



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

Processo nº 11020.722803/2014-19
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1401-002.106 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de outubro de 2017
Matéria ÁGIO INTERNO / INTEMPESTIVIDADE DE RECURSO VOLUNTÁRIO
Recorrente GUERRA S/A IMPLEMENTOS RODOVIÁRIOS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012, 2013

JULGAMENTO EM 1ª INSTÂNCIA. QUÓRUM MÍNIMO REGIMENTAL.

Se no julgamento do processo na DRJ, a turma julgadora estava composta por 3 (três) julgadores, o quórum mínimo previsto no §6º do art. 4º da Portaria MF nº 341/2011 foi atendido, devendo-se afastar pedido de nulidade da decisão proferida.

FORMAS DE INTIMAÇÃO. INTIMAÇÃO VIA ELETRÔNICA. POSSIBILIDADE.

Conforme alínea "a" do inciso III do art. 23 do Decreto nº 70.235/1972, a autoridade fiscal pode intimar a empresa sobre os atos processuais por meio eletrônico, endereçada a seu domicílio tributário eletrônico (DTE), conforme adesão da empresa ao DTE. Sendo assim, as intimações feitas por meio do DTE carregam a legitimidade necessária ao bom andamento do processo administrativo fiscal.

CARTÓRIO. DECLARAÇÃO FIRMADA. PERÍODO POSTERIOR À CIÊNCIA ELETRÔNICA.

A declaração firmada em cartório não tem o condão de infirmar a forma de ciência conferida por uma lei fiscal, no caso, o Decreto nº 70.235/1972, ainda mais quando a referida declaração remete a período muito posterior à ciência via eletrônica.

RECURSO VOLUNTÁRIO APRESENTADO A DESTEMPO. NÃO CONHECIMENTO.

Se a empresa apresentou recurso voluntário após o prazo de 30 (trinta) dias contados da ciência do resultado do acórdão da DRJ, o recurso voluntário não deve ser conhecido, por sua intempestividade.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a arguição de nulidade da decisão recorrida e, no mérito, em não conhecer do recurso voluntário, por sua intempestividade. Votou pelas conclusões a Conselheira Livia De Carli Germano.

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente

(assinado digitalmente)

Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Luiz Augusto de Souza Gonçalves, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Livia De Carli Germano, Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Abel Nunes de Oliveira Neto, Daniel Ribeiro Silva e José Roberto Adelino da Silva.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face de decisão proferida pela 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro 1 (DRJ/RJ1), que, por meio do Acórdão 12-72.619, de 06 de fevereiro de 2015, julgou procedente em parte a impugnação apresentada pela empresa.

Reproduzo, por oportuno, o teor do relatório constante no acórdão da DRJ:

(início da transcrição do relatório do acórdão da DRJ)

Versa o processo sobre a controvérsia instaurada em razão da lavratura pelo fisco do auto de infração de IRPJ (fls. 03/29), no valor de R\$ 3.028.445,50 e de CSLL (fls. 31/55) no valor de R\$ 1.090.240,46, acrescidos da multa de ofício de 150% e dos juros de mora. Foram lançadas, ainda, as multas isoladas sobre o não recolhimento da base estimada tanto para o IRPJ quanto para a CSLL, respectivamente nos valores de R\$ 2.597.919,71 e R\$ 938.352,14.

Os fundamentos para a autuação encontram-se no Relatório Fiscal (fls. 57/71), cujo teor, em síntese, a seguir reproduzo:

a) Em verificações preliminares realizadas na contabilidade do ano de 2011, observou-se que o contribuinte apresentou Escrituração Contábil Digital (ECD) e Fcont em que constava deste e não daquela a amortização de R\$ 8.689.516,15 anuais (a partir de 2009), em razão ao equivalente a 1/7 do total de R\$ 60.568.913,98, referente a ágio sobre investimentos em participações societárias;

b) Ao se analisar a documentação apresentada pelo contribuinte, verificou-se que foi registrado na contabilidade ágio sobre investimentos fundamentada na expectativa de rentabilidade futura em razão de laudo de avaliação;

c) Será demonstrado no corpo deste relatório que o crédito tributário do presente processo deveu-se em razão da convicção formada pelo fisco de que a amortização do ágio pretendida é insusceptível de diminuir o lucro real;

d) Observou-se que o contribuinte engendrou uma série de atos societários e contábeis perseguindo envolver com formalidades cada pequena parte para emprestar legalidade ao conjunto de seu planejamento tributário;

Da Análise Fiscal

a) No ano de 2008, houve vários atos societários (criação de empresa-veículo, transferência de quotas, atas de assembleias geral, incorporação reversa, extinções de empresas) e contábeis realizados entre a fiscalizada GUERRA S/A, as incorporadas GUERRA Participações Ltda. e TOLSTOI Participações Ltda. (esta, sua controladora, em incorporação reversa), com o intento de gerar ágio (interno ao grupo) exclusivamente para fins tributários;

b) Existe um aspecto material que subsiste ao final das operações engendradas que é a intenção da aquisição de participação societária da fiscalizada, empresa produtiva, GUERRA S/A, pela holding TOLSTOI INVESTIMENTOS S/A;

c) Todavia, a aquisição dá-se por intermédio de uma “empresa-veículo”, a TOLSTOI Participações Ltda., empresa criada ostensivamente com vida efêmera para gerar um ágio que será transferido ao fim de diversas manobras societárias para a empresa produtiva, a investida GUERRA S/A;

d) Demonstra-se que o ágio em tela foi suportado economicamente pela holding, gerado na empresa-veículo e transferido à empresa produtiva via incorporação reversa para obter a inadmitida vantagem tributária;

e) Ao fim, o ágio transferido subsiste apenas no abuso de forma, haja vista que a real intenção de controle acionário da empresa produtiva GUERRA S/A pela holding TOLSTOI INVESTIMENTOS S/A prescinde da criação da empresa-veículo, sua única razão de existir é a manipulação contábil-societária para a criação do ágio sobre o investimento na empresa produtiva GUERRA S/A que é por sua vez deduzido do lucro real, mas não do lucro líquido (societário) da própria investida, GUERRA S/A;

Da Cronologia e do Controle Acionário

a) O ponto de partida dá-se na vontade de aquisição da empresa-produtiva pela holding-investidora que desencadeia o planejamento tributário para a geração de ágio dentro do grupo de controle;

b) Faz parte de holding-investidora a empresa Tolstoi Investimentos S/A que manterá o restante das empresas sob seu controle enquanto cria, sob artifícios, o ágio;

A(s) empresa(s)-alvo no caso são GUERRA S/A e GUERRA PARTICIPAÇÕES, cujos patrimônios pretensamente defasados em relação ao valor de mercado serão reavaliados na ocasião da alienação para gerar o ágio sobre o Patrimônio Líquido;

c) A parte da empresa-veículo é da holding Tolstoi Participações Ltda. que servirá para a contabilização do ágio a ser criado e sua posterior transferência à empresa produtiva que poderá diferir imposto;

d) O primeiro ato societário realizado consolida-se na criação da empresa-veículo em 05 de março de 2008; duas pessoas físicas, os senhores Nicolas Arthur Jacques Wollak e José Augusto de Carvalho criam a Tolstoi Participações Ltda., com capital social de R\$ 1.000,00;

e) O próximo ato é a transferência das quotas dos sócios a uma pessoa jurídica em 15 de maio, os sócios transferem suas quotas à Tolstoi Investimentos S/A que passa a deter 100% do capital Tolstoi Participações Ltda.;

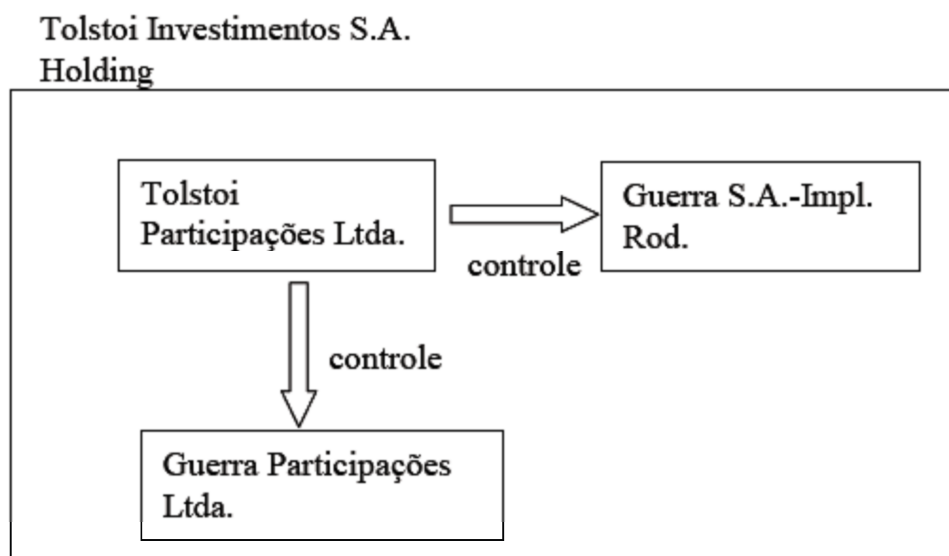
f) Em 30 de maio, Tolstoi Investimentos decide aumentar o capital social da Tolstoi Participações para R\$ 82.000.000,00;

g) Em 09 de junho, Tolstoi Participações faz as seguintes operações:

- Adquire 100% da participação societária em GUERRA S/A, registrando no seu ativo o ágio sobre investimento de R\$ 15.439.784,51;

- Adquire 100% da participação societária de GUERRA PARTICIPAÇÕES Ltda., registra no ativo conta de ágio sobre investimento de R\$ 45.129.129,47;

h) Neste ponto do planejamento, observe-se que a Tolstoi Investimentos S/A controla Tolstoi Participações e, através desta, detém também o controle societário de GUERRA S/A e GUERRA PARTICIPAÇÕES LTDA., conforme abaixo:



i) As aquisições acima somadas fazem surgir na contabilidade de TOLSTOI PARTICIPAÇÕES LTDA. o total do ágio no valor de R\$ 60.568.913,98;

j) Em 30 de setembro, GUERRA S/A, controlada de TOLSTOI PARTICIPAÇÕES, incorpora a também controlada pela TOLSTOI PARTICIPAÇÕES LTDA., a GUERRA PARTICIPAÇÕES LTDA.;

k) Em 31/12, a GUERRA S/A incorpora sua controladora TOLSTOI PARTICIPAÇÕES LTDA., ato contínuo esta última é extinta e o ágio sobre os investimentos (originados na aquisição de participação da própria GUERRA S/A e GUERRA PARTICIPAÇÕES LTDA.) passa a ser aproveitado nos ajustes do

