



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

Processo n° 19311.720049/2015-91
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1201-002.476 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de setembro de 2018
Matéria IRPJ e reflexos
Recorrente CPQ BRASIL S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2010

AUTO DE INFRAÇÃO. VALIDADE.

Satisfeitos os requisitos do art. 10 do Decreto 70.235/72 e não tendo ocorrido o disposto no art. 59 do mesmo decreto, válidos são os autos de infração.

LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO. NATUREZA INQUISITORIAL. IMPUGNAÇÃO. INÍCIO DO LITÍGIO.

Dada a natureza inquisitorial da atividade de lançamento, tal ato não se submete ao crivo do contraditório e da ampla defesa, os quais poderão ser plenamente exercidos na impugnação, que instaura a fase litigiosa do procedimento.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2010

EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL. GANHO TRIBUTÁVEL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR.

Não há ocorrência do fato gerador do IRPJ e da CSLL em relação à acréscimo patrimonial reconhecido por meio de equivalência patrimonial decorrente de eventos ocorridos em empresas controladas.

LANÇAMENTO DECORRENTE. CSLL.

A solução dada ao litígio principal, relativo ao IRPJ, aplica-se, no que couber, aos lançamentos decorrentes, quando não houver fatos ou argumentos a ensejar decisão diversa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário da pessoa jurídica autuada, e, por unanimidade, em afastar do pólo passivo o responsável tributário (Sr. Alberto Carneiro Neto). Vencido o conselheiro José Carlos de Assis Guimarães (relator) que dava provimento ao recurso voluntário da autuada em menor extensão, para reduzir a multa de ofício para 75% e reconhecer a decadência do PIS e Cofins. Designado o conselheiro Luis Fabiano Alves Penteado para redigir o voto vencedor no que se refere ao recurso da pessoa jurídica/autuada. A conselheira Ester Marques Lins de Sousa acompanhou o voto vencedor pelas conclusões.

(assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa - Presidente

(assinado digitalmente)

José Carlos de Assis Guimarães - Relator

(assinado digitalmente)

Luis Fabiano Alves Penteado - Redator Desigando

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Eva Maria Los, José Carlos de Assis Guimarães, Luis Henrique Marotti Toselli, Rafael Gasparello Lima, Gisele Barra Bossa, Paulo Cezar Fernandes de Aguiar, Luis Fabiano Alves Penteado e Ester Marques Lins de Sousa (Presidente).

Relatório

CPQ BRASIL S/A, na condição de contribuinte e **ALBERTO CARNEIRO NETO** como responsável tributário recorrem a este Conselho com fulcro no art. 33 do Decreto nº 70.235, de 1972, objetivando a reforma do acórdão nº 16-73.956, sessão de 30 de junho de 2016, da 10ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo (SP) que, por unanimidade de votos, julgou improcedente as impugnações, mantendo o crédito tributário exigido.

Por bem refletir o litígio até aquela fase, adoto o relatório da decisão de primeira instância, completando-o ao final:

Conforme o Termo de Verificação Fiscal (TVF) de fls.1216-1241, em ação fiscal empreendida junto à contribuinte MCN Participações e Empreendimentos S/A (MCN), CNPJ 04.795.012/0001-00, incorporada pela CPQ Brasil (CPQ), relativa aos fatos geradores ocorridos no 1º trimestre do ano-calendário 2010, a fiscalização apurou os fatos descritos a seguir:

1. Introdução

A MCN pretendeu aumentar sua participação na CPQ adquirindo ações de investidora que sairia do negócio, pagando as ações com recursos da CPQ no valor de 40 milhões de reais, sendo que o patrimônio da CPQ era de 20 milhões de reais.

O negócio foi realizado por meio de empresa intermediária que tomou financiamento bancário garantido por nota promissória. Posteriormente, essa empresa intermediária foi incorporada pela CPQ, e seu ativo (ações da CPQ) entregue à MCN, enquanto que o passivo foi entregue à CPQ, que emitiu debêntures e pagou a dívida com os recursos levantados.

A legislação proíbe ao sócio retirar, sem reposição, recursos de empresa em prejuízo do capital (fraude à lei societária). No caso, é impossível a uma empresa de patrimônio líquido de 20 milhões de reais pagar uma dívida de 40 milhões contraída por sócio em prejuízo da empresa e sem reposição por parte do sócio.

A MCN utilizou-se de incorporação reversa em que o ágio fez parte integrante do acervo transferido da investidora incorporada para a investida incorporadora. O lançamento contábil do ágio na incorporadora deu-se em contrapartida a conta de passivo recebido da incorporada, em vez de conta de reserva especial de ágio na incorporação. O artifício contábil levou a CPQ a contabilizar o recebimento de um acervo negativo de cerca de 16 milhões de reais e a reduzir o capital para cerca de 1 milhão de reais, quando o real acervo recebido é cerca de 69 milhões negativos, sendo o verdadeiro capital resultante dessa incorporação de cerca de 51 milhões de reais negativos.

As partes praticaram atos em fraude à lei societária, usando uma fraude contábil, simulando a transferência de um ativo para fraudar a lei societária no que respeita a incorporação, e simulando uma incorporação para fraudar a lei societária na retirada de recursos da empresa em favor de sócio, sem reposição, em prejuízo do capital.

A MCN foi a beneficiária do pagamento, feito pela CPQ, do empréstimo levantado para aquisição de ações. Esse pagamento deu-se em prejuízo do capital e do patrimônio líquido da CPQ. Após dois anos, em outro negócio jurídico, distinto do aqui analisado, a CPQ incorporou a MCN.

O pagamento feito pela CPQ em benefício da MCN é receita tributável da MCN. Lançou-se na CPQ, sucessora da MCN por incorporação, o IRPJ, CSLL, PIS e Cofins incidentes sobre o ganho decorrente desse pagamento conforme arts. 43 e 149, inciso VII, do CTN.

2. Fatos constatados

Os participantes do negócio são:

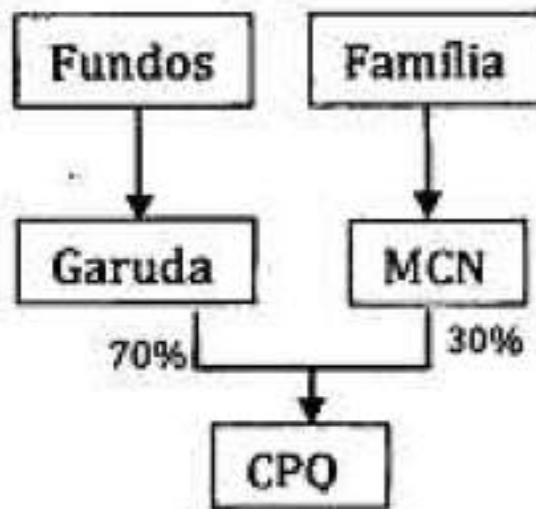
- CPQ Brasil S/A (CPQ), CNPJ 74.552.068/0001-10*
- MCN Participações e Empreendimentos S/A (MCN), CNPJ 04.795.012/0001-00*
- Garuda S/A (Garuda), CNPJ 02.134.838/0001-01*

- *Arthemia Participações S/A (Arthemia), nova denominação social de S.R.X.S.P.E. Empreendimentos e Participações S/A (SRXSPE), CNPJ 11.178.056/0001-57*

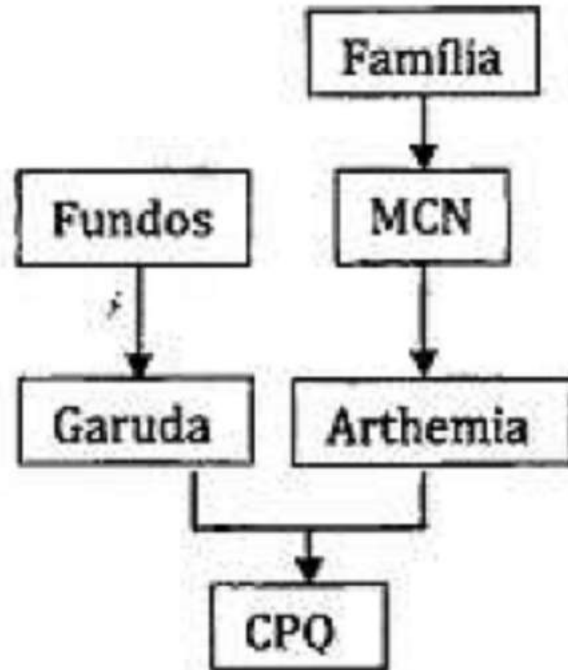
- *Banco Standard de Investimentos S/A (Standard), CNPJ 04.866.275/0001-63*

- *Sr. Alberto Carneiro Neto (Sr. Alberto), CPF 048.376.358-65[*

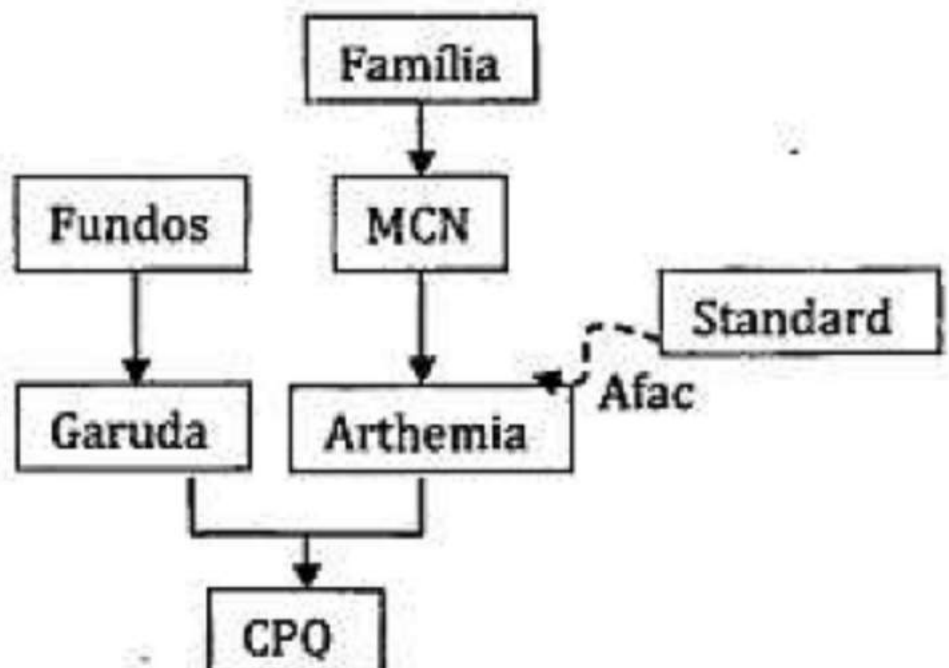
Até 11/2009, a propriedade da CPQ era dividida entre a Garuda (70% das ações) e a MCN (30%). Por sua vez, a Garuda pertencia a fundos de investimento, enquanto a MCN pertencia a duas famílias. O gráfico a seguir representa a situação descrita, bem como os que se seguem (o gráfico completo consta às fls.1.232 e foi retirado do acórdão 1301-001.516 do processo 19311.720445/2012-76, que trata de glosa de amortização de ágio da CPQ):



As mudanças societárias começam com a aquisição da Arthemia (antiga SRXSPE) pela MCN, que integralizou 100% do capital da nova empresa em 13/11/2009 mediante entrega dos 30% de ações de emissão da CPQ. Com isso, a Arthemia passou a ter 30% das ações da CPQ, e a MCN passou a participar indiretamente na CPQ.

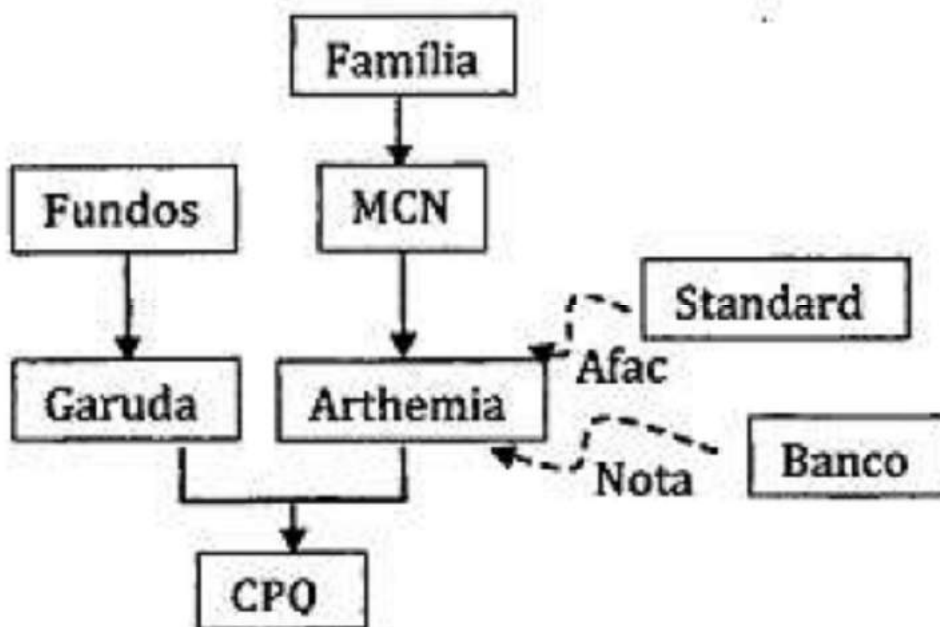


Em 25/11/2009, o Banco Standard assinou, com a Arthemias, Contrato de Investimento, bem como Contrato de Adiantamento para Futuro Aumento de Capital (Afac), pelo qual em 02/12/2009 o Standard emprestou à Arthemias 30 milhões de reais com adiantamento para futuro aumento de capital. Firmou-se também o Acordo de Acionistas da Arthemias Participações S/A, sujeito à vigência do contrato de investimento e desde que a Garuda tivesse sido adquirida em leilão.

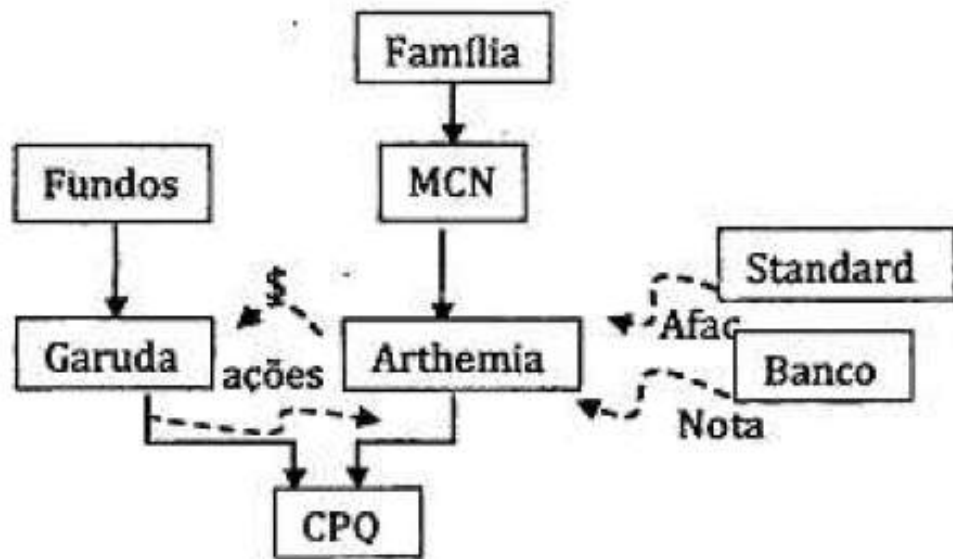


O objetivo do Standard era, caso a Garuda fosse adquirida em leilão pela Arthemina, converter o adiantamento em participação de 50% na Arthemina, permanecendo a MCN com os restantes 50%, conforme cláusula 4 do Contrato de Investimento. A Arthemina passaria então a deter indiretamente 100% da CPQ. Se não houvesse a aquisição no leilão, o Standard desistiria do negócio. O Contrato de Investimento previa ainda que a Arthemina tomaria emprestado os recursos faltantes para aquisição da Garuda.

