



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

**Processo n°** 13855.720077/2014-02  
**Recurso n°** 000.001 Voluntário  
**Acórdão n°** **1302-002.350 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**  
**Sessão de** 17 de agosto de 2017  
**Matéria** Preliminar - Tempestividade  
**Recorrente** TAM S/A  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Ano-calendário: 2011

NORMAS PROCESSUAIS. INTEMPESTIVIDADE. Por intempestivo, não se conhece do recurso voluntário protocolizado após o prazo dos trinta dias seguintes à ciência da decisão de primeira instância, nos termos do artigo 33 do Decreto n° 70.235/72

**INTIMAÇÃO POR MEIO ELETRÔNICO. ORDEM DE PREFERÊNCIA.**

De acordo com o § 3º do artigo 23 do Decreto n° 70.235/77, os meios de intimação previstos no mencionado dispositivo legal não estão sujeitos a ordem de preferência, de sorte que, válida é a intimação da decisão de 1ª instância por meio eletrônico, ainda que a intimação do auto de infração tenha sido realizada pela via postal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, em primeira votação, por voto de qualidade, não acolher a proposta de diligência. Vencidos os Conselheiros Eduardo Morgado Rodrigues, Gustavo Guimarães da Fonseca e Julio Lima Souza Martins. Em 2ª votação, por maioria de votos, não conhecer do recurso voluntário por intempestivo. Vencido o Conselheiro Eduardo Morgado Rodrigues. O conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca acompanhou o voto da relatora pelas conclusões. O Conselheiro Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa, declarou-se impedido de participar do julgamento.

(assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa - Presidente e Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa, Paulo Henrique Silva Figueiredo, Gustavo Guimarães da Fonseca, Rogério Aparecido

Gil, Julio Lima Souza Martins e Eduardo Morgado Rodrigues. Ausentes justificadamente, os conselheiros: Luiz Tadeu Matosinho Machado e Carlos Cesar Candal Moreira Filho.

## **Relatório**

Por economia processual e bem descrever os fatos adoto o relatório da decisão recorrida (e-fls.1.170/1.202) que a seguir transcrevo:

### *DA AUTUAÇÃO*

*Conforme Termo de Verificação Fiscal de fls. 18/38, em fiscalização empreendida junto à contribuinte acima identificada, relativa ao ano-calendário 2011, constatou-se o seguinte:*

### *DA INTERPRETAÇÃO TRIBUTÁRIA: O REAL E O APARENTE*

*O progresso intelectual e a evolução das idéias são aspectos inerentes à raça humana. Diuturnamente inovações tecnológicas surpreendem-nos a cada dia, indo das comunicações aos avanços na medicina; dos meios de transporte aos novos medicamentos.*

*Mas a criatividade das inovações e a evolução das idéias obviamente não se restringe ao mundo tecnológico. O Direito se conforma a cada dia diante das novas realidades que surgem. Em especial, no campo tributário, verifica-se um movimento no sentido de identificar a realidade dos fatos e não apenas o formal, o aparente. De desmistificar a casca para atingir o conteúdo, quando desconexos.*

*A fiscalização cita, às fls. 19/20, jurisprudência do Conselho de Contribuintes e do STJ, acerca de planejamentos tributários abusivos.*

*É neste contexto que a auditoria interpreta os fatos societários a seguir descritos e suas conseqüências em sede tributária.*

### *DAS OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS DA MULTIPLUS*

*Inicialmente, em 06/08/2009, foi constituída a empresa Q.X.A.S.P.E. Empreendimentos e Participações S.A., tendo por objeto social a participação em outras sociedades (holding). Sua denominação social foi modificada, passando a se chamar Multiplus S.A., com alteração do objeto social para o desenvolvimento de direitos de resgate de prêmios no âmbito do programa de fidelização de clientes. Posteriormente, foi aprovado o aumento de capital social autorizado até o limite de R\$ 1.200.000.000,00.*

*Em 10/12/2009, o capital social da Multiplus era de R\$ 500,00 (500 ações de R\$ 1,00), possuindo a TAM S.A. quase a totalidade das ações da empresa (495 ações, 99%), sendo as demais ações (5) divididas igualmente entre 5 pessoas físicas.*

*Na Assembléia Geral Extraordinária realizada em 15/01/2010, cada ação ordinária foi desdobrada em 236.040 ações, sendo o capital social representado por 118.020.000 ações ordinárias nominativas, escriturais e sem valor nominal. O total do capital social subscrito e integralizado continuou sendo R\$ 500,00.*

***O Auditor Fiscal não relata, mas é importante observar que, na supracitada Assembléia, cada uma das 5 pessoas físicas sócias da Multiplus recebeu 236.039 novas ações, mas as cedeu gratuitamente à TAM S.A. Dessa forma, cada pessoa física ficou com uma ação da Multiplus (total de 5), ficando a TAM S.A. com as demais 118.019.995 (=118.020.000 – 5).***

*Nesta data a TAM S.A. tinha praticamente 100% das ações da Multiplus (acima de 99,99999%)*

*Em 03/02/2010, foi realizada oferta de distribuição primária de ações IPO (Inicial Public Offer), da seguinte forma:*

- *Preço da ação fixado em R\$ 16,00;*
- *Aprovar o aumento de capital, dentro do limite do capital autorizado, mediante a emissão de 39.340.000 ações ordinárias, as quais foram integralizadas à vista, no ato da subscrição, em moeda corrente nacional, ao preço de R\$ 16,00 por ação, passando o capital social da empresa de R\$ 500,00, representado por 118.020.000 ações ordinárias, para R\$ 629.440.500,00, representado por 157.360.000 ações ordinárias, com exclusão do direito de preferência dos acionistas da Companhia na sua subscrição, em conformidade com o disposto no inciso I do artigo 172 da Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/76) e nos termos do parágrafos Segundo e Terceiro do artigo 6º do Estatuto Social da Companhia;*
- *Integralização de R\$ 629.440.000,00 (R\$ 16,00 por ação, em 39.340.000 ações);*
- *Novo capital social: R\$ 629.440.500,00;*
- *Novo numero de ações: 157.360.000 ações.*

*Posteriormente, em 01/03/2010, foi aprovada a integralização de um lote suplementar de ações na IPO, na forma como segue:*

- *Ações ordinárias (lote principal e suplementar), nominativas, escriturais e sem valor nominal, as quais possuirão características idênticas àquelas das ações já existentes, fazendo jus aos mesmos direitos a elas conferidas.*
- *Integralização de R\$ 62.944.000,00 (R\$ 16,00 reais por ação, em 3.934.000 ações)*
- *Novo capital social: R\$ 692.348.500,00;*
- *Novo numero de ações 161.294.000 ações.*

*Após o implemento da IPO, foi aprovada em AGE, de 18/03/2011, a redução de capital na Multiplus. Houve, neste caso, a retirada do caixa da empresa e redução de capital para os acionistas. Isto significou a redução do capital social da Companhia em R\$ 600.013.680,00, passando de R\$ 692.384.500,00 para R\$ 92.370.820,00.*

*Na ocasião ficou consignado que, decorrido o prazo de 60 dias para oposição de credores, nos termos do artigo 174 da Lei nº 6.404/76, e não tendo havido manifestação dos mesmos, os acionistas da Companhia receberiam, na proporção de suas participações e a título de restituição de capital, o equivalente a R\$ 3,72 por ação, em moeda corrente nacional, sem alteração na quantidade de ações de emissão da Companhia.*

#### *DA MULTIPLUS - DA CONTINUIDADE DO PROGRAMA TAM FIDELIDADE*

*O programa de fidelidade da TAM Linhas Aéreas S.A. (TAM LA), que existe desde 1993, foi "transferido" para a nova empresa criada pela TAM S.A. Mesmo assim, comercialmente os nomes TAM e Multiplus Fidelidade inicialmente confundiram-se. Isto porque é de conhecimento comum que o programa TAM Fidelidade transaciona com os pontos de fidelidade Multiplus.*

*Tanto é assim que ainda hoje as trocas de pontos por passagens aéreas, representativas de cerca da quase totalidade do pagamento de prêmios aos participantes, são efetuadas nos estabelecimentos da TAM ou em seu "site" da internet. Em assim sendo, como há relacionamento quase exclusivo com a TAM, ainda que a negociação dos pontos do programa ocorra através da Multiplus, a marca forte de mercado é o programa TAM Fidelidade.*

*Tais assertivas estão em consonância com informações veiculadas na IPO e de acordo com o prospecto da Multiplus (pág. 122).*

*Por outro lado, a TAM LA é o principal destino dos pontos de fidelidade, conforme descrito no mesmo prospecto (pág. 131).*

#### *Da entrega graciosa do programa de fidelidade*

*Um dos aspectos que mais chama a atenção nas etapas do negócio Multiplus, é a cessão do programa e da exclusividade para a nova empresa. De início, a dona do negócio de fidelização de clientes, a TAM LA, "transferiu", a título gratuito, sem qualquer ônus financeiro para a Multiplus, este rentável negócio, pelo prazo inicial de 15 anos.*

*Essa "benesse comercial", evidentemente, só foi possível porque a TAM S.A. controla os dois lados que firmam o contrato, ou em linguagem coloquial, foi firmado um contrato entre mim e eu mesmo.*

*O contrato operacional firmado entre a Multiplus e a TAM LA transfere a título gratuito a gestão, administração e operação do programa de fidelização. Neste firma-se um acordo de "Associação TAM-MULTIPLUS", bem como cedem-se os*

*parceiros da TAM LA para a Multiplus representando 112 contratos da TAM LA referentes ao acúmulo e/ou resgate de pontos.*

*Em verdade, para o programa de fidelização de clientes da TAM LA operar, necessita-se da Multiplus, exclusiva detentora da emissão e resgate dos pontos. É a cada emissão de bilhetes aéreos pela TAM LA, o participante acumula pontos de emissão da Multiplus. Assim a TAM LA compra pontos na Multiplus para beneficiar os participantes do programa de fidelização.*

*Como o objeto social da Multiplus é o negócio de fidelização, a Multiplus sempre será um apêndice operacional da TAM LA. Considerada a extensão do programa fidelidade, as operações da companhia aérea significarão negócios para a Multiplus.*

#### *Da Multiplus - Empresa formalmente nova*

*O fato de a Multiplus ser a continuidade do programa TAM Fidelidade não é novidade para ninguém. Mais do que isto, a própria empresa, no prospecto de emissão de ações (pág. 71), posiciona-se como sucessora da TAM Fidelidade.*

*Desta forma, o início de atividades da Multiplus significou tão somente a sua abertura ao mercado de capitais, isto porque as atividades antes existentes de fidelização de clientes em nada foram alteradas. Ou, nas suas próprias palavras, são novas somente na formalidade.*

#### *DOS CONTORNOS SOCIETÁRIOS DA IPO E SUAS FINALIDADES*

*As empresas de capital aberto têm por característica a transparência de suas informações contábeis e terem suas ações negociadas em mercado aberto, podendo obter recursos para financiar seus projetos de investimento. O financiamento por meio da emissão de ações, ou seja, do aumento de capital, admitindo o ingresso de novos acionistas, significa a capitalização através do mercado de capitais.*

*A Multiplus formalmente assim o fez, capitalizando-se por meio de oferta primária de ações. Para tanto, devia seguir as diretrizes do mercado de capitais, obedecendo a Instrução Normativa CVM nº 400/2003.*

*A Multiplus, em seu prospecto da oferta pública (pág. 70), esclarece que deveria realizar um estudo de viabilidade segundo disciplinado no artigo 32, incisos II e IV, da IN CVM nº 400/2003.*

*Ao se enquadrar no inciso IV, a Multiplus considera que os recursos captados visam à expansão ou diversificação de atividades.*

*Não foi o apurado nos trabalhos de auditoria.*

*Isto porque os contratos antes existentes praticamente não foram aumentados, os riscos permanecem os mesmos da operação anterior, não há incremento que necessite de aporte de capitalização para que a Multiplus opere. A capitalização serviu tão somente para captar recursos mediante alienação de parte do controle acionário (e oportunamente injetar temporariamente recursos na TAM LA), para posteriormente retorná-los aos acionistas pela redução de capital como será adiante detalhado.*

*A outra razão apresentada para a ausência do estudo de viabilidade é pela inexistência de riscos na sociedade novata, inclusive informando que seria nova apenas na formalidade de sua constituição.*

#### *Da diluição do capital subscrito entre os acionistas*

*No momento da subscrição de capital pelos novos acionistas na IPO, perfaz-se a diluição do capital social (pág. 80 do prospecto). Isto significa que os recursos líquidos captados representaram um aumento imediato no valor patrimonial contábil por ação de R\$ 3,81 para a controladora TAM S.A. e uma diluição imediata no valor patrimonial contábil por ação de R\$ 12,19 para os novos acionistas que subscreverem ações na oferta de IPO.*

*Os acionistas que subscreveram perderam imediatamente na diluição de capital, por isso as justificativas de rentabilidade futura e as demonstrações financeiras carve-out para atrair os acionistas. De outro lado, os antigos acionistas diluíram sua participação em troca de ganho no valor patrimonial do investimento, que posteriormente foi realizado com a redução de capital.*

#### *Das demonstrações financeiras carve-out*

*No intuito de viabilizar a entrada de novos acionistas na empresa, a Multiplus apresentou no prospecto da IPO (págs. 87 e 88) as demonstrações financeiras carve-out.*

*Nestas, fraciona a atividade do programa TAM Fidelidade realizadas na TAM LA no anocalendarário de 2008 e em 9 meses de 2009. Estas demonstrações tem por finalidade justificar aos futuros acionistas a rentabilidade do negócio de fidelização de clientes TAM Fidelidade.*

*Ao segregar as atividades anteriores da TAM Fidelidade e sua rentabilidade, confirmam a falta de necessidade de caixa nas operações da Multiplus, uma vez que não há solução de continuidade nos negócios. Aqui cabe novamente caracterizar a função da IPO no abusivo planejamento tributário engendrado: venda de participação societária.*

*Em realidade, para a venda da participação societária ocorrida posteriormente, necessita-se de compradores para as ações repartidas. No momento da IPO é exatamente o que ocorre na diluição de capital: as ações são repartidas entre a TAM S.A. (antiga acionista)*

*e os novos acionistas. E os argumentos de rentabilidade futura do negócio estão matematicamente descritas nestas demonstrações financeiras carve-out.*

*Desta forma, constata-se que a IPO serviu ao acionista controlador tão-somente para atrair os interessados do mercado de capitais, alienando em seguida a participação diluída, ao descapitalizar a Multiplus. A informação da diluição de capital já propiciava aos novos acionistas a percepção de que estavam perdendo capital em favor do acionista controlador, mas indicava que poderiam assumir o risco em face da rentabilidade futura.*

#### *DA FORMA DE UTILIZAÇÃO DOS RECURSOS CAPTADOS*

*Neste negócio de pontuação e fidelidade, os recursos financeiros são imediatos, isto porque a Multiplus emite os pontos do programa, vendendo-os aos parceiros comerciais e recebendo financeiramente. De outra parte, seus custos advêm da aquisição das passagens aéreas que somente ocorre nos resgates das mesmas pelos participantes do Multiplus Fidelidade. Desta forma, no início das atividades da Multiplus não haveria necessidade financeira, pois ela inicialmente emite os pontos para depois ser obrigada a custeá-los pela compra de passagens. Há uma defasagem temporal entre os recursos captados da venda de pontos e o posterior custeio pela compra de bilhetes aéreos da TAM LA. Tal fato é explicitamente citado no prospecto da Multiplus (pág. fl. 128), ao comentar sobre uma fonte potencial de receita:*

*Isto pode ser comprovado em outro lugar do prospecto da oferta pública da Multiplus, quando estabelece que 94% dos recursos captados pela IPO serão direcionados para a TAM LA na aquisição de passagens-prêmio. Como a atividade da Multiplus não sofreu solução de continuidade quando comparada com a da TAM Fidelidade, os recursos captados foram enviados para a TAM LA. Tanto a Multiplus não necessitava de recursos imediatos que antecipou a aquisição dos bilhetes.*

*Este fato tem conexão imediata com a futura redução de capital perpetrada pela Multiplus, pois se sabia desde o início que a Multiplus não necessitava de expressivos aportes de recursos. A própria empresa reconhece isso mesmo antes da IPO. Seu ramo de atividades requer pouca necessidade de investimentos e capital, conforme pág. 24 de seu prospecto.*

*E efetivamente tais fatos se confirmaram: dos recursos líquidos captados em 2010, conforme consta da contabilidade, R\$ 622 milhões foram destinados para pagamento antecipado para compra de passagens-prêmio da TAM LA. Disto resultou que, ao final do ano-calendário 2010, a Multiplus possuía em disponibilidade financeira R\$ 630 milhões.*

*Os fluxos de caixa entre 2010 e 2012 comprovam que a Multiplus tem por política a manutenção de baixíssima retenção de caixa. Verifica-se isto por dois motivos: a uma que desde sua*

*origem a atividade desempenhada não requer disponibilidade imediata de recursos em face dos desembolsos financeiros serem posteriores aos ingressos; por outra que distribui quase a totalidade dos lucros obtidos.*

*Constata-se deste fluxo financeiro da Multiplus que os recursos captados não ampliaram a capacidade operacional da Multiplus; apenas se prestaram a financiar as atividades do seu principal fornecedor, com quem mantém unicidade de controle societário.*

*Ainda a consolidar a falta de necessidade de caixa, a TAM LA obriga-se a reembolsar pelos prêmios descontados pelos clientes Multiplus ou a conceder descontos nas passagens-prêmio, no caso de utilização de pontos obtidos até 31/12/2009, conforme informado na pág. 146 do prospecto da Multiplus:*

#### *Da realização de nova IPO*

*Diga-se ainda, quanto à falta de justificativa econômica para a IPO, que recentemente, em reunião do Conselho de Administração ocorrida em 07/03/2013, foi deliberado pela Multiplus a realização de oferta pública de distribuição primária de ações ordinárias de emissão da Companhia, com o conseqüente aumento de capital social da Companhia dentro do limite do capital autorizado. Futuramente, por força de razões de mercado que inviabilizaram as IPOs no ano corrente, foi cancelada a futura IPO.*

*Isso significa que, novamente, a empresa faria um IPO sem necessidade de financiamento, eis que possui um ativo disponível de mais de um bilhão de reais, conforme pode ser analisado do balancete contábil extraído da sua contabilidade. Também neste caso foi deliberado que os recursos alimentariam a empresa do grupo TAM LA pela compra antecipada de passagens-prêmio.*

*Segundo informações de mercado (publicadas no “site” do jornal Valor Econômico em 15/04/2013), seriam captados cerca de R\$ 800 milhões para aquisição de passagens da TAM LA . Esta prática de baixa retenção de recursos nos fluxos de caixa não se coaduna com a sistemática capitalização da empresa, uma vez que não houve expansão relevante no negócio, nem foram efetivados investimentos de monta que assim justificassem a necessidade financeira. Destarte, a nova IPO seria mais uma alienação disfarçada através da diluição de capital do controlador das ações.*

*A análise foi exposta no Valor Econômico identificando o conflito de interesses entre a TAM S.A. e a Multiplus quando esta faria a segunda IPO, isto porque não necessitava de recursos, pois detinha R\$ 1 bilhão em dezembro/2012 em Caixa, e não possuía dívidas.*

*Isto apenas fortaleceria financeiramente a TAM. A conclusão de mercado foi a de que o controlador tomou essa decisão, e não a de vender suas próprias ações, para evitar o pagamento do ganho de capital.*

*O claro sinal de mercado que foi espriado entre os investidores da Multiplus refletiu-se em sua cotação de mercado que se seguiu ao anúncio da IPO. A cotação da empresa em bolsa sucumbiu quase 50%, fazendo com que houvesse desistência futura da IPO.*

#### **DA DISTÂNCIA ENTRE O CAPITAL SUBSCRITO E O VALOR CAPITALIZADO (TRÊS MILHÕES DE VEZES)**

*O capital social inicial da Multiplus era de R\$ 500,00 para 500 ações.*

*Posteriormente, após o desdobramento das ações na proporção 1:236.040, temos o mesmo capital social de R\$ 500,00 para 118.020.000 ações ordinárias. Ou ainda, aproximadamente R\$ 4,24 para cada 1.000.000 de ações.*

*Por outro lado, após estudo de mercado, 39.430.000 ou 45.241.000 ações (no caso Ações Suplementares) foram oferecidas na IPO pelo valor de R\$ 16,00 para 1 ação.*

*Isto significa um valor de mais de 3 milhões de vezes o valor do capital nominal da ação. Como seria isto possível? Que atividade poderia pensar numa valorização tão astronômica? Como poderia o mercado se interessar por uma empresa com capital social tão insignificante?*

*Tal distorção é parte da seqüência de eventos para promover a venda de parte do controle do negócio de fidelidade pelo mercado de capitais.*

*Há que se observar que alguns planejamentos tributários abusivos são rejeitados pelo Fisco, dadas as distorções existentes, como, por exemplo, o pequeno lapso temporal na seqüência do planejamento - atos encadeados em datas e sem substância econômica. Aqui, um dos abusos evidentes da forma transparece na insignificância da integralização em face do Contrato Operacional (TAM LA - Multiplus) bilionário não registrado no ativo da Multiplus.*

*Somente este justifica o ingresso dos novos acionistas pelos valores aportados.*

#### **DA REDUÇÃO DE CAPITAL COMO CONCLUSÃO DA ALIENAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA**

*Em seguida à IPO, a fiscalizada descapitalizou-se. Assim constatado, a interpretação deve vir associada à falta de motivação da IPO e aos fatos societários que se sucederam. Isto porque se conectam quando implementados para a não apuração do ganho de capital. A oferta de IPO com transmissão de recursos para a TAM LA, está conjugada com a posterior redução de capital da Multiplus, empresa que não necessitava de capitalização inicial. A incongruência entre capitalizar-se e em seguida descapitalizar-se chamou atenção inclusive dos*

*especialistas de mercado, que justificaram-na tendo como causa o não recolhimento de ganho de capital.*

*Do valor captado líquido = valor da redução de capital*

*Aspecto que evidencia o começo e o final do enredo está na "curiosa" coincidência entre os valores líquidos captados do mercado e o valor da redução de capital.*

*Com a IPO foram captados cerca de 692,3 milhões de reais. Descontadas as despesas relacionadas com a venda, de R\$ 91,5 milhões, chega-se ao valor líquido de venda de R\$ 600,8 milhões.*

*Formalmente a redução de capital justificou-se, na Ata de Assembléia Geral Extraordinária realizada em 18/03/2011, que considerou "a redução do capital social da Companhia, atualmente considerado elevado, de R\$ 692.384.500,00 (seiscentos e noventa e dois milhões, trezentos e oitenta e quatro mil e quinhentos reais), para R\$ 92.370.820,00 (noventa e dois milhões, trezentos e setenta mil e oitocentos e vinte reais), com uma redução efetiva no valor de R\$ 600.013.680,00 (seiscentos milhões, treze mil e seiscentos e oitenta reais) e sua redução oferecerá perspectivas de otimização da estrutura de capital em favor do acionista". O capital social foi reduzido a 13,34% do anterior.*

*A redução do valor captado não é uma operação de mercado*

*Relatos de mercado veiculados na imprensa estranharam as operações de IPO e redução de capital encadeados pela Multiplus.*

*Nada mais significativo para a compreensão do real objetivo impetrado pela fiscalizada do que "ouvir" o que o mercado tem a dizer. Conforme notícia publicada no "site" do jornal Valor Econômico em 11/03/2011, causou espécie que a Mutiplus tenha aberto mão de cerca de 600 milhões de reais em caixa. Não é uma operação própria do mercado de capitais. Ela é rara e inusitada.*

*Do ganho de capital através da redução de capital*

*Também de acordo com este mesmo "site" de internet de informações empresariais do jornal Valor Econômico, entre especialistas de mercado opinou-se que há discrepância entre a vontade manifestada ao mercado de capitais e a efetiva intenção dos acionistas controladores (TAM S.A.) de fugir do efeito fiscal do ganho de capital.*

*Ora, por qual razão o capital social foi considerado elevado se no ano anterior a IPO teria sido feito para captar recursos para a Multiplus? Como detalhadamente informado e previsto das declarações da Multiplus presentes no prospecto, não havia necessidade de captação de recursos pela IPO. Este fato evidenciava-se no momento de descapitalização pela redução de capital.*

*Em verdade, a IPO e sua subsequente redução de capital representam apenas uma vontade premeditada. O que se quis desde o início foi alienar cerca de 27% das ações da Multiplus pela TAM S.A.. Esta vontade fica clara quando se analisa o enredo do início ao fim, não apenas seus atos de maneira isolada. Não apenas a seqüência dos atos, mas também as vontades apresentadas para justificá-los. Estas vontades distanciam o informado do pretendido e foram interpretadas de maneira clara nas suas entrelinhas pelo mercado aberto.*

*Neste ciclo entre a IPO e a redução de capital, a investidora que detinha apenas R\$ 500,00 de participação, recebeu R\$ 439.034.381,40 na redução de capital. Concluindo-se que a IPO não se serviu ao propósito informado no prospecto, mas tão-somente para adiantamento de recursos para a TAM LA e para futura realização do ganho de capital quando da redução de capital, concretiza-se a intenção anteriormente mascarada. De forma sub-reptícia a investidora TAM S.A. alienou parcela das ações da Multiplus sem o correspondente recolhimento do ganho de capital. Ao final das operações mantém-se no controle societário e obtém os recursos da alienação das ações.*

*A IPO serviu não para captar recursos com novos acionistas, mas para vender as novas ações emitidas. Como capítulo final, a vontade real de alienação da participação societária da investidora TAM S.A. foi perpetrada na redução de capital da Multiplus.*

*Dai emerge a conclusão de que todo o procedimento implementado objetivou não recolher o ganho de capital pela investidora quando alienou parte do negócio de fidelização aos novos acionistas pelo mercado de capitais.*

#### *DA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL*

*A TAM S.A. foi intimada a informar como foi contabilizado o valor recebido decorrente da restituição de capital. Também foi instada a justificar a falta de tributação dos recebimentos da redução de capital.*

*Informou que o tratamento fiscal dado ao investimento foi a aplicação da equivalência patrimonial.*

*Com efeito, quando ocorreu o ágio na integralização de capital pelos novos acionistas, o artigo 428 do RIR/99 estabelece que não será computado na determinação do lucro real o acréscimo do valor do patrimônio líquido de investimento decorrente de ganho de capital por variação na percentagem de participação no capital social da controlada. Aplica-se para investimentos avaliados pela equivalência patrimonial.*

*Este dispositivo difere a tributação do investimento na aplicação de capital quando há aumento do investimento. Em verdade difere a tributação do investimento para quando este seja realizado. Esta a sua aplicação, qual seja, postergar o ganho de capital no investimento de acordo com a sua realização.*

*O investimento avaliado pela equivalência patrimonial tem por princípio a variação do investimento na investidora de acordo com a avaliação do patrimônio líquido da investida.*

*Nesta sistemática de avaliação do investimento, conforme varia o PL da investida por prejuízo ou lucro, há reflexo na investidora. Portanto os ajustes no investimento pela investidora refletem apenas a conta gráfica do PL da investida.*

*Sendo assim, para o investidor há variação no investimento proporcional à variação do PL do investido. Neste sentido, quando da alienação do investimento toma-se possível receber mais ou menos do que o valor aplicado; seja porque há lucros ainda não recebidos, prejuízos não cobertos ou mesmo alienação por valor superior ou inferior ao investimento inicial.*

*Considerando esta técnica contábil, quando há distribuição de lucro da investida deverá ser diminuído o investimento porque parte do investimento foi realizado. Esta realização do lucro não sofre tributação na investidora em decorrência da diminuição do investimento, pois afetou o lucro real da investida.*

*A justificativa para o tratamento das variações de investimento não serem tributadas na apuração do lucro real está na anterior tributação dos resultados na investida.*

*Dentro desta sistemática contábil fica claro que a fiscalizada diferiu a tributação do ganho decorrente do ágio na subscrição de capital, nos termos do artigo 428 do RIR/99, para em seguida realizar o investimento através da redução de capital.*

*Daí que as duas operações (IPO + redução de capital) significaram para a investidora TAM S.A. a realização do ganho de capital no investimento. Neste caso, o método da equivalência patrimonial é descabido, eis que a mais valia do investimento não teve suporte no resultado positivo apurado pela investida. Realizou-se o investimento através da redução de capital na forma sub-reptícia antes elucidada.*

*As operações societárias detalhadamente descritas acima tiveram como vontade única a alienação da participação societária. Neste ponto o tratamento fiscal cabível é a apuração do ganho de capital pelo custo de aquisição. Revestiu-se da aparência de integralização de capital seguida de redução de capital, com todas as incoerências apontadas entre ambas, mas na sua essência tratou-se de venda de participação societária, sobre a qual será apurado o ganho de capital.*

#### *DA QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO*

*A evasão tributária perpetrada pela TAM S.A. foi idealizada antes da constituição da Multiplus. Desde a decisão estratégica da TAM S.A. de segregar o negócio de fidelização de clientes da TAM, os passos que se seguiram foram realizados no sentido de perpetrar a infração tributária.*

*O caso em apreço indica que houve simulação pela TAM S.A. na alienação da participação societária. Para evadir-se do Fisco, engendrou uma IPO para captar investidores e em seguida*

*reduzir o capital da Multiplus. Ainda que formalmente tenham ocorrido as duas operações societárias, com as vestes de veracidade formal, em realidade visou camuflar a tributação do ganho de capital. A auditoria aplica interpretação teleológica para evitar a fraude à lei.*

*Os fatos, minuciosamente relatados, caracterizam a figura da sonegação fiscal. A TAM S.A. tinha conhecimento dos valores dos tributos devidos na apuração do ganho de capital, mas preferiu agir de maneira evasiva, caracterizando o intuito de fraude e justificando a aplicação da multa qualificada. A conduta deliberada e sistemática destes atos demonstra a presença do dolo, no sentido de ter a consciência e querer a conduta de sonegação ou fraude descritas nos artigos 71 e 72 da Lei nº 4.502/64, justificando a aplicação da multa qualificada de 150%, nos termos do artigo 44, inciso I e § 1º, da Lei nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/2007.*

#### *DOS LANÇAMENTOS*

*Considerando que, após o pagamento aos acionistas, em 18/03/2011, o capital social da Multiplus ficou reduzido a 13,34% do anterior, entende-se que foi alienado 86,66% (100% - 13,34%) do investimento inicial (R\$ 500,00).*

*Conforme Autos de Infração, a base de cálculo tributável (ganho de capital de R\$ 439.033.948,10) resultou da diferença entre o valor recebido pela TAM S.A. (R\$ 439.034.381,40 e a parcela de 86,66% do custo do investimento (R\$ 433,30 = 86,66% \* R\$ R\$ 500,00).*

*Em face do acima exposto, foram efetuados os seguintes lançamentos, relativos ao ano-calendário de 2011:*

*Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ)*

*94.603.141,90 Imposto*

*141.904.721,85 Multa proporcional (150%)*

*15.325.708,99 Juros de mora (cálculo até 01/2014)*

*Crédito Tributário (em reais) 251.833.572,74 TOTAL*

*Contribuição Social sobre o Lucro (CSLL)*

*33.242.988,12 Contribuição*

*49.864.482,18 Multa proporcional*

*5.385.364,08 Juros de mora (cálculo até 01/2014)*

*Crédito Tributário (em reais) 88.492.834,38 TOTAL*

*...*

*Obs:*

- Houve compensação com prejuízo fiscal (IRPJ) e base negativa (CSLL) do período e de períodos anteriores;
- Fundamento legal constante dos respectivos Autos de Infração.

#### DA IMPUGNAÇÃO

Cientificada dos lançamentos em 13/01/2014 (fl. 540), a contribuinte, por meio de seus advogados, regularmente constituídos, apresentou, em 12/02/2014, a impugnação de fls. 542/604, alegando, em síntese, o seguinte:

#### DOS FATOS

##### Do sumário do Auto de Infração

A presente autuação consubstancia a exigência do IRPJ e da CSLL, cumulados com juros de mora e multa de ofício qualificada, no percentual de 150%, sobre o suposto ganho de capital auferido pela impugnante quando do recebimento de valores, a título de restituição de capital, em razão de redução do capital social da empresa controlada Multiplus S.A., realizada em março de 2011.

Como será demonstrado ao longo da presente defesa, o aumento do valor do investimento da impugnante na Multiplus foi registrado em razão dos recursos aportados por terceiros no contexto da IPO, tendo sido contabilizado por meio do resultado de equivalência patrimonial, o qual não é tributável nos termos do artigo 428 do RIR/99.

Em contrapartida, quando do recebimento dos valores provenientes da Multiplus, a título de restituição de capital, também não foi apurado qualquer ganho de capital, uma vez que tais valores corresponderam apenas à restituição de parte do capital social da empresa, em benefício de todos os seus acionistas, mantendo-se inalterados os percentuais de participação societária.

Cumprir destacar que a impugnante (TAM S.A.) é controladora da TAM Linhas Aéreas S.A. (TAM LA) e da Multiplus, conforme indica o quadro societário do grupo econômico da impugnante no momento imediatamente anterior à IPO (pág. 127 do prospecto da IPO da Multiplus).

##### Do sumário do Auto de Infração

A presente autuação consubstancia a exigência do IRPJ e da CSLL, cumulados com juros de mora e multa de ofício qualificada, no percentual de 150%, sobre o suposto ganho de capital auferido pela impugnante quando do recebimento de valores, a título de restituição de capital, em razão de redução do capital social da empresa controlada Multiplus S.A., realizada em março de 2011.

Como será demonstrado ao longo da presente defesa, o aumento do valor do investimento da impugnante na Multiplus foi registrado em razão dos recursos aportados por terceiros no

*contexto da IPO, tendo sido contabilizado por meio do resultado de equivalência patrimonial, o qual não é tributável nos termos do artigo 428 do RIR/99.*

*Em contrapartida, quando do recebimento dos valores provenientes da Multiplus, a título de restituição de capital, também não foi apurado qualquer ganho de capital, uma vez que tais valores corresponderam apenas à restituição de parte do capital social da empresa, em benefício de todos os seus acionistas, mantendo-se inalterados os percentuais de participação societária.*

*Cumprе destacar que a impugnante (TAM S.A.) é controladora da TAM Linhas Aéreas S.A. (TAM LA) e da Multiplus, conforme indica o quadro societário do grupo econômico da impugnante no momento imediatamente anterior à IPO (pág. 127 do prospecto da IPO da Multiplus).*

*Da breve síntese dos fatos discutidos no Auto de Infração Em 1993, a TAM LA criou seu programa de fidelização de clientes: o Programa TAM Fidelidade. Contudo, em decorrência de resultados crescentes, a partir de 2008, a impugnante deu início a reestruturação societária, a fim de segregar e transferir a gestão do negócio de fidelização de clientes à outra empresa, com o objetivo de conferir maior racionalização nas estruturas operacional, administrativa e financeira, bem como obter maior eficiência, rentabilidade e independência.*

*Nesse contexto, ocorreu a criação da Multiplus, que tem por objeto social o desenvolvimento e o gerenciamento de programas de fidelização de clientes, incluindo a venda de pontos da rede Multiplus para os parceiros comerciais e a gestão dos programas de fidelização desses parceiros, incluindo o Programa TAM Fidelidade.*

*Explicita-se a seguir o histórico dos principais eventos ocorridos desde a criação da Multiplus até a realização da IPO e a posterior redução de capital.*

#### *Formação da Multiplus:*

- *28/10/2009 - A impugnante adquire a totalidade das ações da empresa Q.X.A.S.P.E. Empreendimentos e Participações S.A., cuja denominação social foi alterada para Multiplus e cujo objeto social foi alterado para compreender as atividades de desenvolvimento e gerenciamento de programas de fidelização de clientes.*
- *10/12/2009 - Aprovação do aumento do capital social autorizado da Multiplus para R\$ 1.200.000.000,00 (doc. 05).*
- *10/12/2009 - Aprovação da abertura de capital da Multiplus e a realização da IPO. (doc. 06).*
- *10/12/2009 - Assinatura do (1) Contrato Operacional (doc. 07) e do (2) Contrato de Serviços Compartilhados (doc. 08),*

*ambos celebrados entre a TAM LA e a Multiplus, os quais prevêem as condições que passaram a reger o relacionamento entre as duas empresas a partir de 01/01/2010.*

- 01/01/2010 - A Multiplus assumiu a gestão exclusiva do Programa TAM Fidelidade, bem como iniciou suas atividades em relação aos 120 parceiros comerciais e seus 6,9 milhões de participantes.

- 15/01/2010 - Aprovação do desdobramento das ações da Multiplus, de modo que cada ação ordinária preexistente passou a ser representada por 236.040 ações (doc. 09). À época, o capital social da Multiplus era de R\$ 500,00, dividido em 118.020.000 ações ordinárias.

- 15/01/2010 - Assinatura do Compromisso de Adiantamento para Compra e Venda de Bilhetes Aéreos (doc. 10), celebrado entre a TAM LA e a Multiplus, no qual a Multiplus se comprometeu a entregar à TAM LA 94% dos recursos obtidos por meio da IPO a título de adiantamento de futuras aquisições de passagens aéreas.

- 03/02/2010 - Aprovação do aumento de capital social da Multiplus para R\$ 629.440.500,00, mediante a emissão de 39.340.000 novas ações ordinárias (doc. 11).

***Oferta Pública Inicial de Ações (IPO), expansão de atividades e redução de capital:***

- 04/02/2010 - Início da IPO da Multiplus, resultante da emissão de 39.340.000 novas ações ordinárias e do aporte de R\$ 629.440.000,00.

- 01/03/2010 - Aprovação pela Multiplus do lote suplementar de ações na IPO, mediante o aumento do capital social para R\$ 692.384.500,00, com a emissão de 3.934.000 novas ações ordinárias (doc. 12) . O lote suplementar de ações resultou no aporte de R\$ 62.944.000,00.

*Como resultado da IPO, a Multiplus captou R\$ 692.384.000,00 e a impugnante teve a sua participação societária reduzida de 100% para 73,17%. O custo líquido (despesas com assessores financeiros, assessores legais, bolsa de valores, taxas, comissões etc.) da IPO foi de aproximadamente R\$ 23.322.000,00 (doc. 13).*

*Com base no Compromisso de Adiantamento para Compra e Venda de Bilhetes Aéreos (doc. 10), celebrado entre a TAM LA e a Multiplus em 15/01/2010, a Multiplus adiantou à TAM LA após a IPO o montante aproximado de R\$ 604.764.000,00, o qual foi integralmente consumido (a TAM LA emitiu passagens aéreas a pedido da Multiplus) até o mês de junho de 2011.*

- 18/03/2011 - Aprovação pela maioria absoluta dos acionistas da Multiplus da redução do capital social, de R\$ 692.384.500,00 para R\$ 92.370.820,00, com uma redução efetiva de R\$ 600.013.680,00 (doc. 13). Portanto, todos os acionistas receberam, a título de restituição de capital, o equivalente a R\$ 3,72 por ação em moeda corrente nacional.

• 18/03/2011 - *Publicação de Fato Relevante (doc. 14), por meio do qual a Multiplus comunicou a seus acionistas e ao mercado em geral a redução do seu capital social, iniciando o prazo de 60 dias para oposição dos credores, nos termos do artigo 174 da Lei nº 6.404/76.*

• *Junho de 2011 - Recebimento pela impugnante do montante de R\$ 439.034.381,40, a título de restituição do capital. Aos acionistas minoritários foi pago o montante de R\$ 160.979.298,60 a título restituição de capital.*

*A impugnante apresentou o histórico acima para permitir que esta Delegacia de Julgamento, ao analisar os argumentos que serão apresentados a seguir, considere os fatos como ocorreram e não sob a ótica da autoridade fiscal, baseada em uma visão parcial de toda a operação aqui discutida.*

*Passa-se, então, a refutar os argumentos de acusação da fiscalização.*

#### *DA INEXISTÊNCIA DO GANHO DE CAPITAL*

*Da matéria preliminar: nulidade por ausência de motivação. Antes de adentrar ao mérito da discussão, importa destacar que a autoridade fiscal não apontou norma apta a justificar a desconsideração das transações realizadas e, mais especificamente, a validar a atribuição de infração à legislação fiscal, havendo, portanto, vício de motivação no Auto de Infração.*

*O que se percebe é que, diante da dificuldade em apontar qualquer infração aos dispositivos que regem a apuração do ganho de capital, a autoridade fiscal acaba por desconsiderar os atos validamente praticados, para atribuir uma interpretação própria aos fatos, sem apontar a norma violada.*

*Para atribuir legalidade ao ato de lançamento, ao final do Termo de Verificação Fiscal, são indicados como supostos fundamentos legais normas gerais sobre apuração do IRPJ e CSLL, do RIR/99, tais como o artigo 247 (que define o conceito de lucro real) e o artigo 418 (que define o que são ganhos e perdas de capital).*

*Ao furtar-se do dever legal de fundamentar as infrações apontadas, a autoridade lançadora incorreu em verdadeiro vício insanável.*

*O dever de motivar os atos administrativos (gênero no qual se inclui o ato de lançamento do crédito tributário) é tema incontroverso. Nesse sentido, observem-se, entre outros, o artigo 2º da Lei nº 9.784/99 e o artigo 10 do Decreto nº 70.235/72.*

*Há, portanto, nulidade do Auto de Infração, pois a autoridade fiscal não se desincumbiu do seu ônus processual de motivá-lo.*

*A ausência de indicação expressa do dispositivo violado, além de ser contrária à legislação vigente, prejudica o direito de defesa*

*dos contribuintes e a segurança jurídica, que deve pautar as relações jurídicas em um Estado de Direito.*

*Resta, assim, demonstrada a nulidade do Auto de Infração ora impugnado, por ausência de fundamentação legal e por estar fundamentado em alegações de caráter genérico.*

*Da correta compreensão das teorias sobre a validade dos atos jurídicos em face da finalidade e do propósito negociais*

*A discussão em torno da exigência de propósito negocial ou de substância econômica como requisito de validade das operações vem ganhando força há alguns anos, sendo objeto de intensos debates e discussões na esfera administrativa.*

*Pode-se dizer que esse cenário foi delineado pela prevalência histórica, inclusive na jurisprudência do antigo Conselho de Contribuintes, da doutrina, que, fundada no princípio da legalidade, impedia a desconsideração de negócios jurídicos lícitos, ainda que resultassem na redução da carga tributária em comparação com aquela que incidiria se houvesse outra estrutura negocial sido adotada.*

*Discutia-se, em diversas decisões, o conceito de "negócio jurídico indireto".*

*Segundo a visão tradicional das cortes administrativas, à luz do referido conceito, na medida em que não exista qualquer elemento que indique que as partes, por qualquer meio, se furtaram aos efeitos jurídicos dos negócios praticados, tendo obedecido todos os regimes legais a eles aplicáveis, uma reestruturação societária empreendida não pode ser questionada pela ausência de justificativa que não seja somente fiscal.*

*A teoria do "negócio jurídico indireto" é considerada válida por grande parte da doutrina e aplicadores do direito. A título de exemplo, a Conselheira Suzy Gomes Hoffman, membro da CSRF, afasta a exigência de motivação extra-tributária para preservação dos negócios jurídicos privados, conforme declaração de voto proferida no Acórdão 9101- 000.869, da 1ª Turma da CSRF, em sessão de 23/02/2011.*

*Naquela oportunidade, a Conselheira, embora acompanhando as conclusões do Relator, redigiu sua declaração de voto, a fim de fazer constar sua divergência quanto aos fundamentos que motivaram o cancelamento da autuação. Na declaração de voto, a Conselheira trata da possibilidade de realização de operações societárias unicamente calcadas no objetivo de alcançar economia tributária, desde que não reste distorcida a causa típica do negócio jurídico.*

*Como contraponto a essa visão, as autoridades fiscais, há longa data, vem procurando restringir o direito dos contribuintes de organizar as suas atividades, de forma lícita, a fim de reduzir suas respectivas cargas tributárias. Nesse sentido, buscaram amparo, inicialmente, na criação de uma suposta "norma geral antielisão", a partir da introdução da Lei Complementar nº 104/2001, que incluiu o § único ao artigo 116 do CTN (que dispõe que "A autoridade administrativa poderá desconsiderar*

*atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária”).*

*Referida norma, contudo, foi classificada como de eficácia limitada, requerendo a edição de lei ordinária que a regulamentasse, para que passasse a produzir efeitos.*

*Foi, então, publicada a Medida Provisória nº 66/2002, que, nos seus artigos 13 a 19, tratava das condições e limites para a "requalificação", para fins tributários, de negócios jurídicos lícitos. A reação do Congresso Nacional foi imediata e resultou na não conversão em lei dos artigos da MP nº 66/2002 que tratavam da matéria.*

*Nesse contexto, embora a questão da ineficácia da Lei Complementar nº 104/2001 seja hoje pacífica e não tenha havido a edição de novo normativo nos moldes da MP nº 66/2002, as autoridades fiscais vêm laborando arduamente para ver aplicados princípios assemelhados àqueles havidos nos citados artigos 13 a 19, independentemente de estarem ou não previstos no ordenamento jurídico tributário.*

*Atualmente, o que se verifica são inúmeros Autos de Infração e decisões inconstantes, calcadas em teorias distintas e sem uniformidade nos seus fundamentos jurídicos, levando a um cenário de forte insegurança.*

*Alargou-se, em alguns casos, o conceito de simulação, para nele abarcar todos e quaisquer negócios que pudessem "prejudicar" o Fisco. Além disso, criou-se a exigência do "propósito negocial" sem referência a dispositivo legal que fundamentasse tal requisito.*

*Tais "teorias" procuram estabelecer uma relação entre a validade das operações realizadas pelos contribuintes e o seu motivo ou finalidade. Nesse caso, mesmo sabendo-se que o custo tributário é notoriamente um dos maiores custos da atividade empresarial, essas "teorias" adotam, arbitrariamente, a posição no sentido de que o motivo (intenção) e a finalidade do negócio jurídico não podem ser predominantemente tributários, devendo haver um propósito outro que não a obtenção de economia tributária.*