Regime Tributário de Transição (RTT) para diminuir o lucro real devido pela empresa produtiva, sem a devida fundamentação econômica;

Da contabilização

a) A Comissão de Valores Mobiliários (CVM), através das suas instruções, não tem a pretensão de alterar princípios contábeis e, de fato, há a previsão legal na Lei nº 6.404/1976, ao determinar de que maneira a companhia manterá sua escrituração, ao empregar expressões como “princípios de contabilidade geralmente aceitos”, “critérios contábeis”, “mutações patrimoniais”, “regime de competência” (art. 177);

b) A legislação prevê para as companhias abertas a obrigatoriedade de constituir uma provisão na incorporada, no mínimo no montante da diferença entre o valor do ágio e do benefício fiscal decorrente de sua amortização;

c) Portanto, antes da incorporação da investidora pela investida (incorporação reversa), a incorporada (investidora) deve realizar a provisão da alínea “a” do art. 6º, § 1º, no montante da diferença entre o valor do ágio e do benefício fiscal decorrente da sua amortização;

d) Após a incorporação, o Lucro Real é influenciado diretamente pelo valor da despesa com amortização do ágio, mas havendo a reversão da provisão obter-se-á a neutralidade pela sua exclusão no Livro de Apuração do Lucro Real (LALUR);

e) Todavia, a fiscalizada contabilizou suas operações de forma diversa;

f) O registro do ágio foi contabilizado pela empresa-veículo TOLSTOI PARTICIPAÇÕES LTDA. em contas do ativo permanente: 1.3.1.02.0002 Ágio em Investimentos – Guerra Participações, sem contas de reservas ou de provisão;

g) Na ocasião da incorporação, o ágio contabilizado no ativo da empresa veículo é carregado para a conta do ativo intangível na empresa produtiva, Guerra S/A, conta 1.3.03.01.01.002 Ágio, com o saldo de R\$ 60.568.913,98;

h) Como foi observado anteriormente, a fiscalizada, a partir do lucro societário utilizou a amortização do ágio nos ajustes do Fcont para diminuir o lucro real (Demonstrativo do Cálculo do Imposto de Renda, linha 6, “Amortização de Ágio – RTT”) nos valores anualmente alocados de R\$ 8.652.702,00, relativos ao aproveitamento anual de 1/7 do total do ágio, conforme declarado também em suas DIPJ, ficha 07 A, Linha 55 (-) Amort. Ágio. Invest. Aval. PL-INCORP., Fusão ou Cisão;

Da Ausência de Substrato Econômico

a) A empresa-veículo teve seu capital social aumentado em 30/05/2008 de mil reais para 82 milhões de reais. Todavia, essa subscrição se deu de forma estritamente contábil, não havendo modificação do Ativo ou aumento de Patrimônio Líquido;

b) Veja-se a contabilização da aquisição de participação acionária nas empresas Guerra Participações e Guerra S/A, em 09 de junho, lembrando que na data a empresa-veículo não tinha disponibilidades financeiras, pois o aumento de capital social encontrava-se a subscrever;

Investimentos-Controladas/Coligadas-Guerra S.A.	10.090.311,87
Investimentos-Controladas/Coligadas-Guerra Participações	38.340.774,15
Investimentos-Ágio em Investimentos-Guerra S.A.	15.439.784,51
Investimentos-Ágio em Investimentos-Guerra Participações	45.129.129,47
a Outras Obrigações-Contas a Pagar	109.000.000,00
Ref. Aquisição de quotas e ações	

c) Contabilizando um fato contábil permutativo, um aumento no Ativo com proporcional aumento nas obrigações, novamente, sem alteração do patrimônio líquido ou ingressos de recursos;

d) Em 17/06, ocorre a “quitação” da aquisição acionária dos investimentos societários da empresa-veículo:

Outras Obrigações-Contas a Pagar	109.000.000,00
a Adiantamentos Diversos	10.650.000,00
a Capital a Integralizar-Nacional	82.001.000,00
a Adiantamento p/ Futuro Aumento de Capital-Tolstoi Inv. S.A.	16.349.000,00
Ref. Pagamento aquisição de quotas e ações-A.Guerra/GuerraPar. Cfe 2º adto instr. Compra/venda par.soc.	

e) Todavia, como a conta Outras-Obrigações a Pagar estava alimentada em 109 milhões pelos lançamentos da compra de participação acionária (inclusive o ágio), tem-se, de fato, uma obrigação alimentando o Patrimônio Líquido da Sociedade;

f) Até mesmo os mil reais devidos pelos ex-sócios Nicolas Arthur Jacques Wollak e Jose Augusto de Carvalho são integralizados na operação;

g) A aquisição societária através da empresa-veículo se deu de forma estritamente formal perante a contabilidade, não se demonstrando o efetivo pagamento, e que nunca houve, na espécie, capacidade econômica;

h) De fato, até mesmo o lançamento acima para pagamento dos diversos adiantamentos, não foram suportados pela empresa-veículo, mas através de novas obrigações- mediante mútuos-, inclusive da própria “adquirida” Guerra S/A;

i) Veja-se a contabilização de 17/06:

Bancos-Itau	10.650.000,00
a Empréstimos a pagar-Guerra S.A.	8.580.000,00
a Empréstimos a pagar-Deg Deutsche Investitions Entwicklungs	2.070.000,00

j) É obviamente uma operação da qual não discutimos legalidade (estritamente o mútuo), porém reforça a ausência de capacidade da empresa-veículo de suportar economicamente suas obrigações e o exercício de decisões/ações dentro de um mesmo bloco de controle;

Apreciação da Legalidade

a) A amortização de ágio sobre investimentos societários pretendida pelo contribuinte é insusceptível de diminuir o lucro real, pois se trata de ágio criado

internamente entre empresas do mesmo grupo econômico e não há na sua raiz propósito negocial, trata-se, pois de uma criação fictícia de despesa, vez que a parte adquirida pertence aos mesmos sócios da adquirente, somada à ausência de substrato econômico;

b) O planejamento tributário realizado mira certamente no dispositivo legal previsto no art. 7º e no art. 8º, alínea “b”, da Lei nº 9.532/1997;

c) Cumpre observar também o artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977;

d) Certamente há, sob condições, a admissibilidade de amortização de ágio sobre investimentos societários, assim como a manutenção deste em situações de incorporações reversas (quando a investida incorpora a investidora);

e) Todavia, a utilização de empresa-veículo, de duração efêmera, com propósito único servir para a transferência do ágio para a empresa produtiva e a observação de que as decisões societárias têm um núcleo de controle, fere o princípio da independência entre as partes e demonstra a artificialidade das operações contábeis e societárias;

f) E, de fato, não é admitido, e nunca foi, a amortização realizada dentro do mesmo grupo econômico, i.e., entre empresas do mesmo bloco de controle;

g) Observa-se a reiterada apreciação da CVM sobre a geração artificial de ágio, expressas nas Instruções nº 319/99; 349/01 e 247/96;

h) Além disso, o Ofício Circular CVM/SNC/SEP nº 01/2007 não deixa dúvidas:

20.1.7 “Ágio” gerado em operações internas

A CVM tem observado que determinadas operações de reestruturação societária de grupos econômicos (incorporação de empresas ou incorporação de ações) resultam na geração artificial de “ágio”.

Uma das formas que essas operações vêm sendo realizadas, inicia-se com a avaliação econômica dos investimentos em controladas ou coligadas e, ato contínuo, utilizar-se do resultado constante do laudo oriundo desse processo como referência para subscrever o capital numa nova empresa. Essas operações podem, ainda, serem seguidas de uma incorporação.

Outra forma observada de realizar tal operação é a incorporação de ações a valor de mercado de empresa pertencente ao mesmo grupo econômico.

Em nosso entendimento, ainda que essas operações atendam integralmente os requisitos societários, do ponto de vista econômico-contábil é preciso esclarecer que o ágio surge, **única e exclusivamente**, quando o **preço (custo) pago** pela aquisição ou subscrição de um investimento a ser avaliado pelo método da equivalência patrimonial, supera o valor patrimonial desse investimento. E mais, preço ou custo de aquisição somente surge quando há o dispêndio para se obter algo de terceiros. Assim, não há, do ponto de vista econômico, geração de riqueza decorrente de transação consigo mesmo. Qualquer argumento que não se fundamente nessas assertivas econômicas configura sofisma formal e, portanto, inadmissível.

Não é concebível, econômica e contabilmente, o reconhecimento de acréscimo de riqueza em decorrência de uma transação dos acionistas com eles próprios. Ainda que, do ponto de vista formal, os atos societários tenham atendido à legislação aplicável (não se questiona aqui esse aspecto), do ponto de vista econômico, o registro de ágio, em transações como essas, somente seria concebível se realizada entre partes independentes, conhecedoras do negócio, livres de pressões ou outros interesses que não a essência da transação, condições essas denominadas na literatura internacional como “arm’s length”.