Em 03/12/2009 a Arthemina tomou emprestado 40 milhões de reais junto à Cetip S/A, mediante emissão de nota promissória mercantil, para completar os 70 milhões de reais necessários à compra da parte da Garuda pertencente aos fundos que se retiravam do negócio.

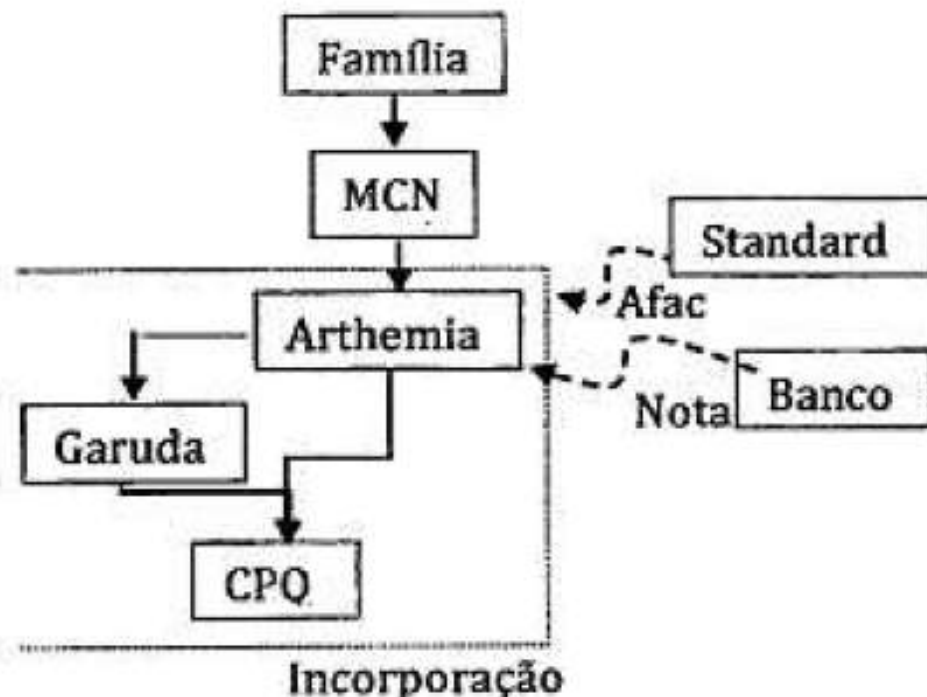


As ações da Garuda foram leiloadas pela BMF Bovespa S/A, e a Arthemina adquiriu a totalidade das ações no valor de R\$69.017.032,08. O custo de aquisição implicou o registro de um ágio na aquisição do investimento na Garuda no valor de R\$52.989.186,29, fundamentado em expectativa de rentabilidade futura, nos termos do art.385, § 2º, inciso II, do RIR/99.



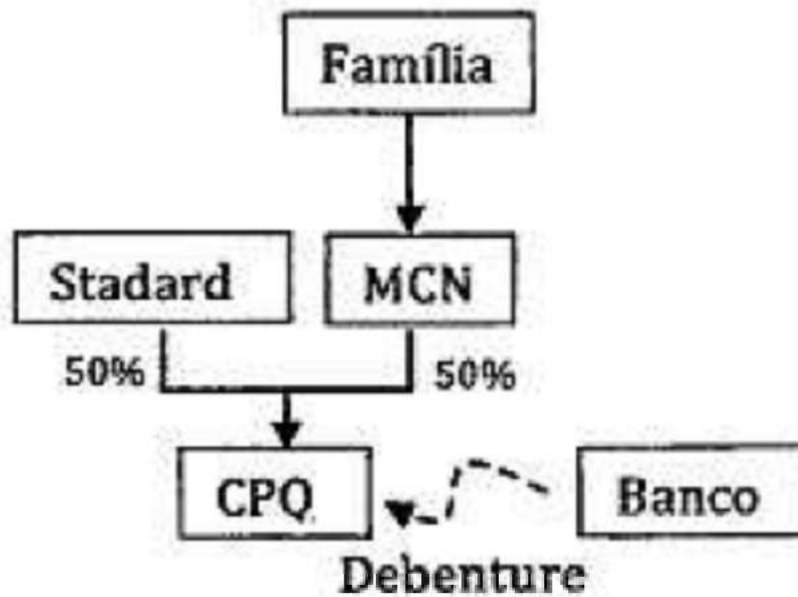
Com essa aquisição, a Arthemia passou a deter 100% do capital da CPQ (30% diretamente e 70% de forma indireta), sem considerar a participação de administrador com duas ações.

Em 31/12/2009, a CPQ incorporou a Garuda e, em seguida, a Arthemia, passando a MCN a deter 100% das ações da CPQ. O ágio que antes era de aquisição do investimento na Garuda passou a ser ágio de aquisição de investimento na CPQ.



Em 15/01/2010, a CPQ emitiu debêntures no valor de 40 milhões de reais e pagou em 01/02/2010 a dívida contraída pela Arthemia com a Cetip. Em seguida, ocorreu a capitalização do

Afac, passando a MCN e o Standard a deter, cada um, 50% das ações da CPQ.



Na incorporação da Arthemina, os empréstimos Afac e Nota Promissória (total 70 milhões de reais), levantados para a aquisição das ações da Garuda, foram entregues para a CPQ, e as ações da CPQ foram entregues à MCN. No entanto, o patrimônio líquido da CPQ era de cerca de 20 milhões de reais, enquanto que a dívida recebida era de cerca de 70 milhões, o que sugere um negócio impossível, pois não pode ser atribuída à empresa uma dívida de sócio de valor superior ao patrimônio líquido dessa empresa.

3. A contrapartida do Ativo Diferido deve ser a conta do patrimônio líquido “Reserva Especial de Ágio na Incorporação”

Conforme a IN SRF nº 11/99, a pessoa jurídica que incorporar patrimônio de outra, na qual detenha participação societária adquirida com ágio, deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento econômico seja o valor de rentabilidade da coligada/controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros, em contrapartida a conta do ativo diferido, inclusive quando a empresa incorporada for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

Quando a incorporada é a investida, já existe a conta “Ágio em Investimento” na incorporadora. Baixa-se essa conta e transfere-se seu saldo para outra conta de ativo da mesma empresa. O lançamento é a débito da conta “Ativo Diferido de Ágio na Incorporação” e a crédito da conta “Ágio em Investimento”.

Na incorporação reversa, quando a incorporada é a investidora que detém o ágio, a conta “Ágio em Investimento” não existe na investida incorporadora. Sobre o tratamento contábil do ágio, a IN CVM nº 319/99, em seu art.6º, §1º, dispõe que o ágio ali

referido terá como contrapartida a reserva especial de ágio na incorporação. Por sua vez, o §2º do mesmo artigo dispõe que essa reserva somente poderá ser incorporada ao capital social na medida da amortização do ágio que lhe deu origem.

Na incorporação, uma sociedade é absorvida por outra que lhe sucede em todos os direitos e obrigações, e a sociedade incorporada autorizará a subscrição em bens pelo valor da diferença entre ativo e passivo (arts. 1.116 e 1.117, §1º, do Código Civil).

No mesmo sentido, a teor do art.227, §1º, da Lei nº 6.404/76, a incorporadora aumentará seu capital mediante versão do patrimônio líquido da incorporada. A incorporadora receberá os direitos e obrigações da incorporada, que serão acrescidos a seu patrimônio e registrados contabilmente pelo valor com que estavam registrados na contabilidade da incorporada.

O art. 8º, “b”, da Lei nº 9.532/97 autoriza, na incorporação reversa, a incorporadora investida deduzir a amortização do ágio, bem como escriturar um ativo diferido de valor igual ao ágio. A contrapartida desse Ativo Diferido de Ágio na Incorporação é um crédito em conta de Reserva Especial de Ágio na Incorporação.

Além disso, o §2º do referido art.6º da IN CVM nº 319/99 proíbe a incorporação das parcelas da reserva especial de ágio ao capital antes da amortização, eis que o benefício fiscal surge apenas com a amortização. Portanto, a contrapartida do ativo diferido não pode ser conta de capital antes de realizado o ganho tributário.

4. Limites à retirada de recursos da empresa pelos sócios

Os recursos capitalizados somente podem ser restituídos aos sócios na dissolução da empresa, por redução do capital social ou mediante reembolso feito à referida conta. Afora isso, o uso do capital social é livre pela empresa.

Por outro lado, os recursos da reserva de capital somente podem ser utilizados no resgate ou reembolso de ações, absorção de prejuízos, pagamento de dividendos preferenciais ou outras hipóteses legais. Para outros usos, os recursos da reserva de capital deverão antes ser capitalizados em decisão de assembleia geral, sob pena de responsabilização dos administradores.

Para as companhias, a Lei nº 6.404/76 (Lei das S/A), no que toca ao capital e ao uso das reservas, compõe para os acionistas um quadro semelhante ao das obrigações dos quotistas. O art.173 dessa Lei trata da redução de capital, dispondo que a Assembleia Geral Extraordinária (AGE) poderá deliberar a redução do capital social se houver perda, até o montante dos prejuízos acumulados, ou se julgá-lo excessivo. Essas são as duas reduções de capital possíveis; não se pode descapitalizar a empresa para pagamento de dívida dos sócios.

Por sua vez, o art. 193 trata da reserva legal, que somente pode ser utilizada para compensar prejuízos próprios ou aumentar o capital, enquanto que o art. 200 dispõe sobre o uso das reservas de capital como absorção de prejuízos que ultrapassem os lucros acumulados e as reservas de lucros; resgate, reembolso ou compra de ações; resgate de partes beneficiárias; incorporação ao capital social e pagamento de dividendos a ações preferenciais. Também não se pode reduzir essas reservas para pagar dívida de sócio.

A única alternativa legal para o acionista retirar recursos da empresa é em contrapartida às contas de lucros, como dispõe o art.201 da referida Lei.

A incorporação só poderá ser efetivada se os peritos determinarem que o valor do patrimônio líquido a ser vertido para a formação de capital social é, ao menos, igual ao montante do capital a realizar (art.226). Assim, se o acervo é negativo, o valor deverá ser igual ao montante a reduzir.

O art. 227 da Lei das S/A dispõe que a assembleia geral da incorporadora autorizará o aumento de capital a ser subscrito e realizado pela incorporada mediante versão de seu patrimônio líquido, entendido como os bens, direitos e obrigações transferidos para a incorporadora, o que exclui o ágio do investimento. A seu turno, a incorporada efetuará a subscrição do aumento de capital da incorporadora.

Entretanto, o art. 7º dessa Lei estabelece que o capital pode ser formado por contribuições em espécie ou outro bem suscetível de avaliação em dinheiro. Como o ágio não é direito, não pode ser entregue para integralizar ações.

O capital de uma empresa não pode ser negativo, conforme os arts. 1º, 5º, 6º e 7º, combinados com os arts. 173, 193, 200, 201, 225, 226 e 227, que tratam do resgate de ações, da distribuição de dividendos, da incorporação de empresas e da redução de capital, todos da Lei das S/A, e com o art.1.117 do Código Civil.

Na incorporação, a incorporadora recebe os bens, direitos e obrigações das incorporada e a sucede na titularidade desse acervo. Se o valor dos bens e direitos for maior do que o valor das obrigações, há uma dação de bens em pagamento da incorporada para a incorporadora, que emitirá novas ações em troca do acervo. No caso contrário, se o valor dos bens e direitos for menor que o valor das obrigações, a incorporadora receberá um acervo de valor negativo e diminuirá seu patrimônio líquido, em conta de reserva de lucros.

No caso da incorporação reversa, entregar um ágio como elemento do acervo positivo significa trocá-lo por ações, ou, para quem recebe, emitir ações em troca de ágio. Por sua vez, entregar ágio como parte de um acervo negativo significa transferir dívida em troca de ágio, ou para quem recebe, significa comprar o ágio por 100, receber 34 de benefício fiscal e ter um prejuízo de 66.

Quem recebe um acervo negativo que contém ágio não contabiliza a contrapartida em reserva especial de ágio. A

contrapartida será em conta de passivo ou uma redutora de patrimônio líquido, ou ambas, caso da contribuinte. O patrimônio líquido será menor do que deveria ser, na medida da reserva especial de ágio omitida. Em eventual venda posterior de ações, o ágio contabilizado pelo comprador será maior, repetindo parte ou todo o ágio contabilizado anteriormente.

Em suma, se o acervo líquido é positivo, contabilizar o Ativo Diferido de Ágio na Incorporação, no caso da incorporação reversa a que se refere o art. 8º, “b”, da Lei nº 9.532/97, em contrapartida a uma conta diferente de Reserva Especial de Ágio na Incorporação (conta de PL) fraudada e contraria o art. 1.117 do Código Civil e os arts. 7º e 227, §2º, da Lei das S/A. Se o acervo líquido é negativo, contraria os arts. 173, 193 e 200 da mesma Lei.

Se uma empresa incorpora outra e recebe um acervo tal que seu capital ou patrimônio líquido fica negativo, o negócio jurídico é nulo, conforme dispõe o art.166, VI (fraude à lei), do Código Civil.

5. Qualificação dos fatos

Em 31/12/2009, quando a CPQ incorporou a controladora Arthemia, o Laudo de Avaliação desta apresentava as seguintes contas/valores (R\$):

Laudo de Avaliação - Arthemia

Ativo		Passivo	
Disponível	983.768,28	Passivo	40.000.000,00
Inv. na CPQ	20.923.940,56	Afac	30.000.000,00
Ágio na CPQ	52.989.186,29	PL	4.896.895,13
Total	74.896.895,13	Total	74.896.895,13

O Afac consta do demonstrativo após o Passivo, o que é uma impropriedade contábil, pois também é conta de passivo, que totaliza 70 milhões de reais, sendo que 30 milhões eram adiantamento para aumento de capital, fornecidos pelo Standard, investidor interessado em participar da CPQ, enquanto que 40 milhões a Arthemia emprestou de um banco, emitindo nota promissória comercial.

Esse valor de 70 milhões de reais foi usado pela Arthemia, que tinha 30% de ações da CPQ, para adquirir a Garuda, que detinha os 70% restantes de ações da CPQ.

Assim, a Arthemia, após incorporar a Garuda, detinha 100% das ações da CPQ. Com a incorporação da Arthemia pela CPQ, as ações de emissão da CPQ de propriedade da Arthemia foram entregues à controladora da Arthemia, a MCN.

Na incorporação, o acervo da Arthemia a ser transferido para a CPQ constituía-se do disponível e do passivo, e tinha valor negativo de R\$69.016.231,72, conforme tabela a seguir (R\$):

Acervo da Arthemia

Disponível:	983.768,28
(-) Passivo:	70.000.000,00
= Acervo líquido	- 69.016.231,72

O laudo pericial não seguiu as normas da CVM, em relação à IN CVM nº 319/99, pois, no cálculo do acervo a ser transferido da Arthemia para a CPQ, subtraiu do patrimônio líquido da Arthemia o valor do investimento desta na CPQ, considerando o ágio um direito a ser transferido, conforme demonstrativo a seguir (R\$):

Acervo da Arthemia no laudo

Disponível	983.768,28
(+) Ágio de investimento na CPQ	52.989.186,29
(-) Passivo	70.000.000,00
Valor do acervo líquido	- 16.027.045,43

No laudo, o PL da CPQ era de R\$20.923.940,56. Conforme ata da AGE de 31/12/2009 (fls.519), o capital da CPQ antes da incorporação era de R\$17.095.065,32.

A CPQ incorporou primeiro a Garuda, recebendo um acervo de R\$7.808,76, e depois a Arthemia, totalizando um acervo negativo recebido de R\$16.019.236,67 (-R\$16.027.045,43+R\$7.808,76). Diante disso, a CPQ reduziu seu capital para R\$1.075.828,65 (R\$17.095.065,32-R\$16.019.236,67).

