concluiu que, por mais simplistas que fossem os cálculos da autoridade autuante, teriam que ser considerados os custos de captação no exterior, no mercado interbancário e nas linhas de crédito locais, que seria despesa dedutível.

Acrescentou, ainda, que com a aplicação dos recursos auferidos nas vendas das ações, a interessada apurou resultados positivos em investimentos diversos e que a autoridade autuante apresentou quadros que apenas consideravam operações de compra e venda dos valores mobiliários, adicionando despesas que considerou desnecessárias e não excluindo os ganhos obtidos com tais operações.

Entendia que, se as despesas incorridas encerravam uma operação artificial, esta deveria ser completamente expurgada do resultado da interessada, pois uma artificialidade não poderia gerar qualquer resultado e, ainda, que a autoridade autuante deveria ter traçado uma proporcionalidade entre as despesas incorridas com o empréstimo de ações e receitas auferidas na aplicação dos recursos captados. Após discorrer sobre proporcionalidade e tributação de receitas (fls. 1.425/1.426), concluiu que não havia de se falar em glosa das despesas incorridas, apenas, no mínimo, em eventual glosa, na medida em que despesas excedessem as receitas.

Em relação aos fundos com os quais foram negociadas as ações objeto de mútuos, ... alegou que não foram os únicos a lucrar com as operações e com o fato de terem ganhos não tributáveis, pois o valor de R\$ 36.340.360,00 de receitas do Liberal Plus Fundo de Mútuo de Investimentos Carteira Livre, domiciliado no Brasil, foram tributadas.

Acerca da questão, teceu a seguinte observação: por aqui se verifica que apenas quem ganha não são os fundos estrangeiros, como denomina o auditor fiscal, mas sim o fisco, já que recebeu os tributos

devidos pelo fundo brasileiro sobre os rendimentos de R\$ 36.340.360,00, sobre os ganhos nas operações da interessada e ainda que adicionar ao lucro real da impugnante as receitas que entende não dedutíveis (fls. 1.427).

IV – Da Multa de Ofício e da inexistência de Responsabilidade Solidária do Sucessor

O Bank of América – Brasil S/A esclareceu que, em 29 de janeiro de 2002, incorporou a interessada e, como sucessora legal, não era responsável por multas e outros encargos acessórios aos tributos por ela devidos, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e do Conselho de Contribuintes, conforme julgados mencionados no rodapé de fls. 1.427.

Em razão deste entendimento, a Secretaria da Receita Federal expediu a Nota COFIS/DINOL nº 2.000/00043, quando reconheceu que não tendo sido autuada esta empresa anteriormente à sucessão, não cabe a aplicação da multa de ofício quando da autuação na incorporadora, que, no seu entender, seria o seu caso.

Citou o Art. 132 do CTN, no sentido de demonstrar que a pessoa jurídica que resulta da incorporação é responsável pelos tributos até a data do ato, não incluindo, neste caso, a multa de ofício e, ainda, o Art. 112 do CTN pois, sendo a multa de caráter punitivo, não poderia ser transferida para terceiros.

Quanto ao entendimento da autoridade autuante sobre a necessidade de aprovação de ato de incorporação do Banco Central do Brasil para que esta produzisse seus efeitos e ao fato de a Lei nº 8.934, de 1994 estabelecer que os documentos societários não arquivados, no prazo de trinta dias contados de sua assinatura, só tinham eficácia, a partir de despacho da Junta Comercial que conceder o arquivamento o Bank of América – Brasil S/A, contrapõe com as seguintes razões:

a) O Art. 35, VIII da Lei nº 8.934, de 1994 determinava que não podiam ser arquivados contratos ou estatutos de sociedades mercantis, ainda não aprovados pelo governo;

b) O Art. 10, X, c da Lei nº 4.595, de 1964 estabeleceu a competência privativa do Banco Central do Brasil para exercer a fiscalização e conceder a autorização às instituições financeiras, a fim de poderem ser transformadas, fundidas, incorporada ou encampadas;

c) Os registros dos atos junto às Juntas Comerciais não visam a constituir ou finalizar a operação de incorporação, que se forma com a assinatura dos atos societários de incorporação, sendo meramente declaratórios os efeitos decorrentes do registro, que dá apenas eficácia da operação junto a terceiros;

d) Nos termos do prazo previsto no Art. 36 da Lei nº 8.934, de 1994, à primeira vista, poder-se-ia levar ao entendimento de que, em qualquer hipótese; o atraso na apresentação dos documentos na Junta Comercial

importaria na irretroatividade dos efeitos decorrentes do arquivamento, a partir do despacho que o concedesse;

e) Tal entendimento seria incorreto, pois o Art. 35 da Lei nº 8.934, de 1994 proibia expressamente o arquivamento dos atos societários ainda não aprovados pelo governo e a impugnante só não requereu arquivamento na Junta Comercial porque ainda não obteve aprovação do Banco Central do Brasil, embora já a houvesse requerido há quase seis meses;

f) O Banco Central do Brasil, para aprovação de incorporação de instituição financeira, tem o prazo de mais de seis meses, logo, na prática, com uma apressada interpretação literal do Art. 36 da Lei nº 8.934, de 1994, norma válida e eficaz, nenhuma instituição financeira conseguiria que os efeitos do arquivamento retroagissem à data da assinatura;

g) O mencionado artigo não teria efetividade quanto a incorporação de instituições financeiras, já que o comando normativo não poderia se concretizar pela falta de mecanismos que assegurem sua aplicação, sendo que tanto o Art. 35 quanto o Art. 36 da Lei nº 8.934, de 1994 deveriam ser interpretados conjuntamente para que as instituições financeiras também pudessem se valer da retroatividade dos efeitos do arquivamento;

h) Entendia que considerava-se suspenso o prazo para requerer o arquivamento dos atos na Junta Comercial, enquanto não concedida a aprovação pelo Banco Central do Brasil, com base na finalidade da Lei que seria evitar a inércia da instituição financeira.

Acrescentou que a autoridade autuante ao intimar pessoalmente o diretor da incorporadora, na sede de São Paulo, confirmava a validade e efetividade da extinção da interessada e, se assim não fosse, a intimação seria inválida, haja vista que a cientificação foi irregular, na figura de um não preposto da sociedade autuada.

Mencionou Carta Circular nº 3.017 do Banco Central do Brasil que determinava que as operações financeiras deviam ser elaboradas pela incorporadora e concluiu que, se a incorporação antes da aprovação pelo Banco Central do Brasil não tinha eficácia, então seria um paradoxo que determinasse que as instituições envolvidas na incorporação se comportassem como se apenas houvesse uma remanescente.

Considerava que a incorporação era efetiva por ocorrer na data da aprovação, em Assembleia Geral, do laudo de avaliação e incorporação e que a manifestação do Banco Central do Brasil e a averbação pela Junta Comercial retroagiram à data do evento, não havendo a aplicabilidade da multa de ofício, já que era sucessora legal da interessada por incorporação.

Entendeu que a autoridade autuante, mesmo tendo ocorrido a incorporação, pelo fato de não existir a autorização do processo de reorganização, não surtiria efeitos e por isso lavrou os Autos de Infração em nome da interessada, empresa já extinta pela incorporação.

Concluiu o Bank of América – Brasil S/A que, portanto, ainda que a efetividade da incorporação, que não pode ser desfeita, dependa de atuação do Banco Central e da Junta Comercial, a multa de ofício há de ser integralmente excluída, tão logo as inexoráveis autorização e averbação ocorram. (fls. 1.432)

V – Da impossibilidade de lançamento da Multa Agravada

O Bank of América – Brasil S/A alegou que as razões expostas pela autoridade autuante não eram suficientes para a aplicação da multa de 150%, prevista no Art. 44, II da Lei nº 9.430, de 1996, visto não ter ocorrido evidente intuito de fraude, conduta típica prevista em lei e que exigia a intenção do autor em lesar o Erário Público, com o propósito específico de reduzir o montante do tributo a pagar.

Teceu os seguintes comentários: Ainda que se admitisse a intenção de manipular o valor das ações, isso não bastaria para aplicação da multa agravada. O dolo específico, isto é, intenção de se reduzir os tributos ou impedir a ocorrência de fatos geradores de obrigações tributárias. Entretanto, ainda que houvesse havido intenção de manipular preços de títulos no mercado, o auditor fiscal deveria ter verificado que o objetivo real era levantar recursos para incremento das operações da impugnante, que aumentaria suas receitas. Assim, não poderia haver o dolo necessário para a aplicação da multa agravada (fl. 1.435).

Acrescentou que não havia demonstração contundente ou provas cabais no Relatório de que houve evidente intuito de fraude, cabendo o ônus dessa prova à Administração e que o objetivo da operação com ações era levantar fundos, devendo a multa agravada ser reduzida para 75%, nos termos do Art. 44, I da Lei nº 9.430, de 1996. Citou o Art. 150, IV da Constituição Federal que prevê que não se pode utilizar tributo com o intuito de confisco.

V – Da inaplicabilidade da taxa de juros SELIC

O Bank of América – Brasil S/A. não concordou com a aplicação de juros correspondentes à taxa SELIC como correção monetária e juros de mora, discorrendo sobre a natureza jurídica da multa, dos juros e da correção monetária (fls. 1.439/1440)

D – DA CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA

Considerando indispensáveis certos esclarecimentos para solução do litígio, a Turma Julgadora converteu, para que o Auditor-Fiscal da Receita Federal, designado pelo chefe da unidade administrativa de jurisdição da interessada adotasse as seguintes providências:

a) esclarecer se ocorreu, efetivamente, a incorporação da interessada, Bank of América – Liberal S/A., pelo Bank of América – Brasil S/A e em que data, juntando documentação comprobatória, tal como autorização do Banco Central do Brasil para a incorporação, registro na Junta Comercial e publicação no DO e/ou quaisquer outros documentos ou esclarecimentos que pudessem elucidar este item;

b) esclarecer se o Sr. Paulo Fagundes de Lima, CPF nº 034.469.348-12, que assinou os Autos de Infração a fls. 1383, 1388 e 1390, era representante legal, mandatário ou preposto da interessada, Bank of América-Liberal S/A, juntando ao processo documentação ou procuração, em seu nome, conferindo-lhe tais poderes;

c) no caso de o Sr. Paulo Fagundes de Lima não ser seu representante legal, cientificar a interessada, Bank of América-Liberal S/A do Auto de Infração de fls. 1335 a 1390 e dos demais documentos anexos, intimando-a a recolher o crédito tributário apurado ou impugnar o lançamento, no prazo de 30 (dias) da ciência, esclarecendo-lhe, expressamente, que esta poderia se manifestar, inclusive, acerca da Impugnação e dos documentos de fls. 1398 a 1500, sem prejuízo de sua defesa, pronunciando-se a respeito, bem como ter vista do processo.

A autoridade fiscal intimou, em 29 de novembro de 2002, o Sr. Paulo Fagundes de Lima (fls. 1524 a 1527) a, num prazo de cinco dias:

a) informar se o processo de incorporação da empresa Bank of América-Liberal S/A pelo Bank of América – Brasil S/A, já havia sido aprovado pelo Banco Central do Brasil, juntando documentação comprobatória, em caso positivo, incluindo a publicação no Diário Oficial, registro na Junta Comercial das alterações estatutárias e demais documentos;

b) entregar a cópia da procuração que lhe foi outorgada pelo acionista Bank of América Brasil Holdings Ltda.

Em resposta à Intimação, o Sr. Paulo Fagundes de Lima, em 4 de dezembro de 2002, informou que o Banco Central do Brasil, por meio do Ofício Deort/GRSP1-2002/1240, de 10 de outubro de 2002, comunicou a aprovação da incorporação do Bank of América – Liberal S/A (Banco Múltiplo) pelo Bank of América – Brasil S/A (Banco Múltiplo), conforme documento de fls. 1.529.

Juntou, ainda, os documentos de fls. 1.530 a 1.559, correspondentes a:

a) Ata da Assembléia Geral Extraordinária, realizada em 29 de janeiro de 2002 e sua publicação no O Estado de São Paulo de 27 de novembro de 2002;

b) Procuração do Bank of América Brasil Holdings Ltda para Paulo Fagundes de Lima (fls. 1.559), datada de 30 de janeiro de 2002, com validade até 31 de janeiro de 2003.

Em 16 de dezembro de 2002, foi juntado pela Deinf/RJO/Difis, o documento de fls. 1.560 a 1.563, do Bank of América – Brasil S/A, identificando-se como sucessor por incorporação do Bank of América – Liberal S/A., tendo em vista o arquivamento dos atos de incorporação, expôs, juntando os documentos de fls. 1.565 a 1.596, que:

a) foi autuada por suposta infração da incorporada Bank of América-Liberal S/A com lançamento da multa de ofício, pelo fato de a

reorganização societária depender de prévia autorização do BACEN e posterior arquivamento na Junta Comercial, o que não havia acontecido;

b) segundo o Auto de Infração, apenas o pedido de arquivamento dos atos societários na Junta Comercial, em trinta dias a contar da data do evento, permitiria que os efeitos desses atos retroagissem à data de sua ocorrência, nos termos do Art. 36 da Lei nº 8.934, de 1994 e, passado tal prazo, a incorporação só teria eficácia perante terceiros, a partir do despacho concessório do arquivamento, e não a partir de sua execução;

c) assim por entenderem que, no momento da lavratura do Auto de Infração, ainda não havia sucessão, tanto é assim que o Auto tem como sujeito passivo pessoa jurídica extinta, a autoridade autuante julgou cabível o lançamento da multa de ofício;

d) deveria ser considerado que o Bank of América – Brasil S/A estava impossibilitado de pedir o arquivamento na Junta Comercial sem prévia autorização do BACEN, o que não dependia de sua atuação direta;

e) o prazo para pedido à Junta que garantia a retroatividade dos efeitos dos atos estava suspenso, desde 30 de janeiro de 2002, data em que o Bank of América – Brasil S/A apresentou os documentos de incorporação à apreciação do BACEN e o reinício deste prazo era em 9 de outubro de 2002, quando se deu a aprovação pelo BACEN da incorporação (fl. 1.565);

f) dentro do prazo de trinta dias, o Bank of América – Brasil S/A apresentou os atos de incorporação à Junta Comercial do Estado de São Paulo, em 7 de novembro de 2002, resultando ineficaz o lançamento da multa de ofício;

g) entre a data do evento, dia 29 de janeiro de 2002 e a data de protocolo na Junta Comercial, excluindo-se o tempo em que se encontrava pendente de decisão do BACEN (de 30 de janeiro a 10 de outubro de 2002), passaram-se apenas vinte e nove dias, retroagindo os efeitos do protocolo na Junta Comercial, tornando-se efetiva a incorporação do Bank of América – Liberal S/A, na data da lavratura do Auto de Infração;

h) o STF em inúmeras decisões, jamais manifestou o entendimento diferenciado para os casos em que a lavratura do Auto de Infração houvesse ocorrido em data anterior aos efeitos da incorporação, considerando as penalidades indevidas, nos termos do Art. 132 do CTN;

i) requereu a improcedência da multa de ofício lançada no Auto de Infração.

Em 16 de dezembro de 2002, por meio de Termo de Intimação (Fls. 1.599 a 1.602), foi intimado o Bank of América – Brasil S/A a, no prazo de dois dias, apresentar cópia de instrumento público ou particular de emissão do Bank of América – Liberal S/A e/ou seus sócios quotista/acionista, que lhe deu poderes, para na data da contestação, em 22 de julho de 2002, impugnar o Auto de Infração, lavrado em 20 de junho de 2002, tendo sido esclarecido que a cópia de tal documento se fazia necessária devido ao fato de a incorporação, de acordo com documentos juntados pelo Bank of América – Brasil S/A, haver se formalizado em 10 de outubro de 2002, quando da aprovação pelo BACEN da reorganização societária.

Em resposta à Intimação (Fls. 1.604 a 1.608), o Bank of América – Brasil S/A prestou os seguintes esclarecimentos:

- a) que não existia o documento solicitado e que apresentou a impugnação não em nome do Bank of América – Liberal S/A, sociedade já inexistente, mas em seu próprio nome, como sua sucessora em direitos e obrigações, nos termos do Art. 132 do CTN;
- b) nos termos do Art. 227 da Lei nº 6.404, de 1976, existe o conceito de absorção, pressuposto a extinção da sociedade absorvida, que deixa de operar, passando a fazer parte do patrimônio da sociedade remanescente;
- c) apesar de a formalização junto ao BACEN haver ocorrido a partir de outubro de 2002, o evento aconteceu em janeiro de 2002, quando então houve a extinção do Bank of América – Liberal S/A e, mesmo dependendo de aprovação do BACEN, a incorporação de uma instituição financeira segue os mesmos ditames legais de incorporação das demais sociedades comerciais;
- d) o procedimento de aprovação pelo BACEN da reestruturação não podia ser visto como condição suspensiva da incorporação, considerando-se a Circular BACEN nº 3.017 que determinava que as demonstrações financeiras fossem elaboradas pela incorporadora;
- e) em razão da extinção do Bank of América – Liberal S/A, encontravam-se ausentes os antigos diretores que supostamente responderiam pelo Bank of América – Liberal S/A, razão pela qual a autoridade autuante deu ciência do Auto de Infração à pessoa do diretor da incorporadora, confirmando e reconhecendo a validade da incorporação e a efetividade da extinção do Bank of América - Liberal S/A;
- f) negar a efetividade da incorporação seria negar validade, inclusive, à intimação do Auto de Infração: sendo ineficaz a incorporação, não teria havido a intimação regular, já que é nula a notificação na figura de um não preposto da sociedade;
- g) ao receber a intimação, de boa-fé e com base em seu interesse de agir, o Bank of América – Brasil S/A usufruiu de seu direito de sucessora, nos termos do Art. 132 do CTN de se defender de imputações fiscais que poderiam constituir-lhe ônus patrimonial e que entende indevidas;
- h) a Lei nº 9.784, de 1999, em relação à atuação dos interessados, silente o Decreto nº 70.235, de 1972, em seu Art. 9º, I e II, suprimiu a lacuna quanto aos legitimados, aqueles que têm interesse jurídico no objeto no processo administrativo, sendo o caso do Bank of América – Brasil S/A, em relação ao presente processo, inclusive em razão da incorporação e arquivamento dos atos na Junta Comercial do Estado de São Paulo (fls. 1.608).

A autoridade fiscal que procedeu à Diligência, em Relatório de fls. 1.609 a 1.611, expôs os seguintes esclarecimentos, relacionados à Resolução DRJ/RJ/II/5ª Turma nº 74/2002 (fls. 1.520 e 1.521):

- a) Em relação à efetividade da incorporação do Bank of América – Liberal S/A : intimou o Sr. Paulo Fagundes de Lima que informou que a aprovação pelo BACEN já havia ocorrido, conforme Ofício Deorf/GRSP1-2002/1240, de 10 de outubro de 2002;

b) Em relação ao Sr. Paulo de Lima Fagundes como procurador do Bank of América – Liberal S/A, quando da assinatura do Auto de Infração: informou que este encaminhou procuração outorgada pelo Bank of América Holdings Ltda, porém, como outorgado, só poderia assinar em conjunto com outro outorgado ou com um diretor ou com qualquer outro procurador devidamente constituído;

c) Em relação à procuração do Bank of América – Liberal S/A para o Bank of América – Brasil S/A, para impugnar o Auto de Infração: o Auto foi lavrado em 20 de junho de 2002 e a incorporação teria se formalizado em 10 de outubro de 2002, porém o Bank of América – Brasil S/A afirmou que não existia tal documento, inclusive argumentando não ser necessário;

d) Em relação à ciência da interessada, Bank of América – Liberal S/A no caso do Sr. Paulo Fagundes de Lima não ser seu procurador: informou que, apesar de verificado que este não era representante legal do Bank of América – Liberal S/A, não podia dar ciência do Auto de Infração, conforme determinado, tendo em vista a efetivação da incorporação que acarretou a extinção do contribuinte (incorporado);

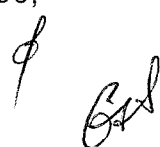
e) Acrescentou a autoridade fiscal que, conforme Nota COFIS/DINOL nº 2000/00043, citada no Relatório de Atividade Fiscal, não era devida a Multa na sucessora, nos casos de reorganização societária e, desta forma, o Auto de Infração, conforme estava lavrado, com a multa de ofício, não poderia ser cientificado à interessada.

Após o retorno dos autos, entendeu a Relatora que ficara pendente de informação o item II dos esclarecimentos solicitados (fl. 1521) e que, *apesar da afirmação da autoridade fiscal a fl. 1610 de que, apesar de ter verificado, através dos documentos anexados, que o Sr. Paulo Fagundes de Lima não é (era) representante legal da interessada (Bank of América – Liberal S/A) (...), não constavam dos autos documentos que pudessem ensejar, de plano, esta conclusão, pois a autoridade fiscal, ao intimar o Sr. Paulo Fagundes de Lima, conforme fls. 1524 e 1526, solicitou a entrega de cópia da procuração outorgada pelo acionista Bank of América Brasil Holdings Ltda e, não, a cópia da procuração outorgada pelo Bank of América – Liberal S/A, empresa atuada, conforme constou a fl. 1521.*

Em face desses fatos resolveu a 5ª Turma, mais uma vez converter o julgamento em diligência para que o Auditor Fiscal esclarecesse

a) A razão de ter sido solicitada ao Sr. Paulo Fagundes de Lima, CPF nº 034.469.348-12, procuração outorgada pelo Bank of América Holdings Ltda e, não, pelo Bank of América – Liberal S/A, empresa atuada;

b) Se o Sr. Paulo Fagundes de Lima era diretor da interessada, Bank of América-Liberal S/A, conforme indicou a fls. 1383, 1388 e 1390;



c) Se o Sr. Paulo Fagundes de Lima era representante legal, mandatário ou preposto da interessada, Bank of América – Liberal S/A, juntando procuração em que lhe foram conferidos tais poderes;

d) Se caso não houvesse documentação ou procuração ou, se efetivamente, o Sr. Paulo Fagundes de Lima não fosse representante legal, mandatário ou preposto da interessada, Bank of América – Liberal S/A, para assinar os Autos de Infração, juntar declaração por escrito, do mesmo, informando tal fato e esclarecendo a razão de os haver assinado, identificando-se como diretor;

e) Prestar quaisquer outros esclarecimentos e juntar quaisquer outros elementos ou documentos que possam elucidar, de forma conclusiva, a questão relativa à ciência válida dos Autos de Infração pelo Sr. Paulo Fagundes de Lima, conforme fls. 1383, 1388 e 1390.

Cientificado o Sr. Paulo Fagundes de Lima da intimação, este informou que, tendo em vista o Bank of América-Liberal ter sido incorporado pelo Bank of América-Brasil em AGE de 29 de janeiro de 2002, os diretores deste passaram a representar aquela instituição financeira. Assim, representou o Bank of América-Liberal, pois foi eleito diretor estatutário do Bank of América-Brasil, em AGE de 12 de dezembro de 2001, com mandato até 2004 (fls. 1625 a 1633).

Por sua vez o Auditor Fiscal esclareceu que, por meio de contato telefônico para identificar o local para o envio da intimação, o Sr. Paulo Fagundes de Lima informou que não havia procuração do Bank of América Liberal S/A, mas, sim do Bank of América Holdings Ltda., acrescentando que *na qualidade de sócia do Bank of América-Liberal S/A, poderia tomar ciência do Auto de Infração (fl. 1634) e que o Bank of América-Liberal S/A havia sido incorporado pelo Bank of América-Brasil S/A, tendo ocorrido a destituição de todos os diretores daquela empresa (fls. 1634).*

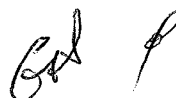
Assim instruídos os autos, a Colenda 5ª Turma da DRJ/RJOI, ratificou a exigência fiscal, conforme extensa decisão de fls. 1652/1712, reconhecendo a tempestividade da impugnação apresentada, pelo Bank of América – Brasil – S/A, que se identificara como legitimado com fundamento no art. 9º, incisos I e II, da Lei nº 9.784/99, na condição de sucessor, em razão da incorporação do Bank of América – Liberal S/A..

Na ementa e principais fundamentos da referida decisão, lida na íntegra em sessão, lê-se:

“Assunto: Imposto de Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ

Exercício: 1999, 2000

Ementa: ARGÜIÇÃO DE NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. Somente ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente ou com preterição do direito de defesa do contribuinte. Descabe a alegação de nulidade quando não existirem atos insanáveis e quando a autoridade atuante



observa os devidos procedimentos fiscais, previstos na legislação tributária.

CIÊNCIA DOS AUTOS DE INFRAÇÃO. Tendo ficado comprovado que a pessoa física que tomou ciência dos Autos de Infração era representante legal da autuada, plenamente válida a sua ciência.

SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. INCORPORAÇÃO. Enquanto não arquivado no Registro próprio o contrato de incorporação, incorporada e incorporadora continuam a ser, em relação a terceiros, pessoas jurídicas distintas, estando correta a identificação do sujeito passivo da obrigação tributária, visto que a incorporação não havia, ainda, ocorrido na data da autuação.

IMPUGNAÇÃO. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE. Deve ser conhecida a impugnação quando interposta por pessoa jurídica que se identificou como sucessora por incorporação da autuada e responsável pelo crédito tributário e que, inclusive, reiterou esta condição, em data posterior à incorporação, valendo-se de seu direito à ampla defesa.

QUESTÃO PREJUDICIAL. DA SUSPENSÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. Tendo em vista a competência prevista no Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal, da SRF promover o lançamento de tributos e contribuições e demais receitas da União, deve-se prosseguir o julgamento do procedimento administrativo.

PRELIMINAR DA COMPETÊNCIA DA DEINF/RJ. AUTOS DE INFRAÇÃO. Rejeitada a preliminar de nulidade posto encontrar-se a autuação em perfeito acordo com o inciso IV do artigo 10 do Dec. 70.235/72 e com o artigo 142 do Código Tributário Nacional. Correta a capitulação legal com a apuração de aumento de despesas operacionais para reduzir lucro tributário.

LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. As decisões administrativas, mesmo proferidas pelos órgãos colegiados, sem uma lei que lhes atribua eficácia, não constituem normas complementares do Direito Tributário e não podem ser estendidas genericamente a outros casos, somente aplicando-se sobre a questão em análise e vinculando as partes envolvidas naqueles litígios.

DEDUTIBILIDADE DE DESPESAS OPERACIONAIS. ÔNUS DA PROVA. Compete ao contribuinte o ônus da prova da dedutibilidade das despesas que importem redução do crédito tributário, condicionadas à necessidade, normalidade e usualidade e, principalmente, sua efetiva realização.

DESPESAS OPERACIONAIS. ÔNUS DA PROVA. Não tendo sido comprovado que as despesas operacionais incorridas eram

necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora, deve ser mantida a glosa apurada nos Autos de Infração.

GLOSA DE DESPESAS. DA MANIPULAÇÃO DE COTAÇÕES DE AÇÕES. Encontrando-se comprovada nos autos a manipulação de preços e verificada minuciosamente a ocorrência do fato gerador, mantém-se a glosa de despesas não necessárias, em face da plena subsunção dos fatos à norma.

MULTA. ALEGAÇÃO QUANTO A CARÁTER CONFISCATÓRIO. A alegação de ofensa ao princípio da vedação de confisco diz respeito à inconstitucionalidade da lei e refere-se aos tributos e não às multas de ofício. Estas últimas e os juros de mora são previstos em lei, sendo defeso aos órgãos administrativos se pronunciarem quanto à ilegalidade e à inconstitucionalidade de lei.

MULTA DE OFÍCIO. INCORPORAÇÃO. RESPONSABILIDADE DOS SUCESSORES. A incorporadora responde pelo pagamento da multa de ofício aplicada à incorporada em autuação anterior à incorporação.

MULTA DE OFÍCIO. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA INCORPORAÇÃO NO CURSO DA AÇÃO FISCAL. A futura incorporadora não pode utilizar, como subterfúgio para se eximir da multa de ofício agravada aplicada, do argumento de ocorrência de incorporação, uma vez que, no curso da autuação não existe mais espontaneidade para que o contribuinte tome providências para evitar a aplicação da penalidade cabível.

MULTA AGRAVADA. Comprovada o dolo e a existência do fato, do intuito e da fraude, aplica-se a multa agravada de cento e cinquenta por cento.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. Os tributos e contribuições sociais não pagos até o seu vencimento, com fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 1995, serão acrescidos de juros de mora, equivalentes, a partir de 1º de abril de 1995, à taxa referencial do SELIC para títulos federais.

PROVA DOCUMENTAL. A prova documental deve ser apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; refira-se a fato ou a direito superveniente ou destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

PEDIDO DE DILIGÊNCIA OU PERÍCIA. A impugnação mencionará as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as

justifiquem, com a formulação de quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional de seu perito.

CSLL. DECORRÊNCIA. Tratando-se de exigência fundamentada na irregularidade apurada em ação fiscal realizada no Imposto de Renda Pessoa Jurídica, o decidido quanto àquele lançamento é aplicável, no que couber, ao lançamento decorrente.

Lançamento Procedente.”

Fundamentos

I – Da incorporação da interessada pelo Bank of América – Brasil S/A e da identificação do Sujeito Passivo da obrigação tributária

“Quando da autuação, a autoridade autuante, a fl. 1368, mencionou que a conclusão acerca da incorporação ou não da interessada pelo Bank of América-Brasil S/A era fundamental para a identificação do sujeito passivo da obrigação tributária, bem como se é devido ou não o lançamento a multa de ofício (grifei), o que, efetivamente, se confirma, visto que, apenas com a correta identificação do sujeito passivo da obrigação tributária, nos termos do Art. 142 do CTN pode-se considerar constituído o crédito tributário pelo lançamento.

Em 29 de janeiro de 2002, de acordo com a Ata da Assembléia Geral Extraordinária do Bank of América –Brasil, de fls. 1530 a 1556, como item da Ordem do Dia, constou deliberar a respeito da incorporação, pelo Banco, do Bank of América Liberal S/A (fl. 1531), tendo sido a incorporação aprovada pela AGE (fl. 1533).

Verifica-se, portanto, que, com a AGE de 29 de janeiro de 2002, supramencionada, foi iniciado o processo de incorporação da interessada pelo Bank of América – Brasil S/A. Logo, processo de incorporação iniciado não significa processo de incorporação concluído.

Desta forma, em 29 de janeiro de 2002, pelo simples fato de haver se iniciado o processo de incorporação, não significa dizer que esta possibilidade de incorporação foi concretizada, imediatamente, naquela data. Para que houvesse a incorporação, eram necessários a autorização do Banco Central do Brasil e o posterior arquivamento na Junta Comercial, bem como, posteriormente, a publicação dos atos de incorporação.

Ressalte-se, ainda, que o fato de a interessada estar sob procedimento fiscal, iniciado em 21 de maio de 2001, conforme Termo de Início de Fiscalização de fl. 11.

Logo, o fato de ter existido uma Assembléia Geral Extraordinária em 29 de janeiro de 2002, deliberando acerca da incorporação da interessada pelo Bank of América Brasil S/A, não é suficiente para que se considere a incorporação efetiva naquela data.

O Art. 132 do Código Tributário Nacional trata da responsabilidade da pessoa jurídica que resultar de fusão, transformação ou incorporação como fato já acontecido, isto é, a pessoa jurídica já é resultado da incorporação, e, não, de fato que pode, ou não, vir a acontecer:

Verifica-se, portanto que o Art. 132 do CTN supra transcrito não trata de uma possível ocorrência de incorporação ou de uma expectativa de incorporação que não se concretizou, mas, pelo contrário, se refere a pessoa jurídica que já é resultante de incorporação, de incorporação que efetivamente já ocorreu, dentro do que prevê a legislação de regência.

Acerca da incorporação propriamente dita, em relação ao caso em tela, verifica-se que esta não ocorreu, em 29 de janeiro de 2002, apenas com a Ata da AGE, em vista do disposto no art. 227 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1996, o qual trata de incorporação, tendo que ocorrer, efetivamente, a absorção de uma empresa pela outra e, ainda, o devido arquivamento e publicação dos atos da incorporação:

Art. 227 - A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

§ 3º - Aprovados pela assembléia-geral da incorporadora o laudo de avaliação e a incorporação, extingue-se a incorporada, competindo à primeira promover o arquivamento e a publicação dos atos da incorporação.

De acordo com o Art. 35, VIII, da Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994, a qual dispõe minuciosamente sobre o Registro Público de Empresas Mercantis, inclusive, há a proibição de arquivamento de contratos ainda não aprovados pelo Governo, como é, o caso em tela, quando havia a necessidade de aprovação pelo Banco Central do Brasil da incorporação da interessada pelo Bank of América – Brasil S/A.

A título de elucidação, há de se mencionar, ainda, que o Art. 36 da Lei nº 8.934, de 1994, se refere à apresentação dos documentos específicos que podem ser arquivados, o que não é o caso da Ata da AGE de 29 de janeiro de 2002, já que, nesta data, não havia autorização do Banco Central do Brasil para a incorporação. Dispõe o mencionado artigo:

Art. 36. Os documentos referidos no inciso II do art. 32 deverão ser apresentados a arquivamento na junta, dentro de 30 (trinta) dias contados de sua assinatura, a cuja data retroagirão os efeitos do arquivamento; fora desse prazo, o arquivamento só terá eficácia a partir do despacho que o conceder.

Ora, se a reorganização societária, no caso em tela, dependeu, conforme foi verificado, de prévia autorização do Governo, por meio do Banco Central do Brasil, o arquivamento da incorporação, portanto, ocorreu fora do prazo de trinta dias contados da assinatura dos

documentos referentes à incorporação. Logo, a eficácia do arquivamento, neste caso, somente ocorreu a partir do despacho que concedeu o próprio arquivamento.

Em 29 de janeiro de 2002, data da AGE, não existia, sequer, a necessária autorização do Banco Central do Brasil para a incorporação da interessada pelo Bank of América Brasil S/A, obtida apenas em 9 de outubro de 2002 (fl. 1646), sendo que apenas em 27 de novembro de 2002 (fl. 1647), houve a publicação da AGE de 29 de janeiro de 2002, no Diário Oficial do Estado de São Paulo, com a menção da JUCESP nº 253.408/02-7, em 11 de novembro de 2002.

A título de elucidação, cumpre, ainda, mencionar a ementa do Recurso Especial nº 14.180-0 São Paulo, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), de 25 de maio de 1993 e seu texto em que é abordada a questão da incorporação e da *legitimatío ad causam*:

Civil. Comercial. Processo Civil. Personalidade Jurídica. Capacidade para ser parte e legitimatío ad causam. Art. 18, CC e 12, VII CPC. Incorporação. Arquivamento no registro de comércio. Sucessão processual. Recurso acolhido. (...)

II – Enquanto não arquivado no Registro próprio o contrato de incorporação, incorporadora e incorporada continuam a ser, em relação a terceiros, pessoas jurídicas distintas, cada qual legitimada para figurar em juízo na defesa de seus próprios interesses. (grifei)

A celebração do contrato de incorporação antes do ajuizamento da causa não teve o condão de modificar ou subtrair, por si só, esta legitimidade. Seria fazer prevalecer uma situação de fato sobre uma situação de direito, o que geraria intolerável instabilidade nas relações tanto de direito material como de direito processual.

Em termos legais, portanto, não há qualquer possibilidade de existirem efeitos retroativos, em relação à incorporação da interessada pelo Bank of América Brasil S/A, à data de 29 de janeiro de 2002.

Desta forma, concluo que, quanto à incorporação, a interessada, Bank of América Liberal S/A, não foi incorporada em 29 de dezembro de 2002, data em que, inclusive, o Banco Central do Brasil sequer havia autorizado a incorporação, conforme restou comprovado, sendo que o arquivamento na JUCESP ocorreu em 11 de novembro de 2002.

Concluo, ainda, que, em razão de a autuação haver ocorrido em 20 de junho de 2002, data em que ainda não tinha ocorrido a incorporação da interessada (fl. 1638 e 1639), efetivamente, foi corretamente identificado o sujeito passivo da obrigação tributária, nos termos do Art. 142 do CTN, no caso, o Bank of América Liberal S/A, pessoa jurídica distinta do Bank of América Brasil S/A, naquela data.

II – Da Ciência dos Autos de Infração

Quanto à ciência dos Autos de Infração, cumpre examinar a questão, tendo em vista a necessidade de se verificar, de forma conclusiva, se houve a ciência válida dos Autos pelo Sr. Paulo Fagundes de Lima, à luz dos Art. do CTN e Art. 10 e 23, I do Decreto nº 70.235, de 1972.

Da análise do presente processo e dos documentos carreados aos autos, verifica-se que signatário dos Autos de Infração, Sr. Paulo Fagundes de Lima, tinha legitimidade em relação ao Bank of América Liberal S/A para tomar ciência dos Autos de Infração, tendo em vista, na data da autuação, ser procurador do acionista controlador da autuada, no caso, do Bank of América Brasil Holdings Ltda, conforme procuração juntada a fl. 1559. Observe-se que a ciência dos Autos de Infração foi dada no domicílio do sujeito passivo, à Rua do Carmo, 7, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 10º, 12º, 19º andares, Centro, Rio de Janeiro.

Verifica-se, ainda, que o Sr. Paulo Fagundes de Lima não era pessoa estranha aos quadros do Bank of América Liberal S/A e que, quando das Assembléias de 29 de janeiro de 2002, assinou como secretário as Atas das Assembléias Gerais extraordinárias, realizadas em 29 de dezembro de 2002, tanto do Bank of América Liberal (fls. 1463, 1466, 1467, 1474), quanto do Bank of América – Brasil S/A (fls. 1456, 1460, 1461) e foi identificado como Diretor sem designação específica, conforme Ata da AGE de 12 de dezembro de 2001, do Bank of América Brasil S/A.

Ora, se como procurador do Bank of América Brasil Holding Ltda, o Sr. Paulo Fagundes de Lima podia tomar ciência da autuação em nome da futura incorporadora, Bank of América Brasil S/A, com mais razão ainda, na data da autuação, com a mesma procuração, poderia tomar ciência, como o fez, dos Autos de Infração a fls. 1383, 1388 e 1390.

Nessas condições, verifica-se que, sendo o Sr. Paulo Fagundes de Lima representante legal da interessada, podia tomar ciência dos Autos de Infração, como o fez, conforme constou a fls. 1379, 1388 e 1390, nos termos do Art. nº 70.235, de 1972.

Em face de todo o exposto, concluo a que a intimação pessoal, na pessoa do Sr. Paulo Fagundes de Lima, representante legal da autuada, foi válida, na forma do Art. 142 do CTN e do Art. 10 e Art. 23, I do Decreto nº 70.235, de 1972.

III – Da impugnação

O Bank of América Brasil S/A, por entender que já havia ocorrido a incorporação desde de janeiro de 2002, interpôs a impugnação, pois julgou que, desde aquela data, era a interessada no feito, incumbindo-lhe impugnar o lançamento, tanto que, desde então, assumiu a responsabilidade quanto ao crédito tributário.

Em 19 de dezembro de 2002 (fls. 1604 a 1608), o Bank of América Brasil S/A, mais uma vez identificando-se como sucessora por incorporação da autuada, assumiu que apresentou a impugnação em seu

próprio nome, como sucessora em direitos e obrigações, nos termos do Art. 132 do CTN e que usufruiu de seu direito de defender-se de imputações fiscais que poderiam constituir ônus patrimoniais a si e que entendia serem indevidas, nos termos do Art. 9º da Lei nº 9.484, de 1999; a fl. 1608 admitiu que, aprovada a incorporação e arquivados os respectivos atos na JUCESP, qualquer questão relativa à representação nos autos, havendo alguma, encontrava-se superada;

Em 30 de abril de 2003 (fl. 1638), o Bank of América Brasil S/A requereu a juntada de substabelecimento de fl. 1639 e a obtenção de vista e extração de cópias do presente processo;

Em 14 de maio de 2003 (fl. 1641), o Bank of América Brasil S/A teve vistas aos autos;

Em 15 de maio de 2003 (fl. 1642), o Bank of América Brasil S/A requereu o fornecimento de cópias das fls. 1500 a 1637 e declarou que as recebeu, em 23 de maio de 2003 (fls. 1644).

A impugnação, portanto, é válida e deve ser conhecida.

Dessa forma, resolvo conhecer da impugnação interposta pelo Bank of América Brasil S/A, incorporadora da autuada, considerando que esta preencheu todos os requisitos de admissibilidade previstos, de acordo com o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, com as alterações da Lei nº 8.748, de 9 de dezembro de 1993, portanto, dela tomo conhecimento.

DA IMPUGNAÇÃO

Da competência da Secretaria da Receita Federal proceder aos lançamentos e da necessidade de suspensão do procedimento administrativo

Neste tópico, a síntese dos argumentos da impugnante é de que a glosa de despesas teve como pressuposto fato controvertido, cuja apuração não era da competência da Receita Federal.

Para melhor elucidar a questão trazemos à colocação parte do Art. 1º do Regimento Interno da Receita Federal, aprovado pela Portaria MF, nº 259, de 24 de agosto de 2001, alterada pela Portaria SRF 3.022, de 29 de novembro de 2001 que trata das finalidades do órgão:

Art. 1º - A Secretaria da Receita Federal, órgão específico singular, diretamente subordinado ao Ministério da Fazenda, tem por finalidade:

.....

....
VII – dirigir, supervisionar, orientar, coordenar e executar os serviços de fiscalização, lançamento, cobrança, arrecadação,

recolhimento e controle dos tributos e contribuições e demais receitas da União, sob sua administração; (grifei)

Da análise do exposto, verifica-se que compete à Secretaria da Receita Federal, entre outros aspectos, executar as atividades de administração tributária federal, aplicando a legislação fiscal, editando atos normativos e promovendo o lançamento de tributos e contribuições e demais receitas da União, deste modo, ao efetuar o lançamento em tela, a SRF agiu dentro da espera de atuação legal.

Conclui-se assim, que no caso em exame, incumbia à autoridade fiscal, lavrar os respectivos Autos de Infração, referentes à falta de recolhimento e de lançamento do imposto e contribuição, sob pena de se não o fizesse sujeitar-se à apuração de suas responsabilidades no âmbito disciplinar, civil e criminal, e eventuais sanções em cada uma destas áreas.

Quanto à competência para apuração de irregularidades quanto à cotação de ações ser, conforme alegou a impugnante, da Comissão de Valores Mobiliários – CVM, temos que, segundo incisos III e V do art. 8º da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, a interessada, por ser uma sociedade anônima e por operar no mercado mobiliário, encontrava-se sujeita ao cumprimento de normas da CVM e à sua fiscalização.

Segundo dispõe o art. 9º, inciso V, da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, compete à CVM a apuração de atos ilegais e práticas não equitativas das companhias de capital aberto, podendo inclusive, conforme autorização contida no inciso VI, aplicar as penalidades previstas no Art. 11 e a providência do Art. 12 da mesma Lei.

Entre as competências da CVM não se encontra, contudo, a de lançar tributos, a qual é da competência expressa da Receita Federal. Assim, em virtude dos mesmos fatos apurados, a impugnante pode se sujeitar a penalidades da Comissão de Valores Mobiliários, da Secretaria da Receita Federal, das Bolsas de Valores e do Banco Central do Brasil, pois cada uma tem as suas competências específicas.

Em apoio a este entendimento, verifica-se que o próprio Banco Central do Brasil informou haver apurado a Realização de prejuízos sistemáticos por parte do antigo Banco Liberal S/A, atual Bank of América – Liberal S/A, e que os fatos podem figurar indícios de apropriação de despesas em desacordo com o disposto no Art. 299 do RIR/1999, aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999.

Verifica-se que o próprio Banco Central do Brasil não só reconheceu a competência da Secretaria da Receita Federal para lançar tributos como a oficiou, quando da apuração de irregularidades, a fim de que a mesma, se fosse o caso, como na situação presente, procedesse à constituição do crédito tributário, por meio da lavratura dos competentes Autos de Infração.

No que tange à objeção da impugnante, relativamente ao Art. 11, da Lei nº 9.784, de 1999, há de se esclarecer que, segundo o disposto no Art. 69 da referida Lei, os processos administrativos específicos continuam a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos da lei referenciada. Assim, sendo o Processo Administrativo Fiscal é regido pelo Decreto nº 70.235, de 1972, com suas alterações posteriores, o qual possui *status* de lei.

Por todo o exposto, concluo superada a questão prejudicial proposta pela impugnante, não acolhida, em face da competência da SRF de proceder ao lançamento.

B – DAS PRELIMINARES

A impugnante argüiu a preliminar de nulidade dos Autos de Infração por entender que havia incompetência da Divisão de Fiscalização do Rio de Janeiro para proceder ao lançamento e, ainda, por alegar ter ocorrido erro de enquadramento legal por parte da autoridade autuante.

I – Da argüição de incompetência da Divisão de Fiscalização do Rio de Janeiro

A impugnante argüiu a nulidade da autuação por incompetência da DEINF/Rio de Janeiro efetuar o lançamento, argumentando que, apesar de à época do início da ação fiscal a sede da autuada, Bank of América Liberal S/A estivesse localizada no Rio de Janeiro, após sua extinção, deveria ter sido considerada a sede da sucessora, localizada em São Paulo.

Tal argumentação, contudo, ficou amplamente rebatida quando se comprovou, conforme explanado nos itens 126 a 153 do presente Voto que a incorporação da autuada pela impugnante só se deu em 11 de novembro de 2002.

A sede da empresa autuada, local da lavratura dos Autos, era situada à Rua do Carmo nº 07, 8º andar, Rio de Janeiro, conforme reconheceu a própria impugnante a fl. 1408 – item 29 e conforme documentos de fls. 1457 e 1463, 1492 a 1494.

Quanto à ciência da autuação, não há provas nos autos, trazidas pela impugnante, de que foi ciência do Auto de Infração na sede em São Paulo, conforme alegado na impugnação. Pelo contrário, dos Autos de Infração a fl. 1383 e 1388 constou que a ciência foi dada pessoalmente, no local de sua lavratura, no dia 20 de junho de 2002, às 11:53, no endereço da autuada, à Rua do Carmo, nº 07, 8º andar, Rio de Janeiro, tendo sido a questão da ciência válida dos Autos de Infração já abordada nos itens 154 a 166 e 172 a 176 do presente Voto.

Desta forma, rejeitada a preliminar de nulidade, tendo em vista a competência da DEINF/RJ para proceder ao lançamento.

II – Da argüição de erro de enquadramento legal

A impugnante alegou ter ocorrido erro de enquadramento legal, por entender que a correta capitulação seria o Art. 432, inciso II e Art. 436 do

RIR/1994, no caso, distribuição disfarçada de lucros, com a aquisição de bem de pessoa ligada por valor notoriamente superior ao de mercado.

A autoridade autuante, quando da autuação entendeu que o correto enquadramento legal, no que se refere ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica (fl. 1384) era o seguinte: Art. 193, 195, I, 197 e parágrafo único, 242 e 243 do RIR/1994 e Art. 249, I, 251 e parágrafo único, 299 e 300 do RIR/1999, glosando despesas operacionais não necessárias, após levantamento de documentação da empresa e de contratos de mútuo quanto a ações.

Logo, a autuação, relacionada à glosa de despesas operacionais, teve o correto enquadramento legal, uma vez que a própria interessada, em sua escrituração efetuou lançamentos de Despesas com Empréstimos, não havendo que se falar de erro na capitulação legal em função de inexistência da alegada distribuição disfarçada de lucros.

As alegações da impugnante não procedem, uma vez que as ações objeto de análise pela fiscalização não faziam parte do ativo da empresa. Deste modo, não sendo os bens integrantes do ativo da empresa, posto que apenas mutuados por ela, não há subsunção do fato à norma, não prevalecendo assim as suas alegações. A capitulação referenciada trata de aquisição de bem e o negócio jurídico realizado foi de mútuo de ações e não uma operação de compra e venda.

Não se caracterizando a operação como distribuição disfarçada de lucros perde sentido discutir se não seria dedutível a diferença entre o custo de aquisição do bem pela pessoa jurídica e o valor de mercado na posterior alienação ou baixa.

Desta forma, concluo, em relação aos Autos de Infração impugnados, que foram lavrados por autoridade administrativa plenamente vinculada, respeitando os devido procedimentos fiscais, previstos na legislação, e com a correta identificação do sujeito passivo a obrigação tributária, portanto, norteados dentro do Princípio da Legalidade.

Verifica-se, ainda, nos Autos de Infração que a descrição dos fatos e as provas juntadas no processo permitem esclarecer a causa central da autuação, bem como toda sistemática aplicável à constituição do crédito tributário e, por sua vez, a argumentação desenvolvida pela impugnante permite concluir que o motivo da autuação, bem como toda sistemática aplicável à constituição do crédito tributário e, por sua vez, a argumentação desenvolvida pela impugnante permite concluir que o motivo da autuação e a metodologia de apuração do crédito tributário foram compreendidos, tanto que contestados.

Rejeita-se a preliminar de nulidade.

C – DO MÉRITO

I - Breve abordagem acerca da dedutibilidade de despesas operacionais

Quanto às despesas operacionais, existe um pré-requisito que é justamente o da sua comprovação. A necessidade de comprovação decorre de que somente poderá ser considerada como dedutível a despesa para qual for demonstrada, com documentação hábil e suficiente, sua ocorrência, ressalvada a sua necessidade e a estrita conexão do gasto com a atividade explorada pela pessoa jurídica.

A regra geral, em termos de despesas operacionais, é no sentido de que, em princípio, todos os dispêndios da empresa são dedutíveis. A lei, não podendo prever uma a uma as inúmeras atividades e espécies de gastos da empresa, parte da definição genérica de que todos os custos e todas as despesas são admitidos na apuração da base de cálculo do Imposto de Renda e estabelece as exceções, que consistem na não dedutibilidade, na limitação do valor dedutível, e na subordinação da dedutibilidade ao preenchimento de determinadas condições.

Não existindo, as despesas serão dedutíveis se observadas as quatro regras gerais básicas para dedutibilidade, que são:

- a) serem comprovadas e escrituradas;
- b) os valores não serem passíveis de apropriação direta em custos e não constituírem inversões de capital;
- c) serem despesas necessárias, entendidas assim as essenciais, normais e vinculadas à fonte produtora dos rendimentos;
- d) serem debitadas no período-base competente.

Indubitavelmente, as regras citadas nos itens b e c oferecem as maiores dificuldades de análise. O conceito de necessidade, aparentemente, por ser oposto ao de mera liberalidade, seria definido por critérios puramente subjetivos. Todavia, não é assim: ele deve ser corolário direto da relação havida entre os gastos (despesas) e a contribuição desses gastos para a geração da correspondente receita. Portanto, consequência direta do confronto entre duas situações de fato: gastos versus receitas.

Tratando-se da necessidade, deve haver um nexo direto entre as despesas e as atividades da empresa. Vale dizer, são despesas necessárias aquelas sem as quais o empreendimento empresarial não pode ir adiante. São dispêndios que possibilitam à empresa promover suas atividades que são, enfim, produtoras dos seus respectivos rendimentos. São dispêndios que colaboram para a consecução da atividade produtora da riqueza.

O Parecer Normativo nº 32, de 19 de agosto de 1981, da Coordenação do Sistema de Tributação quanto ao tema da dedutibilidade, assim define a despesa necessária.

Segundo o conceito legal transcrito, o gasto é necessário quando essencial a qualquer transação ou operação exigida pela exploração das

atividades, principais ou acessórias, que estejam vinculadas com as fontes produtoras de rendimentos.” (grifei)

Quanto à usualidade, despesas usuais são aquelas normais ao exercício de certa atividade, verificando-se de forma corriqueira. O Poder Normativo acima citado, assim se pronuncia sobre o tema:

Por outro lado, despesa normal é aquela que se verifica comumente no tipo de operação ou transação efetuada e que, na realização no negócio, se apresenta de forma usual, costumeira ou ordinária. O requisito de usualidade deve ser interpretado na acepção de habitual na espécie de negócio (grifei)

I – Das despesas operacionais glosadas

Em que pesem seus argumentos de que as despesas eram necessárias ao incremento de suas atividades, sendo úteis e nitidamente operacionais, próprias da atividade financeira e que, se não obtivesse recursos desta forma, teria que obter, como risco, empréstimos nos mercados interno e externo, a impugnante não logrou comprovar a efetiva necessidade de obter reiteradamente empréstimos com prejuízo, no caso, gerando as despesas glosadas.

A interessada, em relação à operação, teria recebido as ações como empréstimo e se comprometido a devolver as mencionadas ações às mutuantes em data futura, com remuneração estipulada; vendendo as ações no mercado à vista, aplicaria os recursos em suas atividades e, no vencimento, retornaria ao mercado de capitais, comprando as ações objeto do empréstimo e as devolvendo às mutuantes, com as remunerações pactuadas.

A interessada não logrou comprovar a necessidade de tais despesas para as suas atividades operacionais, uma vez que, conforme constatado pela autoridade autuante, as ações praticamente só haviam se valorizado, sendo que os papéis quase não tinham liquidez e sua valorização foi muito expressiva.

Observe-se que a própria impugnante, a fls. 1488, trouxe aos autos mais uma informação quanto ao fato de as ações apresentarem pouca liquidez, haja vista o pequeno número de negócios realizados, conforme apurado através dos relatórios fornecidos pelas Bolsas de Valores do Rio de Janeiro e de São Paulo (fl. 1488) e de que o valor patrimonial destas ações sempre esteve bem abaixo do valor pelo qual as mesmas foram negociadas (fl. 1488), ao juntar cópia da intimação recebida, em 28 de novembro de 2001, do Banco Central do Brasil.

Da intimação do Banco Central do Brasil supramencionada (fls. 1486 a 1490), constou o quadro demonstrativo, a seguir reproduzido, em que estão relacionados os preços médios das ações, no trimestre, ponderados pela quantidade negociada, fornecidos pelo próprio Banco Liberal, e o valor patrimonial das mesmas, no final de cada trimestre, obtido nos relatórios de informações trimestrais, prestadas à CVM:

Preço Médio Negociado:			Valor Patrimonial:		
Período	Enetel	Tegener	Data	Enetel	Tener
1º Trimestre	1,00	1,00	31.03.1998	0,88	0,38
2º Trimestre	1,05	1,12	30.06.1998	0,80	0,31
3º Trimestre	1,16	1,05	30.09.1998	0,75	0,28
4º Trimestre	1,38	1,13	31.12.1998	0,73	0,28
1º Trimestre	1,54	1,23	31.03.1999	0,74	0,09
2º Trimestre	2,98	1,29	30.06.1999	0,74	0,07
3º Trimestre	3,17	1,36	30.09.1999	0,79	0,01
4º Trimestre	3,63	1,12	31.12.1999	0,93	0,10

Verifica-se que, comparando-se, trimestre por trimestre, o preço médio negociado com o valor patrimonial de cada ação das empresas Enertel Energia e Telecomunicações Participações S/A e Tegener Participações S/A, empresas com estreita relação com a autuada, as operações geraram deliberadamente resultados para terceiros. Os resultados obtidos demonstram claramente que tais despesas em nada contribuíram para a atividade da empresa ou para manutenção de sua fonte produtora, conforme a abordagem, na íntegra, que foi feita nos itens 218 a 231 do presente Voto.

Em que pesem os argumentos da impugnante de que não é fato relevante, observa-se que, conforme verificado pela autoridade autuante, as empresas que operaram com as ações, pertenciam a um mesmo grupo, mesmo que não formalmente constituído, no mesmo endereço e administradas por pessoas em comum, funcionários ou diretores da interessada, conforme fls. 1198 e 1199 e 1202 a 1232.

Verifica-se que a autoridade autuante, de acordo com os demonstrativos de fls. 1351 a 1357, relativos às compras e vendas dos valores mobiliários, demonstrou o resultado final das operações com mútuo das ações, com o saldo final de ações vendidas e recompradas igual a zero, o que resultou um resultado negativo de, respectivamente R\$ 63.349.584,00 (fl. 1354) e R\$ 121.370.858,07 (fl. 1355), em relação às empresas Tegener Participações S/A e Enertel Energia e Telecomunicações S/A, despesas consideradas indedutíveis na presente autuação, considerados os exercícios de 1999 e 2000.

A interessada não logrou comprovar, portanto, a necessidade das despesas operacionais glosadas, tendo existido empresas que lucraram com as operações de mútuo de ações, conforme ficou demonstrado a fls. 1357 a 1363, com as empresas Liberal Corretora, Liberal Plus, Liberal Fund, Liberal Banking obtendo ganho com as operações de mútuo de ações e comprovando a ocorrência das operações realizadas entre o Bank of América Liberal S/A Corretora de Câmbio e Valores Mobiliários e Liberal Fund, Liberal Banking e com a interessada, com ganhos com as ações da Tegener Participações S/A.

Os demonstrativos de fls. 1364 a 1366 dão conta das operações da interessada com as ações da Enertel Energia e Telecomunicações Participações S/A, com a Bank of América Liberal S/A Corretora de

Câmbio e Valores Mobiliários, Liberal Fund, Liberal Banking, Essence Corporation e Liberal Plus.

Relativamente às alegações da impugnante quanto o despropósito da glosa dos juros contratuais, o custo da captação dos recursos, os resultados gerados pela captação dos recursos e as negociações no mercado – ganho por fundo brasileiro, há de se reiterar que só poderia ser considerada a dedutibilidade destas despesas, caso houvesse a comprovação de que as mesmas tivessem gerado resultados para a empresa e não, deliberadamente, para terceiros.

Não há como deduzir despesas que em nada contribuíram para a manutenção da fonte produtora, como já ressaltado anteriormente. No que concerne aos juros contratuais, afora a razão maior anteriormente apontada de tais despesas não terem ficado comprovados como necessárias às atividades da interessada, a impugnante não trouxe, inclusive, ao processo provas da transcrição dos contratos no Registro Público, nos termos do art. 135 do antigo Código Civil, vigente à época, não servindo, portanto, para amparar a dedução de despesas relativas aos mútuos celebrados.

No que diz respeito aos custos, ainda que a impugnante tenha obtido recursos, incorreu em custos que em nada contribuíram para a manutenção da fonte produtora, deste modo não podem ser considerados.

Caberia razão ao contribuinte, quanto à dedutibilidade, se os recursos fossem obtidos através da forma tradicional, como por exemplo, empréstimos, depósitos à vista de seus clientes, que, se comprovados, poderiam ser considerados necessários à sua atividade operacional, mas apenas se houvesse a comprovação da aventada necessidade da despesa.

Em relação aos resultados obtidos nas operações objeto de mútuo, não há incoerência da fiscalização, posto que foram consideradas todas as operações, não podendo prosperar a argumentação do contribuinte de que seria cabível a glosa apenas da diferença entre as despesas e as receitas decorrentes da operação de empréstimo e nunca apenas as despesa, posto que as operações foram analisadas na íntegra.

Por todo o exposto, não considero os lançamentos excessivos, em virtude do cumprimento dos requisitos legais para a sua imposição.

Acrescente-se quanto aos Acórdãos trazidos pela impugnante à fl. 1420 e, posteriormente a fls. 1437 e 1438, estes não têm o condão de ampliar a abrangência da norma tributária, não se devendo entender que a jurisprudência do Primeiro Conselho de Contribuintes vincule os julgadores de primeira instância.

Em face do exposto, concluo que a interessada não logrou comprovar, por meio de documentos hábeis e suficientes, a necessidade das despesas operacionais incorridas, conforme previsto na legislação

tributária e abordado no presente Voto, tratando-se o pagamento de tais despesas, caso tenham ocorrido, de mera liberalidade da empresa, uma vez que não são acolhidas como dedutíveis para fins da apuração da base de cálculo do Imposto de Renda Pessoa Jurídica.

III – Da manipulação das cotações das ações objeto de mútuo

Há de se considerar o conjunto probatório que ensejou a autuação, no caso, com a comprovação de que houve despesas operacionais desnecessárias, oriundas de reiterados prejuízos em razão de empréstimos de ações entre empresas com estreita relação entre si, funcionando no mesmo local e com os mesmos interessados.

A constatação de as operações serem lastreadas por contratos de mútuo, termos aditivos e rescisões de contratos (fls. 736 a 1149), assinados numa rotina ininterrupta por dois anos, sempre por empresas com estreita relação entre si, soma-se ao conjunto probatório, no sentido de que efetivamente ocorreu tal manipulação.

Os contratos, termos aditivos e rescisões, ao invés de fazerem prova a favor da interessada, pelo contrário, só vêm a documentar o artificialismo das operações, conforme quadros demonstrativos a seguir:

De acordo com a Instrução CVM nº 8º, de 8 de outubro de 1979, em seus incisos I a IV, existe vedação de criação de condições artificiais de demanda, oferta ou preços de valores mobiliários, manipulação de preços e realização de operações fraudulentas e uso de práticas não eqüitativas e sua conceituação, bem como o fato de ser considerada falta grave o descumprimento de tais disposições.

Em termos das operações efetuada, era de se supor que estas gerassem lucro para a interessada, sendo que, contrariamente, o que se deu, de maneira sistemática, foi que o resultado final da operação foi totalmente deficitário.

Poder-se-ia supor que tal resultado não tenha sido desejado pela empresa, todavia, as empresas que tiveram lucro funcionavam no mesmo endereço e tinham dirigentes em comum. Assim, não é incoerente supor que as operações realizadas tenham tido o fim de gerar despesas, o que se encontra evidenciado nos autos do processo.

Quanto ao conceito de grupo, questionado pela impugnante, em nada aproveitam ao presente processo, pois, ainda que formalmente constituído ou não, o que é evidente é que os lucros foram transferidos para alguns e os prejuízos para outros, o que é inquestionável com base nos elementos constantes no processo.

Da análise da documentação juntada aos autos pela própria impugnante a fls. 1486 a 1490, referente a intimação DESUP/GTRJA-2001/423 do Banco Central do Brasil, verifica-se que esta carreou aos autos mais uma prova de que, efetivamente, ocorreu a manipulação de preços, conforme a seguir transcrito:

(...) Assim sendo, considerando que diretores da Liberal CCVM e do Banco Liberal possuíam conhecimento das ações negociadas, uma vez que participavam da gestão das empresas Tegener e Enertel, sendo sabedores, portanto, de suas situações patrimoniais, e da mesma forma, por participarem na administração e/ou serem representantes legais de todas as partes envolvidas nos negócios realizados com essas ações, inclusive nos contratos de mútuo, fica evidenciada a ampla disponibilidade dessas pessoas para a realização das operações (grifei)

Dessa forma, com base nos dados acima levantados, fica comprovado que os prejuízos realizados com essas ações proporcionam a saída de recursos do Banco Liberal, beneficiando as diversas contrapartes envolvidas (grifo nosso)

Como consequência da valorização das ações, as despesas decorrentes de empréstimos das mesmas cresceu de forma substancial. O Banco Liberal teve, desta forma, seu lucro reduzido, bem como a base de cálculo do seu imposto de renda.(grifo nosso)

Os investidores estrangeiros que estavam na ponta das operações, se apropriaram da quase totalidade dos lucros provenientes dessas operações, uma vez que venderam as ações por um preço sempre mais alto do que compraram. (grifo nosso)

Desta forma, quanto à argumentação de que o fato gerador foi presumido, esta não encontra respaldo legal, visto que as despesas operacionais glosadas não eram necessárias à manutenção da unidade produtora e, conforme restou provado, ocorreu a manipulação de cotação das ações, não se tratando de indícios, mas de fatos, detalhadamente demonstrados.

Em face de todo o exposto, concluo que ocorreu a manipulação de cotação dos valores das ações, objeto de empréstimo entre a interessada e empresas com a qual mantinha estreita relação.

V – Da multa de ofício

A impugnante, Bank of América – Brasil S/A alegou que, como sucessora legal da autuada, tendo a incorporação ocorrido em 29 de janeiro de 2002, não era responsável por multas e outros encargos acessórios aos tributos por ela devidos.

A questão da incorporação da autuada pela impugnante foi abordada no presente Voto, tendo ficado comprovado que tal incorporação só ocorreu em 11 de novembro de 2002.

Ora, a interessada foi autuada em 20 de junho de 2002, e, nesta data, ainda era uma pessoa jurídica distinta da sua futura incorporadora. Logo, tendo sido a incorporação após a autuação, concluo que a

impugnante, Bank of América Brasil S/A responde pelo crédito tributário integral, apurado nos Autos de Infração.

Uma vez que a responsabilidade dos sucessores estende-se aos créditos tributários, relativos a obrigações tributárias surgidas até a data da sucessão, verifica-se que as multas (qualquer que seja a sua natureza), decorrentes de infrações fiscais praticadas pela empresa sucedida, devem ser exigidas da empresa sucessora.

O art. 227 da Lei nº 6.404, de 1979, Lei das Sociedades por Anônimas, define incorporação como a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações. Em decorrência, a autuada é responsável pela obrigação de pagar a multa de ofício que já era obrigação da sucedida (o fato gerador já havia ocorrido) quando da incorporação das empresas.

Quanto à atual jurisprudência, esta vem se posicionando também no mesmo sentido, como ilustra o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, cuja ementa está a seguir transcrita:

“TRIBUTÁRIO. EMPRESA. INCORPORADORA. SUCESSÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO SUCESSOR. MULTA FISCAL. (MORATÓRIA). APLICAÇÃO. ARTS. 132 E 133, DO CTN. PRECEDENTES. 1. Recurso Especial interposto contra v. Acórdão segundo o qual não se aplicam os arts. 132 e 133, do CTN, tendo em vista que multa não é tributo, e, mesmo que se admita que multa moratória seja ressaltada desta inteligência, o que vem sendo admitido pelo STJ, in casu trata-se de multa exclusivamente punitiva, uma vez que constitui sanção pela não apresentação do livro diário geral. 2. Os arts. 132 e 133, do CTN, impõem ao sucessor a responsabilidade integral tanto pelos eventuais tributos devidos quanto pela multa decorrente, seja ela de caráter moratório ou punitivo. A multa aplicada antes da sucessão se incorpora ao patrimônio do contribuinte, podendo ser exigida do sucessor, sendo que, em qualquer hipótese, o sucedido permanece como responsável. Portanto, é devida a multa, sem se fazer distinção se é de caráter moratório ou punitivo, visto ser ela imposição decorrente do não pagamento do tributo na época do vencimento. 3. Na expressão “créditos tributários” estão incluídas as multas moratórios. 4. A empresa, quando chamada na qualidade de sucessora tributária, é responsável pelo tributo declarado pela sucedida e não pago no vencimento, incluindo-se o valor da multa moratória. 5. Precedentes das 1ª e 2ª Turmas desta Corte Superior e do colendo STF. 6. Recurso provido”. (Acórdão STJ – Recurso Especial nº 432049, de 13.8.2002) (grifei)

Desta forma, concluo que a impugnante, como incorporadora do Bank of América Liberal S/A, autuada em 20 de junho de 2002, portanto, antes da incorporação que só ocorreu em 11 de novembro de 2002, responde integralmente pelos valores de crédito tributário apurados na presente autuação, bem como não há que se falar da exoneração da

multa agravada, tendo em vista o posicionamento expresso da Secretaria da Receita Federal quanto à multa de ofício já aplicada, como é o caso, pela qual responde a incorporadora, no caso, o Bank of América Brasil S/A.

Ora, o início da ação fiscal em relação à autuada ocorreu em 21 de maio de 2001 (fl. 01). A partir desta data ficou excluída a espontaneidade da interessada, no sentido de que estava esta impedida de procedimentos que pudessem ensejar quaisquer consequências de ordem tributária para exonerá-la do pagamento de créditos tributários devidos.

Portanto, em face de todo o exposto, concluo que existe a responsabilidade da sucessora pelo crédito tributário, inclusive pela multa de ofício. A incorporadora, Bank of América Brasil S/A, responde pelo pagamento da multa de ofício à autuada, Bank of América Liberal S/A, antes da incorporação.

VI – Do cabimento da multa agravada

Tanto o Banco Central do Brasil como a Secretaria da Receita Federal comprovaram que os prejuízos realizados com essas operações proporcionaram a saída de recursos do Banco of América Liberal S/A, empresa autuada, beneficiando os investidores estrangeiros, os quais se apropriaram dos lucros provenientes dessas operações, bem como constatarem a valorização irreal da cotação das ações, ocasionando o crescimento das despesas decorrentes de empréstimos das mesmas e a redução da base de cálculo do Imposto de Renda.

Tendo em vista haver ficado comprovado que os fatos relatados demonstraram a evidente intenção de a interessada aumentar despesas por meio de manipulação das cotações dos títulos mobiliários, com o intuito de reduzir o lucro tributável e, conseqüentemente, o total de Imposto de Renda de Pessoa Jurídica e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, concluo que deve ser aplicada a multa agravada de 150%, nos termos do Art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996.

Concluo que, comprovados o dolo e a existência dos três elementos ensejadores da aplicação da multa qualificada (o fato, o intuito e a fraude), concluo pela procedência da aplicação da multa agravada de 150%, conforme disposto no inciso II do Art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996.

Dessa forma, a multa de ofício de 150% foi corretamente aplicada, pela autoridade autuante, em face da infração às regras instituídas pelo Direito Tributário, não havendo qualquer afronta à legislação de regência.

VI – Da taxa de juros SELIC

Segundo a impugnante, os Autos de Infração encontram-se equivocado também na parte em que foram aplicados os juros de mora à taxa SELIC como correção monetária e juros de mora, argüindo sua ilegalidade e inconstitucionalidade.



A legislação de regência determina que os tributos e contribuições sociais não pagos até o seu vencimento, com fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 1995, serão acrescidos na via administrativa ou judicial de juros de mora incidentes a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento, equivalentes, a partir de 1º de abril de 1995, à taxa referencial do Selic para títulos federais, acumulada mensalmente, até o mês anterior ao do pagamento e a 1% no mês em que o pagamento estiver sendo efetuado (Art. 59 e § 2º da Lei nº 8.383, de 1991, Art. 84, I e §§ 1º, 2º e 6º da Lei nº 8.981, de 1995, Art. 13 da Lei nº 9.065, de 1995, e Art. 61 e § 3º da Lei nº 9.430, de 1996).

VII – Da juntada de novas provas

Quanto ao seu pedido de que seja admitida ao longo do processo a juntada de novas provas necessárias à comprovação dos fatos alegados, encontra-se precluso o direito do contribuinte. O direito do contribuinte de juntar provas ao processo já se encontra precluso, contudo, também não se utilizou o contribuinte da faculdade prevista nos parágrafos 4º e 5º do

VIII – Do pedido de diligências ou perícias

O pedido de perícia formulado não preencheu os requisitos do Art. 16, inciso IV, do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, com a redação dada pelo Art. 1º da Lei nº 8.748, de 1993

Acrescente-se que, além de não formular o pedido de perícia dentro das determinações legais, o impugnante também não apresentou pontos de discordância, razões e provas, como prevê o inciso III do Art. 16 do supracitado Decreto, com a redação dada pelo Art. 1º da Lei nº 8.748, de 1993, que dispõe que:

Concluo que deve ser considerado não formulado o pedido de perícia pelo impugnante. Entendo, ainda, que a perícia é desnecessária e prescindível, e desta forma, indefiro a sua realização, com fulcro no disposto no Art. 18 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, com as alterações determinadas pela Lei nº 8.748, de 9 de dezembro de 1993.

IX – CONCLUSÃO

Diante do exposto e considerando que não constam dos autos fatos que indiquem ou deponham contra a legalidade, adequação e pertinência do lançamento, voto pela manutenção integral da exigência, conforme a seguir, com aplicação da multa agravada de 150%, com os pertinentes acréscimos legais.”

Cientificada dessa decisão em 15/08/2003 (fls.1728) e com ela não se conformando, em 12/09/2003, fez protocolar o recurso de fls. 1731/1795, onde em linhas gerais reitera, com mais pormenores, o que anteriormente havia consignado nas peças de impugnação, juntando pareceres de diversos juristas, acrescentando:

I – Da suspensão do procedimento e alteração da fundamentação da exigência



Diz a recorrente que a Decisão alterou o foco anteriormente utilizado pela Fiscalização (que se baseava no artificialismo), salientando que as despesas em análise seriam indedutíveis em razão de não ter sido, principalmente, demonstrada a necessidade de tais despesas;

A Secretaria da Receita Federal não possuiu competência para declarar, de modo válido, que as operações de mútuo de ações foram realizadas em desobediência às condições de mercado. Isso porque as negociações de ações decorrentes de tais contratos foram realizadas em leilões públicos, em Bolsa de Valores, seguindo todos os requisitos previstos pela CVM.

As operações realizadas em Bolsa de Valores de acordo com a regulamentação do mercado de capitais fazem prova a favor da Recorrente, presumindo o respeito às condições de mercado. A consequência direta deste fato é que somente a CVM teria, nos termos da legislação administrativa federal, competência para questionar se as referidas operações foram, ou não, realizadas em condições comutativas;

A Recorrente não está, de forma alguma, questionando a competência exclusiva da Secretaria da Receita Federal para lavrar autos de infração e exigir os tributos que entender cabíveis. Ocorre que as normas tributárias são normas de sobreposição, ou seja, aplicam-se sobre os fatos efetivamente ocorridos. Por essa razão, até que os fatos estejam definitivamente esclarecidos, não é possível haver uma correta aplicação das normas tributárias. Essa, aliás, é uma exigência do próprio artigo 110 do CTN;

Este Processo Administrativo deve aguardar o desfecho das discussões mantidas com a CVM, sob pena de embasar suas conclusões em falsas premissas, o que implicaria clara nulidade da Decisão, sendo importante destacar que nem a CVM questionou a dita “manipulação de preços”.

II) - Ser nulo o lançamento, dado haver ocorrido erro na identificação do sujeito passivo, haver o auto sido lavrado fora da jurisdição e erro na representação local, pois:

Reiterando que o Auto de Infração foi lavrado contra uma sociedade que não mais existia (Banco Liberal), contrariando o artigo 10, inciso I e artigo 11, inciso I, ambos do Decreto 70.235/72. Isso por si, implica erro de identificação do sujeito passivo com a consequente anulação do Auto de Infração, por força das disposições contidas no artigo 142 do CTN. De fato, é fundamental que o Auto de Infração indique corretamente o sujeito passivo da obrigação tributária.

Mesmo superando essa questão, teria ainda o problema da Delegacia de Fiscalização do Rio de Janeiro ter lavrado Auto de Infração contra uma sociedade sediada em São Paulo, em clara ofensa ao artigo 59 do Decreto 70.235/72;

Ademais, a Secretaria da Receita Federal estabelece através da Portaria nº 259, de 2001 que a fiscalização deve-se ater ao limites de sua jurisdição. Assim, a lavratura do Auto de Infração contra uma sociedade sediada em São Paulo foi realizada por agente fiscal fora de sua competência territorial, contrariando os dispositivos citados. Esse ponto, da mesma forma, enseja a nulidade do Auto de Infração.

Mas ainda que esta irregularidade fosse superada, por ter indicado como sujeito passivo uma sociedade que não mais existia, evidentemente, não havia mais qualquer representante legal que pudesse, validamente, receber a notificação do Auto de Infração. Logo, tendo em vista que a notificação foi entregue a uma pessoa que não era representante legal da suposta pessoa jurídica sujeita ao Auto de Infração, a notificação em questão não seria válida, contrariando o artigo 11, inciso I do Decreto 70.235/72.

Para tentar sanar esse problema, a D. Autoridade Julgadora optou por construir o absurdo raciocínio de que em razão de o Sr. Paulo Fagundes de Lima ser representante legal da sociedade holding controladora do Grupo Bank of America no Brasil, a irregularidade na notificação estaria sanada. Nada mais descabido.

O artigo 20 do antigo Código Civil (válido à época dos fatos) estabelece, de forma cristalina, que "as pessoa jurídicas têm existência distinta da dos seus membros". Ora, a simples aplicação desse dispositivo é suficiente para demonstrar a impossibilidade de se justificar a suposta regularidade da notificação do Banco Liberal através da pessoa do representante legal de seu acionista controlador. O acionista controlador e a empresa não se confundem! Portanto, inadmissível tal construção.

Como se vê, a D. Autoridade Fiscalizadora e a D. Autoridade Julgadora incorreram no mesmo erro, qual seja, sustentar a qualquer custo que a incorporação não era válida desde sua realização. E o custo dessa pretensão foi realmente alto: **o Auto de Infração em discussão é nulo!**

Conforme acima demonstrado, a nulidade do presente Auto de Infração justifica-se pois o mesmo foi: (i) lavrado contra sujeito passivo errado; (ii) lavrado por agente fiscal fora de sua jurisdição; e (iii) notificado a uma pessoa que não era o representante legal do sujeito passivo identificado no Auto de Infração.

III) Erro na Capitulação Legal

Invocando o disposto nos arts. 432 e 435, diz a recorrente que se infração tivesse ocorrido teria de ser capitulada como distribuição disfarçada de lucros e que a única justificativa para se afastar a nulidade por erro de base legal foi o fato de que, no entender da D. Autoridade Julgadora, as ações não faziam parte do ativo da empresa. Essa afirmação, contudo, está errada e contraditória com a legislação que regula as operações de empréstimo de ações, o Plano Contábil das Instituições Financeiras ("COSIF") e, por incrível que pareça, **com as próprias afirmações da D. Autoridade Fiscalizadora (conforme pág. 07 do Relatório de Atividade Fiscal).**

A Carta Circular nº 2.747, de 3.7.1997, dispõe sobre o registro contábil das operações de empréstimo de ações. O item 2 desse dispositivo estabelece que, para a empresa tomadora das ações por empréstimo (no caso, o Banco Liberal), os referidos valores mobiliários "devem ser registrados no título TÍTULOS DE RENDA VARIÁVEL, código 1.3.1.20.00-1".

Analisando o COSIF, verifica-se que a conta 1.3.1.20.00-1 refere-se ao registros de "títulos de renda variável", que é um subgrupo do item 1.3 denominado "títulos e valores mobiliários e instrumentos financeiros derivativos".

Essas contas, por sua vez, fazem parte do item 1, denominado “circulante e realizável a longo prazo” que integra o item I chamado de “**ativo**”, nos exatos termos do artigo 179 da Lei das Sociedades por Ações, que classifica esses itens como **parte integrante do “ativo” das empresas. Todas essas contas estão expressamente organizadas no COSIF.**

Portanto, não resta a menor dúvida de que as ações negociadas nas operações de mútuo de ações faziam sim parte do ativo da sociedade denominada Banco Liberal, sendo inaceitável a razão exposta pela D. Autoridade Julgadora de Primeira Instância para afastar esta preliminar de nulidade.

Em vista do flagrante erro incorrido pela D. Autoridade Fiscalizadora ao lavrar o Auto de Infração com a equivocada base legal, e também pelo equívoco da D. Autoridade Julgadora ao ignorar as disposições do COSIF, fica confirmada a total improcedência do Auto de Infração, à luz do evidente e insanável erro de enquadramento legal.

IV – Da Necessidade das Despesas Incorridas

Quanto à necessidade das despesas financeiras para a realização de suas atividades, declara ser indispensável analisar se os recursos financeiros captados através da alienação das ações geraram receita para a instituição financeira, tendo a Autoridade Julgadora concordado (pág. 47 da Decisão) com essa assertiva, concluindo que a verificação da necessidade da despesa está vinculada à geração de receita, *in verbis*:

“O conceito de necessidade, aparentemente, por ser oposto ao da mera liberalidade, seria definido por critérios puramente subjetivos. Todavia, não é assim: ele deve ser corolário direto da relação havida entre os gastos (despesas) e a contribuição desses gastos para a geração da correspondente receita. Portanto, consequência direta do confronto entre duas situações de fato: gastos versus receitas.

E, que, como visto, as operações de empréstimo de ações estavam relacionadas com a captação de recursos financeiros. Portanto, para se saber se as despesas com captação foram necessárias, é preciso verificar o que foi feito com os recursos financeiros captados. **No caso em tela, a própria D. Fiscalização** (folha 44 do Relatório de Atividade Fiscal) **reconheceu que os recursos captados foram aplicados no mercado financeiro, gerando receita para a sociedade:**

*“Um questionamento a ser feito, se refere ao fato de que se não houvesse o contrato de mútuo de ações, a instituição financeira não conseguiria os recursos financeiros necessários a alavancagem (sic) de suas operações. **É verdade que através das ações captadas com os mútuos, a empresa obteve recursos e pôde aplicá-los no mercado financeiro.**”* (não destacado no original).

Dessa forma, não restam dúvidas de que a aplicação dos recursos captados gerou receita operacional para a instituição financeira. Esse ponto,

Processo n.º : 10768.010249/2002-85
Acórdão n.º : 101-94.717

inclusive, é comprovado no relatório da empresa PricewaterhouseCoopers, que atesta a utilização dos valores na geração de receita.

No aludido relatório a PRICE ao analisar as conas do COSIF, que menciona, concluiu que o banco auferiu receitas financeiras atribuível aos recursos captados via mútuo de ações, nos montantes de R\$ 13.679.805 e R\$ 117.319.637, respectivamente nos anos de 1998 e 1999.

Deste modo, no máximo, apenas uma parte da despesa poderia ser glosada, pois o banco foi ao mercado financeiro e, nos dizeres da D. Fiscalização, realizou um "mau negócio", incorrendo em despesas que totalizaram, no ano de 1998 e 1999, aproximadamente R\$ 185.814.292,00,00. No mesmo período, com os recursos captados, a Recorrente realizou investimentos e obteve uma receita equivalente a aproximadamente R\$ 117.319.637,00 (calculado proporcionalmente ao valor total investido pelo Banco Liberal no período). Vista dessa forma, a despesa efetivamente atribuída ao banco em decorrência do "mau negócio" realizado pela Recorrente seria a diferença entre os dois valores, ou seja, o valor aproximado de R\$ 68.494.655,00.

Ainda acostou aos autos a recorrente parecer da PRICE mostrando que o custo dos recursos captados com o mútuo de ações se equivalente aos Depósitos Interfinanceiros seria de R\$ 62.725.159 e se o custo da captação fosse equivalente à variação cambial mais juros de 10% ao ano, seria de R\$ 104.211.788.

V – Da Normalidade das Despesas incorridas

No que pertine à normalidade, que a Autoridade Julgadora alegou que as operações de mútuo de ações não seriam formas tradicionais de captação, razão pela qual entendia que tais despesas não seriam dedutíveis e que :

"Caberia razão ao contribuinte, quanto à dedutibilidade, se os recursos fossem obtidos através da forma tradicional, como por exemplo, empréstimos, depósitos à vista de seus clientes, que, se comprovados, poderiam ser considerados necessários à sua atividade operacional, mas apenas se houvesse a comprovação da aventada necessidade da despesa."
(não destacado no original).

Todavia, a normalidade das operações de mútuo é tamanha, que o Banco Central, através da Carta Circular 2.747/97, regulamentou expressamente esse tipo de operação. Além disso, em 18.7.2003, a CVM emitiu a Instrução nº 392, de forma a também regular as operações de empréstimo de ações.

Não sendo possível considerar "anormal" uma operação que é regulada pelo Banco Central e pela CVM como uma forma válida de captação de recursos financeiros? Certamente, este argumento não pode prosperar.

O Egrégio Primeiro Conselho de Contribuintes já se manifestou no sentido de que as despesas com locação de títulos devem ser consideradas como válidas, equiparáveis que são a despesas financeiras, através do Acórdão 105-1.444, de 1985, cuja ementa e decisão transcreve.

Portanto, devem ser consideradas normais as despesas de contratos de mútuo de ações, dado serem despesas financeiras, normais para o tipo de atividade da recorrente.

VI – Da Usualidade das Despesas incorridas

Diz a recorrente que as operações de empréstimos de ações são usuais para as empresas dedicadas ao mercado financeiro. A maior prova disso é a existência de um sistema organizado que se dedica ao desenvolvimento e promoção desse tipo de operação. Com efeito, a Companhia Brasileira de Liquidação e Custódia (CBLC) criou o serviço de Banco de Títulos, destinado exclusivamente a promover as operações de empréstimos de títulos e valores mobiliários. Além disso, à folha 11 do Relatório de Atividade Fiscal, a D. Fiscalização afirmou que as informações foram obtidas a partir de relatórios da Bolsa de Valores e notas de corretagens. Tais documentos analisados pela Fiscalização comprovam por si a efetividade das operações.

O Banco de Títulos CBLC - BTC é um serviço oferecido pela CBLC por meio do qual **investidores disponibilizam títulos para empréstimos e os interessados os tomam mediante aporte de garantias**. A CBLC atua como contraparte no processo e garante as operações.

Além disso, deve ser ponderado que a captação de recurso realizada através da contratação de empréstimo de ações é prática normal no mercado financeiro no Brasil e no exterior.

Para atestar tal afirmação, a Recorrente acosta declaração juramentada de Michael W. Coppins, Sênior Vice Presidente Financeiro do Bank of America Global Equities Group.

Ao contrário do que tentou argumentar a D. Autoridade Julgadora, a operação de aluguel de ações é operação usual, habitualmente utilizada entre as empresas que atuam no mercado financeiro, tal como o Banco Liberal e a Recorrente.

VII – Da Comprovação das Despesas

Ao contrário do alegado pela decisão recorrida, a Fiscalização não questionou a legalidade dos contratos. O que se questionou foram os valores pagos por tais contratos, **mas jamais sua existência**. Assim, não há fundamento na alegação da decisão recorrida de que a Recorrente não logrou êxito em comprovar a efetividade das despesas.

De mais a mais, deve ser lembrado que as negociações em análise foram realizadas em Bolsa de Valores, seguindo os procedimentos previstos na legislação de regência. Todas as operações foram legitimamente contabilizadas pelo Banco Liberal. Além disso, a efetiva circulação de moeda relacionada com tais pagamentos jamais foi questionada pela D. Autoridade Fiscalizadora.

Ser equivocada a interpretação de que para terem validade os contratos era indispensável no Cartório de Registro de Títulos e Documentos, dado que, como regra geral, a Lei dos Registros Públicos e o Código Civil que a transmissão de bens e direitos não produz efeitos **perante terceiros** antes de sua transcrição

Processo n.º : 10768.010249/2002-85
Acórdão n.º : 101-94.717

no registro público competente, todavia, o Fisco não é terceiro em relação à cessão ocorrida e, por essa razão, tal contrato não poderia produzir efeitos perante o Fisco.

Os “terceiros” mencionados na lei de registros públicos e no Código Civil são todas as pessoas que **possuindo interesse no bem cedido**, não participaram de sua transferência.

Nesse sentido, transcreva-se a lição de **J. M. DE CARVALHO SANTOS** (in Código Civil Brasileiro Interpretado, Livraria Freitas Bastos, pág. 344):

“No conceito da melhor doutrina, terceiros são os que não intervêm no contrato, mas que, possuindo direitos anteriores à cessão, podem vê-los prejudicados em consequência dela, uma vez perfeita e acabada.”

O Fisco não é terceiro interessado no contrato, não havendo qualquer razão para que a cessão de bens ou direitos não produza os efeitos cabíveis, como já decidiu a Delegacia da Receita Federal do Rio de Janeiro, mantida integralmente pelo Egrégio Primeiro Conselho de Contribuintes, no Processo 15374.001073/2001-37, cuja decisão transcreve.

Portanto, tendo em vista: (i) a existência dos contratos de mútuo de ações; (ii) o fato de os mesmos terem preenchidos os requisitos legais de validade; e (iii) de existirem importantes indícios que apontam no sentido da real existência dos contratos; é evidente que está plenamente demonstrada a existência dos mesmos, tendo sido comprovada, à saciedade, a efetividade das despesas incorridas.

VIII – Despesas pagas para beneficiários no Brasil

Diz ainda a recorrente não proceder a alegação, adotada como justificativa para a glosa, segundo a qual os ganhos havidos na outra ponta da operação de empréstimo de ações teriam sido auferidos por fundos de investimento estrangeiros, não sujeitos a tributação.

Alega tratar-se de uma meia verdade. Isso porque, conforme atestado pelo próprio agente fiscal, do ganho total apurado de R\$ 68.854.934,00, R\$ 34.340.360,00 referiam-se a ganhos auferidos pelo fundo brasileiro denominado Liberal Plus Fundo Mútuo de Investimentos Carteira Livre.

Portanto, em relação a essa parcela do ganho, houve incidência dos tributos próprios das aplicações financeiras realizadas por investidores nacionais em fundos de investimentos brasileiros. Assim, se for mantido o argumento da D. Fiscalização, ao menos os valores relativos ao fundo brasileiro deveriam ser excluídos da base de cálculo do Auto de Infração, sob pena de ser gerada a dupla tributação de valores (uma pelo fundo e outra pela não dedução da correspondente despesa).

IX – Da impossibilidade da multa agravada

A recorrente, além de reiterar a impossibilidade de qualquer multa, sustenta ainda, ser mais absurda a multa de 150%, dado que, no **caso em**

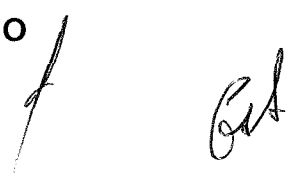
Processo n.º : 10768.010249/2002-85
Acórdão n.º : 101-94.717

análise os institutos jurídicos utilizados foram lícitos e não ocorreu qualquer ato contrário à legislação, não havendo qualquer falsificação de documentos, estorno de lançamentos contábeis ou omissão de informações!, não estando presentes as características de fraude, tendo em vista que as perdas foram geradas antes de qualquer incidência tributária.

Acrescenta a recorrente que o Primeiro Conselho de Contribuintes ter decido que quando o contribuinte é transparente em seus atos e efetivamente faz todos os lançamentos contábeis pertinentes, a multa deve ser reduzida de 150% para 75%, conforme Ac. nº 101-93.701, cuja ementa transcreve.

A fim de garantir a instância, a recorrente apresentou os documentos referentes aos depósitos às fls. 1876/1880 e 1886/1890, tendo a autoridade preparadora considerado atendidos os pressupostos de admissibilidade, conforme despacho de fls. 1929 de encaminhamentos dos autos a este Conselho.

É O RELATÓRIO



V O T O V E N C I D O

Conselheiro SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL, Relator

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

Como visto do extenso Relatório, o Recorrente, antes de abordar o mérito apresenta as seguintes preliminares, que segundo alega acarretariam a **nulidade do procedimento fiscal**, eis que:

- a) A SRF seria incompetente para apurar o artificialismo das operações, tendo em vista que a competência para tal questionamento é restrita à Comissão de Valores Mobiliários, conforme legislação que invoca;
- b) Os autos teriam sido lavrados contra sujeito passivo inexistente;
- c) Os autos de Infração teriam sido lavrados por Auditor Fiscal com jurisdição no Rio de Janeiro, logo, fora da jurisdição da única pessoa jurídica que poderia figurar como sujeito passivo, ou seja, a sucessora, cuja sede é em São Paulo.
- d) A notificação dos autos de infração foi dada a pessoa que não era o representante legal do sujeito passivo identificado nos Autos de Infração

Da preliminar de incompetência da Secretaria da Secretaria da Receita Federal para apuração dos fatos objeto destes autos

Ao contrário do sustentado, entendo não proceder a alegada incompetência da Secretaria da Receita Federal, pois, embora Comissão de Valores Mobiliários – CVM, tenha, segundo incisos III e V do art. 8º e art. 9º, inciso V, da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, competência para apuração de irregularidades quanto à cotação de ações e, em decorrência, a apuração de atos ilegais e práticas não equitativas das companhias de capital aberto, a sua competência não exclui a de outros órgãos, quando os fatos também acarretem consequências em matéria que diga respeito a estes outros órgãos e eles tenham elementos para demonstrar a ocorrência das repercussões que exijam a adoção de providências de sua alçada.

Quanto à invocação do disposto no Art. 11, da Lei nº 9.784, de 1999, há de se esclarecer que, segundo o disposto no Art. 69 da referida Lei, os processos administrativos específicos continuam a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos da lei referenciada, como é caso do

Processo n.º : 10768.010249/2002-85
Acórdão n.º : 101-94.717

Processo Administrativo Fiscal que é regido pelo Decreto nº 70.235, de 1972, com suas alterações posteriores, o qual possui *status* de lei.

Deste modo, considero improcedente a prejudicial apresentada, tendo em vista considerar competente a SRF para apurar eventuais diferenças de tributos, deste que seus agentes venham a comprovar efetivas reduções indevidas de tributos, matéria a ser analisada quando da apreciação do mérito.

Da data da incorporação

Não tendo o Fisco questionado a efetiva incorporação, nem alegado qualquer irregularidade na materialização da incorporação do Bank of América Liberal S/A., doravante denominado de Banco Liberal, pelo Bank of América Brasil S/A., a apreciação das preliminares de nulidade, quer por (a) manifesta ilegitimidade de parte, dado que os autos teriam sido lavrados contra sujeito passivo inexistente; quer por (b) incompetência da Fiscalização subordinada à Delegacia do Rio de Janeiro para a formalização das presentes exigências fiscais, exige que, inicialmente se elucide a efetiva data em que o **ato jurídico da incorporação** se considera materializado, com efetiva extinção do incorporado e transferência do patrimônio (direitos e obrigações) do sucedido para o sucessor.

Isto é, se a incorporação é juridicamente considerada efetivada, somente após a data da aprovação pelo Banco Central do Brasil, ou mesmo na data da apresentação dos atos de incorporação à Junta Comercial para arquivamento, **como sustenta o Fisco**, permanecendo até essas datas a **existência jurídica do banco sucedido – no caso o sujeito passivo autuado** – ou se, como sustenta a recorrente, desaparece a personalidade jurídica do sucedido na data da Assembléia Geral, que aprovando os laudos dos peritos avaliadores, aprova a incorporação, mediante a versão de todo o patrimônio (direitos e obrigações) do sucedido para a sociedade incorporadora, em razão da integralização do capital pelos acionistas do sucedido.

Vejamos inicialmente, a cronologia dos fatos, como eles ocorreram:

- a) Em 29.01.2002 – foi realizadas a AGE das instituições financeiras envolvidas, aprovando a incorporação do Banco Liberal, aumentando o capital do banco incorporador, foi declarada extinta a totalidade das ações do capital do Banco Liberal, assim como o estabelecimento sede do banco incorporado, cujas operações foram incorporadas às operações realizadas pela filial do banco incorporador;
- b) Em 30.01.2002, Foram pelo incorporador submetidos todos os documentos da incorporação à aprovação do Banco Central, conforme exige a Circular nº 2.502, de outubro de 1994;
- c) Em 9.10.2002, foi publicado do Diário Oficial da União, a aprovação pelo Banco Central da AGE de 29.1.2002;

Processo n.º : 10768.010249/2002-85
Acórdão n.º : 101-94.717

d) Em 7.11.2002, os documentos foram submetidos a registro na Junta Comercial do Estado de São Paulo.

Assim, inicialmente, verifica-se que, se desconsiderado o prazo entre a data de entrega dos documentos ao BACEN e a data da comunicação da aprovação por ele ao incorporador, este **demorou exatamente 30 (trinta) dias para a entrega dos documentos à Junta Comercial**, sendo um (um) do dia 29 para o dia 30.01.2002 e 29 (vinte e nove) do dia 09.10.2002 para o dia 07.012002.

Vale também relembrar que a ciência dos Autos de Infração ocorreu em 20.06.2002.

Como recorda Paulo de Barros Carvalho, em Parecer acostado aos autos, o conceito de pessoa, no direito, não é o mesmo da linguagem social. Em termos jurídicos, pessoa é o ente ao qual o ordenamento jurídico confere a possibilidade de ser sujeito de direitos e deveres jurídicos. Nas palavras de Hans Kelsen, "*ser pessoa ou ter personalidade jurídica é o mesmo que ter deveres jurídicos e direitos subjetivos.*"

Pode o direito tomar como pessoa o que bem entender, excluindo desse conceito determinado ser humano, ou, ao contrário, nele incluindo outras entidades, não coincidentes com o homem.

O ente jurídico surge quando observadas prescrições legais concernentes ao assunto. Não se trata de formalismo, mas de exigências do direito positivo, pois tanto a pessoa física, como a jurídica são criações do ordenamento posto. Em qualquer hipótese, a personalidade jurídica só se concretiza pela inserção no sistema de norma individual e concreta, reportando seus efeitos ao momento da ocorrência dos fatos, previsto na norma legal que regula a matéria.

Para a constituição ou extinção da pessoa jurídica, é imprescindível a observância das prescrições legais. No que diz respeito à sociedade anônima, a forma de sua constituição, alteração e extinção é disciplinada pela Lei n° 6.404/76. Esse Diploma Legal, não obstante tenha revogado o Decreto-Lei n° 2.647/40, que regulamentava as sociedades por ações, manteve válidos e em vigor alguns de seus dispositivos: os artigos 59 a 73, referentes a "companhias estrangeiras" e a "sociedades que dependem de autorização do Governo".

Da estipulação constante do art. 59, expressamente acolhido pela nova Lei das Sociedades por Ações, depreende-se: "*A sociedade anônima ou companhia que dependa de autorização do Governo para funcionar, reger-se-á por esta lei, sem prejuízo do que estabelecer a lei especial.*"

Processo n.º : 10768.010249/2002-85
Acórdão n.º : 101-94.717

Vejamos então o que dispõe a lei que rege a criação e extinção das sociedades por ações, isto é, vejamos em que momento a legislação própria define o momento da incorporação e, em consequência, a extinção da incorporada.

Dispõe o art. 219 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei das Sociedades por Ações – LSA):

*“Art. 219. Extingue-se a companhia:
I - pelo encerramento da liquidação;
II - pela incorporação ou fusão, e pela cisão com versão de todo o patrimônio em outras sociedades.*

Portanto, **a extinção se dá no exato momento em que ocorre a incorporação. Esta, por sua vez, se extingue no preciso instante em que são aprovados pelo órgão máximo da incorporadora o laudo de avaliação do patrimônio líquido da incorporada e a própria incorporação**, como expressamente se lê no Art. 227, 3º, da LSA, *in verbis*:

*“§ 3º Aprovados pela assembléia geral da incorporadora o laudo de avaliação e a incorporação, **extingue-se a incorporada**, competindo à primeira promover o arquivamento e a publicação dos atos da incorporação.” (LSA, art. 227) (realces da transcrição).*

Nesse momento, **já não existem sócios nem patrimônio atribuíveis à incorporada**, pois a assembléia geral desta terá aprovado o protocolo da operação e autorizado seus administradores a praticarem os atos necessários, especialmente a subscrição do aumento do capital da incorporadora, que seria integralizado com o patrimônio líquido daquela. É o que dispõem os §§ 1.º e 2.º do aludido art. 227 da LSA:

“§ 1.º A assembléia geral da companhia incorporadora, se aprovar o protocolo da operação, deverá autorizar o aumento de capital a ser subscrito e realizado pela incorporada mediante versão do seu patrimônio líquido, e nomear os peritos que o avaliarão.

§ 2º A sociedade que houver de ser incorporada, se aprovar o protocolo da operação, autorizará seus administradores a praticarem os atos necessários à incorporação, inclusive a subscrição do aumento de capital da incorporadora.”

No caso do Banco Liberal, a extinção se deu no momento da deliberação de que trata o § 3.º do art. 227, acima transcrito, isto é, no momento em que

Processo n.º : 10768.010249/2002-85
Acórdão n.º : 101-94.717

“aprovados pela assembléia geral da incorporadora o laudo de avaliação e a incorporação”, o que se deu em 29 de janeiro de 2002.

Assim, quando, **em 20 de junho** seguinte, foi o Banco Liberal autuado pela Receita Federal, **ele já não existia**. Seu patrimônio tinha sido vertido na sociedade incorporadora, o Bank of America Brasil S.A.

Resta saber se o fato de o banco incorporado e seu incorporador serem instituições financeiras, conjugado à circunstância de que, por serem tais, têm de sujeitar-se à autorização do Banco Central para realizarem operações de reorganização societária (inclusive incorporação), conforme determina o art. 10 da Lei n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1964 (Lei Bancária), afeta de algum modo a conclusão acima, que é, sem dúvida válida, para as sociedades em geral.

Essa autorização, de ordinário, assume, quanto ao momento em que intervém a autoridade monetária, duas modalidades: ou se trata de **autorização prévia** ou de **posterior aprovação**.

A autorização prévia é necessária para que a instituição financeira possa funcionar. É necessária também para os atos de reorganização, em especial a fusão, cisão e incorporação. Depende, ainda, de prévia autorização, o cancelamento da autorização para funcionamento, quer por mudança do objeto social, quer por **extinção da sociedade**.

A esse respeito dispõe a Resolução nº 3.040, de 28.11.2002:

“Art. 16. A prática de atos que acarretem a extinção da sociedade ou a mudança de seu objeto social, que resulte na sua descaracterização como sociedade integrante do sistema financeiro, implica o cancelamento da respectiva autorização para funcionamento.”

Assim, em princípio, a extinção da sociedade ou a mudança do objeto social, que resulte na sua descaracterização como sociedade integrante do sistema financeiro dependeria de autorização prévia, com uma série de exigências, mencionadas no art. 17, constante do Capítulo IV, do regulamento anexo à aludida resolução, que consolidou as normas até então existentes sobre o assunto.

Deste modo, a extinção do Banco Liberal, por incorporação, dependeria, em princípio, de autorização prévia da autoridade monetária, todavia, o § 2.º do art. 17 dispensa dessa autorização as extinções decorrentes, entre outras, de incorporação societária, no caso em que a sucessora já seja autorizada a funcionar pelo BACEN, *verbis*:

Processo n.º : 10768.010249/2002-85
Acórdão n.º : 101-94.717

“§ 2.º As disposições deste artigo não se aplicam à extinção da sociedade decorrente de fusão, cisão total ou incorporação, desde que a instituição resultante ou sucessora seja autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil.”

Esse entendimento, manifestado na Resolução n.º 3.040, já vigorava anteriormente, eis que esta Resolução, a par de introduzir algumas modificações, inclusive explicitando entendimento já anteriormente existente no Banco Central consolidou normas passadas, que não foram modificadas.

Que o entendimento não é novo, e sim provém da compreensão da matéria já existente antes, revela-o de maneira clara o fato de que a Resolução n.º 2.099, de 1994, já dispensava as formalidades próprias das autorizações prévias, para os casos em que a

Art. 2.º Os controladores da instituição a ser constituída deverão publicar declaração de propósito nos termos a serem estabelecidos pelo Banco Central do Brasil.

§ 1.º Em se tratando da constituição de instituição por parte de pessoa física e/ou jurídica controladora de instituição da natureza daquelas de que trata este Regulamento, fica essa pessoa dispensada do cumprimento da exigência prevista neste artigo.

Ressalte-se que a mesma Circular ao explicitar os documentos que devem ser anexados ao pedido de aprovação no caso da incorporação, inclui no item 20 do art. 3º, inciso IX:

*“... cópias autenticadas das atas das assembléias gerais das instituições envolvidas, que deliberaram sobre fusão/cisão/**incorporação** e a nomeação dos peritos para avaliação do patrimônio, na forma da lei, ou da alteração contratual, conforme o caso”*

Ora, se é certo que o pedido de autorização já deve ser instruído com cópia das atas das Assembléias Gerais das instituições que deliberam sobre a incorporação é porque a autorização em exame é posterior e não prévia à incorporação como imaginou a decisão recorrida.

Em extenso Parecer da lavra do eminente jurista MARCO AURÉLIO GRECO, acostado aos autos, após analisar toda a problemática da incorporação à luz dessa Resolução 2.099, concluí que o ato do Banco Central não é condição

Processo n.º : 10768.010249/2002-85
Acórdão n.º : 101-94.717

da produção dos efeitos da incorporação. Ele tem por objetivo o controle das conseqüências deste efeito já produzido para o fim de avaliar se, nesta nova conformação, a incorporadora continua atendendo aos requisitos de capital, patrimônio etc. e acrescenta que três são as alternativas que resultam do art. 2º da Resolução:

“(a) reconhecer que as exigências ligadas à saúde da incorporadora estão atendidas e aprovar o que foi feito;

(b) exigir que sejam promovidas medidas de regularização da situação em dimensão e prazo a ser fixadas; e

(c) caso não sejam promovidas tais medidas, decretar a liquidação extrajudicial da pessoa jurídica (que obviamente só pode ser a incorporadora, pois a incorporada já fora extinta desde a Assembléia).

Logo, no caso do Bank of America do Brasil, S/A., instituição financeira que já era autorizada a funcionar, este poderia incorporar o Banco Liberal, sem que dependesse, para isso, de autorização prévia. Esta foi dispensada, nos termos do acima transcrito, que exterioriza o entendimento do Banco Central sobre a matéria, desde antes da edição da Resolução n.º 3.040.

O procedimento contábil previsto na Circular nº 3.017, de 06.12.2000, que alterou e consolidou os procedimentos contábeis a serem observados nos processos de incorporação, fusão ou cisão, ratifica o entendimento de que, no caso, **não se trata de autorização prévia**, como pressupuseram as autoridades fiscais, mas mera aprovação *a posteriori*.

Com efeito, o inciso I do artigo 1º da referida Circular estabelece que as sociedades envolvidas devem elaborar balancete patrimonial, **na data base**, devidamente transcrito no Livro Diário ou Balancetes Diários e Balanços. O parágrafo único do mesmo artigo estabelece que “**entende-se por data base a data escolhida para o levantamento e avaliação da situação patrimonial**, sendo certo que, quem escolhe a data-base são as sociedades envolvidas na incorporação, sendo definida nos documentos da incorporação, ou seja, na própria AGE.

Por sua vez, no artigo 2º da Circular 3.017/00, se declara:

“Art. 2º. Quando a data-base coincidir com o encerramento do mês ou do semestre, devem ser observados os procedimentos normais de publicação e remessa das demonstrações financeiras ao Banco Central do Brasil, dispensadas essas exigências nas demais hipóteses, verificado, ainda o seguinte:

I – as instituições envolvidas, individualmente, devem manter a remessa e a publicação das demonstrações financeiras durante o período compreendido entre a data-base e a da Assembléia Geral Extraordinária (AGE) que aprovar o processo de incorporação, fusão ou cisão, exclusive;

II – as instituições resultantes da fusão ou incorporação e as remanescentes do processo de cisão devem observar todas as exigências relativas à remessa e publicação das demonstrações financeiras a partir da data de realização da AGE mencionada no inciso anterior.” (não destacado no original).

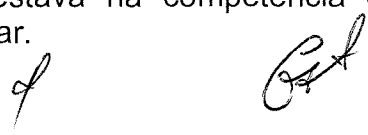
Esses dispositivos afastam qualquer dúvida. O inciso I do artigo 2º acima transcrito menciona que as sociedades envolvidas devem continuar a enviar informações contábeis **de modo individual** apenas **entre a data-base e data da AGE**. Posteriormente, as informações contábeis são consolidadas, haja visto que a incorporação já produz efeitos desde a data da AGE.

O inciso II do mesmo artigo esclarece que apenas as sociedades resultantes da incorporação devem, **a partir da data da realização da AGE**, continuar a observar as regras referentes à publicação das demonstrações financeiras. Ou seja, a sociedade incorporada, a partir da data da AGE, não observa mais tais regras, não publicando mais quaisquer atos, uma vez que já está extinta *ex vi* do artigo 227, §3º da Lei das Sociedades por Ações.

Como não pode existir uma sociedade sem contabilidade e como a partir da AGE somente o incorporador deverá apresentar demonstrações financeiras, isto é, passando a existir somente a contabilidade da sociedade incorporadora, isto se torna mais uma prova de que, ao contrário do que concluiu a decisão recorrida, a incorporada deixou de existir de fato e de direito, a partir da AGE que aprovou a incorporação.

Em outras palavras, a extinção do Banco Liberal não dependeria de autorização. Operar-se-ia, como efetivamente se operou, mediante simples aplicação da lei societária geral (LSA).

Portanto, observa-se que no caso, as normas infralegais (resoluções e circulares do Banco Central), não dispunham de forma diferente do que estabelece a LSA, a extinção do Banco Liberal não dependia de autorização. Operar-se-ia, como efetivamente se operou, mediante simples aplicação da lei societária geral (LSA), cujas normas, aliás, não estava na competência da autoridade administrativa (BC e CMN) alterar ou ignorar.



Se, por um lado, não havia necessidade de autorização prévia, persistia porém a necessidade de posterior aprovação, já então como instrumento de fiscalização e não mais para tornar possível a operação. Esta já se perfizera quando a assembléia geral da incorporadora acatou o laudo de avaliação e acedeu em incorporar o Banco que naquela se agregou.

Conforme acentua PONTES DE MIRANDA, as declarações ou proposições declarativas “têm como elemento predominante o de enunciado de fato: ou nelas se diz, em primeira plana, que algo existe, ou que algo não existe. Sim, ou não. O que nelas mais importa, o que preponderantemente se estabelece, é o que se contém na proposição existencial” [*Tratado das Ações*, Tomo II, Editora Revista dos Tribunais, pág. 5].

Portanto, quando a lei diz que a incorporadora, após aprovar os atos de incorporação, declarará a extinção da incorporada, isto significa dizer que enunciou-se um fato: que a incorporada extinguiu-se. Essa extinção, pois, independe de outras formalidades. Dado o fato jurígeno previsto em lei (a aprovação), dá-se a consequência nela prevista (a extinção).

É o que diz a Lei das Sociedades por Ações e o confirma o vigente Código Civil, aclarando a situação ora vigente em nosso sistema jurídico:

“Art. 1.118. Aprovados os atos da incorporação, a incorporadora declarará extinta a incorporada, e promoverá a respectiva averbação no registro próprio”.

Deste modo, o que o Código Civil diz, com toda a clareza, é que a incorporada se extingue com a aprovação dos atos de incorporação. Extinta a incorporada, só resta à incorporadora declará-lo. Para a extinção, o ulterior registro é desnecessário. Será necessário para outros efeitos—notadamente para publicidade e para definir responsabilidade de terceiros oriunda da ciência da sucessão—, mas não para extinguir a incorporada: esta já está extinta logo que aprovados os atos de incorporação pela assembléia geral da incorporadora.

O que se colima, com esse “declarar-se a extinção” é, para retomar as palavras de PONTES DE MIRANDA, “estabelecer-se a certeza no mundo jurídico. Afastam-se dúvidas, de modo que há sempre o enunciado existencial: é, ou não é” [*Obra e local citados*].

Portanto, a dúvida, que os antigos comercialistas tinham, acerca do momento da extinção das pessoas jurídicas incorporadas, que certa doutrina atribuía ao ato de arquivamento dos atos de extinção na Junta Comercial, é dúvida hoje inexistente, desde o advento da nova Lei das Sociedades por Ações (Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976). O Código Civil de 2002 somente veio confirmar que a extinção se dava no ato de aprovação do laudo de avaliação e a

incorporação (como já o dispunha a citada Lei n.º 6.404, de 1976, art. 227, § 3.º) e tirar qualquer dúvida acaso remanescente, no sentido de que o ato posterior não traria qualquer *inovação* (criando ou extinguindo) mas apenas *declararia* uma situação pré-existente: diria se uma situação de fato (extinção da incorporada) existia ou não, se era ou não era. Ainda que nada declarasse, o fato da aprovação, por si, acarretava a consequência que a lei lhe atribui: extinguir a incorporada.

No caso concreto, aprovado pela incorporadora o laudo de avaliação e a própria incorporação, em 29.01.2002, extinguia-se, nesse mesmo vértice temporal, o Banco Liberal.

Depois da declaração de extinção cujo efeito, no caso é automático, *ex lege*, tudo o que se sucedeu, no tempo, era ato de conhecimento, não ato de extinção ou criação: a aprovação da incorporação pelo Banco Central era ato meramente declaratório, o arquivamento dos atos no Registro de Comércio era mero ato de ciência à comunidade, a comunicação ao fisco acerca dessa extinção era simples ato de declaração e ciência.

Analogamente, à participação do falecimento de uma pessoa física, pela imprensa, a lavratura da certidão de óbito, o convite para os funerais ou para cerimônias religiosas, o registro do óbito nos assentos de nascimento e casamento, a abertura do inventário dos bens deixados pelo *de cujus*, nada disso representa a extinção da pessoa física, nem a abertura da sucessão: esta já se dera antes. Os atos posteriores são atos de certificação e de conhecimento, não criadores de direitos para os sucessores ou para terceiros, pois tais direitos já estavam criados por ocasião do passamento do extinto (art. 6.º e art. 1784 do Código Civil).

Tanto a extinção é um fato, após a assembléia, que a LSA, no art. 227, § 3.º, reitera essa consequência, que já assentara no art. 219, inciso II, e ainda esclarece que, após essa assembléia, o arquivamento e a publicação dos atos de incorporação não serão feitos pela incorporada (que já não existe) e sim pela incorporadora, como já assinalado.

Os atos posteriores são meramente complementares da extinção (completam a eficácia, para certos fins). A extinção já existe *per se*, tanto que o laudo e a incorporação sejam aceitos pela incorporadora. Não se precisa para consolidar essa extinção de nenhum ato posterior. O que é necessário, **não para extinguir o que já está extinto**, mas para permitir a todos o conhecimento do fato, é dar a necessária publicidade.

Também os próprios atos registrários (arquivamento na Junta Comercial) são atos de mera publicidade, não atos de criação. É, em relação à pessoa jurídica extinta, o mesmo que o registro de óbito significa em relação à pessoa física—um ato de conhecimento, de publicidade, como assinala DÉCIO

Processo n.º : 10768.010249/2002-85
Acórdão n.º : 101-94.717

ANTONIO ERPEN e JOÃO PEDRO LAMANA PAIVA, *in* Revista de Direito Imobiliário, nº 49, pág. 46/52:

“Se inscritível o ato, e se promovido, regularmente, no órgão específico, pelo registrador competente, gera-se a ficção de conhecimento, com as conseqüências erga omnes”.

O arquivamento na Junta Comercial não tem a função de “criar” a figura da extinção da pessoa jurídica, senão apenas tornar o fato conhecido *erga omnes*.

Além do mais, a necessidade de registro, visa que terceiros tenham conhecimento, sendo certo que o conceito de **terceiros** corresponde, justamente, àqueles que não têm acesso aos documentos e decisões internas de pessoas que podem afetar os seus interesses e direitos, o que não é o caso do Fisco, como reiteradamente tem entendido a própria Receita Federal.

Não procede a objeção levantada pelas autoridades fiscais de eventual descumprimento do prazo de 30 (trinta) dias previsto no artigo 36 da Lei 8.934/94 e, como conseqüência, não seria possível retroagir os efeitos da incorporação à data do ato, ou seja, à 29.1.2002. *Data venia*, esse raciocínio não pode prosperar.

Isto porque o inciso VII do artigo 35 da Lei 8.934/94, expressamente, estabelece que os contratos e estatutos que dependem da aprovação de órgão governamental não podem ser registrados antes de sua aprovação. Ora, até a aprovação do Banco Central, a Recorrente estava impedida legalmente de levar os documentos ao Registro Público. Por essa razão, é evidente que o prazo de 30 (trinta) dias previsto no artigo 36 da Lei 8.934/94 somente se inicia a partir do momento em que as partes estão autorizadas a submeter os documentos ao Registro Público. O prazo de 30 (trinta) dias não poderia ser iniciado se a Recorrente estava legalmente impedida de levar os atos ao Registro Público.

Em face de todo o exposto, no caso, mesmo que relevo se pudesse atribuir ao disposto na regra do art. 36 da Lei n.º 8.934, de 18 de novembro de 1994, mister se faria, em primeiro lugar, atentar para o significado do prazo estabelecido. De fato, a negligência é punida com a eficácia registral *ex nunc*:

“Art. 36. Os documentos referidos no inciso II do art. 32 deverão ser apresentados a arquivamento na Junta, dentro de trinta dias, contados de sua assinatura, a cuja data retroagirão os efeitos do arquivamento; fora desse prazo, o arquivamento só terá eficácia a partir do despacho que o conceder.”



Ora, se a negligência se pune com a eficácia apenas a partir do despacho, e a diligência é premiada com a eficácia *ex tunc* (à data da assinatura), isso não significa que a extinção se desfaz, com a negligência, da mesma maneira que o defunto não se levanta com a perda do prazo de registrar o óbito.. Outras são as consequências. No caso do arquivamento a destempo, as consequências dizem respeito à responsabilidade dos diretores da incorporadora pelo retardamento. A extinção é intocada pela negligência.

Em segundo lugar, no caso não há falar em negligência. É que todas as normas a respeito dos prazos para arquivamento dos documentos relativos à incorporação, estabelecem que o cumprimento da legislação respectiva (referente ao arquivamento na Junta Comercial) é posterior (subseqüente) à aprovação.

De fato, a Circular n.º 598, de 31 de dezembro de 1980, que deu nova redação ao Manual, na parte referente às obrigações das instituições financeiras e à instrução de processos perante o Banco Central (Circular confirmada, com alterações, pela de n.º 1202, de 8 de julho de 1987) prescreve que

“6 – Cabe à instituição, subseqüentemente, providenciar o cumprimento da legislação vigente:

a) o arquivamento na Junta Comercial do local em que se situe a sede social, dos documentos...;

b) a publicação, na íntegra, da certidão desse arquivamento no Diário Oficial do Estado” [MNI 13-10-1, referente aos Bancos de Desenvolvimento]

Igual regra contém o Título 16, referente aos Bancos comerciais, no Capítulo 17 (Instrução de Processos), Seção 1 (Disposições Preliminares) do Manual de Normas e Instruções (MNI) do Banco Central:

O mesmo ocorre com os Bancos de Investimento (MNI 18-12-1-3), com as Sociedades de Crédito, Financiamento e Investimento (MNI 19-10-1-3), com as Sociedades Distribuidoras (MNI 21-9-1-3), com as Sociedades de Arrendamento Mercantil (MNI 24-8-1-3), etc., etc. Portanto, sempre que sujeito à autorização ou fiscalização do Banco Central, a instituição deverá aguardar a aprovação e, só “subseqüentemente”, é que poderá apresentar à Junta Comercial a documentação para arquivamento. Não há negligência quando é a própria norma que determina o *terminus a quo* da obrigação de arquivar (a data da aprovação) e a posterioridade (“subseqüentemente”) do arquivamento.

Sendo assim, os efeitos do registro (arquivamento na Junta Comercial) retroagem à data da assinatura (art. 36 da Lei n.º 8.934, de 18 de novembro de 1994, combinado com as normas que exigem primeiro a aprovação e, só “subseqüentemente”, o arquivamento).

Processo n.º : 10768.010249/2002-85
Acórdão n.º : 101-94.717

Não é admissível a interpretação parcial do aludido art. 36. A interpretação deve ser sistemática e considerar todos os dispositivos vigentes a respeito.

Mesmo que não retroagissem, os efeitos, então *ex nunc*, seriam apenas os decorrentes do registro (efeitos registrais e não efeitos quanto à extinção). A extinção em si não é regulada pela Lei de Registro de Empresas Mercantis e sim pela Lei das Sociedades por Ações. Esta fixa de forma indubitável, e em dois artigos que se confirmam, ocorrer a extinção já na data da deliberação da incorporadora (Lei n.º 6.404, art. 219, inciso II, e art. 227, § 3.º).

Como, no entanto, não há que se falar em negligência quando a incorporadora obteve a autorização e subseqüentemente promoveu o registro, antes do prazo de que dispunha. Os prazos, mesmo os de prescrição (e no caso se trata de prazo não peremptório nem prescricional) somente são relevantes quando nasceu a oportunidade para serem cumpridos.

De todo o modo, o registro (realizado ou não, efetuado no prazo ou fora dele) é irrelevante perante o fisco, que considera a incorporação na data mesma em que ocorreu:

“Art. 21. A pessoa jurídica que tiver parte ou todo o seu patrimônio absorvido em virtude de incorporação, fusão ou cisão deverá levantar balanço específico para esse fim, no qual os bens e direitos serão avaliados pelo valor contábil ou de mercado.

.....
§ 4º A pessoa jurídica incorporada, fusionada ou cindida deverá apresentar declaração de rendimentos correspondente ao período transcorrido durante o ano-calendário, em seu próprio nome, até o último dia útil do mês subseqüente ao do evento.”
(Lei n.º 9.249, de 26 de dezembro de 1995)

O evento previsto na Lei tributária corresponde à Assembléia Geral de incorporação como, aliás, prevê há muitos anos a IN-77/86, cujo subitem 5.6 deixa claro considerar-se **“ocorrido o evento na data da deliberação que aprovar a incorporação, fusão ou cisão”**

Deste modo, a extinção da incorporada não apenas existe societariamente desde a data da Assembléia Geral Extraordinária como produz seus efeitos tributários desde então, salientando que a eventual falta de declaração no prazo estabelecido implica descumprimento de dever legal já existente desde a data do “evento” e enseja a aplicação de penalidades, o que é a confirmação da produção dos efeitos tributários.

Processo n.º : 10768.010249/2002-85
Acórdão n.º : 101-94.717

Ainda é de observar-se que, antes da lavratura dos Autos de Infração, a Fiscalização foi cientificada da incorporação realizada em janeiro de 2002, assinalando, no Relatório da Atividade Fiscal que o "assunto em tela é fundamental para identificação do sujeito passivo da obrigação tributária, bem como se é devido, ou não, o lançamento da multa de ofício."

Em conclusão, não resta a menor dúvida de que a pessoa jurídica do Banco Liberal deixou de existir, extinguindo-se com a deliberação da Assembléia Geral Extraordinária realizada em 29/01/2001, muito antes, portanto, da formalização das presentes exigências fiscais, datadas de 20.06.2002.

Da ilegitimidade do sujeito passivo contra quem foi lavrado o Auto de Infração

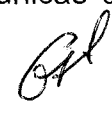
Em face da conclusão quanto à data da extinção da pessoa jurídica do Banco Liberal ocorrida em 29.01.2002, é óbvio que ele jamais poderia ser autuado em 20.06.2002, dado nada dele mais existir, seja patrimônio, acionistas, administração etc.

Como já decidiu em reiterados julgados esta Câmara e também a Colenda Câmara Superior de Recursos Fiscais, materializa-se a **nulidade absoluta do procedimento**, por ilegitimidade de parte, quando a autuação é consumada em pessoa jurídica inexistente, visto que a pessoa jurídica extinta não pode ser representada em juízo ou fora dele.

Conforme já assinalamos, quando do relato do Recurso nº 126141, que deu origem ao Acórdão nº 101-93.587, aprovado à unanimidade de votos, cuja fundamentação ora reiteramos, a ausência de aprofundamento na análise da matéria das nulidades, tem dado origem ao que há muitos anos consignou o ilustre ex-Presidente da 3ª Câmara deste Conselho de Contribuintes, Dr. ANTÔNIO DA SILVA CABRAL, *in* Processo Administrativo Fiscal, onde declara "ser um dos maiores equívocos praticados por muitos julgadores que entendem que as nulidades são apenas as constantes do art. 59 do Decreto nº70.235/72."

O referido autor, após haver apresentado inúmeros **outros fundamentos** que justificam a declaração de nulidade dos atos processuais, acrescenta que um lançamento, pode ter sido efetuado por autoridade competente e, evidentemente, sem qualquer preterição do direito de defesa, mas ser nulo, por exemplo, por não ter sido identificado o sujeito passivo.

E, após analisar as diversas espécies de nulidades, conclui que erram as decisões que afirmam ser as hipóteses mencionadas no art. 59, as únicas que podem acarretar a nulidade processual.



Processo n.º : 10768.010249/2002-85
Acórdão n.º : 101-94.717

Arrematando com a seguinte afirmação, bem elucidativa para o caso destes autos:

“Em matéria de nulidade há de se distinguir os casos em que esta é suprável. Se não o for, o próprio processo se torna inválido, como quando ocorre erro na identificação do sujeito passivo.

Ilegitimidade passiva. O art. 142 do CTN determina que o lançamento deve identificar o sujeito passivo. Logo, um erro na identificação do sujeito passivo torna nulo o lançamento. Este é um dos casos de nulidade, não mencionados pelo art. 59. ...”

Segundo a legislação, jurisprudência e doutrina, o **lançamento**, materializado através da Notificação de Lançamento ou Auto de Infração, ao formalizar uma exigência fiscal, estabelece um **relação jurídica processual**, todavia, para que essa relação se constitua e tenha validade, é indispensável que atenda ao que a doutrina conceituou como **pressupostos processuais** e também se façam presentes as **condição da ação**.

Pressupostos processuais são os requisitos necessários para que a **relação processual** se constitua e tenha validade, como previsto no art. 267, inciso IV, do Código de Processo Civil, assinalando Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, *in* Teoria Geral do Processo Civil, “sem o concurso desses pressupostos ou de algum deles *o processo não terá existência e validade*”.

Já as **condições da ação** são os requisitos essenciais para a existência da ação, as quais se ligam diretamente à pretensão deduzida na peça processual (mérito) e por isso mesmo devem ser examinadas preliminarmente, **antes do julgamento do mérito**.

Acrescentando o mencionado autor que “O exame sobre os pressupostos processuais **precede sempre o referente às condições da ação** ...” e ambos o do conhecimento do mérito.

Os **pressupostos processuais** são de duas espécies: **subjetivos** e **objetivos**, incluindo-se entre os primeiros **as partes**, devendo estas ter **capacidade de ser parte** e **capacidade de estar em juízo**, sendo que a **capacidade de ser parte** é pré-requisito para a capacidade para estar em juízo; sem a existência da primeira jamais existirá a segunda, embora possa existir a primeira e não se materializar a segunda, por esta depender de assistência, representação ou determinar a lei a substituição processual.

Ensinando MOACYR AMARAL SANTOS, *in* Primeiras Linhas de Direito Processual Civil que, “Se uma ou ambas as partes não têm **capacidade de ser**

parte, isto é, não sejam **sujeitos de direito** (se lhes faltar a capacidade jurídica), nenhuma relação jurídica se constitui. Se a uma ou ambas as partes faltar **capacidade processual**, a relação igualmente, não se formará, por serem despidos os atos das mesmas de eficácia jurídica.

Também E. D. MONIZ DE ARAGÃO, *in* Comentários ao Código de Processo Civil, diz que a capacidade processual das partes regula-se pela lei material, que fixa a sua **aquisição e perda, assim para as pessoas físicas como para as jurídicas**.

Do mesmo modo, para que o julgador possa adentrar ao mérito da pretensão formulada, é indispensável, nos termos do artigo 267, inciso VI, se façam presentes as **condições da ação**, ou seja: (i) possibilidade jurídica do pedido, (ii) legitimidade das partes (*legitimatío ad causam*), e (iii) legítimo interesse.

E. D. MONIZ DE ARAGÃO, na obra citada, ao comentar as condições da ação, entre as quais se encontra a legitimidade para a causa – “a pertinência da ação”, isto é, “a pertinência da ação àquele que a propõe e em confronto com a outra parte”, acrescenta que:

“Este requisito concerne às duas partes, ou seja, não respeita apenas à pessoa do autor, mas também à do réu. Não basta, portanto, afirmar que a legitimidade corresponde à titularidade na pessoa que propõe a demanda, pois é indispensável que também o réu seja legitimado para a causa.”

Embora vastíssima doutrina pudesse ser trazida à colação, nenhuma dúvida pode restar de que o presente lançamento é nulo de pleno direito, vez que relação jurídica não pode ter existência em razão do manifesto **equivoco na identificação do sujeito passivo, dado que a autuação recaiu sobre pessoa jurídica que não mais existe**; logo, **não é mais sujeita de direito** (falta-lhe capacidade jurídica), e, em consequência, **não tem capacidade de estar em juízo administrativo**.

Do mesmo modo, não está presente uma das **condições da ação**, que é, a legitimidade para agir (*legitimatío ad causam*), pois, de acordo com o art. 12, inc. VII, do CPC, as pessoas jurídicas deveriam ser representadas por quem os respectivos estatutos designarem, ou não os designando, por seus diretores. Ora, se foram extintas não em nem tem estatutos, nem diretores.

Assim, tendo o Bank of América Brasil S/A. comprovado ter ocorrido a incorporação do Banco Liberal muito antes da formalização das presentes exigências fiscais e apresentado o recurso: não na condição de sujeito passivo, **vez que não foi ele o autuado**, mas não condição interessado no feito, como

Processo n.º : 10768.010249/2002-85
Acórdão n.º : 101-94.717

faculta a Lei nº 9.784, de 29.1.1999, ao regular o Processo Administrativo Federal, o qual em seu Art. 9º, I e II, suprimiu a lacuna quanto aos legitimados, aqueles que têm interesse jurídico no objeto no processo administrativo, sendo o caso do Bank of América – Brasil S/A, em relação ao presente processo: **é inquestionável a nulidade por erro na identificação do sujeito passivo**, pois o Auto de Infração foi lavrado contra **pessoa jurídica inexistente**.

A questão do erro na identificação do sujeito passivo não deve ser obscurecida pelo argumento de que a empresa sucessora de qualquer modo responderia pelos **tributos** devidos pela sucedida.

Pois, como visto, antes de examinar-se se os tributos eram ou não devidos pela sucedida e se, por isso, serão ou não devidos pela segunda sucessora, é mister se verifique, em caráter preliminar, se **os sujeitos do processo existem** (capacidade de ser parte), se têm capacidade de estar em juízo e estão legitimados para agir.

O fato de um tributo ou uma sanção serem realmente exigíveis, antes de sua formalização, é necessário perquirir quem é o **sujeito passivo** (se, contribuinte ou responsável, nos termos do art. 121, parágrafo único do CTN), pois ele, em vista do disposto no art. 142 do mesmo diploma complementar tributário, terá ser devidamente identificado.

Ora, se nos termos do artigo 132 do Código Tributário Nacional:

“A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra, é responsável pelos tributos devidos até à data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.”

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos casos de extinção de pessoas jurídicas de direito privado, quando a exploração da respectiva atividade seja continuada por qualquer sócio remanescente, ou seu espólio, sob a mesma ou outra razão social, ou sob firma individual.

e do art. 139, inciso III, do Regulamento do Imposto Sobre a Renda:

Respondem pelo imposto devido pelas pessoas jurídicas transformadas, extintas ou cindidas (Decreto-lei nº 1.598/77, Art. 5º)

.....
.....
III - A pessoa jurídica que incorporar outra ou parcela do patrimônio de sociedade cindida”.

Processo n.º : 10768.010249/2002-85
Acórdão n.º : 101-94.717

significa que não pode mais ser exigido o tributo da **pessoa jurídica extinta** que, por um daqueles atos jurídicos, inicialmente seria o contribuinte. O Fisco está por força de lei sub-rogado no direito de exigir o que lhe pertence do responsável por sucessão.

Não há como confundir a relação de direito processual com a relação de direito material. A legitimidade processual (relação de direito adjetivo) é questão prévia ao exame do mérito (relação de direito substancial). É por isso que se diz que a legitimidade processual é questão preliminar ou prejudicial, isto é, a questão da legitimidade precede e prejudica o exame da questão de fundo. Do julgamento desta questão prévia depende a possibilidade de examinar-se a questão de mérito, necessariamente posterior, do ponto de vista lógico.

Segundo o artigo 267 do Código de Processo Civil:

“Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito: [...] IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; [...] VI - quando não concorrer qualquer das condições de ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual; [...]”.

O Supremo Tribunal Federal, examinando questão análoga, entendeu que, no caso de “inexistência da parte” (por falecimento da pessoa natural ou extinção de pessoa jurídica, por exemplo),

“não há dúvida de que ocorre a hipótese do inc. IV do art. 267 do CPC, pois **falta pressuposto para o desenvolvimento válido e regular do processo**, que impede órgão julgador de lançar-se à análise do mérito da causa” [AR 982-7-PR - Rel.: Ministro CARLOS MADEIRA, DJ de 26-02-88, pág. 189, Ementário 1491-01, pág. 35; Rev. Paraná Judiciário n.º 25, pág. 180; destaque acrescentado aqui].

Como visto, uma vez ausente qualquer dos **pressupostos processuais** (art. 267, inciso IV do CPC) ou das **condições de procedibilidade**, extingue-se o processo sem julgamento do mérito (idem, art. 267, VI), aplicando-se o disposto no art. 295 do CPC.

Quando procedente a questão preliminar da *ilegitimidade da parte*, o mérito não pode ser examinado e, no caso, é indubitável a questão da ilegitimidade passiva do BANK OF AMERICA LIBERAL, S.A., conforme legislação e a doutrina indisplicantes sob este aspecto, vez que o auto de infração foi lavrado contra sociedade já extinta, por incorporação, nos termos da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976:

“Caracterizada a ilegitimidade passiva *ad causam* dos demandados na ação, deve-se conhecer da apelação por eles formulada, respaldada nesse fundamento, para decretar a extinção do processo sem julgamento do mérito, na conformidade do art. 267, IV e § 3.º, do CPC. (Ac. un. da 3ª Câmara Cível do TJPA, na Ap. 11.454, rel. Des. Raymundo Hélio de Paiva Mello, RTJPA n.º 39, pág. 222).

A jurisprudência administrativa é harmônica com a jurisprudência de nossos Tribunais. Este Conselho de Contribuintes e a Câmara Superior de Recursos Fiscais, de fato, tendo como Relatores Ilustres Representantes da Fazenda Nacional, em decisões com base na lei e nos princípios jurídicos, afina-se com esse entendimento, proclamando a nulidade de lançamento que confunde sucessor e sucedido (como ocorre com a incorporação e a fusão, entre outras hipóteses legais):

“NORMAS GERAIS - NULIDADE DO LANÇAMENTO - ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO - É nulo, por erro na identificação do sujeito passivo, o lançamento efetuado contra pessoa jurídica extinta por incorporação, cabendo a exigência contra a incorporadora, nos termos do CTN, art. 132.” (Ac.106-07.836, Relator Mário Albertino Nunes).

Por igual, considera-se erro na identificação do sujeito passivo o lançamento efetuado em nome de terceiro, pessoa física ou jurídica, do mesmo modo como o é o lançamento efetuado contra a sociedade extinta por incorporação, transformação ou fusão:

“Desta forma, há erro na identificação do sujeito passivo, quando a responsabilidade for imputada à empresa por aquisição feita pelo sócio, em seu próprio nome. (Acórdão n.º -CSRF/01-1.915, relator CARLOS ALBERTO GONÇALVES NUNES).

Como é óbvio, também não é possível inscrever dívida em nome de entidade jurídica inexistente, isto é, contra quem, se procedente fosse a exigência, teria de ser inscrito o débito e, o que mais grave, em nome de quem surgiria o título executivo extra judicial. Portanto, tudo em nome de quem não mais existe, colocando os órgãos de execução fiscal da Fazenda na impossibilidade de exigir o suposto crédito, no todo ou em parte, pois a sociedade sucedida não tem mais representação, como o exige o art. 12, inc. VII, do CPC, isto é, não mais pode ser chamada à lide.

Deste modo, acolho a preliminar para declarar a nulidade da autuação fiscal, por ilegitimidade de parte, em face da lei e da jurisprudência.

Da Nulidade da Notificação das Exigências Fiscais

Além da nulidade por ilegitimidade de parte, dado que os Autos de Infração foram lavrados contra sociedade que não mais existia (Banco Liberal), contrariando o artigo 10, inciso I, do Decreto 70.235/72, c/c artigo 142 do CTN, o que por si, implica, em nulidade, dado que esses dispositivos exigem que se indique corretamente o sujeito passivo da obrigação tributária, observa-se que, também, ao contrário do sustentado na decisão singular, a ciência das exigências se deu em pessoa que não representava a sociedade autuada.

Entendeu a decisão recorrida que tendo a ciência das exigências fiscais caído na pessoa do Sr. Paulo Fagundes de Lima, que era representante legal da sociedade holding controladora do Grupo Bank of America no Brasil S/A., não seria invocável qualquer irregularidade nessa ciência, o que também não procede o alegado.

Ora, o artigo 20 do antigo Código Civil (válido à época dos fatos) estabelecia, de forma cristalina, que "as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros". assim, aplicação desse dispositivo é suficiente para demonstrar a impossibilidade de se justificar a suposta regularidade da notificação do Banco Liberal através da pessoa do representante legal de seu acionista controlador, dado que o acionista controlador e a empresa não se confundem.

Aliás, já na primeira diligência determinada pela decisão recorrida, em razão da dúvida quanto à legitimidade da intimação, se solicitava que, no caso de o Sr. Paulo Fagundes de Lima não ser seu representante legal, cientificar a interessada, Bank of América-Liberal S/A do Auto de Infração de fls. 1335 a 1390 e dos demais documentos anexos,

Tendo sido esclarecido que o Sr. Paulo de Lima Fagundes tinha e encaminhou procuração outorgada pelo Bank of América Holdings Ltda, porém, como outorgado, só poderia assinar em conjunto com outro outorgado ou com um diretor ou com qualquer outro procurador devidamente constituído.

Acrescentou o autuante, em relação à ciência da interessada, Bank of América – Liberal S/A no caso do Sr. Paulo Fagundes de Lima, além de este não ser representante legal do Bank of América – Liberal S/A, também não podia dar ciência do Auto de Infração, conforme determinado, tendo em vista a efetivação da incorporação que acarretou a extinção do contribuinte incorporado (fls. 1610).

Diante do exposto, conclui-se que o notificado não era o representante legal do sujeito passivo identificado nos Autos de Infração.

Da Nulidade por Falta de Competência

Ainda sustenta o recorrente que, como é a **pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação**, quem responde pelos tributos devidos pelas pessoas jurídicas de direito privado, fusionadas, transformadas ou incorporadas, nos termos dos arts. 132 do CTN e 139, inciso III, do RIR/80, ambos já transcritos, **somente** as autoridades (fiscalizadora e julgadora) com jurisdição sobre a empresa **sucessora** com sede na Cidade de São Paulo é teriam competência para autuar e decidir a contenda.

Efetivamente, salvo autorização especial da Administração Superior, em face do estabelecido pela Secretaria da Receita Federal, através da Portaria nº 259, de 2001, a fiscalização deve ater-se aos limites de sua jurisdição. Assim, a lavratura do Auto de Infração contra uma sociedade sediada em São Paulo foi realizada por agente fiscal fora de sua competência territorial, contrariando o regimento.

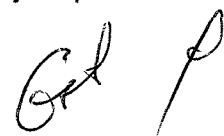
Em consequência, o procedimento também padece da nulidade, em face do estabelecido no art. 59 do Processo Administrativo-Fiscal, onde se estabelece, *in verbis*:

*"Art. 59. São nulos:
I – os atos lavrados por pessoa incompetente;
II – os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa ;"*

Da inexigibilidade da multa dos sucessores

Alega ainda o recorrente que, mesmo que superadas todas as nulidades, o sucessor não pode ser responsável por multa decorrente de atos do antecessor.

Realmente, *Ad argumentandum*, se autuado tivesse sido o sucessor, isto é, se do mérito se pudesse conhecer, ainda assim a exigência não poderia ter a amplitude dada, visto serem inaplicáveis ao sucessor as sanções pecuniárias, em conformidade com o estabelecido nos artigos 132 do CTN e 5º, inciso III, do Decreto-lei nº 1.598/77, bem como consoante a melhor doutrina e jurisprudência.



Os dispositivos legais citados estabelecem de forma inquestionável que com a *incorporação* a responsabilidade é “por sucessão” e as sociedades resultantes de incorporação têm a “responsabilidade dos sucessores” e não “responsabilidade própria”.

Vejamos os seus textos:

«SEÇÃO II - Responsabilidade dos Sucessores

Art. 132. A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até a data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.

«SEÇÃO II - Responsáveis por Sucessão

Art. 5.º Respondem pelos tributos das pessoas jurídicas transformadas, extintas ou cindidas: (negritos e sublinhas acrescentadas):
.....
.....

III - a pessoa jurídica que incorporar outra ou parcela do patrimônio de sociedade cindida; (destaques da transcrição) (Decreto-lei n.º 1.598, de 26 de dezembro de 1977, grifos da transcrição)

De assinalar nesses dispositivos a ausência de responsabilidade por infrações. A responsabilidade é “**pelos tributos devidos**”, não pelas “**multas devidas**”, nem pela “obrigação tributária”.

Neles o legislador não mencionou a obrigação tributária, que abrangeria tributo e multa, mas só o tributo. Se houvesse optado pelo termo “obrigação tributária”, poderia abranger também as multas (penalidades pecuniárias), tendo em vista a definição do conteúdo dessa expressão no art. 113, § 1.º, do CTN, segundo o qual a obrigação tributária principal “tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária”.

Podendo ter-se referido aos dois (‘tributo’ e ‘penalidade pecuniária’), ou utilizado a expressão que abrangesse os dois (‘obrigação tributária’) e em não o fazendo, no caso de *incorporação*, as sociedades incorporadoras não respondem pelas penalidades fiscais, mas somente pelos tributos.

Essa intenção já era clara, no Anteprojeto que resultou no Código Tributário Nacional sobretudo por ter explicitado, no próprio texto do dispositivo e

Processo n.º : 10768.010249/2002-85
Acórdão n.º : 101-94.717

não apenas por meio de sua localização dentro do capítulo da *sucessão tributária*, que a 'empresa resultante da incorporação' era uma *sucessora*:

«Art. 244. Considera-se sucessora para efeito de responsabilidade pessoal, por todos os tributos devidos até a data do ato pela pessoa jurídica de direito privado sucedida, a pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, incorporação ou transformação de outra ou em outra, quaisquer que sejam a espécie, forma jurídica, firma, razão social, denominação e objeto social das pessoas jurídicas respectivamente sucedida e sucessora.»(Trabalhos da Comissão Especial, editado oficialmente com os trabalhos da Comissão autora e da revisora do anteprojeto que resultou no CTN).

A existência de um procedimento fiscal em andamento não altera os efeitos dessa legislação, dado inexistir regra que afaste a aplicação do disposto no art. 132, parágrafo único do CTN, além do mais a exclusão da espontaneidade é figura que tem aplicação restrita à hipótese regulada pelo art. 138 do CTN que envolve a conduta do infrator e o exercício da pretensão punitiva do Fisco em relação a ele. Trata-se de figura semelhante ao arrependimento eficaz do Direito Penal que tem efeito benéfico em relação ao infrator e ao seu posicionamento perante o Poder Punitivo, como assevera o Doutor MARCO AURÉLIO GRECO, no Parecer acostado aos autos.

O art. 132 do CTN regula hipótese de responsabilidade por sucessão que é restrita aos tributos devidos pelo sucedido.

A doutrina e a jurisprudência também assim entenderam.

No artigo "Responsabilidade Tributária", publicado em livro de igual nome, IVES GANDRA DA SILVA MARTINS anotou:

«Sempre que quis o legislador transferir ao responsável o dever de pagar tributo e penalidade, fez expresso uso da expressão "obrigação tributária" (art. 135) ou ao falar de obrigação tributária (art. 134) houve por bem esclarecer, em face de ser a penalidade pecuniária também obrigação principal, que apenas aquelas de caráter moratório seriam transferíveis, não obstante já ter esclarecido que tal responsabilidade se referia apenas aos tributos, no que limitado estava o campo de interpretação do *caput* do artigo.

.....
.....
Quando o legislador pretendeu falar de penalidades, de penalidades falou. Quando pretendeu falar de tributos, só de tributos falou. Quando pretendeu falar de penalidades e tributos,

de obrigação tributária falou.» (*Responsabilidade Tributária*, Ed. Resenha Tributária, São Paulo, "Caderno de Pesquisas Tributárias n.º 5", 1980, págs. 28-29).

Comentando o instituto da transformação para efeitos sucessórios, que no art. 168 Anteprojeto ganhou maior extensão, ao ser-lhe acrescentado um parágrafo (§ 2.º) para tratá-la especificamente, de modo a abranger "como por exemplo a simples alteração da forma de constituição, de uma sociedade limitada (em que o quotista tem responsabilidade maior) para sociedade anônima (onde essa responsabilidade é menor)"¹, assinala SILVA MARTINS com propriedade:

«De notar-se, finalmente, que tanto o anteprojeto, quanto o projeto, falaram para esse tipo de responsabilidade sucessória em "tributos" e não mais em "obrigações tributárias", dando caráter restritivo e de personalização das penas a todo o artigo.» (*Op. cit.*, pág. 267)

O Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento de que as multas, por terem caráter punitivo, não se transmitem para os sucessores.

Entre outros arestos, merece ser destacado este, que conclui pela não aplicação de multas e sim a cobrança apenas do imposto, nos casos do art. 133 do CTN [e, com maior razão, concluiria no mesmo sentido, com respeito aos casos do art. 132, até porque o fundamento é o mesmo, isto é, que a expressão "tributo" não abrange "penalidade pecuniária"]:

«Multa fiscal punitiva.- Não responde por ela o sucessor, diante dos termos do art. 133 do CTN.- Agravo regimental não provido. (AgRAg – Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n.º: 64622 SP, publicado no DJ de 13-02-76, e na RTJ n.º 77-02, à pág. 457, julgado em 28-11-1975, relator o Ministro RODRIGUES ALCKMIN).

Igualmente:

«Multa fiscal. Sucessor. - O sucessor, adquirente do estabelecimento comercial, responde pelos tributos devidos pelo antecessor, não porém por multas punitivas, sobretudo se impostas posteriormente à aquisição. - Precedentes do Supremo Tribunal Federal. - Recurso Extraordinário não conhecido.» ((RE – Recurso Extraordinário n.º 83.514-SP, julgado em 17-08-1976,

¹ Este o texto do § 2.º do art. 168 do Anteprojeto, que procurou dar certeza mesmo nos casos em que nada mais se altera do que a forma ou tipo da sociedade: "§ 2.º. Nos casos de simples alteração da forma da constituição das pessoas jurídicas de direito privado, considera-se ter havido sucessão, exclusivamente para os efeitos deste artigo"

publicado no RTJ n.º 82-02, pág. 544, relator o Ministro ELOY DA ROCHA. Unânime).

Também:

«I - Multa fiscal punitiva. Hipótese em que por ela não responde o sucessor. Art. 133 do CTN.

II. Não comporta dito preceito interpretação extensiva, pois os arts. 106, 112, 134 e 137, interpretados em conjugação, a repelem.

III. Recurso extraordinário de que se não conhece, porque não comprovado o dissídio pretoriano (RI, art. 305, Súmula n.º 291) e não ocorreu denegação de vigência dos preceitos do CTN, indicados.» (RE – Recurso Extraordinário n.º 85.435-SP, julgado em 26-10-1976, publicado no DJ de 3-12-76, relator o Ministro THOMPSON FLORES)

Ainda:

«1. Código Tributário Nacional, art-133. O Supremo Tribunal Federal sustenta o entendimento de que o sucessor é responsável pelos tributos pertinentes ao fundo ou estabelecimento adquirido, não, porém, pela multa que, mesmo de natureza tributária, tem o caráter punitivo.

2. Recurso Extraordinário do fisco paulistano a que o STF nega conhecimento para manter o acórdão local que julgou inexigível do sucessor a multa punitiva.»(RE - Recurso Extraordinário n.º 82754-SP, publicado no DJ de 10-04-81, pág. 3174, e no Ementário n.º 1207-01, pág. 326, e ainda na 98-03, pág. 733, relator o Ministro ANTONIO NEDER).

«Multa fiscal punitiva - Irresponsabilidade solidária do sucessor - art. 133, do CTN.

1. O art. 133 do CTN prevê a responsabilidade solidária do sucessor do sujeito passivo pelos tributos que este não pagou, mas não autoriza a exigência de multas punitivas, que são de responsabilidade pessoal do antecessor (CTN, art. 137. Súmula n.º 192).

3. Padrões que decidiram casos anteriores ao CTN e em antagonismo com a política legislativa deste não demonstram dissídio com interpretação desse diploma. (art. 305, do regimento interno do Supremo Tribunal Federal).» (RE n.º 76153-SP, julgado em 30-11-1973, publicado no DJ de 2-10-74, à pág. 16,

Processo n.º : 10768.010249/2002-85
Acórdão n.º : 101-94.717

no Ementário n.º 00934-05, à pág. 1494, e na RTJ 69-01, à pág. 211. relator o Ministro ALIOMAR BALEEIRO)

Esses acórdãos se referem à responsabilidade tributária do sucessor (excluindo a responsabilidade por multas), embora baseados, principalmente, no art. 133. O entendimento é o mesmo, por serem as mesmas as premissas condutoras a essa conclusão.

Existe, aliás, precedente específico — relativo ao próprio art. 132 do CTN:

«Multa. Tributo e multa não se confundem, eis que esta tem caráter de sanção, inexistente naquele. Na responsabilidade tributária do sucessor não se inclui a multa punitiva aplicada à empresa... Inteligência dos arts. 3.º e 132 do CTN.» (Recurso Extraordinário n.º 90.834-MG, relator o Ministro DJACI FALCÃO, RTJ n.º 93, pág. 862).

Em seu voto, o Ministro-Relator afirma, após transcrever o art. 132 do CTN (que, como se sabe, trata de fusão, *incorporação* e transformação de sociedades):

«O dispositivo, como se vê, só se refere à responsabilidade tributária do sucessor (...) relativamente a tributos devidos até a data do ato, não sendo possível dar à palavra “tributos”, como empregada no texto legal, interpretação extensiva a ponto de abranger multa punitiva aplicada à empresa ...» (in RTJ 93, pág. 866, 2.ª coluna).

O acórdão do Supremo Tribunal Federal, cuja ementa a seguir se transcreve vai no mesmo sentido, isto é, sustentando que os arts. 131 a 133 (aí incluído o art. 132) ampliou até para as empresas não falidas a regra do art. 23, parágrafo único, inciso III, da Lei das Falências, que recusa a cobrança de multas²:

«Multa fiscal - CTN arts. 131 a 133. O Código Tributário Nacional não revogou o art. 23, parágrafo único, da Lei de Falências, mas o ampliou nos arts. 131 a 133» (Agravo n.º 60180, relator o Ministro ALIOMAR BALEEIRO, publicada no DJ de 04/10/74).

Sobre o assunto há duas súmulas do STF:

² O citado dispositivo da Lei de Falências (Decreto-lei n.º 7.661, de 21 de junho de 1945) diz: “Art. 23. Parágrafo único. Não podem ser reclamadas na falência: III - as penas pecuniárias por infração das leis penais e administrativas.” Essa é a regra que o STF considerou ampliada para todas as sucessoras, e não apenas às empresas sob falência.

Processo n.º : 10768.010249/2002-85
Acórdão n.º : 101-94.717

Súmula 192 - Não se inclui no crédito habilitado em falência a multa fiscal com efeito de pena administrativa.

Súmula 565 - A multa fiscal moratória constitui pena administrativa, não se incluindo no crédito habilitado em falência.

Como o acórdão do Supremo Tribunal Federal dado no Agravo n.º 60180 (cujo excerto é acima transcrito) entende que o CTN ampliou essa garantia até aos não falidos, é de entender-se que não só a multa punitiva *stricto sensu* não se transmite ao sucessor (Súmula 192), como também a multa fiscal moratória (Súmula 565). Isso faz sentido, sobretudo porque a expressão “tributo” (ao contrário de “obrigação tributária”) não abrange penalidade pecuniária de nenhuma natureza.

Na jurisprudência administrativa dos órgãos julgadores de maior hierarquia, atualmente é de geral aceitação o entendimento de que as multas não se transmitem (responsabilidade por sucessão é restrita aos tributos). Inúmeros são os arestos do 1º Conselho de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais concluindo pela impossibilidade de cobrança de qualquer multa, citando-se como exemplos o Acórdão do 1º CC de nº-108-4.880, de 07.01.1998, unânime, relatado pela Conselheira MÁRCIA MARIA LÓRIA MEIRA e o da CSRF, de nº-01-01.991, de 08.07.1996, unânime, de que foi Relator o eminente Presidente da 2ª Câmara, Dr. ANTONIO DE FREITAS DUTRA, lendo-se na ementa deste:

“MULTA DE OFÍCIO – SUCESSÃO

Na responsabilidade tributária do sucessor não se inclui a multa lançada, de caráter punitivo, a quem não deu causa ao ilegal.”(CSRF/01-01.991)

Deste modo, a multa notificada referente a período anterior à incorporação societária, não se transmite ao sucessor, porque não pode conter-se no conceito de “tributo” (CTN, art. 132).

Do mérito

Quanto ao mérito, se apreciado pudesse ser, entendemos que a ação fiscal também merece restrições, em razão dos fatos que adiante serão apontados.

Esses reparos, todavia, não dizem respeito à capitulação da questionada infração, visto que não pode prevalecer o alegado pretenso enquadramento no art. 432 e 435 do RIR/94, que dispõem:

“Art. 432. Presume-se distribuição disfarçada de lucros no negócio pelo qual a pessoa jurídica:

.....
.....
II – adquire, por valor notoriamente superior ao de mercado, bem de pessoa ligada;

.....
.....
VII – realiza com pessoa ligada qualquer outro negócio em condições de favorecimento, assim entendidas condições mais vantajosas para a pessoa ligada do que prevaleçam no mercado ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros.

Art. 435. Se a pessoa ligada for sócio ou acionista controlador da pessoa jurídica, presumir-se-á distribuição disfarçada de lucros ainda que os negócios de que tratam os incisos I a VII do art. 432 sejam realizados com pessoa ligada por intermédio de outrem, ou com sociedade na qual a pessoa ligada tenha, direta ou indiretamente, interesse.” (não destacado no original).

Isto porque, o enquadramento de uma operação como distribuição disfarça de lucros, só se materializada quando as partes envolvidas são exclusivamente as arroladas no Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 60, § 3º, e Decreto-Lei nº 2.065, de 1983, art. 20, inciso IV), consolidados no art. 434, do RIR/94, verbis::

Art. 434 - Considera-se pessoa ligada à pessoa jurídica

I - o sócio ou acionista desta, mesmo quando outra pessoa jurídica;

II - o administrador ou o titular da pessoa jurídica;

III - o cônjuge e os parentes até o terceiro grau, inclusive os afins, do sócio pessoa física de que trata o inciso I e das demais pessoas mencionadas no inciso II.

Efetivamente, como se viu do Relatório, apesar de o Fisco haver glosado integralmente todas despesas correspondentes às operações de mútuo de ações, a própria Fiscalização reconheceu à folha 44 do Relatório de Atividade Fiscal **que os recursos captados foram aplicados no mercado financeiro, gerando receita para a sociedade:**

“Um questionamento a ser feito, se refere ao fato de que se não houvesse o contrato de mútuo de ações, a instituição financeira não conseguiria os recursos financeiros necessários a avangagem (sic) de suas operações. **É verdade que através**

das ações captadas com os mútuos, a empresa obteve recursos e pôde aplicá-los no mercado financeiro." (destaque da transcrição)).

do mesmo modo, a própria decisão recorrida reconheceu a necessidade das despesas, questionando porém a operação, em razão do sistemático prejuízo nessas operações, quando consignou que

(...) em pesem seus argumentos de as despesas de aluguel de ações praticadas pelo LIBERAL "eram necessárias ao incremento de suas atividades, sendo úteis e nitidamente operacionais, próprias da atividade financeira e que, se não obtivesse recursos dessa forma, teria que obter, com risco, empréstimos nos mercados interno e externo", concluiu que "a impugnante não logrou comprovar a efetiva necessidade de obter reiteradamente empréstimos com prejuízo, no caso, gerando as despesas glosadas "(item 233 da decisão recorrida, realces da transcrição)

Vejamos qual foi natureza da operação que motivou as glosas, dando origem a ação fiscal em análise.

A partir de junho de 1998, em razão de o BACEN haver dispensado do recolhimento compulsório a captação de recursos obtidos por meio de aluguel de títulos, operação autorizada pelo Conselho Monetário Nacional, através da Resolução nº 2.268/96 e regulamentada pelo BACEN, através da Carta-Circular nº 2.747/97, que inclusive estabelece os procedimentos contábeis de toda a operação, o BANCO LIBERAL firmou diversos contratos de empréstimo de ações na **condição de locatário**, sendo **locadores** três empresas, cujos sócios ou dirigentes, de algum modo teriam relações com os dirigentes do **locatário**.

Esses mútuos tinham o prazo de um ano e a título de remuneração, o LIBERAL pagaria às LOCADORAS, aluguel equivalente a 0,5% (meio por cento) ao ano do valor das ações objeto da locação, tendo se tomado como base a cotação média da Bolsa de Valores de São Paulo – BOVESPA -, na data do pagamento. Ao fim do contrato, o LIBERAL tinha a opção de devolver as ações às LOCADORAS, ou de comprá-las, nos termos das condições contratualmente estipuladas.

De acordo com essa espécie de contrato as ações objeto do mútuo passaram a ser **bens fungíveis**, registrados no Banco de Títulos da Companhia Brasileira de Liquidação e Custódia e **eram transferidas provisoriamente durante toda a vigência do contrato para o ativo do locatário**, o qual passava a ter o direito de vendê-las, obtendo os recursos para aplicá-los em sua atividade. No vencimento do contrato o mutuário comprava ações em bolsa entregando-as aos LOCADORES, encerrando-se a operação.

O exame do esquema contábil determinado pela Carta-Circular nº 2.747/97, deixa claro que:

(i) os títulos objeto da operação de empréstimo são **registrados no ativo do banco**, tendo em contra-partida uma **obrigação por empréstimo**;

(ii) a venda das ações (**operação de captação de recursos**) é contabilizada com entrada de recursos em favor da instituição, substituindo a conta do ativo;

(iii) os encargos referentes ao contrato em tela são tomados a título de despesas da instituição mutuária;

(iv) a valorização das ações (diferença entre o valor pelo qual havia sido registradas no ativo e alienadas, quando do contrato de empréstimo e o valor pago pela aquisição para liquidação dos contratos (**fato gerador de prejuízo**)) também é registrada como despesa de empréstimos;

(v) o pagamento do empréstimo, mediante extinção da obrigação é registrada encerrando-se a conta da obrigação por empréstimo;

A análise do resultado final de uma operação de aluguel de títulos se apresenta em termos financeiros da seguinte forma:

I – Como receita:

a) (+) Valor da venda dos títulos no mercado, após o contrato de locação;

b) (+) Valor do lucro obtido nas operações ativas efetuadas com aqueles recursos da venda;

II – como despesa

c) (-) Valor do aluguel pago;

d) (-) valor da compra dos títulos para sua devolução ao locador (cujo preço pode ter-se mantido estáveis, valorizado ou desvalorizado).

O Fisco ao proceder à glosa **desconsiderou** totalmente as **receitas decorrentes da aplicação** dos recursos obtidos com a venda desses títulos e também não atribui qualquer custo aos recursos obtidos com a venda dos títulos, vez que, tributou integralmente os **custos contabilizados dessas operações** (juros e valorização paga na compra para liquidação dos contratos).

Tal procedimento, todavia, não se ajusta aos termos do que seria razoável por diversas razões.

Ora, sendo certo, que a operação de empréstimo de ações, tal como o aluguel de ouro etc., trata-se de operação devidamente regulamentada pelo BACEN, considerada uma operação de alavancagem, típica do sistema financeiro, que se enquadra perfeitamente na definição do conceito de custos ou despesas operacionais dedutíveis, conforme definição prevista no art. 242 e seus parágrafos do RIR/94, *verbis*:

“Art. 242. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora.

§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa.

§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividade da empresa.”

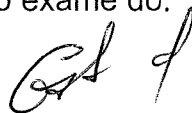
e explicitado no Parecer Normativo nº 32/81, quando assinala deva considerar-se:

- (a) **Despesa necessária** é aquela essencial a qualquer transação ou operação exigida pela exploração das atividades, principais ou acessórias, que estejam vinculadas com as fontes produtoras de rendimentos;
- (b) **Despesa normal** é aquela que se verifica comumente no tipo de operações ou transações efetuadas e que, na realização do negócio, apresenta-se de forma usual, costumeira ou ordinária;
- (c) **Despesa Usual** é a despesa habitual na espécie de negócio.

Ora, se, como já vimos acima, tanto a Fiscalização, como a decisão recorrida, reconheceram a vantagem auferida com os recursos obtidos na venda das ações e a necessidade das despesas para o incremento de suas atividades, sendo úteis e nitidamente operacionais, próprias da atividade financeira e que, se não obtivesse recursos dessa forma, teria que obter, com risco, empréstimos nos mercados interno e externo, o que a Fiscalização deveria ter feito, visto haver considerado excessivas as despesas contabilizadas era proceder à glosa dos excessos, talvez comparando o valor das compras e o preço que a Fiscalização demonstrasse ser valor real das ações compradas na Bolsa para encerramento do empréstimo.

Outra alternativa seria glosar a diferença entre as despesas contabilizadas e o valor da receita obtida com os recursos da venda das ações tomadas por empréstimo, ou ainda a diferença entre as despesas contabilizadas e o custo indispensável à manutenção dos recursos aplicados, cuja origem pudesse ser alocada a alienação das ações locadas, nunca simplesmente glosar todas as despesas, inclusive os modestos juros de 0,5% aa., como ocorreu.

Como ressaltado, a própria Fiscalização reconheceu que, através das locações das ações, a empresa obteve recursos e pôde aplicá-los no mercado financeiro, recursos esses que, segundo a análise a que procedeu a PRICEWATERHOUSE COOPERS dos balancetes diários, mediante o exame do:



Processo n.º : 10768.010249/2002-85
Acórdão n.º : 101-94.717

(i) total dos valores aplicados diariamente no mercado financeiro (contas: aplicações interfinanceiras de liquidez – COSIF grupo 1.2; e títulos e valores mobiliários – COSIF grupo 1.3);

(ii) saldo diário da obrigação referente à captação por mútuo de ações (COSIF – conta 4.9.5.88.00.001-5); e

(iii) somatório das receitas de aplicações registradas a cada dia nas contas de resultado (contas: rendas de aplicações interfinanceiras de liquidez – COSIF grupo 7.14; rendas de títulos de renda fixa – COSIF grupo 7.1.5.10; e lucros em títulos de renda fixa – COSIF grupo 7.1.5.75).

e fazendo uma proporcionalização entre as somatórias dos saldos diários da obrigação por empréstimo de ações e das aplicações financeiras, concluiu que nos montantes de R\$ 13.679.805 e R\$ 117.319.637, respectivamente nos anos de 1998 e 1999.

Também segundo levantamento efetuado pela PRICE, de modo a apurar qual seria o custo de captação dos recursos caso os encargos de captação fossem os seguintes: (i) equivalentes aos Depósitos Interfinanceiros e (ii) variação do dólar norte americano e juros de 10% a.a.

Após ter examinado :

a) Data de operação de compra, de venda, quantidades de ações negociadas e valores de negociação – essas informações foram obtidas do “Relatório da Atividade Fiscal”, o qual faz parte do auto de infração lavrado em 13 de junho de 2002;

b) Fator diário acumulado dos Depósitos Interfinanceiros – calculado com base nos fatores diários dos Depósitos Interfinanceiros Over que foram obtidos no site da CETIP – Central de Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos (www.cetip.com.br).

c) Taxas diárias de câmbio (compra/venda) – obtidas nas publicações do jornal Gazeta Mercantil. A taxa de juros de 10% ao ano foi calculada de maneira pro rata temporis considerando o período compreendido entre a captação e liquidação de recursos;

d) Com base nas informações constantes nos itens a) a c) acima, calculou:

(i) Quais seriam os custos de captação de recursos por parte do Banco caso os encargos da captação correspondessem à taxa dos Depósitos Interfinanceiros Over, entrou os seguintes montantes:

Valores captados com ações Tegener (vide anexo I)	38.969.791
Valores captados com ações Enertel (vide anexo II)	<u>23.755.368</u>
Total	62.725.159

(ii) Custo de captação equivalente a variação cambial mais juros de 10% ao ano:

Valores captados com ações Tegener (vide anexo I)	57.715.009
Valores captados com ações Enertel (vide anexo II)	<u>46.496.779</u>

Total

104.211.788

Todos sabemos que não existe receita sem despesa – se existisse, equivaleria, acacianamente, a ocorrer efeito sem causa, incompatível com o mundo dos negócios e com as relações jurídicas deles decorrentes. Portanto, a relação entre Receitas e Despesas é inevitável e umbilical. Não existe aquela sem esta.

Também é certo que este Conselho de Contribuintes, como se declara no recurso, já se manifestou no sentido de que as despesas com locação de títulos devem ser consideradas como válidas, equiparáveis que são a despesas financeiras, *in verbis*:

“DESPESAS OPERACIONAIS – ALUGUÉIS – As despesas com aluguéis de títulos, por terem a mesma natureza dos gastos financeiros ou de seguros, devem ter o mesmo tratamento tributário destes últimos, no sentido de serem apropriadas proporcionalmente a cada um dos exercícios a que se referirem.” (não destacado no original) (Ac. nº 105-1.444, de 2.9.1985).

Lendo-se no voto do Ilustre Relator **DIGÉSIO GURGEL FERNANDES**, que à época pertencia à Representação da Fazenda:

“Embora os casos abordados refiram-se a despesas financeiras e seguros, isto não significa que não se possa aplicar o mesmo princípio a outros tipos de despesas, como as do presente caso. Tanto os gastos financeiros como os de aluguel se referem, em última análise, à posse de um bem pertencente a outrem, pela qual se paga um determinado encargo (juros, comissão, aluguel), bem este que, ao final do prazo estipulado, deve ser restituído ao legítimo dono. A natureza da despesa é idêntica e o tratamento tributário tem de ser o mesmo.” (destaques da Recorrente)

Como se lê no Parecer do Prof. HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA, “a exigência de comprovação da necessidade das despesas com aluguel de títulos equivaleria a exigir que uma empresa comercial comprovasse a necessidade de adquirir as mercadorias dos produtos que revenderia em seguida aos seus clientes.”

Outra alegação para proceder à glosa, além excessividade das despesas, teria sido o fato de que os maiores beneficiários do ganho com a transação das ações seriam os fundos estrangeiros, quer dizer entidades que não estariam sujeitos ao pagamento de tributos, todavia, reconhecem as autoridades fiscais

Processo n.º : 10768.010249/2002-85
Acórdão n.º : 101-94.717

que uma parte dos lucros, ou seja, o valor de R\$ 36.340.360,00 de receitas teriam sido auferidas pelo Liberal Plus Fundo de Mútuo de Investimentos Carteira Livre, domiciliado no Brasil, e, portanto, tributado.

Deste modo, sobre esse valor o Fisco já que recebeu os tributos devidos pelo sobre os rendimentos de R\$ 36.340.360,00, sobre os ganhos nas operações questionadas e ainda adicionou ao lucro real da atuada as receitas que entendeu não serem dedutíveis (fls. 1.427).

Em resumo, o banco foi ao mercado financeiro e, nos dizeres da D. Fiscalização, realizou um "mau negócio", incorrendo em despesas que totalizaram, no ano de 1998 e 1999, aproximadamente R\$ 185.814.292,00,00. No mesmo período, com os recursos captados, a Recorrente realizou investimentos e obteve uma receita equivalente a aproximadamente R\$ 117.319.637,00 (calculado proporcionalmente ao valor total investido pelo Banco Liberal no período). Vista dessa forma, a despesa efetivamente atribuída ao banco em decorrência do "mau negócio" realizado pelo atuado seria a diferença entre os dois valores, ou seja, o valor aproximado de R\$ 68.494.655,00, dos quais R\$ 36.340.360,00 de receitas teriam sido auferidas pelo Liberal Plus Fundo de Mútuo de Investimentos Carteira Livre e por ele tributados.

Finalmente, não pode ser esquecido que se a atuada aplicou os recursos oriundos das alienações das ações e com eles obteve receitas, estas foram tributadas pelo tributos incidentes sobre o faturamento.

Por todas essas razões, conclui-se que a ação fiscal, também no mérito, caso ele devesse prevalecer, o seu *quantum* deveria ser reavaliado.

Nessa linha de raciocínio, sou acatamento da preliminar de nulidade do lançamento, por ocorrido erro na identificação do sujeito passivo.

Brasília - DF, 20 de outubro de 2004

SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL

VOTO VECEDOR

Conselheiro MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JÚNIOR, Redator Designado

Pedi vista dos autos para melhor analisar os fatos envolvidos.

Ouso divergir do douto Relator acerca das preliminares e do mérito, com exceção da questão referente à aplicação da penalidade.

São as seguintes as razões do meu entendimento:

1- PRELIMINAR DE ERRO QUANDO AO SUJEITO PASSIVO

As razões de decidir da decisão recorrida fulcram-se, em belo arrazoado, na ausência de registro final da incorporação, fato que ensejaria a existência legal da incorporada à época do auto de infração.

Não chego a essa conclusão, mas inclino-me pela regularidade do lançamento, ainda que em nome da incorporada, e cientificado ao representante da incorporadora.

A CSRF, em caso ainda mais polêmico, pois se tratava de empresa extinta, concluiu pela validade do lançamento em nome da empresa extinta, desde que cientificado aos sócios responsáveis.

Referido Acórdão, 101-80.915/90, restou assim ementado:

"IRPJ – SOCIEDADE EXTINTA – INTIMAÇÃO DOS EX-SÓCIOS PARA EXIBIR LIVROS E DOCUMENTOS – DESATENDIMENTO – MULTA REGULAMENTAR – SUJEITO PASSIVO.

Válida a intimação de ex-sócios para exhibir livros e documentos de sociedade extinta. O desatendimento da intimação enseja a aplicação de multa regulamentar, **elegendo como sujeito passivo a própria sociedade, não obstante extinta.**" (grifos nossos)

Extraio do voto condutor, da lavra do ilustre ex-presidente Urgel Pereira Lopes, o seguinte excerto:

Processo n.º : 10768.010249/2002-85
Acórdão n.º : 101-94.717

“Verifica-se, até aqui, que a extinção de uma sociedade não constitui impedimento para que ela figure como sujeito passivo em lançamentos tributários, posteriores à extinção, mas referentes a atos ou fatos pretéritos, tanto para a exigência do tributo, como para aplicação de penalidades.”

Retiro desse precedente a lição de que a indicação da pessoa jurídica constituída à época dos fatos, com a ciência do lançamento para a sua responsável, é procedimento regular, que não pode provocar nulidade, pois ausente qualquer prejuízo para o contribuinte, haja vista inexistir cerceamento de defesa. Nesses casos, o formalismo não pode prevalecer.

Como no caso dos autos a questão se refere a incorporação, com responsabilidade na sucessora, merece tratamento análogo.

Outrossim, em recente decisão, a colenda Câmara Superior de Recursos Fiscais, em matéria análoga, assim decidiu pelo Acórdão CSRF/01-05.113:

“NORMAS PROCESSUAIS – NULIDADE FORMAL – ERRO NA QUALIFICAÇÃO DO AUTUADO. Não configura erro na identificação do sujeito passivo quando, embora o lançamento tenha sido formalizado em nome da empresa incorporada, não se evidencie qualquer prejuízo ao exercício do direito de defesa da recorrente, representada pelo mesmo funcionário em todas as fases do processo, desde a fiscalização até o julgamento de segunda instância. A irregularidade no preenchimento dos requisitos estabelecidos no art. 10 do Decreto nº 70.235/72 só deve conduzir ao reconhecimento da invalidade do lançamento quando a própria finalidade pela qual a forma foi instituída estiver comprometida.”

Rejeito, portanto, a preliminar de nulidade suscitada.

2- DA NULIDADE NA CIÊNCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO

As relações do Sr. Paulo Fagundes de Lima com a recorrente eram patentes, sendo o mesmo Procurador do acionista controlador da mesma.

A decisão vergastada bem destacou tal situação. Tomo por empréstimo os fatos narrados e fundamentos:



"155. Da análise do presente processo e dos documentos carreados aos autos, verifica-se que signatário dos Autos de Infração, Sr. Paulo Fagundes de Lima, tinha legitimidade em relação ao Bank of América Liberal S.A. para tomar ciência dos Autos de Infração, tendo em vista, na data da autuação, ser procurador do acionista controlador da autuada, no caso, do Bank of América Brasil Holdings Ltda, conforme procuração juntada a fl. 1559. Observe-se que a ciência dos Autos de Infração foi dada no domicílio do sujeito passivo, à Rua do Carmo, 7, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 10º, 12º, 19º andares, Centro, Rio de Janeiro .

156. Como resultado da segunda diligência solicitada por esta DRJ, por meio da Resolução n.º 3, de 18 de março de 2003 (fls. 1617 e 1618), retificando sua conclusão equivocada de fl. 1610, a autoridade autuante a fl. 1634 informou que: *na qualidade de sócio do Bank of América Liberal S.A., o Bank of América Brasil Holdings Ltda poderia tomar ciência do Auto de Infração.*

157. Verifica-se, ainda, que o Sr. Paulo Fagundes de Lima não era pessoa estranha aos quadros do Bank of América Liberal S.A. e que, quando das Assembléias de 29 de janeiro de 2002, assinou como secretário as Atas das Assembléias Gerais Extraordinárias, realizadas em 29 de dezembro de 2002, tanto do Bank of América Liberal (fls. 1463, 1466, 1467, 1474), quanto do Bank of América - Brasil S.A (fls. 1456, 1460, 1461) e foi identificado como Diretor sem designação específica, conforme Ata da AGE de 12 de dezembro de 2001, do Bank of América Brasil S.A .

158. O Bank of América Brasil Holding Ltda, na data da autuação, em 20 de junho de 2002, era o acionista controlador da autuada, conforme comprova a lista de presença de acionistas à AGE de 29 de janeiro de 2002, às 11 horas, do Bank of América Liberal S.A.(fl.1468).

159. Observa-se que, por meio da procuração do Bank of América Brasil Holding Ltda, juntada a fl. 1559, o Sr. Paulo Fagundes de Lima, em verdade, se tornava procurador tanto do Bank of América Brasil S.A., futura incorporadora, como da autuada, Bank of América Liberal S.A.

160. Na data da procuração, em 30 de janeiro de 2002, data inclusive em que foi encaminhado ao Banco Central do Brasil o pedido de autorização das deliberações das AGE de 29 de janeiro de 2002 (fl. 1453), o Bank of América Brasil Holding Ltda era acionista controlador de ambas as instituições financeiras, sendo que seu percentual de participação na autuada era de 99,99 % (fl. 1468) e no Bank of América Brasil S.A. era de 100 % (fl. 1462).

161. Ora, se como procurador do Bank of América Brasil Holding Ltda, o Sr. Paulo Fagundes de Lima podia tomar ciência da autuação em nome da futura incorporadora, Bank of América Brasil S.A., com mais razão ainda, na data da autuação, com a mesma

Processo n.º : 10768.010249/2002-85
Acórdão n.º : 101-94.717

procuração, poderia tomar ciência, como o fez, dos Autos de Infração a fls. 1383, 1388 e 1390.

162. Cumpre acrescentar que o Sr. Paulo Fagundes de Lima, conforme documentos ora juntados, por esta Relatora, a fls. 1648 a 1651, era, inclusive, responsável pelo preenchimento das declarações de Imposto de Renda Pessoa Jurídica do Bank of América Brasil Holding Ltda, nos exercícios de 2001 e 2002.

163. Quanto à intimação válida, nos termos do Art. 23, I do Decreto n.º 70.235, de 1972, a seguir transcrito, com a redação dada pelo Art. 67 da Lei n.º 9.532, de 1997, temos que:

Art. 23 – Far-se-á a intimação:

I- pessoal, pelo autor do procedimento ou agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar. (grifei)

164. Nessas condições, verifica-se que, sendo o Sr. Paulo Fagundes de Lima representante legal da interessada, podia tomar ciência dos Autos de Infração, como o fez, conforme constou a fls. 1379, 1388 e 1390, nos termos do Art. 142 do CTN e Art. 10 e 23, I do Decreto n.º 70.235, de 1972."

Também entendo não haver qualquer vício na intimação.

Por todos os atos acima narrados restam claros os poderes do Sr. Paulo Fagundes de Lima, a fim de representar os interesses do sujeito passivo e da incorporadora responsável.

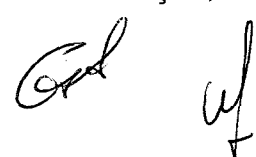
Ademais, a vinda aos autos de tempestiva impugnação é fator também determinante para demonstrar a ausência de qualquer prejuízo à defesa.

Mais uma vez, sem que haja efetivo prejuízo à defesa, com cristalino cerceamento, mero formalismo não deve prevalecer. Rejeito a preliminar.

3- DA NULIDADE POR FALTA DE COMPETÊNCIA

Alega-se que a competência para a lavratura do auto de infração recairia exclusivamente nas autoridades com jurisdição sobre a sucessora.

O disposto no artigo 9º do Decreto 70.235/72 nos dá a solução, conforme os parágrafos



“Art. 9º A exigência de crédito tributário, a retificação de prejuízo fiscal e a aplicação de penalidade isolada serão formalizadas em autos de infração ou notificações de lançamento, distintos para cada imposto, contribuição ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito.

.....

§ 2º Os procedimentos de que tratam este artigo e o art. 7º serão válidos, mesmo que formalizados por servidor competente de jurisdição diversa da do domicílio tributário do sujeito passivo.

§ 3º A formalização da exigência, nos termos do parágrafo anterior, previne a jurisdição e prorroga a competência da autoridade que dela primeiro conhecer.”

Assim, tendo sido lavrado auto de infração por autoridade que deu início à fiscalização, quando a sede da autuada era ainda no Rio de Janeiro, válido o procedimento, por força dos dispositivos legais supracitados.

Rejeito também a preliminar de nulidade argüida.

4 – DO MÉRITO

Observo inicialmente que tratarei da penalidade em tópico separado infra.

Tenho para mim que o artificialismo das operações realizadas com as ações das empresas Telenergia, Enertel e Tegener restou caracterizado.

Os fundamentos de minha convicção estão relacionados com a identidade de controle das empresas cujas ações foram mutuadas e a mutuante, bem como pela administração dos fundos de ações que, em última análise, lucraram com as operações. O próprio Banco Central afirma haver coincidência de pessoas na figura dos sócios, conselheiros, diretores e gestores das empresas envolvidas, quer sejam como mutuários, mutantes, intermediário financeiro ou clientes do Anexo IV.

Processo n.º : 10768.010249/2002-85
Acórdão n.º : 101-94.717

Conforme constatação efetuada pelo Banco Central, a carteira dos fundos que lucraram (Liberal Banking Corporation e Liberal Fund) eram administradas pela Liberal CCVM, e os representantes dos investidores eram também diretores ou do Banco Liberal ou da Liberal CCVM. Seu conhecimento das condições patrimoniais das empresas cujas ações foram objeto do mútuo há de se ter como premissa.

Assim, me apresenta inverossímil as negociações realizadas por valor muito superior ao valor patrimonial das empresas envolvidas, bem como a drástica redução dos mesmos após a rescisão dos últimos contratos de empréstimos.

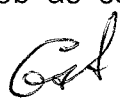
Adicionalmente, não havia liquidez nas ações objeto de negociação, dada a concentração nos negócios realizados pela recorrente.

Não se pode considerar possível a geração de prejuízo em operações sob controle comum, concentradas e com ações de pouca liquidez, gerando artificial resultado negativo, mesmo com o amplo conhecimento pelas pessoas envolvidas das condições patrimoniais das empresas negociadas.

A pouca liquidez, ou seja, reduzidas negociações desses papéis no mercado aberto, possibilita o artificialismo, ainda que as operações sejam realizadas em bolsa.

Não se está aqui a questionar o mútuo das ações, mas sim as suas artificiais negociações posteriores. Daí que a parcela do custo relativo ao empréstimo há de ser aceita. Por outro lado, qualquer ganho financeiro obtido com a captação dos recursos é resultado da própria recorrente, não se comunicando com os prejuízos artificialmente realizados.

Um não se conecta ao outro. Aqui o artificialismo está no resultado negativo apurado, artificialmente, com a recompra das ações, sob as condições supracitadas.



Processo n.º : 10768.010249/2002-85
Acórdão n.º : 101-94.717

Além disso, se rendimentos houve com os recursos obtidos, esses estão envoltos no próprio resultado da empresa, sendo de quase impossível apuração isolada, ainda que se respeite, dada a empresa que o subscreve, com as devidas ressalvas da fase processual em que foi acostado, o laudo sobre tais valores.

Em verdade, eventual resultado positivo obtido com os recursos pela alienação das ações após o empréstimo é parte do lucro da empresa, não podendo interagir ou ser reduzido pelo prejuízo artificialmente gerado.

Por fim, há de se ter em conta que a quase totalidade dos fundos que vieram a se beneficiar com os lucros pela recompra das ações eram do chamado Anexo IV, sem tributação nas remessas.

Configurado o artificialismo das negociações, indedutível o prejuízo gerado pelas mesmas.

5 – DA EXCLUSÃO DA PENALIDADE

Nesse ponto concordo com o voto condutor de que os efeitos da incorporação se deram pela Lei das Sociedades Anônimas, independentemente da autorização do BACEN.

Ressalvado o meu entendimento com relação à validade da intimação diretamente ao responsável, ainda que conste do lançamento a empresa incorporada, conforme supra, a questão da penalidade merece matiz diverso.

O brilhante parecer do Jurista Marco Aurélio Grecco levou-me a esta conclusão, como também ao Relator, a quem peço as devidas vênias para transcrever excerto de seu voto:

“Em extenso Parecer da lavra do eminente jurista MARCO AURÉLIO GRECO, acostado aos autos, após analisar toda a problemática da incorporação à luz dessa Resolução 2.099, concluí que o ato do Banco Central não é condição da produção dos efeitos da incorporação. Ele tem por objetivo o controle das consequências deste efeito já produzido para o fim de avaliar se,

Processo n.º : 10768.010249/2002-85
Acórdão n.º : 101-94.717

nesta nova conformação, a incorporadora continua atendendo aos requisitos de capital, patrimônio etc. e acrescenta que três são as alternativas que resultam do art. 2º da Resolução:

“(a) reconhecer que as exigências ligadas à saúde da incorporadora estão atendidas e aprovar o que foi feito;

(b) exigir que sejam promovidas medidas de regularização da situação em dimensão e prazo a ser fixadas; e

(c) caso não sejam promovidas tais medidas, decretar a liquidação extrajudicial da pessoa jurídica (que obviamente só pode ser a incorporadora, pois a incorporada já fora extinta desde a Assembléia).

Logo, no caso do Bank of America do Brasil, S/A., instituição financeira que já era autorizada a funcionar, este poderia incorporar o Banco Liberal, sem que dependesse, para isso, de autorização prévia. Esta foi dispensada, nos termos do acima transcrito, que exterioriza o entendimento do Banco Central sobre a matéria, desde antes da edição da Resolução n.º 3.040.

O procedimento contábil previsto na Circular nº 3.017, de 06.12.2000, que alterou e consolidou os procedimentos contábeis a serem observados nos processos de incorporação, fusão ou cisão, ratifica o entendimento de que, no caso, **não se trata de autorização prévia**, como pressupuseram as autoridades fiscais, mas mera aprovação *a posteriori*.

Com efeito, o inciso I do artigo 1º da referida Circular estabelece que as sociedades envolvidas devem elaborar balancete patrimonial, **na data base**, devidamente transcrito no Livro Diário ou Balancetes Diários e Balanços. O parágrafo único do mesmo artigo estabelece que **“entende-se por data base a data escolhida para o levantamento e avaliação da situação patrimonial**, sendo certo que, quem escolhe a data-base são as sociedades envolvidas na incorporação, sendo definida nos documentos da incorporação, ou seja, na própria AGE.

Por sua vez, no artigo 2º da Circular 3.017/00, se declara:

“Art. 2º. Quando a data-base coincidir com o encerramento do mês ou do semestre, devem ser observados os procedimentos normais, de

publicação e remessa das demonstrações financeiras ao Banco Central do Brasil, dispensadas essas exigências nas demais hipóteses, verificado, ainda o seguinte:

I – as instituições envolvidas, individualmente, devem manter a remessa e a publicação das demonstrações financeiras durante o período compreendido entre a data-base e a da Assembléia Geral Extraordinária (AGE) que aprovar o processo de incorporação, fusão ou cisão, exclusive;

II – as instituições resultantes da fusão ou incorporação e as remanescentes do processo de cisão devem observar todas as exigências relativas à remessa e publicação das demonstrações financeiras a partir da data de realização da AGE mencionada no inciso anterior.” (não destacado no original).

Esses dispositivos afastam qualquer dúvida. O inciso I do artigo 2º acima transcrito menciona que as sociedades envolvidas devem continuar a enviar informações contábeis **de modo individual** apenas **entre a data-base e data da AGE**. Posteriormente, as informações contábeis são consolidadas, haja visto que a incorporação já produz efeitos desde a data da AGE.”

Correta, portanto, a interpretação de que, confirmada a incorporação na data da AGE, aplicável o disposto no artigo 132 do Código Tributário Nacional, que determina a responsabilidade do sucessor apenas quanto ao tributo, e não quanto à penalidade.

Quanto aos juros de mora estão ancorados em lei regularmente editada, sendo vedado a este Conselho acolher qualquer argumento de inconstitucionalidade que importe em afastar a aplicação das mesmas, função reservada constitucionalmente ao Poder Judiciário.



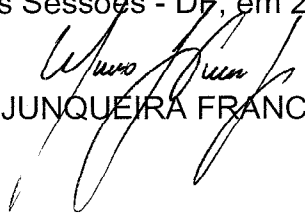
Processo n.º : 10768.010249/2002-85
Acórdão n.º : 101-94.717

Destaco, por fim, ter acompanhado o douto Relator quanto à preliminar de incompetência da Secretaria da Receita Federal.

Ex positis, voto por dar provimento parcial ao recurso, para afastar a glosa das despesas com a remuneração do mútuo, bem assim a imposição da multa de ofício.

É como voto.

Sala das Sessões - DF, em 20 de outubro de 2004


MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JÚNIOR 