



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

Processo nº 10183.721770/2011-11
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1401-001.241 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de agosto de 2014
Matéria IRPJ
Recorrente Renosa Indústria Brasileira de Bebidas S.
Recorrida Fazenda Nacional

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010

OPERAÇÃO ENTRE EMPRESAS DO MESMO GRUPO. ÁGIO. FALTA DE FUNDAMENTO ECONÔMICO. INEFICÁCIA PARA FINS TRIBUTÁRIOS.

O ágio sem fundamento econômico e oriundo de operação realizada entre empresas do mesmo grupo, ou de alguma forma ligadas entre si, é ineficaz perante o Fisco, não podendo a respectiva amortização ser deduzida da base de cálculo do IRPJ.

MULTA QUALIFICADA. ÁGIO FICTÍCIO. DOLO. AUSÊNCIA. DESCARACTERIZAÇÃO.

Não restando inequivocamente demonstrado o evidente intuito doloso da contribuinte, a multa de ofício deve ser desqualificada.

JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA SOBRE A MULTA.

Em se tratando de tributo não pago, a multa deve incidir sobre a totalidade do crédito tributário que deixou de ser recolhido, incluindo-se nele a correção monetária e os juros.

LANÇAMENTO DECORRENTE. CSLL.

A decisão adotada em relação ao IRPJ também se aplica ao lançamento da CSLL, em virtude da íntima relação de causa e efeito que os une.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, DAR provimento PARCIAL ao recurso, nos seguintes termos: I) Por unanimidade de votos, para desqualificar a multa de ofício de 150% (cento e cinquenta por cento) para 75% (setenta e cinco por cento); e II) Pelo voto de qualidade, NEGAR provimento em relação às demais matérias: Vencidos os Conselheiros

Alexandre Antonio Alkmim Teixeira, Karem Jureidini e Maurício Pereira Faro que davam provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Jorge Celso Freire da Silva - Presidente.

(assinado digitalmente)

Fernando Luiz Gomes de Mattos - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Jorge Celso Freire da Silva, Fernando Luiz Gomes de Mattos, Antonio Bezerra Neto, Alexandre Antonio Alkmim Teixeira, Mauricio Pereira Faro e Karem Jureidini Dias.

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto e transcrevo o relatório que consta da decisão de piso, fls. 1991-1999:

Trata-se de impugnação apresentada contra lançamento que, apurando a falta de recolhimento de IRPJ e de CSLL decorrente da contabilização de despesas indedutíveis, formalizou a exigência de crédito tributário no montante de R\$ 44.413.916,09, compreendendo os dois tributos citados, acrescidos de multa e juros, tendo por fundamento legal o art. 3º da Lei nº 7.689/1988 e demais dispositivos indicados nos autos de infração de fls. 03 a 11, 12 a 21, 24 a 28 e 29 a 35.

Os fundamentos de fato e de direito que dão suporte ao lançamento foram descritos no Termo de Verificação Fiscal de fls. 47 a 63, que pode ser assim resumido:

A auditoria se instaurou para verificar a legitimidade da amortização de ágio, derivado de aquisição de participação societária, ocorrida nos anos de 2007 e 2008. A verificação, posteriormente, se estendeu aos anos de 2009 e 2010.

O ágio deduzido da base de cálculo do IRPJ e da CSLL teve origem para a contribuinte na operação de incorporação, ocorrida em 01/09/2007, da sociedade denominada Leonvin Participações Ltda., a qual detinha 40% de participação no capital social da incorporadora. A participação societária foi adquirida pelo valor de R\$ 135.400.000,00, dos quais R\$ 61.657.096,00 correspondem ao valor do patrimônio líquido e R\$ 73.742.904,00 a ágio por rentabilidade futura.

Inferiu a Fiscalização que a operação com a Leonvin foi engendrada com o único propósito de reduzir o pagamento do IRPJ e da CSLL, mediante amortização de “ágio de si mesma”. Teria havido nessa operação negócio jurídico simulado.

A Leonvin Participações fora constituída em 10/12/2004, tendo por sócios Jobelino Vitoriano Locateli e José Tavares de Lucena e por capital social o irrisório valor de R\$ 1.000,00.

Em 11/01/2005, processou-se a primeira alteração contratual, retirando-se da sociedade os primitivos sócios e ingressando as pessoas jurídicas denominadas Bebidas Latinas Ltd e Abacus (Nominees) Limited, ambas sociedades organizadas de acordo com as leis da Ilha Jersey, com sede em Motte Chambers, St. Helier, Jersey. As duas pessoas jurídicas foram constituídas na mesma data.

O antigo sócio da Leonvin, Jobelino Vitoriano Locateli, embora tendo se retirado formalmente da sociedade, não se afastou dela, pois foi designado diretor da empresa.

Em 13/01/2005, deu-se a segunda alteração do contrato social, designando-se para a função de diretor Ricardo Torres de Mello, que já exercia na Impugnante idêntica função.

Em 24/01/2005, o conselho de administração da Impugnante deliberou a emissão de 10.066.666 ações ordinárias, com preço de emissão de R\$ 13.450,03 (sic) por ação, perfazendo um investimento no montante de R\$ 135.400.000,00, dos quais R\$ 125.333.334,00 a título de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura. As ações foram subscritas e o valor integralizado, no mesmo dia, pela Leonvin, mediante transferência bancária para a conta da Impugnante.

Também na mesma data, 24/01/2005, foi alterado o capital social da Leonvin para R\$ 135.925.000,00, sendo ela autorizada a adquirir 40% do capital da Impugnante.

Posteriormente, Ricardo Torres de Mello assinou como mandatário de Bebidas Latinas Ltd e de Abacus (Nominees) Limited a deliberação de reduzir o capital social da Leonvin em R\$ 2.900.000,00.

Em 01/09/2007, deu-se a aprovação da incorporação da Leonvin Participações Ltda. pela Impugnante, Renosa Indústria Brasileira de Bebidas Ltda.

Essas circunstâncias levaram a Fiscalização a concluir que a pessoa jurídica Leonvin Participações Ltda. fora criada sem fundamentação econômica e sem objeto social de fato, com o único propósito de reduzir artificialmente a tributação, servindo como “empresa-veículo” para transferir o investimento realizado diretamente na Impugnante, ensejando a dedutibilidade do ágio.

Sobre os motivos declinados pela Impugnante para justificar a incorporação, manifestou-se a Fiscalização nos seguintes termos:

“Dentre as justificativas apresentadas pelo referido Protocolo e Justificação, vale ressaltar a que argumenta que a incorporação permitirá maior racionalização, otimização de resultados e desenvolvimento das operações sociais da incorporadora e da incorporada, sendo que sua extinção por incorporação ocasionará o aproveitamento fiscal do ágio pago pela incorporada na aquisição de ações da incorporadora. Na verdade não houve nenhuma racionalização, otimização de resultados e desenvolvimento das operações da incorporada, visto que esta jamais teve qualquer atividade operacional, serviu tão somente para transportar o investimento para a fiscalizada, restando o ato de incorporação apenas a última fase do planejamento tributário abusivo, ou seja, apenas a justificativa de aproveitamento do ágio é real.”
(fl. 54)

A Fiscalização apontou vários elementos fáticos que reforçariam a suspeita de simulação na constituição da pessoa jurídica Leonvin Participações Ltda. Eis os fatos:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 03/03/2015 por FERNANDO LUIZ GOMES DE MATTOS, Assinado digitalmente em 03/03/2015 por JORGE CELSO FREIRE DA SILVA, Assinado digitalmente em 03/03/2015 por FERNANDO LUIZ GOMES DE MATTOS

Impresso em 05/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

1 - A ata da reunião do conselho de administração da Impugnante, realizada em janeiro de 2005, faz referência a um acordo de acionistas (shareholders agreement), firmado pelos acionistas, entre os quais a Leonvin. Igualmente, a ata da reunião do conselho de administração da empresa Refrigerantes Noroeste S.A. (detentora de parte do capital social da Impugnante), ocorrida em 26/12/2004, também menciona o acordo firmado pela Leonvin. Entretanto, analisando os instrumentos dos acordos acima referidos, constatou a Fiscalização que em nenhum deles constava a Leonvin.

2 - A Leonvin Participações Ltda. foi criada três dias antes da celebração do acordo de joint venture que deliberou o ingresso dos investidores no capital da Impugnante, fato que, no entender da Fiscalização, deixa ver o real propósito da criação da Leonvin.

3 - A quarta alteração contratual da Leonvin reduziu-lhe o capital social, restituindo os respectivos valores às sócias Bebidas Latinas Ltd e Abacus (Nominees) Limited. O extrato da reunião foi publicado no Diário Oficial Empresarial do Estado de São Paulo. A consulta a tal publicação, entretanto, revela que os valores foram restituídos efetivamente a Jobelino Vitoriano Locateli e Ricardo Torres de Mello e não às pessoas jurídicas que formalmente detinham participação no capital da Leonvin, o que, para a Fiscalização, evidencia que Bebidas Latinas e Abacus (Nominees) eram “empresas de papel”.

4 - Não existe, em nome da Leonvin, nenhum recolhimento de FGTS e contribuição previdenciária, nem mesmo pelo trabalho supostamente prestado por Jobelino Vitoriano Locateli e Ricardo Torres de Mello.

5 - Inicialmente a Leonvin tinha como um dos sócios Jobelino Vitorino Locateli, o qual, de acordo com consulta feita ao sistema de dados da Receita Federal, figura como responsável por 198 empresas, das quais várias com sede no exterior e outras inativas.

6 - Pouco mais de um mês depois da criação da Leonvin, Ricardo Torres de Mello passa a exercer simultaneamente o cargo de diretor da Leonvin e da Impugnante.

7 - Durante todo o período de sua existência formal, a Leonvin só registrou fatos modificativos e permutativos ligados ao investimento na Impugnante. Nunca auferiu receitas da atividade operacional.

8 - A Leonvin apresentou, em fevereiro e março de 2006, duas declarações de empresa inativa.

9 - Os recursos investidos na Impugnante provêm da empresa Forsab Investments (Proprietary) Limited.

10 - A partir da data do aporte de capitais na Impugnante, passaram a compor o seu conselho de administração Philippe Hugo Gutsche e Alan David Cook.

Por todos esses fatos, extraiu a Fiscalização, acerca do negócio jurídico de compra de 40% do capital da Impugnante, as seguintes conclusões:

a) Não houve operação de aquisição de ações da Impugnante pela Leonvin. O negócio jurídico se estabeleceu entre a controladora da Impugnante, Refrigerantes do Noroeste S.A., e a Companhia Forsab Investments (Proprietary) Limited.

b) O acordo de joint venture entre a Refrigerantes do Noroeste e a Forsab deixa evidenciado que a Leonvin é subsidiária da Forsab.

c) O acordo de joint venture define que as partes no negócio são a Refrigerantes do Noroeste, a Forsab e a Impugnante (Renosa Indústria Brasileira de Bebidas S.A.).

d) O Ato de Concentração – AC nº 08012.000240/2005-08 diz respeito à operação de constituição pelas requerentes, Refrigerantes do Noroeste S.A. e Forsab, de uma joint venture para atuar principalmente na indústria de bebidas (engarrafamento de refrigerantes).

e) A titular da participação acionária sempre foi a Forsab Investments (Proprietary) Limited.

Em resumo, são essas as razões que levaram a autoridade lançadora a considerar simulado o negócio jurídico.

Quanto à qualificação da multa, afirmou a Fiscalização que a Impugnante se utilizou de artifícios para evitar que se conhecessem a extensão, a natureza ou as circunstâncias materiais do fato, bem como as características essenciais dos fatos geradores ocorridos nos anos de 2007 a 2010.

Não resignada, a Impugnante insurgiu-se contra o lançamento, fazendo as seguintes alegações:

Afirmou, preliminarmente, a tempestividade da impugnação.

O objeto do auto de infração foi a legitimidade da amortização de ágio nos anos de 2007 a 2010, em face da incorporação da empresa Leonvin Participações Ltda., que detinha 40% da participação societária na Impugnante, adquirida por meio de subscrição de novas ações em 24/01/2005. A incorporação ocorreu mais de dois anos após a subscrição das ações, ou seja, em 01/09/2007.

A Impugnante afirma que as operações tidas por simuladas pela autoridade fiscal tinham como propósito negocial a expansão de suas atividades comerciais. Disse que a empresa Refrigerantes do Noroeste, que detinha a totalidade do capital social da Impugnante, deu início em 2004 a um plano de expansão de suas atividades no Brasil e na América do Sul, que consistia na aquisições de empresas que atuassem no mesmo ramo. Para tanto se fazia necessária a captação de recursos financeiros, que

seriam obtidos junto a terceiros (investidores e instituições financeiras) e internamente, mediante sucessivos aumentos de capital, com a utilização de reservas de lucros, de capital e de incentivos fiscais.

Nesse contexto, firmou-se um acordo de joint venture entre a Refrigerantes do Noroeste, a Impugnante e uma companhia sediada na África do Sul, denominada Forsab Investments Limited.

Os recursos necessários para a execução do plano de expansão foram captados junto à Forsab. Esta, entretanto, não os repassou diretamente, mas através de uma subsidiária, constituída no Brasil, exclusivamente com o fim de deter 40% de participação no capital da Impugnante. Assim, a opção foi pelo investimento mediante a constituição de uma holding pura, pois a Forsab entendeu que essa seria a forma que sujeitaria o valor investido a menor risco de perda.

Afirmou que o investimento poderia ocorrer de três formas, a depender dos interesses relevantes para ambas as partes. Estas eram as formas que, segundo a Impugnante, poderiam ser adotadas para a realização do negócio:

“A primeira opção seria um investimento direto da “Forsab” ou de uma de suas subsidiárias no exterior, na Impugnante. Esta alternativa, contudo, obrigaria a “Forsab” e suas subsidiárias a compartilhar diretamente os riscos inerentes ao negócio da Impugnante, especialmente no caso de prejuízos, mesmo que o capital investido ainda não tivesse sido utilizado para as futuras aquisições, o que era bastante factível, pois todo e qualquer processo de aquisição de empresas demanda, em primeiro lugar, (i) aproximação; (ii) oferta; (iii) realização de “due diligences”; (iv) tratativas e reuniões entre as partes e finalmente, (v) fechamento do negócio. No Brasil, considerando nossas especificidades econômicas e os riscos envolvidos para o investidor estrangeiro, principalmente os riscos econômicos, resultam em que o prazo médio para a concretização de uma aquisição é superior a um ano.

A segunda opção seria a realização de um empréstimo diretamente para Impugnante que, apesar de vantajosa do ponto de vista fiscal, já que os juros seriam dedutíveis das bases de cálculo do IRPJ e da CSL, colocaria a Impugnante em estado de subcapitalização, na medida em que seu capital social, à época, era de R\$ 15.100.000,00 (...), enquanto que o valor do empréstimo (mútuo) seria de US\$ 50.000.000,00.

É certo que, à época não havia regra limitando a dedutibilidade dos juros no caso de subcapitalização de empresas, o que só veio a ocorrer a partir da Lei nº 12.249/2010 (conversão da MP nº 472), mas mesmo assim essa opção gerava o risco de questionamento fiscal em relação a tal dedutibilidade, situação esta que, inclusive, já foi objeto de apreciação pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, face às diversas autuações fiscais ocorridas em casos de subcapitalização.

A terceira opção seria a constituição de uma subsidiária no Brasil que exerceria o papel de “holding pura” ou “sociedade de participação” com o propósito exclusivo de deter a participação societária de 40% na Impugnante até que esta adquirisse uma outra franqueada da “Coca-Cola”. Esta alternativa era a única possível nas circunstâncias, pois seria o único meio possível em que a “Forsab” ou suas subsidiárias não seriam obrigadas pela legislação societária brasileira a compartilhar ou arcar com perdas desnecessárias enquanto não fosse efetuada a aquisição e, ao mesmo tempo, evitaria a exposição a um risco cambial decorrente da obrigação de se repatriar o capital investido no prazo máximo de 30 (trinta) dias, conforme a legislação da África do Sul.” (fls. 1730 e 1731)

O acordo de joint venture, na sua cláusula 8.1, permitia que a Refrigerantes do Noroeste adquirisse a totalidade das ações detidas pela subsidiária da Forsab, caso as aquisições objeto do plano de expansão não fossem efetivadas dentro de vinte e quatro meses, prorrogável por mais doze meses, a critério das partes. Trata-se da chamada cláusula de call option, que é fundamental para se entender a razão subjacente à incorporação que gerou a dedutibilidade do ágio na Impugnante.

A subsidiária da Forsab foi constituída no Brasil sob a denominação social de Leonvin Consultoria Mercadológica e Empresarial Ltda.”, em 08/12/2004. Logo depois, procedeu-se a uma alteração contratual para a retirada dos sócios e administradores e ingresso de duas subsidiárias da Forsab, sediadas no exterior, Bebidas Latinas Ltd e Abacus (Nominees) Limites. A alteração do contrato social mudou também de objeto e o nome empresarial, que passou a ser Leonvin Participações Ltda. Deu-se também a nomeação de Ricardo Torres de Mello como diretor da empresa.

*Paralelamente a esses fatos, o Conselho de Administração da Impugnante aprovou aumento do capital social no valor de R\$ 135.400.000,00, mediante emissão de novas ações subscritas pela Leonvin, sendo **R\$ 10.066.666,00** atribuídos ao capital social e **R\$ 125.333.334,00** a ágio fundado em rentabilidade futura.*

O quadro societário da Impugnante passou a ter a seguinte composição em 24/01/2005: Refrigerantes do Noroeste detinha 60% do capital e Leonvin, 40%. Esta, por sua vez, tinha como sócias Bebidas Latinas Ltd (49,95%) e Abacus (Nominees) Limited (50,05%).

Dentro do plano de expansão, a Impugnante adquiriu a Companhia Maranhense de Refrigerante, empresa que atuava nos Estados do Maranhão e de Tocantins. Concretizada a aquisição dessa empresa, o objetivo traçado no acordo de joint venture havia sido plenamente alcançado, razão pela qual já não fazia sentido a existência da Leonvin.

Assim, em 01/09/2007, a Impugnante incorporou a Leonvin, passando as empresas Bebidas Latinas e Abacus a deterem participação direta em 40% do capital social da Impugnante.

Imediatamente após a incorporação, Bebidas Latinas e Abacus

transferiram à Forsab as suas respectivas participações societárias.

Com isso, depois de dois anos da constituição da Leonvin, as operações resultaram na participação direta da Forsab no capital da Impugnante, da seguinte forma: Refrigerantes do Noroeste 60% e Forsab 40%.

Todas as empresas envolvidas nas operações societárias acima descritas atuam no mesmo ramo da Impugnante, o que comprova o efetivo propósito negocial subjacente ao investimento feito pela Leonvin.

Houve aumento de receitas no período compreendido entre 2004 e 2009, tornando a participação da Impugnante mais efetiva e direta no mercado de bebidas, o que comprova que não houve, no caso concreto, a realização de operações societárias visando exclusivamente a redução de carga tributária. A Fiscalização não mencionou a aquisição da Companhia Maranhense de Refrigerantes, que era um dos propósitos negociais do pacto de joint venture e que motivou a subscrição de ações pela Leonvin.

A Impugnante refutou os motivos declinados pela Fiscalização para a glosa da despesa com amortização de ágio, com os seguintes argumentos:

Todas as alegações da Fiscalização derivam da premissa de que a Leonvin teria sido uma empresa-veículo, criada exclusivamente para possibilitar o registro contábil de ágio na subscrição de ações e a subsequente transferência desse ágio para a Impugnante, dando ensejo à amortização do referido valor, reduzindo assim o IRPJ e a CSLL.

A premissa estaria errada, pois a Leonvin foi constituída com o objetivo exclusivo de deter participação societária na Impugnante até que esta implementasse o plano de expansão de suas atividades, mediante a aquisição de outras empresas do mesmo ramo.

Não houve simulação, nem fraude. O negócio jurídico foi praticado em conformidade com o art. 104 do Código Civil.

A expressão empresa-veículo foi utilizada de forma errônea e, por isso, deveria ser extirpada dos autos, já que não é contemplada no ordenamento jurídico brasileiro, que admite que uma companhia possa ter por objeto participar de outras sociedades, inclusive para beneficiar-se de incentivos fiscais, conforme disposição contida no art. 2º, §3º, da Lei nº 6.404/1976. A norma inserida naquele dispositivo permite a criação de dois tipos de sociedade holding, as mistas e as puras. A primeira, além de participar no capital de outras sociedades, também podem explorar alguma atividade empresarial específica.

A Leonvin era uma “holding pura”. É inerente a esse tipo de sociedade não ter empregados ou qualquer atividade

operacional, já que sua função social não é produzir bens ou prestar serviços, mas apenas participar do capital de outras sociedades. Portanto, não se pode falar em ausência de atividade, para concluir que se trata de “empresa de papel”.

A Leonvin não foi uma empresa criada e extinta em curto intervalo de tempo. Entre a data da criação e a de extinção transcorreram quase três anos. Além disso, a Leonvin foi criada, como uma etapa do plano de expansão das atividades empresariais da Impugnante, a concretizar-se mediante aquisição de outras empresas do mesmo setor. Por outro lado, o ágio baseado em rentabilidade futura não foi fictício e veio a ser confirmado pelos resultados dos exercícios subsequentes.

Dessa forma, existindo ágio, era dever do administrador utilizá-lo em benefício da companhia, em conformidade com a lei em vigor. Trata-se de direito assegurado legalmente. Não há na legislação tributária brasileira regra vedando ou condicionando o aproveitamento do ágio, ainda que mediante o uso de “empresa-veículo”.

Tendo explicado a operação, passou a Impugnante a rebater as alegações da autoridade fiscal. Disse que era desnecessário referenciar expressa e literalmente a Leonvin no acordo de acionistas e no acordo de joint venture, já que a Leonvin foi criada precisamente para a realização do investimento na Impugnante, o que não desnatura o propósito negocial subjacente à operação.

Reiterou que Bebidas Latinas e Abacus eram efetivamente sócias da Leonvin. Os valores pagos em 2006 a título de dividendos foram entregues a Jobelino Vitoriano Locateli e a Ricardo Torres de Mello na condição de representantes daquelas empresas.

Jobelino Vitoriano Locateli e Ricardo Torres de Mello, segundo atesta a Impugnante, eram administradores e não sócios da Leonvin. Ademais, Jobelino é sócio da Pryor Consultin Services, empresa de consultoria e assessoria contábil-fiscal, que veio a ser contratada pela Leonvin. Esta pagou pelos serviços que lhe foram prestados.

Assegurou, por outro lado, que a Leonvin também fez pagamentos de prolabore.

O fato de Ricardo Torres de Mello ter sido designado diretor da Leonvin, ao mesmo tempo em que exercia idêntica função na Impugnante nada tem de estranho ou ilegal e tampouco pode ser utilizado como prova ou indício de que a Leonvin tivesse sido criada com o único propósito de servir de “empresa-veículo”. Nada mais normal do que empresas do mesmo grupo terem diretores comuns.

Quanto às declarações (DIPJ) de empresa inativa, alegou terem sido elas regularmente retificadas.

Disse que a eleição de Philippe Hugo Gutsche e Alan Cook para o conselho de administração da Impugnante já estava prevista na cláusula 7.2 do acordo de acionistas. Por outro lado, a

Leonvin já tinha seus diretores nomeados. O fato, entretanto, não tem relevância tributária, nem altera as relação com o Fisco. A circunstância de essas pessoas terem assinado, uma única vez, por equívoco, como representantes da Leonvin não é suficiente para autorizar a desconsideração da personalidade jurídica.

A autoridade fiscal supôs que a transferência das ações em poder de Bebidas Latinas e de Abacus para a Forsab, após a incorporação da Leonvin, estava em desacordo com o estatuto social, que exige a aprovação de no mínimo 80% do capital votante, para qualquer transação que afete a estrutura societária da Impugnante. O procedimento adotado encontra respaldo no próprio acordo de acionistas, que não contraria a regra geral assentada no estatuto, aplicável às hipóteses de transferência de ações para novos subscritores, desde que não pertençam a qualquer uma das empresas que já possuam ações da Impugnante.

Quanto à CSLL, alegou inexistir previsão legal para adicionar à base de cálculo o valor correspondente à amortização de ágio havido como não dedutível pela Fiscalização. Disse que as condições para dedutibilidade desses valores estão previstas no art. 7º, inciso III, da Lei nº 9.532/1997. Assim, havendo norma específica, não podem ser aplicadas as normas genéricas contidas no art. 2º da Lei nº 7.689/1988, art. 1º da Lei nº 9.316/1996 e art. 28 da Lei nº 9.430/1996. Incide, no caso, o princípio da especialidade.

Por outro lado, sustentou a Impugnante ter havido erro no cálculo relativo ao adicional de 10% do IRPJ. De acordo com o art. 3º, §1º, da Lei nº 9.249/1995, o adicional recai sobre a parcela do lucro tributável que exceder a R\$ 20.000,00 mensais ou R\$ 240.000,00 anuais. Todavia, a Fiscalização não excluiu, do cálculo do adicional, a referida parcela.

No que toca à multa qualificada, reiterou a ausência de simulação ou fraude que justificassem a exacerbação da penalidade. Enfatizou que para caracterizar simulação ou fraude é necessária a presença de dolo. Age com dolo aquele que, tendo ânimo de prejudicar alguém, adota conduta nesse sentido.

A criação da Leonvin se inseriu no contexto de expansão dos negócios da Impugnante, de forma que as operações societárias não tiveram como único propósito a redução da carga tributária mediante amortização de ágio, transferido com a incorporação subsequente. A realização do negócio jurídico, no caso concreto, poderia, quando muito, ser considerado um negócio jurídico indireto, mas nunca um negócio simulado ou fraudulento.

Negócio jurídico indireto é aquele contratado de forma lícita, em que as partes visam alcançar um fim que não é típico do negócio adotado; mas, nem por isso, a vontade declarada não é a real. A escolha de uma forma jurídica que venha a proporcionar efeitos tributários mais favoráveis ao contribuinte não significa,

necessariamente, ter havido simulação ou fraude praticada pelas partes.

O negócio jurídico praticado pela Impugnante ocorreu em conformidade com a legislação societária, em especial o art. 2º, §3º, da Lei nº 6.404/1976. A expansão pretendida foi efetivamente alcançada com a aquisição da Companhia Maranhense de Refrigerantes.

Arguiu, por fim, a ilegalidade da exigência de juros incidentes sobre a multa de ofício. A previsão legal cinge-se à incidência de juros sobre o tributo, o qual não se confunde com multa. Assim, ao formalizar tal exigência, a Fiscalização viola o princípio constitucional da legalidade.

Com essas alegações, pugnou pelo cancelamento dos autos de infração. Sucessivamente, caso não acolhido o primeiro pedido, requereu que fosse excluída a exigência da CSLL, corrigido o cálculo do adicional do IRPJ, excluídos os juros sobre a multa de ofício e afastada a multa qualificada.

Na petição de fls. 1896 a 1921, a Impugnante requereu o julgamento em conjunto com os processos nº 10183.723526/2011-85 e 10183.723528/2011-74, pedido do qual mais tarde veio a desistir (fls. 1986).

A 2ª Turma da DRJ/CGE, por unanimidade de votos, julgou improcedente a impugnação, por meio de Acórdão que recebeu a seguinte ementa, fls. 1989-1990:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010

OPERAÇÃO ENTRE EMPRESAS DO MESMO GRUPO. ÁGIO. FALTA DE FUNDAMENTO ECONÔMICO. INEFICÁCIA PARA FINS TRIBUTÁRIOS.

O ágio sem fundamento econômico e oriundo de operação realizada entre empresas do mesmo grupo, ou de alguma forma ligadas entre si, é ineficaz perante o Fisco, não podendo a respectiva amortização ser deduzida da base de cálculo do IRPJ.

MULTA QUALIFICADA. ÁGIO FICTÍCIO. DOLO. CARACTERIZAÇÃO.

O registro contábil e a subsequente amortização de ágio fictício caracteriza conduta dolosa, autorizando a aplicação de multa qualificada.

JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA SOBRE A MULTA. FATO NÃO OCORRIDO. CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

A cobrança de juros de mora sobre a multa de ofício só é passível de impugnação a partir do momento em que o fato se materializar, sendo defeso ao órgão de julgamento conhecer a impugnação e apreciar a matéria preventivamente.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010

OPERAÇÃO ENTRE EMPRESAS DO MESMO GRUPO. ÁGIO. FALTA DE FUNDAMENTO ECONÔMICO. INEFICÁCIA PARA FINS TRIBUTÁRIOS.

O ágio sem fundamento econômico e oriundo de operação realizada entre empresas do mesmo grupo, ou de alguma forma ligadas entre si, é ineficaz perante o Fisco, não podendo a respectiva amortização ser deduzida da base de cálculo da CSLL.

MULTA QUALIFICADA. ÁGIO FICTÍCIO. DOLO. CARACTERIZAÇÃO.

O registro contábil e a subsequente amortização de ágio fictício caracteriza conduta dolosa, autorizando a aplicação de multa qualificada.

JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA SOBRE A MULTA. FATO NÃO OCORRIDO. CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

A cobrança de juros de mora sobre a multa de ofício só é passível de impugnação a partir do momento em que o fato se materializar, sendo defeso ao órgão de julgamento conhecer a impugnação e apreciar a matéria preventivamente.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

O contribuinte foi devidamente cientificado do aludido Acórdão em 07/02/2012, conforme AR de fls. 2015 e apresentou recurso voluntário em 07/03/2012 (v. fls. 2019-2094), reiterando os argumentos de defesa apresentados na fase impugnatória. Sua peça recursal foi acompanhada dos documentos de fls. 2101-2407.

A Procuradoria da Fazenda Nacional, por sua vez, apresentou as contrarrazões de fls. 2408-2452.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Fernando Luiz Gomes de Mattos

O recurso apresentado atende aos requisitos legais, razão pela qual deve ser conhecido.

Indedutibilidade do ágio

A presente controvérsia resume-se à análise da oponibilidade ou não, ao Fisco, de sucessivas operações de planejamento tributário, resumidas no quadro abaixo (segundo a visão das autoridades autuantes):

Data / Evento	Situação / Operação Societária
10/12/2004 Criação da empresa veículo	A Leonvin Participações fora constituída em 10/12/2004, tendo por sócios Jobelino Vitoriano Locateli e José Tavares de Lucena e por capital social o irrisório valor de R\$ 1.000,00.
Antes de 24/01/2005 Início da operação	a) A RENOSA (recorrente) é controlada pela NOROESTE S.A.; b) A sua controladora NOROESTE firma um acordo de “Joint Venture” com a pessoa jurídica sul-africana FORSAB, com a anuência da RENOSA. Por meio deste acordo, a FORSAB se compromete a aplicar recursos na RENOSA, recebendo, em troca, 40% de sua participação societária.
24/01/2005 Origem do ágio e Utilização da LEONVIN como “empresa veículo”	a) A FORSAB, por meio de suas subsidiárias estrangeiras BEBIDAS LATINAS LTDA e ABACUS aumenta o capital da LEONVIN em R\$ 135.924.000,00; b) A LEONVIN aplica esses recursos na RENOSA, adquirindo para si os 40% da participação societária dessa empresa; c) Em decorrência dessa operação, a LEONVIN registra um ágio decorrente da aquisição da participação societária na RENOSA, no valor de R\$ 125.333.334,00.
01/09/2007 “Incorporação reversa” e Formação do “ágio de si mesmo”	a) A RENOSA incorpora a LEONVIN (que detinha 40% do capital da própria RENOSA) e absorve para si o ágio pago sobre parte de sua própria participação societária. b) Em razão dessa operação, as empresas BEBIDAS e ABACUS (subsidiárias estrangeiras da FORSAB) passam a deter 40% da participação societária da RENOSA.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 03/03/2015 por FERNANDO LUIZ GOMES DE MATTOS, Assinado digitalmente em 03/03/2015 por JORGE CELSO FREIRE DA SILVA, Assinado digitalmente em 03/03/2015 por FERNANDO LUIZ GOMES DE MATTOS

Impresso em 05/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

24/10/2007 Conclusão da operação	As empresas BEBIDAS e ABACUS transferem à FORSAB os 40% de participação societária da RENOSA, dando efetivo cumprimento ao contrato de “Joint Venture” firmando em 2005.
---	--

Com o intuito de permitir uma melhor compreensão dos fatos ocorridos, considero pertinente transcrever o seguinte trecho do acórdão de piso, fls. 1991-1992:

A Leonvin Participações fora constituída em 10/12/2004, tendo por sócios Jobelino Vitoriano Locateli e José Tavares de Lucena e por capital social o irrisório valor de R\$ 1.000,00.

Em 11/01/2005, processou-se a primeira alteração contratual, retirando-se da sociedade os primitivos sócios e ingressando as pessoas jurídicas denominadas Bebidas Latinas Ltd e Abacus (Nominees) Limited, ambas sociedades organizadas de acordo com as leis da Ilha Jersey, com sede em Motte Chambers, St. Helier, Jersey. As duas pessoas jurídicas foram constituídas na mesma data.

O antigo sócio da Leonvin, Jobelino Vitoriano Locateli, embora tendo se retirado formalmente da sociedade, não se afastou dela, pois foi designado diretor da empresa.

Em 13/01/2005, deu-se a segunda alteração do contrato social, designando-se para a função de diretor Ricardo Torres de Mello, que já exercia na Impugnante idêntica função.

Em 24/01/2005, o conselho de administração da Impugnante deliberou a emissão de 10.066.666 ações ordinárias, com preço de emissão de R\$ 13.450,03 (sic) por ação, perfazendo um investimento no montante de R\$ 135.400.000,00, dos quais R\$ 125.333.334,00 a título de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura. As ações foram subscritas e o valor integralizado, no mesmo dia, pela Leonvin, mediante transferência bancária para a conta da Impugnante.

Também na mesma data, 24/01/2005, foi alterado o capital social da Leonvin para R\$ 135.925.000,00, sendo ela autorizada a adquirir 40% do capital da Impugnante.

Posteriormente, Ricardo Torres de Mello assinou como mandatário de Bebidas Latinas Ltd e de Abacus (Nominees) Limited a deliberação de reduzir o capital social da Leonvin em R\$ 2.900.000,00.

Em 01/09/2007, deu-se a aprovação da incorporação da Leonvin Participações Ltda. pela Impugnante, Renosa Indústria Brasileira de Bebidas Ltda.

Essas circunstâncias levaram a Fiscalização a concluir que a pessoa jurídica Leonvin Participações Ltda. fora criada sem fundamentação econômica e sem objeto social de fato, com o único propósito de reduzir artificialmente a tributação, servindo como “empresa-veículo” para transferir o investimento

realizado diretamente na Impugnante, ensejando a dedutibilidade do ágio.

[...]

A Fiscalização apontou vários elementos fáticos que reforçariam a suspeita de simulação na constituição da pessoa jurídica Leonvin Participações Ltda. Eis os fatos:

1 - A ata da reunião do conselho de administração da Impugnante, realizada em janeiro de 2005, faz referência a um acordo de acionistas (shareholders agreement), firmado pelos acionistas, entre os quais a Leonvin. Igualmente, a ata da reunião do conselho de administração da empresa Refrigerantes Noroeste S.A. (detentora de parte do capital social da Impugnante), ocorrida em 26/12/2004, também menciona o acordo firmado pela Leonvin. Entretanto, analisando os instrumentos dos acordos acima referidos, constatou a Fiscalização que em nenhum deles constava a Leonvin.

2 - A Leonvin Participações Ltda. foi criada três dias antes da celebração do acordo de joint venture que deliberou o ingresso dos investidores no capital da Impugnante, fato que, no entender da Fiscalização, deixa ver o real propósito da criação da Leonvin.

3 - A quarta alteração contratual da Leonvin reduziu-lhe o capital social, restituindo os respectivos valores às sócias Bebidas Latinas Ltd e Abacus (Nominees) Limited. O extrato da reunião foi publicado no Diário Oficial Empresarial do Estado de São Paulo. A consulta a tal publicação, entretanto, revela que os valores foram restituídos efetivamente a Jobelino Vitoriano Locateli e Ricardo Torres de Mello e não às pessoas jurídicas que formalmente detinham participação no capital da Leonvin, o que, para a Fiscalização, evidencia que Bebidas Latinas e Abacus (Nominees) eram “empresas de papel”.

4 - Não existe, em nome da Leonvin, nenhum recolhimento de FGTS e contribuição previdenciária, nem mesmo pelo trabalho supostamente prestado por Jobelino Vitoriano Locateli e Ricardo Torres de Mello.

5 - Inicialmente a Leonvin tinha como um dos sócios Jobelino Vitorino Locateli, o qual, de acordo com consulta feita ao sistema de dados da Receita Federal, figura como responsável por 198 empresas, das quais várias com sede no exterior e outras inativas.

6 - Pouco mais de um mês depois da criação da Leonvin, Ricardo Torres de Mello passa a exercer simultaneamente o cargo de diretor da Leonvin e da Impugnante.

7 - Durante todo o período de sua existência formal, a Leonvin só registrou fatos modificativos e permutativos ligados ao investimento na Impugnante. Nunca auferiu receitas da atividade operacional.

8 - A Leonvin apresentou, em fevereiro e março de 2006, duas declarações de empresa inativa.

9 - Os recursos investidos na Impugnante provêm da empresa Forsab Investments (Proprietary) Limited.

10 - A partir da data do aporte de capitais na Impugnante, passaram a compor o seu conselho de administração Philippe Hugo Gutsche e Alan David Cook.

Com base nestes amplo conjunto de fatos, os autuantes concluíram que:

a) a participação da LEONVIN nesta sequência de operações teve o único propósito de reduzir o pagamento do IRPJ e da CSLL, mediante amortização de “*ágio de si mesma*” por parte da RENOSA. No caso, estaria claramente evidenciado o negócio jurídico simulado.

b) a pessoa jurídica Leonvin Participações Ltda. foi criada sem fundamentação econômica e sem objeto social de fato, com o único propósito de reduzir artificialmente a tributação, servindo como “*empresa-veículo*” para transferir o investimento realizado diretamente na Impugnante, ensejando a dedutibilidade do ágio.

c) não houve operação de aquisição de ações da Impugnante pela Leonvin. O negócio jurídico se estabeleceu entre a controladora da Impugnante, Refrigerantes do Noroeste S.A. e a Companhia Forsab Investments (Proprietary) Limited.

d) o acordo de *joint venture* entre a Refrigerantes do Noroeste e a Forsab deixa evidenciado que a Leonvin é subsidiária da Forsab.

e) o acordo de *joint venture* define que as partes no negócio são a Refrigerantes do Noroeste, a Forsab e a Impugnante (Renosa Indústria Brasileira de Bebidas S.A.).

f) o Ato de Concentração – AC nº 08012.000240/2005-08 diz respeito à operação de constituição pelas requerentes, Refrigerantes do Noroeste S.A. e Forsab, de uma *joint venture* para atuar principalmente na indústria de bebidas (engarrafamento de refrigerantes).

g) a titular da participação acionária sempre foi a Forsab Investments (Proprietary) Limited.

Assim sendo, a resolução da presente lide resume-se a analisar se o presente ágio, criado em sucessivas operações societárias (realizadas entre partes relacionadas), atendeu aos pressupostos legais de sua dedutibilidade na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL da Renosa.

Ao se proceder esta análise, deve-se levar em conta que a pessoa jurídica objeto de reavaliação (RENOSA) foi, exatamente, a mesma pessoa jurídica que posteriormente pretendeu deduzir o ágio na apuração da base de cálculo dos tributos devidos (“*ágio de si mesma*”).

A situação sob análise não é nova para este colegiado. Na verdade, o julgamento de situações desta natureza é fenômeno relativamente antigo e bastante frequente neste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, que já produziu caudalosa e consistente jurisprudência sobre o tema.

Antes, contudo, de partir para a análise da jurisprudência, visando sua aplicação analógica ao presente caso, julgo conveniente proceder um breve resumo das opiniões doutrinárias prevalecentes sobre a matéria.

Por se tratar de uma análise resumida, vou me limitar a analisar o magistério de Marco Aurélio Greco, reconhecido como uma das maiores autoridades neste assunto.

Em sua magistral obra Planejamento Tributário (São Paulo, Dialética, 2004), o festejado doutrinador apresenta um conjunto de situações ou operações que, segundo ele, merecem uma atenção particular do intérprete, antes que se possa considerá-las como procedimentos autênticos de planejamento tributário.

A título meramente ilustrativo, sintetizo as aludidas operações: (a) Operações estruturadas em seqüência (*step transactions*), (b) Operações invertidas, (c) Operações entre partes relacionadas; (d) Uso de sociedades-veículo (*conduit companies*, *sociedades aparentes*; *sociedades fictícias*; *sociedades efêmeras*; *interpostas pessoas*); (e) Deslocamento da base tributável; (f) Substituições jurídicas; (g) Neutralização de efeitos indesejáveis; (h) Ingresso de sócio seguido de cisão seletiva; (i) Ágio de si mesmo; (j) Empréstimo ao invés de investimento; (k) Operações interestaduais de ICMS sem trânsito; (l) Criação de distribuidoras e base de cálculo do IPI; (m) Autonomização de operações; (n) Outras (*ato normal de gestão*, *negócios indiretos ou fiduciários*, *redesenhos societários sucessivos*, *operações recíprocas*).

Não é preciso muito esforço para verificar que, no presente caso, claramente ocorreram pelo menos cinco dessas situações nebulosas, quais sejam: (1) Operações estruturadas em seqüência (*step transactions*), (2) Operações invertidas, (3) Operações entre partes relacionadas; (4) Uso de sociedades-veículo (*conduit companies*); (5) Ágio de si mesmo.

Passo a analisar brevemente cada uma destas ocorrências.

Operações estruturadas em sequência (*step transactions*)

As operações ocorridas no presente caso claramente constituem operações estruturadas em seqüência, ou seja, uma seqüência de etapas em que cada uma corresponde a um tipo de ato ou deliberação societária ou comercial encadeado com a etapa subsequente, com o único objetivo de buscar um efeito fiscal mais favorável, em desconformidade com a lei.

Cada etapa dessa cadeia de operações estruturadas só faz sentido caso exista a etapa anterior e caso seja também deflagrada a operação posterior.

Uma operação estruturada como a que ora está sendo examinada indica a existência de um objetivo único, predeterminado à realização de todo o conjunto, indicando, também, uma causa jurídica única.

Nesta hipótese, cumpre examinar se há motivos autônomos ou não, pois se estes inexistirem, o fato a ser enquadrado é o conjunto e não cada uma das etapas.

No caso examinado, nenhum motivo autônomo se apresenta nos autos que venha a justificar a realização de cada uma das etapas da operação. Isto é, não existia uma finalidade diferente para cada etapa das operações. A finalidade era uma única e somente seria obtida ao término de todas as etapas. Tais circunstâncias exigem que a operação seja apreciada como um todo sem que se perca de vista, no entanto, as peculiaridades de cada etapa que integra a operação global.

Segundo as sábias palavras de Marco Aurélio Greco, “ [...] ao invés de analisar cada fotografia (etapa) é importante analisar o filme (conjunto delas). Mais do que um evento (etapa) é importante interpretar a estória (conjunto).”

No caso em análise, o conjunto dessas etapas (aumento de capital acionário, criação de ágio em operação envolvendo empresas relacionadas, utilização de empresa veículo e posterior incorporação reversa) corresponde apenas a uma pluralidade de meios para atingir um único fim: a dedutibilidade do ágio pela própria pessoa jurídica que foi reavaliada (no caso a RENOSA, ora recorrente).

Diante deste quadro, é preciso analisar também qual a situação existente antes da deflagração da seqüência de etapas e qual a situação final resultante da última das etapas. Desse modo, só assim será assegurado um exame abrangente de uma operação complexa, subdividida em múltiplas etapas que são meros segmentos de uma operação maior, de modo a verificar, na realidade, qual a operação que se está pretendendo opor ao Fisco (a complexa ou cada parte da operação).

No caso concreto, vale ressaltar que, antes do início da seqüência de operações societárias, a sua controladora NOROESTE havia firmado um acordo de “Joint Venture” com a pessoa jurídica sul-africana FORSAB, com a anuência da RENOSA. Por meio deste acordo, a FORSAB se comprometia a aplicar recursos na RENOSA, recebendo, em troca, 40% de sua participação societária.

Importante observar que, apenas 3 (três) dias antes da assinatura desse acordo de “Joint-Venture”, foi criada a pessoa jurídica LEONVIN, que futuramente viria a ser utilizada como empresa veículo.

Ao final de toda a cadeia de operações, a FORSAB passou a deter 40% de participação societária da RENOSA, exatamente como previsto no contrato de “Joint Venture” firmando em 2005.

Em resumo: a situação planejada antes do início da operação foi efetivamente alcançada após o seu término. No entanto, ao invés da FORSAB adquirir diretamente a parcela de 40% de participação societária na RENOSA, o grupo econômico optou por fazer uma série de operações intermediárias, utilizando a LEONVIN como empresa veículo.

Outro elemento importante nestas operações em etapas diz respeito ao tempo decorrido entre cada uma delas. Vale dizer, quanto tempo deve transcorrer entre as etapas para que seja possível considerar cada uma delas separadamente como operações autônomas e, portanto, com efeitos próprios em relação ao Fisco?

Não há uma resposta objetiva predeterminada. Serão as circunstâncias fáticas de cada caso concreto que indicarão se um negócio jurídico celebrado ou uma alteração societária implementado será ou não considerada etapa de operação mais ampla ou se terá a feição de operação isolada.

Na situação sob análise, chama atenção o fato de que transcorreram apenas 54 dias entre o evento de incorporação reversa da LEONVIN (por parte da RENOSA) e a posterior transferência de 40% da participação da RENOSA para a FORSAB.

Nenhum evento externo ocorreu que justificasse a sequência dessas operações societárias em espaço de tempo tão exíguo (54 dias). A premência com que essas operações foram realizadas denotam, claramente, que elas faziam parte de uma sequência de etapas, encadeadas com as anteriores, visando a busca de um fim determinado, sem nenhum evento externo que justificasse a altíssima velocidade com que as operações foram realizadas.

Operações invertidas

Outra operação considerada nebulosa pelo Professor Greco é aquela que ocorre de maneira inversa à habitual, tal como a que ora se apresenta nos autos (incorporação da controladora pela controlada).

Segundo a visão do Professor Greco, os institutos jurídicos são desenhados para regular situações que, na vida comum em sociedade, se apresentam como o que frequentemente ocorre, levando em consideração as características e qualidades dos respectivos participantes.

Num grupo societário em que uma pessoa jurídica controla outra, caso haja necessidade de reunião de ambas num único empreendimento, o caminho que a experiência aponta como natural é a controladora incorporar sua controlada e não o inverso (incorporação às avessas ou incorporação reversa).

A legislação reconhece esta figura de caráter inverso (controlada incorporando a controladora), como o artigo 264 da Lei das Sociedades Anônimas que apresenta regras de avaliação para essa hipótese, mas tal fato não afasta a relevância das circunstâncias que podem cercar o caso concreto. Afinal, esta operação inversa pode, eventualmente, estar sendo realizada abusivamente ou como negócio indireto em fraude à lei (salva não à lei societária que regula a incorporação, mas à lei tributária ou outra lei relevante aplicável ao caso concreto).

A incorporação às avessas apresenta-se como hipótese fora do perfil objetivo do instituto jurídico e, por isso, demanda uma razão específica relevante que afaste a estranheza da operação e que mostre sua perfeita adequação à realidade fática do caso.

No caso em análise, em etapa anterior à "incorporação reversa", a FORSAB, por meio de suas subsidiárias estrangeiras BEBIDAS LATINAS LTDA e ABACUS, aumentou o capital da LEONVIN em R\$ 135.924.000,00. Ato contínuo, a LEONVIN utilizou esses recursos para adquirir 40% de participação societária na RENOSA, com a criação de um ágio no valor de R\$ 125.333.334,00.

Ato contínuo, a RENOSA absorveu a pessoa jurídica que detinha 40% do seu capital social (LEONVIN). Desta forma, a LEONVIN (criada 3 dias antes da assinatura do termo de "Joint Venture" entre a controladora da RENOSA e a FORSAB), desapareceu do mundo jurídico, deixando como única "herança" para a RENOSA (ora recorrente) o expressivo valor de R\$ 125.333.334,00, contabilizados a título de ágio ("ágio de si mesma").

Em sede recursal, a contribuinte alegou que esta estranha operação de "incorporação reversa" teria possibilitado a expansão do grupo no Brasil. No entanto, a mesma situação societária teria sido obtida mediante a aquisição direta, pela FORSAB, da parcel de 40% de participação societária da RENOSA (obviamente, sem a criação do "ágio de si mesmo" nesta última).

Deve-se ter em conta, ainda, que a LEONVIN sempre foi uma pessoa jurídica com existência meramente formal, posto que só registrou fatos modificativos e permutativos

ligados ao investimento na própria RENOSA. A LEOVIN nunca auferiu receitas da atividade operacional e somente apresentou (em fevereiro e março de 2006), duas declarações de empresa inativa.

Ao término das estranhas operações societárias, a LEOVIN (empresa veículo) foi **extinta por incorporação**, deixando de existir no mundo jurídico. Este fato, por si só, reforça a convicção que, no contexto das operações sob análise, **a única função da LEOVIN foi a de viabilizar a criação e transferência do ágio para a RENOSA**. Tal fato será melhor analisado em tópico específico do presente voto, intitulado “uso de sociedades veículo”.

Operações entre partes relacionadas

As operações entre partes relacionadas, segundo o magistério de Marco Aurélio Greco, merecem cuidadosa análise, tendo em vista a real possibilidade de que a causa da operação vise unicamente obter algum efeito tributário intragrupo e não uma razão econômica efetiva de mercado.

Segundo Greco, quando se está analisando operações entre pessoas jurídicas de um mesmo grupo societário, não se pode ignorar que esta simples circunstância faz com que existam **interesses comuns** no relacionamento entre seus membros.

Neste sentido, o festejado Professor Greco alerta que merece atenção a ocorrência de alterações formais de titularidade patrimonial ou de atribuição de direitos e deveres, mas que, em última análise, por ser o mesmo grupo não causam alterações substanciais. Isto é, operações mediante as quais jurídica e patrimonialmente o grupo permanece inalterado, tal como no caso presente; a única consequência relevante é que o Fisco deixa de receber determinado tributo.

Da análise de todos os fatos e documentos trazidos aos autos, constata-se que cada etapa que compôs a operação completa de planejamento tributário, se examinada individualmente, observou a legislação societária que rege a matéria.

No entanto, se as sucessivas operações forem analisadas como um todo, facilmente se constata que em cada etapa houve mera transferência escritural de ações, visando o objetivo final de dedução da amortização do ágio, sem que o ágio embutido nessas ações em nenhum momento tenha sido pago.

Ao término de toda a cadeia de operações societárias, o ágio refletido no valor nominal das cotas da RENOSA (ora recorrente) retornou a ela. A contínua – quase frenética - transferência de participações societárias chegou ao seu final sem que em nenhuma etapa tivesse havido pagamento efetivo do ágio agregado ao valor das ações.

Ao final de toda essa cadeia de operações, tudo resultou inalterado, no que tange à composição societária da RENOSA. O único efeito concreto e relevante é que o Fisco deixaria de receber determinados tributos. Tal fato ilícito somente foi evitado mediante a pronta atuação das autoridades fiscais, que desvendaram o propósito destas operações encadeadas e, ao final, lavraram os presentes autos de infração, para exigir o valor dos tributos que deixaram de ser recolhidos.

Em resumo: do exame do conjunto das diversas etapas da operação, constato que a finalidade econômica da incorporação realizada pela interessada restou desfigurada, distorcida, ainda que tenha sido observada a legislação societária. Isto porque, sob o ponto de vista econômico, em decorrência da amortização do ágio registrado pela interessada, o único efeito prático das operações realizadas foi a redução - ilegal - da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Por todas as razões expostas, é forçoso concluir que a situação descrita é totalmente atípica, contrariando totalmente a “ordem natural das coisas”.

Uso de sociedades-veículo (*conduit companies*)

Segundo a doutrina de Marco Aurélio Greco, empresa de passagem é uma pessoa jurídica utilizada apenas para servir como canal de passagem de um patrimônio ou de dinheiro, sem que tenha efetivamente outra função dentro do contexto. Trata-se de uma operação que serve apenas para transitar um patrimônio ou um determinado recurso.

No presente caso, a **única função** da LEONVIN no conjunto de operações realizadas foi servir de veículo para a criação do ágio e sua quase imediata transferência à própria pessoa jurídica reavaliada (CVI Refrigerantes, ora recorrente).

A FORSAB desejava adquirir 40% da participação societária da RENOSA. No entanto, em vez de simplesmente adquirir tal participação diretamente, optou por aumentar o capital da LEONVIN (empresa veículo), que imediatamente adquiriu para si os 40% de participação societária na RENOSA. Nessa operação, a LEONVIN registrou um ágio no valor de R\$ 125.333.334,00. Por fim, a RENOSA praticou a chamada “incorporação reversa”, incorporando a LEONVIN e absorvendo para o si o ágio anteriormente pago sobre a aquisição de parte de sua própria participação societária (“ágio de si mesmo”).

Como se percebe, ao término destas operações, a LEONVIN (empresa veículo) foi **extinta por incorporação**, deixando de existir no mundo jurídico. Este fato, por si só, reforça a convicção que, no contexto das operações sob análise, **a única função da LEONVIN foi a de viabilizar a criação e transferência do ágio para a RENOSA**.

Ágio de si mesmo

Segundo o Professor Greco, por vezes, quando uma pessoa jurídica adquire determinada participação societária o faz com ágio, pois o valor da aquisição é superior ao respectivo valor de patrimônio líquido.

Ocorre que, em um momento posterior à aquisição é feita uma incorporação às avessas que gera uma situação curiosa em relação ao ágio na aquisição da participação societária. O ágio tem por objeto uma participação societária de titularidade da controladora, que representa fração do capital da pessoa jurídica controlada à qual ele se reporta. Na medida em que a controlada incorpora a controladora, desaparece o sujeito jurídico titular da participação societária. Assim, caso preservado, o montante do ágio passaria a estar dentro da incorporadora (antiga controlada), possuindo como origem um elemento que agora integra a própria incorporadora. Seria um “ágio de si mesmo”, o que sugere uma preocupação quando se analisa caso concreto que apresente este feito.

De fato, anteriormente à incorporação reversa, a LEONVIN (empresa-veículo) era o sujeito jurídico titular da participação societária na RENOSA (empresa controlada, ora recorrente), bem como do ágio decorrente da reavaliação desta última.

No entanto, por meio da operação de incorporação reversa, a RENOSA (antiga controlada) fez desaparecer a LEONVIN (antiga controladora), transferindo para dentro de si mesma o montante do ágio, cuja origem seria a sua própria reavaliação.

Tal fato, por si só, demonstra a patente irregularidade destas operações societárias, quando analisada em conjunto (não obstante sua aparente regularidade, quando analisadas individualmente).

Considerações finais

Importante observar que nunca houve efetivo pagamento de ágio, em nenhuma etapa deste pretenso procedimento de planejamento tributário. Houve apenas uma reavaliação da CVI Refrigerantes, seguida de uma frenética “troca de ações”, cujo valor nominal refletiu o ágio correspondente à reavaliação da empresa.

Desse modo, a participação societária sempre permaneceu a mesma, mudando apenas de “aparência”. O investimento e o ágio refletido no valor nominal das ações retornaram à pessoa jurídica original — a RENOSA, ora recorrente - e a contínua transferência e troca de ações teve como único efeito o não pagamento efetivo dos tributos sobre o ágio agregado ao valor das ações.

Em suma, do exame do conjunto das diversas etapas da operação, salta aos olhos que a finalidade econômica da incorporação realizada pela interessada restou desfigurada, distorcida, ainda que tenha sido formalmente observada a legislação societária.

Não obstante a possibilidade de amortização do ágio antes que ocorra a alienação ou liquidação do investimento se caracterize como benefício fiscal outorgado pela lei, é óbvio que o benefício se aplica às reais hipóteses de aquisição de investimento com ágio, não àquelas em que tenha havido uma artificial estruturação para possibilitar o aparecimento do ágio a ser amortizado em futura incorporação, com o único objetivo de criar despesas dedutíveis.

A reorganização societária, para ser legítima, deve decorrer de atos efetivamente existentes, e não apenas artificial e formalmente revelados em documentação ou na escrituração mercantil ou fiscal. Há que se perquirir se os atos praticados são reais, e não artificialmente criados. Essa análise não há que ser feita para cada negócio isoladamente, mas em relação ao conjunto de negócios encadeados, como um todo.

Para distinguir a elisão da evasão, em trabalho publicado em 1977, Ricardo Mariz de Oliveira (in Fundamentos do Imposto de Renda", Ed. Revista dos Tribunais, p. 303) ressaltou que a elisão deve decorrer de atos ou omissões que não contrariem a lei, e de atos ou omissões efetivamente existentes, e não apenas artificial e formalmente revelados em documentação ou na escrituração mercantil ou fiscal.

Essa lição foi repetida em publicação mais recente ("Questões Relevantes, Atualidades e Planejamento com Imposto Sobre a Renda", Anais do 13º Simpósio IOB de Direito Tributário, IOB, 2004) nos seguintes termos (grifado):

A elisão fiscal lícita, buscada pelo planejamento tributário, diferencia-se da evasão fiscal ilícita por três - e apenas três - elementos: (I) decorrer de atos ou omissões da pessoa (que não é

contribuinte) anteriores à ocorrência do fato gerador da obrigação que ela quer elidir, (2) decorrer de atos ou omissões confirmes à lei, e (3) decorrer de atos ou omissões reais e não simulados.

No mesmo trabalho, comentou Mariz:

A simulação, que vicia o ato jurídico e invalida a economia tributária pretendida [...] se prova pela densidade de indícios e circunstâncias, que a jurisprudência administrativa vem aplicando com bastante sabedoria, tais como: a proximidade temporal de atos; a disparidade infundada de valores entre eles; o desfazimento dos efeitos do ato simulado; a prática de certos atos entre partes ligadas, por exemplo, ao final do período-base de apuração do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro, com a transferência incabível e inexplicável de lucro de uma pessoa jurídica lucrativa para outra deficitária; a existência ou inexistência de outra causa econômica além da economia fiscal; a exagerada arrumação dos fatos.

É de todo evidente que o conjunto de operações descritas no presente processo foi articulada pelas pessoas físicas que, direta ou indiretamente, controlam o capital das empresas envolvidas, para criar, formalmente, uma situação que se enquadrasse na possibilidade de deduzir despesas de amortização de ágio, advinda com a publicação da Lei nº 10.637/02.

A sucessão dos atos, a inexistência de fluxo financeiro, a proximidade temporal entre eles e a extinção da empresa LEONVIN por incorporação reversa revelam que nunca houve a intenção real de aumentar o capital social da LEONVIN para efetivamente operar segundo seu objetivo social, mas sim de criar uma situação efêmera, de passagem, que possibilitasse um registro de ágio a ser amortizado por empresa do grupo (no caso, a RENOSA, ora recorrente).

Em sua peça recursal, a contribuinte alegou que as operações societárias em tela tiveram finalidades negociais, além da mera redução da incidência tributária.

No entanto, a inquestionável realidade é que se a FOR SAB adquirisse diretamente a participação de 40% no capital da RENOSA (conforme previamente acordado pela controladora da RENOSA (NOROESTE) e a FOR SAB) não haveria a formação do ágio dedutível, segundo a legislação brasileira.

Por todas as razões expostas, nada do que foi trazido no recurso sensibiliza meu espírito a ponto de produzir dúvida quanto à inexistência de fato da elevação do capital da LEONVIN. Tal operação foi constituída exclusivamente para possibilitar a formação de um ágio, passível de gerar despesa de amortização. E a referida operação foi rapidamente seguida de uma incorporação reversa, visando a transferência do aludido ágio para a própria pessoa jurídica reavaliada, que foi a RENOSA (ora recorrente).

Sobre o tema, a Procuradoria da Fazenda Nacional, em suas contrarrazões, expôs de maneira muito objetiva o desvirtamento ocorrido no processo de criação do presente ágio (fls. 2433- 2434 de sua manifestação):

Com a seqüência de operações societárias realizadas, o recorrente tornou certa uma rentabilidade futura e incerta, além de tê-la excluído da tributação do IRPJ e da CSLL.

Como consequência das operações realizadas, a RENOSA considerou perdido o lucro futuro e incerto que ela própria iria auferir, e, em razão da exclusão desse investimento nela mesma, considerou que o artigo 386 do RIR/99 a permitiria deduzir a amortização desse ágio em sua conta de resultado.

Em outros termos, a RENOSA considerou como perda o cancelamento do seu próprio lucro futuro! Como já explanado, essa não é a intenção da legislação tributária aplicável.

Mostra-se assim, que, por meio da simulação praticada pelo contribuinte, ele tentou fazer parecer real um investimento inexistente com o fim específico de gerar uma vantagem fiscal indevida.

A simulação resta inequívoca uma vez que havia motivos à sua realização (criação de um benefício fiscal indevido), assim como, com a incorporação, o negócio realizado (aumento de capital decorrente de um investimento) não foi executado materialmente.

Quanto à validade de negócios realizados entre partes coligadas, merece registro o seguinte ensinamento do autor EDMAR OLIVEIRA ANDRADE FILHO:

(...). As operações em circuito fechado submetem-se a um filtro de sinceridade; a validade das operações entre partes relacionadas requer que elas tenham sempre uma causa ou um conteúdo econômico e sejam efetivamente realizadas (...)

Como pode ser visto, tais condições de validade aos negócios realizados entre coligadas não foram observadas pelo recorrente e o seu grupo econômico. Não houve qualquer “filtro de sinceridade” com a realidade.

Conclusão

De todo o exposto, concluo que conjunto dessas etapas (criação de ágio em operação envolvendo empresas relacionadas, utilização de empresa veículo e posterior incorporação reversa) correspondeu, de fato, a uma pluralidade de meios para atingir um único fim: a dedutibilidade do ágio pela própria pessoa jurídica que foi reavaliada (no caso a RENOSA, ora recorrente).

Por esta razão, em relação a este tema, considero que o recurso voluntário não merece provimento.

Adicional do IRPJ

Analisando os autos, constato que não houve erro no cálculo do adicional do IRPJ, ao contrário do que apontou a recorrente.

No caso de lançamento de ofício, para verificação da incidência do adicional, deve era considerado não apenas o valor do lucro apurado de ofício pelo Fisco, mas também o montante do lucro já declarado pelo contribuinte.

No caso em tela, constato que a recorrente já havia declarado, em todos os períodos, lucro superior a R\$ 240.000,00. Consequentemente, nada mais restava excluir antes da incidência do adicional do IRPJ. Em outras palavras, no presente caso o adicional efetivamente deve incidir sobre o valor total da infração.

Assim sendo, em relação a este tema, considero que o recurso voluntário não merece provimento.

Adição do ágio à base de cálculo da CSLL

Conforme bem apontado pela decisão de piso, fls. 2004, resta prejudicado o argumento da recorrente, no sentido de que não há base legal para exigir-se a adição da despesa relativa à amortização de ágio, no que tange à CSLL.

Afinal, no caso em apreço restou descaracterizada a própria existência do ágio, que era o pressuposto necessário para aquela despesa.

Por esta razão, em relação a este tema, também considero que o recurso voluntário não merece provimento.

Qualificação da multa

No caso em apreço, não considero amplamente demonstrado o **evidente intuito doloso** do recorrente no sentido de “forçar” a dedução de despesa com a amortização de um ágio que, por inexistente, não poderia ser dedutível.

Com base nos elementos constantes dos autos, não considero possível apontar, com plena certeza, a existência de simulação ou fraude que justificassem a exacerbação da penalidade.

Para caracterizar simulação ou fraude é necessária a presença de dolo. Age com dolo aquele que, tendo ânimo de prejudicar alguém, adota conduta nesse sentido. No caso presente em apreço, contudo, é possível admitir que a contribuinte tenha agido com a plena convicção de que seu comportamento estava de acordo com a lei.

Com base nestes fundamentos, considero ausente o elemento subjetivo na prática do ilícito, ou seja, a intenção de praticar o ato e de produzir o resultado.

Ressalto, por oportuno, que na maioria dos lançamentos que versam sobre a presente matéria, a multa de ofício não é qualificada. Consequentemente, a desqualificação da multa se coaduna com a jurisprudência dominante neste colegiado.

Assim, considero que no presente caso a multa qualificada é inaplicável, razão pela qual em relação a este tema o recurso voluntário merece ser provido, reduzindo-se a multa de ofício de 150% (cento e cinquenta por cento) para 75% (setenta e cinco por cento).

Juros sobre multa

Insurge-se a Recorrente contra a cobrança de juros de mora sobre multa de ofício.

A partir da leitura do Código Tributário Nacional, conclui-se que a multa, apesar de não ter a natureza de tributo, faz parte do crédito tributário. É a inteligência dos

artigos 3º e 113 do CTN, conjugado com art. 139 que assim dispõe “O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta”

Ou seja, enquanto o art. 3º exclui as multas da definição de tributo, os dispositivos seguintes (art. 113, §1º, e art. 139) trazem-nas para compor o crédito tributário. Por conseguinte, a cobrança das multas lançadas de ofício deve receber o mesmo tratamento dispensado pelo CTN ao crédito tributário.

Por sua vez, o art. 161 do Código Tributário Nacional dispõe que os juros de mora passam a integrar o crédito tributário não pago, de forma a que a incidência da multa alcança tanto o crédito tributário principal quanto os juros de mora sobre ele incidentes.

Em resumo, é cabível a aplicação de juros de mora sobre multa de ofício, pois a teor do art. 161 do Código Tributário Nacional sobre o crédito tributário não pago correm juros de mora, como a multa de ofício também constitui o crédito tributário sobre ela também necessariamente incide os juros de mora na medida em que também não é paga no vencimento.

Assim, não procede o argumento da Recorrente no sentido de afirmar que apenas a partir da existência do parágrafo único do art. 43 da Lei nº 9.430/96 é que poderá incidir juros de mora sobre a multa aplicada. Ora, tal previsão diz respeito à aplicação de multa isolada sem crédito tributário. Assim, a teleologia de tal dispositivo legal vem a reboque de se ratificar a incidência dos juros sobre a multa que não toma como base de incidência valores de crédito tributário sujeitos à incidência ordinária da multa de ofício.

O Conselheiro Alkmim foi muito feliz em sua explicação por ocasião do Acórdão 1401-00.155 no qual a referida matéria também foi enfrentada:

(...) Seria o óbvio não conter referida previsão quando a multa é aplicada sobre crédito tributário não pago. Isso porque, ao contrário do que afirma a Recorrente, caso existisse tal previsão – de incidência de juros sobre multa -, poder-se-ia imaginar a dupla incidência dos juros, é dizer, uma sobre o crédito tributário e outra sobre a multa depois de formalizada. Em se tratando de tributo não pago, a multa deve incidir sobre a totalidade do crédito tributário que deixou de ser recolhido, incluindo-se nele a correção monetária e os juros. Assim, na verdade, não é o juros que incide sobre a multa, mas sim a multa que incide sobre o crédito tributário com juros e correção monetária.

Diante do exposto, mantenho os juros de mora sobre a multa de ofício.

Conclusão

Diante do exposto, voto no sentido de DAR provimento PARCIAL ao recurso, apenas para desqualificar a multa de ofício de 150% (cento e cinquenta por cento) para 75% (setenta e cinco por cento).

(assinado digitalmente)

Fernando Luiz Gomes de Mattos - Relator

CÓPIA