Porém, o verdadeiro acervo recebido da Arthemia, por não conter o ágio, é de 69.016.231,72 negativos, muito maior que o PL da incorporadora CPQ. O verdadeiro capital resultante dessa incorporação, em que o contribuinte não reduziu reservas, é negativo no valor de 51.913.357,64 (-R\$ 69.016.231,72+R\$7.808,76+R\$17.095.065,32).

Analisando-se a contabilidade da CPQ (fls.1243) verifica-se no razão do dia 31/12/2009, conta 130401013 –Ágio Incorporação – Arthemia S/A, um lançamento a débito dessa conta no valor de R\$52.989.186,29, e outro a débito da conta 290101002 – Conta Incorporação – Arthemia S/A no valor de R\$16.805.308,47 (reduzidor de patrimônio líquido, conta Capital). Também existem lançamentos a crédito das contas 210201008 – CETIP S/A no valor de R\$40.376.538,72 e 240601001 – Adto p/ Futuro Aumento de Capital no valor de R\$30.000.000,00, ambas contas de passivo.

Constata-se, assim, que o passivo da Arthemia foi entregue à CPQ tendo como contrapartidas contábeis o ágio e uma redução de capital.

Por sua vez, no balancete da CPQ de 31/12/2009 (fls.1244-1248), constam as contas de ativo “Ágio na Incorporação” e de passivo “Cetip S/A” e “Adto para futuro aumento de capital”, bem como a redução de capital para R\$1.075.828,66, porém não constam lançamentos nem saldo na conta Reserva Especial de Ágio na Incorporação, ou equivalente.

Após a incorporação, em 01/2010, a CPQ emitiu debêntures no valor de 40 milhões de reais, cuja garantia (100% das ações da CPQ) foi oferecida pela MCN. Com os recursos obtidos, em 01/02/2010 a CPQ resgatou a nota promissória emitida pela Arthemia, pagando a dívida de R\$40.796.879,02. No razão da CPQ está registrado na conta 210201008 –CETIP S/A, em 01/02/2010, o pagamento dessa dívida (fls.1249).

Portanto, ao final dos negócios, a CPQ assumiu e pagou dívida dos sócios em detrimento de seu capital, o que constitui fraude à lei societária, que proíbe tal prática.

A dedução do ágio só é possível quando há uma incorporação. Por isso foi criada a empresa intermediária Arthemia, mas nem a MCN nem a CPQ tinham os recursos necessários para aquisição das ações. Não existia forma lícita de a MCN retirar os 40 milhões da CPQ sem reposição. A única forma lícita seria o empréstimo, tomado da própria CPQ ou de terceiros.

Para a sociedade anônima, o menor custo de financiamento é a emissão de debêntures. O art.60 da Lei das SA estabelece limites

à emissão, um deles de 80% das garantias reais prestadas pela sociedade ou terceiros. Para financiar 40 milhões reais, a CPQ teria que oferecer bens em garantia de valor pelo menos igual a 50 milhões de reais. A lei também exige que se explique a destinação dos recursos levantados.

O valor econômico da CPQ era de 100 milhões de reais, enquanto que o valor econômico das participação dos minoritários era de 30 milhões de reais O valor contábil dos ativos da CPQ após a incorporação era de cerca de 85 milhões de reais. Excluindo-se o ativo diferido de ágio de 52 milhões de reais, o resultado é 33 milhões de reais, valor próximo ao de antes da incorporação.

Porém, os minoritários e a CPQ não tinham como oferecer garantias reais de 50 milhões, e também não é possível uma empresa emitir debêntures e justificar a necessidade dos recursos como sendo emprestar dinheiro aos sócios para que estes adquiram suas próprias ações.

Disso resulta uma das razões da existência da Arthemia: ela toma recursos de curto prazo no mercado (Cetip), adquire as ações e as transfere à MCN, transfere a dívida para a CPQ para que esta possa financiar os recursos emitindo debêntures, justificando a necessidade de recursos como pagamento de dívida e possibilitar à MCN dar garantia de 100% das ações.

Mas existe o benefício tributário: o ágio de 52,9 milhões de reais possibilitará um prêmio tributário concedido pelo Estado para a incorporação reversa (art.8º, “b”, da Lei nº 9.532/97) de cerca de 18 milhões, quase a metade da emissão, gerando caixa para pagar a dívida.

Assim, entende-se que houve dolo no negócio, com o objetivo de obter ganhos tributários indissociáveis dos aspectos tributários.

O Laudo de Avaliação da Arthemia contém uma fraude: a avaliação do acervo a ser transferido da Arthemia para a CPQ no valor de cerca de 16 milhões negativos, quando na verdade são cerca de 69 milhões negativos.

A contabilização de um ativo ágio como parte do acervo transferido, e a não contabilização da reserva especial de ágio, é uma fraude contábil, feita para permitir uma incorporação ilegal. O objetivo é a CPQ obter financiamento barato para pagar as dívidas do sócio MCN, de valor superior ao patrimônio líquido da CPQ, e sem reposição por parte do sócio MCN.

Essa fraude contábil simulou a existência de um ativo “ágio em investimento”, transferido à CPQ, quando na verdade esse ágio era o custo do investimento “Ações da CPQ” transferido para a MCN. Frise-se que o ágio não é ativo transferido da Arthemia para a CPQ; o ágio é custo de aquisição de um ativo transferido da Arthemia à MCN.

Simulou-se a existência de um ativo para fraudar a lei de incorporação, sendo o negócio, portanto, nulo, conforme o art.167, §1º, incisos I e II, do Código Civil: o ativo (ações) foi transferido à MCN, e não à CPQ (inciso I); o ativo diferido ágio

na incorporação é consequência da incidência da norma tributária, e portanto não existia ágio no momento da incorporação (inciso II).

Retirado do acervo esse ativo inexistente, o capital e o patrimônio líquido da incorporadora CPQ se tornariam negativos.

A dação de acervo da incorporada em pagamento de ações emitidas pela incorporadora ou em redução do patrimônio líquido da incorporadora (art.1.117, § 1º, do Código Civil, e art.227, §1º, da Lei das SA) é elemento essencial do negócio jurídico incorporação de empresa.

A incorporadora precisa receber um acervo compatível com as ações que emitirá ou com a baixa de patrimônio líquido que promoverá, e compatível com as atividades da empresa. Não é o caso da absorção de dívida de sócio, em montante que comprometa seu capital.

Assim, a incorporação em que a incorporadora recebe um acervo negativo que conduz seu patrimônio a um valor negativo, em benefício exclusivo de sócio, é uma simulação. Entregar acervo de valor negativo diferente do valor de avaliação e superior ao patrimônio líquido da incorporadora constitui declaração/condição não verdadeira (art.167, §1º, inciso II, do Código Civil).

Simulou-se uma incorporação para fraudar a lei que limita a retirada de recursos da empresa aos lucros disponíveis. Sendo ato nulo, não existe incorporação, mas simples entrega de obrigações para a incorporadora.

Como é nula a incorporação, não existiu em 31/12/2009 negócio jurídico lícito transferindo a obrigação de pagar a dívida para a CPQ. A Arthemia, a mando MCN, entregou as ações à MCN e a dívida para a CPQ.

A CPQ não tinha obrigação de pagar essa dívida. O pagamento da dívida de R\$40.796.780,62 em 01/02/2010 tratou-se de uso dos recursos da CPQ para pagar dívida dos sócios. O sócio beneficiado foi a MCN, que ficou com 100% da Arthemia, e mais 70% da CPQ, em adição aos 30% que já tinha.

Os negócios possibilitaram a aquisição da Garuda e a transferência da dívida para a CPQ. Os únicos recursos que a MCN poderia retirar da CPQ sem tributação seriam os lucros contábeis.

O pagamento da dívida pela CPQ em favor dos sócios, que não é uma transferência patrimonial decorrente de redução lícita de patrimônio líquido, em valor que ultrapassa os lucros disponíveis apurados, é receita omitida, tributada pelo IRPJ (art.43, II, do CTN), CSLL, PIS e Cofins.

O sujeito passivo é a MCN, que recebeu os bens adquiridos com a dívida paga (aumento de participação acionária na CPQ).

Do exposto, conclui-se que nos negócios realizados houve dolo, fraude, fraude à lei e simulação, incidindo o art. 149, VII, do CTN. Ainda que não tivesse havido dolo, fraude ou simulação, os atos são nulos e o pagamento da dívida é receita tributada da MCN, que será adicionada à receita declarada para apurar os tributos IRPJ, CSLL, PIS e Cofins.

6. Qualificação da multa

As partes praticaram atos em fraude à lei societária, utilizando fraude contábil na qual simulou-se a transferência de um ativo para fraudar a lei societária que trata de incorporação. Simulou-se uma incorporação para fraudar a lei societária que trata de retirada de recursos da empresa em favor de sócio além dos lucros disponíveis, sem reposição e em prejuízo do capital.

A fraude é indissociável dos ganhos tributários a que conduziu. Em vista de a MCN não se obrigar a restituir o valor utilizado, a receita omitida de R\$40.796.780,62 conduziu à omissão de tributos de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins no valor de R\$17.635.428,87.

A MCN teve também ganhos tributários indiretos relativos ao benefício fiscal de dedução do ágio aproveitado pela CPQ no valor de R\$18.016.323,34. Embora esse benefício pudesse ser alcançado pela MCN se ela própria tomasse recursos emprestados para aquisição das ações, é preciso considerar que a MCN não fez esse negócio pois o custo de financiamento seria maior do que emitir debêntures.

Assim, as alternativas da MCN eram não adquirir as ações ou adquirir as ações de forma ilícita, o que fez aproveitando uma economia tributária ilícita, pois derivada de atos ilícitos.

A CPQ também se beneficiou da redução de IRPJ e CSLL proporcionada pela contabilização das despesas de juros das debêntures como despesa, beneficiando indiretamente a MCN.

Com o adiantamento para aumento futuro de capital, foi possível aproveitar todo o ágio pago, mesmo sem a incorporação do Standard.

Registre-se que a não contabilização da Reserva Especial de Ágio na Incorporação criou para a CPQ, simultaneamente à contabilização do Ativo Diferido de Ágio, um patrimônio líquido reduzido, de 4,6 milhões de reais, 16 milhões menor que na transação de 2009, e R\$52.989.186,29 menor do que ocorreria que numa transação lícita.

Em 08/2012 o Standard, que possuía 50% das ações por conversão da dívida em investimento, retirou-se da sociedade, e a família controladora da MCN se tornou a única dona do negócio. Por sua vez, a MCN foi incorporada pela CPQ em 2012.

A aquisição de 70% de participação ao valor econômico da empresa de 100 milhões de reais (CPQ) gerou um ágio de R\$52.989.186,29. Mantida a mesma proporção, a saída de sócio detentor de 50% de participação poderia gerar ágio de R\$37.849.418,80, e um ganho tributário adicional de R\$12.868.802,40 (34%).

O ganho tributário potencial, considerando os tributos incidentes sobre a receita omitida (R\$17.635.428,87), o benefício fiscal de aproveitamento de ágio (R\$18.016.323,34), acrescido de R\$12.868.802,40 pela condição de não contabilizar a reserva especial, chegaria a R\$ 48.520.554,60, sem contar os tributos incidentes sobre as despesas de juros deduzidas, valor superior aos 40 milhões de reais emprestados e que motivaram a transação ilícita. Portanto, os atos praticados conduziram a um ganho tributário ilícito de mais de 48 milhões de reais.

Conforme o art. 201 da Lei das SA, presume-se de má-fé a distribuição de dividendos em desacordo com o balanço. A retirada de 40 milhões de reais de uma empresa com patrimônio líquido de cerca de 20 milhões de reais, em benefício de sócio e sem reposição, é distribuição de dividendos em desacordo com o balanço, sendo, portanto, um ato doloso.

Considerando que o ganho tributário é indissociável do negócio; que a contribuinte não tomou recursos emprestados; e que a fraude conduziu a ganhos tributários que a MCN não teria de outra forma, é cabível a qualificação da multa de 150% prevista no art.44, I, §1º, da Lei nº 9.430/96, e alterações, por dolo, fraude, simulação e fraude à lei (arts.72 e 73 da Lei nº 4.502/64).

7. Conclusão

Do exposto, foram efetuados os lançamentos de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins, bem como formalizados o arrolamento de bens (processo 19311.720011/2013-57) e a representação fiscal para fins penais (19311.720050/2015-16). O Sr. Alberto Carneiro Neto, controlador e administrador que participou de todos os atos, foi declarado responsável solidário pelas obrigações, conforme o art.135, III, do CTN.

Os autos de infração constam às fls. 436-518, e foram fundamentados nos seguintes dispositivos legais:

Demonstrativo do IRPJ

Crédito Tributário	Enquadramento Legal	Valor (R\$)
Principal	Arts. 3º da Lei nº 9.249/95; arts. 247, 248, 249, inciso II, 251, 278 e 288 do RIR/99; arts.43 e 149, inciso VII, do CTN.	10.190.857,23
Juros de Mora (até 03/2015)	Art.61, § 3º, da Lei nº 9.430/96.	4.787.664,73
Multa Proporcional	Art. 44, inciso I, e §1º, da Lei nº 9.430/96, alterado pelo art.14 da Lei nº 11.488/2007.	15.286.285,85
TOTAL		30.264.807,81

Demonstrativo da CSLL

Crédito Tributário	Enquadramento Legal	Valor (R\$)
Principal	Arts. 2º e 3º da Lei nº 7.689/88, com alterações do art.2º da Lei nº 8.034/90 e do art.17 da Lei nº 11.727/2008; art.2º da Lei nº 9.249/95; art.57 da Lei nº 8.981/95, alterado pelo art.1º da Lei nº 9.065/95; art. 1º da Lei nº 9.316/96; art.28 da Lei nº 9.430/96.	3.670.868,60
Juros de Mora (até 03/2015)	Art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96.	1.724.574,07
Multa Proporcional	Art. 44, inciso I, e § 1º, da Lei nº 9.430/96, alterado pelo art.14 da Lei nº 11.488/2007.	5.506.302,90
TOTAL		10.901.745,57

Demonstrativo da Cofins

Crédito Tributário	Enquadramento Legal	Valor (R\$)
Principal	Art.1º da Lei Complementar nº 70/91; art.24, §2º, da Lei nº 9.249/95, alterado pelo art.29 da Lei nº 11.941/2009; arts. 1º, 2º, 3º e 5º da Lei nº 10.833/2003, com alterações do art.21 da Lei nº 10.865/2004, art.17 da Lei nº 10.945/2009, art.5º da Lei nº10.925/2004, art.21 da Lei nº 11.051/2004, art.43 da Lei nº 11.196/2005, art.4º da Lei nº 11.307/2006, art.18 da Lei nº 11.488/2007, art.5º da Lei nº 11.787/2008, arts.15 e 36 da Lei nº 11.727/208, art.25 da Lei nº 11.898/2009 e art.17 da Lei nº 11.945/2009.	3.100.556,01
Juros de Mora (até 03/2015)	Art.61, § 3º, da Lei nº 9.430/96.	1.477.414,94
Multa Proporcional	Art. 44, inciso I, e §1º, da Lei nº 9.430/96, alterado pelo art.14 da Lei nº 11.488/2007.	4.650.834,02
TOTAL		9.228.804,97

Demonstrativo do PIS

Crédito Tributário	Enquadramento Legal	Valor (R\$)
Principal	Art. 1º da Lei Complementar nº 07/70; arts. 1º, 2º, 3º e 4º da Lei nº 10.637/2002, alterado pelo art.25 da Lei nº 10.684/2003, art.37 da Lei nº 10.865/2004, art.42, III, "c", da Lei nº 11.727/2008, art.16 da Lei nº 11.945/2009, art.25 da Lei nº 10.684/2003, art.37 da Lei nº 10.865/2004, art. 16 da Lei nº 10.925/2004, art.3º da Lei nº 10.996/2004, art.45 da Lei nº 11.196/2005, art.3º da Lei nº 11.307/2006, art.17 da Lei nº 11.488/2007, art.4º da Lei nº 11.787/2008, arts.14 da Lei nº 11.727/208, art.24 da Lei nº 11.898/2009 e art.16 da Lei nº 11.945/2009.	673.147,03
Juros de Mora (até 03/2015)	Art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96.	320.754,56
Multa Proporcional	Art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96, alterado pelo art.14 da Lei nº 11.488/2007.	1.009.720,55
TOTAL		2.003.622,14

Da Impugnação

Inconformada com a autuação, a empresa apresentou em 20/04/15 a impugnação de fls. 1299-1335, acompanhada dos documentos de fls. 1336-1407. Na mesma data, o responsável solidário, Sr. Alberto Carneiro Neto, apresentou a impugnação de fls. 1410-1433 e documentos de fls. 1434-1447. As defesas apresentam, em síntese, as seguintes alegações:

Impugnação CPQ Brasil S/A (CPQ)**1. Preliminares****a) Tempestividade**

O prazo para impugnação iniciou-se em 24/03/15, com término em 22/04/15. Sendo assim, é tempestiva a presente defesa.

b) A decadência da exigência fiscal: impossibilidade de questionamento de ágio registrado em 2009

O IRPJ, a CSLL, o PIS e a Cofins são tributos sujeitos ao lançamento por homologação, cujo prazo decadencial é de 5 anos, a contar da data do fato gerador, conforme o art. 150, §4º, do CTN.

A suposta receita omitida pela MCN decorre do pagamento de dívida pela CPQ (fato gerador), no valor de R\$40.796.780,62, ocorrido em 01/02/10. Como o auto de infração foi lavrado em 23/03/15, mais de cinco anos após a data do fato gerador, ocorreu a decadência para cobrar os tributos ora exigidos.

Destaque-se que o IRPJ e a CSLL são recolhidos pela impugnante no regime de estimativa mensal. Havendo pagamentos mensais de tributos pressupõe-se a ocorrência de fatos geradores mensais de IRPJ e de CSLL. Tanto é assim que,

caso não sejam pagas as estimativas, há exigência de uma multa isolada e de eventual diferença de tributos. Nessa linha a jurisprudência do Conselho de Contribuintes, atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (fls.1302).

Quanto ao PIS e à Cofins, o fato gerador é mensal, conforme arts. 1º das Leis nº 10.637/02 e 10.833/03. Assim, o prazo para lançamento das contribuições sobre eventuais receitas relativas a 02/10 inicia-se em 01/03/10, expirando em 01/03/15, encontrando-se decaída a exigência consubstanciada no auto de infração lavrado em 23/03/15.

Por fim, não houve indício de fraude ou simulação nas operações societárias em análise, pois todas tiveram finalidade comercial regular, sendo realizadas por meios lícitos e com suporte probatório adequado. Assim, não se aplica ao caso a regra decadencial do art.173, I, do CTN.

Do exposto, deve ser cancelada a exigência, eis que os valores cobrados estão alcançados pela decadência.

c) Nulidade: ausência de devido procedimento de fiscalização

A ação fiscal iniciou-se em 05/03/15, com o Termo de Início de Procedimento Fiscal, seguido do recebimento de intimação Fiscal em 10/03/15. Em 23/03/15, a contribuinte foi intimada da presente autuação em 23/03/15.

Em tão curto espaço de tempo não há como a fiscalização compreender uma complexa transação como esta que envolve as ações da CPQ. Além disso, a fiscalização sequer intimou a impugnante a apresentar as razões de fato e de direito que levaram à correta contabilização das transações.

Nesse contexto, é nula a autuação, por estar em desrespeito com as normas do processo administrativo fiscal federal constantes do Decreto nº 70.235/72 e da Lei nº 9.784/99, e cercear o direito da impugnante à ampla defesa e ao contraditório.

2. Os fatos antecedentes e o auto de infração

a) Descrição dos fatos antecedentes

Até 11/2009 o capital da CPQ era detido pela Garuda (70% das ações) e MCN (30%). A operação de venda envolveu a compra pela MCN dos 70% da participação indireta da CPQ de terceiros, da seguinte forma:

Passo 1 - 13/09/09 - Aumento de capital da Arthemia com ações da CPQ: a MCN contribuiu no aumento de capital da Arthemia com o total de sua participação detida na CPQ (30% do capital social).

Passo 2 - 25/11/09 – Parceria com o Standard: a MCN e o Standard formaram parceria para, ao final do investimento pretendido, cada um ficasse com metade do capital da CPQ. Na parceria, a MCN entraria com os 30% que detinha na CPQ, enquanto que o Standard desembolsaria parte dos recursos financeiros para a aquisição das ações da Garuda.

Os recursos financeiros aportados pelo Standard na Arthemina foram feitos por meio de Afac no valor de 30 milhões de reais.

Passo 3 – Arthemina contrata empréstimo de 40 milhões de reais, emitindo Nota Promissória Comercial.

Passo 4 – 02/12/09 – Aquisição da Garuda pela Arthemina: em leilão da BM&F Bovespa S/A, a Arthemina adquiriu a totalidade das ações da Garuda (que detinha 70% da CPQ) por R\$68.931.554,44, reconhecendo um ágio de R\$52.989.186,29.

Passo 5 – 31/12/09 – Incorporação da Garuda e da Arthemina na CPQ, resultando em 100% do capital da CPQ detido pela MCN.

Passo 6 – 15/01/10 – A CPQ emite debêntures e capta recursos de 40 milhões de reais.

Passo 7 – Capitalização do Afac: o Afac efetuado pelo Standard foi capitalizado pela CPQ, passando o investidor a deter 50% do capital da CPQ (o restante da participação permaneceu com a MCN).

Passo 8 – 01/02/2010 – A CPQ paga a dívida de 40 milhões de reais contraída pela Arthemina (Passo 3).

Portanto, trata-se de estrutura de compra alavancada, usual e largamente utilizada em fusões e aquisições. Não há, por parte da MCN, qualquer vantagem indevida, tampouco ocorrência de omissão de receitas.

b) O auto de infração

O auto de infração parte da premissa de que houve fraude contábil e societária na incorporação da Arthemina pela CPQ. Sendo nula a incorporação, a fiscalização concluiu que (i) a dívida da Arthemina nunca foi transferida para a CPQ e (ii) o pagamento da dívida pela CPQ deveria resultar em reconhecimento de receita tributável pela MCN (que, frise-se, nunca contraiu qualquer dívida nem figurou como adquirente das ações).

A fraude contábil e societária justificada pela fiscalização com base no argumento de que a Arthemina deveria ter observado as disposições da Instrução CVM nº 319/99, que traz tratamento contábil para operação em que uma controladora incorpora uma companhia aberta na qual detenha participação registrada com ágio.

Afirma a fiscalização que o ágio não é um ativo da Arthemina, mas sim custo de aquisição do investimento, e que apenas os bens do ativo e passivo da incorporada podem ser transferidos para a incorporadora. Conforme a fiscalização, não faz sentido a incorporadora assumir uma dívida de 70 milhões de reais para amortizar 34% do ágio de R\$52.989.186,29.

Entende a fiscalização que o valor do acervo líquido da Arthemina transferido para a CPQ seria R\$69.016.231,72

negativos. Como o patrimônio líquido da CPQ na incorporação era de R\$20.923.940,56 e o capital social era R\$17.095.065,32, a incorporação desse acervo líquido negativo tornou o capital social negativo em R\$51.913.357,64.

Esse é o contexto no qual a fiscalização entende nula a incorporação pois (i) a transferência de um acervo líquido negativo contraria a Lei das SA, (ii) a incorporação em que a incorporadora recebe um acervo negativo que conduz seu patrimônio a um valor negativo, em benefício de sócio, é uma operação simulada, e (iii) houve fraude no laudo de avaliação da Arthemina por simular a transferência de um ativo (ágio no investimento na CPQ).

Conclui a fiscalização que a incorporação é nula e não existiu a transferência da obrigação de pagar a dívida para a CPQ. Assim, o pagamento pela CPQ da dívida contraída pela Arthemina (R\$40.796.780,62) corresponde ao uso de recursos da investida para o pagamento de uma dívida da MCN (que sequer foi a tomadora da dívida), o que caracterizaria omissão de receitas.

No entanto, as conclusões da fiscalização carecem de suporte jurídico-tributário, como se demonstrará a seguir.

3. O Direito: a legitimidade da incorporação e a inexistência de omissão de receitas

a) a colocação da questão

A regularidade da estrutura de compra alavancada

A aquisição da Garuda, utilizando a Arthemina e captando recursos, foi feita para viabilizar a compra de 100% da CPQ, cumprindo o acordo com o Standard. Essa foi a causa da operação e da reorganização societária feita no ano-calendário 2009.

Por não ter os recursos para adquirir a Garuda, a Arthemina captou recursos por meio de emissão de nota promissória e do Afac com o Standard. O objetivo da transação foi permitir o pagamento da dívida contraída na aquisição com os fluxos financeiros gerados pela entidade operacional adquirida (CPQ).

A causa da transação (aquisição de participação societária) e a forma encontrada para financiar a operação (transferência da dívida da aquisição para a entidade operacional) replicam os procedimentos usuais adotados em fusões e aquisições.

Trata-se de compra alavancada (leverage buyout – LBO), que consiste em criar uma empresa veículo que capta recursos para o investimento. Após a aquisição da empresa alvo, ambas são fundidas, e a empresa adquirida assume a dívida tomada pela investidora. É uma operação legítima e uma forma eficaz de financiamento da transação de compra e venda.

Segundo Lawrence Gitman, em “Princípios de Administração Financeira”, uma empresa que utilize a aquisição alavancada deve (i) estar bem posicionada em seu setor, (ii) ter baixo

endividamento e grande volume de ativos que possam ser oferecidos como garantia do empréstimo, e (iii) ter fluxos de caixa estáveis que permitam manter o capital de giro e o pagamento da dívida.

A necessária segregação das discussões: a legitimidade da estrutura de aquisição x a discussão da possibilidade da incorporação.

O fundamento da fiscalização para apurar a omissão de receitas são supostas inconsistências contábeis na incorporação, e não a operação de compra alavancada. Assim, a fiscalização concorda tacitamente que a compra alavancada é legítima, sendo a dívida e a aquisição efetivamente realizadas pela entidade constituída para tanto, no caso, a Arthemia.

Não se contesta, portanto, a efetividade e a validade jurídica da (i) captação de recursos pela Arthemia com emissão de nota promissória comercial, e da (ii) aquisição da participação societária na Garuda pela Arthemia, concordando a fiscalização que a Arthemia é devedora do passivo e efetiva adquirente de participação societária.

Sendo possível a compra alavancada e legítima a captação de recursos e aquisição pela Arthemia, a dívida não pode ser considerada da MCN. Ainda que impossível a incorporação, a dívida e as ações pertenciam à Arthemia, e não à MCN, havendo erro na determinação do sujeito passivo.

Considerando a ausência da MCN na estrutura e a ausência de contestação da fiscalização na captação de recursos e aquisição de ações da Garuda, conclui-se que não poderia existir omissão de receitas da MCN.

Além disso, se a compra alavancada é válida, e se a suposta irregularidade consiste em questões contábeis e societárias na incorporação, entre Arthemia e CPQ, não faz sentido atribuir a responsabilidade pela dívida à MCN, que não captou recursos nem adquiriu participação societária.

O TVF contém inconsistências que impedem compreender os motivos pelos quais é atribuída à MCN a obrigação de reconhecer uma receita que não tem relação com suas atividades institucionais.

Pelo exposto, deve ser cancelada a autuação.

b) o correto tratamento contábil adotado pela Arthemia

A autuação funda-se na premissa de que o acervo contábil da Arthemia transferido, pela incorporação, à CPQ estava incorreto, pelo cômputo do ágio pago nas ações da empresa incorporadora. A seguir se demonstrará o equívoco dessa premissa, pois a Instrução CVM nº 319/99 não se aplica à Arthemia ou à CPQ.

As regras contábeis aplicáveis ao caso

Na incorporação, tanto a Arthemias quanto a CPQ eram duas sociedades anônimas de capital fechado, com contabilidade elaborada conforme a legislação (art.7º da Lei nº 9.532/97 e IN RFB nº11/99) e regulamentação do Conselho Federal de Contabilidade –CFC.

A fiscalização entende que a baixa na conta “Ágio em Investimento” e a constituição do ativo diferido são previstas apenas na incorporação da investida pela sua sócia. Entretanto, o art.3º, II, da IN nº11/99, estabelece que suas disposições são aplicáveis também no caso de incorporação da sócia pela controlada.

Assim, à época dos fatos, o saldo integral do ágio podia ser transferido à incorporadora, sem constituição de provisão ou baixa do ágio antes da incorporação. O procedimento foi correto e referendado por auditoria independente, que validou o balanço e o acervo transferido da Arthemias pela CPQ na incorporação.

A impossibilidade de aplicação da Instrução CVM nº 319/99

A fiscalização entende que a baixa do ágio na incorporação da Arthemias pela CPQ (sem considerá-lo no acervo transferido na incorporação) se dá em razão da Instrução CVM nº 319/99.

Todavia, essa Instrução não se aplica ao presente caso, pois destina-se às companhias abertas, conforme seus arts. 1º e 6º.

Além disso, essa norma foi editada pela CVM com o propósito de proteger o fluxo de dividendos dos minoritários, evitando que eles fossem prejudicados pela amortização fiscal do ágio. No caso, nem a CPQ nem a Arthemias possuíam acionistas minoritários, não havendo interesse a tutelar pela provisão e ajuste do valor do ágio ao benefício fiscal. Assim, a Instrução CVM nº 319/99 não se aplica ao caso em tela.

Além disso, a CVM não tem competência para legislar sobre matéria tributária, a qual prevalece sobre qualquer regulamentação daquela autarquia.

Conclusão

Do exposto conclui-se que (i) a regulamentação aplicável à CPQ e à Arthemias autorizam a transferência do valor integral do ágio como ativo diferido para a CPQ, e (ii) a Instrução CVM nº 319/99 não se aplica ao caso em tela.

c) A legitimidade da operação de incorporação

A incorporação é válida pois a contabilização foi elaborada conforme a legislação e, sendo assim, (i) o acervo transferido foi avaliado de forma correta, (ii) o laudo de avaliação do acervo era válido, e (iii) inexistia norma contábil que obrigasse a baixa do ágio ou a constituição de provisão pela Arthemias.

Além disso, todos os documentos da incorporação foram registrados e aprovados pelos órgãos competentes. Se houve o arquivamento do ato de incorporação na Junta Comercial do Estado de São Paulo – Jucesp, a fiscalização não pode revogar os efeitos desse ato.

Frise-se que os efeitos da operação de compra da Garuda e posterior incorporação da Arthemias e Garuda pela CPQ foram fiscalizados e autuados pela fiscalização, tendo sido julgado improcedente pelo Carf o auto de infração (processo 19311.720445/2012-76) que contestava o planejamento fiscal da requerente e a legitimidade da amortização fiscal do ágio pago pela Arthemias.

Por fim, deve ser destacado que não há vedação na legislação à transferência de um acervo negativo, ou que torne negativo o acervo líquido da incorporadora. Nesse sentido, o Parecer Conjur/MICT nº 129/96 (fls.1396-1407) entendeu que:

- (i) a incorporação nem sempre resulta em aumento de capital;*
- (ii) inexistente vedação à incorporação de um patrimônio líquido negativo;*
- (iii) incorporar uma sociedade com patrimônio líquido negativo em uma entidade com melhor situação melhora a condição dos créditos de terceiros, atendendo à lei.*

Em suma, a incorporação da Arthemias pela CPQ foi feita conforme a legislação vigente e julgada válida pelo Carf. Além disso, existe autorização expressa para a incorporação de sociedades com o patrimônio líquido negativo, sem dano ao Fisco e aos credores.

d) a inexistência de omissão de receitas

A inversão do ônus da prova somente é admitida quando decorrente de presunção legal que expressamente a autorize.

No caso, a fiscalização presumiu a omissão de receitas sem fundamento legal, eis que não verificada as hipóteses de presunção legal do art. 281 do RIR/99.

Ademais, não há acréscimo patrimonial tributável à MCN pela ocorrência ou não da incorporação, ou pela Arthemias constituir, ou não, a provisão. Esses fatos seriam reconhecidos pela MCN por equivalência patrimonial, o que não se tributa, inexistindo qualquer receita tributável pela MCN.

Do exposto, deve ser cancelada a exigência fiscal, pois amparada em presunção, sem amparo legal, de que houve pagamento de obrigação da MCN pela CPQ.

e) o pagamento de dívida de terceiro gera crédito com o devedor original

Ainda que se considere que a CPQ efetuou o pagamento de dívida detida pela MCN, o pagamento de dívida de terceiro é um pagamento por conta e ordem, com o reconhecimento de um crédito da CPQ contra a MCN.

Assim, se a fiscalização presume que houve o pagamento da dívida de terceiro, deve presumir também que foi gerado um

crédito entre as partes. Com a incorporação da MCN pela CPQ, o crédito foi extinto por confusão, não ensejando uma receita tributável.

4. O descabimento da multa qualificada

Não se aplica a multa qualificada de 150% pois não ocorreu, como já se demonstrou, nenhuma conduta simulada, dolosa ou fraudulenta por parte da requerente. A doutrina e a jurisprudência administrativa e judicial são pacíficas em não admitir a multa qualificada em casos similares.

a) inoocorrência de fraude, dolo ou simulação

A aplicação da multa qualificada somente pode ocorrer nas hipóteses descritas nos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502/64, respectivamente, sonegação, fraude ou conluio.

Todavia, no caso em tela não houve fraude à lei, tampouco abuso de direito ou simulação. As operações foram praticadas de acordo com a legislação vigente.

Por sua vez, a jurisprudência administrativa (fls.1236-1237) é pacífica ao determinar que a fiscalização deve comprovar de forma inequívoca o dolo na conduta da contribuinte para aplicar a multa agravada. Nesse sentido a Súmula 14 do Conselho de Contribuintes:

"A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo."

O caso em tela nem pode ser chamado de planejamento tributário, eis que se tratou de simples incorporação de sociedades, sem qualquer benefício fiscal específico às partes.

Destaque-se ainda que, em decisão de 18/12/2008, o Carf consignou que não caberia aplicar multa qualificada mesmo na ocorrência de simulação (fls.1328).

Ressalte-se que, além de registrar todos os atos nos termos da legislação, a requerente, no curso da ação fiscal, forneceu todas as informações e documentos solicitados pela fiscalização.

Por fim, no pior cenário, o caso deveria ser tratado como um conflito entre as interpretações da fiscalização e da requerente, aplicando-se o art.112 do CTN, que dispõe que a norma tributária que comine penalidades deve ser interpretada de modo mais favorável à contribuinte quando há dúvida sobre a capitulação legal do fato e da natureza ou circunstâncias materiais do fato. Assim, deve ser cancelada, ou então, reduzida a multa para 75%.

b) O princípio da proporcionalidade e o artigo 142 do CTN

A aplicação de sanções deve seguir o modelo da proporcionalidade e da razoabilidade (art.2º, parágrafo único, inciso VI, da Lei nº 9.784/99), devendo a Autoridade Administrativa propor a aplicação da penalidade cabível

(art.142 do CTN), adequando a aplicação da penalidade, se for o caso. Nesse sentido jurisprudência do STF (fls.1330).

Assim, resta descabida a aplicação da multa de 150% ao caso presente, razão pela qual deve ser cancelada.

c) A limitação da multa ao valor do tributo exigido

A multa tributária não pode ultrapassar o valor do tributo exigido, em razão do princípio constitucional da vedação ao confisco, e também por ser acessória em relação ao principal, conforme entendimento do STF (fls.1331) Portanto, se mantido o principal, deve ser reduzido o valor da multa aplicada.

5. A improcedência dos juros de mora

A atualização da multa com juros de mora não tem amparo legal, e sim no Parecer MF nº 28/98, que tem como base o art.61 da Lei nº 9.430/96, que trata dos juros apenas sobre débitos de tributos, sem mencionar as multas. Nesse sentido, a Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) reconheceu, no recurso 202-131351, a ilegalidade da incidência dos juros moratórios sobre a multa de ofício.

Por sua vez, os juros sobre o principal devem ser calculados com base no art.161, § 1º, do CTN.

6. As conclusões e o pedido

i) operou-se a decadência do crédito lançado;

ii) foi equivocada a premissa adotada pela fiscalização na lavratura do auto de infração, pois deve ser segregada a discussão sobre a legitimidade da estrutura de compra alavancada da discussão relativa aos aspectos contábeis da incorporação da Arthemia pela CPQ;

iii) a fiscalização entendeu que a compra alavancada é legítima, e não contestou a captação de recursos da Arthemia por emissão de nota promissória, nem a aquisição de participação societária na Garuda pela Arthemia. Assim, a fiscalização concorda que a Arthemia é a devedora do passivo e efetiva adquirente da participação societária;

iv) sendo possível a compra alavancada e legítima a captação de recursos e a aquisição pela Arthemia, a dívida não pode ser considerada de titularidade da MCN. Considerando a ausência de envolvimento da MCN na estrutura e a não contestação, pela fiscalização, da captação de recursos e da aquisição de ações da Garuda, conclui-se que nunca houve omissão de receitas da MCN;

v) a discussão dos procedimentos contábeis da incorporação influiria na relação entre a Arthemia e a CPQ, e nunca na relação dessas com a MCN, entidade independente e que não contraiu dívida nem adquiriu participação societária. Se a compra alavancada é válida e se a suposta irregularidade

envolve apenas questões contábeis/societárias na incorporação entre Arthemia e CPQ, não há sentido em se atribuir à MCN (que não captou recursos nem adquiriu participação societária) a responsabilidade sobre a dívida;

vi) sobre o tratamento contábil da incorporação, a regulamentação aplicável à CPQ e à Arthemia autorizam a transferência do valor integral do ágio como ativo diferido para a CPQ, e a Instrução CVM nº319/99 não se aplica ao caso tem tela. O procedimento adotado foi auditado e validado por auditoria independente;

vii) a incorporação da Arthemia pela CPQ foi efetuada conforme a legislação, e julgada válida pelo Carf. Demonstrou-se que existe autorização expressa para incorporar sociedades com patrimônio líquido negativo, sem dano ao Fisco e aos credores;

viii) a presunção de omissão de receitas imputada à requerente não tem fundamento legal, devendo ser cancelada a exigência de tributos com base nessa omissão;

ix) não há acréscimo patrimonial tributável à MCN em razão de a incorporação ocorrer ou não, de a Arthemia constituir ou não a provisão. Tais impactos seriam reconhecidos pela MCN por equivalência patrimonial, e não seria levado à tributação;

x) mesmo considerando que a CPQ pagou a dívida detida pela MCN, o pagamento de dívida de terceiro constitui pagamento por conta e ordem, com o reconhecimento de um crédito da CPQ contra a MCN, que teria sido liquidado por confusão na incorporação da MCN pela CPQ;

xi) a multa de 150% deve ser afastada pois o caso não é de fraude, sonegação ou conluio, sendo imputado à requerente suposta fraude de não obedecer regra destinada às companhias abertas;

xii) a taxa Selic não se aplica aos créditos tributários, ou, ao menos, só incide sobre o principal, não se aplicando às multas.

Sendo assim, deve ser acolhida a presente impugnação, cancelando-se integralmente a autuação. Protesta pela juntada posterior de documentos, conforme o art.16, §4º, "a", do Decreto nº 70.235/72, e do princípio da verdade material.

Impugnação Alberto Carneiro Neto (responsável solidário)

1. Tempestividade

A requerente tomou ciência da autuação em 26/03/15, de forma que o prazo para impugnação expirou em 27/04/15. Sendo assim, é tempestiva a defesa apresentada.

2. Os fatos: o auto de infração e o termo de sujeição passiva

A fiscalização entendeu que o pagamento de dívida assumida pela CPQ seria uso de recursos dessa empresa para quitar dívida dos seus sócios, e considerou omissão de receitas da MCN o valor dessa dívida quitada pela CPQ, incluindo o requerente no pólo passivo da autuação com base no art.135, III,

do CTN. Além disso, a fiscalização exige multa de 150% sob alegação de que a operação, validada pelo Carf no acórdão nº 1301-001.516, teria sido realizada mediante fraude.

No entanto, não há fundamento legal para imputar a referida solidariedade, com se demonstrará a seguir.

3. Preliminares

3.1. Legitimidade para a apresentação de impugnação

Indicado como responsável solidário no Termo de Sujeição Passiva, o requerente tem plena legitimidade para contestar este fato e também o lançamento tributário em tela.

3.2. A nulidade do termo de sujeição passiva por incompetência da autoridade que o lavrou

O requerente foi incluído no pólo passivo da autuação com base no art.135, III, do CTN.

Se a fiscalização entende que as pessoas referidas nos art.128 a 138 (Responsabilidade Tributária) não são sujeito passivo da obrigação tributária, mas podem tornar-se responsáveis pelo pagamento do tributo, então o art.135 do CTN não definiria um sujeito passivo para o crédito tributário e, portanto, o requerente não poderia fazer parte do lançamento contra a CPQ, só sendo possível incluí-lo no pólo passivo da execução fiscal.

Assim, a fiscalização seria incompetente para lavrar o Termo de Sujeição Passiva, pois a inclusão de responsável em processo de execução fiscal é de competência exclusiva da Procuradoria da Fazenda Nacional - PFN.

Por outro lado, se o responsável tributário dos arts.128 a 138 do CTN for sujeito passivo indireto por transferência da obrigação tributária, é necessário ocorrer um evento para deslocar a condição de devedor para um terceiro.

Dessa forma, se a transferência de responsabilidade depende da ocorrência de um evento, o lançamento deve ser feito em nome do contribuinte, conforme a legislação, e somente no momento da execução do débito pode haver a responsabilização de um terceiro pelo seu pagamento, a teor do art.128 do CTN. Novamente, a fiscalização seria incompetente para lavrar o Termo de Sujeição Passiva, pois é de competência exclusiva da PFN a inclusão de responsável em processo de execução fiscal.

Destaque-se que não há prejuízo ao Fisco em atribuir competência exclusiva para a PFN incluir os responsáveis tributários somente na execução fiscal, pois esta pode, caso aplicável o art.135 do CTN, ser direcionada para atingir o patrimônio daqueles considerados responsáveis tributários, sem prévia necessidade de incluí-los no título executivo, conforme jurisprudência do STJ (fls.1414-1415).

Conclui-se que a competência para exigir o adimplemento do crédito tributário dos responsáveis solidários é exclusiva da PFN, na execução fiscal, devendo ser declarada a nulidade do Termo de Sujeição Passiva, por ter sido lavrado por autoridade incompetente, conforme art.59, I, do Decreto nº 70.235/72. Nesse sentido a jurisprudência do Conselho de Contribuintes, atual Carf, às fls.1415.

3.3. A inexistência de sujeição passiva solidária

Deve ser cancelado o Termo de Sujeição Passiva, e excluído o requerente como responsável solidário pelo crédito tributário em tela, pois inexistiram atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos, sendo inaplicável o art.135, III, do CTN.

a) Inexistência de atos com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos – inaplicabilidade do art.135, III, do CTN

O enquadramento legal constante no auto de infração é o art.135, III, do CTN, porém a fiscalização não indicou nenhum dispositivo legal que estabelecesse expressamente a responsabilidade solidária do requerente. Assim, a fiscalização pretende, com base em presunções, alegar que o requerente teria agido com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos da CPQ.

Ocorre que o referido art. 135 trata de hipótese de responsabilidade exclusiva de terceiros que agem com dolo comprovado na prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

Porém, a fiscalização não apresentou qualquer fundamento ou prova a suportar sua acusação, limitando-se a presumir que o requerente teria participado dos atos em análise no presente processo. Não há, no auto de infração, qualquer comprovação de que o requerente tenha agido com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatuto.

Todos os atos foram praticados dentro das atribuições e poderes estabelecidos pelo contrato social ou estatuto. Também não houve infração à lei, pois os atos foram executados conforme a legislação.

Ainda que tenha havido falta de pagamento de tributos, não houve fraude no processo, pois a CPQ agiu conforme a melhor interpretação da legislação vigente, foi transparente em seus atos e contribuiu com a fiscalização, não omitindo informações, praticado ato simulado, fraudulento ou que enseje sonegação fiscal.

O simples inadimplemento de obrigação tributária não caracteriza infração que motive a responsabilização do sócio-gerente, cabendo ao Fisco provar que o sócio-gerente agiu com excesso de poderes ou infração à lei ou ao contrato/estatuto da empresa. Caso tivesse agido, a hipótese seria de responsabilidade pessoal e exclusiva do requerente, e a CPQ

nem teria sido autuada, pois a empresa não seria responsável pelo crédito tributário.

A responsabilidade do agente não é objetiva, mas subjetiva, e depende de comprovação do dolo por parte da fiscalização. Nessa linha a jurisprudência do Carf e do STJ, bem como a súmula nº430 dessa mesma Corte (fls.1419-1423).

Repita-se que os fatos em questão foram analisados pelo Carf (acórdão 1301-001.516), que reconheceu como válida e legítima toda a operação para fins fiscais.

Também a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) regulamentou a questão por meio da Portaria PGFN nº180/2010, na qual previu que a pessoa física somente pode ser responsável pelo débitos da pessoa jurídica caso tenha poderes de gerência na época do fato gerador da obrigação tributária e caso haja declaração fundamentada de que teria ocorrido excesso de poderes, infração à lei, infração ao contrato social ou estatuto, ou dissolução irregular da pessoa jurídica.

Pelo exposto, deve ser cancelado o presente Termo de Sujeição Passiva.

4. Impossibilidade de aplicação da multa de 150% e as consequências da sua redução para o requerente

a) Ausência de dolo, fraude, simulação ou conluio que possa justificar a manutenção da multa de 150%

A fiscalização lavrou o auto de infração com multa de 150% com base em presunção, pois considerou, sem prova, que houve fraude do sujeito passivo e do requerente.

Entretanto, a operação que originou o presente processo foi validada e reconhecida pelo Carf no acórdão nº 1301-001.516, que afastou o questionamento da fiscalização quanto aos efeitos fiscais da transação (fls. 1424-1425).

A autuação em tela é fruto de considerações e interpretações subjetivas da fiscalização, que pretende descaracterizar operações legítimas e lícitas praticadas pela CPQ com amparo no ordenamento jurídico vigente.

A multa de 150% somente ocorre se for comprovado o evidente intuito de fraude, se houver a conduta dolosa, e não pela ocorrência de “dolo em tese”, como pretendeu a fiscalização. Nessa linha as súmulas nº 14 do 1º Conselho de Contribuintes, e 25 do Carf, bem como a jurisprudência da CSRF (fls.1427-1428).

Não houve simulação, fraude, sonegação ou conluio, razão pela qual, mesmo que mantida a multa, esta não pode subsistir na forma qualificada de 150%, conforme jurisprudência da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF). E, mesmo na ocorrência de simulação, o Carf entende não ser aplicável a multa qualificada (fls.1426).

O Carf também entende que, quando a contribuinte apresenta os documentos e esclarecimentos requeridos pela fiscalização, como feito pela CPQ nesse caso, a multa é a de 75% (fls.1426-1427).

A CPQ não realizou qualquer ato fraudulento ou que enseje sonegação, de sorte que a fiscalização confundiu os conceitos de fraude e conluio com simples falta de pagamento de tributo. A sociedade efetuou operação simulada nem omitiu quaisquer informações da fiscalização, razão pela qual não se aplica a multa de 150%.

b) As consequências da redução da multa agravada para o requerente: o imediato cancelamento do Termo de Sujeição Passiva

Caso a multa seja reduzida para 75%, deve ser cancelado o Termo de Sujeição Passiva, pois reconhecida a inexistência de crime contra a ordem tributária, não subsistindo a responsabilidade tributária dos sócios, conforme entendimento do Carf no acórdão nº 1101-001.000 (fls.1429).

c) Impossibilidade de aplicação da multa para o requerente

A cobrança da multa deve ser afastada diante do princípio da impessoalidade da pena, conforme o art.5º, XLV, da CF/88.

5. O mérito do auto de infração

Caso se entenda que o requerente pode ser incluído como sujeito passivo solidário da obrigação em tela, requer-se que todos os argumentos de mérito trazidos na impugnação apresentada pela CPQ (sumarizados em seu item 6) sejam estendidos à presente impugnação.

6. Conclusão e pedido

Pelo exposto, demonstrou-se (i) que o Termo de Sujeição Passiva é nulo, em razão da incompetência das autoridades fiscais para incluir o requerente como sujeito passivo solidário, e (ii) a inexistência de sujeição passiva solidária do requerente, pois não existiram atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos, afastando-se a aplicação do art.135, III, do CTN.

Ademais, restou comprovada a inexistência de dolo, fraude, sonegação ou conluio no presente caso, afastando-se a aplicação da multa qualificada de 150% e, conseqüentemente, a sujeição passiva.

Sendo assim, requer-se o acolhimento integral da presente impugnação e o cancelamento do Termo de Sujeição Passiva, caso contrário, o acolhimento de todos os argumentos de mérito trazidos na impugnação da CPQ, que comprovam a insubsistência da exigência fiscal, cancelando-se o auto de infração em comento.

Por fim, requer o julgamento conjunto dessa impugnação com a defesa da CPQ, e protesta pela juntada posterior de documentos,

a teor do art.16, § 4º, “a”, do Decreto nº 70.235/72, e do princípio da verdade material.

É o relatório.

O acórdão da DRJ/São Paulo encontra-se consubstanciado nas seguintes ementas:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2010

AÇÕES. CUSTO DE AQUISIÇÃO. ACERVO LÍQUIDO.

O preço pago pelas ações de emissão da futura incorporadora, aí compreendido o ágio, não compõe o acervo líquido a ser transferido na incorporação para a própria emitente das ações.

SOCIEDADES ANÔNIMAS. REDUÇÃO DE CAPITAL. LIMITES.

A teor da legislação correlata, a redução de capital das sociedades anônimas não pode resultar em capital e/ou Patrimônio Líquido negativos.

ADIANTAMENTO PARA AUMENTO DE CAPITAL. PASSIVO.

Os valores recebido a título de adiantamento para aumento de capital constituem uma obrigação da recebedora dos recursos, devendo figurar em conta de passivo.

ATIVO DIFERIDO DE ÁGIO. CONTRAPARTIDA. RESERVA ESPECIAL DE ÁGIO.

A contrapartida do lançamento de ativo diferido de ágio deve ser lançada em Reserva Especial de Ágio.

ACRÉSCIMO PATRIMONIAL. TRIBUTAÇÃO.

Constatado acréscimo patrimonial pelo recebimento de ações que foram pagas por terceiro, são devidos os tributos daí decorrentes.

DEMAIS TRIBUTOS. MESMOS EVENTOS. DECORRÊNCIA.

A ocorrência de eventos que representam, ao mesmo tempo, fato gerador de vários tributos impõe a constituição dos respectivos créditos tributários, e a decisão quanto à real ocorrência desses eventos repercute na decisão de todos os tributos a eles vinculados. Assim, o decidido quanto ao IRPJ aplica-se aos demais tributos dele decorrentes.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2010

PROVA DOCUMENTAL. MOMENTO DE APRESENTAÇÃO.

A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de fazê-lo em outro momento processual, exceto se a impugnante demonstrar, via requerimento à autoridade julgadora, a ocorrência das condições previstas na legislação para apresentação de provas em momento posterior.

AUTO DE INFRAÇÃO. VALIDADE.

Satisfeitos os requisitos do art. 10 do Decreto 70.235/72 e não tendo ocorrido o disposto no art. 59 do mesmo decreto, válidos são os autos de infração.

LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO. NATUREZA INQUISITORIAL. IMPUGNAÇÃO. INÍCIO DO LITÍGIO.

Dada a natureza inquisitorial da atividade de lançamento, tal ato não se submete ao crivo do contraditório e da ampla defesa, os quais poderão ser plenamente exercidos na impugnação, que instaura a fase litigiosa do procedimento.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2010

LANÇAMENTO. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO.

A contagem do prazo de cinco anos para constituição do crédito tributário inicia-se a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado quando restar comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE DE NORMAS.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade/ilegalidade de normas.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO.

Constatados o evidente intuito de fraude, é devido o lançamento da multa de ofício qualificada.

JUROS SOBRE MULTA. TAXA SELIC.

A multa, isolada ou de ofício, sendo parte integrante do crédito tributário, está sujeita à incidência dos juros de mora a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento. Taxa Selic exigida nos termos da Lei.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ADMINISTRADORES. ATOS PRATICADOS COM INFRAÇÃO DE LEI.

São pessoalmente responsáveis pelos créditos tributários resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Cientificados da decisão de Primeira Instância e com ela não se conformando, a contribuinte **CPQ BRASIL S/A** e o responsável solidário **ALBERTO CARNEIRO NETO** interpuseram recursos voluntários nos quais demonstram irresignação contra a decisão supra, baseado, em síntese, nas mesmas razões expendidas na fase impugnatória.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro José Carlos de Assis Guimarães, Relator.

Os recursos voluntários apresentados pela contribuinte **CPQ BRASIL S/A** e pelo responsável solidário **ALBERTO CARNEIRO NETO** reúnem os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal e deve, portanto, ser conhecidos por esta Turma de Julgamento.

1- DA PRELIMINAR DE NULIDADE DO LANÇAMENTO:

Quanto a preliminar de nulidade levantada pela recorrente, entendo que a decisão recorrida não merece qualquer reparo nesse sentido e a adoto como razões de decidir com fulcro no §3º, artigo 57, Anexo II, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 343/2015, ressalvando que inexistiu novos argumentos ou provas, quando da interposição do recurso voluntário:

Da validade dos autos de infração

A propósito de a impugnante requerer a nulidade dos autos de infração, esclareça-se que o art. 142 do CTN fornece a definição legal de lançamento, estabelecendo como requisitos indispensáveis à sua constituição: a verificação da ocorrência do fato gerador, a identificação do sujeito passivo, a determinação da matéria tributável e o cálculo do montante do crédito a favor da Fazenda Pública. O parágrafo único do mesmo artigo dispõe sobre a vinculação e a obrigatoriedade do lançamento. A vinculação consiste na cerrada observância dos ditames legais quando de sua efetivação; enquanto que a obrigatoriedade do lançamento impede que o agente, para não faltar com o dever de ofício, que lhe foi atribuído por lei, uma vez constatada a ocorrência de infração, deixe de lavrar o competente auto para a formalização e cobrança do crédito tributário devido pelo sujeito passivo.

As hipóteses de nulidade, no âmbito do processo administrativo fiscal, restringem-se às previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235/72, abaixo transcrito, o qual considera nulos os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidas por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

No art. 10 do mesmo Decreto nº 70.235 são estatuídos os requisitos para a lavratura do auto de infração, o qual deverá ser lavrado por agente competente e conter, obrigatoriamente, os elementos arrolados em seus incisos I a VI, como se pode verificar em seu texto, transcrito abaixo:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Da combinação dos dispositivos acima transcritos depreende-se que só a inobservância dos pressupostos legais para a constituição do lançamento e para lavratura do auto de infração, ou a incompetência do autuante, são causas suficientes para invalidar a autuação e, conseqüentemente, o lançamento nela consignado. Como isso não ocorreu no presente caso, descabe a anulação ou cancelamento dos autos de infração em análise.

A impugnante alega ainda cerceamento de defesa pois entende que a fiscalização deveria ter levado mais tempo para analisar a operação em tela, eis que a ação fiscal iniciou-se em 05/03/15 e autuação ocorreu em 24/03/15. Alega ainda que deveria ter sido intimada no curso da ação fiscal a esclarecer a contabilização das operações, e que o TVF teria inconsistências que impediriam a compreensão da autuação.

A respeito da alegação, é preciso ressaltar que, além de não haver um prazo mínimo para conclusão da ação fiscal, pois cada uma tem suas particularidades, é dever da Administração Pública agir com eficiência, a teor do art. 37 da CF/88.

Ademais, no caso em tela, conforme relatado no TVF, fls.1.218, a CPQ já havia sido objeto de fiscalização, relativa ao imposto de renda do ano-calendário 2010, portanto antes de incorporar a MCN, calculado sobre glosa de amortização do ágio gerado nas operações societárias em tela (processo 19311.720445/2012-76).

Conquanto diferentes os Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil que tenham lavrados os autos de infração num e noutro processo, ambos são da mesma equipe de fiscalização da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Jundiá (fls.1.297 do presente processo e fls. 1.270 do processo 19311.720445/2012-76), o que explica a celeridade apontada pela impugnante na lavratura do presente auto de infração.

Quanto à necessidade de intimação da contribuinte para que esta apresentasse seus argumentos no curso da fiscalização, o art. 69 da Lei nº 9.784/99 dita que os processos administrativos específicos regem-se por

Lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos daquela Lei.

No caso do Processo Administrativo Fiscal – PAF, as regras estão contidas nos Decretos nº 70.235/72 e 7.574/2011, que regulam o Processo Administrativo Fiscal - PAF.

Nesse sentido, frise-se que o lançamento possui natureza essencialmente inquisitorial, sendo o litígio instaurado com a apresentação da impugnação pela autuada, regularmente intimada para tanto. Nesse sentido as decisões do Carf transcritas a seguir:

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. FASE PREPARATÓRIA DO LANÇAMENTO. NATUREZA INQUISITIVA. CONTRADITÓRIO INEXISTENTE. DIREITO RESERVADO AO SUJEITO PASSIVO APÓS A CIÊNCIA DO LANÇAMENTO COM O OFERECIMENTO DA IMPUGNAÇÃO FISCAL.

O procedimento administrativo do lançamento é inaugurado por uma fase preliminar, oficiosa, de natureza eminentemente inquisitiva, na qual a autoridade fiscal promove a coleta de dados e informações, examina documentos, procede à auditoria de registros contábeis e fiscais e verifica a ocorrência ou não de fato gerador de obrigação tributária aplicando-lhe a legislação tributária. Dada a sua natureza inquisitorial, tal fase de investigação não se submete ao crivo do contraditório nem da ampla defesa; direito reservado ao sujeito passivo somente após a ciência do lançamento, com o oferecimento da impugnação fiscal, quando se instaura a fase contenciosa do procedimento fiscal. (Acórdão 2302-003.660, de 10/03/15)

CONTRADITÓRIO DURANTE A AÇÃO FISCAL. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA.

O contraditório e a ampla defesa podem ser exercidos após a ciência da autuação, mas não antes dela. A fase investigativa é de cunho inquisitorial. (Acórdão 1802-002.542, de 24/03/15)

NÃO PARTICIPAÇÃO DO INVESTIGADO NA FASE INQUISITORIAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NÃO CONFIGURAÇÃO.

O lançamento é ato no qual a Fazenda Nacional deduz sua pretensão acerca do crédito tributário, apurado em procedimento de ofício cujo aperfeiçoamento ocorre com a ciência do sujeito passivo, quando, então, finda-se a fase inquisitória. A apresentação de impugnação pelo contribuinte autuado, por sua vez, inaugura a fase imediatamente posterior, denominada litigiosa, quando então é disponibilizado o pleno exercício de defesa. Portanto, a não participação do investigado na referida fase inquisitorial não contraria o princípio constitucional do contraditório e ampla defesa. (Acórdão 3202-001.475, de 24/02/15)

Ressalte-se, porém, que a contribuinte foi regularmente intimada no curso do procedimento fiscal a apresentar os documentos necessários à fiscalização, bem como a prestar as respostas por escrito (fls. 406-409 e 1.214-1.215). Sendo assim, não procede a alegação de que não teria tido oportunidade de apresentar seus argumentos no decorrer do procedimento fiscal.

(...)

Ademais, a impugnante apresentou efetiva e extensa defesa da autuação, contestando diversos aspectos do lançamento efetuado, pelo que não existiu cerceamento de defesa no presente caso. Assim, não há reparos a fazer nos lançamentos em tela.

Ante o exposto, dever ser afastada a preliminar de nulidade suscitada pela recorrente.

2- DO MÉRITO:

A fiscalização apurou omissão de receitas não operacionais caracterizada pelo pagamento pela empresa CPQ Brasil S/A de dívida do acionista controlador MCN Empreendimentos e Participações S.A., em 01/02/2010, no valor de R\$ 40.796.780,62.

Compulsando-se os autos, verifica-se que os passos e as operações societárias que culminaram na assunção, pela CPQ, da dívida pelos recursos que serviram para compra das ações da CPQ recebidas pela MCN, são os seguintes:

A - em 11/2009, o capital social da CPQ era detido pela Garuda (70% do capital) e pela MCN (os 30% restantes).

B - em 13/11/2009 a MCN aumentou o capital da SRXSPE, que era de R\$500,00, com os 30% de ações da CPQ. O nome SRXSPE foi alterado para Arthemia.

Assim, o controle da CPQ ficou com a Garuda (70% das ações) e Arthemia (30% das ações). A Arthemia, por sua vez, era integralmente detida pela MCN.

C - em 25/11/2009 o Standard efetuou adiantamento para futuro aumento de capital (afac) à Arthemia, no valor de 30 milhões de reais.

D - em 02/12/2009 a Arthemia adquiriu 100% do capital da Garuda por R\$69.017.032,08, sendo que o patrimônio líquido desta era de R\$16.027.845,79. Assim, o ágio na aquisição das ações da Garuda foi de R\$52.989.186,29, fundamentado em expectativa de rentabilidade futura de acordo com Relatório de avaliação econômico-financeira de 30/12/2009 elaborado pela empresa Terco Grant Thornton (fls. 1591-1624 do processo 19311.720445/2012-76).

Nesse cenário, a MCN detinha 100% da Arthemia (integralizada com 30% das ações da CPQ). Por sua vez, a Arthemia adquiriu, com o referido ágio, 100% do capital da Garuda. Esta última, por sua vez, detinha 70% do capital da CPQ.

E - em 03/12/2009 a Arthemia emprestou da Cetip S/A a quantia de 40 milhões de reais, mediante emissão de Nota Promissória Comercial.

F - em 31/12/2009 a CPQ incorporou a Garuda e também a Arthemia. Com isso, a CPQ passou a amortizar o ágio registrado na Arthemia, relativo ao investimento que esta detinha indiretamente na CPQ.

Portanto, a controladora (Arthemia), que detinha indiretamente (por meio da Garuda) o investimento na controlada (CPQ), foi incorporada pela própria CPQ, e o ágio absorvido passou a reduzir os valores devidos de IRPJ e de CSLL.

G - Na incorporação, pela CPQ, da Arthemia, o ativo desta (ações da CPQ) foi entregue à MCN, enquanto que o passivo da Arthemia foi recebido pela CPQ, que quitou a dívida correspondente às ações da CPQ.

Destaque-se que as amortizações do ágio registrado na Arthemia (item F), feitas pela CPQ nos anos-calendário de 2010 e 2011, foram glosadas pela fiscalização no processo 19311.720445/2012-76, lançando-se contra a CPQ os correspondentes valores de IRPJ, CSLL e acréscimos legais.

O CARF por sua vez, julgando o recurso voluntário do sujeito passivo, deu-lhe provimento em acórdão cuja ementa é transcrita a seguir:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

Ano-calendário: 2010, 2011

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97. PLANEJAMENTO FISCAL INOPONÍVEL AO FISCO. INOCORRÊNCIA.

Analisando todas as etapas do negócio jurídico levado a efeito, até os resultados concretos que redundaram no aproveitamento do ágio não há como enquadrar esta operação como sendo um planejamento tributário abusivo, conforme entendeu a r. decisão recorrida, mesmo porque, para restar compreendida como abusiva, uma conduta deve refletir um conflito entre forma e substância, e a prova de tal conflito deve ser feita com base em elementos objetivos, sem uma justificativa razoável para tal operação, a qual não seja mera vantagem fiscal, o que diga-se de passagem, em nenhum momento ficou comprovado nos autos.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO CSLL

Ano calendário: 2010, 2011

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO.

No tocante à CSLL, anoto que repousando o lançamento nos mesmos fatos e mesmo fundamento jurídico do lançamento do IRPJ, as decisões quanto a ambos devem ser a mesma.

A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional não interpôs recurso, estando o processo encerrado conforme extrato de fls. 2.324/2.334 daquele processo.

Segundo a autoridade fiscal, o pagamento da dívida pela CPQ em favor dos sócios, que não é uma transferência patrimonial decorrente de uma redução lícita de patrimônio líquido, em valor que ultrapassa os lucros disponíveis apurados (lucro do exercício, lucros acumulados, reserva de lucro) é receita tributada, com incidência de IRPJ conforme artigo 43, inciso II do CTN, e de CSLL, PIS e COFINS reflexos.

A decisão recorrida, não obstante os argumentos apresentados na impugnação, conforme extraído do recurso voluntário da CPQ BRASIL S/A (sucessora por incorporação da MCN EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/A) entendeu que:

- (a) O ágio não deveria compor o patrimônio líquido da Arthemia a ser verificado para a incorporadora, sendo mero custo de aquisição do investimento por parte do acionista, de forma que a CPQ recebeu da Arthemia um acervo líquido negativo de quase R\$ 70 milhões;
- (b) A CPQ não tinha capital social suficiente para absorver o patrimônio líquido negativo da Arthemia, de forma que a operação de incorporação seria impossível. A legislação societária veda a realização de operações de incorporação que tornem o patrimônio líquido da empresa incorporada negativo;
- (c) O AFAC efetuado pelo Banco Standard em benefício da Arthemia deveria ter sido contabilizado em conta de passivo – e não em conta de patrimônio líquido, o que tornaria o patrimônio líquido da empresa incorporada ainda mais reduzido;
- (d) Os normativos da CVM obrigam que o ágio seja registrado em contrapartida à conta de reserva especial de ágio, o que não teria ocorrido no presente caso. Não existe sentido para a companhia receber o ativo diferido de ágio em troca da assunção de dívidas;
- (e) “enquanto a dívida da Arthemia foi assumida pela CPQ, as ações desta empresa de propriedade da Garuda e da Arthemia foram entregues à MCN, **sem que esta efetuasse qualquer desembolso para tanto** (eis que o passivo da Arthemia foi totalmente recepcionado pela CPQ)”; e
- (f) “a dívida paga pela CPQ referiu-se a ações da própria CPQ recebidas pela MCN, recebimento esse que não foi acompanhado nem de uma redução no ativo, nem de um aumento no passivo da MCN, caracterizando acréscimo patrimonial”.

A recorrente aponta em sua defesa os motivos para cancelamento do autos de infração:

a) A MCM nunca foi a titular da dívida contraída pela Arthemia: as autoridades fiscais concluem que, como a incorporação da Arthemia não foi efetivada, a dívida contraída pela Arthemia foi transferida para a MCM.

Segundo o sujeito passivo: (i) a MCM não contraiu nenhuma dívida e nunca herdou nenhum passivo da Arthemia. Ainda que a incorporação não tivesse sido efetivada, não cabe a presunção de que o passivo foi transferido para a MCM (sócia da Arthemia); (ii) não existe nexo causal entre os fatos contestados pela fiscalização (impossibilidade de incorporação da Arthemia e eventual omissão de receitas da MCM). A contabilização da incorporação possui consequências apenas na relação entre Arthemia e CPQ e jamais na relação das duas empresas com a MCM.

b) Inexistência de benefício pela MCM: a MCM não auferiu nenhum benefício econômico nas operações discutidas nos Autos, uma vez que : a) antes das operações, a MCM tinha valor de mercado de R\$ 30 milhões (30% da participação na CPQ, que tinha valor de mercado de R\$ 100 milhões); e b) após as operações, a MCM continuou a ter valor de mercado de R\$ 30 milhões (50% de participação na CPQ, cujo valor de mercado agora era de R\$ 60 milhões).

Segundo a recorrente a MCM não teve nenhum acréscimo patrimonial. A posição econômica da empresa é exatamente a mesma, antes e depois das operações discutidas neste processo administrativo.

c) Inexistência de benefício financeiro e/ou de reflexos contábeis para a MCM: a MCM não recebeu recursos financeiros em razão da operação e não reconheceu nenhuma receita em sua contabilidade.

A recorrente aduz que : (i) as autoridades fiscais não comprovaram como a contabilidade da MCN poderia ser impactada pelas operações contestadas. Não existe nenhuma demonstração dos lançamentos contábeis que fariam surgir uma receita tributável na MCM, mesmo na hipótese em que a operação de incorporação fosse desconsiderada; (ii) eventuais impactos decorrentes da incorporação da Arthemia pela CPQ seriam reconhecidos por equivalência patrimonial nos livros da MCM. As variações por equivalência patrimonial (em caso de efetivação ou não da incorporação) não são tributáveis pela MCM.

d) Impossibilidade de presunção de omissão de receitas: a presunção de omissão de receitas somente é admitida nas hipóteses previstas em lei (artigo 281 do RIR/99). Não foi demonstrada a existência de nenhuma hipótese de omissão de receitas.

e) *Ad argumentandum*: ainda que se considere que a CPQ efetuou o pagamento de dívida formalmente detida pela MCM (o que se admite apenas para argumentar), o pagamento de dívida de terceiro constitui pagamento por conta e ordem, o que acarretaria no reconhecimento de um crédito pela CPQ contra a MCN e jamais de uma receita tributável pela MCN.

f) Inaplicabilidade das regras apontadas pela Fiscalização: o único normativo utilizado pela fiscalização para acusar a Arthemia de irregularidade contábil é a ICVM 319/99 que é aplicável somente para operações envolvendo companhias abertas, o que não era o caso da Arthemia e da CPQ.

Alega a recorrente que as regras contábeis aplicáveis à Arthemia e à CPQ não exigiam a baixa do ágio antes da incorporação, de forma que o patrimônio líquido da Arthemia não era negativo na data da incorporação.

g) Aprovação dos órgãos competentes: todos os documentos de incorporação foram protocolados, registrados e aprovados pelos órgãos competentes. Se o ato de incorporação foi aprovado na JUCESP, não pode a fiscalização revogar os seus efeitos.

h) A operação de incorporação já foi validada pelo CARF: os efeitos da operação de compra da Garuda e posterior incorporação da Arthemia e da Garuda pela CPQ já foram fiscalizados e autuados pelas autoridade fiscais. Ao examinar a reorganização societária efetuada pelo Grupo da recorrente, o CARF entendeu que a incorporação da Arthemia na CPQ era transação válida e efetuada em conformidade com a legislação vigente. (Acórdão nº 1301-001.516, julgado em 07/05/2014).

i) Inexistência de vedação societária : ainda que o patrimônio líquido da Arthemina fosse negativo, o que se admite apenas para argumentar, a legislação societária não veda a sua incorporação pela CPQ . O Parecer Conjur/MICT 129 valida expressamente as incorporações de entidades com patrimônio líquido negativo.

O cerne da questão é saber se o pagamento de uma dívida de 40 milhões de reais contraída pela Arthemina e assumida pela CPQ, fato que é admitido pela recorrente, gerou um acréscimo patrimonial representando receita não operacional na MCM.

Entendo que sim.

A seguir trago a colação trecho do voto condutor da decisão de piso, que adoto como fundamento para minha decisão, que esclarece com precisão a ocorrência do fato gerador da omissão de receita apurada pela fiscalização:

(...)

Pois bem, enquanto a dívida da Arthemina foi assumida pela CPQ, as ações desta empresa de propriedade da Garuda e da Arthemina foram entregues à MCN, sem que esta efetuasse qualquer desembolso para tanto (eis que o passivo da Arthemina foi totalmente recepcionado pela CPQ), conforme o Protocolo e Justificação de Incorporação da Garuda e da Arthemina pela CPQ (fls.516-520), a seguir:

Item 5

(ix) em virtude da versão do acervo líquido da Garuda e da Arthemina, (...) as ações representativas do capital social da Garuda e da Arthemina serão extintas no ato da incorporação, sendo substituídas por ações da CPQ da seguinte forma:

(a) a MCN deverá receber 5.758.004 (cinco milhões, setecentas e cinquenta e oito mil e quatro) ações ordinárias, nominativas e sem valor nominal da CPQ

(...)

Considerando que a nota promissória de 40 milhões de reais do empréstimo tomado pela Arthemina e assumido pela CPQ venceria em 01/02/2010 (fls.187), a CPQ, em janeiro de 2010, emitiu debêntures no valor de 40 milhões de reais para quitar o empréstimo.

Por sua vez, a garantia dessas debêntures foi dada pela MCN, e consistiu nas ações da CPQ, avaliadas pelo preço obtido em leilão, conforme trecho do item 2.5.1. da “Escritura Particular da 1ª Emissão Pública de Debêntures Simples, não conversíveis em ações, da espécie com garantia real da CPQ Brasil S.A.”, alterado pelo segundo aditivo de fls. 252-257, a seguir transcrito:

2.5.1. (...) Tomando por base: (i) o valor por ação da Garuda S.A. (...) obtido no leilão (...), no montante de R\$68.931.554,44, representando, portanto, um valor de mercado naquela data de, aproximadamente, R\$98.473.649,20 (...) para a totalidade das ações da emissora [CPQ] (...)

Assim, tanto o recebimento das ações da CPQ pela MCN, como o fato de a garantia ter sido prestada incluindo o valor de R\$52.989.186,29 no custo de aquisição das ações da CPQ transferidas para a MCN, confirmando que o ágio integra o custo de aquisição de um bem, reforçam

o fato de que o ágio das ações da CPQ não integrou o acervo líquido da Arthemina vertido à CPQ.

Por sua vez, a dívida paga pela CPQ referiu-se a ações da própria CPQ recebidas pela MCN, recebimento esse que não foi acompanhado nem de uma redução no ativo, nem de um aumento no passivo da MCN, caracterizando acréscimo patrimonial.

O acréscimo patrimonial, por sua vez, é tributado na forma do art.43, inciso II, do CTN, a seguir transcrito:

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.(destacou-se)

(...)

Ressalte-se que não há presunção aqui, eis que o recebimento das ações da CPQ pela MCN, assim como o pagamento da respectiva dívida pela CPQ são fatos incontroversos nos autos.

Observe-se que não houve recebimento de passivo pela MCN, pelo que não houve reconhecimento de crédito da CPQ contra a MCN. Além disso, no momento do acréscimo patrimonial da MCN (fato gerador), ela ainda não havia sido incorporada pela CPQ, razão pela qual não se pode falar que teria sido gerado um crédito entre ambas.

Deve ser esclarecido que a autuação não se refere aos empréstimos feitos pela Arthemina, e sim, ao recebimento, pela MCN, do ativo da Arthemina (ações da CPQ), sem o correspondente passivo.

Em vista disso, não procede a alegação da impugnante de que haveria erro na identificação do sujeito passivo MCN, tampouco as alegações da impugnante a respeito da decisão da Arthemina de tomar empréstimos e da compra alavancada da Garuda pela Arthemina produzem efeitos nesse julgamento.

Em todo caso, note-se que na Nota Promissória do empréstimo tomado pela Arthemina consta como garantia a alienação fiduciária de 100% das ações emitidas pela Arthemina detidas pela MCN (fls.1576 do processo 19311.720445/2012-76). Todavia, as ações emitidas pela Arthemina correspondem apenas aos 30% da CPQ. Assim, do ponto de vista das operações de aquisição alavancada, não se mostra coerente tal operação, eis que não se cumpre um dos atributos desse tipo de operação, como informado pela própria impugnante: o de que a empresa tomadora de recursos tenha elevado volume de ativos que possam ser oferecidos como garantia do empréstimo, pois 30% das ações da CPQ não são suficientes para garantir integralmente o montante utilizado para adquirir 70% das ações da mesma CPQ. Em vista disso, não procede a conclusão da impugnante de que a fiscalização teria concordado tacitamente com a legitimidade da compra alavancada da Garuda.

Por tudo exposto, devem ser mantidos os lançamentos referente à aquisição patrimonial constatada na MCN.

Ante o exposto, é inegável a omissão de receitas não operacionais caracterizada pelo pagamento pela empresa CPQ Brasil S/A de dívida do acionista controlador MCN Empreendimentos e Participações S.A., em 01/02/2010, no valor de R\$ 40.796.780,62.

3- DO RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO:

A fiscalização enquadrou o controlador da MCN, Sr. Alberto Carneiro Neto, como responsável pelo crédito tributário com base no art.135, inciso III, do CTN, transcrito a seguir:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

(...)

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

A motivação que ensejou a Fiscalização a atribuir ao Sr. Alberto Carneiro Neto a responsabilidade tributária pelos créditos tributários apurados está assim descrita às fls. 1.255 no "Demonstrativo de Responsáveis Tributários" que acompanha o auto de infração de IRPJ, *verbis*:

No exercício das funções de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil e no curso da ação fiscal perante o sujeito passivo acima identificado, restou caracterizada a sujeição passiva solidária nos termos do art. 135, inciso III, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

O sujeito passivo solidário, na qualidade de sócio-administrador da MCN Participações e Empreendimentos S.A., de Presidente da CPQ Brasil S.A., de Diretor da Garuda S.A. e de Presidente da Arthemia Participações S.A., participou e assinou todos os atos (contratos, atas de assembleias-gerais, incorporações) e infrações que conduziram às autuações do presente processo, conforme narrado no Termo de Verificação Fiscal que acompanha e faz parte dos Autos de Infração.

Com efeito, não se reputa razoável a imputação da responsabilidade tributária por apenas ter participado, como administrador, nas práticas societárias que originou a infração fiscal.

Por sua vez, quanto ao art. 135, III do mesmo dispositivo legal, somente pode ocorrer a responsabilização pessoal dos sócios quando estes agem com excesso de poderes ou infração de lei ou ainda de contrato social.

No TVF não há, a meu ver, qualquer comprovação das condutas supostamente dolosas praticada pelo responsável tributário, sendo descritas somente as infrações realizadas pela pessoa jurídica e transcritos os dispositivos legais que embasaram a responsabilização.

Entendo que a hipótese de responsabilização tributária preceituada pelo artigo em comento pressupõe que a pessoa indicada tenha tolerado a prática de ato abusivo ou ilegal ou praticado diretamente essa conduta.

Logo, para efeito de atribuição da responsabilidade contida em tal artigo, impõe-se que o sócio-gerente ou diretor tenha praticado verdadeira atuação dolosa contrária à legislação tributária.

Corroborando este entendimento, tem-se decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1101728/SP sob a sistemática dos recursos repetitivos (art. 543C do antigo CPC):

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. DISPENSA. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO. TRIBUTO NÃO PAGO PELA SOCIEDADE. 1. A jurisprudência desta Corte, reafirmada pela Seção inclusive em julgamento pelo regime do art. 543C do CPC, é no sentido de que "a apresentação de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais – DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS – GIA, ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei, é modo de constituição do crédito tributário, dispensando, para isso, qualquer outra providência por parte do Fisco" (REsp 962.379, 1ª Seção, DJ de 28.10.08). 2. É igualmente pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de que a simples falta de pagamento do tributo não configura, por si só, nem em tese, circunstância que acarreta a responsabilidade subsidiária do sócio, prevista no art. 135 do CTN. É indispensável, para tanto, que tenha agido com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto da empresa (EResp 374.139/RS, 1ª Seção, DJ de 28.02.2005). 3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543C do CPC e da Resolução STJ 08/08. (grifei)

Nessa esteira, entendo que os atos societários praticados pelo sócio não são capazes de atrair a incidência do art. 135 do CTN.

Diante o exposto, entendo que deve ser excluído do pólo passivo da obrigação tributária o Sr. Alberto Carneiro Neto, pois não restou justificada e comprovada a responsabilidade tributária, conforme os dispositivos legais que embasaram a responsabilização.

4-DA MULTA QUALIFICADA:

Com relação à aplicação da multa qualificada sobre a infração de "Omissão de receitas não operacionais caracterizada pelo pagamento pela empresa CPQ Brasil S.A. de dívida do acionista controlador MCN Empreendimentos e Participações S.A., em benefício deste", entendo que ela deve ser reduzida para 75%.

A autoridade fiscal fundamentou a multa qualificada nos seguintes termos no TVF (fls. 1.238 e seguintes):

As partes praticaram atos em fraude a lei societária, utilizando-se de uma fraude contábil. Simularam a transferência de um ativo para fraudar a lei societária que trata de incorporação. Simularam uma incorporação para fraudar a lei societária que trata de retirada de recursos da empresa em favor de sócio além dos lucros disponíveis, sem reposição e em prejuízo do capital.

A fraude é indissociável dos ganhos tributários a que conduziu. No caso, como a MCN não se obrigou à restituição do valor utilizado, a receita omitida de R\$40.796.780,62 conduziu à omissão de tributos IRPJ, CSLL, PIS e COFINS no valor de R\$17.635.428,87.

A MCN teve também ganhos tributários indiretos relativos ao benefício fiscal de dedução do ágio aproveitado pela CPQ no valor de R\$18.016.323,34. Embora a MCN pudesse alcançar esse mesmo benefício se tomasse, ela mesma, recursos emprestados para aquisição das ações, é preciso considerar que este único negócio lícito que a MCN poderia fazer para aumentar sua participação acionária, ela não quis fazer, talvez porque o custo do financiamento seria maior do que a emissão de debêntures. Portanto as alternativas da MCN eram não adquirir as ações ou adquirir as ações de forma ilícita. Da forma como fez, aproveitou de uma economia tributária ilícita, pois derivada de atos ilícitos. Atos nulos não têm as mesmas implicações tributárias dos atos lícitos, e não podem obrigar o Estado a conceder benefícios fiscais que concederia se os atos fossem lícitos.

Note-se ainda que se as ações fossem compradas por terceiros, haveria para o investidor a contabilização do ágio da mesma forma, mas não necessariamente haveria a incorporação e o aproveitamento do benefício fiscal pela CPQ.

A CPQ também se beneficiou da redução de IRPJ e CSLL proporcionada pela contabilização das despesas de juros das debêntures como despesa, beneficiando indiretamente a MCN.

Com o adiantamento para futuro aumento de capital, foi possível aproveitar todo o ágio pago, mesmo sem a incorporação do Standard.

Mas, o que mais nos impressiona é o fato de a não contabilização da Reserva Especial de Ágio na Incorporação ter criado para a CPQ, simultaneamente à contabilização do Ativo Diferido de Ágio, um patrimônio líquido reduzidíssimo, de apenas 4,6 milhões de reais, 16 milhões menor do que na transação de 2009, e R\$52.989.186,29 menor do que ocorreria numa transação lícita. Isso implicaria a geração de novo ágio caso houvesse nova aquisição de ações.

As debêntures foram resgatadas em 2012, conforme Ata da AGE de 09/05/2012. Em agosto de 2012 o Standard, que adquirira 50% das ações por conversão da dívida em investimento, retirou-se da sociedade. A família controladora da MCN se tornou a única dona do negócio (site da empresa na internet). A MCN foi incorporada pela CPQ em 2012, o que faz crer que essa geração de ágio ao menos parcialmente pode ter ocorrido. A aquisição de 70% de participação ao valor econômico da empresa de 100 milhões gerou ágio de R\$52.989.186,29. Mantida a mesma proporção, a saída de sócio detentor de 50% de participação poderia gerar ágio de R\$37.849.418,80 e um ganho tributário adicional de R\$12.868.802,40 (34%).

O ganho tributário potencial, considerando os tributos incidentes sobre a receita omitida (R\$17.635.428,87), o benefício fiscal de aproveitamento do ágio (R\$18.016.323,34), acrescido de R\$12.868.802,40 pela condição de não contabilizar a reserva especial, chegaria a R\$48.520.554,60 (sem contar os tributos incidentes sobre as despesas de juros deduzidas), superior aos 40 milhões tomados de empréstimo e que motivaram toda a transação ilícita.

Os atos praticados conduziram a um ganho tributário ilícito de mais de 48 milhões de reais.

Conforme artigo 201 da Lei da SA, presume-se de má-fé a distribuição de dividendos em desacordo com o balanço. Entendemos que retirar 40 milhões de uma empresa que tem patrimônio líquido de cerca de 20 milhões, em benefício de sócio e sem reposição, é distribuir dividendos em desacordo com o balanço e portanto é ato doloso.

Considerando que o ganho tributário é indissociável da realização do negócio, que o contribuinte não quis fazer o único negócio lícito possível (tomar recursos emprestados), que a fraude conduziu a ganhos tributários que a MCN não teria de outra forma, entendemos cabível a qualificação da multa de 150% prevista no artigo 44, inc. I, §1º da Lei nº 9.430/96 e alterações por dolo, fraude, simulação, e por fraude à lei (art. 72 e 73 da Lei nº 4.502/64 – fraude e conluio) .

A recorrente, por sua vez, alega que a multa de 150% deve ser prontamente afastada, pois tal penalidade somente pode ocorrer nas hipóteses descritas pelos artigos 71 a 73 da Lei 4.502/64, isto é, nos casos de sonegação, fraude ou conluio, respectivamente.

Sustenta ainda que a caracterização da fraude ainda depende da comprovação da intenção dolosa de mascarar ou disfarçar a ocorrência do fato gerador. No caso concreto, prossegue, não pretendeu realizar atos societários para "driblar" as normas tributárias em questão buscando a redução de tributos. A jurisprudência administrativa é pacífica ao determinar que a Fiscalização tem o ônus de comprovar, de forma inequívoca, o dolo na conduta do contribuinte para que seja aplicada a multa qualificada.

Aduz que as operações foram praticadas em conformidade com a legislação vigente, sem que possa ser imputada qualquer conduta fraudulenta à recorrente e que não praticou nenhuma fraude contábil.

Observa que neste caso deve ser aplicada a Súmula nº 14, no sentido de que a simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo.

Quanto às alegações levantadas pela Fiscalização para tentar forçosamente caracterizar a conduta da recorrente como artificial não se sustenta, uma vez que, segundo o sujeito passivo, este caso sequer pode ser chamado de "planejamento tributário", uma vez que se tratou de uma simples incorporação de sociedades, sem que tenha apresentado qualquer benefício fiscal específico

Observa, finalmente, que no pior cenário, o presente caso deveria ser tratado como um mero conflito entre interpretações dadas pela Fiscalização e pela recorrente a um mesmo conjunto fático, de forma que a multa qualificada aplicada pela Fiscalização dever ser integralmente cancelada, ou, no mínimo, reduzida para 75%, dadas as disposições contidas no artigo 112, incisos I e II do CTN.

Pois bem.

Examinando o conjunto de elementos dos autos, entendo que, desta feita, não restou caracterizado o intuito de simulação ou fraude por parte da recorrente.

Com efeito, é inegável que houve omissão de receitas da MCN em virtude de pagamento de uma dívida sua pela CPQ em 01/02/2010, no valor de R\$ 40.796.780,62, que é tributável à luz do artigo 43, inciso II, do CTN, como já exposto. No entanto, não há elementos para afirmar o intuito fraudulento, simulação ou conluio nas operações societárias em questão.

Penso que, ao contrário da conclusão fiscal, a omissão de receita atinente ao acréscimo patrimonial gerado na empresa sucedida revela-se escusável no tocante à qualificação da multa de ofício, inexistindo, a meu ver, elementos para justificar sua aplicação.

Ante ao exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso nesta parte, para reduzir a multa de ofício aplicada de 150% para 75%.

5-DA DECADÊNCIA:

A impugnante alega que estariam decaídos os lançamentos, pois o fato gerador teria ocorrido em 01/02/10 e a ciência do auto de infração em 23/03/15, mais de cinco anos depois, conforme a regra do §4º do art.150 do CTN. Explica que não houve fraude ou simulação, não se aplicando ao caso a regra do art.173, I, do CTN. Alega ainda que os fatos geradores do IRPJ e da CSLL no regime de estimativa, e do PIS e da Cofins, são mensais. Expõe jurisprudência do Carf no sentido de suas teses e pede o cancelamento dos autos de infração.

O Código Tributário Nacional – CTN dispõe sobre a decadência nos seus artigos 150 e 173, reproduzidos parcialmente a seguir:

"Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;"

Por sua vez, o período de apuração do IRPJ consta no art. 1º da Lei nº 9.430/96, transcrito a seguir:

"Art. 1º A partir do ano-calendário de 1997, o imposto de renda das pessoas jurídicas será determinado com base no lucro real, presumido, ou arbitrado, por períodos de apuração trimestrais, encerrados nos dias 31 de março, 30 de junho, 30 de setembro e 31 de dezembro de cada ano-calendário, observada a legislação vigente, com as alterações desta Lei."

No caso em tela, a MCN, sujeito passivo de quem foi apurada a omissão de receitas optou, no ano-calendário 2010, pela forma de tributação pelo Lucro Real e pelo regime de apuração trimestral do IRPJ e da CSLL, conforme consta na respectiva Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ) às fls. 03.

Sendo assim, não procede a alegação da impugnante de que teria havido pagamentos mensais de estimativa. Ademais, no regime de apuração de estimativas mensais o fato gerador do IRPJ é anual, encerrando-se em 31 de dezembro do ano-calendário. Portanto, não procede a alegação da impugnante de que haveria fatos geradores mensais do IRPJ.

Ressalte-se que o fato gerador do IRPJ do 1º trimestre de 2010 consumou-se em 31/03/2010, não estando decaído na data da ciência dos lançamentos (26/03/2015 - AR de fls. 1.296), ainda que se considerasse o prazo previsto no art.150, § 4º, do CTN.

Para a CSLL, aplicam-se as mesmas normas de apuração e pagamento do IRPJ, conforme o art.57 da Lei nº 8.981/95.

Em relação ao PIS e à Cofins, o fato gerador é mensal, conforme Leis Complementares nº 7/70 e 70/91.

Tendo em vista que o fato gerador ocorreu em fevereiro de 2010 e que a ciência dos lançamentos pelo sujeito passivo ocorreu em 26/03/2015 (AR de fls. 1.296), cabe analisar a aplicabilidade do art.150, § 4º, invocado pela defendente para pleitear a decadência do lançamento em debate.

Tendo sido afastados a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, impõe-se reconhecer a decadência do lançamento do PIS e COFINS, em face da aplicação do prazo previsto no art. 150, § 4º do CTN.

6 - DO LANÇAMENTO DECORRENTE CSLL:

Como se infere do relato, a exigência da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) decorre do lançamento levado a efeito na área do Imposto de Renda Pessoa Jurídica.

Em observância ao princípio da decorrência, a solução dada ao litígio principal, relativo ao IRPJ, aplica-se, no que couber, aos lançamentos decorrentes, quando não houver fatos ou argumentos a ensejar decisão diversa.

7 - CONCLUSÃO:

Pelo exposto, **VOTO** por conhecer os recursos voluntários, acatar a preliminar de decadência do PIS e COFINS e no mérito **DAR PROVIMENTO PARCIAL** aos recursos voluntários para reduzir a multa de ofício para 75% e afastar do pólo passivo o Sr. Alberto Carneiro Neto.

(assinado digitalmente)

José Carlos de Assis Guimarães - Relator

Voto Vencedor

Não obstante o brilhantismo do voto do Conselheiro Relator, ousou divergir.

Em apertada síntese, a acusação fiscal refere-se à omissão de receita ocorrida na empresa MCN que fora incorporada pela Recorrente e antes disso era a controladora da empresa Arthemia que também fora incorporada (incorporação reversa) pela Recorrente.

A omissão de receita na empresa MCN, segundo a fiscalização, decorre da quitação por parte da ora Recorrente - CPQ de dívida pertencente à MCN o que teria gerado receita tributável não reconhecida por esta última.

O ponto principal a ser analisado no presente voto, portanto, refere-se à ocorrência de receita tributável na empresa MCN e, considerando a narrativa acima, tal análise está intrinsecamente ligada à verificação de ocorrência de efetivo ganho para a MCN quando da liquidação da dívida de R\$ 40 milhões.

Já neste ponto, me parece equivocada a percepção da fiscalização. Isso porque, a fiscalização parte de uma premissa equivocada de que a MCN era a real devedora de dívidas contraídas pela Arthemia, sua controlada. Contudo, não consegui identificar nos presentes autos, qualquer evidência no sentido de que a MCN tivesse contraído alguma dívida.

O racional da fiscalização está baseada no entendimento de que a MCN sucedeu a empresa Arthemia em suas obrigações em razão de suposta impossibilidade de incorporação da Arthemia pela CPQ, impossibilidade esta baseada em supostos vícios encontrados pela fiscalização na operação de incorporação da Arthemia pela CPQ, ora Recorrente.

Ora, se existem irregularidades ou vícios na operação de incorporação da Arthemina pela CPQ, os efeitos ou consequências disso deveriam ser sentidos nessas mesmas empresas - CPQ e Arthemina - e não num terceiro, a MCN.

Do ponto de vista econômico, verifica-se que a incorporação da Arthemina não trouxe qualquer ganho à MCN. Bem como, a liquidação da dívida pela CPQ também não trouxe qualquer benefício à CPQ.

Para chegar a tal conclusão, basta verificar que no momento inicial da sequência de operações, a MCM tinha um investimento avaliado em R\$ 30 milhões referente à sua participação 30% na CPQ, que tinha valor de mercado de R\$ 100 milhões e, ao final das operações, a MCM manteve um investimento avaliado em R\$ 30 milhões que equivalia à sua participação de 50% na CPQ, agora avaliada em R\$ 60 milhões.

Na essência, a verificação acima já nos permite concluir pela inexistência de ocorrência de ganho na MCN que pudesse gerar a incidência de tributação.

Contudo, **na forma** não é diferente.

Primeiramente porque no conjunto de operações que fora perpetrado, não existe uma só etapa que demonstre que a MCN tenha recebido qualquer recurso financeiro em decorrência das operações. Os recursos da dívida contraída em momento algum transitaram pela MCN o que, aliás, está correto.

A fiscalização atribuiu vício na forma de contabilização da incorporação da Arthemina pela CPQ e faz isso baseando-se na norma ICVM 319/99. Sem adentrar nos detalhes sobre a aplicabilidade ou não de tal normativo à operação, é certo que tal discussão somente produziria efeitos na CPQ e Arthemina, e não na MCN. Não há nos autos um argumento consistente que justifique qualquer impacto que deveria ocorrer nos livros da MCN que pudesse gerar receita tributável em decorrência dos supostos vício em operação em que sequer participou, tendo em conta que as partes foram Arthemina e CPQ.

Considerando sua condição de controladora, o único impacto contábil seria verificado através equivalência patrimonial que não gera efeito tributário.

Assim, me parecem carecedoras de lógica as premissas adotadas pela fiscalização para tribuir a geração de ganho tributável na MCN em razão de operações ocorridas em suas controladas. Desrespeitou-se aqui o Princípio da Entidade e ultrapassou-se aqui os limites legais para aplicação de presunção de omissão de receita nos moldes do artigo 281 do RIR/99. Não há correlação lógica entre os eventos combatidos pelo fisco e o suposto ganho na MCN.

Conclusão

Diante do exposto, voto por CONHECER dos Recursos Voluntários apresentados pela pessoa jurídica para no MÉRITO dar-lhe provimento.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Luis Fabiano Alves Penteado - Redator Designado

Processo nº 19311.720049/2015-91
Acórdão n.º **1201-002.476**

S1-C2T1
Fl. 27
