



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16327.000919/2006-54
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1301-006.162 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 20 de outubro de 2022
Recorrente BANCO DO ESTADO DE SÃO PAULO S/A BANESPA (INCORPORADO POR BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A. CNPJ 90.400.888/000142)
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2009

PERC. INCENTIVOS FISCAIS. CONDIÇÕES PARA RECONHECIMENTO.

Em relação às opções pela aplicação do imposto em investimentos regionais manifestadas a partir de 02/05/2001, a legislação tributária veda a concessão de incentivos fiscais (FINOR/FINAM) na situação em que o pleiteante não detenha projetos próprios nas áreas de aplicação de recursos e/ou participação como acionista (51% do capital votante) em projetos incentivados pelos Fundos de Investimento. A opção pelo incentivo fiscal é dirigido às pessoas jurídicas ou grupos de empresas coligadas que, isolada ou conjuntamente, detenham pelo menos cinquenta e um por cento do capital votante de sociedade titular de empreendimento de setor da economia considerado, pelo Poder Executivo, prioritário para o desenvolvimento regional. Nos casos de participação conjunta, será obedecido o limite mínimo de **vinte por cento do capital votante** para cada pessoa jurídica ou grupo de empresas coligadas, a ser integralizado com recursos próprios.

CLAUSULA RESTRITIVA DE DIREITOS.

No âmbito do Finor/Finam, cláusula restritiva de direito de sócio desautorizam o aproveitamento de aplicação de recursos de pessoas jurídicas ou grupos de empresas coligadas no capital votante de sociedade titular de empreendimento, na forma de Opção de destinar parte do IRPJ apurado ao Fundo de Investimentos do Nordeste (FINOR) ou Fundo de Investimentos da Amazônia (FINAM), Incentivo Fiscal previsto na Medida Provisória nº 2.058/2000, que modificou o artigo art. 9º da Lei nº 8.167, de 16 de janeiro de 1991.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade, vencido o Conselheiro José Eduardo Dornelas Souza, que votou pela nulidade do despacho decisório; no mérito, por maioria de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário, nos termos do voto do Relator, vencido o Conselheiro Marcelo José Luz de Macedo, que votou no sentido de que o contrato de mútuo transfere a administração, o que seria suficiente para caracterizar a previsão legal.

(documento assinado digitalmente)

Rafael Taranto Malheiros - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Lizandro Rodrigues de Sousa, Jose Eduardo Dornelas Souza, Fernando Beltcher da Silva (suplente convocado(a)), Marcelo Jose Luz de Macedo, Maria Carolina Maldonado Mendonca Kraljevic, Rafael Taranto Malheiros (Presidente). Ausente(s) o conselheiro(a) Giovana Pereira de Paiva Leite e o conselheiro(a) Eduardo Monteiro Cardoso.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário (e-fls. 441 e ss) contra decisão no Acórdão da DRJ que decidiu por julgar improcedente a manifestação de inconformidade e confirmar o entendimento do Despacho Decisório (fls. 327/329) que constatou não cumpridos os requisitos para concessão de incentivos fiscais (FINOR/FINAM) (art. 9º da Lei nº 8.167, de 16 de janeiro de 1991). Assim dispôs em relatório a decisão recorrida (e-fls. 441 e ss):

A contribuinte acima identificada ingressou, em 30/06/2006, com o PERC – Pedido de Revisão de Ordem de Emissão de Incentivos Fiscais de fls. 08/09, tendo em vista que “Não houve ordem de emissão para o FINOR/FINAM e o contribuinte consta do sistema IRPJOEIF”, relativamente à sua opção por aplicação de parte do IRPJ relativo ao ano-calendário 2003, exercício 2002, no FINOR e FINAM. O “Extrato das Aplicações em Incentivos Fiscais” aponta duas ocorrências para a não expedição da ordem de emissão “11CONTRIBUINTE COM DÉBITOS DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES FEDERAIS E/OU COM IRREGULARIDADES CADASTRAIS (LEI 9069/95 ART. 60)” e “15SEM EFEITO OPÇÃO EM DIPJ/DARF ONDE NÃO SE ENQUADRAM NO ART. 9 DA LEI 8167/91 (fl. 10).

2. Por meio do Despacho Decisório de fls. 68/70, proferido em agosto/2007, a autoridade administrativa competente indeferiu o pedido, tendo em vista o resultado de consultas ao CADIN e aos registros de regularidade mantidos pela Secretaria da Receita Federal – SRF, pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN, pelo Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS e pela Caixa Econômica Federal (CEF)/FGTS, apontando a existência de débitos tributários e com base no artigo 60 da Lei nº 9.069, de 29/06/1995.

2.1. O auditor fiscal designado para apreciar o pedido, assim informou:

6A situação cadastral atual da interessada junto ao CNPJ é “Ativa”, pertencendo à jurisdição desta unidade administrativa, conforme extrato de folhas 30.

7 A interessada apresentou duas DIPJ/2003, (fls. 21) tendo sido a primeira cancelada, e a última retificadora, nº 1272859, tendo sido processada e liberada sem o registro de eventos, (fls. 33). Os valores declarados da base de cálculo e do valor líquido do incentivo e seus correspondentes normalizados – que são os valores declarados ajustados por processamento eletrônico aos limites determinados pela legislação – são

coincidentes e indicam opção de aplicação dirigida ao FINOR, no percentual de 5,40, no valor de R\$551.353,66, e ao FINAM no percentual de 12,60%, no valor de R\$1.837.845,54, ambos os valores no montante de R\$1.837.845,54, representando 18% da base de cálculo, como se verifica à fl. 34.

8 Antes da apreciação do pedido da interessada, quanto ao mérito, convém verificar, em caráter preliminar, se a interessada pode usufruir o incentivo fiscal em questão, considerando o que dispõe a legislação que rege a matéria, Nesse intuito foram consultados o CADIN/SISBACEN e os registros de regularidade mantidos pela Secretaria da Receita Federal/PGFN, INSS, CEF/FGTS.

9 A aludida consulta indica que a interessada está, também nesta data, em situação irregular junto à Secretaria da Receita Federal do Brasil/PGFN, como se verifica a fls. 47 a 61 e constam débitos em cobrança no PROFISC, no SIEF, e débitos inscritos em Dívida Ativa da União, impedindo-a de comprovar quitação de tributos e contribuições federais, com o que fica materializada a vedação abaixo transcrita:

(...)

2.2. O referido despacho decisório encontra-se assim ementado:

Assunto: Pedido de revisão de ordem de emissão de incentivo (PERC), relativo ao IRPJ/2003, ano base 2002.

Ementa: INCENTIVOS FISCAIS. PERC. A legislação veda a concessão de incentivos fiscais nas situações em que o pleiteante não estiver regular junto à Fazenda Pública, e perante ao fundo de Garantia.

3. Inconformada com o referido Despacho Decisório, do qual foi devidamente cientificada em 24/08/2007 (A.R. à fl. 71), a interessada, por intermédio de seu advogado e procurador (docs. de fls. 108 a 116), apresentou, em 21/09/2007, a manifestação de inconformidade de fls. 94 a 105, acompanhada da documentação de fls. 106 a 139. Na peça de defesa a interessada argüi:

3.1 Preliminarmente, a nulidade da decisão, expondo que *o indeferimento do pedido sem que a Recorrente seja intimada a regularizar a sua situação junto aos Órgãos Administrativos fere os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, configurando nítido cerceamento do direito de defesa da Recorrente, revestindo, portanto, da nulidade a decisão ora recorrida.*

3.2. Defende também que o momento da análise de pendências fiscais para fins da fruição do benefício fiscal deveria se dar quando da *opção pela utilização do benefício fiscal pretendido*, discordando assim da análise feita muito tempo após o momento de sua opção.

3.2.1. Neste diapasão, acusa o procedimento adotado de ser contrário *a qualquer tipo de eficiência e razoabilidade* e reclama que não pode o pedido ser apreciado *somente quando do surgimento de alguma suposta irregularidade na situação fiscal ou cadastral do contribuinte, como vem reiteradamente acontecendo de maneira lesiva ao contribuinte.*

3.2.2. Assevera que *a utilização de débitos em momento posterior ao da opção pela utilização do benefício fiscal pretendido, não obstante não estar claramente definida na legislação regulamentadora, fere o princípio da moralidade administrativa na medida que permite à Administração Pública aguardar pacientemente a existência de qualquer débito para indeferir um direito garantido legalmente aos contribuintes.*

3.3 Entende ser descabida a indicação de débitos no relatório acostados nos autos, pois tais débitos encontrar-se-iam com a exigibilidade suspensa nos termos do artigo 151 do

Código Tributário Nacional, reportando-se ao documento de fls. 132 a 139, pertinente ao reconhecimento de direito creditório e declarações de compensações parcialmente homologadas.

3.3.16. Argúi, ainda, a interessada que *resta concluída que não havia no momento do pedido, assim como de sua análise nenhum óbice que justifique o indeferimento, haja vista estarem todos os débitos fiscais federais da Recorrente com a exigibilidade suspensa, conforme se pode verificar da Certidão Conjunta Positiva de Débitos com Efeitos de Negativa com liberação tanto da Secretaria da Receita federal (SRF) quanto da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional PGFN (Doc. 04).*

3.4. Por fim, postula o conhecimento da Manifestação de Inconformidade em apreço, para reforma da decisão recorrida, reconhecendo-se o direito da interessada a usufruir do incentivo fiscal, tendo em vista ausência de prova quanto a qualquer irregularidade fiscal na época da opção pelo investimento em questão.

4. Foi proferido o acórdão n.º 1618.323 – 8a. Turma da DRJ/SPOI, de 02/09/2008, acostado às fls. 141 a 160 indeferindo a solicitação, cuja ementa assim dispõe:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano Calendário: 2002

PERC QUITAÇÃO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES FEDERAIS PROVA.

Nos termos do art. 60 da Lei 9.069/95, a concessão ou reconhecimento de qualquer incentivo fiscal fica condicionada à comprovação pelo contribuinte da quitação de tributos e contribuições federais. Diante da ausência desta prova o PERC não pode ser deferido.

5. Cientificada do acórdão n.º 1618.323 – 8a. Turma/DRJ/SPOI em 19/09/2008 (fl. 162), a interessada apresentou recurso voluntário ao Primeiro Conselho de Contribuintes (fls. 163 a 183), contestando a decisão de primeira instância e requerendo o conhecimento e provimento do recurso interposto.

6. Por meio do Acórdão n.º 110300.483 – 1a Turma Ordinária da Primeira Câmara da Primeira Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais CARF, proferido na Sessão de 29/06/2011, foi dado provimento parcial ao recurso para *i) reconhecer a inexistência de entraves ao direito de opção pelo incentivo fiscal quanto à quitação de tributos e contribuições federais e (ii) devolver os autos à unidade de origem para enfrentamento da questão relativa ao enquadramento da optante nos requisitos citados sob código 15 do Extrato das Aplicações em Incentivos Fiscais.* (fls.310)

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendario: 2002

ACÓRDÃO RECORRIDO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA.

Sendo a decisão devidamente motivada e fundamentada, não há que se falar em nulidade. Em se tratando de pedido de revisão de ordem de incentivos fiscais (PERC) o ônus na apresentação de provas quanto ao direito pretendido pela contribuinte recai sobre a própria.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA I R P J

Ano-calendário: 2002

IRPJ. PEDIDO DE REVISÃO DE ORDEM DE EMISSÃO DE INCENTIVOS FISCAIS (PERC). INCENTIVOS FISCAIS COMPROVAÇÃO DA REGULARIDADE FISCAL. SÚMULA CARF N.º "Para fins de deferimento do Pedido de Revisão de Ordem de Incentivos Fiscais (PERC), a exigência de comprovação de regularidade fiscal deve se ater ao período a que se referir a Declaração de Rendimentos da Pessoa Jurídica na qual se deu a opção pelo incentivo, admitindo-se a prova da quitação em qualquer momento do processo administrativo, nos termos do Decreto n.º 70.235/72". (Súmula CARF n.º 37).

7. O processo foi, então, encaminhado à Deinf/SPO/Deinf para ciência da contribuinte e demais procedimentos. Cientificada do Acórdão n.º 110300.483, a contribuinte apresentou à autoridade administrativa fiscal competente a Declaração de que se enquadrava no artigo 9º da Lei n.º 8.167, de 16/01/1991 (fls. 322/323).

8. Por meio do Memorando n.º 054/2012/DIORT/DEINF/SPO/SRRF08/RFB/MFSP, de 16/03/2012, foi solicitado que a Coordenação Geral de Arrecadação e Cobrança CODAC contactasse o DGFI (Departamento de Gestão de Fundos de Investimentos), para por meio de documento oficial informar se o contribuinte realmente participa de projeto próprio nas regiões incentivadas, dentro das condições exigidas pela MP 2.145, de 2001 (fl. 324).

9. O Memo n.º 225/2012 RFB/Codac/Cobra/Dipej, de 10/05/2012, informa, com base no Ofício cuja cópia encontra-se à fl. 326, que: *Conforme Ofício n.º 450/2012/DFRP/SFRI/MI, de 23 de abril de 2012 (em anexo), o Departamento Financeiro e de Recuperação de Projetos da Secretaria de Fundos Regionais e Incentivos Fiscais do Ministério da Integração Nacional informa que o contribuinte BANCO SANTANDER BRASIL S/A, inscrito no CNPJ n.º 90.400.888/000142, não participa de projetos aprovados pelo Fundo de Investimento do Nordeste Finor ou pelo Fundo de Investimento da Amazônia Finam, na modalidade do art. 9º da Lei n.º 8.167, de 1991, referente ao Exercício de 2004, Ano-Calendário 2003.*

10. Em consequência, a autoridade administrativa competente para analisar o PERC proferiu, em 22/05/2012, o despacho decisório de fls. 327/329, cuja ementa assim dispõe:

ASSUNTO: Pedido de revisão de ordem de emissão de incentivo fiscal (PERC) relativo ao IRPJ/2003, ano base 2002.

EMENTA: Incentivos Fiscais. PERC. O contribuinte provou a regularidade fiscal tendo direito à regular análise do PERC pela autoridade competente.

Indeferimento do PERC, pois o contribuinte não está enquadrado no art. 9º da Lei n.º 8.167/91.

11. Cientificada do Despacho Decisório de fl. 327/329, em 1º/06/2012 (fls. 331), a contribuinte apresentou, em 02/07/2012, a Manifestação de Inconformidade de fls. 335 a 346, em que requer seja a peça de defesa *julgada procedente, a fim de reformar o Despacho Decisório recorrido, para deferir o PERC e determinar a emissão da OEIF.*

11.1. Na peça de defesa, a contribuinte ao descrever os fatos esclarece que a Opção de destinar parte do IRPJ ao FINAM ("OpçãoFINAM") e ao FINOR ("OpçãoFINOR") teria sido realizada *nos exatos termos do art. 9º da Lei n.º 8.167/91, tendo em vista que a Impugnante integra grupo econômico no qual também está o BANESPA "Grupo de Empresas Coligadas Santander", que detém participação de, respectivamente:*

a) 5% (cinco por cento) na Evadin Indústrias Amazônia S/A ("Evadin S/A") – 'sociedade titular de empreendimento de setor da economia considerado, pelo Poder Executivo, prioritário para o desenvolvimento regional' em conjunto com Evadin

Holding Ltda, possuindo, em conjunto, mais de 51% (cinquenta e um por cento) de Evadin Indústrias Amazônia S/A;

b) 10,03% (dez inteiros e três centésimos por cento) do capital votante de Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes do Nordeste S/A (“Primo Schincariol do Nordeste”) – ‘sociedade titular de empreendimento de setor da economia considerado, pelo Poder Executivo, prioritário para o desenvolvimento regional’ e, em conjunto com Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S/A (“Primo Schincariol S/A”), detém mais de 51% (cinquenta e um por cento) de Primo Schincariol do Nordeste.

11.2. Relativamente ao enquadramento no art. 9º da Lei nº 8.167, de 1991, a contribuinte argui que: por meio de leitura integrativa do *caput*, § 2º e § 4º, do art. 9º da Lei nº 8.167, de 1991, assegura-se a aplicação, a título de Incentivo Fiscal, em Empreendimento Prioritário, por parte de grupos de empresas coligadas que, em conjunto com pessoas jurídicas, detenham pelo menos 51% (cinquenta e um por cento) do capital votante de "**Sociedade Titular de Empreendimento**", de recursos equivalentes a setenta por cento do valor da Opção, desde que cada parte (i.e., grupo de empresas coligadas e pessoas jurídicas integrantes do conjunto) detenha o mínimo de 5% (cinco por cento) do capital votante da Sociedade Titular do Empreendimento;

À luz desse preceito legal, a Impugnante exerceu sua Opção, na qualidade de integrante do Grupo de Empresas Coligadas Santander, dentro do qual está também o BANESPA que, por sua vez, detém participação direta do capital votante de Evadin Indústrias Amazônia S/A, no percentual de 5% (cinco por cento) e, em conjunto com Evadin Holding Ltda, detém mais de 51% (cinquenta e um por cento) de Evadin Indústrias Amazônia S/A;

Evadin Indústrias Amazônia S/A é Sociedade Titular de Empreendimento, nos termos do art. 9º da Lei nº 8.167/91, conforme atesta a Resolução nº 9.268/99 emitida pela Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia ("SUDAM"), em 14/12/1999 ("**Resolução SUDAM nº 9.268/99**");

A Resolução SUDAM nº 9.268/99 consigna expressamente a aprovação do Empreendimento de que é titular Evadin Indústrias Amazônia S/A, consistente na produção de telefones celulares e aparelhos de vídeo, **com caráter de interesse para o desenvolvimento da Amazônia**. Portanto, o Empreendimento de titularidade de Evadin Indústrias Amazônia S/A enquadra-se na exigência do art. 9º, § 4º, da Lei nº 8.167/91, haja vista que foi reconhecido pela SUDAM como estruturador para o desenvolvimento regional, como se verifica na Resolução SUDAM nº 9.268/99;

A Impugnante, por sua vez, afigura-se sociedade coligada ao BANESPA, ambas pertencendo ao mesmo grupo de empresas coligadas i. e., Grupo de Empresas Coligadas Santander, como demonstra o organograma do Grupo Santander Banespa, (Doc. 03 – fls. 358 “ORGANOGRAMA GRUPO SANTANDER BANESPA”), enquadrando-se na exata dicção do art. 9º, § 7º, da Lei nº 8.167/91;

À época do exercício da Opção, estava caracterizado o grupo de empresas ligadas entre a Impugnante e o Banespa, uma vez que: (i) O Banco Santander Central Hispano S/A detinha 99,99% de Santander Investment S/A, que por sua vez detinha 99,99% de ABLASA, a qual, por sua vez, detinha 97,04% do capital votante da Impugnante; e (ii) O Banco Santander Central Hispano S/A detinha 96,71% do Banco Santander S/A, o qual, por sua vez, detinha 98,71% do capital votante do BANESPA;

A Impugnante, portanto, era coligada ao BANESPA, nos termos do art. 9º, § 7º, da Lei nº 8.167/91, uma vez que ambas eram controladas, indiretamente, pelo Banco Santander Central Hispano S/A, enquadrando-se, desta forma, na exata dicção do art. 9º da Lei nº 8.167/91;

Com relação às participações detidas no capital votante de Evadin Indústrias Amazônia S/A, tem-se que o Grupo de Empresas Coligadas Santander, por meio do BANESPA, detém 5% (cinco por cento) das ações com direito a voto, adquiridas em 10/02/2000 por meio de "Contrato de Mútuo de Ações Ordinárias Nominativas" (**Doc.** 04 fls. 360/362 e 363/365 "ADITAMENTO AO CONTRATO DE MÚTUO DE AÇÕES ORDINÁRIAS NOMINATIVAS DE EMISSÃO DA EVADIN INDÚSTRIAS AMAZÔNIA S.A."), ao passo que a Evadin Holding Ltda. possui 60,00% (sessenta por cento) das ações com direito a voto, conforme se verifica no Acordo entre Acionistas da Evadin Indústrias Amazônia S/A. (**Doc.** 05 – fls. 367/370 – "ACORDO ENTRE ACIONISTAS EVADIN INDÚSTRIA AMAZÔNIA S.A.").

O Grupo de Empresas Coligadas Santander e Evadin Holding Ltda. possuem, em conjunto, mais de 51% (cinquenta e um por cento) do capital votante de Evadin Indústrias Amazônia S/A., estando cumpridas as condições prévias no art. 9º da Lei n.º 8.167, de 1991;

No caso de grupo de empresas coligadas, basta que uma das empresas que o compõem detenha o capital votante suficiente (no caso, mínimo de 5%) da Sociedade Titular de Empreendimento, para que as demais empresas coligadas se beneficiem. Caso assim não fosse, o legislador não faria a distinção entre grupo econômico e pessoa jurídica, pois o aproveitamento unicamente pela empresa do grupo que detém o capital votante da Sociedade Titular de Empreendimento, vedando o aproveitamento pelas demais empresas do grupo, desaguardaria na hipótese de pessoa jurídica individualmente, o que seria ilógico.

Ou seja, entender de forma contrária tornaria inútil a previsão de aproveitamento por grupo econômico, bastando, assim, a previsão de pessoa jurídica, isolada ou conjuntamente, o que não se pode admitir, reportando-se ao Parecer Normativo CST n.º 54, de 1975;

O item 7 do PN 54, de 1975, define com clareza o conceito de empresa coligada para fins de caracterização do grupo econômico, restando comprovado o enquadramento da impugnante no disposto no art. 9º da Lei n.º 8.167/91, para fins do FINAM, o que impõe o reconhecimento do seu direito de aplicação ora pugnado, mediante a expedição da competente OEIF;

A impugnante também se enquadraria no disposto no art. 1º da Lei n.º 9.808/96, uma vez que o empreendimento da Evadin Indústrias Amazônia S/A consiste na produção de telefones celulares, o que pode ser considerado como empreendimento de infraestrutura na área de *telecomunicações*;

A Impugnante exerceu sua Opção-FINOR com base no indigitado art. 9º, §4º, da Lei n.º 8.167/91, na qualidade de integrante do Grupo de Empresas Coligadas Santander, dentro do qual está também o BANESPA que, por sua vez, detém participação direta do capital votante de Primo Schincariol do Nordeste, no percentual de 10,03% (dez inteiros e três centésimos por cento) (Doc. 06 – 372/380), adquiridas em 26/06/2000 por meio de "Instrumento Particular de Consolidação de Subscrição de Ações Ordinárias Nominativas e Outras Avenças" e de seu aditivo (Docs. 07 e 08 – fls 382/383 " 1º Aditivo ao Instrumento Particular de Consolidação de Subscrição de Ações Ordinárias Nominativas e Outras Avenças" – e fls. 384/387 Ata AGE em 27/08/2009), ao passo que a Schincariol Participações e Representações S/A possui 69,90% das ações com direito a voto, conforme se verifica na Ata da Assembleia Geral Extraordinária anexa (Doc. 09 – fls. 390 a 409);

Como demonstrado acima e comprovado pelos documentos acostados, notadamente o organograma do Grupo Santander Banespa (Doc. 03 – fl. 358), o Grupo de Empresas Coligadas Santander e Schincariol Participações e Representações S/A possuem, em conjunto, mais de 51% (cinquenta e um por cento) do capital votante de Primo Schincariol do Nordeste;

Isso porque à época do exercício da Opção: (i) O Banco Santander Central Hispano S/A detinha 99,99% de Santander Investment S/A, que por sua vez detinha 99,99% de ABLASA, a qual, por sua vez, detinha 97,04% do capital votante da Impugnante; e (ii) O Banco Santander Central Hispano S/A detinha 96,71% do Banco Santander S/A, o qual, por sua vez, detinha 98,71% do capital votante do BANESPA;

À luz do disposto no art. 9º, § 4º, da Lei n.º 8.167/91, resta incontestado o cumprimento das condições previstas, eis que: (i) A participação conjunta do Grupo de Empresas Coligadas Santander e de Schincariol Participações e Representações S/A supera o limite mínimo de 51% (cinquenta e um por cento) do capital votante da Sociedade Titular do Empreendimento (no caso, Primo Schincariol do Nordeste); (ii) O Empreendimento de que é titular Primo Schincariol do Nordeste considerado estruturador para o desenvolvimento regional (no caso, Nordeste), assim definido pelo Poder Executivo (no caso, por meio da Resolução MPO n.º 11.113 (Doc. 10 fl. 411 a 416); (iii) A participação individual de cada parte (no caso, Grupo de Empresas Coligadas Santander e Schincariol Participações e Representações S/A) é superior ao mínimo de 5% (cinco por cento) do capital votante de Primo Schincariol do Nordeste;

Tendo em vista que a Impugnante pertence ao Grupo de Empresas Coligadas Santander, que, por meio do investimento detido pelo BANESPA, detém mais de 10,03% do capital votante de Primo Schincariol do Nordeste Sociedade Titular de Empreendimento, e cuja participação conjunta com Primo Schincariol S/A superava 51% do capital votante, resta evidente o preenchimento do requisito do art. 9º, §4º, da Lei n.º 8.167/91 e, pois, o direito da Impugnante ao Incentivo Fiscal (FINOR) que pleiteia.

A decisão de primeira instância (e-fls. 441 e ss) julgou improcedente a manifestação de inconformidade em acórdão assim ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2002

PERC. INCENTIVOS FISCAIS. CONDIÇÕES PARA RECONHECIMENTO.

Em relação às opções pela aplicação do imposto em investimentos regionais manifestadas a partir de 02/05/2001, a legislação tributária veda a concessão de incentivos fiscais (FINOR/FINAM) na situação em que o pleiteante não detenha projetos próprios nas áreas de aplicação de recursos e/ou participação como acionista (51% do capital votante) em projetos incentivados pelos Fundos de Investimento. A opção pelo incentivo fiscal é dirigido às pessoas jurídicas ou grupos de empresas coligadas que, isolada ou conjuntamente, detenham pelo menos cinquenta e um por cento do capital votante de sociedade titular de empreendimento de setor da economia considerado, pelo Poder Executivo, prioritário para o desenvolvimento regional. Nos casos de participação conjunta, será obedecido o limite mínimo de vinte por cento do capital votante para cada pessoa jurídica ou grupo de empresas coligadas, a ser integralizado com recursos próprios.

Cientificado da decisão de primeira instância em 21/01/2014 (e-fl. 456) o contribuinte interpôs recurso voluntário, protocolado em 06/02/2014 (e-fl. 459). Alega, em resumo:

- 3. De antemão, esclareça-se que a Opção de destinar parte do IRPJ ao FINOR (Opção-FINOR) e ao FINAM (Opção-FINAM) foi realizada nos exatos termos do art. 9º, da Lei 8.167/91, tendo em vista que, à época da Opção, a Recorrente, à época BANESPA, detinha participação de, respectivamente: a) 10,03% (dez inteiros e três centésimos

por cento) do capital votante de Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes do Nordeste S/A ("Primo Schincariol do Nordeste") – sociedade titular de empreendimento de setor da economia considerado, Poder Executivo prioritário para o desenvolvimento regional e, em conjunto com Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S/A (Primo Schincariol S/A), detém mais de 51% (cinquenta e um por cento) de Primo Schincariol do Nordeste; e b) 5% (cinco por cento) na Evadin Indústrias Amazônia S/A (Evadin S/A) - sociedade titular de empreendimento de setor da economia considerado, pelo Poder Executivo, prioritário para o desenvolvimento regional - em conjunto com Evadin Holding Ltda, possuindo, em conjunto, mais de 51% (cinquenta e um por cento) de Evadin Indústrias Amazônia S/A;

- 7. Remetido o feito à origem, por meio do Memorando 054/2012/DIORT/DEINF-SPO/SRRF08/RFB/MF-SP, de 16/03/2012, foi solicitado à Coordenação Geral de Arrecadação e Cobrança (CODAC) que contatasse o Departamento de Gestão de Fundos de Investimentos (DGFI) para informar se a Recorrente - sob o CNPJ nº 90.400.888/0001-42 (Banco Santander (Brasil) S/A), quando o correto seria o CNPJ nº 61.411.633/0001-87 (BANESPA) - teria participado de projeto nas regiões incentivadas, dentro das condições exigidas pela MP 2.145/01, sendo que a resposta negativa veiculada no Memo 225/2012 RFB/CODAC/COBRA/DIPEJ, de 10/05/2012;

- 9. Inconformada, a Recorrente apresentou Manifestação de Inconformidade, acompanhada de provas do seu efetivo enquadramento no artigo 9º da Lei 8.167/91, uma vez que (i) para fins do FINAM, detém 5% (cinco por cento) de Evadin S/A e, em conjunto com Evadin Holding Ltda., detém mais de 51% (cinquenta e um por cento) do capital votante de Evadin S/A, sociedade titular de empreendimento de setor da economia considerado, pelo Poder Executivo, prioritário para o desenvolvimento regional; e (ii) para fins do FINOR, detém, isolada e conjuntamente com Primo Schincariol S/A, nessa ordem, 10,03% (dez inteiros e três centésimos por cento) e mais de 51% (cinquenta e um por cento) do capital votante de Primo Schincariol do Nordeste, sociedade esta titular de empreendimento de setor da economia considerado, pelo Poder Executivo, prioritário para o desenvolvimento regional.

- 11. No entendimento da D. DRJ/SP1, seria aplicável à Recorrente o limite mínimo de 20% estabelecido no § 2º, do art. 9º, da Lei 8.167/91, de participação no capital votante de Evadin S/A e de Primo Schincariol do Nordeste, para que fizesse jus ao Incentivo Fiscal, o qual não teria sido observado, por sua participação em tais companhias montar apenas 5% e 10,03%, respectivamente. 12. Ocorre que, tal entendimento não merece prosperar, haja vista que tal limite de 20% (vinte por cento) não se aplica à Recorrente, sendo certo que suas participações em 5% e 10,03% em Evadin S/A e de Primo Schincariol do Nordeste, respectivamente, atendem ao disposto no § 4º, do art. 9º, da Lei 8.167/91, bem como no art 1º da Lei 9.808/96, conforme devidamente comprovado nestes autos, razão pela qual deve ser reformado o v. Acórdão ora recorrido, a fim de que se reconheça, definitivamente, o direito da Recorrente ao Incentivo Fiscal.

- 16. Embora, a Recorrente (BANESPA) tenha sido sucedida pelo Banco Santander (Brasil) S/A, o Incentivo Fiscal em tela refere-se a período anterior a tal sucessão, pelo que tal consulta deveria ter sido formulada sob o CNPJ da Recorrente (i.e., 61.411.633/0001-87) e não sob o CNPJ 90.400.888/0001-42.

- 18. Com efeito, a própria DRJ/SP1 já reconheceu a participação da Recorrente em projetos aprovados nos termos do art. 9º da Lei 8.167/91, conforme acórdão 16-40.098, lavrado nos autos do PA 16327.000916/2006-11, em 29/06/2012;

- 19. A corroborar o equívoco do Memo 225/2012RFB/CODAC/COBRA/DIPEJ, de 10/05/2012, veja-se que este faz referência ao ano-calendário de 2003, enquanto que o Incentivo Fiscal em tela versa sobre o ano-calendário de 2002, conforme, aliás, consta corretamente consignado na ementa do v. acórdão recorrido;

- 31. Ao contrário do alegado pela D. DRJ/SP1, a Resolução SUDAM 9.268/99 consigna expressamente a aprovação do Empreendimento de que é titular Evadin Indústrias Amazônia S/A, consistente na produção de telefones celulares e aparelhos de vídeo, com caráter de interesse para o desenvolvimento da Amazônia. 32. Ou seja, o Empreendimento de titularidade de Evadin Indústrias Amazônia S/A enquadra-se na exigência do art. 9º, § 4º, da Lei 8.167/91, haja vista que foi reconhecido pela SUDAM como estruturador para o desenvolvimento regional, como se verifica na Resolução SUDAM 9.268/99;

- 35. Veja-se que, no controle considerado conjuntamente, mínimo de 51% (cinquenta e um por cento), deve ser observada a soma da participação no capital votante de todas as pessoas jurídicas e grupos econômicos envolvidos.

- 41. Ainda, a D. DRJ/SP1 pôs em questão a participação da Recorrente em Evadin S/A com base no Contrato de Mútuo de Ações Ordinárias Nominativas, especialmente acerca de cláusulas que limitariam a condição de sócio da Recorrente, e, conseqüentemente, desqualificariam o seu enquadramento no art. 9º da Lei 8.167/91; (...)

- 42. Ocorre que, a Lei 8.167/91, ao tratar dos limites e condições operacionais dos Fundos de Investimentos Regionais, não dispôs sobre qualquer restrição, ou condição, para fruição do Incentivo Fiscal, subordinadas à percepção de dividendos e outros rendimentos do acionista decorrente de sua participação no capital da Sociedade Titular de Empreendimento. (...);

- 51. Outrossim, ressalte-se que a Recorrente também se enquadra no disposto art. 1º da Lei 9.808/96, uma vez que o Empreendimento de Evadin S/A consiste na produção de telefones celulares, o que pode ser considerado como empreendimento de infraestrutura na área de telecomunicações.
- 53. *Data venia*, esta afirmação não merece prosperar. A redação do art. no art. 1º, *caput*, e § 3º, da Lei 9.808/96, expressamente dispõe quais são os projetos de infraestrutura; são eles: energia, telecomunicações, transportes, abastecimento de água, produção de gás e instalação de gasodutos, e esgotamento sanitário.
- 54. Ainda que se entendesse que a atividade de produção de telefonia celular não estaria abarcada no conceito de infraestrutura, há de se notar que a redação do art. 9º, §4º, da Lei 8.167/91, expressamente esclarece "(...) *bem como aos considerados estruturadores para o desenvolvimento regional, assim definidos pelo Poder Executivo (...)*".
- 55. Por sua vez, a Resolução 7.077/91, da Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia ao regular os incentivos fiscais, incluindo o FINAM e sua aplicação de recursos, assim dispôs sobre as atividades econômicas de interesse para o desenvolvimento da Amazônia: (...).
- 57. Veja que em ambos os cenários, i.e., empreendimento na área de infraestrutura de telecomunicações e projetos considerados estruturadores para o desenvolvimento regional, também se aplicaria o limite individual de 5% no capital votante da empresa titular do empreendimento, como se verifica no art. 1º, *caput*, e § 3º, da Lei 9.808/96 (...);
- 64. Da mesma forma, a Recorrente faz jus à Opção-FINOR, na forma do art. 9º da Lei 8.167/91.
- 65. De início, cumpre trazer ao conhecimento dos Ilustres Julgadores, o v. acórdão 16-40.098, de lavra da C. 10ª Turma da DRJ/SP1 (Doc. 06 da Manifestação de Inconformidade), que reconheceu o direito do Banco Santander (Brasil) S/A de aplicar parcela do IRPJ no FINOR, em vista do seu claro enquadramento no art. 9º, §4º, da Lei 8.167/91.
- 66. No que importa ao presente caso, a C. 10ª Turma da DRJ/SP1 reconheceu que a Recorrente (i.e., BANESPA) detém pelo menos cinquenta e um por cento do capital votante de sociedade titular de empreendimento de setor da economia considerado, pelo Poder Executivo, prioritário para o desenvolvimento regional, conforme disposto no art. 9º da Lei nº 8.167/91, também naquele caso representado por Primo Schincariol do Nordeste,

Voto

Conselheiro Lizandro Rodrigues de Sousa, Relator.

O recurso é tempestivo e atende os demais requisitos de admissibilidade. Portanto, dele conheço.

Nulidade

Preliminarmente, argui a Recorrente nulidade no Despacho Decisório (e-fl. 325) que se baseou em consulta em CNPJ de pessoa jurídica diversa (90.400.888/0001-42), e não no seu (61.411.633/0001-87), a fim de se verificar o enquadramento da Recorrente no art. 9º da Lei n. 8.167/91. Explica que embora, a Recorrente (BANESPA) tenha sido sucedida pelo Banco Santander (Brasil) S/A, o Incentivo Fiscal em tela refere-se a período anterior a tal sucessão, pelo que tal consulta deveria ter sido formulada sob o CNPJ da Recorrente (i.e., 61.411.633/0001-87) e não sob o CNPJ 90.400.888/0001-42.

Verificamos que a fim de se averiguar o direito de aplicação no investimento (Finor/Finam) para o ano calendário 2002, nos autos deste processo 16327.000919/2006-54, no qual o interessado era o Banespa (CNPJ 61.411.633/0001-87), a incorporadora - Santander foi intimada em 17/02/2012 (e-fl. 319) a apresentar declaração "informando quanto ao enquadramento ou não do interessado conforme disposições do art. 9º da lei n. 8.167/91".

Mesmo havendo no corpo da intimação a referência ao processo 16327.000919/2006-54, no qual o interessado era o Banespa (CNPJ 61.411.633/0001-87), a incorporadora – Santander informou na declaração o seu CNPJ (90.400.888/0001-42):

DECLARAÇÃO

Em atendimento ao Termo de Intimação Fiscal de 17 de fevereiro de 2012, na qualidade de interessado no processo administrativo n.º 16327.000919/2006-54 ou de sucessor deste, declaramos que o contribuinte de denominação social Banco Santander (Brasil) S.A., inscrito no CNPJ sob n.º 90.400.888/0001-42 figura como:

ENQUADRADO
 NÃO ENQUADRADO

- No artigo 9º da Lei nº 8.167, de 16 de janeiro de 1991.

Lei nº 8.167, de 16 de janeiro de 1991.

Art. 1º. A partir do exercício financeiro de 1991, correspondente ao período base de 1990, fica restabelecida a faculdade da pessoa jurídica optar pela aplicação de parcelas do imposto de renda devido:

(...)
Art. 9º. As agências de desenvolvimento regional e os bancos operadores assegurarão às pessoas jurídicas ou grupos de empresas coligadas que, isolada ou conjuntamente, detenham, pelo menos, cinquenta e um por cento do capital votante de sociedade titular de projeto beneficiário do incentivo, a aplicação, nesse projeto, de recursos equivalente a setenta por cento do valor das opções de que trata o art. 1º, inciso I.

(...)

§2º Nos casos de participação conjunta, será obedecida o limite mínima de vinte por cento do capital votante para cada pessoa jurídica ou grupo de empresas coligadas, a ser integralizada com recursos próprios. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.199-14, de 2001)

(...)

§4º Relativamente aos projetos de infra-estrutura, conforme definição constante do caput do art. 1º da Lei nº 9.808, de 20 de julho de 1999, bem como aos considerados estruturadores para o desenvolvimento regional, assim definidos pelo Poder Executivo, tomando como base os planos estaduais e regionais de desenvolvimento, o limite de que trata o § 2º deste artigo será de cinco por cento. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.199-14, de 2001)

(...)

§ 7º. Consideram-se empresas coligadas, para fins do disposto neste artigo, aqueles cuja maioria do capital votante seja controlada, direta ou indiretamente, pela mesma pessoa física ou jurídica, compreendida também, esta última, como integrante do grupo.

DECLARANTE

Denominação social Banco Santander (Brasil) S.A.	CNPJ 90.400.888/0001-42
Local (Município/UF) São Paulo/ SP	

O direito à aplicação de parte de seu IRPJ em empreendimento, na forma do art. 9º da lei n. 8.167/91, é assegurado pelas Agências de Desenvolvimento Regional e os Bancos Operadores dos fundos de desenvolvimento regionais às pessoas jurídicas ou grupos de empresas coligadas que, isolada ou conjuntamente, detenham pelo menos cinquenta e um por cento do capital votante de sociedade titular de empreendimento de setor da economia considerado, pelo Poder Executivo, prioritário para o desenvolvimento regional.

Ou seja, é a pessoa jurídica interessada que elege qual (ou quais) pessoa(s) jurídica(s) participantes do grupo, ou ela própria isoladamente, detém pelo menos cinquenta e um por cento do capital votante de sociedade titular de empreendimento citado. Como a interessada apontou o CNPJ 90.400.888/0001-42, a este foi direcionada a consulta. Logo, não há a nulidade requerida.

Observo que em se tratando de pedido de revisão de ordem de incentivos fiscais (PERC) o ônus na apresentação de provas quanto ao direito pretendido pela contribuinte recai sobre a própria. Desta forma, a instrução perpetrada pela Recorrente, que se deu nestes autos, para a comprovação do direito de aplicação no investimento (Finor/Finam) para o ano calendário 2002, nos autos deste processo 16327.000919/2006-54, a partir da manifestação de inconformidade, foi o de tentar comprovar que o interessado Banespa (CNPJ 61.411.633/0001-87) detinha tal de direito de aplicação em 2002. Ou seja, considero superada pela própria Recorrente a eventual nulidade que ela própria dera causa.

Mérito

No entendimento da DRJ/SP1, seria aplicável à Recorrente o limite mínimo de 20% estabelecido no § 2º, do art. 9º, da Lei 8.167/91, de participação no capital votante de Evadin S/A e de Primo Schincariol do Nordeste, para que fizesse jus ao Incentivo Fiscal, o qual não teria sido observado, por sua (pretensa) participação em tais companhias montar apenas 5% e 10,03%, respectivamente.

Defende a Recorrente que tal entendimento não merece prosperar, haja vista que tal limite de 20% (vinte por cento) não se aplicaria à Recorrente, pois acredita que suas participações em 5% e 10,03% em Evadin S/A e de Primo Schincariol do Nordeste, respectivamente, atenderiam ao disposto no § 4º, do art. 9º, da Lei 8.167/91, bem como no art 1º da Lei 9.808/96, razão pela qual deveria ser reformado o v. Acórdão ora recorrido, a fim de que se reconhecesse o direito da Recorrente ao Incentivo Fiscal.

Segundo a legislação de regência da matéria, a opção para aplicação em Investimentos Regionais ficou extinta a partir de 2 de maio de 2001 para as pessoas jurídicas que não se enquadrem no art. 9º da Lei nº 8.167, de 1991 (MP nº 2.19914, de 2001, art. 4º; e MP nº 2.145, de 2001, art. 50, XX, atuais MP nº 2.1565, de 2001, art. 32, XVIII, e nº 2.1575, de 2001, art. 32, IV). Desde a edição da Medida Provisória nº 2.058, de 23/08/2000 (DOU de 24/08/2000) sucessivamente reeditada até a edição da MP 2199-14, de 24/08/2001, o artigo art. 9º da Lei nº 8.167, de 16 de janeiro de 1991, assim prescreve:

Art. 9º As Agências de Desenvolvimento Regional e os Bancos Operadores assegurarão às pessoas jurídicas ou grupos de empresas coligadas que, isolada ou conjuntamente, detenham pelo menos cinquenta e um por cento do capital votante de sociedade titular de empreendimento de setor da economia considerado, pelo Poder Executivo, prioritário para o desenvolvimento regional, a aplicação, nesse empreendimento, de recursos equivalentes a setenta por cento do valor das opções de que trata o art. 1o, inciso I. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.19914, de 2001)

§ 1º Na hipótese de que trata este artigo, serão obedecidos os limites de incentivos fiscais constantes do esquema financeiro aprovado para o projeto, o qual, além de ajustado ao orçamento anual dos Fundos, não incluirá qualquer parcela de recursos para aplicação na conformidade do art. 5o desta Lei. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.19914, de 2001)

§ 2º Nos casos de participação conjunta, **será obedecido o limite mínimo de vinte por cento** do capital votante para cada pessoa jurídica ou grupo de empresas coligadas, a ser integralizado com recursos próprios. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.19914, de 2001)

§ 3º O limite mínimo de que trata o parágrafo anterior será exigido para as opções que forem realizadas a partir do exercício seguinte ao da entrada em vigor desta lei.

§ 4º Relativamente aos **projetos de infraestrutura**, conforme definição constante do **caput** do art. 1º da Lei no 9.808, de 20 de julho de 1999, bem como aos **considerados estruturadores para o desenvolvimento regional**, assim definidos pelo Poder Executivo, tomando como base os planos estaduais e regionais de desenvolvimento, o limite de que trata o § 2o deste artigo será de **cinco por cento**. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.19914, de 2001)

§ 5º O disposto no § 1o do art. 1o da Lei no 9.808, de 1999, será realizado somente na forma deste artigo ou, excepcionalmente, em composição com recursos do art. 5º desta

Lei, mediante subscrição de debêntures conversíveis em ações, a critério do Ministério da Integração Nacional. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.19914, de 2001)

§ 6º Excepcionalmente, apenas para os casos de empresas titulares dos projetos constituídas na forma de companhias abertas, serão mantidas as regras vigentes no inciso II do § 2o do art. 1o da Lei no 9.808, de 1999. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.19914, de 2001)

§ 7º Consideram-se empresas coligadas, para fins do disposto neste artigo, aquelas cuja maioria do capital votante seja controlada, direta ou indiretamente, pela mesma pessoa física ou jurídica, compreendida também, esta última, como integrante do grupo. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.19914, de 2001)

§ 8º Os investidores que se enquadrarem na hipótese deste artigo deverão comprovar capacidade de aportar os recursos necessários à implantação do projeto, descontadas as participações em outros projetos na área de atuação das extintas SUDENE e SUDAM, cujos pleitos de transferência do controle acionário serão submetidos ao Ministério da Integração Nacional, salvo nos casos de participação conjunta minoritária, quando observada qualquer das condições previstas no § 9º (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.19914, de 2001)

§ 9º A aplicação dos recursos das pessoas jurídicas ou grupos de empresas coligadas que se enquadrarem na hipótese deste artigo será realizada: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.19914, de 2001)

I quando o controle acionário ocorrer de forma isolada, sob a modalidade de ações ordinárias ou preferenciais, observadas as normas das sociedades por ações; e (Incluído pela Medida Provisória nº 2.19914, de 2001)

II nos casos de participação conjunta minoritária, sob a modalidade de ações ou debêntures conversíveis em ações. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.19914, de 2001)

§ 10. O Ministério da Integração Nacional poderá, excepcionalmente, autorizar o ingresso de novo acionista com a participação mínima exigida nos §§ 2o, 4o e 6o, deduzidos os compromissos assumidos em outros projetos já aprovados pelas extintas SUDENE e SUDAM, com o objetivo de aplicação do incentivo na forma estabelecida neste artigo, desde que a nova participação acionária minoritária venha a garantir os recursos de incentivos anteriormente previstos, em substituição às deduções de pessoa jurídica ou grupo de empresas coligadas que: (Incluído pela Medida Provisória nº 2.19914, de 2001)

I esteja em processo de concordata, falência ou liquidação; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.19914, de 2001) (Vide Medida Provisória nº 2.21637, de 31.8.2001)

II não tenha apresentado, nas declarações de imposto sobre a renda dos dois últimos exercícios, capacidade de geração de incentivo compatível com os compromissos assumidos por ocasião da aprovação do projeto, com base em parecer técnico da Secretaria-Executiva da respectiva Superintendência de Desenvolvimento Regional extinta. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.19914, de 2001)

§ 11. Nas hipóteses de fusão, incorporação ou cisão de pessoa jurídica titular de participação acionária, o direito à utilização do incentivo, na forma estabelecida neste artigo, será automaticamente transferido à pessoa jurídica sucessora, que deverá manter o percentual de que tratam os §§ 2o, 4o e 6o deste artigo. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.19914, de 2001)

§ 12. Os recursos deduzidos do imposto sobre a renda para aplicação em projeto próprio, conforme estabelecido neste artigo, deverão ser aplicados até 31 de

dezembro do segundo ano subsequente ao ano-calendário a que corresponder a opção, sob pena de reversão ao Fundo respectivo com a correspondente emissão de quotas em favor do optante. (Incluído pela Medida Provisória n.º 2.19914, de 2001)

§ 13. O prazo de que trata o § 12 poderá ser prorrogado, a critério do Ministério da Integração Nacional, quando a aplicação dos recursos estiver pendente de decisão judicial ou administrativa. (Incluído pela Medida Provisória n.º 2.19914, de 2001)

§ 14. A aplicação dos recursos na modalidade prevista neste artigo não poderá ultrapassar sessenta por cento do valor do investimento total previsto no projeto ou, excepcionalmente, setenta por cento para o caso de projetos de infraestrutura, a critério do Ministério da Integração Nacional, obedecidos aos limites de incentivos fiscais constantes do Calendário de Inversões e Mobilização de Recursos Aprovado. (Incluído pela Medida Provisória n.º 2.19914, de 2001)

Detenção de 5% do capital votante de sociedade Evadin Indústrias Amazônia S/A

No caso, a contribuinte defende que pertence ao Grupo (de empresas coligadas) Santander que deteria 5% (cinco por cento) do capital votante da empresa “Evadin Indústrias Amazônia S.A.” (empresa de setor da economia considerado, pelo Poder Executivo, prioritário para o desenvolvimento da Amazônia).

A DRJ julgou que não merece prosperar o argumento da interessada de que se enquadraria no disposto art. 1º da Lei n.º 9.808/99, uma vez que o Empreendimento da Evadin Indústrias Amazônia S/A consiste na produção de telefones celulares, o que, segundo a DRJ, não pode ser considerado como empreendimento de infraestrutura na área de telecomunicações (como sustenta a Recorrente).

Concordo com a DRJ, que fundamenta que a produção de telefone celular não está inserido no conceito de infraestrutura (art. 1º da Lei n.º 9.808/99) na área de telecomunicações. Exemplifica a DRJ:

Aliás, o aparelho celular produzido pela Evadin para poder funcionar na Amazônia precisa de infraestrutura pertinente à rede de telecomunicações (redes de transmissão, antenas retransmissoras instaladas, toda a gama de aparato para operações via satélites, etc...), mas, frise-se, a produção de celulares com tal infraestrutura não se confunde.

Porém, o § 4º art. 9º da Lei n.º 8.167/1991, acima reproduzido, prescreve o limite cinco por cento para os projetos de infraestrutura, **bem como aos projetos considerados “estruturadores para o desenvolvimento regional, assim definidos pelo Poder Executivo”**. Decerto, para que se considere justificada a dupla prescrição, “infraestrutura” difere de “projetos considerados estruturadores para o desenvolvimento regional”. A Recorrente defende a subsunção nesta última prescrição, nos seguintes termos:

54. Ainda que se entendesse que a atividade de produção de telefonia celular não estaria abarcada no conceito de infraestrutura, há de se notar que a redação do art. 9º, § 4º, da Lei 8.167/91, expressamente esclarece "(...) *bem como aos considerados estruturadores para o desenvolvimento regional, assim definidos pelo Poder Executivo (...)*".

55. Por sua vez, a Resolução 7.077/91, da Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia ao regular os incentivos fiscais, incluindo o FINAM e sua aplicação de recursos, assim dispôs sobre as atividades econômicas de interesse para o desenvolvimento da Amazônia:

“(…) DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 83 - Consideram-se atividades econômicas de interesse para o desenvolvimento sustentável da Amazônia Legal:

“(…) Art. 83, caput, com redação determinada pela Resolução n.º 465-CONDEL/SUDAM

§ 1.º - Para fins de concessão da colaboração financeira dos recursos do Fundo de Investimentos da Amazônia - FINAM: (…)

e) máquinas, equipamentos e suprimentos para escritório e informática; (…)

g) fabricação de material eletrônico e de aparelhos e equipamentos de comunicações; (…)”

É plausível que os projetos cujas atividades econômicas são de “interesse para o desenvolvimento sustentável da Amazônia” possam ser considerados como “estruturadores para o desenvolvimento regional”, assim admitindo que o termo “estrutura” não tenha o mesmo significado que o de infraestrutura do art. 1.º da Lei n.º 9.808/99. Desta forma, entendo que se aplica o percentual de 5% para o projeto que pretende a fabricação de telefones celulares, conforme disposto na Resolução 7.077/91, da Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia ao regular os incentivos fiscais, incluindo o FINAM.

Mas, no caso concreto, concordo com a DRJ que entendeu descaracterizado a detenção do percentual (de 5% do capital votante de sociedade titular de empreendimento, requerida pelo Art. 9.º da Lei n.º 8.167/1991) devido a cláusula restritiva de direito de sócio que consta do “Contrato de Mútuo de Ações Ordinárias Nominativas” cuja cópia encontra-se às fls. 360/362 e que lhe faria prova desta condição de detenção. Nos termos da DRJ:

18. Ademais, a participação do Grupo (a que a interessada diz pertencer) no capital social da empresa “Evadin Indústrias Amazônia S.A.” é questionável, isto porque o “Contrato de Mútuo de Ações Ordinárias Nominativas” cuja cópia encontra-se às fls. 360/362 e que lhe faria prova desta condição, possui cláusula restritiva de direito de sócio, conforme se extrai do parágrafo segundo da cláusula segunda do referido contrato:

PARÁGRAFO SEGUNDO: Em razão do mútuo ora ajustado, a MUTUARIA exercerá, durante sua vigência, todos os direitos inerentes à qualidade de acionista que lhe é conferida pela transferência das ações objeto do presente contrato, com exceção dos dividendos, bonificações em dinheiro, bem como a concorrência em todos os eventos qualificados como de distribuição de resultados, que serão imediatamente transferidos à MUTUANTE. A mutuante se responsabilizará por todos os tributos incidentes nesta transferência. (grifo acrescentado)

18.1. Também o Acordo entre acionistas à fl. 367/370 contém cláusula restritiva de direito a sócio. Veja-se a Cláusula 3a alínea “b”:

b) a INVESTIDORA [Banco do Estado de São Paulo S.A. BANESPA] cede à CONTROLADORA [Evadin Holding Ltda] o direito de preferência à aquisição das ações que proporcionalmente lhe couberem; (grifo acrescentado)

18.2. Ora, consoante art. 109, incisos I e IV, da Lei n.º 6.404, de 1976, abaixo reproduzido, fica demonstrado que tais cláusulas estão a ferir os direitos inerentes à condição de sócio:

Art. 109. Nem o estatuto social nem a assembleia-geral poderão privar o acionista dos direitos de:

I participar dos lucros sociais;

II participar do acervo da companhia, em caso de liquidação;

III fiscalizar, na forma prevista nesta Lei, a gestão dos negócios sociais;

IV preferência para a subscrição de ações, partes beneficiárias conversíveis em ações, debêntures conversíveis em ações e bônus de subscrição, observado o disposto nos artigos 171 e 172;

V retirar-se da sociedade nos casos previstos nesta Lei.

§ 1º As ações de cada classe conferirão iguais direitos aos seus titulares.

§ 2º Os meios, processos ou ações que a lei confere ao acionista para assegurar os seus direitos não podem ser elididos pelo estatuto ou pela assembleia-geral.

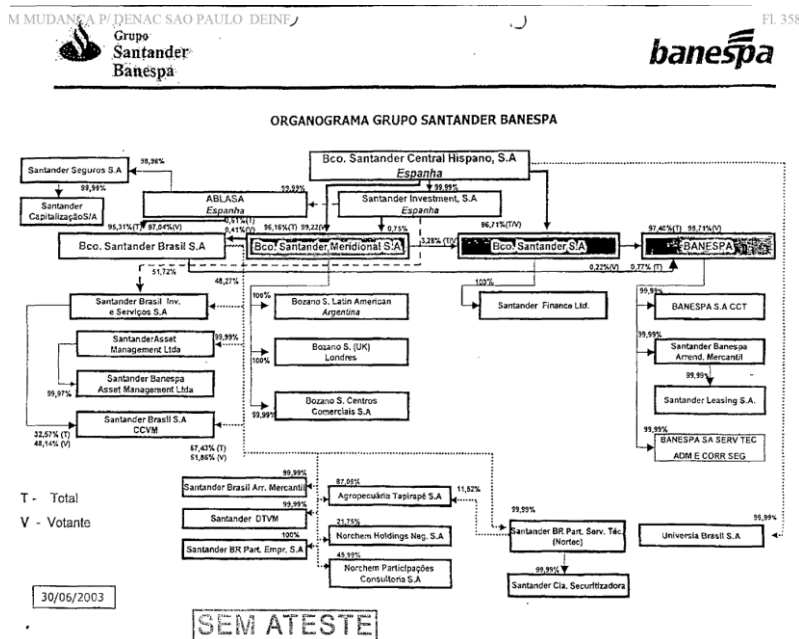
§ 3º O estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser solucionadas mediante arbitragem, nos termos em que especificar. (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001)

19. Com efeito, é inoponível ao Fisco, para fins de gozo de incentivo fiscal, o contrato de mútuo de ações firmado entre a contribuinte manifestante e a sócia majoritária de empresa de setor da economia considerado, pelo Poder Executivo, prioritário para o desenvolvimento da Amazônia, em que não se encontra configurada a participação efetiva da manifestante, ou do grupo a que pertença, no empreendimento, na medida em que os direitos inerentes à condição de sócio não lhe foram assegurados e o contrato estaria a visar única e exclusivamente o usufruto de benefício fiscal.

Mesmo que entendêssemos comprovado a detenção de 5% do capital votante da “Evadin Indústrias Amazônia S.A.” pela Recorrente (e este é o percentual individual mínimo a ser comprovado pela Recorrente Banespa, conforme entendemos da previsão do caput do art. 9º da Lei nº 8.167/1991), faltaria no mínimo 46% de ações a serem comprovadas como detidas pelo grupo de pessoas jurídicas coligadas, conforme prevê o art. 9º da Lei nº 8.167/1991.

Afirma ainda a Recorrente que a Evadin Holding Ltda possuiria 60,00% (sessenta por cento) das ações com direito a voto da Evadin Indústrias Amazônia S/A, conforme se verificaria no Acordo entre Acionistas da Evadin Indústrias Amazônia S/A. (fls. 367/370– “ACORDO ENTRE ACIONISTAS EVADIN INDÚSTRIA AMAZÔNIA S.A.”).

Mas, destaque-se que o único documento referenciado nas peças de defesa como comprovante do fato da interessada pertencer ao Grupo Santander é o organograma acostado às fls. 358.



Tomando o texto do § 7º do art. 9º citado “§ 7º Consideram-se empresas coligadas, para fins do disposto neste artigo, aquelas cuja maioria do capital votante seja controlada, direta ou indiretamente, pela mesma pessoa física ou jurídica, compreendida também, esta última, como integrante do grupo. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.19914, de 2001)” temos que deveria estar comprovado o controle de Banespa (e também Evadin Holding Ltda) pela mesma pessoa jurídica. O que não foi feito. Tal falta de comprovação refere-se inclusive à hipótese em que o controle seja efetuado por entidade domiciliada no exterior.

Adicione-se que, com atenção ao disposto no art. 111 do CTN, que prescreve interpretação restritiva para legislação tributária que disponha sobre suspensão ou exclusão do crédito tributário e outorga de isenção, entendemos que o termo “pessoa jurídica” refere-se a empresa nacional, e não entidade domiciliada no exterior, conforme distinção no art. 17 da Instrução Normativa RFB nº 1470, de 30 de maio de 2014:

Art. 17. A inscrição no CNPJ de entidade domiciliada no exterior exclusivamente para realizar aplicações no mercado financeiro ou de capitais decorre automaticamente do seu registro na CVM como investidor não residente no País, na forma prevista na Instrução Normativa CVM nº 325, de 27 de janeiro de 2000, vedada a apresentação da solicitação de inscrição em unidade cadastradora do CNPJ.

Parágrafo único. A inscrição no CNPJ obtida na forma prevista no caput é destinada, exclusivamente, à realização das aplicações nele mencionadas.

A respeito do alegado pela Recorrente que a própria DRJ/SP1 já reconheceu a participação da Recorrente em projetos aprovados nos termos do art. 9º da Lei 8.167/91, conforme acórdão 16-40.098, lavrado nos autos do PA 16327.000916/2006-11, em 29/06/2012, merece destaque que o citado processo trata de pleito de aplicação do IRPJ devido pela pessoa jurídica CNPJ 90.400.888/0001-42 (Banco Santander (Brasil) S. A.), e nestes autos trata-se de aplicação do IRPJ devido pela pessoa jurídica CNPJ 61.411.633/0001-87 (Banespa), no ano 2002, em que tratavam-se de pessoas jurídicas distintas. Ou seja, tratam-se de pleitos diferentes e que devem ser analisados em processos sem vinculação de dependência, mesmo que haja provas

comuns, considerando-se o poder/dever de apreciação fundamentada das provas deste julgador (conforme art. 29 do Decreto 70.235/72: “Na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção...”).

	Receita Federal Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo I (SP)	DRJ/SP1 Fls. 1
<hr/>		
Acórdão	16-40.098 - 10ª Turma da DRJ/SP1	
Sessão de	29 de junho de 2012	
Processo	16327.000916/2006-11	
Interessado	BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A (ATUAL DENOMINAÇÃO DE BANCO SANTANDER MERIDIONAL S.A.)	
CNPJ/CPF	90.400.888/0001-42	

Detenção de 10,03% do capital votante de sociedade Primo Schincariol do Nordeste

Trata-se (também) de opção de destinar parte do IRPJ ao FINOR (Opção-FINOR) e ao FINAM (Opção-FINAM) realizada nos termos do art. 9º, da Lei 8.167/91, tendo em vista que, à época da Opção, a Recorrente, à época BANESPA, alega que detinha participação de 10,03% (dez inteiros e três centésimos por cento) do capital votante de Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes do Nordeste S/A ("Primo Schincariol do Nordeste") – sociedade titular de empreendimento de setor da economia considerado, Poder Executivo prioritário para o desenvolvimento regional e, em conjunto com Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S/A (Primo Schincariol S/A), deteria mais de 51% (cinquenta e um por cento) de Primo Schincariol do Nordeste.

Aplica-se a mesma interpretação legal descrita no item anterior (Evadim S. A.). Em particular, destaque-se que no Instrumento Particular de Consolidação de Subscrição de Ações Ordinárias Nominativas e Outras Avenças (e-fls. 372 e ss) percebe-se claramente que a interessada (Banespa) no mesmo documento o Banespa subscreve 10% do capital de Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S/A (Primo Schincariol S/A) e compromete-se a comprar de volta a mesma participação, evidenciando-se a restrição do direito de sócio contida no item anterior (Evadim S. A.)

CLÁUSULA QUINTA:

Não obstante o prazo concedido pela SUDENE, para implementação do PROJETO, a CONTROLADORA se compromete a obter e a apresentar ao BANESPA o Certificado de Empreendimento Implantado – CEI do Projeto incentivado até 31/12/2004, oportunidade em que o BANESPA obriga-se, de forma irrevogável e irretroatável, a vender, e a CONTROLADORA obriga-se de forma irrevogável e irretroatável a comprar a totalidade das ações ordinárias ora subscritas, pelas quais pagará, na mesma data, o valor de R\$ 2.780.736,00 (dois milhões, setecentos e oitenta mil e setecentos e trinta e seis reais), devidamente corrigido pelos mesmos índices das aplicações efetuadas no BANESPA em Depósito a Prazo Fixo (CDB – RDB – DRA), líquidos de imposto de renda, da data da assinatura deste contrato até a data em que ocorrer o pagamento

Pelo exposto, voto por afastar a preliminar de nulidade e negar provimento ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa

Fl. 19 do Acórdão n.º 1301-006.162 - 1ª Sejul/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 16327.000919/2006-54