*Tendo em vista que a questão está longe de ser pacífica e a jurisprudência ainda não logrou consolidar os requisitos para que determinado grupo de negócios jurídicos privados sejam considerados lícitos e efetivos também para fins tributários, as autuações calcadas na exigência de propósito negocial ou de substância econômica continuam freqüentes, em linha com o ocorrido no presente caso, em que a autoridade fiscal não cita o embasamento legal por ela adotado para desqualificar os atos e negócios jurídicos praticados pela impugnante.*

*Ainda que o intérprete entenda como legítima a exigência de propósito negocial - o que se suscita apenas para fins de raciocínio, já que essa exigência não pode ser estabelecida sem fundamento legal -, é necessária a análise crítica dos fatos e circunstâncias de cada caso, a fim de definir se a transação tem efetivamente motivação ou propósito negocial.*

*Nessa linha de raciocínio, até mesmo doutrinadores como Marco Aurélio Greco, um dos defensores de tal teoria, afirma textualmente que essa necessidade não pode levar a posturas arbitrárias e parciais por parte das autoridades fiscais.*

*Assumindo como sustentável a posição no sentido de se exigir o propósito negocial, não pode a autoridade fiscal enxergar o "tudo proibido" naquilo que vê, isto é, a condenação de todo e qualquer negócio jurídico que não implique a incidência da máxima carga tributária possível.*

*Em suma, a questão do propósito negocial (ou da exigência de motivação extratributária)*

*deve ser vista com cautela, sob pena de se partir do extremo da legalidade estrita para o oposto: a completa ausência de legalidade, aqui referida como garantia do contribuinte contra as arbitrariedades que fatalmente decorreriam da imposição de tributos sem limites previamente estabelecidos.*

*Ademais, ainda que fosse aplicável a exigência de propósito negocial como requisito de validade das operações que impliquem eventual economia de tributos, tal proposição não é aplicável ao caso da impugnante, já que as operações foram pautadas em legítimo propósito negocial e são revestidas de intenção extra-tributária, conforme será demonstrado nos tópicos a seguir.*

#### *Do contexto negocial da criação da Multiplus*

*Com a finalidade de sustentar a existência dos supostos valores devidos a título de ganho de capital, a autoridade fiscal alega que todas as operações envolvendo a Multiplus, desde a sua aquisição até a redução do respectivo capital social, teriam ocorrido em "pequeno lapso temporal" e "sem substância econômica".*

*Para tanto, a autoridade fiscal alega que (1) a Multiplus é uma empresa apenas formalmente nova, sendo verdadeira sucessora do Programa TAM Fidelidade e (2) a capitalização por meio da IPO da Multiplus era desnecessária e foi intencionalmente projetada pela impugnante para a alienação de parte de seu controle acionário.*

*Nada mais absurdo. Em primeiro lugar, não há base legal no ordenamento jurídico vigente para se questionar a validade de atos jurídicos a partir da suposta ausência de substância econômica e propósito negocial, tratando-se de construção que não encontra respaldo na legislação tributária vigente.*

*Ainda assim, no presente caso, encontram-se indubitavelmente presentes a finalidade negocial e, também, a perfeita*

*congruência das operações realizadas, pelo que não se pode admitir como válido o entendimento da autoridade fiscal.*

*A abertura de capital e a IPO da Multiplus foram resultado de uma iniciativa empresarial legítima da impugnante, que apostou em uma oportunidade de negócio diante de um modelo de negócio inédito no País e de um mercado aquecido.*

*Não obstante, tratando-se de uma operação no mercado de capitais, a impugnante não poderia prever seu sucesso, tendo alertado os investidores sobre este risco, inclusive, no Prospecto Definitivo da IPO.*

*Embora sob o controle comum da impugnante, as atividades da Multiplus são, e sempre foram, totalmente independentes dos negócios da TAM LA. Enquanto a TAM LA é uma companhia aérea, que opera vôos nacionais e internacionais de cargas e passageiros, a Multiplus é uma empresa que se ocupa unicamente da consolidação de programas de fidelização de clientes, seja da própria TAM LA, seja das outras centenas de parceiros comerciais, tais como bancos, postos de combustível e lojas.*

*Com o fito de viabilizar, desde o início, as atividades da Multiplus no contexto da reorganização societária ocorrida, a TAM LA e a Multiplus assinaram o Contrato Operacional (doc. 07) e o Contrato de Serviços Compartilhados (doc. 08), por meio dos quais, além de oferecer suporte de estrutura básica, a TAM LA cedeu a gestão do Programa TAM Fidelidade, tornando-se verdadeira empresa parceira da Multiplus.*

*As operações envolvendo a Multiplus seguiram a fórmula de negócio que já havia sido desenvolvido no exterior, especificamente, pela Aeroplan (programa de fidelização que nasceu junto à companhia aérea Air Canada).*

*Tanto o modelo de negócios desenvolvido pela Aeroplan e pela Multiplus foi um sucesso, que outras empresas do mercado iniciaram sua implementação, tais como a Gol Linhas Aéreas, concorrente da TAM LA, por meio do programa de milhagem "Smiles".*

*Após a Multiplus iniciar efetivamente suas atividades e pouco antes da realização da IPO, foi assinado com a TAM LA, em 15/01/2010, o Compromisso de Adiantamento para Compra e Venda de Bilhetes Aéreos, por meio do qual a Multiplus se comprometeu a entregar à TAM LA aproximadamente 94% dos recursos que fossem obtidos através da IPO.*

*Nesse contexto, a Multiplus anteciparia à TAM LA determinado montante para a aquisição de passagens aéreas para entrega aos seus clientes em futuros resgates. Esse negócio era interessante para a Multiplus, pois lhe permitia adquirir passagens aéreas em boas condições de mercado, bem como para a TAM LA, que tinha acesso a recursos com custos financeiros inferiores aos cobrados pelos bancos..*

*E assim aconteceu. Logo após a IPO, a Multiplus adiantou à TAM LA o montante aproximado de R\$ 604.764.000,00, o qual foi integralmente consumido (a TAM LA emitiu passagens aéreas a pedido da Multiplus) até o mês de junho de 2011.*

*Essa sistemática deu tão certo que dois meses depois, precisamente em 08/08/2011, a Multiplus e a TAM LA celebraram um novo Compromisso de Adiantamento para Compra e Venda de Bilhetes Áereos, no valor aproximado de R\$ 400.000.000,00, cujas passagens foram integralmente utilizadas em apenas 3 meses.*

*Em razão do fato de ser a primeira no mercado, bem como da visão e competência da sua administração, a Multiplus acabou se destacando como nenhuma outra rede de fidelização. Tanto é assim que, atualmente, possui em seu portfólio mais de 450 parceiros, que vão desde agências de viagens, hotéis, locadoras de veículos, postos de gasolina, livrarias, instituições financeiras etc.*

*Desde agosto de 2010, a Multiplus vem distribuindo periodicamente JCP e dividendos aos seus acionistas, sendo o montante total distribuído até o final de 2013 de aproximadamente R\$ 753 milhões.*

*Em 18/03/2011, foi publicado Fato Relevante por meio do qual a Multiplus comunicou a seus acionistas e ao mercado em geral a redução do seu capital social, iniciando o prazo de 60 dias para oposição dos credores, nos termos do artigo 174 da Lei nº 6.404/76.*

*Não tendo ocorrido qualquer oposição, em junho de 2011 a impugnante e os acionistas minoritários receberam, a título de restituição de capital, o equivalente a R\$ 3,72 por cada uma das ações detidas. Destaca-se, portanto, que a redução de capital foi realizada em benefício de todos os acionistas: a impugnante recebeu R\$ 439.034.381,40, de forma que os restantes R\$ 160.979.298,60 foram distribuídos aos acionistas minoritários, na proporção das ações por eles detidas.*

*Como é possível notar, a simples descrição dos fatos denota a impropriedade do trabalho realizado pela fiscalização, já que as alegações são acompanhadas de suposições, indícios, presunções, sem qualquer fundamentação legal que possa ensejar a atribuição de ilicitude aos atos praticados pela impugnante.*

*Da inexistência de incongruência entre os atos praticados e a intenção das partes*

*A autoridade fiscal inicia sua superficial análise sustentando que no presente caso existiria uma incongruência entre os atos praticados e a real intenção das partes, uma vez que as operações teriam sido realizadas pela impugnante com o único objetivo de evitar a tributação incidente sobre o suposto ganho de capital na alienação da sua participação societária detida na Multiplus.*

*Ao contrário do raciocínio confuso que a autoridade fiscal pretende construir, todas as operações realizadas pela impugnante tiveram causa e motivos alheios a qualquer motivação de economia fiscal.*

*A única e exclusiva intenção da impugnante foi de reestruturar seu grupo econômico e criar uma empresa focada em programas de fidelização de clientes, a qual permitiu a expansão do negócio para um mercado de coalizão, no qual programas individuais de fidelização, detidos por diferentes parceiros, incluindo a TAM LA. (Programa TAM Fidelidade) foram integrados.*

*A impugnante jamais teve a intenção de alienar sua participação societária na Multiplus. Ao contrário, a impugnante queria introduzir no mercado brasileiro um novo modelo de negócio de fidelização, com a coalizão de diversos programas, e a IPO foi uma oportunidade de capitalização.*

*Ao suportar o lançamento em jurisprudência que sequer é aplicável, a autoridade fiscal apenas demonstra sua confusão diante das operações realizadas e a precariedade do lançamento, que merece ser integralmente reformado.*

*Da materialidade das atividades desenvolvidas pela Multiplus*

*A autoridade fiscal relata que a aquisição da Multiplus pela impugnante teria decorrido de uma "premeditada seqüência" de fatos, a qual resultou em uma empresa apenas formalmente nova na medida em que teria supostamente dado continuidade às atividades outrora exercidas pela TAM LA.*

*Ocorre que a autoridade fiscal não compreendeu os fatos que permeiam a presente autuação, uma vez que a Multiplus não se prestou a dar continuidade ao Programa TAM Fidelidade, mas a tornar possível um projeto muito maior de criação de uma empresa para gerenciar o negócio de fidelização, do qual a TAM LA passou a ser cliente.*

*Nesse sentido, ao contrário da alegação da autoridade fiscal de que "há relacionamento quase exclusivo com a TAM, ainda que a negociação dos pontos do programa ocorra através da Multiplus a marca forte do mercado é Programa TAM Fidelidade", foi a rede Multiplus que cresceu e que se tornou conhecida. O Programa TAM Fidelidade, que veicula a possibilidade de aquisição e troca de pontos por passagens aéreas, é apenas um programa individual de fidelização, cuja conta é gerenciada pela Multiplus.*

*Nesse contexto, a cessão da gestão do Programa TAM Fidelidade, pela TAM LA à Multiplus, não representou nenhum tipo de "benesse comercial", mas, ao contrário, o Contrato Operacional prevê direitos e obrigações para ambas as partes.*

*Dessa forma, é absurda a afirmação da autoridade fiscal de que a Multiplus seria um "apêndice operacional" da TAM LA. A TAM LA é uma companhia aérea e a Multiplus atende, além da*

*TAM LA, centenas de clientes. No entanto, a TAM LA não depende da Multiplus para sobreviver, tampouco a Multiplus depende da TAM LA.*

*É preciso ficar claro que, embora a TAM LA e a Multiplus estejam sob o controle da impugnante, elas são empresas que exercem atividades completamente diferentes e seu controle e administração são totalmente independentes.*

*Da correta compreensão sobre o uso dos recursos da IPO*

*A autoridade fiscal alega que o adiantamento efetuado pela Multiplus em favor da TAM LA atestaria que a IPO se prestou unicamente a financiar as atividades da impugnante, que mantém o controle societário das referidas empresas.*

*Ocorre que o Compromisso de Adiantamento para Compra e Venda de Bilhetes Aéreos (doc. 10) foi firmado, exclusivamente, para atender aos resgates dos participantes da Multiplus que desejam converter e resgatar seus pontos em passagens aéreas da TAM LA.*

*Importante notar que o adiantamento pago à TAM LA não foi uma transferência de valores sem o pagamento de tributos, mas uma verdadeira compra e venda de passagens aéreas, que foi integralmente tributada conforme as receitas foram sendo registradas na TAM LA, ou seja, na medida em que os participantes da rede Multiplus trocavam seus pontos por passagens aéreas.*

*Nesse contexto, os valores captados na IPO foram integralmente utilizados pela Multiplus na consecução de suas atividades.*

*Ainda que exista, de fato, um déficit temporal entre a obtenção de receita e a geração de despesas, isso jamais quer dizer que a Multiplus "tem por política a manutenção de baixíssima retenção de caixa", conforme sugere a autoridade fiscal.*

*A verdade é que o modelo de negócios da Multiplus apresentou uma capacidade de gerar receitas muito maior do que se vislumbrava e ocorreu um verdadeiro acúmulo de caixa após a realização da IPO e da realização do adiantamento para a TAM LA.*

*Esse acúmulo de caixa (um "novo caixa"), gerado pelas operações próprias da Multiplus ocorridas após o adiantamento de recursos, permitiu a distribuição de dividendos, juros sobre capital próprio e o pagamento da redução de capital.*

*Dessa forma, é ilógico acusar a impugnante de ter alienado participação acionária da Multiplus, especialmente, quando os recursos da suposta venda não advêm da IPO desqualificado. Para que o raciocínio fiscal fosse minimamente lógico, ainda que fossem superadas todas as demais deficiências apontadas no trabalho da fiscalização, os recursos financeiros da IPO deveriam ter sido destinados à impugnante.*

*Cumprido esclarecer que os valores captados na IPO e o valor da redução de capital são apenas coincidentemente próximos, já*

*que dizem respeito a montantes de diferentes origens: o caixa obtido com a IPO foi antecipado à TAM LA no âmbito do Contrato Operacional e o caixa que foi objeto da redução de capital foi gerado a partir de atividades desenvolvidas pela própria Multiplus, em períodos completamente distintos.*

*Conforme se verá a seguir, a redução de capital aconteceu exatamente nesse contexto, no qual a Multiplus conseguiu repor e multiplicar em seu caixa o valor que havia sido objeto do adiantamento à TAM LA.*

*Da redução do capital social da Multiplus: inexistência de ganho de capital tributável*

*Os valores que foram entregues aos acionistas, em razão da redução do capital, não foram pagos com os recursos obtidos na IPO, mas com recursos gerados pela própria Multiplus no desenvolvimento de suas atividades.*

*A antecipação de 94% dos recursos captados na IPO da Multiplus à TAM LA não teve qualquer conexão com a redução do capital social ocorrida quase um ano e meio depois; tampouco se prestou a financiar eventuais atividades da TAM LA.*

*Conforme documentos contábeis da Multiplus (docs. 19 a 26), até a data da redução do capital social, os recursos captados na IPO foram multiplicados. Ou seja, é absurda a alegação da autoridade fiscal no sentido de que o dinheiro da IPO teria ingressado na Multiplus unicamente para ser descapitalizado. Ele não foi descapitalizado, mas multiplicado.*

*Ademais, à época da IPO, a impugnante não vislumbrava uma redução do capital social da Multiplus, uma vez que não havia caixa e justificativa para isso. Vale destacar, inclusive, que a impugnante não poderia prever se a IPO seria ou não um sucesso. Ocorre que, após a Multiplus gerar novas receitas e acumular muito dinheiro em seu caixa, cujos números cresciam a cada dia, fazia todo o sentido devolvê-los aos seus acionistas.*

*Indo mais além, como poderia a autoridade fiscal embasar uma suposta infração tributária em notícias veiculadas na mídia social? Como é sabido, em muitos casos as notícias são meras especulações que não guardam qualquer relação com o contexto negocial da empresa da qual se comenta, particularmente quando envolvem questões atinentes ao mercado financeiro.*

*O aumento do valor do investimento da impugnante na Multiplus em razão da IPO foi contabilizado por meio do resultado de equivalência patrimonial (ganho por variação no percentual da participação), o qual não foi tributado nos termos do artigo 428 do RIR/99.*

*Por outro lado, posteriormente, a redução do capital social da Multiplus não produziu quaisquer efeitos fiscais em relação à impugnante.*

*Diante de todo exposto, a atribuição de suposto ganho de capital é totalmente descabida, merecendo o presente Auto de Infração ser integralmente cancelado.*

*Das considerações acerca do Método da Equivalência Patrimonial*

*Conforme se depreende das páginas 17 e 18 do Termo de Verificação Fiscal, a autoridade fiscal tenta descaracterizar a utilização pela impugnante do Método de Equivalência Patrimonial ("MEP").*

*A impugnante avaliou seu investimento na Multiplus pelo MEP, por se tratar de sociedade controlada, conforme previsto nos artigos 21 do Decreto-lei nº 1.598/77 e 248 da Lei nº 6.404/76. Tais artigos definem que o valor da participação societária a ser avaliada com base no método de equivalência patrimonial é função de duas variáveis: o valor de patrimônio líquido e a porcentagem de participação.*

*Nesse contexto, como consequência da alteração no percentual de participação societária na Multiplus, em razão dos recursos aportados por terceiros no contexto da IPO, a impugnante sofreu um ajuste no valor do seu investimento. No entanto, nos termos do artigo 428 do RIR/99 (que dispõe que Não será computado na determinação do lucro real o acréscimo ou a diminuição do valor de patrimônio líquido de investimento, decorrente de ganho ou perda de capital por variação na porcentagem de participação do contribuinte no capital social da coligada ou controlada), esse aumento do valor do investimento não foi oferecido à tributação.*

*Na verdade, a impugnante somente irá apurar ganho de capital em relação à participação societária da Multiplus quando aliená-la. O que não aconteceu.*

*No que se refere à incidência da CSLL, vale notar que foi conferido o mesmo tratamento previsto no artigo 428 do RIR/99, uma vez que o artigo 2º da Lei nº 7.689/88 determina que sua base de cálculo deve corresponder ao resultado do exercício, ajustado pela exclusão do resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido. Este é o entendimento da Solução de Consulta nº 31/2001, emitida SRRF/10ª Região Fiscal.*

*Em contrapartida, quando do recebimento dos valores provenientes da Multiplus, na redução de capital, também não foi apurado qualquer ganho de capital, uma vez que tais valores corresponderam apenas à restituição de parte do capital social da empresa, em benefícios de todos os seus acionistas, mantendo-se inalteradas as participações societárias.*

*Alegações da fiscalização:*

- *Ausência de propósito comercial e substância econômica no suposto planejamento fiscal fraudulento envolvendo a Multiplus.*

*Argumentos da impugnante:*

• *A autoridade fiscal faz uso de uma série de alegações retóricas, sem fazer referência a dispositivo legal que lhe desse competência para desqualificar os atos e negócios jurídicos praticados, implicando a nulidade da autuação por ausência de motivação.*

• *A abertura de capital e a IPO da Multiplus foram resultado de uma decisão empresarial da impugnante diante de um modelo de negócio inédito no País e de um mercado aquecido.*

• *Todas as operações realizadas pela impugnante tiveram causa e motivos alheios a qualquer finalidade fiscal* • *Todas as operações realizadas cumpriram os requisitos legais, inclusive, a IPO foi submetida ao rigoroso controle da CVM.*

*Alegações da fiscalização:*

• *Incongruência entre os atos praticados e a intenção das partes.*

*Argumentos da impugnante:*

• *O objetivo da impugnante na reestruturação societária foi de segregar e transferir a gestão do negócio de fidelização de clientes a outra empresa, com o propósito de conferir maior racionalização nas estruturas operacional, administrativa e financeira, bem como obter maior eficiência, rentabilidade e independência.*

• *Todas as operações guardam um nexo lógico entre si.*

*Alegações da fiscalização:*

• *A Multiplus seria "apêndice operacional" da TAM LA, sendo sucessora do Programa TAM Fidelidade.*

*Argumentos da impugnante:*

• *A Multiplus foi pioneira em seu segmento no mercado brasileiro.*

• *A criação da Multiplus e a atribuição da gestão do Programa TAM Fidelidade decorreram de uma decisão empresarial da impugnante de segregar um intangível da TAM LA e a IPO foi a forma escolhida para identificar o valor desse ativo.*

• *As operações envolvendo a Multiplus seguiram a fórmula de negócio que já havia sido desenvolvido no exterior, especificamente, pela Aeroplan (programa de fidelização que nasceu junto à companhia aérea Air Canada).*

• *A TAM LA tornou-se cliente da Multiplus, assim como toda as outras 450 empresas parceiras.*

• *As atividades da Multiplus restringem-se tão somente à gestão e administração dos pontos que as empresas parceiras oferecem*

*aos seus clientes, inclusive a própria TAM LA por meio do Programa TAM Fidelidade.*

*Alegações da fiscalização:*

- *Desnecessidade de capitalização da Multiplus por meio da IPO, cujo único objetivo teria sido de adiantar recursos à TAM LA.*

*Argumentos da impugnante:*

- *A IPO foi o marco de mudança para as atividades da Multiplus*
- *Não obstante, tratando-se de uma operação no mercado de capitais, a impugnante não poderia prever seu sucesso, tendo alertado os investidores sobre este risco, inclusive, no Prospecto Definitivo da IPO.*

- *Sendo a IPO uma operação no mercado de capitais, os investidores não foram partes relacionadas da TAM LA.*

- *Logo após sua realização, a Multiplus comunicou ao mercado a contratação de novas parcerias com grandes empresas de diferentes segmentos do mercado.*

- *A IPO foi essencial para a expansão das atividades da Multiplus, que atualmente possui em seu portfólio mais de 450 empresas parceiras e 10 milhões de participantes.*

- *O Compromisso de Adiantamento para Compra e Venda de Bilhetes Aéreos, datado de 15/01/2010, foi firmado entre a TAM LA e a Multiplus com o único objetivo de atender aos participantes da rede Multiplus que desejam converter e resgatar seus pontos em passagens aéreas.*

- *O adiantamento efetuado à TAM LA era interessante para a Multiplus, pois lhe permitiu adquirir passagens aéreas em boas condições de mercado, bem como para a TAM LA, que tinha acesso a recursos com custos financeiros inferiores.*

- *Diante das intensas operações e troca de pontos, os valores adiantados à TAM LA foram integralmente consumidos até o mês de junho de 2011.*

- *Desde agosto de 2010, a Multiplus vem distribuindo periodicamente JCP e dividendos aos seus acionistas, sendo o montante total distribuído até o final de 2013 de aproximadamente R\$ 753 milhões.*

*Alegações da fiscalização:*

- *A IPO e a posterior redução de capital representariam uma forma indireta de alienação da participação societária detida pela impugnante na Multiplus, a qual deveria estar sujeita à tributação do respectivo ganho de capital.*

*Argumentos da impugnante:*

- *À época da IPO, a impugnante não vislumbrava uma redução do capital social da Multiplus, uma vez que não havia caixa e*

*justificativa para isso e sequer era possível prever se seria um sucesso.*

- *A Multiplus apresentou uma capacidade lucrativa muito maior do que se imaginava e, após gerar receitas novas e acumular muito dinheiro em seu caixa, fazia todo sentido devolvê-los aos seus acionistas.*
- *Não obstante este fato tenha sido ignorado pela autoridade fiscal, todos os acionistas da Multiplus (a impugnante e, inclusive, os acionistas minoritários) foram beneficiados pela redução de capital.*
- *Os valores entregues aos acionistas não foram pagos com os recursos obtidos na IPO, mas com recursos gerados pela própria Multiplus no desenvolvimento de suas atividades.*
- *Os recursos gerados na IPO foram entregues à TAM LA e, ainda assim, as operações da Multiplus ocorridas a partir dessa data geraram um novo caixa, que foi usado no pagamento da redução de capital.*
- *É ilógico acusar a impugnante de ter vendido a Multiplus, especialmente, quando os recursos da suposta venda não advêm da IPO desqualificada.*
- *Os valores captados na IPO e o valor da redução do capital social da Multiplus são apenas coincidentemente próximos.*
- *O aumento do valor do investimento da impugnante na Multiplus em razão da IPO foi contabilizado por meio do resultado de equivalência patrimonial, o qual não foi tributado nos termos do artigo 428 do RIR/99.*
- *A restituição do capital social da Multiplus não é hipótese de alienação, não havendo que se falar em ganho de capital sujeito à tributação.*

#### *DO EXCESSO NA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO*

*Do não cabimento da multa agravada: falta de comprovação da suposta intenção de fraude por parte da impugnante*

*Como detalhadamente exposto na presente defesa, a reorganização societária do grupo econômico da impugnante, com a criação da Multiplus e todos os atos subsequentes, tais como a IPO e a redução do respectivo capital social, foram resultantes de uma decisão amadurecida por parte da impugnante, o que revela a inexistência, em absoluto, de qualquer intenção de simulação ou fraude para se esquivar do pagamento do ganho de capital.*

*A evidenciação da consciência da ilicitude, isto é, a demonstração do evidente intuito de fraudar, é essencial para qualificar a conduta infracional e, desta forma, justificar a*

*imposição de multa agravada, por se tratar de uma reprimenda severa, aplicável a situações extremas e, portanto, excepcionais.*

*Ao contrário do alegado pela autoridade fiscal, nenhum dos atos praticados pela impugnante objetivaram deixar de recolher tributos ou envolveram qualquer tipo de planejamento tributário ilegal.*

*Conforme exposto, quando da aquisição da Multiplus ou, até mesmo, quando da IPO, a impugnante sequer planejou a redução do capital social da Multiplus. A referida redução foi fruto, único e exclusivo, do contexto em que a própria Multiplus vivia no desenvolvimento de suas atividades: geração vultosa de receitas e caixa inflado.*

*Importante se ter em mente que os recursos utilizados para o pagamento aos acionistas em razão da redução do capital social não foram os recursos captados por meio da IPO. Nesse Ínterim, além da expressiva geração de receitas pela Multiplus, vale lembrar que os recursos captados por meio da IPO foram utilizados como adiantamentos à TAM LA nos dias que a sucederam.*

*Dessa forma, é indubitável o excesso cometido na capitulação da multa de lançamento de ofício em sua modalidade agravada, nos termos o artigo 44, inciso II da Lei nº 9.430/96, a qual somente pode ser aplicada em casos de "evidente intuito de fraude", o que não ocorreu no caso aqui discutido.*

*Assim, resta demonstrado que, ainda que a presente autuação pudesse ser considerada procedente, a multa de 150% aplicada pela autoridade lançadora não se subsume aos fatos descritos no presente processo, devendo ser reduzida para 75%.*

#### *Da Ilegalidade da incidência de juros SELIC sobre a multa de ofício*

*Muito embora a incidência de juros SELIC não seja objeto de discussão nesse momento do processo administrativo, a RFB tem calculado juros SELIC sobre a multa de ofício quando o lançamento é mantido e é feito o recálculo do valor autuado.*

*Por esta razão, a impugnante esclarece que, nos termos do que estabelece o artigo 61 da Lei nº 9.430/96, somente são admitidos os acréscimos moratórios referentes aos débitos decorrentes de tributos e contribuições, mas não sobre as penalidades pecuniárias.*

*Assim, na remota hipótese do Auto de Infração não ser cancelado, não poderão incidir juros SELIC sobre a multa de ofício na cobrança do crédito tributário.*

#### *DO PEDIDO*

*Diante de tudo o quanto aqui exposto, requer a impugnante o integral cancelamento das exigências consubstanciadas nos Autos de Infração.*

*Por cautela, em que pese a juntada da documentação anexa, protesta a impugnante pela juntada posterior de quaisquer*

*documentos adicionais que possam comprovar tudo o quanto foi alegado na presente impugnação e também pela sustentação oral de suas razões de defesa em sede recursal.*

*DA LISTA DE DOCUMENTOS*

*A impugnante apresenta, às fls. 603/604, a lista de documentos juntados, por ela, aos autos.*

A 5ª Turma da DRJ/São Paulo/SP julgou improcedente a impugnação, conforme decisão proferida no mencionado Acórdão nº **16-61.234**, de 09 de setembro de 2014, (e-fls.1.170/1.202), assim ementado:

*ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ*

*Ano-calendário: 2011*

*GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO DE INVESTIMENTOS. TRIBUTAÇÃO.*

*O ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento será determinado com base no valor contábil.*

*MULTA QUALIFICADA. SONEGAÇÃO/FRAUDE.*

*A conduta deliberada e sistemática dos atos praticados demonstra a presença do dolo, no sentido de ter a consciência e querer a conduta de sonegação/fraude, justificando a aplicação da multa qualificada de 150%.*

*CSLL. DECORRÊNCIA.*

*O decidido quanto ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica aplica-se à tributação decorrente dos mesmos fatos e elementos de prova.*

O contribuinte cientificado, por meio eletrônico, da mencionada decisão em 19/11/2014, conforme o Despacho (e-fl.1.208), interpôs o Recurso Voluntário (e-fls.1210/1294) ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais CARF, protocolizado em 20/01/2015.

**O Recorrente alega preliminarmente a tempestividade do seu recurso.**

Afirma que somente tomou ciência *espontânea* da decisão proferida pela 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo, em 12 de janeiro de 2015, e, não, conforme informação constante dos autos, de que teria sido realizada em 19/11/2014, por via eletrônica. Isso porque, no seu entender, *deveria ter sido intimada por via postal.*

Argúi que:

- Como estabelece o art.23 do Decreto nº 70.235/72, as intimações podem ser efetuadas de três formas, quais sejam: (i) pessoalmente; (ii) por via postal com aviso de

recebimento; ou (iii) por meio eletrônico, encaminhadas ao domicílio tributário do contribuinte. A intimação eletrônica está sujeita a algumas condições e formalidades.

- O parágrafo 4º do referido artigo 23 estabelece que o domicílio tributário do contribuinte é aquele eleito por ele ou o endereço eletrônico que lhe for atribuído pela Administração Tributária, desde que autorizado como transcreve.

- cabe ao contribuinte eleger o domicílio para o recebimento de intimação, visando atender à finalidade da intimação, sendo que à RFB cabe informar previamente as normas e condições de utilização e manutenção do endereço eletrônico. É que, dentre essas normas está a obrigação da RFB, nos termos do art. 1º, § 3º, da Portaria SRF 259/2006, de enviar comunicação expressa aos contribuintes, informando-os sobre processos nos quais os atos serão praticados de forma eletrônica.

- que, no caso concreto, a Recorrente aderiu ao DTE em 28/11/2013. Porém, o fato de ter aderido ao DTE não significa dizer que a Recorrente passaria a ser automaticamente intimada por essa via digital neste processo. Isso porque, para que seja permitido o envio de comunicação eletrônica pela via do DTE, devem ser observados três requisitos adicionais, quais sejam:

(i) expresso consentimento do sujeito passivo, conforme disposto no §5º do artigo 23 do Decreto-Lei 70.235/72;

(ii) expressa informação, pela Administração Tributária, das normas e condições para manutenção do endereço eletrônico, também conforme § 5º do art. 23 do Decreto 70.235/72; e

(iii) comunicação expressa da Receita Federal informando aos contribuintes os processos nos quais os atos serão praticados de forma eletrônica, conforme disposto na Portaria SRF 259/2006.

- Particularmente em relação a esse terceiro requisito, transcreve o art. 1º, §3º da Portaria SRF 259/2006:

Art. 1º O encaminhamento, de forma eletrônica, de atos e termos processuais pelo sujeito passivo ou pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) será realizado conforme o disposto nesta Portaria.

(...)

§3º Para efeito do disposto no caput, a RFB informará ao sujeito passivo o processo no qual será permitida a prática de atos de forma eletrônica.

§ 5º O endereço eletrônico de que trata este artigo somente será implementado com expresso consentimento do sujeito passivo, e a administração tributária informá-lo-á as normas e condições de sua utilização e manutenção.

- Não houve, no caso dos autos, o cumprimento desses requisitos, o que viola as normas em questão e também o art. 100 do CTN. A simples adesão ao DTE é insuficiente para fixar a regra de intimações em determinado processo. Funciona como uma norma de eficácia limitada, que necessita de regulamentação específica para aplicação.

- *Tanto é verdade que a simples adesão ao DTE não é suficiente para fixar a regra de intimação em processo administrativo, que a própria RFB, no caso específico dos autos, intimou a Recorrente por via postal da lavratura do Auto de Infração, posteriormente à adesão ao DTE.*

- *Com efeito, se a intimação da lavratura do auto de infração ocorreu por via postal, jamais a Receita Federal do Brasil poderia alterar esse procedimento e pretender que as comunicações nestes autos passassem a ser automaticamente pela via eletrônica. Tal atitude viola sobremaneira o princípio da segurança jurídica.*

A seu favor a Recorrente cita doutrina e o Acórdão nº 1101-001.077- 1ª Câmara/1ª Turma Ordinária, sessão de 07 de abril de 2014.

Finalmente requer a nulidade da intimação da Recorrente, feita pelo DTE em 19/11/2014, quanto ao v. acórdão recorrido, porque entende haver tomado ciência espontânea da intimação apenas em 12/01/2015, reconhecendo-se, portanto, a tempestividade do presente recurso com protocolo nesta data.

As razões de mérito aduzidas na peça recursal são, no essencial, as mesmas apresentadas na manifestação de inconformidade, acima relatadas, portanto, desnecessário repeti-las.

É o relatório.

## Voto

Conselheira Ester Marques Lins de Sousa - Relatora

Trata-se de recurso voluntário interposto pelo contribuinte que se opõe ao Acórdão nº 16-61.234, de 09 de setembro de 2014, (e-fls.1.170/1.202), proferido pela 5ª Turma da DRJ/São Paulo/SP.

Inicialmente faz-se mister analisar e decidir sobre a tempestividade argüida pela Recorrente, que entende ser nula a sua intimação **feita pelo Domicílio Tributário Eletrônico ( DTE) em 19/11/2014.**

*Afirma que tomou ciência espontânea da decisão proferida pela 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo, em 12 de janeiro de 2015, e, não, conforme informação constante dos autos, de que teria sido realizada em 19/11/2014. Isso porque a Recorrente, deveria ter recebido a **intimação do acórdão recorrido**, em vez do DTE, **deveria ter sido intimada por via postal**, ou seja, pela mesma via em que recebeu o auto de infração. Assim, *jamais a Receita Federal do Brasil poderia alterar esse procedimento e pretender que as comunicações nestes autos passassem a ser pela via eletrônica.**

O art.23 do Decreto nº 70.235 de 1972, assim dispõe sobre a forma de efetuar as intimações ao sujeito passivo das obrigações tributárias.

*Art. 23. Far-se-á a intimação:*

*I -pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada*

*com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar;(Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)(Produção de efeito)*

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

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

*a) envio ao domicílio tributário do sujeito passivo; ou(Incluída pela Lei nº 11.196, de 2005)*

*b) registro em meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo.(Incluída pela Lei nº 11.196, de 2005)*

*§ 1º Quando resultar improficuo um dos meios previstos no caput deste artigo ou quando o sujeito passivo tiver sua inscrição declarada inapta perante o cadastro fiscal, a intimação poderá ser feita por **edital** publicado:(Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)*

*(...)*

***§ 2º Considera-se feita a intimação:***

*I - na data da ciência do intimado ou da declaração de quem fizer a intimação, se pessoal;*

*II - no caso do inciso II do caput deste artigo, na data do recebimento ou, se omitida, quinze dias após a data da expedição da intimação;(Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)(Produção de efeito)*

***III - se por meio eletrônico:(Redação dada pela Lei nº 12.844, de 2013)***

***a) 15 (quinze) dias contados da data registrada no comprovante de entrega no domicílio tributário do sujeito passivo;(Redação dada pela Lei nº 12.844, de 2013)***

***b) na data em que o sujeito passivo efetuar consulta no endereço eletrônico a ele atribuído pela administração tributária, se ocorrida antes do prazo previsto na alínea a; ou(Redação dada pela Lei nº 12.844, de 2013)***

***c) na data registrada no meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo;(Incluída pela Lei nº 12.844, de 2013)***

*IV - 15 (quinze) dias após a publicação do edital, se este for o meio utilizado.(Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)*

**§ 3º Os meios de intimação previstos nos incisos do caput deste artigo não estão sujeitos a ordem de preferência. (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)**

**§ 4º Para fins de intimação, considera-se domicílio tributário do sujeito passivo: (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)**

*I - o endereço postal por ele fornecido, para fins cadastrais, à administração tributária; e (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)*

*II - o endereço eletrônico a ele atribuído pela administração tributária, desde que autorizado pelo sujeito passivo. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)*

**§ 5º O endereço eletrônico de que trata este artigo somente será implementado com expresso consentimento do sujeito passivo, e a administração tributária informar-lhe-á as normas e condições de sua utilização e manutenção. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)**

**§ 6º As alterações efetuadas por este artigo serão disciplinadas em ato da administração tributária. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)**

Não verifico qualquer plausibilidade/legalidade nessa alegação da Recorrente de que o fato de o sujeito passivo receber o **auto de infração** por via postal, a **intimação da decisão de 1ª instância**, obrigatoriamente, também tenha que ser realizada por essa mesma via (postal). Conforme o art.23 (caput), a intimação poderá ser feita pessoalmente, por via postal, telegráfica ou por outro meio, como no presente caso, o meio eletrônico com prova de recebimento, e, o § 2º prescreve qual o momento em que se considera feita a intimação.

Com efeito, o § 3º do predito artigo 23, literalmente prescreve que "*Os meios de intimação previstos nos incisos do caput deste artigo não estão sujeitos a ordem de preferência.*"

Nessa esteira, resta afastada a pretensão da Recorrente, pois, válida a intimação da decisão de 1ª instância por meio eletrônico, ainda que a intimação do auto de infração tenha sido realizada pela via postal.

De acordo com as regras estabelecidas pelo Decreto 70.235/72, art.23, § 2º, inciso III, com a opção pelo Domicilio Tributário Eletrônico (DTE), o contribuinte será considerado intimado 15 dias após o registro da comunicação em sua caixa postal (endereço eletrônico). Somente após esses 15 dias é que iniciará o prazo para que atenda à intimação recebida. Assim, o contribuinte terá 15 dias a mais para preparar suas impugnações, seus recursos, etc.

Portanto, independentemente de o sujeito passivo haver sido intimado do auto infração pela via postal, nada impede que no mesmo processo ou em

outro, o contribuinte seja intimado por outro meio de intimação (pessoal, postal ou eletrônico).

Questões que merecem relevo é saber: 1) se o sujeito passivo possuía Domicílio Tributário Eletrônico - DTE; e, 2) se havia expresso consentimento do sujeito passivo, para receber intimações por meio eletrônico, visto que, os §§ 4º e 5º do citado art.23, assim dispõem:

**§ 4º Para fins de intimação, considera-se domicílio tributário do sujeito passivo: (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)**

*I - o endereço postal por ele fornecido, para fins cadastrais, à administração tributária; e (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)*

*II - o endereço eletrônico a ele atribuído pela administração tributária, desde que autorizado pelo sujeito passivo. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)*

**§ 5º O endereço eletrônico de que trata este artigo somente será implementado com expresso consentimento do sujeito passivo, e a administração tributária informar-lhe-á as normas e condições de sua utilização e manutenção. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)**

Em consonância com os mencionados dispositivos legais (§§ 4º e 5º do art.23), é notório que as condições essenciais para a validade da intimação eletrônica é que o contribuinte faça expressamente sua opção pelo Domicílio Tributário Eletrônico (DTE) e possua endereço eletrônico atribuído pela administração tributária.

A Recorrente confessa que aderiu ao DTE em **28/11/2013**. Portanto, há expresso consentimento do sujeito passivo para a implementação do endereço eletrônico e não consta dos autos carência de informação quanto às normas e condições de sua utilização e manutenção pelo interessado. Tampouco, existe qualquer pedido de cancelamento da adesão ao DTE.

Apenas, no entender da Recorrente, o fato de ter aderido ao DTE em **28/11/2013** não significa dizer que passaria a ser automaticamente intimada por essa via digital neste processo, em **19/11/2014**. Isso porque, no seu entendimento, para que seja permitido o envio de comunicação eletrônica pela via do DTE, a RFB está obrigada, nos termos do art. 1º, § 3º, da Portaria SRF 259/2006, de enviar comunicação expressa aos contribuintes, informando-os sobre processos nos quais os atos serão praticados de forma eletrônica.

A Portaria SRF nº 259/2006, alterada pela Portaria RFB nº 574, de 10 de fevereiro de 2009), dispõe sobre a prática de atos e termos processuais, de forma eletrônica, no âmbito da Secretaria da Receita Federal, *verbis*.

*Art. 1º O encaminhamento, de forma eletrônica, de atos e termos processuais pelo sujeito passivo ou pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) será realizado conforme o disposto nesta Portaria. (Redação dada pelo(a) Portaria RFB nº 574, de 10 de fevereiro de 2009)*

§ 1º Os atos e termos processuais praticados de forma eletrônica, bem como os documentos apresentados em papel, digitalizados pela RFB, compõem processo eletrônico (e-processo). (Redação dada pelo(a) Portaria RFB nº 574, de 10 de fevereiro de 2009)

§ 2º Os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos digitais com garantia da origem e de seu signatário serão considerados originais para todos os efeitos legais. (Redação dada pelo(a) Portaria RFB nº 574, de 10 de fevereiro de 2009)

§ 3º Para efeito do disposto no caput, **a RFB informará ao sujeito passivo o processo no qual será permitida a prática de atos de forma eletrônica.** (Incluído(a) pelo(a) Portaria RFB nº 574, de 10 de fevereiro de 2009)

(...)

Art. 4º A intimação por meio eletrônico, com prova de recebimento, será efetuada pela RFB mediante: (Redação dada pela Portaria RFB nº 574, de 10 de fevereiro de 2009)

I - envio ao domicílio tributário do sujeito passivo; ou

II - registro em meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo.

§ 1º Para efeito do disposto no inciso I, considera-se domicílio tributário do sujeito passivo a Caixa Postal a ele atribuída pela administração tributária e disponibilizada no e-CAC, desde que o sujeito passivo expressamente o autorize.

§ 2º A autorização a que se refere o § 1º dar-se-á mediante envio pelo sujeito passivo à RFB de Termo de Opção, por meio do e-CAC, sendo-lhe informadas as normas e condições de utilização e manutenção de seu endereço eletrônico. (Redação dada pelo(a) Portaria RFB nº 574, de 10 de fevereiro de 2009)

De fato, consta no § 3º do art.1º, da mencionada Portaria que, para o encaminhamento, de forma eletrônica, de atos e termos processuais pelo sujeito passivo ou pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), esta informará ao sujeito passivo o processo no qual será permitida a prática de atos de forma eletrônica, mas não significa dizer que a RFB antes de proceder a intimação eletrônica ao contribuinte tenha que enviar-lhe previamente uma *comunicação expressa*, informando-lhe sobre o processo no qual a intimação seria praticada de forma eletrônica. O que redundaria em "*intimação para intimação*".

Conforme se depreende do artigo 4º acima transcrito, a intimação por meio eletrônico, para ser feita ao contribuinte no seu endereço eletrônico, necessita de sua autorização mediante **Termo de Opção** sendo-lhe informadas as normas e condições de utilização e manutenção de seu endereço eletrônico.

Nesse próprio termo de opção, o sujeito passivo autoriza a Administração Tributária a enviar mensagens de comunicações de atos oficiais para Caixa Postal eletrônica disponibilizada no Centro Virtual de Atendimento ao Contribuinte (e-CAC), no endereço <http://www.receita.fazenda.gov.br>, a qual será considerada domicílio tributário eletrônico. E declara estar ciente de que o prazo para ser *considerado intimado é de 15 (quinze) dias contados da data em que a comunicação for registrada na Caixa Postal eletrônica e de que deve observar as condições e normas estabelecidas para obtenção, utilização e manutenção do certificado digital válido que possibilite o acesso às mensagens registradas na Caixa Postal eletrônica.*

A Recorrente não discute que os documentos: “Acórdão de Impugnação”, “Intimação de Resultado de Julgamento” e “Documentos Diversos – Outros – DARF para pagamento” não estavam disponíveis para consulta na Caixa Postal DTE do contribuinte em **04/11/2014**, conforme o **TERMO DE CIÊNCIA POR DECURSO DE PRAZO** (e-fl.1.208), *litteris*.

*PROCESSO/PROCEDIMENTO: 13855.720077/2014-02*

*INTERESSADO: TAM S/A.*

*DESTINATÁRIO: 01832635000118*

*TERMO DE CIÊNCIA POR DECURSO DE PRAZO*

*Foi dada ciência, ao Contribuinte, dos documentos relacionados abaixo, por decurso de prazo de 15 dias a contar da disponibilização destes documentos através da Caixa Postal, Modulo e-CAC do Site da Receita Federal.*

*Data da disponibilização na Caixa Postal: 04/11/2014  
Data da ciência por decurso de prazo: 19/11/2014*

*Intimação de Resultado de Julgamento Acórdão de Impugnação Documentos Diversos - Outros - Demonstrativo de débitos Darf*

*DATA DE EMISSÃO : 20/11/2014*

Também, nesse aspecto não se vislumbra prejuízo ao Recorrente, pois, não se verifica qualquer falha na intimação eletrônica para ser considerada nula como pretende a Recorrente.

Como se vê a intimação fora disponibilizada na Caixa Postal, em 04/11/2014 (terça feira), data da ciência por decurso de prazo: 19/11/2014; portanto 15 dias depois. Fixada a data da ciência para fins de prazos processuais, em 19/11/2014 (quarta feira), caberia ao contribuinte apresentar o Recurso Voluntário, nos termos do art.33 do Decreto nº 70.235/72, em 19/12/2014.

O recurso voluntário foi protocolizado em **20/01/2015** .

É sabido que, o prazo de trinta dias, de acordo com o critério previsto no artigo 210 do CTN e 66 da Lei nº 9.784/99, é contado excluindo-se o dia do recebimento da intimação e incluindo-se o último.

Com efeito, o início da contagem do prazo recursal ocorreu em **19/11/2014** (quarta-feira), porém, o recurso ao Conselho de Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, fora apresentado somente em 20/01/2015 (terça-feira) portanto, **após** o prazo dos trinta dias seguintes à ciência da decisão de primeira instância, nos termos do art.33 do Decreto nº 70.235/72, que teve como prazo final o dia **19/12/2014** (sexta-feira) para a apresentação do mencionado recurso.

Diante do exposto, concluo que o presente recurso, é intempestivo, não preenche as condições de admissibilidade, nos termos do art.33 do Decreto nº 70.235/72, razão pela qual voto pelo não conhecimento do recurso voluntário por intempestivo.

( assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa.