



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

Processo nº 16561.720167/2013-06
Recurso nº De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 1402-003.730 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de fevereiro de 2019
Matéria OMISSÃO DE RECEITA NÃO OPERACIONAL - GANHO DE CAPITAL
Recorrentes SETIBA PARTICIPAÇÕES S.A.
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2008

IRPJ. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO. DECADÊNCIA. PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE.

O prazo decadencial para constituição de crédito tributário sujeito a lançamento por homologação, na ausência de qualquer pagamento antecipado, é o estabelecido no artigo 173, inciso I, do CTN, com início no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

DECADÊNCIA. TRIBUTO SUJEITO AO LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRECEDENTE VINCULANTE DO STJ.

As decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, em Recurso Repetitivo, conforme sistemática prevista no artigo 543C do Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas no julgamento do recurso apresentado pelo contribuinte - artigo 62 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Nos casos de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, a contagem do prazo decadencial do direito do Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento de ofício somente obedece aos critérios do art. 150 do Código Tributário Nacional quando há efetivo pagamento antecipado do tributo devido.

OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. ALIENAÇÃO EM SENTIDO AMPLO. GANHO DE CAPITAL. TRIBUTAÇÃO.

A operação societária de incorporação de ações caracteriza, no âmbito tributário, alienação em sentido, dando ensejo à tributação do ganho de capital quando as ações da sociedade incorporadora forem recebidas por valor superior ao das ações da sociedade incorporada.

OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES POR VALOR SUPERIOR AO VALOR CONTÁBIL. ALIENAÇÃO EM SENTI AMPLO. GANHO DE CAPITAL.

A incorporação de ações constitui uma forma de alienação em sentido amplo. A subscrição de ações pelo valor de mercado e superior ao consignado na escrituração contábil, ainda que no bojo da figura da incorporação de ações, caracteriza ganho de capital, devendo incidir a tributação correspondente.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. NEGÓCIO JURÍDICO. AUSÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL. INEFICÁCIA CONTRA A FAZENDA.

No contexto do planejamento tributário, não tem eficácia contra a Fazenda o negócio jurídico destituído de propósito negocial, mas que busca atingir fins puramente tributários.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO INTERESSE COMUM.

Não se verifica, no caso concreto, a presença do interesse comum previsto no artigo 124, I, do Código Tributário Nacional para dar ensejo à responsabilidade solidária.

MULTA QUALIFICADA. CABIMENTO.

Por meio de atos e negócios meramente formais, o sujeito passivo, em conluio com outras empresas do seu grupo empresarial declararam ao Fisco uma situação inexistente com o objetivo de evitar a tributação de um ganho de capital auferido.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2008

CSLL E IRPJ. LANÇAMENTO. IDENTIDADE DE MATÉRIA FÁTICA. DECISÃO MESMOS FUNDAMENTOS.

Aplicam-se ao lançamento da CSLL as mesmas razões de decidir aplicáveis ao IRPJ, quando ambos os lançamentos recaírem sobre idêntica situação fática.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado: i) por unanimidade de votos: i.i) rejeitar a arguição de decadência, votando pelas conclusões a Conselheira Edeli Pereira Bessa; e i.ii) negar provimento ao recurso voluntário relativamente à aplicação de juros de mora sobre a multa de ofício; ii) por maioria de votos: ii.i) rejeitar a arguição de inoccorrência de ganho de capital em operação de incorporação de ações, divergindo a Conselheira Junia Roberta Gouveia Sampaio, e ii.ii) negar provimento ao recurso de ofício relativamente à responsabilidade tributária imputada a Fersen Lamas Lambranh, Antonio C. R. Bonchristiano e Allan Hadid, divergindo o Conselheiro Marco Rogério Borges e votando pelas conclusões a Conselheira Edeli Pereira Bessa; e iii) por voto de qualidade: iii.i) negar provimento ao recurso voluntário relativamente à desconsideração da cisão e à alegação de ilegitimidade da recorrente e iii.ii) dar provimento ao recurso de ofício relativamente à qualificação da penalidade, em ambas as matérias divergindo os Conselheiros Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Lucas

Bevilacqua Cabianca, Junia Roberta Gouveia Sampaio e Eduardo Morgado Rodrigues. O Conselheiro Paulo Mateus Ciccone não participou da votação dos itens i.i, ii.i e iii.i, sendo substituído pelo Conselheiro Ailton Neves da Silva na reunião de janeiro/2018. O Conselheiro Eduardo Morgado Rodrigues não participou da votação dos itens i.i e ii.i, votados pela Conselheira Bárbara Santos Guedes. Declarou-se suspeito o Conselheiro Caio César Nader Quintella, substituído pela Conselheira Bárbara Santos Guedes na reunião de janeiro/2018 e pelo Conselheiro Eduardo Morgado Rodrigues na reunião de fevereiro/2018. A Conselheira Junia Roberta Gouveia Sampaio manifestou interesse em apresentar declaração de voto.

(assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa - Presidente

(assinado digitalmente)

Evandro Correa Dias - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marco Rogerio Borges, Leonardo Luis Pagano Goncalves, Paulo Mateus Ciccone, Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira, Evandro Correa Dias, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Eduardo Morgado Rodrigues (Suplente Convocado) e Edeli Pereira Bessa (Presidente). Ausente o conselheiro Caio Cesar Nader Quintella, substituído pelo conselheiro Eduardo Morgado Rodrigues.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campo Grande (MS).

Adoto, em sua integralidade, o relatório do Acórdão de Recurso Voluntário nº **04-35.799 - 2ª Turma da DRJ/CGE**, complementando-o, com as pertinentes atualizações processuais.

" Trata-se de impugnação apresentada contra lançamento que, apurando omissão de ganho de capital, formalizou a exigência de crédito tributário relativo a IRPJ e CSLL, no montante de R\$ 349.427.065,47, compreendendo, além dos tributos, multa qualificada e juros de mora, tendo por fundamento legal o art. 3º da Lei nº 9.249/1995 e demais dispositivos indicados nos autos de infração de fls. 757 a 763 e 764 a 771.

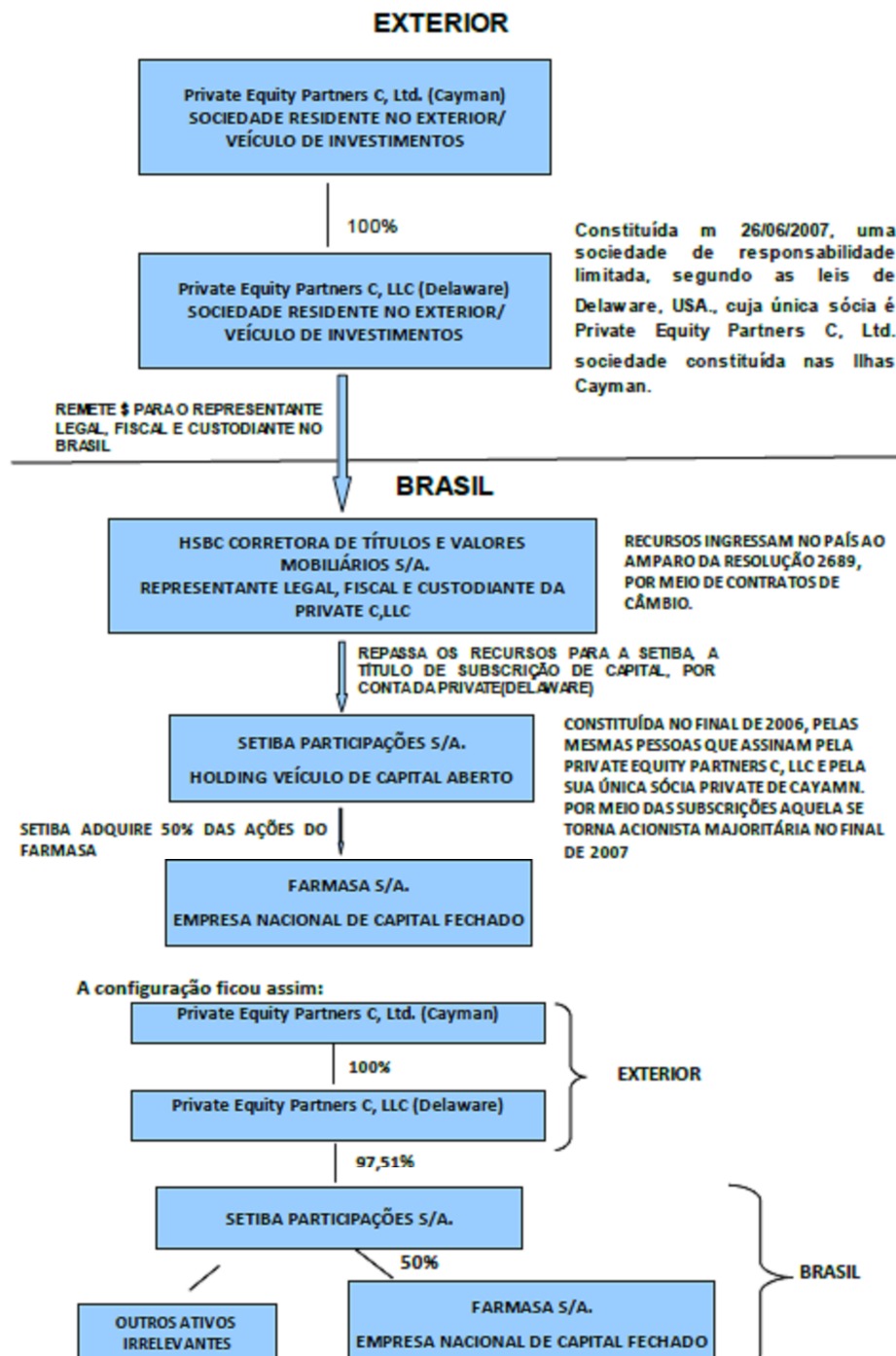
Foram incluídos no pólo passivo, como solidariamente responsáveis, Allan Hadid, Antônio Carlos Augusto Ribeiro Bonchristiano e Fersen Lamas

Lambranco, conforme termos de sujeição passiva de fls. 773/774, 776/777 e 779/780.

No termo de verificação de fls. 732 a 756, estão relatados os fatos que deram causa à autuação. Segundo a autoridade fiscal, o fato que motivou o lançamento foi a omissão de receita de ganho de capital apurado na incorporação das ações do Laboratório Americano de Farmacoterapia S.A. Farmasa pela companhia Hypermarcas S.A. Dessa operação teria resultado um ágio de R\$ 712.490.000,00, cuja contrapartida é o ganho de capital auferido pela empresa a quem o ágio foi pago. Todavia, mercê de uma reorganização societária artificiosa, anterior à própria incorporação das ações, a impugnante teria transferido a titularidade do Laboratório Farmasa para investidores no exterior, a fim de burlar norma tributária que determina a inclusão do ganho de capital nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

De acordo com o fiscal autuante, o investidor estrangeiro estaria isento dessa tributação. E, exatamente por esse motivo, a titularidade do capital do Laboratório Farmasa teria sido previamente transferida para o exterior, de modo que a incorporação das ações, ao se concretizar, já estaria amparada pela norma de isenção. A transferência das ações do Laboratório Farmasa para o exterior seria um negócio jurídico destituído de qualquer substrato econômico, inexistindo propósito negocial, mas tão-somente o intuito de elidir a tributação.

O planejamento tributário tido como abusivo compreendeu diversas etapas, conforme relatado no termo verificação fiscal:

I - RESUMO DO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO ABUSIVO

Os recursos foram remetidos pela Private Equity Partners C, LLC (Delaware), ao amparo da Resolução CMN 2.689/00, que por sua vez foram utilizados para subscrição de capital na Setiba Participações S/A. (holding brasileira).

As pessoas físicas que comandam todas essas pessoas jurídicas, sejam diretamente ou indiretamente por meio de outras PJs, são as mesmas.

Ato contínuo, a Setiba Participações S/A. (holding brasileira) adquire 50% das ações do Farmasa, uma empresa operacional brasileira de capital fechado.

Três meses depois, a Setiba Participações S/A. é cindida parcialmente. Trata-se de uma cisão seguida de incorporação.

Essa cisão parcial envolveu apenas o investimento que ela detinha no Farmasa, (...)

O Farmasa incorpora a parte da Setiba que a controla – é uma incorporação reversa.

O investimento em Farmasa fica sob propriedade direta da Private (Delaware).

(...)

Três meses depois, a Hypermarcas S/A, empresa de capital aberto nacional incorpora as ações do Farmasa.

A Private (Delaware) recebeu ações da Hypermarcas S/A, em troca das ações do Farmasa.

A Private (Delaware) passa a ser acionista (com 9,75%) da Hypermarcas, que por sua vez passa a ser controladora do Farmasa (100%).

Essa operação de incorporação de ações gerou um ágio de R\$ 712,49 milhões.

(...)

Alguns meses depois, o Farmasa é incorporado pela Hypermarcas.

A Hypermarcas passa a deduzir tributariamente o ágio, o qual provoca numa (sic) redução do IRPJ e CSLL equivalente a 34% do seu valor.

Na incorporação de ações, onde nasceu esse ágio R\$ 712,49 milhões, não houve recolhimento do ganho de capital.

Um ano depois, a Private (Delaware) vendeu suas ações da Hypermarcas na Bolsa de Valores, com isenção do ganho de capital, por se tratar de um investimento amparado pela resolução CMN 2.689. Em suma:

-
- *Recursos que advieram indiretamente de um paraíso fiscal (Ilhas Cayman),*
 - *Ingressaram no Brasil ao abrigo da Resolução CMN 2.689/00 para uma empresa que nada tinha de operacional,*
 - *Engendrou-se uma operação artificiosa de cisão seguida de incorporação, sem nenhum propósito negocial, para fugir da tributação do ganho de capital na incorporação de ações,*
 - *Em seguida, esses mesmos recursos saíram do Brasil sem nenhuma tributação, deixando um rastro de ágio que provoca uma redução nos tributos (IRPJ/CSLL) equivalente a 34% sobre o valor daquele ágio em uma ponta, sem que na outra ponta houvesse qualquer recolhimento de IR/CSLL sobre o ganho de capital aos cofres públicos,*
 - *O recurso passou por Delaware (USA) apenas para se enquadrar nos ditames da citada Resolução e gozar de isenção dos tributos. (fls. 735 a 737)*

Nesse conjunto de operações societárias, foi desconsiderada pela autoridade lançadora, por ser destituída de propósito negocial, a cisão da Setiba Participações, seguida de incorporação da parte cindida pelo Laboratório Farmasa.

Paralelamente, a Fiscalização constatou que as pessoas físicas que gerenciavam as empresas protagonistas do planejamento tributário abusivo eram as mesmas, razão pela qual foram elas incluídas, ao lado de Setiba Participações, no pólo passivo da relação jurídica, tendo contra si direcionado o lançamento.

Não resignada, Setiba Participações impugnou os autos de infração. Arguiu, preliminarmente, decadência do direito de constituir o crédito tributário, pois, sendo o fato gerador da autuação de julho de 2007 e considerando que o regime adotado no período foi o do lucro presumido, o termo inicial da contagem do prazo de decadência foi o último dia do terceiro trimestre de 2008, conforme dispõe o §4º do art. 150 do Código Tributário Nacional – CTN.

A notificação do lançamento deu-se em 4 de dezembro de 2013, quando a Fazenda já havia decaído do direito.

No mérito, opôs à autuação os seguintes argumentos:

1 - A desconsideração da cisão realizada pela impugnante é equivocada, pois, além de não se tratar de planejamento tributário, não há como cogitar da existência de fraude ou simulação.

2 - Ainda que existisse planejamento tributário, a estrutura de investimento no Laboratório Farmasa é legítima e não pode ser desconsiderada. A

realização desse investimento por meio da impugnante, sociedade de capital aberto no Brasil, é estratégia adequada e comum para o tipo de investimento realizado.

3 - A reorganização realizada pela impugnante, com cisão seguida de incorporação, é procedimento legal e usual para fazer com que o Laboratório Farmasa se tornasse uma empresa de capital aberto, já que os investimentos através de empresas de capital aberto possibilitam diversos processos de oferta pública de ações e abertura de capital a outras sociedades.

4 - Diferentemente do que supôs a autoridade lançadora, a cisão realizada não guarda qualquer relação com a operação de incorporação de ações havida entre o Laboratório Farmasa e a Hypermarchas, que se deu de forma rápida e inesperada, dentro de um cenário de oportunidade de negócios. As operações societárias que resultaram na transferência da participação do Laboratório Farmasa para a entidade de Delaware (cisão seguida de incorporação) se deram antes de qualquer manifestação de interesse da Hypermarchas em incorporar as ações do Laboratório Farmasa.

5 - A união entre o Laboratório Farmasa e a Hypermarchas é procedimento típico para unir empresas e atividades quando não há efetivo fluxo financeiro na transação, mas apenas reorganização societária.

6 - Em operação de incorporação de ações, não há apuração de ganho de capital para os acionistas da empresa incorporada (no caso, o Laboratório Farmasa), por se tratar de substituição de participações societárias sem obtenção de renda. O efeito produzido nessa operação é de sub-rogação real: as ações da empresa incorporada são substituídas por ações da empresa incorporadora. Assim, na perspectiva dos acionistas, ocorre uma verdadeira permuta. E, na permuta sem pagamento de torna não há ganho de capital.

7 - Não pode haver ganho para a impugnante que já não era acionista do Laboratório Farmasa no momento da incorporação de ações.

8 - Considerando a legitimidade e a validade da estrutura de investimento detida no Laboratório Farmasa, não há como vislumbrar qualquer hipótese de fraude envolvida nas operações realizadas, que pudesse justificar a desconsideração da cisão da impugnante, para tratá-la como sujeito passivo da exigência de tributos sobre suposto ganho de capital.

Com esses fundamentos, pugnou pela insubsistência do crédito tributário.

Os outros três autuados impugnaram o lançamento, questionando preliminarmente a responsabilidade tributária, sob a alegação de que não compete à autoridade lançadora incluir terceiros no pólo passivo da obrigação, imputando-lhes responsabilidade, pois essa competência é exclusiva da Procuradoria da Fazenda Nacional.

Afirmaram ser inadmissível, quando do lançamento fiscal, qualquer ato tendente a restringir os bens dos administradores da pessoa jurídica,

porquanto, nessa etapa, o crédito tributário estaria ainda pendente de constituição definitiva, podendo sofrer alterações.

Portanto, a apreciação da responsabilidade tributária, no âmbito do processo administrativo, é precária, já que o lançamento pode ser total ou parcialmente anulado. Só na fase de execução é que se admitiria o ingresso do responsável na relação jurídica. Ademais, os impugnantes negaram ter havido dolo, fraude, ato praticado com violação à lei, bem como a existência de interesse comum (art. 124, inciso I, do CTN), necessário ao surgimento da solidariedade passiva.

No mais, as impugnações reproduziram os mesmos argumentos articulados na impugnação de Setiba Participações, requerendo ao final o cancelamento dos autos de infração.

Do acórdão de Impugnação

O Acórdão de Impugnação nº 04-35.799 - 2ª Turma da DRJ/CGE julgou procedente em parte a Impugnação, conforme a seguinte ementa:

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

Ano-calendário: 2008

IRPJ. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO. DECADÊNCIA. PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE.

O prazo decadencial para constituição de crédito tributário sujeito a lançamento por homologação, na ausência de qualquer pagamento antecipado, é o estabelecido no artigo 173, inciso I, do CTN, com início no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. ALIENAÇÃO EM SENTIDO AMPLO. GANHO DE CAPITAL. TRIBUTAÇÃO.

A operação societária de incorporação de ações caracteriza, no âmbito tributário, alienação em sentido, dando ensejo à tributação do ganho de capital quando as ações da sociedade incorporadora forem recebidas por valor superior ao das ações da sociedade incorporada.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. NEGÓCIO JURÍDICO. AUSÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL. INEFICÁCIA CONTRA A FAZENDA.

No contexto do planejamento tributário, não tem eficácia contra a Fazenda o negócio jurídico destituído de propósito negocial, mas que busca atingir fins puramente tributários.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIO. SÓCIO ADMINISTRADOR. EXCESSO DE PODERES OU VIOLAÇÃO DE LEI, CONTRATO SOCIAL OU ESTATUTO. DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL.

A responsabilidade do administrador pelas obrigações tributárias da pessoa jurídica existe quando fique comprovada a atuação com excesso de poderes

ou a infração de lei, contrato social ou estatuto, não se enquadrando em tais situações os atos praticados em planejamento tributário sobre cuja validade divergem doutrina e jurisprudência.

MULTA QUALIFICADA. FALTA DE COMPROVAÇÃO DE DOLO. NÃO CABIMENTO.

É incabível a aplicação de multa qualificada, com percentual de 150%, quando não restar comprovada a conduta dolosa do sujeito passivo, em especial nos casos de planejamento tributário acerca do qual divergem doutrina e jurisprudência.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2008

CSLL E IRPJ. LANÇAMENTO. IDENTIDADE DE MATÉRIA FÁTICA. DECISÃO MESMOS FUNDAMENTOS.

Aplicam-se ao lançamento da CSLL as mesmas razões de decidir aplicáveis ao IRPJ, quando ambos os lançamentos recaírem sobre idêntica situação fática.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte"

Transcreve-se a seguir a conclusão do referido acórdão:

"Pelo exposto, voto no sentido de conhecer das impugnações e rejeitar a preliminar de decadência. No mérito, decido:

- a) dar provimento à impugnação de Allan Hadid, de Antônio Carlos Augusto Ribeiro Bonchristiano e de Fersen Lamas Lambranhó, considerando insubsistente o lançamento em relação a eles;
- b) afastar a multa qualificada, reduzindo o percentual de 150% para 75%; e,
- c) no restante, negar provimento à impugnação de Setiba Participações S.A.

Do Recurso de Ofício

Em razão da exoneração procedida pelo acórdão de 1ª Instância, submeteu-se à apreciação do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, de acordo com o art. 34 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, e alterações introduzidas pela Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e Portaria MF nº 3, de 3 de janeiro de 2008, por força de recurso necessário.

Do Recurso Voluntário

A recorrente, inconformada com a decisão a quo, interpôs recurso voluntário (fls. 1476 a 1552), no qual apresenta, em resumo, as seguintes razões de fato e de direito para a reforma do Acórdão de 1ª Instância:

1. Análise do "Filme" das operações efetivamente realizadas;
2. Validade da operação de cisão - Inexistência de "Planejamento tributário";
3. *Ad argumentandun* - Ainda que a cisão tivesse relação com a posterior incorporação de ações, tratar-se-ia de opção legal;
4. *Ad argumentandun* - Ainda que houvesse planejamento tributário no presente caso, tratar-se-ia de opção válida;
5. Ilegitimidade passiva da recorrente;
6. Não tributação da incorporação de ações;
7. Inexistência de fraude/ inaplicabilidade da multa agravada;
8. Decadência - aplicação ao caso do disposto no conforme artigo 150, § 4º, do CTN;
9. Ilegalidade da cobrança de juros sobre a multa.

Das Contrarrazões ao Recurso Voluntário e Razões ao Recurso de Ofício

A UNIÃO (Fazenda Nacional), com supedâneo no art. 48, parágrafo 2º, do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº. 256, de 22 de junho de 2009, apresentou CONTRARRAZÕES AO RECURSO VOLUNTÁRIO e RAZÕES AO RECURSO DE OFÍCIO, em resumo, com os seguintes argumentos (fls. 1579 a 1614).

1. Inexistência de decadência;
2. A existência do ganho de capital artificialmente retirado da SETIBA pelo seu grupo empresarial com a exclusiva finalidade de evitar a sua tributação.
3. A devida qualificação da multa de ofício pela Fiscalização, pois o contribuinte, por meio de atos meramente formais, apresentou ao Fisco uma versão falsa da realidade com o exclusivo intuito de se evadir do ganho de capital que iria ser auferido.
4. A legitimidade passiva do contribuinte autuado;
5. A legalidade da responsabilidade solidária das pessoas físicas autuadas.
6. A existência de ganho de capital nas operações de incorporação de ações.
7. A devida cobrança de juros sobre a multa de ofício.

Voto

1. Admissibilidade

Conselheiro Evandro Correa Dias, Relator.

O recursos voluntário e o recurso de ofício são tempestivos e atendem ao demais requisitos, motivo pelo quais deles conheço.

2. Do Recurso Voluntário

2.1 Preliminares

Entende-se que as alegações de ocorrência de decadência e da apuração de ganho de capital tributável na operação de incorporação de ações devam ser tratadas preliminarmente, antes da análise do mérito.

2.1.1 Da não ocorrência de decadência

Acerca da decadência, o recorrente afirma que a ausência de pagamento não pode alterar a natureza dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação. Portanto, segundo ele, independentemente de ter havido pagamento antecipado ou não no presente caso, a contagem do prazo decadencial deve se dar pelo artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional.

Discorda-se da recorrente, pois tratando-se da exigência de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, o termo inicial para a contagem do prazo decadencial será interferido de acordo com a existência ou não de pagamento parcial do tributo para o período autuado, conforme decidido pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso especial julgado sob o rito de recurso repetitivo, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício

seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo inócorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).(grifo nosso)

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs.. 163/210).

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs.. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs.. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs.. 183/199).

5. In casu, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação ex lege de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos imponíveis ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.

6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo.

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. (STJ; REsp 973.733/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/08/2009, DJe 18/09/2009) (grifos nosso).

Por seu turno, referido precedente do STJ deve ser seguido por este Tribunal Administrativo, nos termos do que prevê o art. 62, § 1º, inciso II, alínea "b" do RICARF, já com a redação que lhe foi dada pela Portaria n. 152, de 03 de maio de 2016.

No caso em exame, a impugnante adotou, no ano de 2008, o lucro presumido; no entanto, não efetuou nenhum recolhimento de IRPJ e de CSLL nessa modalidade, como bem revelam as pesquisas de fls. 1.448 e 1.449.

Na falta do pagamento antecipado a que se refere o art. 150 aplica-se a regra geral de decadência inserida no art. 173, inciso I, do CTN. A contagem do prazo, portanto, se inicia no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Por conseguinte, se o fato gerador é pertinente ao terceiro trimestre de 2008, o termo inicial do prazo de decadência foi 1º de janeiro de 2009 e o termo final, 31 de dezembro de 2013. À notificação do lançamento, como se constata do AR (fls. 772), procedeu-se em 4 de dezembro de 2013, portanto antes de o direito da Fazenda ter sido alcançado pela extinção decadencial.

Por essas razões, rejeita-se a preliminar de decadência.

2.1.2 Do Ganho de capital na incorporação de ações

A Fiscalização conclui que houve a existência de ganho de capital tributável na operação societária de incorporação de ações, previstas no art. 252 da Lei nº 6.606/1976, conforme Termo de Verificação Fiscal:

87. Diante do exposto, conclui-se que a Cisão Parcial da Setiba, seguida de Incorporação pelo Farmasa não teve um propósito negocial conforme se tentou transparecer por meio das justificativas mencionadas em AGE, mas sim, o objetivo único e exclusivo de não pagar o IRPJ e a CSLL sobre o ganho de capital decorrente da incorporação de ações.

88. Como a avaliação das ações do Farmasa foi feita pelo seu valor econômico, há um ganho de capital na operação, obtido pela diferença entre o patrimônio líquido contábil da investida (Farmasa) e o valor (superior) pelo qual as ações foram realmente transferidas.

A Turma Julgadora *a quo* acompanhou o entendimento manifestado pela Fiscalização, acompanhando as razões de decidir do Recurso nº 9020-00-662 lavrado pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, por meio da Câmara Superior:

A incorporação de ações é a operação societária por meio da qual a totalidade das ações de emissão de uma sociedade anônima é incorporada ao patrimônio de outra companhia, convertendo aquela em subsidiária

integral desta. Diferentemente da operação de incorporação de sociedade, quando a incorporadora absorve ativo e passivo da incorporada, que deixa de existir, a incorporação de ações opera exclusivamente sobre as ações da companhia incorporada, que são integralmente absorvidas pela incorporadora. Os acionistas da companhia incorporada transferem a totalidade das suas ações para a incorporadora, que se torna a acionista única da primeira. A companhia cujas ações forem transferidas ao capital da outra sociedade - a incorporada - não se extingue, permanece como pessoa jurídica independente, com plena autonomia patrimonial, sem que ocorra sucessão de direitos e obrigações entre as companhias envolvidas.

Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro, em seu livro "Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro" (José Bushatsky, Editor, 1979, vol.2, p.727), leciona que:

Apesar da semelhança da operação em tela com o instituto regulado no artigo 227, parece-nos que a expressão escolhida pelo legislador — incorporação de ações — é, de certo modo imprópria, por suscitar confusões com aquele instituto. Na verdade, a incorporação de ações nada mais significa do que um aumento de capital social de determinada companhia brasileira, mediante a conferência, pelos subscritores, de todas as ações do capital de outra sociedade, que se converte em subsidiária integral, recebendo seus ex-acionistas ações novas do capital da primeira.

Por outro lado, não acolho o entendimento manifestado no acórdão recorrido, no sentido de que inexistente fundamento legal que dê sustentação ao lançamento, ao considerar que não há de se falar em "subscrição de capital em bens".

Aliás, parcela da doutrina entende que na incorporação de ações há uma transferência de bens (no caso, ações), em realização de capital da incorporadora, acarretando a incidência de imposto sobre o ganho de capital.

Fran Martins, em seu livro "Comentários à Lei das Sociedades Anônimas", Forense, 1975, vol. 3, p. 316, leciona que na operação de incorporação de ações há um aumento de capital na sociedade incorporadora com a subscrição das ações pelos acionistas que vai tornar-se subsidiária integral:

Pois, na verdade, a conversão de uma sociedade anônima em subsidiária integral mediante a chamada incorporação das ações da primeira no patrimônio da segunda nada mais é do que um aumento de capital da sociedade controladora, ou, na expressão da lei, incorporadora, com a subscrição das ações desse aumento pelos acionistas da sociedade que vai tornar-se subsidiária integral, sendo o pagamento dessas ações feito não em

dinheiro, mas com as ações dos acionistas da sociedade que vai ser incorporada.

Edmar Oliveira Andrade Filho, in Imposto de Renda das Empresas, São Paulo, Ed. Atlas, p. 461/462, considera que a incorporação de ações constitui uma forma de alienação em sentido amplo e posiciona-se favoravelmente a incidência de imposto de renda sobre ganho de capital quando a subscrição realizar-se por valor superior ao valor contábil:

No campo tributário, existem algumas controvérsias da eventual tributação do ganho de capital eventualmente apurado por ocasião da "troca" de ações ou quotas nos casos de incorporação de ações regidas pelo artigo 252 da Lei nº 6.404/76.

Sob a perspectiva daquele que realiza a "troca" das ações ou quotas, há substituição de investimento que pode acarretar ou não a apuração de ganho ou perda de capital; tudo fica a depender do valor a ser atribuído à operação, se maior ou menor que o valor contábil do investimento primitivo, que é substituído por outro.

Esta operação pode ser qualificada como sendo passível de produzir uma alienação ou uma liquidação do investimento. A incorporação de ações constitui uma forma de alienação em sentido amplo; com efeito, o detentor das ações ou quotas as entrega sob a forma de conferência de bens para subscrição de capital e recebe ações ou quotas da sociedade que teve o seu capital aumentado e que passou a ser a única acionista da sociedade convertida em subsidiária integral. Todavia, não se pode olvidar que o fenômeno possui afinidade funcional com a liquidação de investimento por incorporação de sociedade nos termos do artigo 227 da Lei nº 6.404/76; de fato, o investimento na antiga sociedade (aquela que se tornou a subsidiária integral) deixa de existir em razão do cancelamento das antigas ações ou quotas que são substituídas por ações da controladora (única acionista ou quotista) da subsidiária integral.

Os negócios jurídicos que compõem o instituto da incorporação de ações ocorrem em razão de manifesta deliberação dos sócios ou acionistas das sociedades envolvidas mediante assembleias, nos termos do artigo 252 da Lei nº 6.404/76; portanto, são os acionistas que determinam os valores pelas quais as operações serão realizadas (observadas as prescrições legais tendentes a proteger acionistas minoritários) de modo que se a operação de subscrição realizar-se por valor superior ao valor contábil haverá apuração de ganho de capital tributável(...)

De acordo com a legislação tributária, as operações que importem alienação, a qualquer título, de bens e direitos, estão sujeitas a apuração do ganho de capital e, as pessoas físicas poderão transferir a pessoas jurídicas, a título de integralização de capital, bens e direitos, pelo valor constante da respectiva declaração ou pelo valor de mercado e, se a transferência não se fizer pelo valor constante da declaração de bens, a diferença a maior será tributável como ganho de capital, nos termos em que dispõe o artigo 3º, §3º, da Lei nº 7.713/88 e o artigo 23, §2º, da Lei nº 9.249/95, in verbis:

Art. 3º. O imposto incidirá sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução, ressalvado o disposto nos arts. 9º a 14 desta Lei.

§3º Na apuração do ganho de capital serão consideradas as operações que importem alienação, a qualquer título, de bens ou direitos ou cessão ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição, tais como as realizadas por compra e venda, permuta, adjudicação, desapropriação, dação em pagamento, doação, procuração em causa própria, promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos e contratos afins."

"Art. 23. As pessoas físicas poderão transferir a pessoas jurídicas, a título de integralização de capital, bens e direitos pelo valor constante da respectiva declaração de bens ou pelo valor de mercado.

§1º. Se a entrega for feita pelo valor constante da declaração de bens, as pessoas físicas deverão lançar nesta declaração as ações ou quotas subscritas pelo mesmo valor dos bens ou direitos transferidos, não se aplicando o disposto no art. 60 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e no art. 20, II, do Decreto-Lei nº 2.065, de 26 de outubro de 1983.

§2º. Se a transferência não se fizer pelo valor constante da declaração de bens, a diferença a maior será tributável como ganho de capital

Ademais, não merece prosperar o entendimento que só há a obrigação de reconhecer eventual ganho de capital na operação de substituição de ações quando houver fluxo financeiro ou circulação de valores.

O fato de o sujeito passivo não ter recebido nenhum numerário não afasta a hipótese de incidência prevista no artigo 23, §2º, da Lei nº 9.249/95, que prevê justamente a tributação em situação em que, apesar de não haver recebimento de numerário, a pessoa física transfere a pessoa jurídica, a título de integralização de capital, bens e direitos em valor superior ao constante da declaração de bens.

Destarte, há de se concluir que ocorreram todas os fatos previstos na hipótese de incidência da exação:

1) houve alienação de bens: ações da Insol Intertrading do Brasil Ind. e Com. S/A, na operação de incorporação de ações pela MSB Assessoria Empresarial S/A;

2) pessoa física transferiu a pessoa jurídica, a título de integralização de capital, bens pelo valor de mercado: o sujeito passivo transferiu ações da Insol Intertrading do Brasil Ind. e Com. S/A, por incorporação de ações, para a empresa MSB Assessoria Empresarial S/A, a título de subscrição e integralização das ações que compõem seu capital, pelo valor de mercado.

Portanto, a diferença a maior (entre o valor de mercado e o valor constante na declaração de bens) deve ser tributada como ganho de capital.

A Recorrente alega que a incorporação de ações representa uma mera substituição de ações, com um verdadeiro efeito econômico permutativo, não implicando em disponibilidade de renda passível de ser tributada pelo IRPJ e a CSLL:

Com efeito, como já mencionado, no Sistema Tributário Brasileiro, o fato gerador do IR é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica da renda ou de proventos de qualquer natureza, conforme estabelece o artigo 43 do CTN.

De modo geral, entende-se que a disponibilidade econômica corresponde ao rendimento ou provento realizado, assim entendido como dinheiro em caixa, enquanto a disponibilidade jurídica corresponde ao rendimento ou provento adquirido, i.e., ao título jurídico que permite ao seu titular obter a respectiva realização em dinheiro.

Desta feita, um exemplo de disponibilidade jurídica seria o direito de um titular de uma sociedade de receber a respectiva distribuição, após a apuração do lucro; a disponibilidade econômica seria representada pela distribuição efetiva de tais lucros.

Reconhecendo a confusão terminológica que envolve os dois conceitos, na qual "o jurídico e o econômico se confundem e trocam de posição", Luciano da Silva Amaro defende que, produzida a renda, ela já está nesse momento econômica e juridicamente disponível ao seu titular, ainda que não esteja em caixa. Assim, a grande questão é saber se, juridicamente, é possível tributar apenas a renda já percebida pelo seu titular (realization basis), ou se bastaria a produção da renda (accrual basis) para a incidência do imposto.

Em resposta a esta indagação, conclui o autor:

"A questão é, pois, antes terminológica que conceitual. Em suma o CTN acolheu as expressões (que nos parecem impróprias) 'disponibilidade econômica' e 'disponibilidade jurídica' para explicitar (talvez ociosamente) que a renda pode ser tributada desde o momento em que, tendo sido produzida, se incorpora ao

patrimônio do titular (quer essa agregação se dê em dinheiro, em bens ou em créditos).

A lei impositiva é que irá, portanto, à vista de considerações de política fiscal, determinar se e quando a incidência dependerá de o titular ter efetivamente percebido a renda. A validade jurídica da imposição não poderá ser questionada se a lei gravar a renda produzida e ainda não recebida, cabendo, eventualmente, numa perspectiva de política fiscal, discutir-se a justiça dessa opção." (grifos no original)

Destarte, o artigo 43 do CTN faz referência à disponibilidade econômica ou jurídica da renda como requisito à sua tributação, mas caberá ao legislador ordinário definir se, para que ocorra a imposição do IR, a mera disponibilidade jurídica seria suficiente, ou se apenas diante da disponibilidade econômica poderá incidir a referida exação.

Reconhece-se, assim, a existência de conceitos diferenciados de renda utilizados na tributação das pessoas físicas e das pessoas jurídicas, ambos abrangidos, a um só tempo, pelo texto do artigo 43 do CTN.

[...]

Transpondo as lições acima mencionadas para o caso concreto da Recorrente, conclui-se que mesmo valendo-se do conceito sobre a disponibilidade jurídica da renda, na incorporação de ações o que ocorre é um aumento potencial da mais-valia patrimonial do acionista da empresa cujas ações foram incorporadas.

Isso porque, por estarem sujeitas às oscilações comuns ao mercado acionário, apenas se poderia aferir o real acréscimo patrimonial ocorrido quando da venda efetiva das ações. Admitir o contrário, implicaria em tributar o patrimônio dos acionistas de empresas cujas ações tenham sido incorporadas e não a sua renda, uma vez que os supostos "acrécimos" consistem em mera expectativa de renda não consumada.

Diante do exposto, também em razão da inexistência de ganho passível de tributação em operação de incorporação de ações, tal qual a realizada pela Hypermarcas e Farmasa, requer-se o cancelamento por esse E. CARF dos autos de infração originários do presente processo.

A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional defende que na incorporação de ações há, em verdade, uma alienação de participação societária. E, portanto, qualquer acréscimo patrimonial dela decorrente deverá ser oportunamente oferecido à tributação:

A incorporação de ações é prevista no artigo 252 da Lei nº 6.404/76, e trata-se de operação na qual a sociedade incorporadora adquire as ações de outra empresa, que continua a existir, porém passando à condição de subsidiária integral daquela, sendo essa a diferença entre tal operação e a incorporação

de empresas, na qual a incorporada é extinta. A incorporação de ações é uma alienação em sentido amplo, o que já foi reconhecido pela doutrina.

De fato, a alienação, por definição, é o ato de transferir para alguém uma propriedade ou um direito. Trata-se de um ato de disposição no qual ocorre a transferência de domínio. Vejam, senhores Conselheiros, que a incorporação de ações encaixa-se perfeitamente em tal conceito. A operação provoca uma transferência de propriedade, pois os sócios deixam de ser acionistas da empresa convertida em subsidiária integral (incorporada) e passam a possuir ações da empresa cujo capital foi aumentado (incorporadora).

E também existe o elemento volitivo, pois os acionistas aceitam entregar as suas ações para subscrição de capital na sociedade incorporadora. Lembrando que, no direito societário, vigora o princípio majoritário, em que as propostas são levadas à Assembléia e, se aprovadas pela maioria, são implementadas. Ao sócio minoritário que não concordar com a incorporação de ações, fica ressalvado o seu direito de retirada. Não se deve esquecer que o ato volitivo dos minoritários pode inclusive ser aferido ante sua postura passiva, de não utilização do seu direito de retirada quando da alienação das ações.

No passo, não é correto admitir que a incorporação de ações é compulsória, ou seja, sem a manifestação de vontade. Em uma sociedade, todas as decisões são tomadas pela maioria dos sócios e, ao fazer parte de uma empresa, já se sabe que a vontade individual vai ser substituída pela vontade coletiva. Portanto, a operação somente será implementada em razão da manifesta deliberação da maioria dos sócios de cada uma das empresas envolvidas, mediante Assembléia. Também são os próprios acionistas que determinam os valores pelas quais a operação será realizada, ou seja, se a subscrição ocorrerá por valor superior ao contábil.

*Por outro lado, a incorporação de ações não pode ser equiparada a uma sub-rogação real. A sub-rogação real caracteriza-se pela substituição do objeto, da coisa devida, onde a segunda fica no lugar da primeira com os mesmos ônus e atributos. E, na incorporação de ações não se mantém a relação originária, apenas alterando um bem por outro. Ora, **os direitos dos acionistas da empresa que passou a ser subsidiária integral são distintos daqueles decorrentes das ações da sociedade incorporadora.** Na incorporação de ações não ocorre uma mera substituição de um bem no patrimônio do acionista, com os mesmos ônus, direitos e atributos, pois **não são mantidas as mesmas condições da obrigação primitiva.***

Portanto, a incorporação de ações é uma espécie de alienação, nos termos do art. 3º, § 3º, da Lei nº 7.713/1988, sendo a transmissão da propriedade dos ativos onerosa e avaliada em dinheiro. Assim, havendo diferença positiva entre o valor da transmissão e o respectivo custo de aquisição, essa deve ser tributada como ganho de capital, independentemente da existência de fluxo financeiro.

*Lembrando que a lei, ao definir o fato gerador do imposto de renda, **não se reporta à disponibilidade financeira, mas sim à disponibilidade econômica ou jurídica**, que existe desde o momento em que o acionista receber ações da sociedade incorporadora. A partir de quando ele se tornar proprietário das ações, terá disponibilidade jurídica (direito real), além de poder fruir dos valores agregados a elas (disponibilidade econômica).*

Apesar das alegações trazidas pela recorrente, alinho-me com a corrente que entende pela existência de ganho de capital nas operações de incorporação de ações, pelas razões de decidir do Recurso nº 9020-00-66, as quais adoto, e também trazidas em contrarrazões, é lícito afirmar que nas hipóteses de incorporação de ações, na forma do art. 252 da Lei nº 6.404/1976, haverá ganho de capital tributável pelo IRPJ e pela CSLL, se o titular da participação societária receber as novas ações por valor superior ao das anteriores.

Pelas razões expostas deve ser afastada a alegação de inexistência de ganho passível tributação em operação de incorporação de ações.

2.2 Do Mérito

2.2.1 Da alegação de validade das operações realizadas

A Fiscalização alega que a Cisão Parcial da Setiba, seguida de Incorporação pelo Farmasa não teve um propósito negocial conforme se tentou transparecer por meio das justificativas mencionadas em AGE, mas sim, o objetivo único e exclusivo de não pagar o IRPJ e a CSLL sobre o ganho de capital decorrente da incorporação de ações.

De acordo com a Fiscalização, tal fato se deu por conta de uma série de eventos societários, ocorridos antes da incorporação das ações, que objetivaram a reorganização das empresas, de modo que o ganho de capital, que supostamente deveria ser auferido pela Recorrente, não fosse tributado pelo IRPJ e da CSLL.

A Fiscalização afirma que a fiscalizada pretendeu, por meio de um planejamento tributário abusivo, realizar uma cisão seguida de incorporação como medida preparatória para realizar a incorporação de ações sem o pagamento dos tributos devidos.

A decisão *a quo* entendeu que se está diante de um planejamento tributário, sem qualquer objetivo econômico, mas cuja finalidade é exclusivamente de natureza tributária.

No Acórdão de impugnação, ressaltou-se que a cisão da impugnante seguida de incorporação pelo Laboratório Farmasa criou uma situação jurídica que durou pouco mais de dois meses. Nesse exíguo lapso de tempo, a impugnante quer fazer crer que teria sido iniciada e concluída uma negociação (de quase R\$ 1.000.000.000,00), que consistiu na incorporação das ações do Laboratório Farmasa por um valor quatro vezes superior ao da aquisição da empresa, em dezembro de 2007.

Na referida decisão, concluiu-se que as circunstâncias indicam fortemente que, no momento em que se deliberou a cisão da impugnante, as tratativas para incorporar as

ações do Laboratório Farmasa já estavam avançadas, ou talvez até mesmo já estivessem concluídas. A cisão, nesse contexto, se mostra desprovida de qualquer substância econômica; sua finalidade era exclusivamente fiscal e, portanto, não pode prevalecer contra a Fazenda.

A recorrente ressalta que as operações em comento não podem ser analisadas simplesmente do ponto de vista dos atos societários considerados **isoladamente**. Ou seja, não se pode analisar a operação "quadro a quadro", **é necessário analisá-la como um todo**. Vale dizer: **não basta ver os fatos tais como descritos fotografia a fotografia, mas sim analisar o filme**.

Afirma que para se entenda a operação, é importante sumariá-la e demonstrar o contexto negocial do qual a Recorrente fez parte, apesar de a autuação ocorrer apenas em razão da desconsideração especificamente da operação de cisão parcial, bem como da operação envolvendo a incorporação das ações da Farmasa, a fim de que fique comprovada a inexistência de uma estrutura de planejamento tributário e a ausência de atos fraudulentos ou simulados. Descreve a seguir o contexto da operação

(i) Inicialmente, destaca que a GP Investments ("GP"), sociedade de capital aberto, com ações negociadas na Bolsa de Luxemburgo e Brazilian Depositary Receipts na BMF&Bovespa, é uma importante gestora de fundos de alternativos que, desde a sua fundação, no início da década de 1990, investiu mais de USD 5 bilhões (cinco bilhões de dólares) em mais de 50 empresas atuantes em 15 setores distintos da economia.

(ii) 2006: na esteira dos diversos investimentos liderados pela GP, a Setiba, ora Recorrente, foi constituída, com objetivo de adquirir participações em sociedades no Brasil.

A Recorrente, a época dos fatos, era detida pela Entidade Delaware, a qual, por sua vez, era detida pela Private Equity Partners C, Ltd. ("Entidade Cayman"), sediada em Cayman, a qual, por sua vez, era controlada pelo Fundo GP Capital Partners IV LP, fundo de participações destinado a investidores institucionais estrangeiros ("Fundo de Private Equity IV").

[...]

(iii) Com efeito, em 2007, com os recursos obtidos junto aos Investidores Institucionais Estrangeiros e com mandato para aplicação de tais recursos, a gestora GP decidiu pela aquisição da Farmasa, empresa de capital fechado atuante no setor farmacêutico no Brasil. A aquisição da Farmasa é exemplo de um dos investimentos realizados pelo Fundo de Private Equity IV, gerido pela GP, com recursos obtidos junto a Investidores Institucionais Estrangeiros.

[...]

Foi nesse contexto que a Setiba, ora Recorrente, se inseriu, tendo sido constituído o Fundo de Private Equity IV4, gerido pela GP, para captar os recursos necessários junto aos Investidores Institucionais Estrangeiros, e repassá-los à Recorrente, para possibilitar a aquisição da Farmasa.

[...]

(iv) 07/12/2007. com recursos levantados junto aos investidores, a Recorrente adquiriu 50% das ações da Farmasa, sociedade de capital fechado sediada no Brasil, atuante na área de produtos farmacêuticos.

[...]

De fato, toda a estrutura que envolveu a aquisição de 50% da Farmasa pela Recorrente foi originária de elevados recursos captados através do Fundo de PrivateEquity IV, o qual foi constituído em linha com todos os outros fundos de investimento geridos pela GP.

Observa que não seria plausível a comparação de uma estrutura de tal porte e volume financeiro, que serviu para aquisição de importantes investimentos no Brasil, a uma estrutura montada com o simples objetivo de não "pagar um tostão sequer de tributos" (pag. 12, do TVF), conforme pretendido pelo Sr. Agente Fiscal.

Ressalta que, quando da aquisição da Farmasa, pretendia promover a abertura de capital desta sociedade, o que ocorreria de maneira mais célere e simples por meio de incorporação ou cisão, em razão da possibilidade de migração do seu registro de capital aberto para a referida empresa adquirida.

(v) 31/03/2008: Diante do contexto explanado acima, visando acelerar a abertura de capital da Farmasa, foi realizada a cisão parcial da Setiba (Recorrente), com a incorporação da parcela cindida na Farmasa.

Afirma que com a finalidade de tornar mais simples o procedimento de abertura de capital da empresa adquirida, valendo-se das disposições legais acerca da migração de registro de companhia aberta (Setiba) para companhia fechada (Farmasa), a cisão parcial foi realizada, com a incorporação da parcela cindida pela própria Farmasa.

Alega que há propósito e evidência de objetivos claros para a realização do investimento por meio da Recorrente, sociedade aberta no Brasil, com a posterior cisão parcial visando promover a abertura de capital da sociedade adquirida.

Informa que, após a reorganização acima referida, surge, de forma totalmente inesperada, uma proposta de evolução da estrutura de investimento da Farmasa, por meio do crescimento de suas atividades no setor farmacêutico e varejo, por meio da junção desta entidade com a Hypermarcas. Nesse sentido, cite-se a notícia publicada à época pelo Jornal "O Estado de São Paulo" (doc. 09 da impugnação), em 03/06/2008.

Lembra que a cisão da Recorrente seguida da incorporação da parcela cindida ocorreu somente em março de 2008, conforme se verifica na Ata de AGE e Protocolo de Cisão Parcial com Incorporação (docs. 6 e 11 da

impugnação), enquanto que a incorporação das ações ocorreu somente 3 meses depois, em julho de 2008.

Afirma que , apesar de no caso específico da Farmasa o desinvestimento ter ocorrido em um período mais curto do que o esperado para os investimentos geridos pela GP, vale ressaltar que as negociações envolvendo a incorporação das ações da Farmasa somente tiveram início em maio de 2008, posteriormente à cisão parcial da Recorrente, sendo concluídas em julho de 2008.

Alega que é descabida qualquer pretensão da Fiscalização e da E. DRJ em qualificar a Recorrente como parte da incorporação de ações da Farmasa na Hypermarcas, pretendendo desconsiderar a cisão da Farmasa anteriormente realizada.

Cita a publicação de fato relevante no dia 02/06/2008 pela Hypermarcas anunciando a operação (doe. 12 da impugnação). Mais uma vez, não assiste razão nenhuma à Fiscalização em suas alegações de que houve planejamento tributário fraudulento no caso concreto, uma vez que todos os atos foram realizados com a devida publicidade e regularidade perante os respectivos órgãos competentes.

Argumenta que apesar da velocidade com que ocorreu a incorporação das ações, todos os atos formais acompanharam os materiais, bem como todos os requisitos legais para a validade de tais atos foram cumpridos, perante todos os órgãos competentes.

Afirma que a celeridade da operação justificou-se exclusivamente por questões de mercado em meio ao ambiente concorrencial e altamente competitivo envolvido no setor farmacêutico brasileiro, combinado com uma proposta bastante interessante realizada pela Hypermarcas à Recorrente e a oportunidade de consolidação neste segmento no Brasil.

A Recorrente defende que, muito embora um dos motivos aventados pela E. DRJ para manutenção das autuações tenha sido o lapso temporal entre a cisão parcial e a incorporação de ações da Farmasa, fica claro, quando se observa as datas dos eventos analisados e os motivos que guiaram a Recorrente, desde a aquisição da Farmasa, que não há que se falar em conduta destinada a reduzir ou eliminar carga tributária que possa ser caracterizada como planejamento tributário:

Inicialmente, como já mencionado acima, o Memorando de Investimento elaborado pela GP acerca da intenção de realização de investimento na Farmasa, ainda no ano de 2007, não deixa dúvida de que se pretendia ingressar no mercado farmacêutico e promover melhores margens de lucro ao negócio, em crescimento no Brasil, via aquisição de outros participantes desse mercado e melhoras em sistema de distribuição (vide fls. 2 e 23 do Memorando de Investimento - doe. 13 da impugnação).

Ou seja, por documentos elaborados à época do investimento e pela própria disparidade de datas (aquisição em dezembro de 2007 e incorporação de ações pela Hypermarcas em julho de 2008), não resta dúvida de que não

havia qualquer intenção ou perspectiva de realizar uma incorporação de ações, seja com a Hypermarcas, seja com qualquer outra companhia quando da decisão pela aquisição da Farmasa.

Além disso, como se observa pelas notícias divulgadas à época em jornais de grande circulação (já citados anteriormente), não resta dúvida de que a cisão realizada na Recorrente ocorreu sem que se tivesse idéia sobre um futuro negócio com a Hypermarcas.

De fato, todas as informações ora apresentadas dão conta que as negociações com a Hypermarcas tiveram início apenas em maio de 2008 e a cisão foi deliberada em março de 2008, dois meses antes, portanto.

Ademais, conforme reiteradamente exposto, a cisão na Recorrente e posterior incorporação da parcela cindida pela Farmasa aconteceu, e aconteceria de qualquer forma, dentro de um objetivo de tornar mais célere a obtenção de registro de companhia de capital aberto para a Farmasa, já que se pensava em um posterior ingresso de investidores nessa companhia através de oferta pública em bolsa de valores.

Vale destacar que o ingresso de investidores por meio de oferta de ações em bolsa nos investimentos realizados pelos fundos de private equity geridos pela GP, incluindo o Fundo de Private Equity IV (abaixo citado como GPCP IV), ocorre em uma média de cinco anos, conforme se extrai das informações divulgadas e ilustradas abaixo (doc. 14 da impugnação).

Em outros termos, toda essa estrutura de investimento dos fundos de private equity, incluindo o Fundo de Private Equity IV, é esquematizada para obtenção de resultado num prazo médio de cinco anos. Ou seja, "unir" a Farmasa à Recorrente até poderia ser uma decisão eventual vislumbrada quando da aquisição da Farmasa, mas nunca em um espaço tão curto de tempo, abaixo da média.

Da mesma forma, o prazo médio de maturação dos investimentos da GP é superior a cinco anos. Investir em uma empresa e conseguir vender o investimento com retornos satisfatórios para seus investidores em menos de dois anos não se trata de uma realidade para qualquer gestor de private equity. Como se pode observar de materiais públicos de marketing das GP (doc. 15 da impugnação), o investimento em Farmasa/Hypermarcas é tratado como uma exceção em termos de prazo de maturação do investimento.

De fato, o ingresso da Hypermarcas em espaço tão curto de tempo, como investidor interessado em realizar a incorporação de ações da Farmasa pagando um valor superior àquele pago quando da aquisição pela Recorrente, é uma exceção aos investimentos geridos pela GP e pelos demais fundos de private equity por elas levantados (cf. figura acima) e, portanto, foi um evento inesperado.

Dessa forma, todos os atos verificados da análise do "filme" das operações são válidos e em conformidade com os fins a que foram propostos - sem qualquer finalidade tributária.

Conforme mencionado, a GP atua desde 1993 como gestora de fundos de investimento, de modo que possui uma estrutura já consolidada e comum em diversas aquisições realizadas no Brasil, tendo já estruturado diversos fundos de investimentos, no Brasil e no exterior.

Assim, a estrutura que envolveu a aquisição de 50% da Farmasa foi originária de determinados recursos captados através do Fundo de Private Equity IV, o qual, além do investimento na Farmasa, compõe um portfólio de investimento em diversos setores da economia, tendo diversos focos e um histórico longo e estratégico de atuação.

A Recorrente destaca que caso a validade da cisão parcial tivesse sido reconhecida pelo Sr. Agente Fiscal, a Recorrente jamais teria sido incluída no polo passivo da obrigação tributária, sendo que à época dos supostos fatos geradores, já não figurava mais como controladora da Farmasa e, ainda que houvesse a apuração de algum ganho de capital na operação de incorporação de ações, o que se alega para argumentar, a Recorrente jamais seria a contribuinte.

A Recorrente conclui, em face do exposto, que esse E. CARF reconhecer a validade da cisão objeto de questionamento no presente caso, por meio da qual as ações da Farmasa deixaram de ser detidas pela Recorrente, motivo pelo qual deverá ser reformada parcialmente a decisão ora recorrida e determinado o cancelamento integral dos autos de infração lavrados.

A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional defende que por meio da cisão parcial da SETIBA, seguido da incorporação do seu patrimônio cindido pela FARMASA, a empresa ora autuada deslocou de modo ardiloso para o exterior o ganho de capital que sabidamente iria auferir com a futura operação de incorporação de ações.

"A fim de propiciar uma melhor compreensão das razões que levaram a Fiscalização a apurar a ocorrência do fato gerador apurado, serão descritas em ordem cronológica as operações societárias relevantes.

- **14/11/2007** - a empresa SETIBA PARTICIPAÇÕES S/A (contribuinte ora autuado), que pertence ao grupo GP INVESTIMENTOS, adquire 50% das ações do LABORATÓRIO AMERICANO DE FARMACOTERAPIA S.A. - FARMASA, mediante o pagamento de R\$ 241.654.686,89. Em face dessa operação, a SETIBA registra um ágio relativo a FARMASA no valor aproximado de R\$ 170 milhões.
- **31/03/2008** - nessa data ocorre a cisão parcial da SETIBA seguida da incorporação do patrimônio cindido pela FARMASA. Tendo essa cisão abrangido exclusivamente o investimento que a SETIBA detinha sobre a FARMASA,

juntamente com o ágio, as ações da FARMASA passaram a ser detidas pelo controlador estrangeiro da SETIBA (também pertencente ao grupo GP INVESTIMENTOS): a PRIVATE EQUITY PARTNERS C, LLC (doravante denominada de PRIVATE DELAWARE), localizada no estado americano de Delaware. **Por fim, também em decorrência dessas operações, o ágio anteriormente pago pela SETIBA e que fora absorvido pela FARMASA passa a ser dedutível na apuração dos tributos dessa última companhia.**

- **01/06/2008** - os acionistas da FARMASA e da companhia HYPERMARCAS S.A. celebram o Acordo de Incorporação de Ações da primeira empresa pela segunda pelo valor aproximado de R\$ 900 milhões (valor de mercado da FARMASA apurado com base em sua rentabilidade futura). Em razão dessa operação (concretizada societariamente no dia 01/07/2008), a FARMASA se tornou subsidiária integral da HYPERMARCAS, e essa segunda companhia registrou um ágio em face da FARMASA no valor aproximado de R\$ 700 milhões. No que tange em especial ao ganho de capital auferido pela PRIVATE DELAWARE em decorrência da operação, o aumento patrimonial não fora tributado, **pois decorreu de uma aplicação realizada por investidor não residente no Brasil em ações de companhia aberta em bolsa de valores (HYPERMARCAS), nos termos do artigo 69 da IN RFB nº 1.022/2010.**
- **29/12/2008** - a HYPERMARCAS incorpora a FARMASA, e passa a deduzir na apuração de seus tributos os dois ágios antes citados, o primeiro por sucessão empresarial, e o segundo pela incorporação do investimento adquirido (cumprimento dos requisitos previstos no art. 7º da Lei nº 9.532/1997).
- **16/07/2009, 12/11/2009 e 13/11/2009** - a PRIVATE DELAWARE aliena suas ações da HYPERMARCAS pelo valor aproximado de R\$ 600 milhões, **auferindo novo ganho de capital também não tributável em face da isenção prevista na IN RFB nº 1.022/2010.**

[...]

Da leitura do Acordo de Incorporação de Ações celebrado no dia 01/06/2008, assim como dos Protocolos e Justificações de Incorporação de Ações da FARMASA e da HYPERMARCAS, é possível aferir que tal operação foi acordada entre as partes no dia 31/03/2008. Isso porque, compulsando os referidos documentos, vê-se que todos os parâmetros negociais que envolveram a incorporação das ações da FARMASA pela HYPERMARCAS fazem referência a essa data.

De fato, lendo os referidos documentos, vê-se que a data-base da incorporação das ações da FARMASA pela HYPERMARCAS foi

estipulada no dia 31/03/2008. Ou seja, para fins dessa operação, as partes envolvidas tomaram como base as situações das empresas nessa data. Quando do fechamento do acordo, a FARMASA e a HYPERMARCAS deveriam apresentar suas demonstrações contábeis e patrimoniais de acordo com a sua situação em 31/03/2008. Qualquer variação das empresas que ocorresse entre esse dia e a data do fechamento deveria ser compensada individualmente pela parte responsável, a fim de se restabelecer a situação previamente demarcada.

Nesse diapasão, registram-se as seguintes cláusulas do Acordo de Incorporação de Ações:

1.2 Para fins da Incorporação de Ações, as 92.780.244 ações ordinárias nominativas e sem valor nominal de emissão do FARMASA, representativas de 100% de seu capital social ("Ações do FARMASA"), foram avaliadas por valor de mercado, calculado em R\$999.053.000,00 (novecentos e noventa e nove milhões e cinquenta e três mil Reais), nos termos de laudo de avaliação elaborado pela APSIS Consultoria Empresarial Ltda. (Anexo 1.2 ao presente instrumento), tendo como data-base 31.03.2008 ("Laudo de Avaliação").

(...)

4.12. Demonstrações Financeiras. As demonstrações financeiras do FARMASA emitidas até 31.03.2008 e anexas a este Acordo como Anexo 4.12 (as "Demonstrações Financeiras do Farmasa"), são verdadeiras, corretas e completas, foram preparadas de acordo com a legislação aplicável e o GAAP Brasileiro aplicado de forma consistente, inclusive, sem limitação, com relação à constituição de provisões adequadas; podem ser reconciliadas com os livros e registros do FARMASA e apresentam de forma justa a posição financeira e os resultados de operações e mudanças na posição financeira, conforme aplicáveis, do FARMASA dentro do período a que se referem. Os livros e registros do FARMASA são verdadeiros, corretos e completos e foram preparados de acordo com a legislação aplicável.

4.12.1. Distribuição de Resultados. O FARMASA não distribuiu, nem declarou o pagamento de quaisquer dividendos e/ou juros sobre o capital próprio, e não foi adotada nenhuma deliberação pelos acionistas do FARMASA estabelecendo o pagamento de quaisquer dividendos e/ou juros sobre o capital próprio em dinheiro ou em espécie desde 31.03.2008.

(...)

4.20. Ausência de Eventos Extraordinários. A partir de 31.03.2008 e até a presente data, inclusive, não houve e não haverá quaisquer eventos ou circunstâncias extraordinários não revelados por escrito por PARESI, PEP C, GPCP4 - FIP ou por qualquer de seus representantes e

consultores, que poderiam ou possam resultar em uma redução substancial no valor da incorporação ou das receitas do FARMASA ou em um aumento substancial dos custos e/ou despesas do FARMASA.

(...)

5.10. Demonstrações Financeiras. *As demonstrações financeiras da HYPERMARCAS emitidas até 31.03.2008 e anexas a este Acordo como Anexo 5.10 (as "Demonstrações Financeiras da Hypermarcas"), são verdadeiras, corretas e completas, foram preparadas de acordo com a legislação aplicável e o GAAP Brasileiro aplicado de forma consistente, inclusive, sem limitação, com relação à constituição de provisões adequadas; podem ser reconciliadas com os livros e registros da HYPERMARCAS e apresentam de forma justa a posição financeira e os resultados de operações e mudanças na posição financeira, conforme aplicáveis, da HYPERMARCAS dentro do período a que se referem. Os livros e registros da HYPERMARCAS são verdadeiros, corretos e completos e foram preparados de acordo com a legislação aplicável.*

5.10.1. Distribuição de Resultados. *A HYPERMARCAS não distribuiu, nem declarou o pagamento de quaisquer dividendos e/ou juros sobre o capital próprio, e não foi adotada nenhuma deliberação pelos acionistas da HYPERMARCAS estabelecendo o pagamento de quaisquer dividendos e/ou juros sobre o capital próprio em dinheiro ou em espécie desde 31.03.2008.*

(...)

5.18. Ausência de Eventos Extraordinários. *A partir de 31.03.2008 e até a presente data, inclusive, exceto pelos atos praticados pela HYPERMARCAS no curso normal dos negócios, não houve e não haverá quaisquer eventos ou circunstâncias extraordinários não revelados por escrito por HYPERMARCAS ou por qualquer de seus representantes e consultores, que poderiam ou possam resultar em uma redução substancial no valor da incorporação ou das receitas da HYPERMARCAS ou em um aumento substancial dos custos e/ou despesas da HYPERMARCAS. (grifo nosso)*

O Protocolo de Incorporação de Ações da FARMASA assim dispõe:

3.8 As variações patrimoniais do FARMASA ocorridas entre 31.03.2008 e a data da aprovação da Incorporação de Ações serão suportadas exclusivamente pelo próprio FARMASA, e serão posteriormente absorvidas por HYPERMARCAS como resultado de equivalência patrimonial, sem reflexos na relação de substituição. (grifo nosso)

Ao estipular o valor de reembolso das ações de emissão da HYPERMARCAS no caso de exercício do direito de recesso dos acionistas minoritários, o Primeiro Aditivo ao Protocolo e Justificação de Incorporação de Ações (celebrado no dia 11/06/2008), assim previu:

6.2 O valor de reembolso das ações dos acionistas dissidentes da HYPERMARCAS será apurado com base em seu valor de patrimônio líquido contábil, o qual corresponde a R\$ 4,33 por ação, **com base no patrimônio líquido contábil da Companhia em 31.03.2008**, nos termos das Demonstrações Financeiras Trimestrais divulgadas pela Companhia por meio do Sistema de Informações Periódicas e Eventuais - IPE. (grifo nosso)

Ou seja, os documentos citados atestam de forma inquestionável que os acionistas da FARMASA e da HYPERMARCAS acordaram a incorporação das ações no dia 31/03/2008. Nesse dia, tais acionistas selaram a incorporação de ações que ainda seria formalizada. As datas em que as formalidades seriam cumpridas (as quais ocorreram nos dias 01/06/2008 – formalização do Acordo de Incorporação de Ações – e 01/07/2008 – alteração societária) não importavam, pois, desde essa data as partes pactuaram que quando do cumprimento dos requisitos formais à operação, a incorporação de ações ocorreria tal como tivesse se dado em 31/03/2008. A fim de manter a imutabilidade patrimonial das empresas, os acionistas chegaram a vedar inclusive a distribuição de resultados de ambas as companhias!

A partir da análise do histórico e dos documentos das operações societárias é possível aferir que em 31/03/2008 (data de ocorrência da incorporação da SETIBA), os acionistas da FARMASA e da HYPERMARCAS já sabiam da futura incorporação de ações, porque, compulsando o Acordo de Incorporação de Ações celebrado no dia 01/06/2008, assim como dos Protocolos e Justificações de Incorporação de Ações da FARMASA e da HYPERMARCAS, vê-se que todos os parâmetros negociais que envolveram a incorporação das ações da FARMASA pela HYPERMARCAS fazem referência a essa data.

Contata-se pela leitura dos referidos documentos referidos documentos que a data-base da incorporação das ações da FARMASA pela HYPERMARCAS foi estipulada no dia 31/03/2008. Ou seja, para fins dessa operação, as partes envolvidas tomaram como base as situações das empresas nessa data. Quando do fechamento do acordo, a FARMASA e a HYPERMARCAS deveriam apresentar suas demonstrações contábeis e patrimoniais de acordo com a sua situação em 31/03/2008..

Verifica-se pela análise dos referidos documentos que as partes pactuaram que quando do cumprimento dos requisitos formais à operação, a incorporação de ações ocorreria tal como tivesse se dado em 31/03/2008.

Lembra-se que a recorrente alegou que no contexto da realização do investimento na Farmasa e após o procedimento da reorganização acima referida, **surge, de forma inesperada, proposta de evolução da estrutura de investimento da Farmasa, por**

meio do crescimento de suas atividades no setor farmacêutico e varejo, com a junção desta entidade com a Hypermarcas. Nesse sentido, cite-se a notícia publicada à época pelo Jornal "O Estado de São Paulo" (doc. 09)5, em 03.06.2008:

"A empresa do setor de consumo Hypermarcas, que quer se tornar a "Unilever brasileira", anunciou ontem a compra do Laboratório Americano de Farmacoterapia (Farmasa), por cerca de R\$ 874 milhões - em ações. A aquisição irá somar marcas como Assolan, Gelol, Zero-Cal e Merthiolate, que pertencem à Hypermarcas, a Rinosoro e Lisador, da Farmasa. A aquisição ainda precisa ser aprovada pelos acionistas, o que deve levar até 45 dias.

Os negócios da Farmasa e da Hypermarcas são complementares, por isso esta consolidação gerará sinergias que se traduzirão em oportunidades concretas de crescimento para nossa companhia no setor farmacêutico', afirmou em comunicado o presidente da Hypermarcas, Cláudio Bergamo. Com a aquisição, a Hypermarcas será a maior do País no mercado de medicamentos isentos de receita médica, também chamados de OTC. Será o sétimo maior laboratório do mercado brasileiro.

Apesar de contatos anteriores, as negociações começaram há cerca de um mês e foram finalizadas na noite do domingo, por volta das 21 horas. O capital social da Hypermarcas será ampliado de R\$ 718,7 milhões para R\$ 1,593 bilhão, com a emissão de 39,72 milhões de ações ordinárias. Os atuais acionistas da Farmasa - a GP Investments e a família Samaja - passarão a fazer parte do bloco de controle da Hypermarcas. A GP ficará com metade das novas ações. As informações são do jornal O Estado de S. Paulo."6.

Discorda-se das alegações da recorrente, pois a mera notícia do jornal não possuem força probatória de que **as negociações da incorporação de ações da Farmasa pela Hypermarcas somente começaram após a realização da cisão Impugnante**. Além disso a própria notícia traz a informação imprecisa de que foram feitos contatos anteriores, **que podem ser interpretados como início de um negociação**.

Ressalta-se que a recorrente não trouxe aos autos nenhum acordo de intenções, por meio do qual as partes fixam os parâmetros econômicos segundo os quais o negócio terá que se realizar, em regra existente em negociações de grande porte, tal qual as operações tratadas no presente caso. Também não trouxe quaisquer outros documentos (e-mail, cartas, etc) que demonstrassem como e quando ocorreu o início das negociações entre os acionistas da FARMASA e da HYPERMARCAS.

Portanto pelas presentes razões, concorda-se que, no momento em que se deliberou a cisão da impugnante, as tratativas para incorporar as ações do Laboratório Farmasa já estavam avançadas, ou talvez até mesmo já estivessem concluídas

Demonstra-se a seguir a incorporação das ações da FARMASA com e sem a cisão/incorporação da SETIBA, quanto as efeitos tributários:

Sem a cisão/incorporação da SETIBA	Com a cisão/incorporação da SETIBA
(i) a SETIBA permaneceria registrando um ágio relativo a FARMASA no valor aproximado de R\$ 170 milhões, ou seja, a FARMASA não absorveria esse ágio e assim também não reduziria a sua tributação pelos próximos anos; (ii) em face da incorporação das ações da FARMASA pela HYPERMARCAS, ao receber as ações dessa segunda companhia pelo valor de mercado da FARMASA, a SETIBA auferiria um aumento patrimonial passível de tributação. (iii) ao alienar as ações da HYPERMARCAS na bolsa de valores por valor superior àquele que as recebeu na incorporação de ações, a SETIBA auferiria novo ganho de capital passível de tributação.	(i) o ágio então registrado pela SETIBA relativo a FARMASA foi absorvido por ela, tornando-se um despesa dedutível de aproximadamente R\$ 60 milhões nos próximos anos. (ii) em decorrência da transferência das ações da FARMASA para a PRIVATE DELAWARE, o aumento patrimonial oriundo da negociação das ações da FARMASA e da HYPERMARCAS foi retirado da SETIBA, contudo, o grupo GP INVESTIMENTOS deixou de tributá-lo.

Nota-se que as operações de a cisão/incorporação da SETIBA possibilitaram: aumentar o fluxo de caixa futuro da FARMASA em R\$ 60 milhões, em face do registro no seu patrimônio da despesa de ágio dedutível nos próximos anos; garantir ao grupo GP INVESTIMENTOS, em troca do ágio que estava abrindo mão, a não tributação do ganho de capital que seria auferido.

Registra-se que o ágio transferido a FARMASA no valor aproximado de R\$ 170 milhões, em que pese ter aumentado o valor de mercado da FARMASA, não fora pago pela HYPERMARCAS. Isso porque, conforme se depreende do laudo de avaliação da FARMASA que embasou a incorporação de suas ações, é possível verificar que, dos R\$ 900 milhões, a HYPERMARCAS aumentou o seu capital em R\$ 800 milhões. Ou seja, essa diferença entre o valor de mercado da FARMASA apurado pelo laudo e o aumento de capital pela HYPERMARCAS com a incorporação de ações realizada no dia 01/06/2008 demonstra que o ágio transferido da SETIBA para a FARMASA não fora cobrado pelo grupo GP INVESTIMENTOS, mas sim fez parte do negócio como um benefício concedido a HYPERMARCAS.

Pelo exposto, demonstra-se que, ao contrário do que afirma o recorrente, a cisão/incorporação da SETIBA não tem qualquer relação com a aquisição das ações da FARMASA pela própria SETIBA, mas sim relação direta com a incorporação de ações da FARMASA pela HYPERMARCAS. Por outro lado, também são fatos inquestionáveis os efeitos fiscais que essa cisão/incorporação proporcionou a todos os envolvidos.

Confirma-se portanto que o objetivo das operações societárias era fazer com que a parcela da Setiba, que detinha 50% do Farmasa, fosse eliminada da estrutura societária, fazendo com que as ações da Hypermarcas, por ocasião do acordo de incorporação das ações do Farmasa, ficasse sob a propriedade direta do investidor não residente, atendendo, desta forma, o previsto na Resolução CMN 2.689. **Se a parcela da Setiba não fosse eliminada da**

estrutura societária, isto não seria possível, pois não seria um investidor estrangeiro que estaria alienando as ações da Hypermarchas na bolsa e sim, uma empresa nacional, sujeita ao imposto de renda sobre o ganho de capital.

No que tange à alegação do recorrente de que a cisão/incorporação da SETIBA tinha o intuito de transferir o registro de capital aberto para a FARMASA, houve realmente um Pedido de Registro como Companhia Aberta por Sucessão feito à CVM, em 30/05/2008, mas apenas em função da obrigatoriedade nos termos do artigo 223, § 3º, da Lei nº 6.404/76, tendo em vista que a Setiba, de capital aberto, detentora de 50% das ações do Farmasa, tinha empreendido uma cisão parcial com incorporação, em 31/03/2008.

Conforme afirmou a fiscalização, não haveria lógica de pedir um registro de companhia aberta, se as suas ações seriam incorporadas por uma sociedade de capital aberto. Prova de que tal pedido foi feito apenas para atender a legislação societária, é que ele se deu apenas dois dias antes do Acordo de Incorporação de Ações com a Hypermarchas. O Pedido foi feito em 30/05/2008(sexta-feira) e o Acordo foi assinado em 01/06/2008.

É indiscutível que se está diante de um planejamento tributário, composto por uma sequência de operações que estão desprovidas de qualquer propósito negocial, buscando exclusivamente a economia de tributos. A cisão seguida de incorporações de ações da SETIBA mostra-se desprovida de qualquer substância econômica; sua finalidade era exclusivamente fiscal e, portanto, não pode prevalecer contra o Fisco.

2.2.2 Da alegação de ilegitimidade da recorrente

A recorrente alega erro na identificação do sujeito passivo da obrigação tributária ora exigida. Argumenta que não era detentora das ações da Farmasa incorporada pelas Hypermarchas, logo não poderia a Fiscalização ter apurado ganho de capital em face da SETIBA.

Conforme já relatado, a SETIBA foi a empresa que adquiriu as ações da Farmasa. Com a desconsideração do planejamento tributário abusivo, pelas razões já expostas, tem-se que essas ações foram negociadas enquanto pertenciam ao recorrente, que auferiu o ganho de capital quando da alienação dessas ações, portanto a SETIBA é o sujeito passivo da obrigação ora exigida.

Portanto rejeita-se a alegação de erro na identificação do sujeito passivo.

2.2.3 Da alegação de cobrança indevida de juros sobre a multa de ofício

O recorrente alega a ilegalidade da cobrança de juros sobre a multa. Argumenta que os juros calculados com base na taxa SELIC não poderão ser exigidos sobre essa penalidade, por absoluta ausência de previsão legal.

Esse assunto encontra-se pacificado no âmbito do Carf, tendo sido editada a súmula nº 108, *in verbis*:

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

Todavia, verifica-se que esse tema não foi objeto das impugnações, e por consequência não foi analisado pelo acórdão de 1º Instância.

Portanto a alegação de ilegalidade da cobrança de juros sobre a multa de ofício não deve ser reconhecida por esse Colegiado, para evitar violação à ampla defesa e ao contraditório da Fazenda Nacional, pois lhe usurpará um instância julgadora.

3. Do Recurso de Ofício

A decisão a quo, conforme já relatado, deu provimento à impugnação de Allan Hadid, de Antônio Carlos, Augusto Ribeiro Bonchristiano e de Fersen Lamas Lambranh, considerando insubsistente o lançamento em relação a eles. Também decidiu-se afastar a multa qualificada, reduzindo o percentual de 150% para 75%.

Por estes motivos, os autos foram remetidos ao CARF, em atenção ao disposto no art. 34, inciso I, do Decreto nº 70.235/1972 (recurso de ofício).

3.1 Da Multa qualificada

A Recorrente alega que todas as operações societárias foram devidamente registradas e levadas ao conhecimento de todos os órgãos competentes, (sem quaisquer questionamentos), logo não houve a fraude necessária à imposição da multa agravada no presente caso, motivo pelo qual deve-se manter a redução da multa qualificada nos termos da decisão ora recorrida.

A decisão *a quo* deu lugar à aplicação da multa de 75%, pois entendeu que, no caso em tela, a controvérsia gira em torno da validade e da eficácia contra a Fazenda de uma operação de cisão de empresa, seguida de incorporação, realizada no bojo de um processo de reestruturação societária. A matéria longe está de ser pacífica. Há dissenso doutrinário e jurisprudencial acerca da legitimidade dessas operações. Desse modo, não se afigura correto exacerbar a multa, supondo ter havido dolo e manifesto intuito de fraude, quando o assunto ainda suscita discussão.

Contextualizando, a multa de ofício qualificada estipula a duplicação da multa de mora (de 75%), nos casos previstos nos art. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964, que envolve as figuras da sonegação, fraude e conluio.

A autoridade fiscal entendeu que o procedimento da fiscalizada enquadra-se no disposto no § 1º do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que em sua redação original, e na atual, limita-se a remeter, dentre outros, ao art. 72 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, e que tem a seguinte redação:

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Enquadra-se, também, no Inciso I do artigo 2º, da Lei 8.137/90:

Transcreve-se excertos do Termo de Verificação Fiscal que descrevem, em síntese, a conduta da Recorrente:

87. Diante do exposto, conclui-se que a Cisão Parcial da Setiba, seguida de Incorporação pelo Farmasa não teve um propósito negocial conforme se tentou transparecer por meio das justificativas mencionadas em AGE, mas sim, o objetivo único e exclusivo de não pagar o IRPJ e a CSLL sobre o ganho de capital decorrente da incorporação de ações.

88. Como a avaliação das ações do Farmasa foi feita pelo seu valor econômico, há um ganho de capital na operação, obtido pela diferença entre o patrimônio líquido contábil da investida (Farmasa) e o valor (superior) pelo qual as ações foram realmente transferidas.

89. A conduta da fiscalizada, juntamente com seus acionistas, foi a de criar uma pseudo-situação que se enquadrasse numa tributação mais benéfica, buscando desta forma evitar a subsunção do negócio praticado ao fato impositivo, objetivando suprimir o IRPJ e a CSLL.

90. Pretendeu, por meio de um planejamento tributário abusivo, realizar uma cisão seguida de incorporação como medida preparatória para realizar a incorporação de ações sem o pagamento dos tributos devidos.

Preliminarmente, cabe destacar que a multa de ofício simples (75%) tem o seu contexto de aplicação nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata, nos termos do art. 44, I, da Lei nº 9.430/1996 (com alteração dada pela Lei nº 11.488/2007). Note-se que não há condições de enquadramento direto em nenhuma destas hipóteses, para os atos da recorrente que objetivaram deslocar, indevidamente, o ganho de capital auferido para a pessoa jurídica domiciliada na exterior.

Não haveria, aqui, em se falar em falta de pagamento ou recolhimento, falta de declaração e no de declaração inexata.

Há uma conduta da Recorrente, nitidamente dolosa, que objetivou o impedimento da real ocorrência do fato gerador, modificando-o.

O elemento dolo, um tanto subjetivo, não há de ser extraído da mente do seu autor, mas sim das circunstâncias que envolvem os fatos a serem analisados.

Verifica-se que por meio de atos e negócios meramente formais, a recorrente, em conluio com outras empresas do seu grupo empresarial declararam ao Fisco um situação inexistente com o objetivo de evitar a tributação de um capital auferido.

Ressalta-se que a cisão seguida de incorporação nunca teve o intuito de transferir para a FARMASA parte do patrimônio da SETIBA, mas criar as condições necessárias para a incidência de isenção de ganho de capital prevista no art. 69 da IN RFB nº 1.022/2010.

Contata-se que a SETIBA não fora extinta pelo grupo GP INVESTIMENTOS. A cisão/incorporação envolveu apenas o investimento representado pelas ações da FARMASA e o ágio. Ou seja, com a exclusiva finalidade de se evadir da tributação do ganho de capital, parte do patrimônio foi retirado da SETIBA.

Verifica-se que, caso as partes envolvidas não tivessem procedido à cisão e posterior incorporação, a recorrente teria alienado suas ações da FARMASA e posteriormente aquelas da HYPERMARCAS, auferindo aumento patrimonial passível de tributação. Contudo, por meio das operações societárias formais, todo o ganho auferido foi deslocado para o exterior, como se o verdadeiro titular das ações da FARMASA fosse um investidor estrangeiro, de forma a não tributar o ganho de capital.

Conforme apurado pela Fiscalização, o curto espaço de tempo entre elas, o fato de tais operações terem envolvido justamente as ações da FARMASA, e a relação existente entre essas operações e a posterior incorporação de ações, demonstram a exclusiva finalidade fiscal e o evidente intuito de fraudar o Fisco.

No caso concreto, pelo todo o quanto aqui exposto, resta claro que a recorrente conscientemente agiu para distorcer os fatos, com a precípua finalidade de modificar as características do fato gerador, o que levou ao não pagamento dos tributos sobre o ganho de capital envolvido na operação.

O fato de não ter ocorrido nenhuma ilegalidade nos seus atos, e estarem todos registrados não exclui a modificação pretendida. Os atos formais, individualmente, até podem ser juridicamente válidos, mas não há substrato material, pois não refletem a realidade ocorrida.

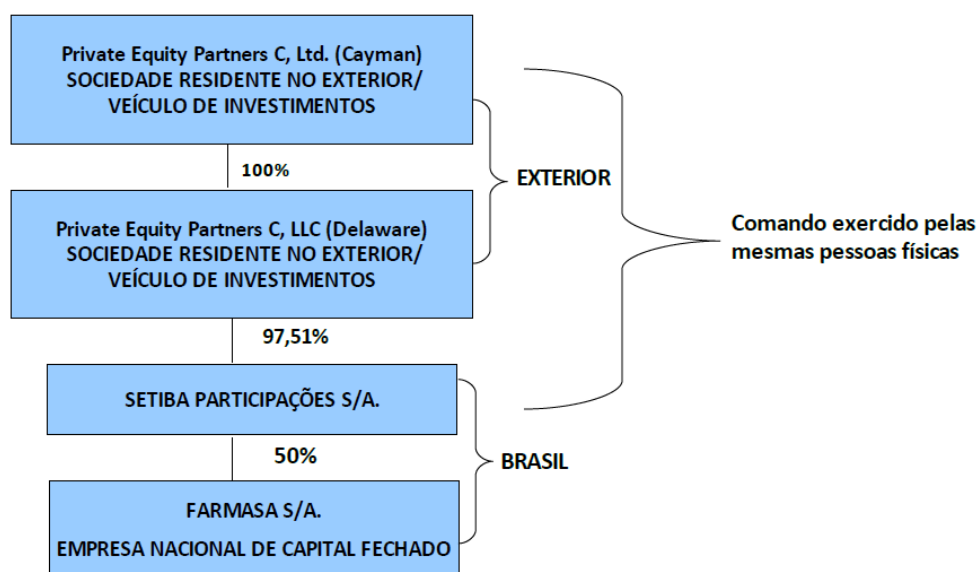
Inevitavelmente, haverá a intenção de dar ares de validade aos atos e contratos ocorridos, escriturando e documentando toda a operação adulterada. Naturalmente, se houver a fiscalização, não deverá ocorrer o acobertamento dos atos, e se tentará deslocar a discussão para o pólo jurídico. Acontece que todo o preparo documental da situação, não tendo amparo material, foi colocado para evitar a fiscalização e tentar demonstrar uma situação válida da modificação pretendida das circunstâncias do fato gerador.

Apenas com uma fiscalização, e um aprofundamento da análise documental é que se poderia ver os vícios contidos neste aporte documental. Ou seja, não há condições de se alegar a transparência e licitude dos seus atos, pois estão eivados de vício material, que procuraram demonstrar outra realidade às obrigações para com o erário, só identificáveis após certa investigação.

Pelas razões expostas, mostra-se devida a qualificação da multa de ofício pela Fiscalização, pois, por meio de atos meramente formais, o contribuinte apresentou ao Fisco uma versão falsa da realidade com o exclusivo intuito de se evadir do ganho de capital que iria ser auferido.

3.2 Da responsabilidade solidária das pessoas físicas

A Fiscalização ao analisar a estrutura societária da Setiba Participações, assim como os documentos coletados em diligência efetuada no representante legal da Private Equity Partners C, LLC no Brasil, constatou que as pessoas físicas que comandam todas as pessoas jurídicas abaixo apresentadas no diagrama são exatamente as mesmas, e usaram de seu poder de comando para efetuar operações financeiras e societárias que tentaram camuflar a ocorrência do fato gerador do imposto de renda sobre o ganho de capital auferido na operação de incorporação de ações do Farmasa pela Hypermarcas.



Por essas razões, a Autoridade Fiscal considerou a participação dos acionistas da Setiba (Fersen Lamas Lambranco, Antonio C. R. Bonchristiano e Allan Hadid) direta e incisiva para que se levasse a cabo a supressão do IRPJ e CSLL devido sobre o ganho de capital obtido pela pessoa jurídica na incorporação das ações do Farmasa, razão pela qual as mesmas são solidariamente responsáveis, conforme art. 124 inciso I do CTN.

Os acionistas da Setiba (Fersen Lamas Lambranco, Antonio C. R. Bonchristiano e Allan Hadid) impugnaram o lançamento, questionando a responsabilidade tributária, sob a alegação de que não há que se falar, no caso em análise: (i) de responsabilidade tributária antes de encerrada a esfera administrativa; (ii) em interesse comum que justifique a aplicação do art. 124, inciso i, do CTN.

3.2.1 Da alegação de ausência de responsabilidade tributária antes de encerrada a esfera administrativa

Os acionistas, inicialmente, destacam que a inclusão de responsáveis tributários no pólo passivo da obrigação tributária não é competência da Fiscalização, mas, sim, competência exclusiva da Procuradoria da Fazenda Nacional, em outras palavras, não poderia a Fiscalização imputar qualquer responsabilidade solidária aos Impugnantes, exigindo, por consequência, o pagamento do suposto crédito tributário com seus bens pessoais.

Afirmam ser inadmissível, quando do lançamento fiscal, qualquer ato tendente a restringir os bens dos administradores da pessoa jurídica, porquanto, nessa etapa, o crédito tributário estaria ainda pendente de constituição definitiva, podendo sofrer alterações. Desde modo a apreciação da responsabilidade tributária, no âmbito do processo administrativo, é precária, já que o lançamento pode ser total ou parcialmente anulado. Só na fase de execução é que se admitiria o ingresso do responsável na relação jurídica.

Além disso, alegam que apenas no momento da constituição definitiva do crédito tributário, com o eventual reconhecimento do dolo nas referidas operações é que poderia o Impugnante ser arrolado como sujeito passivo solidário, tendo em vista que até a constituição definitiva do crédito tributário, ou seja, até o encerramento do processo administrativo, não é possível atestar a efetiva prática de dolo dos administradores e, conseqüentemente, a validade do lançamento fiscal.

Quanto à alegação de incompetência da Fiscalização para incluir os responsáveis no pólo passivo não prospera, pois cabe à Autoridade fiscal, no curso do procedimento, identificar o sujeito passivo, seja esse contribuinte ou responsável, nos termos do art. 142 e 121 do CTN, *in verbis*:

*Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, **identificar o sujeito passivo** e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.(grifo nosso)*

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

*Parágrafo único. **O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:***

*I - **contribuinte**, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;*

*II - **responsável**, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.*

A afirmação de que apenas no momento da constituição definitiva do crédito tributário, com o eventual reconhecimento do dolo nas referidas operações é que poderia o Impugnante ser arrolado como sujeito passivo solidário, também não prospera, pois cabe à autoridade fiscal propor a penalidade aplicável, e para esse objetivo deve apurar se a conduta do sujeito passivo (contribuinte e/ou responsável) foi de forma dolosa ou não.

Ressalta-se que a Autoridade Fiscal deve atestar a efetiva prática de dolo nas referidas operações no curso do procedimento fiscal para aplicar a penalidade cabível.

3.2.2 Da alegação de não caracterização da responsabilidade tributária solidária em razão da ausência de "interesse comum"

Os Impugnantes alegam que não se verifica, no caso concreto, a presença do interesse comum previsto no artigo 124, I, do Código Tributário Nacional para dar ensejo à responsabilidade solidária.

Argumentam que é indispensável que se tenha em conta que o mero interesse fático eventual de uma determinada parte não é suficiente para caracterizar o interesse comum previsto no artigo 124, I, do Código Tributário Nacional para fins de adoção do instituto da responsabilidade solidária.

Deduzem que caso se adote o raciocínio de que todo aquele que possui algum interesse de fato na situação que constitui fato gerador da obrigação principal deve ser solidariamente responsabilizado, chegar-se-ia ao absurdo de responsabilizar tributariamente os empregados de uma empresa, bem como seus credores, os quais têm motivos para ter interesse em sua maior lucratividade. Por essa razão, não se pode dizer que os acionistas possuem interesse comum com a sociedade.

Ainda nessa linha, mencionam que se equivocou a Fiscalização ao tratar o Impugnante como "comandante" da estrutura. Não há como o Impugnante, na estrutura adotada, ter essa autonomia. Ainda que possa figurar como diretor da GP Investments (uma das Empresas GP), e seja membro do Conselho de Administração da Setiba (detendo somente por isso uma ação), não é acionista controlador.

Afirmam que em uma estrutura de fundos de investimento, tal qual como a ora discutida, não cabe a poucas pessoas (e muito menos a uma pessoa) tanto poder como vislumbra a Fiscalização. Há toda uma diligência necessária para gerir as empresas investidas como a Farmasa, além da necessidade de se seguir todas as orientações iniciais apresentadas aos Investidores Estrangeiros, com padrões mínimos de governança e respeito à regulamentação aplicável.

Alegam que a responsabilização de acionistas e administradores de uma pessoa jurídica somente pode ocorrer diante da comprovação da prática de atos contrários à lei e aos estatutos da empresa, o que de fato não ocorreu no presente caso, impossibilitando a autuação do Impugnante, especialmente em razão da configuração da estrutura analisada.

Na decisão *a quo* entendeu-se que não ter havido conduta dolosa e pelas mesmas razões que levaram à redução da multa devem ser adotadas para afastar a responsabilidade tributária dos administradores. Transcreve-se excertos da decisão nesse sentido:

A aplicação do art. 135 do CTN, que prevê a responsabilização pessoal de gerentes, diretores e representantes de pessoas jurídicas de direito privado,

tem como fundamento fático a prática de atos com excesso de poderes ou com infração de lei, estatuto ou contrato social. Subjacente a esse dispositivo também se encontra a má-fé, ou seja, a certeza de estar praticando ato ilícito, a fim de obter uma vantagem indevida, em detrimento da Fazenda.

Entretanto, se a situação que se discute no lançamento é controversa no âmbito da jurisprudência do próprio CARF, não é correto impor responsabilidade pessoal a administradores que, no interesse da entidade a que representam, se inclinaram por uma das posições em disputa.

É o que se verifica no caso dos autos. Não há, por isso mesmo, justa causa para estender aos administradores a responsabilidade pelo crédito tributário, razão pela qual devem ser excluídos do polo passivo Allan Hadid, Antônio Carlos Augusto Ribeiro Bonchristiano e Fersen Lamas Lambranh.

Como já visto, mostra-se devida a qualificação da multa de ofício pela Fiscalização, pois, por meio de atos meramente formais, o contribuinte apresentou ao Fisco uma versão falsa da realidade com o exclusivo intuito de se evadir do ganho de capital que iria ser auferido. Portanto foram afastados os argumentos da decisão *a quo*.

Quanto à alegação de não caracterização da responsabilidade tributária solidária em razão da ausência de "interesse comum" razão assiste aos Impugnantes, pois verifica-se que a acusação de interesse comum pela Fiscalização é bastante genérica e não demonstrou-se, **de forma individualizada**, as condutas realizadas pelos acionistas, "utilizando-se de seu poder de comando", para efetuar as operações financeiras e societárias que tentaram camuflar a ocorrência do fato gerador do imposto de renda sobre o ganho de capital auferido na operação de incorporação de ações do Farmasa pela Hypermarcas.

Nota-se que também não foi demonstrado pela Fiscalização que os Impugnantes teriam o poder decisório para realizar as referidas operações financeiras e societárias. Pesa em favor dos Impugnantes a afirmação que em uma estrutura de fundos de investimento, tal qual como a ora discutida, não cabe a poucas pessoas (e muito menos a uma pessoa) tanto poder como vislumbra a Fiscalização.

Entende-se que para a manutenção da responsabilização solidária se faz necessário a caracterização e comprovação dos atos praticados pelo responsáveis a fim de possibilitar o enquadramento.

No presente caso a simples alegação de que os acionistas da Setiba (Fersen Lamas Lambranh, Antonio C. R. Bonchristiano e Allan Hadid) tinham o poder de comando para realizar as operações financeiras e societárias que tentaram camuflar a ocorrência do fato gerador do imposto de renda, não implica, via de regra a imediata solidarização destes.

Conforme análise deste relator, não se comprovou a existência de simulação ou atos fraudulentos por parte dos Acionistas que pudessem se enquadrar na tipificação do art. 124, do CTN de modo hábil a caracterizar o interesse comum.

Pelo exposto, entende-se que, no caso, por não estarem presentes os elementos caracterizadores da responsabilização, voto no sentido de negar provimento ao recurso de ofício neste item.

Processo nº 16561.720167/2013-06
Acórdão n.º **1402-003.730**

S1-C4T2
Fl. 1.662

4. Conclusão

Ante o exposto, voto no sentido de rejeitas as preliminares de decadência e de inexistência de ganho tributável na incorporação de ações, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário, e dar provimento parcial ao recurso de ofício, para restabelecer a multa qualificada.

(assinado digitalmente)

Evandro Correa Dias

Declaração de Voto

Conselheira Junia Roberta Gouveia Sampaio

Conforme relatório fiscal, o trabalho fiscal foi instaurado com o objetivo de proceder às verificações relativas à incorporação de ações da FARMASA pela Hypermarcas.

Essa operação gerou um ágio em benefício da incorporadora no valor de R\$ 712,49 milhões. Alguns meses depois, a Hypermarcas incorporou o Farmasa. A fiscalização não contesta o ágio, mas a omissão de recolhimento do IRPJ/CSLL sobre o ganho de capital obtido pelas empresas que estavam alienando as ações. De acordo com o relatório fiscal, se foi permitido à Hypermarcas a dedução equivalente à 34% do ágio deveria haver a tributação do ganho de capital da outra ponta da operação.

A operação que deu origem ao planejamento fiscal questionado seria a transferência da participação que a Recorrente tinha no FARMASA (48,75%) para controle direto do investidor que estaria amparado pela Resolução 2689 e 1,25% para o Fundo de Investimento em participações - FIP.

A operação descrita no TVF teria sido a seguinte:

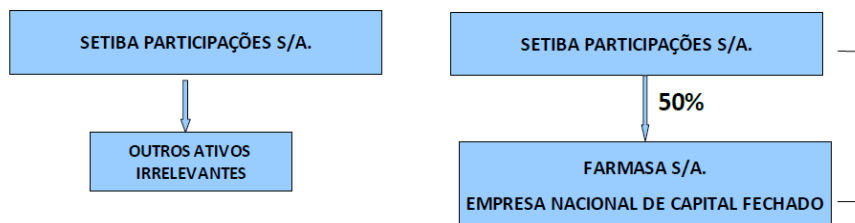
Os recursos foram remetidos pela Private Equity Partners C, LLC(Delaware), ao amparo da Resolução CMN 2.689/00, que por sua vez foram utilizados para subscrição de capital na Setiba Participações S/A.(holding brasileira).

As pessoas físicas que comandam todas essas pessoas jurídicas, sejam diretamente ou indiretamente por meio de outras PJs, são as mesmas.

Ato contínuo, a Setiba Participações S/A.(holding brasileira) adquire 50% das ações do Farmasa, uma empresa operacional brasileira de capital fechado.

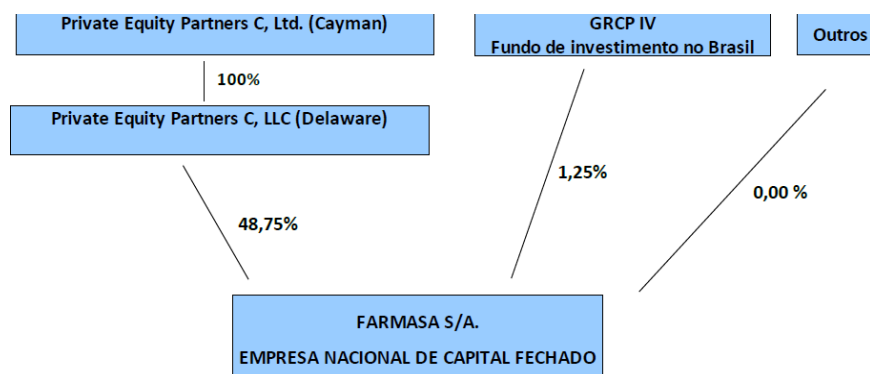
Três meses depois, a Setiba Participações S/A. é cindida parcialmente. Trata-se de uma cisão seguida de incorporação.

Essa cisão parcial envolveu apenas o investimento que ela detinha no Farmasa, de modo que a configuração ficou assim



O Farmasa incorpora a parte da Setiba que a controla – é uma incorporação reversa.

O investimento em Farmasa fica sob propriedade direta da Private(Delaware).



Obs: Outros 50% do Farmasa S/A pertencem à Paresi Holding S/A

Três meses depois, a Hypermarchas S/A., empresa de capital aberto nacional incorpora as ações do Farmasa

A Private(Delaware) recebeu ações da Hypermarchas S/A., em troca das ações das ações do Farmasa.

A Private(Delaware) passa a ser acionista(com 9,75%) da Hypermarchas, que por sua vez passa a ser controladora do Farmasa(100%).

Essa operação de incorporação de ações gerou um ágio de R\$ 712,49 milhões

Alguns meses depois, o Farmasa é incorporado pela Hypermarchas.

A Hypermarchas passa a deduzir tributariamente o ágio, o qual provoca numa redução do IRPJ e CSLL equivalente a 34% do seu valor.

Na incorporação de ações, onde nasceu esse ágio R\$ 712,49 milhões, não houve recolhimento do ganho de capital.

Um ano depois, a Private(Delaware) vendeu suas ações da Hypermarchas na Bolsa de Valores, com isenção do ganho de capital, por se tratar de um investimento amparado pela resolução CMN 2.689. Em suma:

- Recursos que advieram indiretamente de um paraíso fiscal,
- Ingressaram no Brasil ao abrigo da Resolução CMN 2.689/00 para uma empresa que nada tinha de operacional,
- Engendrou-se uma operação artificiosa de cisão seguida de incorporação, sem nenhum propósito comercial, para fugir da tributação do ganho de capital na incorporação de ações,

Em seguida, esses mesmos recursos saíram do Brasil sem nenhuma tributação, deixando um rastro de ágio que provoca uma redução nos tributos (IRPJ/CSLL) equivalente a 34% sobre o valor daquele ágio em uma ponta, sem que na outra ponta houvesse qualquer recolhimento de IR/CSLL sobre o ganho de capital aos cofres públicos,

•O recurso passou por Delaware(USA) apenas para se enquadrar nos ditames da citada Resolução e gozar da isenção dos tributos.

Verifica-se assim que o ponto essencial seria a operação de cisão da Recorrente que detinha as ações da FARMASA seguida da incorporação reversa da FARMASA das ações da SETIBA. Em razão dessa operação, a sociedade estrangeira (Delaware) se torna titular dos investimentos na por meio de troca de ações da Hypermarcas. Essa incorporação gera um ágio que, de acordo com a fiscalização, geraria, na outra ponta, um ganho de capital tributável. Um ano depois a sociedade estrangeira (Delaware) vende as suas ações na bolsa de valores com isenção do ganho de capital em razão do disposto na Resolução CMN 2.689.

A fiscalização aponta a ausência de propósito negocial na reorganização ocorrida, uma vez que tais alterações teriam sido motivadas apenas para que a Farmasa passasse a ser detida diretamente pela Sociedade em Delaware de modo que o ganho de capital decorrente da incorporação de ações pela Hypermarcas ficasse ao abrigo da isenção.

Esse ponto de vista foi ratificado pela decisão recorrida ao afirmar que curto lapso temporal entre as mencionadas operações de cisão parcial e a incorporação de ações seria um indício de ausência de propósito negocial, conforme se verifica pelo trecho abaixo transcrito:

Nesse sentido, o curto tempo de duração ou de permanência do negócio é um forte indício da ausência de propósito negocial, pois revela que na verdade as partes não pretendiam praticar o negócio declarado, mas sim atingir, por meio dele, um fim estranho, de ordem meramente tributária.

É o que se passa no caso em exame. A cisão da impugnante seguida de incorporação pelo Laboratório Farmasa criou uma situação jurídica que durou pouco mais de dois meses. Nesse exíguo lapso de tempo, a impugnante quer fazer crer que teria sido iniciada e concluída uma negociação (de quase R\$ 1.000.000.000,00), que consistiu na incorporação das ações do Laboratório Farmasa por um valor quatro vezes superior ao da aquisição da empresa, em dezembro de 2007.

Um negócio dessa envergadura não conclui em dois meses.

Como contraponto a Recorrente aponta as seguintes alegações:

a) A GP investments sociedade de capital aberto é importante gestora de fundos. Essa sociedade foi fundada no início da década de 90 e já investiu mais de 5 bilhões de dólares em mais de 50 empresas em 15 setores distintos da economia.

b) Em 2006 a SETIBA foi constituída para adquirir participações em outras sociedades no Brasil. A época dos fatos, a SETIBA era constituída pela Entidade Delaware, a qual era detida pela empresa em Cayman a qual, por sua vez, era controlada pelo Fundo GP.

c) Em 2007 a GP decidiu adquirir a FARMASA, empresa de capital fechado.

d) A Recorrente, quando da aquisição da FAMASA, pretendia promover abertura de capital dessa sociedade, o que ocorreria de forma mais célere e simples por meio da incorporação ou cisão, em razão da possibilidade de migração do seu registro de capital aberto para a referida empresa adquirida.

f) Em 31/03/2008 foi realizada a cisão parcial da SETIBA com a incorporação da FARMASA.

g) A razão para abertura de capital pretendida com a operação seria a de facilitar os processos de oferta pública de ações. Nesse sentido foi publicado fato relevante contendo a Ata de Assembléia Geral Extraordinária da Recorrente (que deliberou sua cisão e incorporação) seguido do ofício GAE/SER - 706/08, endereçado a bolsa de valores de São Paulo, bem como o pedido de registro como companhia aberta por sucessão da FARMASA.

h) A intenção de abertura de capital pela FARMASA foi noticiada no jornal Valor Econômico do dia 03/09/2007, portanto, antes da aquisição da Farmasa pela Recorrente.

i) Com isso procurou-se demonstrar que a Farmasa tinha o plano de realizar uma oferta inicial de ações para captar recursos o que coincidia com a estratégia de investimento do Grupo GP.

j) Alega a Recorrente não imaginava que a Hypermarchas viria, meses após a aquisição, e realizaria oferta para adquirir a FARMASA.

l) Para comprovar que a aquisição das ações da FARMASA pela Hypermarchas não faz parte de um negócio acordado previamente a incorporação de ações, a Recorrente junta notícia publicada no Estado de São Paulo de 03/06/2008 na qual são destacados os seguintes fatos

1.1) A aquisição da Farmasa pela Hypermarchas seria feita em até 45 dias,

1.2) Os negócios da Farmasa e da Hypermarchas são complementares

1.3) Apesar de contatos anteriores, as negociações teriam começado há cerca de um mês da data da publicação da notícia.

1.4) As negociações da incorporação de ações somente começaram ocorrer após a realização da cisão da Recorrente.

m) Sendo assim, quando da incorporação de ações da FARMASA, suas ações já eram detidas pela entidade em Delaware não havendo sentido vincular a cisão parcial da Recorrente à incorporação de ações da Farmasa pela Hypermarchas.

n) O opção pela cisão parcial não buscou nenhuma economia tributária que não ocorreria se a operação se verificasse de outras maneiras, o que evidencia tratar-se de uma opção fiscal.

o) Seria muito mais simples que a Recorrente tivesse incorporado a Farmasa para a alienação das participações societárias da Farmasa à Hypermarcas com o aproveitamento de não tributação do ganho de capital. No entanto, tal hipótese não seria interessante, uma vez que a Recorrente teria que obter todas as licenças já detidas pela Farmasa.

Do conjunto de fatos acima narrados, é possível identificar que a operação questionada fundamenta-se em dois indícios de planejamentos fiscais não oponíveis ao fisco. Alega a fiscalização a existência de operações estruturadas em sequência (*step transations*) e a utilização das "sociedades efêmeras".

Em relação às operações estruturadas em sequência, esclarecedoras as observações de Marco Aurélio Greco em sua obra Planejamento Fiscal:

Sob esta denominação estão as step transations, vale dizer, aquelas sequências de etapas em que cada uma corresponde a um tipo de ato ou deliberação societária ou comercial encadeado com o subsequente para obter determinado efeito fiscal mais vantajoso. Neste caso, cada etapa só tem sentido se existir a que lhe antecede e se for deflagrada a que lhe sucede. (GRECO, Marco Aurélio - Planejamento Fiscal, ed. Dialética, p. 345)

Conforme observa a Recorrente, a cisão não era etapa necessária para que a operação final estivesse ao abrigo da isenção aplicável a empresa estrangeira. Ou seja, era possível que a Recorrente tivesse realizado diretamente a incorporação da FARMASA que, ainda assim, seria possível a isenção tida como objetivo final da operação questionada.

Além disso, à época dos fatos geradores, o CARF possuía decisões no sentido de que a operação de incorporação de ações não configurava hipótese de alienação. Sendo assim, independente das operações antecedentes, a referida operação seria uma hipótese de não incidência.

Por fim, é importante destacar que a fiscalização não trouxe qualquer prova no sentido de que o encadeamento das operações já teria sido previamente acordado tal como se verificou, por exemplo, no julgamento do Acórdão 101-96087, de 29/03/2007 (Caso Batavo).

Como reconheceu a decisão recorrida, a desconsideração da operação realizada se deu, fundamentalmente, em razão do exíguo prazo de tempo em que "*teria sido iniciada e concluída uma negociação (de quase R\$ 1.000.000.000,00), que consistiu na incorporação das ações do Laboratório Farmasa por um valor quatro vezes superior ao da aquisição da empresa, em dezembro de 2007.*"

No entanto, como aponta Marco Aurélio Greco, o espaço de tempo entre as operações é apenas um indício da unidade das operações e, por isso, não pode ser considerado isoladamente. Nesse sentido, confira-se:

Outro elemento importante nestas operações em etapas diz respeito ao tempo que medeia cada uma delas. Vale dizer, quanto tempo deve transcorrer entre as etapas para que seja possível considerar cada uma delas separadamente - como

operações autônomas e, portanto, com efeitos próprios em relação ao fisco?

(...)

O tempo isoladamente considerado não é conclusivo. Em certas hipóteses, a proximidade temporal (p. ex., alterações societárias ocorridas no curso de algumas horas mediante ingresso de novo sócio, reavaliação da empresa, cisão seletiva, etc). é um indício da unidade da operação. Mas em outras hipóteses o lapso temporal curto pode se justificar em função de algum evento relevante para o empreendimento que tenha ocorrido no interregno (p. ex anúncio de uma medida governamental, anúncio da proibição de importação de certo produto por determinado país, acidente ocorrido, etc).(GRECO, Marco Aurélio. ob cit. p. 346/347).

Diante do exposto, entendo que o curto lapso temporal entre as operações de cisão (ora questionada) incorporação às avessas da Recorrente pela Farmasa e posterior incorporações de ações desta pela Hypermarchas não pode, isoladamente, ser considerado como prova de planejamento fiscal abusivo realizado por meio de "step transations", especialmente se levarmos em consideração que as operações teriam o mesmo efeito fiscal ainda que realizadas em estrutura organizacional distinta.

Outra situação apontada no trabalho fiscal foi o fato de a cisão promovida pela Recorrente teve como único objetivo a criação de um "sociedade veículo" cujo único objetivo era se inserir na norma de isenção aplicável à sociedade em Delaware, conforme se verifica pelo trecho abaixo transcrito:

Engendrou-se uma operação artificiosa de cisão seguida de incorporação, sem nenhum propósito negocial, para fugir da tributação do ganho de capital na incorporação de ações

De acordo com a fiscalização, a cisão tinha como único objetivo a criação de uma sociedade cujo objetivo era permitir a economia tributária em questão. A existência das denominadas "sociedades efêmeras" é um indício da realização de operações não oponíveis ao fisco. Trabalha-se, no caso, com as chamadas presunções *ominis*, as quais podem ser infirmadas por razões negociais. Nesse sentido, mais uma vez, relevantes as observações de Marco Aurélio Greco:

O simples fato de a sociedade ser efêmera não significa haver contaminação da operação. Podem existir razões suficientes que levam à extinção imediata da pessoa jurídica. Alguém pode ter constituído uma pessoa jurídica às nove horas da manhã e ter que extingui-la ao meio dia do mesmo dia por algum fato externo que o justifique. Não é pelo simples fato de ser efêmera que a operação estará contaminada, mas ser efêmera gera um questionamento quanto ao motivo pelo qual foi efêmera. Porque que foi criada e extinta naquele dia? Por vezes, dentro de um planejamento a sociedade é criada para participar de determinado negócio ou receber determinado patrimônio em trânsito para uma outra pessoa jurídica, eventualmente ligada à figura do ágio; feito isto pode desaparecer.

No caso dos autos, é inconteste que a Farmasa era uma sociedade de capital fechado e que a incorporação permitiria a abertura de capital, conforme disposto no artigo 233 da Lei das S/A. A intenção de abertura de capitais por parte da Farmasa foi noticiada no Jornal Valor Econômico do dia 03/09/2007. Da mesma forma, notícia publicada no Estado de São Paulo do dia 03/06/2008 informa que a negociação da Hypermarcas para aquisição da Farmasa foi realizada após a operação de cisão.

É importante analisar qual o valor probatório das referidas matérias jornalísticas. No entanto, a prova da simulação ou a da sua ausência, dificilmente é realizada por meio de prova direta. A fiscalização trabalha com fatos indiciários, muitas vezes, baseando-se em presunções *ominis*, como no caso dos autos. Sendo assim, deve-se admitir ampla instrução probatória, tanto para demonstrar a ocorrência da simulação quanto para infirmá-la. O CARF tem aceito que a composição do conjunto probatório se dê, dentre outras, pelas notícias jornalísticas, como se verifica pelo voto vencedor proferido pelo Conselheiro Marcio Henrique Sales Parada no Acórdão nº 2202-004.013:

Além da questão tributária, tem-se ainda outros campos, como o econômico, o empresarial e o do consumidor, a encaminhar a alienação pela pessoa física. Vejamos que em 27 de novembro de 2007, o jornal O Estado de São Paulo (Estadão), noticiou que "o Grupo Bertin, segundo maior exportador de carne bovina do país, anunciou a compra do controle da Vigor, uma das líderes no mercado de produtos lácteos da região Sudeste".

Nessa notícia, que interessa ao mercado e a investidores, informa-se ainda que "foram compradas 56% do total de 74,69% das ações ordinárias da Goult Participações, de propriedade de Carlos Alberto Mansur...Carlos Alberto vendeu o controle, mas continuará na gestão, dividindo as decisões com os novos controladores...". (disponível em <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,frigorificobertincompraavigor,86375>, pesquisa realizada em 29/07/2017).

Ou seja, o "nome" de Carlos Alberto Mansur faz diferença no mercado, considerando sua expertise empresarial, e o fato de ter vendido e "continuar na gestão" representa informação relevante e com efeitos econômicos.

Além disso, tratando-se de grandes grupos empresariais, com ações negociadas em bolsa de valores, interessa também a terceiros e investidores. Logo depois dessas operações, o mesmo jornal O Estado de São Paulo noticiava em 27 de agosto de 2009 que "depois de registrar lucro recorde no segundo trimestre do ano, a Bertin prepara finalmente sua abertura de capital..."

A citada cisão na CM INDÚSTRIA foi formalizada em 30 de outubro de 2007 e registrada na JUCESP em 07/12/2007. A partir daí, conforme o registro público, ela não era mais a proprietária indireta da VIGOR (fl. 883 a 903).

Sendo assim, considero que a necessidade de abertura de capitais realizada por meio de incorporação reversa da SETIBA (Recorrente) pela Farmasa expressa motivação e razão negocial para realização da operação discutida.

Por fim, ainda que não se entenda válido o planejamento ora discutido, entendo correta a redução da multa de 150% promovida pela decisão recorrida. Em primeiro lugar porque, como visto, todo o trabalho fiscal se baseou em provas indiciárias e presunções *ominis*. Ainda que se entenda que tais provas são suficientes para desconsiderar a operação, não podem não comprovam o dolo necessário a aplicação da multa qualificada. Como esclarece Marco Aurélio Greco:

Outra observação a ser feita é a de que a incidência do inciso II do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, que leva à multa mais onerosa, supõe a ocorrência inequívoca do intuito fraudulento.

Vale dizer, não é toda e qualquer hipótese de falta de pagamento, etc. prevista no inciso I que vai levar a multa em dobro.

*Se não houve o intuito de enganar, esconder, iludir, mas se, pelo contrário, o contribuinte agiu de forma clara, deixando explícitos seus atos e negócios, de modo a permitir a ampla fiscalização pela autoridade fazendária, e se agiu na convicção e certeza de que seus atos tinham determinado perfil legalmente protegido - que levava ao enquadramento em regime ou previsão legalmente mais favorável - **não se trata de caso regulado pelo inciso II do artigo 44, mas sim de divergência de qualificação jurídica dos fatos; hipótese completamente distinta da fraude a que se refere o dispositivo.***

A multa agravada só tem cabimento se o elemento subjetivo do tipo for a fraude no sentido de enganar, esconder, iludir etc.

Hipóteses de razoável e justificável divergência de qualificação jurídica não configuram a "fraude" a que se refere o inciso II. Poderão em tese configurar fraude civil ou fraude à lei, mas esta não está alcançada pelo inciso II. (grifamos)

Além disso, o artigo 112 do Código Tributário Nacional é claro ao dispor que "A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto à capitulação legal do fato". Nesse caso, entendo que a existência de decisão da Câmara Superior de Recursos Fiscais no Acórdão 9202-003.579 deve ser utilizada como atenuante ao agravamento da pena.

Em face do exposto, dou provimento ao recurso.

(Assinado digitalmente)

Júnia Roberta Gouveia Sampaio.