Portanto, é nosso entendimento que essas transações não se revestem de substância econômica e da indispensável independência entre as partes, para que seja passível de registro, mensuração e evidencição pela contabilidade. **(grifei)**

i) O Conselho Federal de Contabilidade editou, ainda, a Resolução CFC nº 1.110/2007 que, em seu item 120, assim determina:

“O reconhecimento de ágio decorrente de rentabilidade futura gerado internamente (goodwill interno) é vedado pelas normas nacionais e internacionais. Assim, qualquer ágio dessa natureza anteriormente registrado precisa ser baixado.” (grifei)

j) A partir do ano-calendário de 2009, através dos novos conceitos de contabilidade introduzidos no país pela Lei nº 11.638/2007 ficou ainda mais claro o entendimento adotado pelas normas contábeis (CPC 13: item 50);

k) Se a legislação comercial não autoriza o ágio interno ou intragrupo como um ativo para a sociedade, tampouco deve ser reconhecido para a base de cálculo do IRPJ que parte do lucro líquido, apurado com observância da lei comercial, considerando o disposto nos arts. 248 e 274 do RIR/1999 e alínea “c” do § 1º do art. 2º da Lei nº 7.689/1988;

l) A amortização de ágio não constitui encargo necessário ou útil às atividades do contribuinte e à manutenção da respectiva fonte produtora, a mais não possui substrato econômico necessário e não é admitido seu aproveitamento pela legislação comercial e tributária, razão pela qual não deve reduzir as base de IRPJ e CSLL;

Da Multa pela Insuficiência de Recolhimento – Base Estimada

a) Devido à falta ou insuficiência de recolhimento de estimativa mensal de IRPJ e CSLL após o término do ano-calendário, deve ser exigida multa isolada incidente sobre a redução indevida das estimativas mensais (50%) a que se refere o art. 44, II da Lei nº 9.430/1996, além da diferença de contribuição devida no ajuste anual (art. 16 da IN SRF nº 93/1997);

b) Destaca-se que tal procedimento tem sua matriz legal na Lei nº 9.430/1996, art. 44, inciso II, alínea “b”;

c) Como se vê, a aplicação da multa isolada decorre do descumprimento de obrigação de se efetuar o pagamento (ou declaração), por estimativa, nos prazos e condições estabelecidas na legislação tributária;

d) Faz-se necessário esclarecer que a multa isolada incidente sobre a redução indevida das estimativas mensais não se refere à mesma infração fiscal que ensejou a multa de ofício incidente sobre o tributo anual, independentemente de apurar, no fechamento do período-base, imposto a pagar ou não;

e) Quanto à multa de ofício, ela incide sobre a parcela do imposto de renda e CSLL anuais, apurados no fechamento do período-base, e que não recolhidos ou não declarados, não apresentando qualquer relação com a multa isolada sobre redução das estimativas que lhe foi imposta;

f) A multa isolada e a de ofício têm base de cálculo, alíquotas e fatos geradores diversos;

Da Multa de Ofício Qualificada

a) Todo o conjunto de atos praticados buscando conferir legalidade ao planejamento tributário demonstra a ação dolosa presente na execução dos diversos atos societários, na realização da contabilidade e na condução de um planejamento tributário com vistas à sonegação dos tributos;

b) Logo, sujeita-se à qualificação da multa nos termos dos arts. 71 e 72 da Lei nº 4.502/1964, para os fins penais e tributários consequentes, conforme o disposto no art. 44, § 1º da Lei nº 9.430/1996 (150%).

Devidamente cientificada (fls. 408), em 16/09/2014 (403/404), a interessada, em 15/10/2014, apresentou impugnação (fls. 413//490), cujo teor, em síntese, abaixo reproduzo:

a) Até a data de 08 de junho de 2008, conforme evidenciam os quadros de composição societária reproduzidos abaixo e os atos e livros societários, a impugnante era controlada pelos membros da Família Guerra, seja diretamente (participação de 20,183%), seja por intermédio da Sociedade Guerra Participações Ltda. (Guerra Participações), com 79,817% de participação:

Impugnante		
Acionista	Ações	Perc. (%)
Guerra Participações Ltda.	12.095.879	79,817
Mauro Guerra	10.738	0,07125
Marcos Guerra	6.510	0,04325
Valmor Ernesto Zanandréa	2.854.675	18,837
Marinez Hermínia Lazzarotto	36.842	0,24325
Maurício Guerra	22.837	0,15025
Octavino Luiz Guerra	7.546	0,049
Oneide Terezinha Machado	112.899	0,745
Espólio de Maximiliano Zini	3.276	0,022
Sadi Antônio Zini	3.276	0,022
Total	15.154.478	100,00

Guerra Participações		
Sócio	Quotas	Perc. (%)
Mauro Guerra	3.060.040	30,600
Marcos Guerra	2.926.373	29,264
Marinez Hermínia Lazzarotto	2.183.272	21,832
Maurício Guerra	1.473.872	14,740
Octavino Luiz Guerra	178.221	1,782
Espólio de Maximiliano Zini	89.111	0,891
Sadi Antônio Zini	89.111	0,891
Total	10.000.000	100,00

b) A partir de 09 de junho de 2008, ambas as sociedades passaram a ser controladas indiretamente pelo Natixis Mercosul Fund. L. P. , antiga denominação da NATEXIS MERCOSUL FUND. L. P. (NATEXIS), de nacionalidade francesa, que detém participação societária em diversas empresas no mundo, dos mais diversos setores da economia, incluindo, mas não se limitando, a empresas atuantes no ramo da engenharia mecânica, tecnologia da informação, serviços de telecomunicações, construção civil, indústria farmacêutica, biotecnologia, indústria básica e agricultura;

c) A aquisição do controle acionário da impugnante, realizado por intermédio de um processo de compra e venda, foi efetuada pela TOLSTOI PARTICIPAÇÕES e iniciou-se em 25/04/2008, quando juntamente com as pessoas físicas então sócias da GUERRA PARTICIPAÇÕES e com as acionistas diretas da impugnante, firmou-se o Instrumento Particular de Compra e Venda de Participação Societária (Instrumento de Compra e Venda);

d) Conforme se observa do Instrumento de Compra e Venda e respectivos aditivos firmados em 15/05/2008 e 04/06/2008 a TOLSTOI PARTICIPAÇÕES assumiu o compromisso firme, as condicionado à observância das condições precedentes estabelecidas de ambas as partes de adquirir as participações direta e indireta da impugnante pelo preço de R\$ 109.000.000,00, nas seguintes proporções:

Vendedores	Preço Efetivo (%)	1ª Parcela	2ª Parcela	3ª Parcela	Preço Efetivo Total (R\$)
Mauro Guerra	24,49525%	R\$ 20.086.105,00	R\$ 4.004.973,38	R\$ 2.608.744,13	R\$ 26.699.822,50
Marcos Guerra	23,40125%	R\$ 19.189.025,00	R\$ 3.826.104,38	R\$ 2.492.233,13	R\$ 25.507.362,50
Marinez Lazzarotto	17,66925%	R\$ 14.488.785,00	R\$ 2.888.922,38	R\$ 1.881.775,13	R\$ 19.259.482,50
Maurício Guerra	11,91525%	R\$ 9.770.505,00	R\$ 1.948.143,38	R\$ 1.268.974,13	R\$ 12.987.622,50
Octavino Guerra	1,47100%	R\$ 1.206.220,00	R\$ 240.508,50	R\$ 156.661,50	R\$ 1.603.390,00
Oneide Machado	0,74500%	R\$ 610.900,00	R\$ 121.807,50	R\$ 79.342,50	R\$ 812.050,00
Maximiliano Zini	0,73300%	R\$ 601.060,00	R\$ 119.845,50	R\$ 78.064,50	R\$ 798.970,00
Sadi Zini	0,73300%	R\$ 601.060,00	R\$ 119.845,50	R\$ 78.064,50	R\$ 798.970,00
Valmor Zanandrea	18,83700%	R\$ 15.446.340,00	R\$ 3.079.849,50	R\$ 2.006.140,50	R\$ 20.532.330,00
Total (Contrato)		R\$ 82.000.000,00	R\$ 16.350.000,00	R\$ 10.650.000,00	R\$ 109.000.000,00

e) Como desdobramento da aquisição de participação e do preço pago, a TOLSTOI PARTICIPAÇÕES apurou ágio no montante de R\$ 60.568.913,98 em consonância com as normas contábeis e fiscais aplicáveis à época da realização da operação, e devidamente fundamentado com base na perspectiva de rentabilidade futura da impugnante, conforme Laudo de Avaliação Econômica produzido pela empresa especializada “Apsis Consultoria Empresarial Ltda.”, o qual foi devidamente apresentado ao Fisco em resposta ao Termo de Intimação Fiscal nº 02, protocolado na data de 03/06/2013;

f) Apesar da efetiva demonstração da regularidade formal e substancial das operações procedidas, o Fisco basicamente desconsiderou os reflexos tributários da incorporação do acervo patrimonial da TOLSTOI PARTICIPAÇÕES, meses após essa sociedade ter concluído seu respectivo papel como sociedade holding para aquisição e consolidação do controle acionário da impugnante;

g) Assim, as deduções fiscais realizadas entre os anos de 2009 a 2013 das amortizações do ágio efetivamente pago pela TOLSTOI PARTICIPAÇÕES em 2008 foram glosadas pelo Fisco, por meio da lavratura de autos de infração que, conforme demonstrativo consolidado do crédito tributário do processo, exigem o recolhimento das diferenças de IRPJ e CSLL supostamente devidas, acrescidas de multa de ofício qualificada, juros selic e exigência concomitante de Multa Isolada por suposta falta de recolhimento das estimativas do IRPJ e da CSLL;

h) A operação encabeçada pela TOLSTOI PARTICIPAÇÕES que culminou na aquisição direta e indireta da integralidade das ações da impugnante efetivamente implicou em desembolsos financeiros efetuados com ágio fundado em rentabilidade futura, comprovado por laudo de avaliação, em operação realizada entre partes não relacionadas feita com absoluta transparência e pleno atendimento às regras societárias, contratuais e concorrenciais vigentes no Brasil;

Das questões incontroversas

a) Não há controvérsia quanto aos critérios de mensuração dos ágios, em observância às normas contábeis e fiscais vigentes à época das respectivas aquisições (art. 385 do RIR/1999, combinado com a Lei nº 11.941/2009, que instituiu o RTT, conferindo neutralidade fiscal aos efeitos decorrentes da adoção dos padrões internacionais de contabilidade, que, no caso específico de ágio pago sob o fundamento de perspectiva de rentabilidade passou a ser deduzido fiscalmente via exclusão na Parte “A” do LALUR, vez que tal ágio deixou de ser amortizado para fins contábeis, a partir de 01/01/2009);

b) Não há qualquer dúvida quanto ao fundamento que suportou o ágio, conforme certificado em Laudo de Avaliação Econômica emitido por empresa especializada;

c) Verifica-se que as argumentações do fisco são no mínimo contraditórias e pautadas em premissas equivocadas assumidas unilateralmente pela fiscalização;

d) Isto porque o lançamento foi fruto de um apressado procedimento fiscal que não diligenciou corretamente a interpretação dos fatos que envolveram a efetiva aquisição do controle acionário da impugnante;

e) Todo o procedimento fiscal durou apenas 5 meses;

f) Não houve prudência na averiguação dos fatos que envolveram a aquisição do controle acionário da impugnante e ao se desprezar o cuidado que normalmente esse tipo de operação deve receber ao ser analisada sob o viés formal e substancial, acabou-se por incorrer em graves erros de premissas, dentre elas, principalmente as de que: (i) por meio de vários atos societários e contábeis a aquisição do controle acionário da impugnante objetivou, por fim, a execução de um planejamento tributário para a criação artificial do ágio; (ii) que a aquisição se dá por intermédio de uma “empresa veículo”, TOLSTOI PARTICIPAÇÕES;

g) A aquisição em tela inicia-se na data da celebração do instrumento de Compra e Venda, ou seja, em 24/04/2008, e se conclui em 09/06/2008, quando, nesta data, há celebração de Termo de Fechamento do Negócio;

h) Desde o início das negociações, as partes envolvidas nas posições de comprador e vendedor são, respectivamente, TOLSTOI PARTICIPAÇÕES e os ex-acionistas controladores da impugnante;

i) Neste momento, a TOLSTOI INVESTIMENTOS sequer integrava o grupo NATIXIS. E mesmo que integrasse o grupo, o que se admite apenas para argumentar, como uma sociedade holding, assim como era a TOLSTOI PARTICIPAÇÕES, também não dispunha de recursos financeiros para suportar econômica e financeiramente a aquisição do controle acionário da impugnante, de modo que dependia, igualmente, à TOLSTOI PARTICIPAÇÕES, de recursos financeiros advindos do NATIXIS (e de seu parceiro estratégico, “DEG”);

j) O fisco deixou à margem de seus trabalhos o contexto da aquisição do controle acionário da impugnante, que, efetivamente, transferiu-se da família GUERRA para a TOLSTOI PARTICIPAÇÕES, sociedade que desempenhou o papel de holding para aquisição, e que teve seu capital social integralizado com os recursos financeiros advindos do NATIXIS e de seu parceiro estratégico alemão, embora não vinculado, o Deustche Investimentos (DEG);

k) Fica claro que o ponto central que se coloca em discussão consiste na validade ou não, para fins tributários, da aquisição do controle acionário da impugnante, perpetrada pela TOLSTOI PARTICIPAÇÕES e, como consequência, na validade das deduções das amortizações de ágio levadas a efeito pela impugnante, como consequência na validade das deduções das amortizações de ágio levadas a efeito pela impugnante, como consequência da incorporação reversa do acervo patrimonial da TOLSTOI PARTICIPAÇÕES;

Da Preliminar de Nulidade

a) Pela descrição, a acusação fiscal não define ao certo se haveria problema na geração do ágio, ou no preenchimento do requisito para a sua amortização ou ainda se a operação se tratava de ágio interno com reavaliação de ativos, com utilização do diferimento previsto no art. 36 da Lei nº 10.637/2002;

b) Note-se que a acusação de inexistência de “substrato econômico” da empresa-veículo (TOLSTOI PARTICIPAÇÕES) e, portanto, não preenchimento do requisito de incorporação pela suposta real adquirente (TOLSTOI INVESTIMENTOS), pressupõe a legitimidade e validade do ágio interno. Portanto, as acusações explicitadas pelo FISCO são contraditórias e não complementares, evidenciando inequívoca nulidade do lançamento por falta de descrição clara e precisa da acusação;

c) Se, por um lado, a descrição dos fatos não permite a adequada compreensão da acusação, indispensável para o exercício pleno da defesa, também o enquadramento legal não auxilia na identificação do ato infracional de que é acusada a impugnante;

d) O Fisco também deixou de apontar o fundamento legal da autuação, haja vista que os dispositivos legais mencionados não se prestam a caracterizar a infração de que é acusada;

Da Decadência para se questionar o registro do ágio

a) No presente caso, o lançamento foi realizado após o transcurso do prazo decadencial. Isto porque o IRPJ e a CSLL são tributos sujeitos ao lançamento por homologação, logo, sujeitam-se ao prazo decadencial instituído pelo artigo 150, § 4º, do CTN, contado da ocorrência do fato gerador;

b) No presente caso não houve qualquer dolo, fraude ou simulação, pelo que inaplicável o disposto no art. 173, I do CTN;

c) Como ao IRPJ e à CSLL é aplicável a regra de decadência prevista no art. 150, § 4º do CTN, é possível verificar a ocorrência de decadência no presente caso, tendo em vista que a lavratura dos autos de infração ora impugnandos se deu em 16/09/2014;

d) A operação que gerou o ágio glosado foi realizada em 09/06/2008, sendo que a incorporação da TOLSTOI PARTICIPAÇÕES ocorreu em 31/12/2008;

e) A partir de janeiro de 2009 e ao longo dos anos seguintes, a impugnante nada mais fez que amortizar, como lhe assegura a legislação, o ágio para fins de apuração do IRPJ e da CSLL;

f) Passados tantos anos da geração e registro contábil do ágio, da efetiva incorporação e do início do exercício do direito à amortização, como poderia o fisco questionar a legitimidade dos atos somente em setembro de 2014?

g) Acredita a impugnante ter decaído o direito de a Receita Federal do Brasil de glosar as amortizações do ágio, em decorrência do transcurso do prazo de 5 anos verificado entre o lançamento tributário ora contestado e a data de formação/registo do ágio questionado, ou mesmo da incorporação da TOLSTOI PARTICIPAÇÕES (dezembro de 2008) e da primeira amortização (janeiro de 2009), já que é neste momento que se materializa o evento, que, por força da legislação específica, tem seus efeitos diferidos no tempo;

h) O fisco, então, não poderia ter glosado a dedução fiscal do ágio, uma vez que o prazo decadencial teria se encerrado, na melhor das hipóteses, em 31/01/2014 (primeira amortização);

i) Se decaiu o direito de glosar o ágio, também está decaído o direito de glosar as despesas de suas amortizações;

j) Importante observar que em todos os períodos de apuração objeto dos autos de infração houve efetivo pagamento de IRPJ e CSLL, o que se verifica através da análise das Fichas 12 e 57 das DIPJ transmitidas, as quais evidenciam as retenções na fonte que, conforme sedimentada jurisprudência da CSRF equivale ao pagamento antecipado, determinando a aplicação da regra decadencial disposta no art. 150, § 4º do CTN.

Do Mérito

Da Inexistência de ágio artificial ou interno

a) As amortizações de ágio tiveram origem em um contexto real de aquisição de participação societária havida entre partes não relacionadas, fruto de negociações e precedida de efetivo desembolso de recursos financeiros (caixa) e geração de riqueza nova para os acionistas vendedores;

b) Com efeito, antes de a presente operação ter sido concretizada, o capital social da impugnante era integralmente detido pela Guerra Participações e pelas pessoas físicas integrantes da Família Guerra;

c) Por sua vez, o capital social da Guerra Participações era totalmente detido pelas pessoas físicas da FAMÍLIA GUERRA, conforme abaixo:

Impugnante		
Acionista	Ações	Perc. (%)
Guerra Participações Ltda	12.095.879	79,817
Mauro Guerra	10.738	0,07125
Marcos Guerra	6.510	0,004325
Valmor Ernesto Zanandéa	2.854.675	18,837
Marinez Herminia Lazzarotto	36.842	0,24325
Maurício Guerra	22.837	0,15025
Octaviano Luiz Guerra	7.546	0,049
Oneide Terezinha Machado	112.899	0,745
Espólio de Maximiliano Zini	3.276	0,022
Sadi Antônio Zini	3.276	0,022
Total	15.154.478	100,00

Guerra Participações		
Acionista	Ações	Perc. (%)
Mauro Guerra	3.060.040	30,600
Marcos Guerra	2.926.373	29,264
Marinez Herminia Lazzarotto	2.183.272	21,832
Maurício Guerra	1.473.872	14,740
Octaviano Luiz Guerra	178.221	1,782
Espólio de Maximiliano Zini	89.111	0,891
Sadi Antônio Zini	89.111	0,891
Total	10.000.000	100,00

d) No início de 2008, o NATIXIS MERCOSUL FUND. L.P, entidade devidamente constituída e validamente existente de acordo com as leis de CHANNEL ISLANDS, interessou-se na aquisição da totalidade do controle acionário da impugnante;

e) NATIXIS era um fundo de investimentos em *private equity*, que pertencia ao Grupo *Financiere NATIXIS Banques Populaires*, de nacionalidade francesa, o qual investia em participação em diversas companhias no mundo, envolvidas nos mais diversos setores da economia, incluindo, mas não se limitando a empresas atuantes no ramo de engenharia mecânica, tecnologia da informação e serviços de telecomunicações, construção civil, indústria farmacêutica, biotecnologia, indústria básica e agricultura. Em 2007, seus investimentos somavam cerca de US\$ 100 milhões;

f) O Natixis mantinha vínculo comercial no Brasil com a gestora de recursos Axxon Group, entidade que contava com extensa rede de contatos locais e internacionais, e que tinha a incumbência contratual de analisar oportunidades de negócios estratégicos e rentáveis para o NATIXIS e, sendo o caso, representá-lo nos seus investimentos, principalmente na qualidade de diretores e/ou membros de conselho de administração;

g) O Axxon Group iniciou suas atividades no Brasil em 2001, sendo originário de um time de *private equity* que opera na região desde 1993;

h) Nesse contexto, considerando a agilidade exigida no mundo dos negócios e devido ao fato de o Natixis ser um fundo de investimento estrangeiro, os representantes legais do AXXON GROUP BRASIL constituíram a TOLSTOI PARTICIPAÇÕES em 05/03/2008, a fim de negociarem e estarem preparados para a celebração imediata de contratos pertinentes à aquisição do controle acionário da impugnante, sem sujeição a grandes burocracias e atrasos, que poderiam inclusive ocasionar a perda da oportunidade de investimento;

i) A TOLSTOI PARTICIPAÇÕES já nasceu com a finalidade de se tornar a holding que exerceria o papel de entidade adquirente do controle acionário da impugnante;

j) Nesse contexto é que em 25/04/2008, a TOLSTOI PARTICIPAÇÕES celebrou com a FAMÍLIA GUERRA o Instrumento Particular de Compra e Venda, no qual a impugnante e a GUERRA PARTICIPAÇÕES figuraram como intervenientes anuentes, pelo qual restou acordado, de forma vinculante, irrevogável e irretratável, que, caso cumpridas as condições precedentes, as partes deveriam praticar todos os atos para efetivar a transferência da totalidade das ações da impugnante e das quotas da Guerra Participações para a TOLSTOI PARTICIPAÇÕES na data do fechamento;

k) De se notar que a data do fechamento da operação estava prevista inicialmente para ocorrer em 30/05/2008, porém, após a assinatura do 1º e 2º Aditamentos ao Instrumento de Compra e Venda, tal data restou prorrogada, definitivamente, para o dia 09/06/2008;

l) Entre a data em que a TOLSTOI PARTICIPAÇÕES se comprometeu de forma vinculante a adquirir da Família Guerra a totalidade do capital social da impugnante e da Guerra Participações, e a data em que tal operação se efetivou, é dizer que, entre 25/04 e 09/06/2008, fatos supervenientes relevantes ocorreram e mudaram o desenho da estrutura de aquisição do controle acionário da impugnante;

m) Com efeito, o fundo NATIXIS buscava o levantamento de recursos financeiros no exterior para suportar a obrigação assumida pela TOLSTOI PARTICIPAÇÕES, relacionada ao pagamento do preço pela aquisição da participação acionária na impugnante;

n) Neste ínterim, o DEG surgiu como parceiro estratégico, que sinalizou interesse no financiamento da operação, tanto via empréstimo, como por meio de aquisição de participação societária;

o) O DEG é parte independente e não relacionada à Família Guerra e ao próprio NATIXIS, no decorrer das tratativas negociais, manifesta interesse no processo de aquisição compartilhada do controle acionário da impugnante;

p) Como a condição da negociação era que parte dos recursos advindos do DEG viriam na forma de empréstimo e outra parte na forma de investimento direto, NATIXIS e DEG entenderam por bem que seus interesses individuais seriam melhor preservados se compartilhassem o controle de uma sociedade holding sob a forma jurídica de sociedade por ações, pois além de não requerer maiores burocracias para o ingresso de novos acionistas, bastando os respectivos registros das transferências de ações nos livros societários para que surta seus efeitos perante terceiros de imediato, poderia ser gerida por meio de Acordo de Acionistas sem que eventuais desentendimentos fossem resolvidos no âmbito dessa própria holding, sem afetar o direcionamento e interesses da sociedade operacional adquirida, a impugnante;

q) Por esta razão, em 08/05/2008 – após a celebração do Contrato de Compra e Venda, que se deu em 25/04/2008 – o NATAXIS adquiriu a totalidade das ações da Ulan Bator Administração de Bens S/A e, em seguida, em 12/05/2008, foi realizada AGE da referida sociedade, na qual foram aprovadas regras diversas, tais como exoneração dos antigos diretores e eleição de novos diretores ligados ao NATIXIS, alteração do nome empresarial da sociedade para TOLSTOI INVESTIMENTOS S/A e alteração do endereço;

r) Tal aquisição nunca teve como finalidade promover a aquisição direta do capital social da impugnante, mas sim a de se afigurar como sociedade holding para poder acomodar e viabilizar o ingresso no DEG no negócio;

s) Em 15/05/2008, os representantes legais do AXXON GROUP, que detinham a totalidade das cotas para a TOLSTOI INVESTIMENTOS por meio da competente alteração e consolidação do contrato social, passando a TOLSTOI INVESTIMENTOS a deter o controle societário da holding TOLSTOI PARTICIPAÇÕES, que, repita-se, era quem havia celebrado o Instrumento de Compra e Venda e quem tinha o direito irrevogável de aquisição da totalidade do capital social da impugnante e de sua então controladora, GUERRA PARTICIPAÇÕES;

t) Nesse sentido, é importante asseverar que a TOLSTOI INVESTIMENTOS, o NATIXIS e o DEG não tinham nenhuma relação contratual com os vendedores, nem sequer como intervenientes anuentes. Havendo qualquer tipo de infração contratual por parte dos vendedores, seria ela, e somente ela, a parte legítima para reclamar quaisquer direitos. Nesta mesma linha, havendo qualquer tipo de infração contratual por parte da compradora, como o não pagamento do preço acordado, os vendedores poderiam reclamar seus direitos exclusivamente da TOLSTOI PARTICIPAÇÕES, e somente dela;

u) Note-se que a transferência das cotas da TOLSTOI PARTICIPAÇÕES para a TOLSTOI INVESTIMENTOS foi primordial para conferir segurança ao DEG em relação ao direito de aquisição da totalidade do capital social da impugnante. Conseqüentemente, as negociações entre NATIXIS e DEG restaram frutíferas, de forma que:

- Em 28 de maio de 2008, DEG concedeu empréstimo a Tolstoi Investimentos (*Mezzanine Loan Agreement*) (Doc. 15), no valor equivalente a R\$ 12.046.000,00 (doze milhões e quarenta e seis mil reais), que não poderia ser superior a EUR 5.500.000,00 (cinco milhões e quinhentos mil euros), o qual deveria ser utilizado para financiar a aquisição, através da controlada Tolstoi Participações, de 100% do capital social da Impugnante e de sua então controladora Guerra Participações.
- Em 30 de maio de 2008, DEG adquiriu participação no capital social da Tolstoi Investimentos (Doc11), tendo sido celebrado Acordo de Acionistas para fins de definição das regras de gestão, direito de voto, dentre outros, no âmbito da Tolstoi Investimentos. Ainda, na mesma data, foi realizada Assembleia Geral Extraordinária da Tolstoi Investimentos, pela qual foi aprovado aumento do capital social da Tolstoi Investimentos de R\$ 500,00 (quinhentos reais) para R\$ 64.462.355,00 (sessenta e quatro milhões, quatrocentos e sessenta e dois mil, trezentos e cinquenta e cinco reais), nas proporções de 61,1% pelo Natixis e 38,9% pelo DEG; criação de Conselho de Administração e eleição de seus membros; fixação da remuneração global da administração; e alteração integral e consolidação do Estatuto Social (Doc16).

v) Dias depois, em 09/06/2008, foi firmado o Termo de Fechamento, concretizando o encerramento da operação de compra e venda da totalidade das ações da impugnante e da GUERRA PARTICIPAÇÕES pela TOLSTOI PARTICIPAÇÕES, tendo sido cumpridas todas as formalidades societárias para efetivar as transferências de quotas/ações na referida data, notadamente: a celebração da alteração contratual da Guerra Participações para transferência da totalidade de suas quotas para a TOLSTOI PARTICIPAÇÕES, pela qual houve também a renúncia dos antigos administradores e eleição de novos pela TOLSTOI PARTICIPAÇÕES, além de ter havido reformulação geral do contrato social; e os registros pertinentes nos livros societários da impugnante para transferência da totalidade das suas ações para a TOLSTOI PARTICIPAÇÕES;

w) Com isso, a partir de 09/06/2008, a impugnante e a GUERRA PARTICIPAÇÕES passaram a ter seu capital social integralmente detido pela TOLSTOI PARTICIPAÇÕES, a qual, por fim, tinha o capital social detido de 61,1% pelo NATIXIS e 38,9% pelo DEG, ambas entidades estrangeiras;

x) Nessa mesma data, ocorreu o pagamento da primeira parcela do preço de aquisição no montante de R\$ 82.000.000,00. Os pagamentos subsequentes das parcelas 2 e 3 ocorreram, respectivamente, em 12 e 17/06/2008, nos valores de R\$ 16.350.000,00 e 10.650.000,00. Tais recursos tiveram origem em contribuições para futuro aumento de capital social por parte da TOLSTOI INVESTIMENTOS e em operações onerosas de mútuos de recursos financeiros disponibilizados pela impugnante, que a essa altura já era totalmente controlada pela TOLSTOI PARTICIPAÇÕES;

y) A comprovação do efetivo pagamento do preço de aquisição e do ônus financeiro encontra-se demonstrada nos Termos de Quitação emitidos pelos integrantes (vendedores) da Família GUERRA. Para maior visualização dos valores

pagos, reproduz-se, abaixo, memória que individualiza os pagamentos apontados nos referidos Termos de Quitação por beneficiário:

Vendedores	Preço Efetivo (%)	1ª Parcela	2ª Parcela	3ª Parcela	Preço Efetivo Total (R\$)
Mauro Guerra	24,49525%	R\$ 20.086.105,00	R\$ 4.004.973,38	R\$ 2.608.744,13	R\$ 26.699.822,50
Marcos Guerra	23,40125%	R\$ 19.189.025,00	R\$ 3.826.104,38	R\$ 2.492.233,13	R\$ 25.507.362,50
Marínez Lazzarotto	17,66925%	R\$ 14.488.785,00	R\$ 2.888.922,38	R\$ 1.881.775,13	R\$ 19.259.482,50
Maurício Guerra	11,91525%	R\$ 9.770.505,00	R\$ 1.948.143,38	R\$ 1.268.974,13	R\$ 12.987.622,50
Octavino Guerra	1,47100%	R\$ 1.206.220,00	R\$ 240.508,50	R\$ 156.661,50	R\$ 1.603.390,00
Oneide Machado	0,74500%	R\$ 610.900,00	R\$ 121.807,50	R\$ 79.342,50	R\$ 812.050,00
Maximiliano Zini	0,73300%	R\$ 601.060,00	R\$ 119.845,50	R\$ 78.064,50	R\$ 798.970,00
Sadi Zini	0,73300%	R\$ 601.060,00	R\$ 119.845,50	R\$ 78.064,50	R\$ 798.970,00
Valmor Zanandréa	18,83700%	R\$ 15.446.340,00	R\$ 3.079.849,50	R\$ 2.006.140,50	R\$ 20.532.330,00
Tótal (Contrato)		R\$ 82.000.000,00	R\$ 16.350.000,00	R\$ 10.650.000,00	R\$ 109.000.000,00

z) Não restam dúvidas de que se tratou de operação realizada entre partes não relacionadas e independentes, efetivada após intensas negociações. Tanto é verdade, que a operação em comento chegou a ser divulgada na imprensa, sendo notória a total independência das partes, conforme matérias ora acostadas;

aa) A operação foi devidamente submetida à análise do CADÊ, tanto no primeiro momento, quando da celebração do Instrumento de Compra e Venda pela TOLSTOI PARTICIPAÇÕES, como em momento posterior, quando da entrada do DEG no negócio;

bb) Com isso, é nítida a constatação de que houve efetiva aquisição de participação societária por terceiros, que não eram partes relacionadas da Família Guerra, mediante inequívoco pagamento de preço de aquisição, o qual foi muito superior ao valor contábil do Patrimônio Líquido da Impugnante e de sua então controladora Guerra Participações, ou seja, gerando, assim, de um lado, ganho de capital sujeito à tributação pelo IRPF e do outro ágio legítimo e devidamente fundamentado em perspectiva de rentabilidade futura;

Da utilização da holding TOLSTOI PARTICIPAÇÕES

a) O fisco alega, ainda que sem precisão, que a real adquirente das participações societárias seria a TOLSTOI INVESTIMENTOS;

b) A tese fiscal repousa na premissa de que a aquisição de participações societárias somente poderia ocorrer se efetuada diretamente pela TOLSTOI INVESTIMENTOS sem o intermédio de outra sociedade holding, isto é, sem o intermédio da TOLSTOI PARTICIPAÇÕES, porque tal seria disprovida de substrato e capacidade econômica;

c) Entretanto, tal premissa não pode prosperar, em primeiro lugar pelo fato de a TOLSTOI INVESTIMENTOS ser uma holding, cujo capital social foi integralizado pelo NATIXIS e pelo DEG. Ou seja, seguindo a própria lógica fiscal, a TOLSTOI INVESTIMENTOS, que afirma ser a real adquirente, era à época uma holding, sem atividades operacionais e que recém havia recebido seus primeiros fundos via integralização de capital e empréstimo. E pior: a TOLSTOI INVESTIMENTOS quando da celebração de Instrumento de Compra e Venda com os acionistas vendedores da impugnante, nem sequer integrava o Grupo Natixis, sendo uma simples sociedade dormente, sem qualquer atividade ou investimentos, com apenas R\$ 1.000,00;

d) Em segundo lugar, porque uma pessoa jurídica ou um grupo de pessoas jurídicas dispõem de diversas possibilidades legais para investir, sendo certo que o

investimento via constituição de uma ou mais sociedades holdings é uma das suas possibilidades;

e) A escolha do melhor investimento cabe ao investidor, não podendo o fisco interferir;

f) Os investidores NATIXIS e DEG valeram-se de uma opção legalmente estabelecida para melhor estruturar a gestão de suas atividades;

g) Tanto a criação de sociedade holding para fins de figurar como adquirente de participação societária é aceita pela legislação pátria, que foi o modelo jurídico adotado maciçamente durante os processos de privatização ocorridos, principalmente no final da década de 90;

h) Nesse sentido, é público e notório que as sociedades estrangeiras, na ocasião, ao invés de adquirirem as empresas estatais diretamente, constituíram as sociedades holdings no Brasil, e estas realizaram aquisições; posteriormente, estas mesmas holdings foram incorporadas pelas empresas investidas, para que, nos termos do art. 386 do RIR/1999, os investidores obtivessem o retorno parcial do preço pago, tendo em vista a amortização do respectivo ágio;

Do Papel Efetivamente Desempenhado pela TOLSTOI PARTICIPAÇÕES

a) É imprópria a alegação de ausência de substrato econômico na operação que envolveu a aquisição do controle acionário da impugnante, uma vez que tal aquisição se mostrou real, condizente com a vontade de cada uma das partes envolvidas, fundamentadas à luz do ordenamento jurídico vigente à época de cada etapa da operação, precedida de efetivos pagamentos em espécie aos ex-controladores, conduzida entre partes não relacionadas que estiverem na mesa de negociação para discussão das condições do negócio e concluída com a mais absoluta transparência;

b) O propósito negocial está baseado na motivação real, verdadeira que justificou a aquisição, com pagamento de ágio, de participação societária no capital social da impugnante;

c) O fato de ter tido a TOLSTOI PARTICIPAÇÕES seu capital social integralizado às vésperas da operação de aquisição nada significa além de uma decisão estratégica de negócios;

d) Registre-se ademais que a constatação de que a TOLSTOI PARTICIPAÇÕES teve seu capital social contribuído e integralizado com recursos provenientes do NATIXIS e DEG, via TOLSTOI INVESTIMENTOS, os quais, posteriormente, foram destinados à compra do controle acionário da impugnante, não tem o condão, por si só, de desnaturar a juridicidade do negócio pelo qual a TOLSTOI PARTICIPAÇÕES participou como real adquirente do controle acionário da impugnante;

e) Não é relevante para a análise do propósito negocial e da substância econômica o fato de a TOLSTOI PARTICIPAÇÕES ter sido financiada com recursos dos sócios NATIXIS e DEG, via TOLSTOI INVESTIMENTOS, mediante subscrição e integralização de aumento de capital social;

f) O propósito negocial está na aquisição da participação societária e não propriamente na integralização do capital realizada como forma de gerar liquidez para a TOLSTOI PARTICIPAÇÕES efetuar os pagamentos em nome próprio;

g) A TOLSTOI PARTICIPAÇÕES não foi uma sociedade veículo efêmera;

h) Em primeiro lugar porque a TOLSTOI PARTICIPAÇÕES não teve sua existência limitada a um dia, semana ou um mês. Depois de cumprir seu papel fundamental na operação teve uma vida duradoura, respectivamente, de 9 meses até sua incorporação em 31/12/2008;

i) Em segundo, porque no caso específico da TOLSTOI PARTICIPAÇÕES, além de atuar como adquirente da participação no capital social da impugnante e da GUERRA PARTICIPAÇÕES, celebrando o instrumento de compra e venda e todos os demais atos pertinentes à operação, exerceu plenamente o direito de voto em pelo menos 15 Assembleias Gerais convocadas pela diretoria da impugnante;

j) Com efeito, nesses 9 meses de existência não só votou nas Assembleias Gerais de 09/06/2008; 16/06/2008; 18/06/2008; 18/07/2008; 30/07/2008; 31/07/2008; 01/09/2008; 30/09/2008; 28/11/2008; 05/12/2008; 10/12/2008; 10/12/2008; 29/12/2008; 31/12/2008, mas também celebrou contratos com a impugnante e submeteu-se a diversar obrigações de natureza fiscal, principal e acessória, tanto na qualidade de responsável tributária, quanto na qualidade de sujeito passivo da obrigação;

k) Há ainda que se ponderar que a TOLSTOI PARTICIPAÇÕES e TOLSTOI INVESTIMENTOS passaram a integrar o grupo NATIXIS e DEG às vésperas da aquisição. Sob este viés, se levada a “ferro e fogo” a argumentação fiscal, por dedução lógica, nem mesmo a TOLSTOI INVESTIMENTOS poderia ser rotulada como real adquirente do controle da impugnante, haja vista que os recursos necessários para o financiamento da atividade de holding provieram do NATIXIS e DEG. Ou seja, sob esse prisma, TOLSTOI INVESTIMENTOS também seria uma sociedade veículo sem propósito negocial;

l) O argumento do fisco acerca da simulação, dolo ou fraude não passa de um estratagemas para manifestar sua indignação quanto aos efeitos fiscais que, naturalmente, originaram-se da legislação tributária, que autorizam a dedutibilidade do ágio pago na aquisição de participação societária quando há junção do patrimônio da controlada (investida) com o da controladora (investidora) e vice versa;

Da Incorporação da TOLSTOI PARTICIPAÇÕES

a) Após a conclusão da aquisição do controle acionário da impugnante e da sua então controladora Guerra Participações, NATIXIS e DEG passaram a “arrumar a casa”, mediante implementação de diversas ações de profissionalização da gestão das empresas integrantes do Grupo Guerra;

b) Nesse contexto, em 30/09/2008, a TOLSTOI PARTICIPAÇÕES aprovou a incorporação pela impugnante do acervo patrimonial da GUERRA PARTICIPAÇÕES, antiga holding de controle da família GUERRA e, em 31/12/2008, a TOLSTOI INVESTIMENTOS aprovou a incorporação pela impugnante do acervo patrimonial da TOLSTOI PARTICIPAÇÕES, restando, dessa forma, um única holding de controle da impugnante;

c) Embora avaliada a hipótese, tanto a NATIXIS quanto a DEG entenderam por bem não autorizar a incorporação da TOLSTOI INVESTIMENTOS, tendo em vista a existência de endividamento (empréstimo) com o DEG;

d) Caso a hipótese aventada fosse concretizada, todo o endividamento da TOLSTOI INVESTIMENTOS seria assumido pela impugnante, o que na visão do NATIXIS e DEG poderia gerar um efeito indesejado no âmbito financeiro e de balanço patrimonial da impugnante;

e) Há previsão para a incorporação às avessas;

f) Não se furta a impugnante da afirmação de que a incorporação de TOLSTOI PARTICIPAÇÕES justificou-se, sim, pela faculdade da legislação fiscal de utilização do benefício fiscal pelo período mínimo de 5 anos do ágio incorrido na aquisição da impugnante fundamentado em expectativa de rentabilidade futura, cuja condições é exatamente a incorporação da pessoa jurídica detentora do ágio fundamentado em rentabilidade futura pela pessoa jurídica que efetivamente gera a referida rentabilidade e vice-versa;

Da inaplicabilidade da multa de ofício

A multa de ofício deve ser cancelada, tendo em vista que a impugnante agiu em conformidade com a orientação jurisprudencial firmada anteriormente, razão pela qual não pode sofrer qualquer punição.

Da inaplicabilidade da multa qualificada

a) A operação realizada foi devidamente comunicada ao CADE e por ele aprovado, tanto no primeiro momento, quando da celebração do Instrumento de Compra e Venda pela TOLSTOI PARTICIPAÇÕES, como em momento posterior, quando da entrada no DEG no negócio;

b) De forma alguma houve dolo na operação;

Da improcedência aplicação concomitante de multa isolada com multa de ofício e em valor superior ao valor apurado após o encerramento do exercício

a) Houve a imposição de pena duplamente sobre o mesmo fato;

b) A jurisprudência do CARF se posiciona contra tal imposição;

c) A multa deverá ser cancelada;

Do erro da apuração da multa isolada

a) Com relação aos anos-calendário de 2010 e 2013, após a recomposição das estimativas mensais das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, por um equívoco, o Fisco aplicou a multa isolada de 50% sobre o resultado obtido a partir da subtração do IRPJ e CSLL a pagar, ora apurado por ela, versus as antecipações negativas de IRPJ e CSLL declarados pela impugnante na DIPJ;

b) Ao subtrair sobre um valor negativo o fisco obteve o oposto; uma soma;

c) Abaixo a impugnante demonstra o efeito descrito na apuração da multa isolada de IRPJ e CSLL:

• Ano-calendário 2010

DESCRIÇÃO			FISCALIZAÇÃO	
MÊS	IRPJ A PAGAR APURADO - RFB (a)	IRPJ A PAGAR - DIPJ (b)	DIFERENÇA IRPJ APURADA c = (a-b)	MULTA ISOLADA IRPJ (50%) d = (c*50%)
ABR	199.240,62	(220.521,87)	419.762,48	209.881,24
JUN	41.536,42	(220.521,87)	262.058,30	131.029,15
			TOTAL	340.910,39

MÊS	CSLL A PAGAR APURADO - RFB (a)	CSLL A PAGAR - DIPJ (b)	DIFERENÇA CSLL APURADA c = (a-b)	MULTA ISOLADA CSLL (50%) d = (c*50%)
ABR	71.844,76	(82.077,74)	153.922,50	76.961,25
JUN	16.465,11	(82.077,74)	98.542,85	49.271,43
			TOTAL	126.232,68

• Ano-calendário 2013

DESCRIÇÃO			FISCALIZAÇÃO	
MÊS	IRPJ A PAGAR APURADO - RFB (a)	IRPJ A PAGAR - DIPJ (b)	DIFERENÇA IRPJ APURADA c = (a-b)	MULTA ISOLADA IRPJ (50%) d = (c*50%)
AGO	112.789,00	(247.740,26)	360.529,25	180.264,63
			TOTAL	180.264,63

MÊS	CSLL A PAGAR APURADO - RFB (a)	CSLL A PAGAR - DIPJ (b)	DIFERENÇA CSLL APURADA c = (a-b)	MULTA ISOLADA CSLL (50%) d = (c*50%)
AGO	39.886,34	(89.904,20)	129.790,53	64.895,27
			TOTAL	64.895,27

d) Conforme demonstrado acima, o fisco, nos meses de Abril e Junho do ano de 2010 e Agosto de 2013, apurou base de cálculo para aplicação da multa isolada sobre os valores não recolhidos de IRPJ e CSLL superior àquela que seria efetivamente verificada nos respectivos meses após a recomposição das bases de cálculo de IRPJ e CSLL da impugnante;

e) Como não havia IRPJ e CSLL a serem recolhidos pela impugnante nos referidos meses, deveria o fisco ter utilizado como base de cálculo da multa isolada os valores das estimativas de IRPJ e CSLL por ela apurados, ao invés de somá-los àqueles suspensos pela impugnante;

f) Apresentam-se a seguir os quadros comparativos entre a base de cálculo da multa isolada apurada pelo fisco e a identificada pela impugnante:

• Ano-calendário 2010

DESCRIÇÃO			FISCALIZAÇÃO		IMPUGNANTE		DIFERENÇA MULTA
MÊS	IRPJ A PAGAR APURADO - RFB (a)	IRPJ A PAGAR - DIPJ (b)	DIFERENÇA IRPJ APURADA c = (a-b)	MULTA ISOLADA IRPJ (50%) d = (c*50%)	DIFERENÇA IRPJ APURADA e = (a)	MULTA ISOLADA IRPJ (50%) f = (e*50%)	DIFERENÇA MULTA IRPJ (50%) g = (d - f)
ABR	199.240,62	(220.521,87)	419.762,48	209.881,24	199.240,62	99.620,31	110.260,90
JUN	41.536,42	(220.521,87)	262.058,50	131.029,15	41.536,42	20.768,21	110.260,90
			TOTAL	340.910,39	TOTAL	120.388,52	220.521,80

MÊS	CSLL A PAGAR APURADO - RFB (a)	CSLL A PAGAR - DIPJ (b)	DIFERENÇA CSLL APURADA c = (a-b)	MULTA ISOLADA CSLL (50%) d = (c*50%)	DIFERENÇA CSLL APURADA e = (a)	MULTA ISOLADA CSLL (50%) f = (e*50%)	DIFERENÇA MULTA CSLL (50%) g = (d - f)
ABR	71.821,76	(82.077,74)	153.922,50	76.961,25	71.821,76	35.922,38	41.038,90
JUN	26.465,11	(82.077,74)	98.542,85	49.271,43	26.465,11	13.232,56	41.038,90
			TOTAL	126.232,68	TOTAL	49.154,93	82.077,80

• Ano-calendário 2013

DESCRIÇÃO			FISCALIZAÇÃO		IMPUGNANTE		DIFERENÇA MULTA
MÊS	IRPJ A PAGAR APURADO - RFB (a)	IRPJ A PAGAR - DIPJ (b)	DIFERENÇA IRPJ APURADA c = (a-b)	MULTA ISOLADA IRPJ (50%) d = (c*50%)	DIFERENÇA IRPJ APURADA e = (a)	MULTA ISOLADA IRPJ (50%) f = (e*50%)	DIFERENÇA MULTA IRPJ (50%) g = (d - f)
AGO	112.789,00	(247.740,26)	360.529,25	180.264,63	112.789,00	56.394,50	123.870,10
			TOTAL	180.264,63	TOTAL	56.394,50	123.870,10

MÊS	CSLL A PAGAR APURADO - RFB (a)	CSLL A PAGAR - DIPJ (b)	DIFERENÇA CSLL APURADA c = (a-b)	MULTA ISOLADA CSLL (50%) d = (c*50%)	DIFERENÇA CSLL APURADA e = (a)	MULTA ISOLADA CSLL (50%) f = (e*50%)	DIFERENÇA MULTA CSLL (50%) g = (d - f)
AGO	39.886,51	(89.902,20)	129.790,53	64.895,27	39.886,51	19.943,17	44.952,10
			TOTAL	64.895,27	TOTAL	19.943,17	44.952,10

g) Em resumo, verifica-se que o montante exigido a título de multa isolada pela suposta ausência de recolhimento da estimativa mensal de IRPJ e CSLL seria consideravelmente reduzido se a composição de sua base de cálculo fosse efetuada de forma correta:

Mês	Diferença de Multa 50%
ABR/10 - IRPJ	110.260,90
JUN/10 - IRPJ	110.260,90
AGO/13 - IRPJ	123.870,10
ABR/10 - CSLL	41.038,90
JUN/10 - CSLL	41.038,90
AGO/13 - CSLL	44.952,10
TOTAL	471.421,80

h) A não observância pelas autoridades fiscais da sistemática de apuração das referidas estimativas mensais de IRPJ e CSLL pode implicar em incorreções na base de cálculo sobre a qual será aplicado o percentual da multa isolada em função da ausência/insuficiência de tais recolhimentos.

Alega, ainda, que não se pode aplicar juros moratórios sobre a multa de ofício.

(término da transcrição do relatório do acórdão da DRJ)

A DRJ por meio do Acórdão 12-72.619, de 06 de fevereiro de 2015, julgou procedente em parte a impugnação apresentada pela empresa, conforme a seguinte ementa:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012, 2013

NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Não está inquinado de nulidade o auto de infração lavrado por autoridade competente em consonância com a legislação de regência.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012, 2013

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. SIMULAÇÃO. PROVA. REESTRUTURAÇÃO SOCIETÁRIA. GLOSA DE DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO.

A simulação, que vicia o ato jurídico e invalida a economia tributária pretendida, se prova pela densidade de indícios e circunstâncias, tais como: a proximidade temporal de atos; a disparidade infundada de valores; o desfazimento dos efeitos do ato simulado; a inexistência de outra causa econômica além da economia fiscal.

DECADÊNCIA. REGRA GERAL. INAPLICABILIDADE.

No caso de observância de simulação, dolo ou fraude em ação fiscal (parte final do artigo 150, § 4º), a regra geral para contagem do prazo decadência descrita na primeira parte do artigo 150, § 4º, transmuda-se para o artigo 173, I do mesmo diploma legal, cujo marco inicial passa a ser o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

MULTA PROPORCIONAL NO LANÇAMENTO DE OFÍCIO. CONCOMITÂNCIA COM MULTA ISOLADA.

Nada impede seja exigido concomitantemente com a multa de ofício a multa isolada pelo não recolhimento das estimativas, já que a interessada à época, em face das infrações constatadas, deixou de recolher os respectivos valores, conduta, portanto, típica, subsumida à norma legal constante no artigo 44, inciso II, alínea b da Lei nº 9.430/1996.

JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA SOBRE A MULTA LANÇADA COM O TRIBUTO.

A multa de ofício lançada com o tributo também se enquadra no conceito de débito para com a União, logo sofre a incidem juros Selic se não for paga tempestivamente.

JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA. EFEITOS.

As decisões administrativas proferidas por órgão colegiado, sem lei que lhes atribua eficácia, não constituem normas complementares do Direito Tributário.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012, 2013

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTERNO. FUNDAMENTO ECONÔMICO EM EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA. TRANSAÇÃO DOS SÓCIOS COM ELES MESMOS. AUSÊNCIA DE SUBSTÂNCIA ECONÔMICA.

É descabida a amortização de ágio interno, com fundamento econômico em expectativa de rentabilidade futura da empresa investida, pois não é possível reconhecer uma mais-valia de um investimento quando originado de transação dos sócios com eles mesmos, haja vista a ausência de substância econômica na operação e de não resultar de um processo imparcial de valoração, num ambiente de livre mercado e de independência entre as duas companhias.

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. RECUPERAÇÃO DO VALOR PAGO ANTECIPADAMENTE POR CONTA DA EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA.

É condição indispensável para apuração do ágio que haja sempre um preço ou custo de aquisição, ou seja, um dispêndio para se obter algo de terceiros; o ágio pago por expectativa de rentabilidade futura deve ser amortizado dentro do período pelo qual se pagou por tais lucros futuros, pois as receitas equivalentes aos lucros da coligada ou controlada não representam um lucro efetivo, já que a investidora por eles pagou antecipadamente, devendo baixar o ágio contra esses valores.

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012, 2013

LANÇAMENTOS REFLEXOS DE CSLL, PIS E COFINS.

Pela relação de causa e efeito, aplica-se ao lançamentos reflexo de CSLL, o mesmo tratamento dispensado ao de IRPJ.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Após a decisão da DRJ - cuja ciência se deu **via eletrônica em 19/02/2015** (e-fl. 981), a empresa **apresentou recurso voluntário apenas em 05/05/2015** (via protocolo de e-fl. 1.005) e também na data de 14/05/2015 (via eletrônica - conforme termo de análise de solicitação de juntada de e-fl. 1.167).

Inicialmente, a empresa apresenta pedido de nulidade da decisão da DRJ, por não respeitar o quórum regimental mínimo necessário para julgamento. Segundo a recorrente, o julgamento na DRJ foi composto por apenas dois julgadores.

Além disso, a empresa ressalva que o recurso fora apresentado tempestivamente, tendo em vista erro no acesso ao sistema do e-CAC, que impossibilitou acesso, via eletrônica, de seu procurador, ao processo. Para tentar comprovar o erro técnico no sistema, juntou certificação, por tabelião, reproduzida parcialmente abaixo, de ata notarial datada de 08/04/2015, referente a "Consulta a processos digitais", conforme e-fls. 1.113 e 1.114:

1º) Fui encaminhada ao computador da funcionária identificada como Cleonice Monteiro Padilha;

2º) Foi efetuado pela mesma conexão por meio do cartão denominado e-CPF;

3º) Após o reconhecimento do cartão, foi efetuado o acesso ao seguintes endereço eletrônico: idg.receita.fazenda.gov.br;

4º) Nesta página foi clicado no link denominado Atendimento Virtual (e-CAC), o qual nos remeteu ao seguinte endereço: idg.receita.fazenda.gov.br/interface/portal-e-cac-centro-virtual-de-atendimento-ao-contribuinte/portal-e-cac-centro-virtual-deatendimento-ao-contribuinte;

5º) Nesta página a funcionária clicou no ícone do Centro Virtual de Atendimento, que remeteu para: <https://cav.receita.fazenda.gov.br/eCAC/publico/login.aspx>;

6º) Novamente clicou no ícone do Certificado digital, e nele surge o quadro que solicita a introdução do código PIN, o qual foi digitado pela funcionária que acessou automaticamente o seguinte endereço: <https://cav.receita.fazenda.gov.br/eCAC/default.aspx>, no qual pode-se verificar na margem superior a seguinte frase: Titular do certificado: 699.280.290-01 MARCELO SCHUSTER SILVA:69928029091, tratando-se portanto dita consulta da pessoa física;

7º) Após foi clicado no ícone alterar perfil de acesso, o qual direcionou para: <https://cav.receita.fazenda.gov.br/eCAC/default.aspx#>, no qual abriu uma janela, e nela foi selecionado: Procurador de pessoa jurídica - CNPJ, que foi digitado pela funcionária, e então foi alterado o perfil, de acesso na página: <https://cav.receita.fazenda.gov.br/eCAC/default.aspx#>, no qual se visualiza na margem superior que aparece: Titular do certificado: 699.280.290-01 MARCELO SCHUSTER SILVA:69928029091, tratando-se portanto dita consulta da pessoa física, e, abaixo: Procurador de 88.665.146/0001-05 - Guerra S.A IMPLEMENTOS RODOVIÁRIOS;

8º) Clicado pela funcionária no link Consulta a Processo Digital, a página remete ao endereço: <https://cav.receita.fazenda.gov.br/eCAC/Aplicacao.aspx?id=00051&origem=destaqu> e, e **a página fica inoperante**;

9º) Nesta página foi clicado novamente no ícone ecac - Centro Virtual de Atendimento, no link Consulta Pendências - Situação Fiscal - Relatório Complementar, remete imediatamente ao endereço: [https://cav.receita.fazenda.gov.br/eCAC/Apklicacao.aspx?id=OOI01&origem=mais acessados."](https://cav.receita.fazenda.gov.br/eCAC/Apklicacao.aspx?id=OOI01&origem=mais acessados.) (g.n.)

A PGFN apresentou contrarrazões ao recurso voluntário em que pede, primeiramente, pelo não reconhecimento do recurso voluntário, por sua intempestividade, e, se vencida neste proposta, pede pela manutenção integral do auto de infração.

No CARF, coube a mim a relatoria do processo.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa - Relator

Nulidade - Quórum mínimo na DRJ

A recorrente alega que não foi respeitado o quórum mínimo de 3 (três) julgadores para julgar o processo de 1ª instância, conforme se observa no acórdão **12-72.619 - 4ª Turma da DRJ/RJ1**, da sessão de 06 de fevereiro de 2015. Invoca, para tanto, violação ao §6º do art. 4º da Portaria MF nº 341, de 12 de julho de 2011.

Veja-se o que traz a redação legal:

§ 6º O Delegado da Receita Federal do Brasil de Julgamento pode designar julgador ad hoc para participar de sessão específica em Turma de julgamento, visando a garantir o quorum mínimo de 3 (três) julgadores para a realização da sessão.

Verificando o acórdão da DRJ, é de constatar que participaram do julgamento 3 (três) julgadores. O julgador Gastão da Silva Canario também participou do julgamento deste processo (e-fl. 927), veja:

c) MANTER O IRPJ no valor de R\$ R\$ 3.028.445,70; a CSLL no valor de R\$ 1.090.240,46, acrescidos da multa de ofício qualificada de 150% e dos juros de mora.

Vencido o julgador **Gastão da Silva Canario** que votou pela aplicação da multa de ofício de 75%; (negritei)

Mais abaixo (na mesma e-fl. 927), consta a seguinte informação:

Assinado Digitalmente - Andréa Duek Simantob - Presidente e Relatora

Participou também do presente a julgadora Nair Castaño Martinez Borges. Ausentes justificadamente os julgadores William da Silva Siqueira e Eduardo Araujo da Rocha Leão.

Como visto, o julgador Gastão da Silva Canario participou do julgamento deste processo, juntamente com os demais julgadores: Andréa Duek Simantob - presidente de turma e relatora - e Nair Castaño Martinez Borges.

Assim, respeitado o quórum mínimo necessário ao julgamento do processo em primeiro grau, deve-se afastar a arguição de sua nulidade.

Desta forma, passo a analisar a tempestividade do recurso voluntário.

Tempestividade

Como visto no relatório deste acórdão, o recurso voluntário foi apresentado intempestivamente.

A **ciência do acórdão da DRJ** à recorrente se deu via eletrônica em **19/02/2015** (e-fl. 981), conforme se pode observar do Termo de Ciência por Abertura de Documento, reproduzido abaixo:

**TERMO DE CIÊNCIA POR ABERTURA DE MENSAGEM -
COMUNICADO**

O destinatário teve ciência dos documentos relacionados abaixo por meio de sua Caixa Postal na data de 19/02/2015 16:33:45, ciência esta realizada por seu procurador 699.280.290-91 - MARCELO SCHUSTER DA SILVA.

Data do registro do documento na Caixa Postal: 12/02/2015 09:47:34

Acórdão de Impugnação

Intimação de Resultado de Julgamento

Darf

DATA DE EMISSÃO : 20/02/2015

Logo, o início do prazo para interposição de recurso voluntário se deu em 20/02/2015 (sexta-feira - dia útil).

O caput do art. 33 determina o prazo para interposição de recurso voluntário:

Art. 33. Da decisão caberá recurso voluntário, total ou parcial, com efeito suspensivo, dentro dos trinta dias seguintes à ciência da decisão.

Da redação do dispositivo acima, vê-se que o recurso voluntário deveria ter sido protocolado até a data de **23/03/2015 (segunda-feira)**, pois seria o primeiro dia útil após o encerramento do prazo de 30 (trinta) dias, que seria em 21/03/2015 (sábado).

Uma vez que o **recurso voluntário** proposto pela recorrente foi apresentado em **05/05/2015** (conforme protocolo de e-fl. 1.005), ou em 14/05/2015 (via eletrônica - conforme termo de análise de solicitação de juntada de e-fl. 1.167) tem-se que, por ambas as datas, o recurso voluntário foi proposto intempestivamente.

E, mesmo que a ciência via eletrônica tivesse se dado no prazo de 15 (quinze) dias contados após a data registrada no comprovante de entrega no domicílio tributário do sujeito passivo (ciência ficta), a empresa também teria protocolado o recurso intempestivamente. Isto porque a Receita disponibilizou a intimação do resultado do julgamento da DRJ na data de 12/02/2015 - quinta-feira (e-fl. 980) e, uma vez que o prazo inicial para interposição do recurso voluntário se daria na data de 27/02/2015 (quinze dias após 12/02/2015), a empresa deveria protocolar o recurso voluntário até a data de 31/03/2015 (trinta dias após a ciência), o que também não ocorreu.

A recorrente alegou que tomara ciência do acórdão da DRJ em 06/04/2015. Para afastar o não conhecimento do recurso voluntário pela intempestividade, alega que o sistema da RFB apresentou falhas, que impediram-na de ter acesso ao processo em questão, apresentando, para comprovar suas alegações, documento firmado por tabelião.

Entretanto, o referido documento não comprova que a empresa estava impossibilitada de acessar os sistemas da RFB durante o período em que poderia apresentar o recurso voluntário. Como visto, o fato que ensejou a constatação do tabelião ocorreu na data de

08/04/2015, sendo que a empresa teve todo o período de **20/02/2015** - sexta-feira (um dia após a data da ciência do acórdão da DRJ) até a data de **23/03/2015** - segunda-feira, que é a data final para apresentação do recurso, para acessar o documento, o que torna inviável o pedido da recorrente. Ou seja, na data em que se constatou suposto erro no acesso do sistema da Receita Federal (08/04/2015), o prazo para interposição do recurso voluntário já havia sido atingido.

Assim, a decisão *a quo* deve ser mantida na íntegra.

Conclusão

Diante do exposto, voto por REJEITAR o pedido de nulidade da decisão da DRJ, e voto por NÃO CONHECER do recurso voluntário, por sua intempestividade.

(assinado digitalmente)

Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa