



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
**PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**  
**SÉTIMA CÂMARA**

---

|                    |                              |
|--------------------|------------------------------|
| <b>Processo nº</b> | 11080.008799/2005-79         |
| <b>Recurso nº</b>  | 157.074 Voluntário           |
| <b>Matéria</b>     | IRPJ e OUTROS - Ex.:2001     |
| <b>Acórdão nº</b>  | 107-09.545                   |
| <b>Sessão de</b>   | 12 de novembro de 2008       |
| <b>Recorrente</b>  | VONPAR S/A                   |
| <b>Recorrida</b>   | 5ª TURMA/DRJ-PORTO ALEGRE/RS |

---

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2000

**Ementa: OMISSÃO DE GANHO DE CAPITAL - ÁGIO – ALIENAÇÃO DE INVESTIMENTO.**

Não houve perda de capital na incorporação da investida pela investidora, pois resta claro dos documentos trazidos aos autos que as participações nas empresas operacionais que compunham o acervo da investida foram recebidas na incorporação pelo valor de mercado, idêntico ao valor do investimento que já estava contabilizado na incorporadora. Também não faz sentido o argumento de que se a incorporação tivesse se dado a valor de mercado, a incorporadora deveria ter registrado uma reserva de reavaliação tributada para neutralizar os efeitos fiscais da operação, pois a incorporação se deu a valor de mercado, mas o ativo recebido já estava refletido no patrimônio da incorporadora pela via da equivalência patrimonial pelo mesmo valor, em função do seu recebimento com ágio quando da sua aquisição junto aos sócios da investida. Não procede a acusação de omissão de ganho de capital pela alienação de investimento avaliado pelo método da equivalência patrimonial.

**OMISSÃO DE GANHO DE CAPITAL - ÁGIO – ALIENAÇÃO DE INVESTIMENTO - CÁLCULO INCORRETO DO ÁGIO.**

Deve-se manter, por sua inexistência, a glosa do ágio originado na subscrição de aumento de capital na empresa investida, integralizado pela fiscalizada, e baixado quando da alienação desse investimento, cujo equívoco foi cometido pelo fato da autuada não ter levado em consideração no cálculo do ágio que praticamente não houve alteração na sua participação percentual no capital social da investida. Entretanto, o valor indevido do custo do investimento, para fins de apuração do ganho tributável

*RP*

na alienação posterior do mesmo deve ser reduzido parcialmente, em função de cancelamento de capital retroativo na investida, reconhecido pela fiscalização no demonstrativo específico, uma vez que parte do ágio considerado a maior seria neutralizado pelo aumento no mesmo valor do PLC do investimento.

**DECADÊNCIA – OMISSÃO DE GANHO DE CAPITAL - GLOSA DE ÁGIO.**

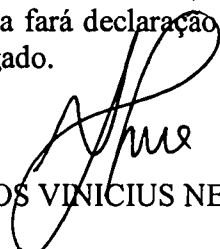
O fisco pode questionar fatos ocorridos no passado cujos efeitos fiscais se dão no futuro, pois o tempo não pode transformar em verdadeiro o que não era real, nem tampouco desfazer o que consolidou, desde que a readequação dos fatos situados em períodos já decaídos não decorra de juízo de valor. É o caso da formação de ágio maior por erro de cálculo, cujos efeitos fiscais somente se verifiquem no futuro, na sua amortização ou na utilização como custo na baixa.

**PENALIDADE – MULTA QUALIFICADA.**

A parte do lançamento mantida decorre de infração relacionada com erro de cálculo na apuração do ágio. Tratando-se de equívoco da contribuinte, a multa de 150% não deve ser mantida, devendo ser reduzida para 75%.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por, VONPAR S/A.

ACORDAM os Membros da Sétima Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso para reduzir o ganho de capital a R\$ 11.235.487,40 e reduzir a multa de ofício a 75%. O Conselheiro Marcos Shigueo Takata fará declaração de voto, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

  
MARCOS VINICIUS NEDER DE LIMA

Presidente

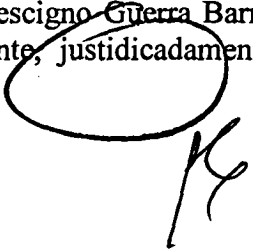
  
ALBERTINA SILVA SANTOS DE LIMA

Relatora

Formalização em:

03 MAR 2009

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Luiz Martins Valero, Hugo Correia Sotero, Selene Ferreira de Moraes e Silvana Rescigno Guerra Barretto (Suplentes Convocadas) e Carlos Alberto Gonçalves Nunes. Ausente, justificadamente a Conselheira Silvia Bessa Ribeiro Biar.



## Relatório

### I – DA AUTUAÇÃO

Trata-se de lançamento do IRPJ e CSLL do ano-calendário de 2000, em razão da infração de omissão de ganho de capital na alienação de investimento, avaliado pelo método de equivalência patrimonial, apurado na alienação para a VONPAR CORRETORA, do investimento na VONPAR REFRESCOS, em virtude de redução indevida de ágio no valor de R\$ 140.638.996,00, por ter considerado indevidamente como custo de aquisição, para fins de apuração do referido ganho, valores **inexistentes e indedutíveis** relativos a ágio na incorporação e ágio na subscrição.

A operação de alienação de investimento se deu em 29.12.2000, quando a fiscalizada subscreveu aumento de capital na empresa VONPAR CORRETORA, no valor de R\$ 246.308.603,58, integralizando-o mediante a conferência da participação societária que detinha na empresa VONPAR REFRESCOS.

Os ágios deduzidos foram gerados internamente no GRUPO VONPAR por meio de uma sucessão de eventos de reorganização societária.

As exigências do IRPJ e CSLL, a multa de 150% e os juros de mora, atingem a importância de R\$ 160.027.018,05, à época da ciência dos autos que ocorreu em 15.12.2005. Como enquadramento legal foram citados os arts. 247, 248, 251, 384 a 391, 418, 426 a 428 e 430 do RIR/99.

O detalhamento da autuação está consignado no Relatório da atividade fiscal, que constitui os docs. de fls. 42/102.

#### **Principais pessoas físicas e jurídicas que participaram das operações de reorganizações societárias, relacionadas com o grupo VONPAR:**

- **ACIONISTAS PF E PJ:** diversas pessoas físicas e pessoa jurídica (fls. 24 e 25 do anexo I) detentoras inicialmente, do investimento na VONPAR - VONPAR, cujo valor de PL era de R\$ 74.974.006,55;

- **VONPAR – VONPAR:** empresa extinta por ter sido incorporada pela VONPAR – MAXXI PARTICIPAÇÕES e utilizada inicialmente pelos ACIONISTAS PF e PJ, para gerarem um ágio sem o correspondente pagamento de tributos sobre o ganho econômico por eles auferido na operação;

- **VONPAR – MAXXI PARTICIPAÇÕES:** sucessora por incorporação da VONPAR S/A (VONPAR – VONPAR) e empresa holding do GRUPO VONPAR. É o sujeito passivo da autuação fiscal, já que deduziu o ágio gerado internamente pelo GRUPO VONPAR, no montante de R\$ 140.638.996,17, no cálculo do ganho de capital apurado quando da alienação do investimento na VONPAR REFRESCOS para a VONPAR CORRETORA;

- **VONPAR REFRESCOS:** empresa operacional do GRUPO VONPAR, franqueada da Coca-Cola, com atuação na fabricação e distribuição de bebidas; sucessora por incorporação da VONPAR CORRETORA e destinatária final do ágio gerado internamente

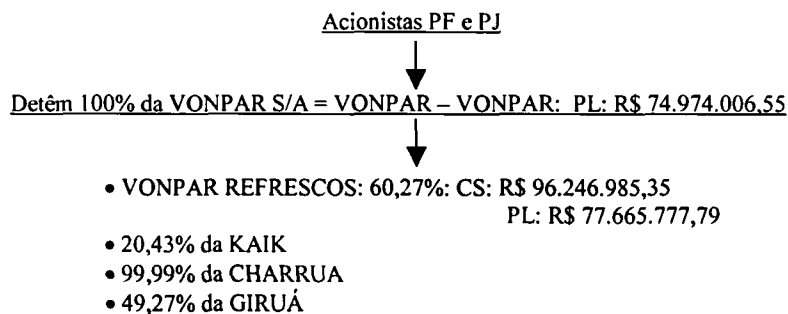
pelo GRUPO VONPAR, no montante de R\$ 140.638.996,17, o qual vem sendo amortizado pela VONPAR REFRESCOS e deduzido na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL à razão de 20% ao ano (inicialmente amortizado em 10% ao ano);

• VONPAR CORRETORA: sociedade “veículo” utilizada para a transferência do ágio gerado internamente pelo GRUPO VONPAR, no montante de R\$ 140.638.996,17, para a VONPAR REFRESCOS, sua sucessora por incorporação.

### **Etapas da reorganização societária do Grupo VONPAR:**

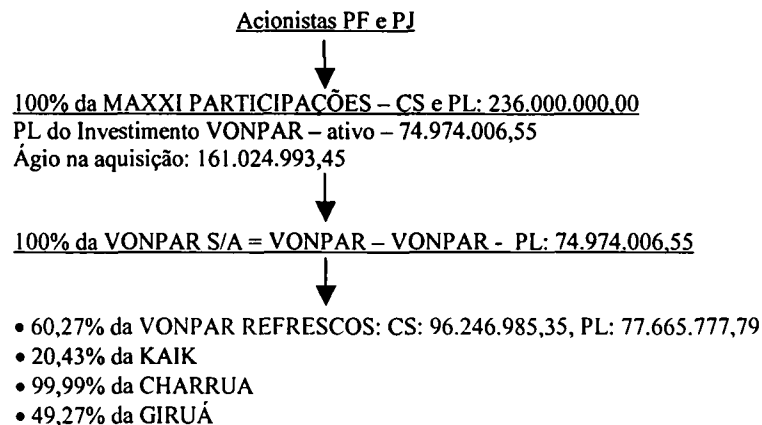
Em 17.11.95, acionistas PF e PJ detêm 100% do capital da VONPAR-VONPAR, cujo PL era de R\$ 74.974.006,55, que por sua vez detém 60,27% do capital da VONPAR REFRESCOS, 20,43% da KAIK, 99,99% da MINERADORA CHARRUA, 49,27% da GIRUÁ:

**Primeiro momento: Acionistas PF e PJ detêm 100% das ações da VONPAR S/A**



Em 17.11.95 foi aumentado o capital na VONPAR - MAXXI PARTICIPAÇÕES, subscrito pelos acionistas PF e PJ e integralizado com as ações que eles detinham na VONPAR – VONPAR. O investimento foi contabilizado, com segregação por equivalência patrimonial do investimento e do ágio na aquisição nos valores de R\$ 74.974.006,55 e R\$ 161.024.993,45, resultando no capital social de R\$ 236 milhões. Os acionistas passaram a deter 100% da MAXXI PARTICIPAÇÕES, que por sua vez passou a deter 100% do capital da VONPAR – VONPAR.

**Após aumento de capital na MAXXI com subscrição de ações mediante a conferência das ações da VONPAR:**



Em 30.11.95, a VONPAR – MAXXI PARTICIPAÇÕES incorporou a VONPAR – VONPAR, extinguindo sua participação societária na empresa incorporada. De acordo com a JUSTIFICAÇÃO e PROTOCOLO DE INCORPORAÇÃO, o PL da incorporada, assim como seus elementos ativos e passivos (incluindo as participações societárias, as quais deveriam ser avaliados pelo fluxo de caixa descontado) deveria ser avaliado a valores de mercado. Com isso, a VONPAR – MAXXI PARTICIPAÇÕES, registrou as participações societárias nas empresas REFRESCOS, KAIK, CHARRUA e GIRUÁ, detidas até então pela incorporada, pelo montante de R\$ 235.206.950,52, sem segregar em um primeiro momento, o investimento e eventual ágio.

Em 19.12.95, ocorreu a alteração da denominação social da MAXXI PARTICIPAÇÕES para VONPAR S/A (VONPAR – MAXXI PARTICIPAÇÕES e é a autuada) e em 31.12.95, foi feita a segregação do suposto ágio.

30.11.95: A MAXXI PARTICIPAÇÕES incorpora a VONPAR

19.12.95: alteração da razão social da MAXXI PARTICIPAÇÕES para VONPAR

31.12.95: Segrega o ágio.

Acionistas PF e PJ



100% da VONPAR (antiga MAXXI PARTICIPAÇÕES): CS e PL: 236 milhões

PL dos Investimentos – ativo 80.210.849,46

Ágio na incorporação: VONPAR REFRESCOS: 109.582.735,28,

Ágio na incorporação: KAIK: 41.391.568,00

Ágio na incorporação: CHARRUA: 4.021.797,28

TOTAL do Ágio na incorporação: 154.996.101,06



• 60,27% da VONPAR REFRESCOS: CS: 96.246.985,35, PL: 77.665.777,79

• 20,43% da KAIK

• 99,99% da CHARRUA

• 49,27% da GIRUÁ

No dia seguinte, em 20.12.95, a VONPAR – MAXXI PARTICIPAÇÕES subscreve capital na VONPAR REFRESCOS, no valor de R\$ 59.870.070,00 integralizando-o mediante conferência das quotas do capital social da KAIK, representativas de 20,433% do seu capital social. Com isso, a VONPAR – MAXXI PARTICIPAÇÕES efetuou o registro contábil da baixa do investimento na KAIK creditando as contas de investimento e de ágio nos valores de R\$ 18.478.502,00 e R\$ 41.391.568,00, respectivamente. Em contrapartida efetuou o registro do aumento de sua participação societária na VONPAR REFRESCOS segregando-o em investimento e ágio na subscrição nos valores de R\$ 34.499.107,00 e R\$ 25.370.963,00,

Por outro lado, A VONPAR REFRESCOS ao receber a participação societária na KAIK, pela integralização do aumento de capital subscrito pela VONPAR – MAXXI PARTICIPAÇÕES, efetuou o registro contábil segregando por equivalência patrimonial o investimento na KAIK e o ágio na aquisição, nos valores de R\$ 18.478.502,00 e R\$ 41.391.568,00, respectivamente (F. 4/8).

20.12.95: aumento de capital na VONPAR REFRESCOS subscrito pela VONPAR (antiga Maxxi) e integralizado com as ações por ela detidas na KAIK.

Acionistas PF e PJ



100% da VONPAR (antiga MAXXI PARTICIPAÇÕES): CS e PL: 236 milhões

Ágio na incorporação: VONPAR REFRESCOS: 109.582.735,28,

Ágio na incorporação: CHARRUA: 4.021.797,28

TOTAL do Ágio na incorporação: investimento – ativo: 113.604.533,06

ÁGIO na subscrição (investimento na VONPAR REFRESCOS): 25.370.963,00

- ↓
- 60,27% da VONPAR REFRESCOS (que passa a deter 20,43% da KAIK)  
: CS: 195.583.421,35, PL: 177.002.213,79, ágio na aquisição da KAIK: 41.391.568,00
  - 99,99% da CHARRUA
  - 49,27% da GIRUÁ

Em 21.12.95 é aumentado o capital na VONPAR REFRESCOS subscrito pela RECOFARMA e integralizado em dinheiro. A MAXXI PARTICIPAÇÕES passa a deter 51,05% no capital da VONPAR REFRESCOS.

**21.12.95: Aumento de capital na VONPAR REFRESCOS subscrito pela RECOFARMA e integralizado em dinheiro**

Acionistas PF e PJ

↓

100% da VONPAR (antiga MAXXI PARTICIPAÇÕES): CS e PL: 236 milhões  
Ágio na incorporação: VONPAR REFRESCOS: 109.582.735,28,  
Ágio na incorporação: CHARRUA: 4.021.797,28  
TOTAL do Ágio na incorporação: investimento – ativo: 113.604.533,06  
ÁGIO na subscrição (investimento na VONPAR REFRESCOS - ativo): 25.370.963,00

- ↓
- 51,05% da VONPAR REFRESCOS (que detém 20,43% da KAIK)  
: CS: 222.137.411,17, PL: 203.556.203,61, ágio na aquisição da KAIK: 41.391.568,00
  - 99,99% da CHARRUA
  - 49,27% da GIRUÁ

Após essas operações, a VONPAR – MAXXI PARTICIPAÇÕES apresentava em suas demonstrações financeiras do exercício findo em 31.12.95, investimentos corrigidos na VONPAR REFRESCOS, CHARRUA E GIRUA no valor total de R\$ 102.631.536,00, ágio de R\$ 138.975.496,00 e correção monetária do ágio de R\$ 5.854.727,00.

**31.12.95: correção monetária dos ágios**

Acionistas PF e PJ

↓

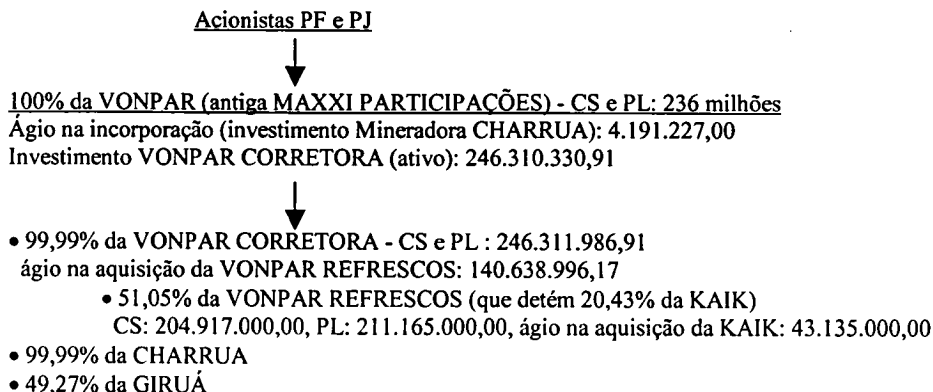
100% da VONPAR (antiga MAXXI PARTICIPAÇÕES): CS e PL: 236 milhões  
Ágio na incorporação: VONPAR REFRESCOS: 114.199.211,00  
Ágio na incorporação: CHARRUA: 4.191.227,00  
TOTAL do Ágio na incorporação: 119.459.260,00  
ÁGIO na subscrição (investimento na VONPAR REFRESCOS - ativo): 26.439.785,00  
TOTAL do ágio (incorporação e subscrição) VONPAR REFRESCO: 140.638.996,00

- ↓
- 51,05% da VONPAR REFRESCOS (que detém 20,43% da KAIK)  
: CS: 222.137.411,17, PL: 203.556.203,61, ágio na aquisição da KAIK: 43.135.000,00
  - 99,99% da CHARRUA
  - 49,27% da GIRUÁ

Em 29.12.2000 (fl. 22 a 34 do Anexo III) a VONPAR – MAXXI PARTICIPAÇÕES subscreve aumento de capital na VONPAR CORRETORA, integralizado com a conferência da participação societária que detinha na VONPAR REFRESCOS, no valor de R\$ 246.308.603,58. A VONPAR – MAXXI PARTICIPAÇÕES, não apurou ganho de capital nessa alienação (alienação da participação societária era igual ao custo avaliado pelo método da equivalência patrimonial, que na data da alienação era de R\$ 105.669.607,44 mais ágio de R\$ 140.638.996,17) (F.7/8). Por não ter apurado ganho ou perda de capital foi possível o registro contábil da alienação sem transitar pelas contas de resultado.

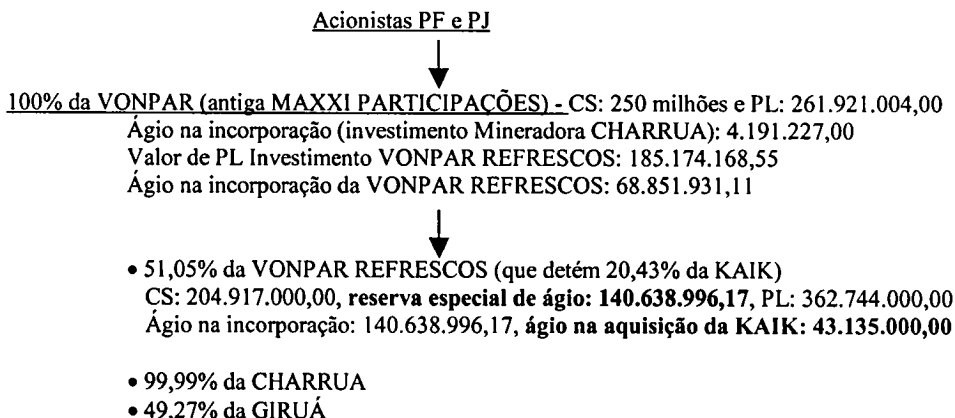


**29.12.2000: aumento de capital na VONPAR CORRETORA subscrito pela VONPAR (antiga MAXXI) e integralizado com as ações por ela detidas na VONPAR REFRESCOS.**



Em 31.12.2000 se dá a incorporação da controladora VONPAR CORRETORA pela controlada VONPAR REFRESCOS, apurando, ágio na incorporação. A VONPAR – MAXXI PARTICIPAÇÕES passou a ser investidora da VONPAR REFRESCOS (volta a deter 51,05% do capital da VONPAR REFRESCOS).

**31.12.2000: incorporação da controladora VONPAR CORRETORA pela controlada VONPAR REFRESCOS**



Após essa incorporação, a VONPAR – MAXXI PARTICIPAÇÕES tinha registrado em seu ativo, os seguintes valores relativos a ágio na incorporação relativos aos seus investimentos: R\$ 4.191.227,00, referente à CHARRUA, de R\$ 68.851.931,11, relativo à VONPAR REFRESCOS. Esta última, por sua vez, tinha em seu ativo, ágio de R\$ 140.638.996,17, surgido quando da incorporação da VONPAR CORRETORA. A VONPAR REFRESCOS, já vem se aproveitando do ágio gerado nessas operações, o qual vem sendo amortizado e deduzido, com base nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, em virtude da VONPAR CORRETORA ter sido incorporada pela VONPAR REFRESCOS, em 31.12.2000) e de R\$ 43.135.000,00, relativo à aquisição do investimento na KAIK (F. 8/8).

#### **Análise dos fatos pela fiscalização:**

- Quando a VONPAR – MAXXI PARTICIPAÇÕES alienou seu investimento na VONPAR REFRESCOS para a VONPAR CORRETORA, tinha em seus registros contábeis dois valores relativos a ágio relacionado com o investimento alienado na VONPAR

REFRESCOS, que montavam R\$ 140.638.996,00, e que terminaram sendo deduzidos por ocasião da apuração do ganho de capital nessa transferência;

- Um dos valores, R\$ 114.199.211,00 teve como origem ágio na incorporação da VONPAR – VONPAR pela VONPAR – MAXXI PARTICIPAÇÕES, realizada em 30.11.95, enquanto que o outro, R\$ 26.439.785,00, surgiu quando da subscrição, em 20.12.95, de um aumento de capital na VONPAR REFRESCOS, integralizado pela VONPAR – MAXXI PARTICIPAÇÕES, mediante a conferência das ações da KAIK PARTICIPAÇÕES até então por ela detidas;

- Ambos os valores não poderiam ter sido deduzidos na apuração do ganho de capital auferido pela VONPAR – MAXXI PARTICIPAÇÕES, ou por não serem dedutíveis pela legislação tributária ou por simplesmente não existirem de fato, mas tão somente na escrituração contábil da contribuinte, em virtude de diversos equívocos por ela cometidos na apuração de referidos valores;

- Embora esses equívocos tenham sido cometidos em 31.12.95, os reflexos tributários que eles provocaram somente se deram no ano de 2000, ocasião na qual a VONPAR – MAXXI PARTICIPAÇÕES alienou seu investimento na VONPAR REFRESCOS para a VONPAR CORRETORA, estando, por isso, sujeita à apuração de ganho de capital;

- Não caberia por parte da VONPAR – MAXXI PARTICIPAÇÕES, uma eventual alegação de decadência do direito da Fazenda constituir o crédito tributário, em virtude dos equívocos terem sido cometidos em 1995;

- À época da transferência das ações de emissão da VONPAR REFRESCOS (até então detidas pela VONPAR – MAXXI PARTICIPAÇÕES) para a VONPAR CORRETORA, não havia qualquer hipótese de diferimento do ganho de capital auferido pela alienante nessa operação;

- A única previsão de diferimento do ganho de capital auferido por pessoas jurídicas nessas situações foi veiculada pela Lei 10.637/2002, art. 36. Atualmente esse dispositivo encontra-se expressamente revogado por força do inciso III, do art. 133, da Lei 11.196/2005.

**Equívocos cometidos pela VONPAR – MAXXI PARTICIPAÇÕES, segundo a fiscalização:**

**a) Do ágio surgido na incorporação da VONPAR – VONPAR pela VONPAR – MAXXI PARTICIPAÇÕES:**

De acordo com o art. 380 do RIR/94, o valor do ágio supostamente apurado pela VONPAR – MAXXI PARTICIPAÇÕES, por ocasião da incorporação da VONPAR – VONPAR deveria ter sido tratado como perda de capital indedutível na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, haja vista que o acervo líquido da participação societária incorporada foi avaliado a valor contábil e não a preços de mercado.

Destaca a fiscalização que embora tenha efetuado a incorporação a valores contábeis e não de mercado, a cláusula 3 da justificação e protocolo de incorporação datada de 30.11.95, de maneira contraditória, previa que o patrimônio líquido da incorporada (VONPAR

– VONPAR), assim como seus elementos ativos e passivos, deveriam ser avaliados a valores de mercado (fl. 85 a 87 do Anexo I). Da mesma forma, de acordo com o laudo de avaliação (fl. 88/94 do Anexo I), que serviu de base para a incorporação, datado de 30.11.95, “os elementos ativos e passivos” seriam “avaliados pelos seus valores de mercado em 17 de novembro de 1995”.

No entanto, apesar da previsão de avaliação do acervo líquido a valores de mercado (tanto na justificação como no laudo) e considerando que as participações societárias detidas pela VONPAR – VONPAR encontravam-se registradas por valores bem inferiores aos seus preços de mercado, o GRUPO VONPAR não procedeu à incorporação a valores de mercado, haja vista que não foi efetuado o registro da RESERVA DE REAVALIAÇÃO na VONPAR – VONPAR, obrigatório em casos de incorporações a valores de mercado.

Segundo o laudo de avaliação, o valor de mercado dos investimentos nas coligadas e controladas montava a quantia de R\$ 235.206.950,52, sendo R\$ 170.977.387,00 da VONPAR REFRESCOS, R\$ 59.870.070,00 da KAIK, R\$ 4.324.257,00 da CHARRUA e R\$ 35.236,52 da GIRUÁ. Ainda de acordo com o laudo de avaliação e conforme previsto na justificação e protocolo de incorporação, as participações societárias detidas pela VONPAR – VONPAR foram avaliadas pelo método de “fluxo de caixa descontado”.

Por outro lado, como esses investimentos encontravam-se registrados na contabilidade da VONPAR – VONPAR, em 30.11.95, por apenas R\$ 74.060.983,54, caso a incorporação fosse, efetivamente, feita a preços de mercado, a VONPAR – VONPAR teria que ter registrado essa diferença, no montante de R\$ 161.145.966,98 (235.206.950,52 – 74.060.983,54), como RESERVA DE REAVALIAÇÃO nos termos da legislação societária e fiscal em vigor (art. 182, § 3º da Lei 6.404/76 e art. 382 do RIR/94, atual art. 434 do RIR/99).

Assim, o ajuste a valor de mercado deveria ter sido contabilizado pela VONPAR – VONPAR em conta de RESERVA DE REAVALIAÇÃO, a qual estaria sujeita, *a priori*, a uma tributação diferida nos termos dos artigos 382 a 389 do RIR/94 (art. 434 a 441 do RIR/99).

No entanto, como a reavaliação seria das participações societárias detidas pela VONPAR – VONPAR, já que tinha como fundamento econômico a rentabilidade econômica futura das empresas VONPAR REFRESCOS, KAIK, CHARRUA E GIRUÁ, não haveria o diferimento de tributação previsto nos referidos dispositivos, por força do art. 386 do RIR/94 (atual art. 438 do RIR/99)

Destaca o autuante que a falta de registro da RESERVA DE REAVALIAÇÃO, por ocasião da incorporação, não corresponde a um mero descumprimento de uma simples formalidade, sem reflexo algum na arrecadação tributária. Pelo contrário, a omissão no registro tem reflexo direto na arrecadação tributária na medida em que a RESERVA DE REAVALIAÇÃO está sujeita à tributação nos termos da legislação fiscal.

Quando uma controlada procede à reavaliação, a sociedade investidora deve aumentar proporcionalmente a sua participação societária para ter seu investimento atualizado com base no novo valor de PL da investida. A contrapartida desse aumento, via de regra, é uma conta de RESERVA DE REAVALIAÇÃO REFLEXA. No entanto, se a investidora possuir saldo não amortizado de ágio pago na aquisição do investimento reavaliado (que era o caso da

pg

VONPAR – MAXXI PARTICIPAÇÕES), o aumento decorrente dessa avaliação deve ser tratado como amortização de tal ágio, conforme art. 333 do RIR/94 (art. 390 do RIR/99).

Assim, caso o GRUPO VONPAR tivesse efetuado a incorporação da VONPAR – VONPAR pela VONPAR – MAXXI PARTICIPAÇÕES a preços de mercado, registrando contabilmente na VONPAR – VONPAR a RESERVA DE REAVALIAÇÃO; a VONPAR MAXXI – PARTICIPAÇÕES deveria tratar o acréscimo de seu investimento avaliado pelo método da equivalência patrimonial, no valor de R\$ 161.145.966,98 (correspondente à parcela da reavaliação proporcional à sua participação societária de 100%), tendo como contrapartida a amortização do ágio pago na aquisição (R\$ 161.024.993,45).

Além disso, em virtude de a reavaliação de investimentos estar sujeita à tributação imediata, o benefício fiscal futuro do ágio terminaria por ser compensado com a tributação, na VONPAR – VONPAR, da parcela reavaliada dos seus investimentos. Assim, os efeitos tributários seriam o de uma compensação imediata e quase que integral de uma despesa dedutível futura, na medida em que o ágio fosse amortizado, nos termos da legislação fiscal, com o ganho tributável previsto no art. 386 do RIR/94 (art. 438 do RIR/99).

Destaca a fiscalização que não havia qualquer impedimento legal para que a VONPAR – VONPAR procedesse à reavaliação dos seus ativos intangíveis, muito menos para que efetuasse o registro contábil dessa reavaliação. A impossibilidade existe tão somente para as companhias abertas, por força da IN CVM 183/95, que restringe a reavaliação, aos bens tangíveis do ativo imobilizado, o que não é o caso da VONPAR – VONPAR ou ainda da VONPAR – MAXXI PARTICIPAÇÕES que eram sociedades anônimas de capital fechado.

Dessa forma, em virtude de o acervo líquido da VONPAR – VONPAR não ter sido avaliado a preços de mercado, mas sim a valores contábeis, a VONPAR – MAXXI PARTICIPAÇÕES não teria como deduzir o suposto ágio na apuração do ganho de capital na alienação do seu investimento na VONPAR REFRESCOS, por se tratar de uma perda indedutível nos termos do inciso I do art. 380 do RIR/94 (art. 430, I, do RIR/99). Cita doutrina de HIROMI HIGUCHI relativa à época.

Entretanto, em vez de registrar a diferença como perda indedutível, a VONPAR MAXXI PARTICIPAÇÕES, a registrou em conta de ágio relativo aos investimentos nas empresas VONPAR REFRESCOS, KAIK e CHARRUA.

Sob o ponto de vista fiscal, não haveria problema algum se a VONPAR – MAXXI PARTICIPAÇÕES tivesse adotado esse mesmo procedimento e quando da baixa do investimento (seja por alienação, permuta, venda ou transferência) esse ágio fosse tratado como despesa indedutível, nos termos do art. 380 do RIR/94 (art. 430 do RIR/99), no entanto tratou da baixa desse ágio, como despesa dedutível por ocasião da alienação de sua participação societária na VONPAR REFRESCOS pela VONPAR CORRETORA, ao arrepio das disposições legais aplicáveis à matéria.

O procedimento adotado somente viria a ser possível para as incorporações efetuadas a partir de 01.01.98, em decorrência do advento do art. 7º da Lei 9.532/97, que passou a permitir a dedução, para fins de apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, do ágio ainda que o acervo líquido da participação societária extinta na incorporação fosse avaliado a valor contábil. Cita doutrina atual de Hiromi Higuchi, onde analisa a questão do

ágio na incorporação após as alterações havidas na legislação tributária introduzidas pelas Lei 9.249/95 e 9.532/97. Cita os art. 7º e 8º da Lei 9.532/97.

Conclui que como a incorporação da VONPAR – VONPAR se deu em 1995, anterior à introdução do art. 7º da Lei 9.532/97, a VONPAR – MAXXI PARTICIPAÇÕES deveria ter tratado a diferença entre o valor contábil da participação societária incorporada e o valor de acervo líquido que as substituiu como perda não dedutível na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, e não como ágio dedutível para fins de apuração dos referidos tributos; ágio este que foi posterior e indevidamente amortizado e considerado na VONPAR – MAXXI PARTICIPAÇÕES como despesa dedutível na apuração do ganho de capital quando da alienação, em 29.12.2000, da participação societária da VONPAR REFRESCOS PARA A VONPAR CORRETORA.

**b) Do ágio surgido na subscrição de aumento de capital na VONPAR REFRESCOS**

A outra parcela do ágio, no montante de R\$ 26.439.785,07 (R\$ 25.370.963,00 corrigido monetariamente), utilizado indevidamente para fins de redução do ganho de capital auferido pela VONPAR – MAXXI PARTICIPAÇÕES por ocasião da alienação, para a VONPAR CORRETORA, em 29.12.2000, de seu investimento na VONPAR REFRESCOS, teria como origem uma subscrição de aumento de capital efetuada pela VONPAR – MAXXI PARTICIPAÇÕES na VONPAR REFRESCOS em 19.12.95.

Em virtude de erro grosseiro no cálculo da equivalência patrimonial, a VONPAR – MAXXI PARTICIPAÇÕES terminou apurando um ágio na subscrição em valor muito superior àquele que efetivamente existiu.

Na planilha “Cálculo do Ganho ou Perda na Variação do Percentual ou do ágio na Subscrição no Investimento na Vonpar Refrescos S/A”, elaborada pela fiscalização, resta evidente que o ágio apurado na referida subscrição de aumento de capital deveria ter sido apenas R\$ 1.636,65 e não R\$ 25.370.963,00, conforme calculado pela contribuinte e registrado em sua escrituração contábil. Esse ágio foi corrigido monetariamente e permaneceu no ativo da VONPAR – MAXXI PARTICIPAÇÕES até 29.12.2000, quando foi baixado por ocasião da alienação para a VONPAR CORRETORA, do investimento na VONPAR REFRESCOS, tendo sido tratado indevidamente como despesa dedutível.

O autuante afirma que além da planilha mencionada, para a adequada compreensão do cálculo do referido ágio, mister a análise das planilhas “Evolução da Composição Societária da Investida Vonpar Refrescos S/A” e “Evolução do Patrimônio Líquido da Investida Vonpar Refrescos S/A”.

O “equivoco” cometido pela VONPAR – MAXXI PARTICIPAÇÕES deveu-se ao fato de a empresa não ter levado em consideração em seu cálculo que praticamente não houve alteração na sua participação percentual no capital social da investida quando da subscrição do aumento de capital, que era de 60,2666% e passou a ser 60,2676%.

Em vez disso, conforme planilha “Apuração do Ágio na Vonpar S/A” (fl. 24), elaborada pela contribuinte, o cálculo levou em consideração o percentual subscrito pela VONPAR – MAXXI PARTICIPAÇÕES (de 17,225%, obtido dividindo-se o total de novas ações subscritas pela VONPAR – MAXXI PARTICIPAÇÕES, 16.584.507, pela nova quantidade total de ações de emissão da VONPAR REFRESCOS, 96.279.464), aplicado sobre

o que seria o novo patrimônio líquido da VONPAR REFRESCOS, R\$ 200.285.091,00. A diferença entre esse “valor patrimonial” das novas ações subscritas, R\$ 34.499.106,93 (R\$ 200.285.091,00 multiplicado por 17,225%) e o valor da subscrição, R\$ 59.870.070,00, corresponderia a um ágio na subscrição no montante de R\$ 25.370.963,00. Cita doutrina e transcreve item 7da nota explicativa à IN CVM 247/96, que traz exemplo de cálculo do ágio na subscrição de ações. Cita ainda o item 17.1.5 do Ofício Circular CVM/CVM/SNC/SEP nº 01/2004 que vem explicitar ainda mais algumas questões relativas ao ágio na subscrição de aumento de capital, notadamente, no que diz respeito a seu cálculo.

Acrescenta a fiscalização que o “equivoco” cometido pela VONPAR – MAXXI PARTICIPAÇÕES, que terminou registrando um ágio INEXISTENTE de mais de R\$ 25 milhões fica evidente quando se compara a situação societária do GRUPO VONPAR antes e após a subscrição, pois, antes da operação o GRUPO VONPAR tinha registrado em seu ativo ágio no total de R\$ 154.996.101,06 relativo aos seus investimentos nas empresas VONPAR REFRESCOS, KAIK e CHARRUA (F. 4/8). Após a subscrição do aumento de capital na VONPAR REFRESCOS, o qual foi integralizado pela VONPAR – MAXXI PARTICIPAÇÕES mediante a conferência do investimento na KAIK, o ágio total do GRUPO VONPAR passou a ser de R\$ 180.367.084,06 (113.604.533,06 + 25.370.963,00 + 41.391.568,00), conforme demonstrado no F. 5/8.

A diferença no valor de R\$ 25.370.963,00, decorre justamente da superavaliação do cálculo do ágio na subscrição, sem que tivesse havido qualquer desembolso financeiro por parte do GRUPO VONPAR, qualquer alteração significativa na participação societária da MAXXI PARTICIPAÇÕES em seu investimento na VONPAR REFRESCOS, ou ainda, a apuração de ganho de capital na operação, o que, por si só, revela o absurdo do critério no cálculo adotado pela contribuinte.

Ressalta a fiscalização que ainda que a contribuinte sustente que seu cálculo está correto (o que admite apenas como argumentação), ao contrário do ágio na aquisição, para o qual a legislação tributária federal admite expressamente a sua dedução na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, não há previsão legal para dedução do ágio na subscrição de ações.

Destaca que os critérios e técnicas contábeis para fins societários não podem ser confundidos com as regras estabelecidas pela legislação fiscal. A grande questão do ágio na subscrição, reside no adequado tratamento tributário do ágio ou deságio apurado na subscrição de ações e não se ele existe ou não. Durante muitos anos discutiu-se na doutrina contábil se existia ou não o ágio na subscrição de ações. Atualmente essa discussão encontra-se pacificada no sentido de que é possível a existência do ágio na subscrição, mas o fato de existir o ágio não implica em sua dedutibilidade para fins de apuração do IRPJ e CSLL.

Para os que defendem a dedutibilidade do ágio na subscrição, o principal argumento, decorre de uma interpretação jurídica simplista e conveniente de que ele corresponderia a uma espécie do gênero ágio na aquisição, devendo ter mo mesmo tratamento fiscal deste, qual seja, ser considerado dedutível na apuração dos tributos. No entanto, uma adequada interpretação da legislação sobre o assunto, com base na utilização dos vários métodos oferecidos pela hermenêutica jurídica, onde se leva em conta não somente a literalidade da lei, mas também razões de ordem lógica e histórica, termina pondo por terra a tese da dedutibilidade do ágio na subscrição na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

O presente item serve também como fundamento para o fato da fiscalização não ter considerado dedutível o valor correto do ágio na subscrição, no montante de R\$ 1.636,65, apurado conforme demonstrado na planilha “Cálculo do Ganho ou Perda na Variação do Percentual de Participação ou do ágio na Subscrição no Investimento na Vonpar Refrescos S/A”.

Por oportuno, é importante destacar que a SRF já se manifestou acerca do assunto por meio do Parecer CST 3.150/80, no sentido da indedutibilidade do ágio na subscrição, quando do aumento do capital. Nesse mesmo sentido são as conclusões do Parecer CST 2.758/84, que trata dessa hipótese na qual o investidor já participa do quando societário da investida e resolve subscrever um aumento de capital na empresa. Embora referidos pareceres tratem da situação na qual a investidora já participava do quadro societário da investida e promove um aumento de capital nesta com ágio, não há nenhuma razão para tratamento diferenciado em relação a um aumento de capital na qual a subscritora já participe do capital social de uma investida, por absoluta falta de previsão legal. De qualquer forma, a situação tratada nos pareceres é exatamente a mesma do GRUPO VONPAR no presente caso, tendo em vista que a MAXXI PARTICIPAÇÕES já participava no capital social da VONPAR REFRESCOS quando da subscrição de novas ações.

Aborda a diferença entre aquisição e subscrição de ações e conclui que o direito positivo, tanto societário como fiscal, faz a distinção entre os institutos da aquisição e da subscrição de ações ou de participações societárias. Ressalta que o ágio a que se refere o DL 1598/77, o qual é dedutível na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL nos termos da legislação é tão somente ao ágio na aquisição, não havendo qualquer referência ao ágio na subscrição; sempre que há referência nos Regulamentos do Imposto de Renda ao termo subscrição, ele sempre está relacionado à emissão de ações ou quotas de capital.

Faz abordagem histórica para dizer que durante muito tempo não se admitia na doutrina contábil a existência de ágio na subscrição de ações, com citação de doutrina, e o que hoje é tratado pela doutrina contábil e pela legislação societária como ágio na subscrição, foi considerado como perda na variação do percentual de participação não somente por essas legislações, como também pela legislação fiscal, a qual considerava essa perda indedutível na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL. Cita art. 378 do RIR/94 (art. 428 do RIR/99).

Com o passar do tempo, a doutrina contábil passou a admitir a existência de ágio na subscrição, mas embora a doutrina contábil e a legislação societária tenham evoluído no sentido do reconhecimento da existência do ágio na subscrição, não houve qualquer alteração na legislação fiscal no sentido de permitir a dedução do ágio na subscrição na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Diferentemente da legislação societária (art.s 13 e 14 da IN CVM 247/06) que passou expressamente a reconhecer a existência também do ágio na subscrição, a legislação fiscal continuou a não admitir a sua dedutibilidade, já que em sua mais recente alteração sobre o assunto, veiculada pelo art. 7º da Lei 9.532/97, continuou apenas a se referir ao ágio na aquisição, sendo completamente omissa no que diz respeito ao ágio na subscrição. Caso fosse o intuito do legislador de permitir a dedução do ágio na subscrição, ele o teria feito de maneira expressa, assim como fez a legislação societária brasileira, que alterou o tratamento contábil dado à perda de capital na variação do percentual de participação; isso não ocorre por acaso,

pois há razões suficientes de ordem lógica que justifiquem o tratamento diferenciado no que diz respeito à apuração das bases de cálculo dos tributos federais.

Também aborda a interpretação lógica.

O ágio na aquisição é dedutível nas bases de cálculo dos tributos federais, para o adquirente, em virtude de ele ter como contrapartida um ganho tributável para o alienante. Assim, a dedução do ágio é compensada por esse ganho. Já o ágio na subscrição (ou perda na variação de percentual de participação, como era tratado anteriormente) não é considerado dedutível pelo legislador (nos termos do art. 378 do RIR/94 ou art. 428 do RIR/99), em virtude de ter, via de regra, como contrapartida um ganho isento de tributação auferido pela empresa emitente das ações, nos termos do art. 390 do RIR/94 (atual 442 do RIR/99).

Trata ainda da jurisprudência do Conselho de Contribuintes. Afirma que a mesma tem se firmado no sentido de que não é cabível a dedução do ágio na incorporação, quando a apuração do valor do acervo líquido incorporado não é efetuada com base em avaliação a preços de mercado, conforme acórdãos 101-93.976, de 16.10.2002 e 101-94.298 de 13.08.2003. Também cita o acórdão 101-93.599 de 19.09.2001, em que houve a decisão de que, quando o acervo líquido da sociedade incorporada é avaliado a preços de mercado, e somente nesse caso, a perda de capital ou o ágio é perfeitamente dedutível na apuração do IRPJ. Também cita os acórdãos 101-81.647/91 e 103-17.870 de 15.10.96.

#### **Das multas aplicadas:**

Diante da ocorrência concomitante de SONEGAÇÃO, FRAUDE E CONLUÍO por parte das empresas do GRUPO VONPAR, conforme entende ter demonstrado no Relatório de atividade fiscal, nos termos dos artigos 71 a 73 da Lei 4.502/64, as multas de ofício aplicadas na constituição dos autos de infração foram de 150%, de acordo com os incisos I e II do art. 44 da Lei 9.430/96.

A respeito dos procedimentos adotados pela VONPAR – MAXXI PARTICIPAÇÕES para o surgimento do ágio em operações de negócio dentro de um mesmo grupo, transcreve as conclusões a que chegou RICARDO MARIZ ao analisar operações que se encaixam perfeitamente na sucessão de atos societários celebrados pelo GRUPO VONPAR, com o intuito de fabricar um ágio e de se aproveitar reduzindo os valores apurados de IRPJ e de CSLL.

Ressalta que o ágio gerado pelo GRUPO VONPAR conta com o agravante de NÃO TER SIDO NEM PAGO A TERCEIROS, já que foi gerado inicialmente por meio de aumento de capital subscrito pelos acionistas PF e PJ e integralizado com as ações de emissão da VONPAR – VONPAR, sem que houvesse pagamento de tributo algum sobre o ganho econômico por eles obtidos.

Destaca que em momento algum a fiscalização questionou o valor de mercado das empresas avaliadas, os atos societários celebrados, ou ainda, os laudos de avaliação emitidos pelas empresas especializadas, mas sim as obrigações fiscais que não foram observadas pelo GRUPO VONPAR na sucessão de eventos societários, que ao que tudo indica, foram montados de uma forma que pudesse propiciar a geração de um benefício fiscal indevido, por meio da geração de ágio dentro do próprio GRUPO VONPAR, sem que houvesse pagamento de tributo sobre o ganho de capital auferido pelo GRUPO VONPAR quando da geração desse ágio.

Ressalta, que caso, por algum absurdo, se considere não ter havido dolo, fraude ou simulação, por parte da VONPAR – MAXXI PARTICIPAÇÕES, em conluio com as demais empresas do GRUPO VONPAR, na montagem das operações societárias que culminaram com a “fabricação” de um ágio de valor expressivo, ainda assim, os tributos seriam devidos pela ALIENANTE VONPAR – MAXXI PARTICIPAÇÕES, em virtude do ganho de capital auferido por ela na operação.

#### **Da não ocorrência de decadência:**

Embora as operações que dera origem aos ágios glosados pela fiscalização tenham ocorrido no ano-calendário de 1995, os reflexos tributários na falta de recolhimento de tributos somente se deram no ano-calendário de 2000, por ocasião da alienação, pela VONPAR – MAXXI PARTICIPAÇÕES, do investimento detido na VONPAR REFRESCOS para a VONPAR CORRETORA. Entende que fica afastado qualquer eventual argumento por parte da contribuinte de que restaria decaído o direito de a Fazenda constituir o crédito tributário, em virtude de as operações terem ocorrido em 1995, já que o direito de a Fazenda constituir o crédito tributário somente surgiu em 2005 (não questiona o ganho de capital tributável de R\$ 41.391.568,00 relativo à discussão de dedutibilidade do ágio na incorporação, relativo ao investimento na KAIK transferido pela VONPAR – MAXXI PARTICIPAÇÕES, em 20.12.95, por estar atingido pela decadência).

No que diz respeito ao Conselho de Contribuintes, a jurisprudência tem sido no sentido de que “não é lícita a imposição fiscal que considera erro de cálculo cometido na equivalência patrimonial como reavaliação de participação societária na forma preconizada no parágrafo 3º do artigo 35 do Decreto-lei 1.598/77” (acórdão 101-88.318/95).

## **II – DA IMPUGNAÇÃO E DA DECISÃO DA TURMA JULGADORA**

Transcrevo parte da decisão de primeira instância para tratar dos argumentos contidos na impugnação:

*Com relação à incorporação em 30.11.95, em que a fiscalizada incorporou a Vonpar – Vonpar, alega que a operação foi a valor de mercado, argumentando que – para tal – a legislação societária não determina o levantamento de balanço por parte da incorporada, exigindo apenas a avaliação de seu patrimônio líquido.*

*Com relação ao tratamento fiscal dessa incorporação, alega que, por ter ocorrido antes da vigência da Lei nº 9.249, de 1995, não era necessário o levantamento de balanço específico, e tampouco, o registro de reserva de reavaliação.*

*Com relação à necessidade de registro de reserva de reavaliação pela empresa incorporada, alega sua impossibilidade (fática ou jurídica) no caso em tela, por tratar-se de incorporação de empresa em que há participação da incorporadora na incorporada. Argumenta que a obrigatoriedade do registro de reserva de reavaliação na incorporação (referida no art. 388 do Regulamento do Imposto de Renda de 1994) não se aplicaria à situação em que há participação da incorporadora no capital da incorporada.*

*Quanto ao procedimento por ela adotado na incorporação ocorrida em 30/11/95, alega que a própria fiscalização reconhece que o Protocolo de Incorporação determinou que o Patrimônio Líquido da incorporada fosse avaliado a preços de mercado e que os investimentos nas empresas Vonpar Refrescos, Kaik Participações, Mineradora Charrua e Girua Empreendimentos Imobiliários, foi registrado pelo seu valor de mercado e que a inexistência de registro de reserva de reavaliação é decorrente de sua inaplicabilidade ao caso. Adicionalmente, alega que – caso fosse necessário o registro de reserva de reavaliação à época – o fato gerador do tributo teria ocorrido em 1995 e não em 2000, portanto, no seu entender, já decaído.*

*Com relação ao ágio surgido na realização de aumento de capital pela fiscalizada realizado na empresa Vonpar Refrescos, mediante conferência dos títulos representativos do capital da empresa Kaik Participações, admite estar acertado o entendimento da fiscalização acerca da apuração do ágio (conforme Instrução CVM 247, de 199), mas alega que à época esse entendimento não era pacífico. Alega, entretanto, a ocorrência do fenômeno da decadência, nas seguintes palavras: “não pode a Fazenda Nacional, na constituição de créditos tributários, glosar os efeitos de atos passados, já estabilizados por terem sido praticados em período já alcançado pela decadência” (fl. 168).*

*Quanto à dedutibilidade do ágio na subscrição de ações, alega que aquisição é gênero do qual a subscrição seria espécie.*

*Com relação à operação ocorrida em 29.12.2000, na qual a fiscalizada subscreveu um aumento de capital na empresa Vonpar Corretora de Seguros, no valor de R\$ 246.308.603,58, integralizando-o mediante a conferência da participação societária que detinha na empresa Vonpar Refrescos (pelo registro do ágio que, no entender da fiscalização, seria inexistente ou indedutível), esse aumento teria sido compensado pelo registro a menor do ágio decorrente da incorporação da empresa Vonpar Vonpar, apresenta planilha explicitando os valores a que se refere.*

*Finalmente, com relação à aplicação da multa de ofício qualificada, alega a inexistência de elemento de falsidade, inexatidão ou omissão. Argumenta que o fundamento do auto de infração seria “tão somente o cometimento de equívocos na interpretação da legislação tributária” (fl. 191), concluindo pela inexistência de fraude. Alega que a incorporação da Vonpar-Vonpar pela fiscalizada teria ocorrido para “(a) eliminar empresa que se teria tornado desnecessária; (b) fazer com que nova holding do grupo participasse diretamente das empresas operacionais e (c) permitir a transferência das ações da Kaik a Refrescos por seu valor de mercado ...”.*

A decisão da Turma Julgadora considerou o lançamento procedente. Proferiu as seguintes ementas:

**ATIVO – ÁGIO – INEXISTENTE, INDEVIDAMENTE REGISTRADO NO PATRIMÔNIO E DECORRENTE DE CONJUNTO DE ATOS SIMULADOS. Deve ser glosada a despesa com a baixa de ágio inexistente e indevidamente registrado, por ser resultado de**

*procedimento simulado anteriormente realizado, com a conseqüente apuração do efetivo ganho de capital referente à operação.*

*DECADÊNCIA TERMO INICIAL. A decadência se refere ao direito da Fazenda de constituir o crédito tributário e, portanto, deve ser contada a partir da redução indevida do lucro, no caso, a baixa do ativo inexistente, e não do registro indevido do ativo (anteriormente realizado mediante simulação).*

*AGRAVAMENTO DA MULTA. A simulação, levada a efeito, foi o meio utilizado para alcançar a sonegação (ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária, da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal) do tributo lançado. Nessa situação, é devido o agravamento da multa para 150%.*

#### **Fundamentos da decisão da DRJ:**

- A operação na qual, em 17.11.95, os acionistas da VONPAR – VONPAR subscreveram um aumento de capital na fiscalizada, no valor de R\$ 235.999.000,00, o qual foi integralizado mediante a conferência de ações de emissão da VONPAR – VONPAR ate então por eles detidas, foi uma operação desprovida de causa, uma vez que já existia uma empresa que cumpria o papel de empresa Holding no grupo que era a VONPAR – VONPAR. Entretanto, a fiscalizada, na qual foi realizado o aumento de capital passou a ser a holding do grupo. Então a fiscalizada passou a ser a holding da holding, sem a função por ela alegada;

- Adicionalmente, em 30.11.95, a fiscalizada incorporou a VONPAR – VONPAR, extinguindo sua participação societária na empresa incorporada, assim a fiscalizada assumiu no grupo econômico, o lugar e a função da VONPAR – VONPAR, com uma única diferença: o registro contábil de um ágio em seu ativo que a sucedida não possuía e que foi posteriormente utilizado para reduzir o ganho de capital objeto de lançamento pela fiscalização;

- O surgimento de referido ágio se deu sem qualquer desembolso por parte de ninguém, pois tudo ocorreu em 13 dias e sem que houvesse qualquer pagamento ou recebimento de numerário, apenas uma troca de papéis (ações) entre pessoas pertencentes a um mesmo grupo econômico, isto é, houve um procedimento entre pessoas relacionadas e sem desembolso ou recebimento de numerário, mas que resultou na tentativa de geração espontânea de um ativo – ágio - , sem tribuação do respectivo aumento patrimonial, que em operação posterior, foi utilizado para servir de custo, reduzindo as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL;

- Entende tratar-se de operação simulada, portanto, esse ativo não pode ser considerado como existente; e que foi gerado artificialmente um ativo sem que ninguém tenha pago por isso qualquer centavo. O patrimônio da empresa VONPAR – VONPAR que era de R\$ 74 milhões passou a ser registrado, na fiscalizada, que a incorporou, por mais de R\$ 230 milhões;

- A prova do interesse em simular está na existência de um motivo para a simulação, ou seja, a tentativa de geração não tributada de um ativo de mais de cem milhões de reais, passíveis de utilização posterior como custo dedutível para fins tributários; as pessoas envolvidas são todas pertencentes ao mesmo grupo econômico, com interesse em comum; quanto à execução do negócio é prova da simulação, a falta da execução material do contrato,

entendida como aquilo que as partes, pelo seu efetivo comportamento, buscaram e lograram alcançar;

- Quanto ao agravamento da multa, devido à presença de dolo na simulação, entendeu que tendo havido pacto simulatório, as partes tinham a intenção de alcançar seu objetivo, o que implica evidente prejuízo ao fisco; a simulação levada a efeito foi meio utilizado para alcançar a sonegação do tributo ora lançado;

- Afasta a alegação de que teria ocorrido a decadência, porque a operação que gerou o ágio ocorreu em 1995, uma vez que de fato, o lançamento se refere a operação ocorrida em 2000, quando foi dada baixa do ativo – ágio – anteriormente e indevidamente registrado. Ressalta que não havia ocorrido redução indevida do lucro, passível de lançamento tributário de ofício, antes da ocorrência da indevida baixa do ativo inexistente, pois somente nesse momento, houve registro em contas de resultado e conseqüentemente, indevida a redução do lucro líquido do período;

- Ainda que não tivesse sido provada a simulação da operação que gerou o ágio ora glosado, continuaria mandatória a conclusão da impossibilidade de consideração do referido ágio, pois a legislação de regência, à época, determinava que o respectivo valor fosse registrado a débito de perda de capital (inedutível) e não a débito de ativo, conforme realizado pela impugnante. Cita o art. 380 do RIR/94;

- Na incorporação de sociedade em que ocorra extinção de ações (que é o caso sob análise), a diferença entre o valor contábil das ações extintas (valor do investimento, acrescido do ágio a ele referente, nos termos do art. 329 do RIR/94) e o valor do acervo líquido que as substituir será computada no lucro real, alternativamente como: (i) perda de capital dedutível, se o acervo estiver avaliado a preços de mercado ou (ii) perda de capital ineditível, se o acervo não estiver avaliado a preços de mercado, mas a valor inferiores a ele. O dispositivo determina o registro de perda de capital, não havendo a possibilidade de registro desses valores no ativo, conforme realizado pela impugnante;

- O valor do acervo recebido não pode ser superior àquele do balanço de fechamento da empresa incorporada, pois, caso contrário, ocorreria um absurdo: o recebimento de ativos que ensejarão despesas (por depreciação ou por custos) em valor superior ao anteriormente existente, o que resultaria em fabricação de despesas inexistentes. Caso a incorporada desejasse transferir o acervo por valor superior àquele anteriormente registrado, seria necessário o registro de ganhos na incorporada, ou alternativamente registro de reserva de reavaliação, o que não ocorreu. Conclui que resta comprovado que a transferência do acervo líquido da incorporada foi realizada pelos valores contábeis e que o registro do recebimento desse acervo foi erroneamente realizado por valores superiores aos devidos, inflando indevidamente o ativo da empresa.

- Não procede a alegação que a incorporação, por ter ocorrido antes da vigência da Lei 9.249/95 dispensaria o levantamento de balanço específico, posto que o art. 33 da Lei 7.450/85, com a redação dada pelo art. 11 do DL 2.323/87 assim o determina;

- Tampouco procede a alegação de que o acervo da incorporada teria sido apurado como base nos valores de mercado, sem a necessidade de registro de reserva de reavaliação, por tratar-se de incorporação de empresa em que há participação da incorporadora na incorporada. Com efeito, o art. 388 do RIR/94 é específico na determinação de que, em



qualquer incorporação, quando o valor do acervo transferido for maior do que aquele anteriormente registrado deverá haver alternativamente o registro de ganho ou de reserva de reavaliação. Assim a diferença entre o valor registrado no último balanço da empresa incorporada e o valor da participação extinta deveria ter sido considerado, perda de capital indedutível, restando impossível sua ativação, para posterior baixa como custo dedutível (conforme realizado pela impugnante);

- Com relação ao ágio surgido na realização do aumento de capital pela fiscalizada realizado na empresa VONPAR REFRESCOS, mediante conferência dos títulos representativos do capital da empresa KAIK, ressalta que a própria impugnante admite o acerto do entendimento da fiscalização acerca de sua apuração. Afasta a alegação de decadência, visto que esta somente se refere ao direito de constituir o crédito tributário e não o de desconsiderar efeitos de atos anteriores, como quer fazer crer a impugnante. Caso a tese esposada pela impugnante fosse aceita se incorreria em uma contradição, pois, caso tivessem se passado mais de cinco anos entre (i) a geração indevida de um ativo, como a que ocorreu, que não enseja qualquer efeito na apuração da base de cálculo de tributos e (ii) a baixa desse ativo, inexistente, como custo indevidamente deduzido da base de cálculo de tributos, a fiscalização estaria de mãos amarradas, pois, não haveria matéria tributável a ser exigida na geração simulada e indevida do ativo e já teriam se passado mais de 5 anos da geração indevida do ativo quando de sua baixa. A interpretação correta da norma aplicável é que o prazo decadencial seja contado a partir do fato gerador e não a partir de atos anteriores a ele;

- Quanto à dedutibilidade do ágio na subscrição de ações, a discussão torna-se prejudicada pelo fato de que, desconsiderando-se a existência do ágio anteriormente indevidamente registrado na participação da fiscalizada na KAIK, o valor baixado pela fiscalizada restaria inferior ao valor patrimonial da participação adquirida e, conseqüentemente, inexistiria ágio na subscrição a ser registrado, ocorrendo, ao contrário, a figura do deságio;

- Refuta que o fundamento do auto de infração teria sido “tão somente o cometimento de equívocos na interpretação tributária” (fl. 191), pois, o fundamento do auto de infração foi a baixa indevida de ativo inexistente, indevidamente registrado no patrimônio da fiscalizada por meio de uma série de atos simulados anteriormente praticados.

A ciência dos autos se deu em 06.11.2006 e o recurso foi apresentado em 01.12.2006.

### III – DO RECURSO VOLUNTÁRIO

A recorrente argumenta que o negócio que efetivamente motivou a lavratura do auto de infração foi a transferência das ações de REFRESCOS à CORRETORA, por valor que, segundo o Relatório de Atividade Fiscal (RAF), teria propiciado à recorrente ganho de capital não oferecido à tributação, ganho esse resultante do fato de o verdadeiro valor contábil das ações de REFRESCOS transferidas à CORRETORA ser inferior aos R\$ 246.308.603,00.

Entende ser essa a essência do auto de infração: existência de ganho de capital na transferências das ações de REFRESCOS à CORRETORA. Destaca que o RAF menciona outras operações que não as descritas, quais sejam, a mudança da denominação da recorrente e a incorporação da CORRETORA por REFRESCOS, ocorrida após os fatos descritos. Afirma

que essas operações não afetam o auto de infração e devem ter sido mencionadas pelos agentes fiscais ou para apresentar um quadro geral de toda a reestruturação da recorrente ou para induzir os órgãos do MF que vierem a julgar o auto de infração a considerar fraudulento o procedimento da recorrente e cabível a multa aplicada.

Destaca que de acordo com o item 5 do auto de infração, a origem do problema estaria na formação do custo dos investimentos da recorrente em REFRESCOS, do qual constariam parcelas de ágio inexistentes ou indedutíveis, decorrentes da incorporação mencionada e da subscrição do aumento de capital, uma e outra ocorridas em 1995.

**Discrepância entre os fundamentos do auto de infração e da decisão recorrida:**

Argumenta que a decisão recorrida afirma que o auto de infração teria sido lavrado não só em razão da não-observância, pela recorrente, da legislação tributária, mas também da ocorrência de simulação nas operações que geraram o ágio questionado; e por entender que as operações não teriam causa econômica, já que a estrutura societária do GRUPO VONPAR, depois das referidas operações não teria se alterado, concluindo pela caracterização de simulação.

Entretanto, o fundamento do auto de infração não foi esse, pois, na pág. 50 do RAF, os fiscais autuantes afirma expressamente que não questionaram os atos societários celebrados pelas empresas do GRUPO VONPAR. Em nenhum momento, os autuantes procuraram justificar a lavratura do auto de infração com base em suposta simulação dos atos praticados pela recorrente, mas tão somente no descumprimento, de normas legais tributárias aplicáveis à apuração do custo de seus investimentos.

Conclui que a decisão recorrida inova na sua fundamentação jurídica.

Afirma que não existiu vício nas operações praticadas, nos termos do art. 102 do CC. Que o aumento de capital da recorrente, a sua realização mediante a transferência de ações da VONPAR – VONPAR a valor de mercado e a posterior incorporação desta pela recorrente não poderiam ser considerados atos simulados, porque os referidos atos produziram os efeitos nele previstos, atribuindo direitos às pessoas nele especificadas e assim expressamente o reconhece o auto de infração. A fiscalização não invoca qualquer prova ou indício de que os atos praticados pelo GRUPO VONPAR tenham sido pós ou ante datados, o que faz com que sejam descabidas qualquer alegações de simulação com base no art. 102, III, do CC.

Afirma que havendo dúvida quanto à capitulação dos fatos, deve-se aplicar o art. 112 do CTN; que compete à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, provando e não apenas presumindo, a ocorrência de fatos que levem à exigência de tributo (art. 142 do CTN).

Por terem os atos praticados pelo GRUPO VONPAR atingido exatamente os efeitos que lhe eram próprios é descabido falar em simulação. O fato da recorrente ter assumido o papel que VONPAR – VONPAR ocupava na estrutura do GRUPO não tem o condão de caracterizar a simulação, já que, como visto, a falta de fundamento econômico na celebração de negócios jurídicos não está prevista no art. 102 do CC, nem em nenhuma outra lei, como hipótese de ocorrência do referido vício.



Destaca que a jurisprudência administrativa reconhece que, sendo lícito o negócio jurídico e tendo ele produzido os efeitos declarados pelas partes é descabido inquiná-lo de simulado, independente dos objetivos com eles visados. Cita acórdãos 103-14432, de 14.12.93, 103-15107, de 04.07.94, CSRF 01-01756, de 17.10.94, CSRF 01-01.874, de 15.05.95, 101-88316, de 16.05.95, 101-88.678 de 23.08.1995, 106-09.343, de 09.01.97, 101-91376 de 19.09.97, 101-93.616 de 20.09.2001, 101-94340, de 09.09.2003, 101-94127 de 28.02.2003.

Destaca que tais decisões justificam-se em razão de o sistema de direito positivo brasileiro ser formado por princípio de estrita legalidade, no que concerne às relações de poder. O direito brasileiro não admite as teses de que as leis tributárias podem ou devem ser interpretadas segundo critérios econômicos, na medida em que a estes se dê preeminência sobre a natureza jurídica própria dos atos ou negócios, nem de que os contribuintes fiquem sujeitos necessariamente à observância de determinados tipos de conduta, aos quais se reduzem as práticas que eventualmente deles difiram, e conseqüentemente, devam pagar o tributo que a lei prevê para esses tipos.

Afirma ainda que em 2001, as autoridades fiscais confessaram publicamente que a legislação em vigor não lhes oferecia armas suficientes para combater os planejamentos fiscais, em geral e levaram o Congresso a promulgar a LC 104/2001, que alterou o CTN, mediante a introdução de parágrafo ao art. 116. Ressalta que tal dispositivo não é auto-aplicável já que faz menção à necessidade de lei ordinária para ter aplicação. A regulamentação chegou a ser objeto dos arts. 13 e seguintes da MP 66/2002, os quais, contudo, foram rejeitados pelo Congresso Nacional, na medida em que foram desconsiderados na conversão da referida MP em lei.

Destaca que ainda não há lei que preveja hipóteses específicas de desconsideração ou requalificação, para fins de incidência de tributos, de atos e negócios jurídicos lícitos. Cita o acórdão 101-94.340 de 09.09.2003.

Assim, como foram lícitos (i) o aumento de capital da recorrente, (ii) a transferência de ações de VONPAR – VONPAR, por valor de mercado, em realização do referido aumento de capital e (iii) a incorporação de VONPAR – VONPAR pela recorrente, sendo incontestado que tais negócios jurídicos produziram os efeitos declarados pelas partes, não haveria por que a fiscalização considera-los simulados.

Além do que, todos os atos que a decisão recorrida diz terem sido simulados ocorreram há cerca de 10 anos da lavratura do auto de infração, não podendo eles serem desqualificados, em razão do decurso do prazo de decadência.

#### **O ágio surgido na incorporação da VONPAR – VONPAR:**

A recorrente faz abordagem de alguns itens do RAF, do tratamento das incorporações pelo direito societário e pela legislação do IRPJ.

Afirma ser incorreto o entendimento da decisão recorrida no sentido de que o registro de reserva de reavaliação nas empresas incorporadas com base em seu PLM era exigido em 1995, antes da vigência da Lei 9.249/95, em razão da redação dada ao art. 33 da Lei 7.450/85, pelo art. 11 do DL 2.323/87.

Que outro aspecto que os agentes fiscais não se deram conta é o de que, à época da incorporação da VONPAR – VONPAR, os efeitos da atribuição de novo valor a ativos da incorporada, em processos de incorporação, tinha tratamento diverso, conforme se tratasse de incorporações horizontais e verticais.

Argumenta que se o art. 388 do RIR/94 fosse aplicável à hipótese, a recorrente te-lo-ia infringido ao deixar de registrar em uma reserva de reavaliação a contrapartida do aumento do valor dos ativos de VONPAR – VONPAR, então verificados. Tendo em vista a natureza dos ativos em causa, investimentos avaliados pelo MEP, nem mesmo o registro de uma reserva de reavaliação afastaria o cômputo desse acréscimo no lucro real da recorrente.

Em qualquer dessas hipóteses, o fato gerador do IRPJ devido pela recorrente teria ocorrido em 31.12.95 e não em 31.12.2000, como sustentam os fiscais para validar a autuação.

Afirma não haver registro de reavaliações em incorporações verticais. Em se tratando de incorporações horizontais, não há liquidação de investimentos, há uma sucessão plena, sem resultados a apurar. O valor líquido dos bens, direitos e obrigações que integram o PL da incorporada soma-se ao do PL da incorporadora; se tais bens são transferidos pelo valor de seu PLC, a contrapartida se dá, em regra, na conta de capital; se os bens são transferidos pelo valor de PLM, a contrapartida se dá na conta de capital e, para evitar a incidência do IRPJ prevista no art. 388 do RIR/94, em uma reserva de reavaliação.

Em se tratando de incorporação vertical, como ocorreu na hipótese versada no auto de infração, a incorporadora não recebe elementos propriamente novos, como ocorre nas incorporações horizontais, pois há mera substituição de bens, pela qual a conta de investimento cede lugar aos bens, direitos e obrigações que representam o PL da incorporada e a diferença entre o acervo líquido recebido e o valor do investimento baixado representa o ganho ou perda de capital da incorporadora, como afirmado no art. 34 do DL 1.598/77, repetido no art. 380 do RIR/94.

Nas incorporações horizontais, a sucessora pode e deve manter registrado em uma reserva de reavaliação, o aumento de valor dos ativos da incorporada verificado no processo de incorporação. Nas incorporações verticais o quadro é diverso e o registro de uma reserva de reavaliação é inviável, seja por motivos de ordem prática, em alguns casos, seja por determinação legal, em outros.

Para comprovar sua afirmação, apresenta situação hipotética idêntica à do auto de infração: (i) determinada empresa (incorporadora) adquire investimentos em outra (incorporada) por R\$ 1 milhão (ii) o PLC da incorporada é de apenas R\$ 100 mil, e (iii) a incorporada não tem obrigações e possui apenas um “ativo” contabilizado por R\$ 100 mil, mas cujo valor de mercado é de R\$ 1 milhão. Essa mais valia existente no ativo é que teria motivado o pagamento de preço adicional pelas ações da incorporada.

Por força do art. 329 do RIR/94, caberia à incorporadora, por ocasião da primeira avaliação do investimento pelo MEP, desdobrar seu custo de aquisição de forma a refletir o valor de seu PLC e do sobre-preço pago pelo mesmo (ágio). O valor do PLC da incorporada seria, portanto, de R\$ 100 mil e o ágio de R\$ 900 mil. Por outro lado, o valor contábil do investimento passaria a ser de R\$ 1 milhão (soma do PLC e do ágio), inclusive para efeitos de determinação de ganhos ou perdas de capital (art. 376 do RIR/94).

Ao incorporar a incorporada pelo seu PLM, a incorporadora substituiria investimentos no valor de R\$ 1 milhão pelo ativo, no mesmo valor, de sorte que a incorporação não geraria aumento de PL na incorporadora que comportasse o registro de uma reserva de reavaliação. Indaga: Como então vincular a não-tributação do aumento de valor da expressão contábil do ativo, no processo de sua transferência à incorporadora, à exigência que não poderia ser cumprida, qual seja, a contida no art. 388 do RIR/94?

Por outro lado, suponha-se, que o ativo tenha-se valorizado entre a data de aquisição da incorporada, pela incorporadora, e a data da incorporação e que, por isso, o PLM da incorporada seja recebido pela incorporadora por R\$ 1,5 milhão. Nesta hipótese, o PL da incorporadora aumentaria em R\$ 500 mil e esse aumento poderia, em tese, ser registrado em uma reserva de reavaliação. Mas, é o próprio RIR que veda esse procedimento, ao determinar no art. 380 que a diferença a maior entre o acervo líquido recebido e o valor contábil do investimento declarado extinto seja tratado como ganho de capital. Note-se que os §§ 1º e 2º do art. 380 do RIR/94 até admitem que o ganho de capital seja oferecido à tributação em condições semelhantes às de uma reavaliação; não obstante vedam que, nas incorporações verticais transfiram-se reservas de reavaliação da incorporada para a incorporadora.

Conclui que o disposto no art. 388 do RIR/94 somente se aplica às incorporações horizontais, nas verticais há uma apuração de resultados, nos termos do art. 380 do mesmo RIR, conforme doutrina que transcreve e PN CST 51/79.

O fato de o acréscimo de valor do PL da incorporada, ocorrido no processo de incorporação, ser tributado na incorporadora como ganho de capital desta, evidencia, por si só, a impossibilidade de se tributar reserva de reavaliação da incorporada formada com o registro desse mesmo ganho. Se isso ocorresse, o ganho seria tributado duas vezes (i) uma como aumento de valor de ativo da incorporada, refletido em reserva de reavaliação insuscetível de ser transferida à incorporadora e (ii) outra como ganho de capital da incorporadora.

Além de o art. 388 do RIR/94, não se aplicar às incorporações verticais, sob as normas vigentes à época da incorporação de VONPAR – VONPAR, a situação conjecturada mencionada não ocorreria por uma razão adicional: a reavaliação verificada em processos de incorporação refletia-se apenas na situação patrimonial da incorporadora, na medida em que não afetava os registros contábeis da incorporada.

Em síntese, sob as normas vigentes à época da incorporação de VONPAR – VONPAR:

- (i) Ocorria a extinção da incorporada e seus resultados deviam ser oferecidos à tributação com base em balanço levantado com a antecedência de até 30 dias da operação;
- (ii) Não se exigia o levantamento de balanço específico para fins da incorporação, como prevê o art. 21 da Lei 9.249/95, para as operações realizadas a partir de 1996. Exigia-se apenas, a avaliação do PL transferido à incorporadora, como nos casos de subscrição em bens em geral, previstos no art. 8º da LSA;
- (iii) O balanço e a avaliação mencionados nos dois itens acima, tinham finalidades diversas: o balanço servia para quantificar o IRPJ devido pela empresa que se extinguiu; a avaliação, para demonstrar que não se estariam transferindo à incorporadora bens por valores superior ao de mercado, de forma a indicar a seus credores um valor patrimonial



acima do verdadeiro. O balanço e a avaliação acima referidos somente vincularam-se a partir da Lei 9.249/95, com a interpretação que lhe deu o art. 59 da IN SRF 11/96, mencionada no item 4.3.11;

- (iv) Sempre que o PL da incorporadora aumentava, em razão da atribuição de novo valor a bens do ativo da incorporada, no processo de incorporação, o acréscimo era tributado;

- (v) Em se tratando de incorporações horizontais, a atribuição de novo valor a bens do ativo da incorporada acarretava necessariamente o aumento de valor mencionado no item anterior, e por isso, era tributado. Não obstante admitia-se o registro do mesmo em uma reserva de reavaliação, cujo valor seria tributado quando a mesma fosse realizada;

- (vi) Em se tratando de uma incorporação vertical, a atribuição de novo valor a bens do ativo da incorporada, no processo de incorporação, gerava ou não o acréscimo mencionado em “iv”, conforme a incorporadora houvesse ou não pago pela mais-valia dos bens da incorporada ao adquirir suas ações; em outras palavras, conforme a mais-valia existente na incorporada, não exteriorizada em sua contabilidade, tivesse ou não sido levada em conta na determinação do preço de aquisição das ações ou quotas representativas de seu capital e,

- (vii) Em se verificando aumento de valor do PL da incorporadora, e não mera substituição de investimentos por PL (de valores iguais), esse acréscimo seria tributado como ganho de capital, e não como uma reavaliação, embora o § 1º do art. 380 do RIR/94 autorizasse o diferimento de sua tributação como se tratasse de uma autêntica reavaliação.

Passa a analisar os fatos sintetizados no item 4.1.1 de seu recurso. No que se refere ao item 4.1.1.a de seu recurso (nos termos do art. 380, I, do RIR/99, a diferença entre o valor contábil dos investimentos da incorporadora (no caso, a recorrente) na incorporada (VONPAR – VONPAR) só seria dedutível se a incorporação tivesse se dado por valor de mercado), não se discute que, à época da incorporação da VONPAR-VONPAR e sob as regras do art. 380 do RIR, então em vigor, a perda decorrente de incorporação de empresas com base no valor de seu PLC era indedutível. A lei é clara nesse sentido.

Destaca que chega a ser difícil compreender a lógica dos argumentos que levaram os agentes fiscais a sustentar ter ocorrido, no caso, uma incorporação com base no PLC de VONPAR – VONPAR. Como frisado em 4.1.1.b do seu recurso (a incorporação da VONPAR – VONPAR teria sido efetuada pelo valor de seu PLC, pois apesar de o Protocolo de Incorporação e o Laudo de avaliação que serviu de base para a incorporação terem previsto que o PL da VONPAR-VONPAR seria avaliado a preços de mercado, VONPAR – VONPAR não teria efetuado o registro de reserva de reavaliação reflexa, o qual, nos termos do art. 382 do RIR/99, seria obrigatório em casos de incorporação a valores de mercado), a fiscalização reconhece que o Protocolo de incorporação, datado de 30.11.95, determinou que o PL da incorporada, assim como seus elementos ativos e passivos, fossem avaliados a preços de mercado e que o laudo de avaliação que serviu de base para a incorporação seguiu essa orientação.

Reconhecem também (ver item 10 do RAF) que a recorrente, ao incorporar VONPAR – VONPAR, registrou as ações de REFRESCOS, KAIK, CHARRUA E GIRUÁ, provenientes da incorporação, por R\$ 235.206.950,52, que correspondiam ao valor de mercado das mesmas, refletido no laudo de avaliação, e na pág. 59 do RAF, destacam que, em momento

algun, questionaram o valor de mercado das empresas avaliadas, os atos societários celebrados ou mesmo o laudo de avaliação. Ou seja, não há divergência entre o que está escrito e o que efetivamente ocorreu, sendo incontestável que os itens integrantes do ativo de VONPAR – VONPAR foram transferidos à recorrente pelo seu valor de mercado.

A conclusão dos agentes fiscais no sentido de que a incorporação teria ocorrido com base no valor de PLC de VONPAR – VONPAR baseia-se apenas no fato de que “... NÃO foi efetuado o registro da RESERVA DE REAVALIAÇÃO na VONPAR-VONPAR, obrigatório em casos de incorporação a valores de mercado” (item 4.1.1.c do recurso), mas que esse registro não era necessário, conforme demonstrado ao longo do recurso.

Por outro lado, se fosse, na medida em que é incontestável que os ativos de VONPAR-VONPAR foram transferidos à recorrente por seus valores de mercado, se os agentes fiscais estivessem corretos, teria havido uma omissão contábil com consequências fiscais prevista em lei, qual seja, a tributação do acréscimo de valor dos referidos ativos, no período-base em que ocorrida a reavaliação.

Argumenta que a legislação fiscal não se opõe às reavaliações, mas dispõe sobre seus efeitos fiscais. O aumento de valor de bens do ativo circulante, de investimentos avaliados pelo MEP etc, decorrente de sua reavaliação é tributada de imediato, enquanto o de outros escapa de tributação enquanto registrado em reserva específica (de reavaliação). No caso concreto, se VONPAR – VONPAR houvesse alterado o valor de seus ativos em sua contabilidade, antes da incorporação, e se esse procedimento produzisse consequências fiscais, seja em razão da natureza dos bens reavaliados (item 4.1.1.d), seja em razão da impossibilidade fática de se transferir à recorrente a referida reserva (conforme exemplo apresentado em 4.3.24 do recurso), caberia ao fisco autuá-la naquele período-base, e não deslocar a ocorrência do fato gerador para 31.12.2000, quando ocorreu a transferência das ações de REFRESCOS à CORRETORA.

Nos itens 4.1.1.e) e 4.1.1.f) do recurso, a recorrente diz que sintetiza linha de argumentação dos agentes fiscais para justificar a tributação do acréscimo de valor dos ativos de VONPAR-VONPAR ocorrido no processo de incorporação. Segundo os fiscais: (i) o registro de reserva de reavaliação em VONPAR – VONPAR aumentaria seu PLC e levaria a recorrente a dar baixa no ágio com o qual adquiriu o investimento; (ii) a reserva de reavaliação de VONPAR – VONPAR seria tributada, mas o benefício fiscal do ágio acabaria por compensar essa tributação; e (iii) uma despesa dedutível, com a amortização do ágio, compensada pela tributação do ganho previsto no art. 386 do RIR/94.

Por essa linha, tomando-se por base o exemplo apresentado em 4.3.2.1, a incorporadora teria adquirido ações da incorporada por R\$ 1 milhão, mas deste valor (que representa o custo por ela suportado para adquirir o investimento) apenas R\$ 100 mil poderiam ser aproveitados em termos fiscais; isso porque, em caso de incorporação da incorporada, a parcela adicional de R\$ 900 mil só se tornaria dedutível, como ágio, se idêntico valor fosse oferecido à tributação quando da incorporação. Ou seja: a incorporadora teria pago R\$ 1 milhão pela incorporada, mas teria de pagar, de imediato IRPJ sobre R\$ 900 mil para manter o custo original de R\$ 1 milhão, o que entende, não fazer o menor sentido.

Antes da instituição do MEP na legislação, os investimentos eram registrados no ativo das pessoas jurídicas pelo respectivo custo (no caso da incorporadora, R\$ 1 milhão); pelo MEP, os mesmos devem ser registrados pelo correspondente valor de PLC (no caso, apenas R\$



100 mil). Seria evidente que a aquisição de um investimento por R\$ 1 milhão não pode gerar perdas para o investidor (quer em termos contábeis ou fiscais) apenas em razão de sua expressão contábil ser de apenas R\$ 100 mil. É por essa razão que o DL 1.598/77 determina que, por ocasião da primeira avaliação do investimento pelo MEP, seu custo seja desdobrado de forma a refletir o valor de seu PLC e do sobre-preço pago pelo mesmo (ágio), em razão da existência de fatos não refletidos na escrituração contábil da investida; esse ágio se mantém na contabilidade do investidor enquanto subsistem, na investida, os fatos que justificaram seu pagamento.

Pela mesma razão apontada no item anterior, a incorporação da incorporada pelo valor de seu PLC (R\$ 100 mil), embora admitida pela legislação societária e mesmo fiscal, seria incapaz de gerar perda de capital suscetível de ser computada no lucro real. A perda seria irreal e inaceitável, na medida em que o valor real dos itens que representavam o PL da incorporada, transferidos à incorporadora, continuaria a ser de R\$ 1 milhão, em razão de os fatos que teriam justificado o pagamento do sobre-preço (pelas ações da incorporada) ainda existirem.

Argumenta que a decisão recorrida afirma que seria absurda a transferência do PL da incorporada por valor superior àquele utilizado para efeitos do seu encerramento, uma vez que resultaria na fabricação de despesas (relativas a baixa de custos) inexistentes.

Entretanto, segundo a recorrente, a sistemática de tributação vigente em 1995 era lógica: a incorporada não deveria pagar IRPJ, por não ter auferido qualquer acréscimo patrimonial, o mesmo se podendo dizer da incorporadora, pois a atualização do valor dos ativos apenas permitiria que o custo do investimento fosse recuperado. Quem teria efetivamente auferido um ganho seria o contribuinte que houvesse transferido ações da incorporada à incorporadora, com ágio; na verdade, a dedutibilidade do ágio compensaria o ganho (em tese, tributável) de quem houvesse procedido à transferência das ações.

No que respeita a assertiva dos agentes fiscais mencionada em (4.1.1.i) embora a análise da Lei 9.532/97 não seja relevante para o recurso, quer em razão da Lei ter sido promulgada após a incorporação da VONPAR – VONPAR, quer em razão de a incorporação não ter sido feita com base no PLC da incorporada, a recorrente chama a atenção para o fato de que sua sistemática, em termos práticos, é bem parecida com a vigente em 1995.

Com efeito, o art. 329, § 2º, do RIR/94 e o art. 385, § 2º, do RIR/99, contemplam ágios de três categorias: (i) o fundamentado pela existência de ativo cujo valor de mercado exceda seu valor contábil, (ii) o baseado nas perspectivas de rentabilidade do investimento e (iii) outros.

No primeiro caso, na sistemática anterior, ao procederem à incorporação pelo valor de PLM da incorporada, as incorporadoras registravam os ativos destas por seus efetivos valores; pela sistemática atual, os ativos são transferidos pelo valor de PLC, mas o ágio existente na incorporadora soma-se ao valores desses ativos; os resultados são praticamente iguais.

No segundo caso, tendo em vista que as perspectivas de rentabilidade de uma empresa não representam um item patrimonial capaz de ser registrado em balanço, a mais-valia que representam não teria como ser refletida no PL da incorporada, quer se tratasse de PLC quer de PLM. Ou seja, seria de R\$ 100 mil o PLM de uma empresa cujo PLC fosse também de



R\$ 100 mil, mas que valesse efetivamente R\$ 1 milhão, em razão de suas perspectivas de rentabilidade; assim, a incorporação dessa empresa geraria uma perda para a incorporadora que a houvesse adquirido previamente, quer a operação se desse pelo valor de seu PLC quer pelo de seu PLM.

Pela legislação vigente em 1995, essa perda seria dedutível (art. 380 do RIR/94), o mesmo ocorrendo pela legislação atual (art. 7º da Lei 9.532/97). A lei atual determina que essa perda seja amortizada em período não inferior a 5 anos, a lei anterior era omissa a respeito, embora contemplasse a hipótese de diferimento, como uma faculdade do contribuinte.

Entende que a despeito da legislação anterior referir-se ao diferimento como uma faculdade do contribuinte, o aproveitamento imediato da perda seria inviável, pois a parcela do preço de aquisição das ações da incorporada justificada por suas perspectivas de rentabilidade seria recuperada ao longo do tempo e deveria ser registrada no ativo diferido (art. 179, V, da LSA) e amortizada no prazo de até 10 anos (§ 3º do art. 183 da LSA). Assim, a perda não integraria de imediato o lucro líquido da incorporada e, conseqüentemente, também não constaria de seu lucro real.

De forma que, a única alteração relevante introduzida pela Lei 9.532/97 relaciona-se com o tratamento do ágio relativo ao terceiro caso (categoria outros), cuja dedutibilidade ficou sujeita às restrições impostas pelo § 3º de seu art. 7º.

O grande equívoco cometido pelos agentes fiscais e a decisão recorrida, decorre da incompreensão das sistemáticas de tributação das incorporações horizontais e incorporações verticais. Na primeira delas pode ocorrer uma reavaliação no processo de incorporação, e se a contrapartida da mesma não se mantiver em uma reserva de reavaliação, há incidência de IRPJ. Já nas incorporações verticais, o registro da reserva de reavaliação é inviável e vedado por lei; o foco do legislador está voltado para a incorporadora, cujos investimentos são liquidados na operação.

Se estivesse correto o entendimento dos agentes fiscais, a empresa que houvesse adquirido investimentos em outra, com ágio ficaria impedida de incorpora-la, na medida em que: (i) se a incorporação fosse realizada com base no PLM da incorporada, haveria incidência de IRPJ; (ii) se fosse realizada com base no valor de PLC, a incorporadora perderia o direito de aproveitar, em termos fiscais, uma parcela do custo de aquisição do investimento.

**Ágio surgido na realização de aumento de capital de REFRESCOS com ações de KAIK:**

Em relação à acusação de que a maior parte do ágio registrado pela recorrente, no montante de R\$ 25.370.963,00 (subscrição do aumento de capital da REFRESCOS pela recorrente) seria indedutível, argui a contribuinte a decadência. Entende que não pode a Fazenda Nacional, na constituição de créditos tributários, glosar os efeitos de atos passados, já estabilizados, por terem sido praticados em período já alcançado pela decadência, sob pena de se violar os princípios da legalidade e segurança jurídica. Cita acórdãos 107-07819, de 21.10.2004 (CN), 107-07106, de 16.04.2003 (JCA) 107-06572, de 20.03.2002 (LMV) e CSRF/01-04442, de 24.02.2003 (JCP).

Afirma que equivoca-se a decisão recorrida quando afirma que a decadência somente seria aplicável ao direito de constituir o crédito tributário e não o de desconsiderar efeitos de atos anteriores ao da ocorrência do fato gerador.



Como reconhecem os agentes fiscais, a existência ou não de ágio na subscrição de ações foi objeto de controvérsias no passado, havendo quem sustentasse que o ágio corresponderia ao montante pago pela subscritora do aumento que excedesse ao valor patrimonial das ações emitidas. Esse foi o entendimento que guiou a quantificação do ágio calculado pela recorrente, o qual foi legitimado pelos auditores, que aprovaram, sem ressalva, as demonstrações financeiras das quais constavam o ágio em questão (doc. 2 da impugnação).

Posteriormente, com a edição da Instrução CVM 247/96, firmou-se o entendimento sustentado pelos agentes fiscais de que somente há ágio para a investidora se há mudança de seu percentual de participação no capital social da investida.

A orientação contida na Instrução CVM 247/96 é lógica e, atualmente a recorrente não discute ser a mais acertada. Não obstante, não existia essa certeza na época e, decorridos quase 10 anos do registro, pela recorrente, do ágio oriundo do aumento de capital de REFRESCOS, não caberia mais ao fisco exercer juízo de valor sobre o seu cálculo, conforme entendimento jurisprudencial citado.

Ainda que se entendesse que a Fazenda Nacional teria o direito de questionar atos praticados pelo contribuinte em período já alcançado pela decadência, com efeitos em período ainda por ela não alcançado, no caso da recorrente, uma outra linha de argumentação levaria à conclusão de estar o crédito tributário extinto pela decadência.

As autoridades tributárias sempre entenderam que qualquer aumento no valor de ativos registrado pelo contribuinte e não prescrito pela legislação equivaleria a uma reavaliação espontânea, devendo ser adicionada ao resultado do próprio período-base em que efetuada. Nesse sentido é o PN 92/74 que tem a seguinte ementa:

*“A utilização de coeficientes<sup>1</sup> superiores aos estabelecidos acarretará a incidência do imposto de renda sobre o valor que exceder ao resultado de aplicação dos índices oficiais.*

*(...)”*

No mesmo sentido foram proferidas diversas decisões do 1º CC (103-07324, 105-1622, 103-03707 e 103-22087). Na linha do PN e da jurisprudência citados, o equívoco cometido pela recorrente no cálculo do custo de seu investimento em REFRESCOS equivaleria a uma reavaliação espontânea do mesmo, tributável no período-base de 1995, e portanto, já alcançada pela decadência.

A decisão recorrida foi omissa em relação a esse argumento aduzido pela recorrente, mas tal fato não pode impedir que a questão seja analisada pela Câmara, sob pena de ofensa ao direito do contraditório.

**Dedutibilidade para fins de IRPJ e CSLL do ágio na subscrição de participação societária:**

Os agentes fiscais também alegam que o ágio vinculado a investimentos resultantes da subscrição de ações, diferentemente daquele relativo a investimentos adquiridos por compra e venda, não seria dedutível para fins de incidência de IRPJ e CSL.

<sup>1</sup> coeficientes de correção monetária de balanço

A aquisição de um lado, e a subscrição de outro, são expressões totalmente diferentes. Independentemente da existência de normas específicas aplicáveis a cada uma das operações que importem no ingresso de um bem no patrimônio de um indivíduo, a título de propriedade, todas elas têm como consequência a aquisição desse bem, podendo ser tratadas genericamente como operações de aquisição.

Toma como exemplo, o art. 812 do RIR/94 (138 do RIR/99), que define os ganhos de capital auferidos por pessoas físicas como a diferença a maior entre o valor de alienação e o custo de aquisição do bem alienado. A prevalecer o entendimento de que a expressão aquisição não compreenderia a subscrição, as ações adquiridas desta forma não teriam custo e o valor da alienação seria tributado sem qualquer dedução.

Na medida em que a aquisição é decorrência não só da compra e venda, mas de toda e qualquer operação que imprte no ingresso de bens no patrimônio do contribuinte, a título de propriedade, a expressão, ágio na aquisição, compreende o ágio decorrente de qualquer dessas operações, inclusive da subscrição de participações societárias. Cita doutrina de Hiromi HIGUCHI e FÁBIO HIROSHI HIGUCHI, ao tempo em que ainda se discutia a possibilidade do registro de ágio/desário na subscrição de investimentos.

No que se refere à distinção entre a subscrição e aquisição ser feita pela legislação fiscal, há casos em que a legislação se reporta a subscrição, isoladamente, sem fazer referência aos demais negócios aptos a gerar uma aquisição. Mas, nesses casos, o que se pretende é ressaltar que a regra se aplica apenas a esse tipo de negócio, em razão de aspectos que não estão presentes nas demais operações de aquisição de bens.

No que respeita aos argumentos da fiscalização de que “ao dispor sobre a avaliação de investimentos pelo MEP, o art. 20 do DL 1.598/77 somente se refere ao ágio na aquisição, o que indica que o ágio na subscrição não integra o custo de aquisição do investimento, para efeitos fiscais” e de que “embora a doutrina e a legislação societária tenham evoluído de forma a reconhecer o ágio na subscrição de ações, não houve qualquer alteração na legislação fiscal nesse sentido. Daí ágio dessa natureza continuar a ser indedutível para fins fiscais”, o art. 193 do RIR/94 (art. 247 do RIR/99), esclarece que o lucro real é o lucro líquido do exercício ajustado pelas adições, exclusões e compensações prescritas na legislação tributária, e seu § 1º prevê que o lucro líquido deve ser determinado “com observância dos preceitos da lei comercial” (no caso, a LSA e princípios perais da contabilidade).

Como regra, o lucro real segue o lucro líquido, assimilando as inovações que a legislação comercial e os princípios gerais de contabilidade adotam para efeitos de sua determinação, e nem poderia ser diferente, pois é o lucro (efetivo acréscimo patrimonial), e não um valor fictício, que o IRPJ e a CSL visam atingir. Assim, se na escrituração comercial, o ágio verificado na subscrição de ações passa a ser registrado e, conseqüentemente, a integrar o custo do investimento, sua amortização, por ocasião da alienação do investimento, interfere na determinação do lucro líquido e sua indedutibilidade, para fins de IRPJ e de CSLL, depende da existência de norma expressa nesse sentido, o que não ocorre no caso concreto.

Muito ao contrário, o § 1º do art. 418 do RIR/99 já vigente à data da transferência das ações da REFRESCOS à CORRETORA, dispõe que, em princípio, “a determinação do ganho ou perda de capital terá por base o valor contábil do bem, assim entendido o que estiver registrado na escrituração do contribuinte e diminuído, se for o caso, da depreciação, amortização ou exaustão acumulada”. Por sua vez, o art. 426, II, do RIR/99 prevê

que o ágio na aquisição do investimento (aí incluído, como visto), o ágio na subscrição de ações) integra o valor contábil do investimento.

Assim, a base para se determinar o ganho ou a perda de capital é o valor constante da escrituração comercial do contribuinte, que expressamente inclui o ágio, inclusive o que já tenha sido amortizado contabilmente (inciso II do art. 426 do RIR/99). Assim, na falta de norma em sentido contrário, não há como se ignorar o ágio para efeitos de apuração de ganho de capital na alienação de investimento.

Entende também ser totalmente equivocado, o entendimento dos agentes fiscais, no sentido de que a indedutibilidade do ágio na subscrição se justificaria em razão da falta de simetria entre despesa dedutível e ganho tributável, já que o ágio recebido pela emissora de ações, ou seja, o suposto ganho, não integraria seu lucro real (art. 390, I, do RIR/94 e art. 422, I, do RIR/99).

Afirma que não há qualquer relação entre o ágio registrado pelo investidor, ao subscrever ações, e o ágio recebido pela companhia, na emissão de ações (art. 390 do RIR/94). É comum ocorrerem situações em que o investidor adquire ações sem pagar ágio, ou até mesmo, com deságio, a despeito de a emitente das ações colocar ações com ágio. As situações estão desvinculadas e confrontá-las não faz sentido.

Explica: Suponha-se que (i) o capital social da empresa emitente (COMPANHIA) seja de R\$ 1 milhão, dividido em 1 milhão de ações, (ii) a COMPANHIA tenha lucros e reservas no montante de R\$ 1 milhão, sendo por conseguinte de R\$ 2 milhões o valor de seu PLC, (iii) a COMPANHIA emita 1 milhão de ações, pelo preço unitário de R\$ 1,50, e (iv) as ações representativas do aumento de capital seja totalmente subscritas por determinado INVESTIDOR.

Nesse caso, o INVESTIDOR teria pago R\$ 1 milhão para adquirir 1 milhão de ações que representariam a metade da totalidade das ações da COMPANHIA. O PLC da COMPANHIA seria, após o aumento de capital, de R\$ 3,5 milhões (2+1,5), assim, ao registrar pelo MEP seus investimentos na COMPANHIA, caberia ao INVESTIDOR desdobrar o custo do mesmo, registrando o valor de seu PLC (R\$ 1,75 milhão) e o deságio então verificado (R\$ 250 mil), que corresponderia à diferença entre o valor de PLC do investimento e o custo de sua aquisição.

A COMPANHIA por sua vez, por força do § 2º do art. 13 da LSA, deveria tratar como reserva de capital (ágio) os R\$ 500 mil, correspondentes à diferença entre o valor nominal das ações emitidas (R\$ 1 milhão) e o preço de emissão das mesmas (R\$ 1,5 milhão).

Aduz que não houve qualquer relação entre o ágio/deságio registrado por quem adquire investimentos avaliados pelo MEP e o ágio que a companhia recebe na emissão de ações representativas de aumento de capital; a situação descrita no item anterior bem reflete esse fato, já que o INVESTIDOR registraria deságio vinculado ao investimento e a COMPANHIA ágio na emissão das ações.

A simetria que se deveria buscar está no confronto de situações opostas, em que ocorram subscrições de investimentos, avaliados pelo MEP, com ágio ou deságio. O confronto dessas situações demonstraria que (i) quem subscreve investimentos com ágio, computa seu montante no respectivo custo, para efeitos de incidência do IRPJ e CSLL, e (ii) quem

subscrive investimenos com deságio, adota o mesmo procedimento, com a ressalva de que o deságio é um redutor desse custo.

A tese sustentada pelos autuantes é isolada e extremamente perigosa, pelo prejuízo ao erário que dela poderia resultar, pois se o ágio verificado na subscrição não interfere na apuração do lucro real, o mesmo há que ocorrer com o deságio. Assim, partindo do exemplo apresentado, se o INVESTIDOR viesse a vender suas ações por R\$ 1,5 milhão, logo após a subscrição das mesmas, o quadro seria o seguinte: (i) o INVESTIDOR teria aplicado R\$ 1,5 milhão na aquisição do investimento na COMPANHIA; (ii) o investimento seria avaliado por R\$ 1,75 milhão, em razão da aplicação do MEP, e (iii) a venda geraria perda de capital dedutível, no montante de R\$ 250 mil. Isso porque, a amortização do deságio não produziria o efeito que lhe é próprio, de afastar as distorções resultantes da primeira avaliação do investimento pelo MEP.

Voltando à situação de quem tenha adquirido investimento com ágio, sua dedutibilidade apenas evita que se tributem ganhos inexistentes, decorrentes da redução do valor de investimentos necessária à aplicação do MEP; a tributação do deságio, por sua vez, visa exatamente a evitar a verificação do efeito contrário. As distorções acima apresentadas são injustificáveis e a recorrente acredita que a fiscalização não tenha qualquer razão para sustentá-las.

A decisão recorrida entendeu que a discussão acerca da dedutibilidade do ágio na subscrição de ações estaria prejudicada “pelo fato de que, desconsiderando-se a existência do ágio anteriormente indevidamente registrado na participação da fiscalizada na Kaik Participações, o valor baixado pela fiscalizada restaria inferior ao valor patrimonial da participação adquirida e, conseqüentemente, inexistiria ágio na subscrição a ser registrado, ocorrendo - ao contrário - a figura do deságio”.

Todavia, são os próprios fiscais autuantes que reconhecem existir uma parcela de ágio verificada na subscrição das ações, no montante de R\$ 1.636,65. Em que pese o valor diminuto da referida parcela, a sua existência torna necessária a análise da questão da dedutibilidade do ágio na incorporação.

**O valor do ágio indevidamente baixado pela recorrente quando da transferência das ações de REFRESCOS à CORRETORA:**

Ainda que a recorrente tivesse aumentado indevidamente o custo do seu investimento em REFRESCOS, para fins de apuração do ganho tributável na apuração do mesmo à CORRETORA, pelo registro do ágio na subscrição inexistente e/ou indedutível, esse aumento teria sido, em sua grande parte, compensado pelo registro a menor do ágio decorrente da incorporação de VONPAR – VONPAR.

Conforme reconhecem os agentes fiscais, a cláusula 03 da Justificação e Protocolo de Incorporação, de 03.11.95, previa que, para fins de incorporação de VONPAR – VONPAR pela recorrente, o PL daquela data seria avaliado por preços de mercado. Pelo Laudo de Avaliação, o qual não foi objeto de questionamento por parte dos agentes fiscais, o valor de mercado do investimento de VONPAR – VONPAR em REFRESCOS seria de R\$ 170.977.387,00, tendo sido este o valor pelo qual o mesmo foi incorporado ao patrimônio da recorrente.



No cálculo do valor de PLC do investimento, a recorrente aplicou sua participação de 60,26664% sobre uma base de R\$ 101.871.684,79, que seria o PLC de REFRESCOS na data da incorporação (30.11.95). Conseqüentemente, considerou como sendo de R\$ 61.394.651,72, o PLC do investimento, e registrou como diferença de R\$ 109.582.735,28 (R\$ 170.977.387,00 – R\$ 61.394.651,72) como ágio vinculado ao investimento.

Entretanto, conforme reconhecem os próprios fiscais na planilha “Cálculo do Ganho ou Perda na Variação do Percentual de Participação ou do Ágio na Subscrição no Investimento” constante de fls. 105 dos autos, em razão do cancelamento retroativo, em 20.12.95, de parte do aumento de capital deliberado em 13.05.95, o PLC de REFRESCOS na data da incorporação passou a ser de apenas R\$ 77.665.777,79; por via de consequência o valor de PLC do investimento da recorrente em REFRESCOS passou a ser de R\$ 46.806.556,08.

Tomando-se por base esse novo valor de PLC do investimento da recorrente em REFRESCOS, reconhecido pelos agentes fiscais, o valor do ágio vinculado ao referido investimento seria de R\$ 124.170.832,30, cujo montante corrigido até 31.12.95 seria de R\$ 129.401.872,10. Portanto, e tendo em vista que o ágio total baixado pela recorrente quando da transferência das ações de REFRESCOS à CORRETORA foi de R\$ 140.638.996,17, apenas teria sido indevida a baixa da diferença de R\$ 11.237.124,07.

Consta no recurso, no item 5.4.7 (fls. 274 do processo) tabela com o comparativo entre os valores contabilizados pela recorrente e aqueles que deveriam ter sido por ela registrados. Conclui que se o auto de infração viesse a prosperar a base de cálculo deveria ser retificada de R\$ 26.439.785,03 para R\$ 11.237.124,07.

#### **Impossibilidade de aplicação da multa de ofício qualificada:**

Ainda que tivesse apurado ganho de capital na transferência de suas ações de REFRESCOS à CORRETORA e não tivesse havido a decadência, seria descabida a multa de 150%.

Argumentam os agentes fiscais que o ágio gerado pelo GRUPO VONPAR contaria com o agravante de não ter sido pago a terceiros, já que fora inicialmente gerado por meio de subscrição de aumento de capital integralizado com ações de VONPAR – VONPAR, sem que houvesse pagamento de tributo sobre o ganho econômico obtido pelos respectivos subscritores. Tal fato indicaria que os negócios jurídicos teriam sido montados de forma a propiciar benefício fiscal indevido.

Aduz a recorrente que, em que pese os agentes fiscais terem insinuado para justificar a aplicação da multa qualificada, que o ágio registrado na recorrente teria sido fabricado, o fundamento da exigência fiscal formulada no auto de infração não é esse, mas tão somente a existência de equívocos na interpretação da legislação tributária, mas que, a divergência na qualificação jurídica de atos e fatos não é hipótese de aplicação da multa qualificada, por inexistência de fraude.

Destaca que os autuantes, na pg. 59 do RAF, expressamente ressaltaram que em momento algum questionaram o valor de mercado das empresas avaliadas, os atos societários celebrados ou mesmo o laudo de avaliação. Portanto, ao contrário do que afirmam, não há



qualquer demonstração da existência de simulação ou fraude nos atos praticados pela recorrente que pudesse justificar a aplicação da multa de 150%.

Ressalta que por outro lado, as operações relacionadas à criação do ágio e ao seu aproveitamento foram praticadas com defasagem de cinco anos e sob legislação diversas, razão porque seria descabido afirmar que tiveram tão-somente o objetivo de proporcionar benefício tributário para o grupo.

Aduz que pouco antes do início da reestruturação do GRUPO VONPAR, em 17.11.95, a Câmara dos Deputados havia aprovado e remetido ao Senado Federal o projeto “substitutivo Kandir”, que alterava a legislação de forma a prever a incidência de imposto de renda sobre os ganhos auferidos na transferência de bens em integralização do capital das pessoas jurídicas. Esse projeto veio a se transformar na Lei 9.249/95, cujo art. 23 e § 2º, confirmou a hipótese de tributação nele prevista.

Segundo a jurisprudência predominante em 1995, a transferência de bens a pessoas jurídicas a título de realização de aumento de capital escapava à tributação e os integrantes do GRUPO VONPAR foram aconselhados por seus assessores legais a anteciparem-se à mudança da lei, transferindo suas ações de VONPAR – VONPAR para a recorrente, pelo correspondente valor de mercado, de forma a permitir ao grupo identificar o seu verdadeiro porte sem incidência de encargos fiscais.

A incorporação da VONPAR – VONPAR pela recorrente deu-se logo a seguir, para (a) eliminar empresa que se teria tornado desnecessária; (b) fazer com que a nova holding do grupo participasse diretamente das empresas operacionais; (c) permitir a transferência das ações de KAIK à REFRESCOS por seu valor de mercado, aumentando também o porte de REFRESCOS e melhorando sua capacidade de endividamento.

As operações que substanciaram a reestruturação do GRUPO VONPAR foram realizadas com observância da legislação em vigor, e além disso, os fatos que a motivaram foram absolutamente legítimos. O GRUPO VONPAR tinha condições de, sem qualquer ônus fiscal, exteriorizar em sua escrituração comercial o verdadeiro porte das empresas que o integravam e havia em tramitação no Congresso projeto cuja conversão em lei inviabilizaria esse procedimento; assim, o grupo apenas aproveitou-se da vigência da legislação anterior para praticar atos, que a partir de 1996, tornar-se-iam inviáveis.

Ainda que as operações relacionadas pelos autuantes tivesse objetivado unicamente a economia de tributos, tal circunstância não teria o condão de caracterizar a fraude que justificaria a aplicação da multa qualificada. Lembra a recorrente que, em 15.05.95, ou seja, pouco antes da reestruturação do GRUPO VONPAR, a CSRF, havia proferido acórdão 01-01874, de 15.05.95, onde ficou claro, que, desde que legais, são irrelevantes os motivos visados pelos contribuintes na organização de seus negócios.

Entende ser absurdo imputar crime de sonegação a contribuinte que tenha haido em conformidade com o que o referido órgão acabava de decidir. Os crimes de sonegação, com a conseqüente aplicação da multa que deles derivam, pressupõem a existência de dolo e, no caso, esse elemento estaria afastado pela decisão.

Também, o fato de não ter havido tributação do ganho de capital auferido pelos subscritores do aumento de capital da recorrente, realizado pela transferência das ações de VONPAR – VONPAR com ágio, é irrelevante para justificar a aplicação da multa qualificada à

recorrente, já que a operação questionada pelo auto de infração não é essa. Se os subscritores do aumento de capital da recorrente tivessem deixado de recolher tributo efetivamente por eles devido, caberia aos agentes fiscais tão-somente exigí-lo mediante procedimento específico, sem que tal fato interferisse na qualificação das operações subseqüentes praticadas pela recorrente.

Resalta que submeteu à fiscalização toda a documentação relativo aos negócios jurídicos por ela celebrados, desde o recebimento, em 1995, das ações da VONPAR – VONPAR em realização de aumento do seu capital por valor de mercado, até a transferência das ações de REFRESCOS à CORRETORA, ocorrida em 2000, em integralização de aumento de capital desta, além de outras que não são relevantes para o auto de infração, o que afastaria qualquer evidência de intuito de fraude por parte da recorrente.

#### **Conclusões e pedido:**

Afirma que demonstrou ser descabida a manutenção do lançamento com base na ocorrência de simulação já que:

- o fundamento jurídico do auto de infração é outro, ou seja, a não observância, pela recorrente, da legislação tributária aplicável à formação do custo de aquisição de seus investimentos;
- Não ocorreu qualquer simulação nos atos praticados pela recorrente, já que esta somente se configura nas hipóteses previstas no art. 102 do CC, as quais não ocorreram no caso concreto;
- em razão de o § único do art. 116 do CTN ainda não ter sido regulamentado, a falta de propósito negocial não poderia ser tida como causa de desqualificação dos atos praticados;

Entende ter demonstrado ser indevida a glosa do ágio registrado na incorporação de VONPAR – VONPAR, porque:

- à época da incorporação de VONPAR – VONPAR, não era necessário, que por força da LSA, quer da legislação do IRPJ, o levantamento de balanço para efeitos de incorporação, mas tão somente para fins de apuração do IRPJ e com antecedência de até 30 dias da operação; a operação podia ocorrer pelo valor de PLM da incorporada, ainda que no balanço levantado para fins de pagamento do IRPJ, o PL da incorporada tivesse refletido por seu valor contábil. Daí não haver necessidade de a incorporada efetuar o registro de reserva de reavaliação para que a incorporação se desse a valores de mercado;
- O registro da reserva de reavaliação só é viável nas incorporações horizontais; nas incorporações verticais, por força do art. 380 do RIR/94, a diferença a maior entre o acervo líquido recebido pela incorporadora e o investimento na incorporada, baixado com a operação, era tratado como ganho de capital e assim tributado. Não se lhe aplicava, o disposto no art. 388 do RIR/94;
- Assim, é descabida a argumentação dos autuantes no sentido de que, apesar de o protocolo de incorporação de VONPAR – VONPAR prever que a mesma se daria a valores

de mercado, ante a falta de registro da reserva de reavaliação por este, a incorporação teria, na verdade, se dado a valores contábeis;

- Ainda que fosse exigível o registro de reserva de reavaliação por parte de VONPAR – VONPAR, tal fato, poderia acarretar a tributação do acréscimo de valor dos seus ativos no período-base da incorporação, mas jamais a glosa do ágio sob a justificativa de que a transferência dos mesmos não ocorreu por valor de mercado; e

- O IRPJ e a CSLL incidentes sobre essa mais valia dos ativos de VONPAR – VONPAR, ocorrida em 1995, não poderia ser mais exigido, em razão do decurso do prazo decadencial.

Entende ser decabida a glosa do ágio na subscrição de ações de REFRESCOS, porque:

- Decorridos quase 10 anos do registro do referido ágio, não cabe mais ao fisco, por força de decadência, exercer juízo de valor sobre o seu cálculo, conforme jurisprudência administrativa;

- O aumento do custo do investimento da recorrente em REFRESCOS, resultante de equívoco por ela então cometido, equivaleria a uma reavaliação espontânea do mesmo, tributável no período-base de 1995, e portanto, já alcançada pela decadência;

- O Termo aquisição é gênero do qual a compra e venda e a subscrição são espécies. Daí a dedutibilidade do ágio na aquisição prevista no art. 20 do DL 1.598/77 ser também aplicável ao ágio verificado na subscrição de investimentos; e

- Ainda que a recorrente tivesse indevidamente aumentado o custo do seu investimento em REFRESCOS, pelo registro de ágio na subscrição inexistente e/ou indedutível, esse aumento teria sido, em sua grande parte, neutralizado pelo registro a menor do ágio decorrente da incorporação de VONPAR – VONPAR.

Quanto à aplicação da multa qualificada, a mesma não se justifica, porque:

- Não é qualquer ilícito tributário que tipifica crime e nem é cabível a aplicação indiscriminada da multa de 150%. Se assim fosse, a lei não teria previsto a multa de 75%;

- A multa de 150% é destinada exclusivamente a casos em que há evidente intuito de fraude, por parte do contribuinte, o que se caracteriza pela existência de falsidade, inexatidão ou omissão na sua conduta. Não sendo esse o caso, a multa de 150% é descabida, ainda que a conduta do contribuinte tenha concorrido para o não pagamento do tributo;

- A glosa do ágio registrado pela recorrente não tem fundamento na ocorrência de simulação ou fraude, mas sim na inobservância da legislação tributária, o que não justifica a aplicação da multa de 150%;

- Os atos praticados pelo GRUPO VONPAR foram legítimos, tendo a recorrente submetido aos agentes fiscais toda a documentação a eles relativa; e

• Ainda que a reestruturação do GRUPO VONPAR tivesse como única motivação a obtenção de economia fiscal, a aplicação da multa de 150% não se justificaria, dada a existência de manifestação da CSRF no sentido de que, desde que legais, são irrelevantes os motivos visados pelos contribuinte na organização dos seus negócios. Essa manifestação afasta, por si só, qualquer presunção de evidente intuito de fraude.

Pede o cancelamento do crédito tributário.

É o Relatório.



## Voto

Conselheira ALBERTINA SILVA SANTOS DE LIMA, Relatora

O recurso atende às condições de admissibilidade e deve ser conhecido.

Exige-se o IRPJ e a CSLL do ano-calendário de 2000, em autos de infração, em razão de omissão de ganho de capital na **alienação de investimento**. A ciência dos lançamentos ocorreu em 15.12.2005. Foi exigida a multa de 150%.

A infração decorreu de **baixa de ágio**, quando da alienação de investimento avaliado pelo método da equivalência patrimonial, uma vez que no entender da fiscalização o ágio não existia ou era indedutível.

A alienação ocorreu em 29.12.2000, quando a fiscalizada, VONPAR S/A, antiga VONPAR – MAXXI PARTICIPAÇÕES, subscreveu aumento de capital na empresa VONPAR CORRETORA DE SEGUROS, no valor de R\$ 246.308.603,58, integralizando-o mediante a conferência da participação societária que detinha na empresa VONPAR REFRESCOS, sem a apuração de ganho de capital.

A fiscalização foi iniciada em razão da constatação de que as demonstrações financeiras da VONPAR REFRESCOS, apresentavam saldo de ágio, que havia sido absorvido em razão da incorporação da VONPAR CORRETORA, no valor de R\$ 140.638.996,17 milhões.

### Breve histórico dos fatos:

30.10.95: 3 pessoas físicas adquiriram uma empresa por valor simbólico, alteraram o objeto social, a natureza jurídica de limitada passa para sociedade anônima e a razão social é alterada para MAXXI PARTICIPAÇÕES S/A;

17.11.95: em Assembléia da MAXXI ocorre a homologação do aumento de capital que foi subscrito por diversas pessoas físicas e jurídicas mediante a conferência de ações que detinham na empresa VONPAR S/A (VONPAR – VONPAR). O capital social passou de R\$ 1.000,00 para R\$ 236 milhões. Foi registrado na VONPAR MAXXI, PL do investimento de R\$ 74.974.006,55 e ágio de 161.024.993,45, não segregado em um primeiro momento.

30.11.95: a MAXXI incorpora a VONPAR - VONPAR; em 19.12.95, há alteração da razão social para VONPAR S/A. De acordo com a justificação e protocolo de incorporação, o PL da incorporada, bem como seus elementos ativos e passivos, deveriam ser avaliados a valores de mercado;

30.12.95: o ágio é segregado por empresa: REFRESCOS (R\$ 109.582.735,28), KAIK (R\$ 41.391.568,00), CHARRUA e GIRUA, cujas participações eram detidas anteriormente pela VONPAR – VONPAR;

20.12.1995: a VONPAR – MAXXI PARTICIPAÇÕES subscreve capital na VONPAR REFRESCOS, no valor de R\$ 59.870.070,00 integralizando-o mediante conferência das quotas do capital social da KAIK, representativas de 20,433% do seu capital social;

21.12.95: aumento de capital na VONPAR REFRESCOS subscrito pela Recofarma.

29.12.2000: aumento de capital na VONPAR CORRETORA subscrito pela VONPAR MAXXI e integralizado com as ações por ela detidas na VONPAR REFRESCOS.

31.12.2000: incorporação da controladora VONPAR CORRETORA pela controlada VONPAR REFRESCOS.

Assim, o ágio está sendo amortizado na VONPAR REFRESCOS.

Conforme já dito, em 29.12.2000, a fiscalizada, VONPAR S/A, antiga VONPAR – MAXXI PARTICIPAÇÕES, subscreveu aumento de capital na empresa VONPAR CORRETORA DE SEGUROS, no valor de R\$ 246.308.603,58, integralizando-o mediante a conferência da participação societária que detinha na empresa VONPAR REFRESCOS, sem a apuração de ganho de capital. Desse valor, R\$ 140.638.996,17 correspondia a ágio, cuja origem é a seguinte:

- a parcela de R\$ 114.199.211,00 refere-se a ágio na incorporação da empresa VONPAR – VONPAR pela fiscalizada, ocorrida em 30.11.95;

- a segunda parcela no valor de R\$ 26.439.785,00, tem como origem, a subscrição, em 20.12.95, de aumento de capital na VONPAR REFRESCOS, integralizado pela fiscalizada, mediante a conferência das ações da KAIK Participações.

**Da primeira parcela: R\$ 114.199.211,00.**

Determinadas PF e PJ detinham 100% do capital da empresa VONPAR – VONPAR. Em 17.11.95, esses acionistas subscreveram aumento de capital na fiscalizada (antiga MAXXI PARTICIPAÇÕES), o qual foi integralizado mediante a conferência de ações de emissão da VONPAR – VONPAR.

Com essa operação o capital social da fiscalizada passou de R\$ 1.000,00 para R\$ 236 milhões, sendo registrado em seu ativo permanente, o valor de investimento de R\$ 74.974.006,55 e ágio de R\$ 161.024.993,45. Em seguida, em 30.11.95, a fiscalizada incorporou a VONPAR – VONPAR, extinguindo sua participação societária na empresa incorporada. Ao receber os investimentos mantidos pela incorporada registrou R\$ 80.210.840,46 a título de investimentos, e R\$ 154.996.101,06 a título de ágio segregados por empresa (REFRESCOS: R\$ 109.582.735,28, KAIK: R\$ 41.391.568,00 e CHARRUA: R\$ 4.021.797,28).

Segundo a fiscalização, tendo as participações societárias sido avaliadas, no balanço de encerramento da empresa incorporada, pelos valores contábeis (e não pelos valores de mercado, com a constituição da reserva de reavaliação), a autuada deveria ter recebido as participações societárias pelo valor registrado na incorporada e a diferença deveria ter sido baixada como perda de capital, indedutível, uma vez que o art. 380 do RIR/94, somente reconhece como perda dedutível a parte do investimento, mantido pela incorporadora, que ultrapassar o valores de mercado do ativo recebido.

Quando da subscrição do aumento de capital, em 20.12.95, na VONPAR REFRESCOS, no valor de R\$ 59.870.070,00, e integralizando-o mediante conferência dos títulos representativos do capital da empresa KAIK, efetuou o registro contábil da baixa do

investimento por ela mantido na KAIK, creditando as contas de investimento e de ágio, nos valores de R\$ 18.478.502,00 e R\$ 41.391.568,00. Assim, do valor do ágio registrado pela fiscalizada nos investimentos por ela mantidos nas empresas mencionadas, o montante de R\$ 41.391.568,00 foi transferido para a VONPAR REFRESCOS, restando ainda em seu patrimônio, o registro de ágio de R\$ 113.604.533,06 que corrigido até 31.12.95, representa o valor de R\$ 114.199.211,00.

**Da segunda parcela: ágio de R\$ 26.439.785,00**

Do valor total do ágio de R\$ 154.996.101,06, a parcela de R\$ 41.391.568,00 foi transferida para a investida VONPAR REFRESCOS, quando da subscrição do aumento de capital na VONPAR REFRESCOS, integralizada mediante a transferência de títulos da KAIK. Em consequência dessa operação, a fiscalizada efetuou o registro do aumento de sua participação societária na VONPAR REFRESCOS no valor de R\$ 59.870.000,00, segregando-o em investimento de R\$ 34.499.107,00 e ágio de R\$ 25.370.963,00

O cálculo do ágio efetuado pela atuada foi considerado incorreto. Segundo a fiscalização, a atuada detinha a participação de 60,26664% da VONPAR REFRESCOS, que corresponde ao valor patrimonial de R\$ 46.806.556,08. Com o aumento de capital em 20.12.95, na VONPAR REFRESCOS no valor de R\$ 59.870.070,00, e calculando-se a participação de 60,26760% sobre R\$ 177.002.213,79 (PL da VONPAR REFRESCOS), o valor patrimonial do investimento em VONPAR REFRESCOS passa a R\$ 106.674.989,42, que deduzido do valor patrimonial anterior do investimento de R\$ 46.806.556,09, se obtém a variação do investimento que equivale à participação adquirida de R\$ 59.868.433,33. O valor pago pela aquisição da participação foi de R\$ 18.478.502,00 de investimento na KAIK mais R\$ 41.391.568,00 de ágio mantido no investimento na KAIK, que somados, equivale a R\$ 59.870.070,00, que resulta no ágio de R\$ 1.636,65.

Concluiu que do valor do ágio registrado, R\$ 25.369.326,33, não existe. Em relação ao valor de R\$ 1.636,65 de ágio que a fiscalização entende ser correto, foi considerado indedutível do lucro real por se tratar de ágio na subscrição de ações, uma vez que pelo seu entendimento, não existe previsão para dedução do ágio na subscrição de ações.

A outra matéria em discussão é a simulação com qualificação da multa.

A decisão de primeira instância considerou o lançamento procedente. Entendeu ter havido simulação.

**Da glosa do ágio de R\$ 114.199.211,00 originado na incorporação da VONPAR – VONPAR pela fiscalizada, ocorrida em 30.11.95:**

Os sócios da VONPAR – VONPAR (pessoas físicas e jurídicas) entregaram sua participação à nova holding (VONPAR – MAXXI) por valor superior ao Patrimônio Líquido da investida (VONPAR – VONPAR).

A receptora desse ativo (investimento relevante), dado em integralização de capital, não tinha outra alternativa que não fosse, em obediência à legislação, desdobrar o investimento recebido (custo de aquisição) em valor do PL da VONPAR – VONPAR e ágio, conforme art. 329 do RIR/94, a seguir transcrito.



*Art. 329. O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em (Decreto-Lei n.º 1.598/77, art. 20):*

*I - valor do patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo seguinte; e*

*II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o inciso anterior.*

*§ 1º O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento (Decreto-Lei n.º 1.598/77, art. 20, § 1º). § 2º O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico (Decreto-Lei n.º 1.598/77, art. 20, § 2º):*

*a) valor do mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;*

*b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;*

*c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.*

A reavaliação do investimento entregue à VONPAR - MAXXI foi feita pelos sócios da VONPAR - VONPAR. Neste momento deu-se um fato econômico relevante para o imposto de renda, qual seja: os então sócios da VONPAR - VONPAR teriam auferido acréscimo patrimonial, na medida em que trocaram sua participação nessa empresa pela participação na nova holding VONPAR - MAXXI, com valor maior que a participação entregue.

Não houve alienação pura e simples de participação societária por valor maior que o registrado em suas Declarações (onde consta o custo original de aquisição). Houve sim permuta de patrimônio. Quanto à apuração de ganho de capital e pagamento de imposto de renda seria indiscutível. Em outras palavras, os sócios, pessoas físicas e jurídicas, trocaram suas participações na VONPAR - VONPAR por participações na VONPAR - MAXXI. Se registraram as novas participações pelo mesmo valor das participações anteriores, o efeito foi de mera permuta sem torna. Se as registraram por valor maior que as participações anteriores, o acréscimo patrimonial, representado pela mais valia atribuída, foi patente, embora ainda não realizado, o que suscitava, à época (1995), em relação às pessoas físicas, questionamentos quanto à incidência ou não do imposto de renda.

Posteriormente, a Lei n.º 9.249/95 disciplinou o tema, com relação às pessoas físicas:

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

*§ 1º Se a entrega for feita pelo valor constante da declaração de bens, as pessoas físicas deverão lançar nesta declaração as ações ou quotas subscritas pelo mesmo valor dos bens ou direitos transferidos, não se aplicando o disposto no art. 60 do Decreto-lei n.º 1.598, de 26 de*

dezembro de 1977 e no art. 20, II, do Decreto-lei n.º 2.065, de 26 de outubro de 1983.

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

No tocante às pessoas jurídicas, foi editado o art. 36 da Lei n.º 10.637/2002 que, depois de diversas Medidas Provisórias não convertidas em Lei, acabou sendo revogado com a edição da Lei n.º 11.196/2005.

*Art. 36. Não será computada, na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido da pessoa jurídica, a parcela correspondente à diferença entre o valor de integralização de capital, resultante da incorporação ao patrimônio de outra pessoa jurídica que efetuar a subscrição e integralização, e o valor dessa participação societária registrado na escrituração contábil desta mesma pessoa jurídica.*

*§ 1º O valor da diferença apurada será controlado na parte B do Livro de Apuração do Lucro Real (Lalur) e somente deverá ser computado na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido:*

*I - na alienação, liquidação ou baixa, a qualquer título, da participação subscrita, proporcionalmente ao montante realizado;*

*II - proporcionalmente ao valor realizado, no período de apuração em que a pessoa jurídica para a qual a participação societária tenha sido transferida realizar o valor dessa participação, por alienação, liquidação, conferência de capital em outra pessoa jurídica, ou baixa a qualquer título.*

*§ 2º Não será considerada realização a eventual transferência da participação societária incorporada ao patrimônio de outra pessoa jurídica, em decorrência de fusão, cisão ou incorporação, observadas as condições do § 1º.*

Nos autos, a fiscalização pretendeu glosar o ágio no grupo VONPAR, cujos efeitos se deram, efetivamente, já em uma das investidas operacionais (REFRESCOS), anos depois e sob a égide de nova legislação permissiva da amortização (Lei n.º 9.532/97).

Sem entrar no mérito da questão do prazo decadencial, entendemos que a fiscalização tinha dois caminhos viáveis:

a) voltar-se contra a não tributação pelos sócios do grupo VONPAR da mais valia atribuída ao investimento em 1995;

b) taxar como “ágio de si mesmo” (simulação) a mais valia contabilizada na VONPAR-MAXXI, quando da recepção do investimento na VONPAR-VONPAR (1995) e glosar os efeitos que se deram, já na VONPAR REFRESCOS, que se utilizou da empresa veículo (VONPAR CORRETORA) para amortizar o ágio.



Entretanto a fiscalização escolheu um terceiro caminho, pois glosou parte do custo do investimento na VONPAR REFRESCOS, representada pelo ágio nele “pendurado” quando da integralização de capital na CORRETORA (2000).

Com efeito, a fiscalização retrocedeu ao período da formação do ágio (1995) para, ora atribuir à recorrente uma perda de capital não dedutível, ora atribuir-lhe uma reserva de reavaliação realizada, tudo para “forçar” a desconsideração de parte do custo do investimento dado em integralização de capital na Corretora.

Não houve perda de capital na incorporação da VONPAR - VONPAR (investida) pela VONPAR-MAXXI (investidora), pois resta claro dos documentos trazidos aos autos que as participações nas empresas operacionais (REFRESCOS, KAIK, CHARRUA e GIRUA), que compunham o acervo da VONPAR-VONPAR, foram recebidos na incorporação pelo valor de mercado, idêntico ao valor do investimento que já estava contabilizado na incorporadora.

Também não faz sentido o argumento da fiscalização de que, se a incorporação tivesse se dado a valor de mercado, a incorporadora deveria ter registrado uma reserva de reavaliação tributada para neutralizar os efeitos fiscais da operação. A incorporação foi feita sim a valor de mercado, mas o ativo recebido já estava refletido no patrimônio da incorporadora pela via da equivalência patrimonial pelo mesmo valor, em função do seu recebimento com ágio quando da sua aquisição junto aos sócios da VONPAR- VONPAR. O dispositivo legal citado pela fiscalização e reforçado pelo acórdão recorrido (art. 388 do RIR/94 - Decreto-lei nº 1.598/77, art. 37) que obrigaria a constituição pela incorporadora de uma reserva de reavaliação a ser tributada quando da alienação do investimento é aplicável na hipótese em que o investimento no ativo da incorporadora não reflete o valor de avaliação pelo qual é recebido o acervo líquido da incorporada.

Portanto, a exigência, na parte relativa à glosa da parcela do ágio formado como acima transcrito, não pode prevalecer.

Deixo de apreciar os demais argumentos da recorrente relacionados com essa matéria por não serem necessários à solução da lide.

**Da glosa do ágio de R\$ 26.439.785,00, originado na subscrição, em 20.12.95, de aumento de capital na VONPAR REFRESCOS, integralizado pela fiscalizada, mediante a conferência das ações da KAIK Participações:**

Segundo a fiscalização o ágio é indedutível, posto que foi calculado incorretamente. Considerou como correto ágio no valor de R\$ 1.636,65. O equívoco cometido pela VONPAR – MAXXI deveu-se ao fato de a empresa não ter levado em consideração em seu cálculo que praticamente não houve alteração na sua participação percentual no capital social da investida quando da subscrição do aumento de capital, que era de 60,2666% e passou a ser 60,2676%. Correto o procedimento da fiscalização.

O valor de R\$ 1.636,65, segundo a fiscalização também é indedutível do lucro real por se tratar de ágio na subscrição de ações, uma vez que pelo seu entendimento, não existe previsão legal para dedução do ágio na subscrição de ações.

Em relação à alegada decadência, não acolho a alegação da recorrente de que teria decaído o direito do fisco de questioná-la.

O fisco pode questionar fatos ocorridos no passado cujos efeitos fiscais se dão no futuro, pois o tempo não pode transformar em verdadeiro o que não era real, nem tampouco desfazer o que consolidou, desde que a readequação dos fatos situados em períodos já decaídos não decorra de juízo de valor. É o caso da formação de ágio maior por erro de cálculo, cujos efeitos fiscais somente se verifiquem no futuro, na sua amortização ou na utilização como custo na baixa.

Parte do ágio formado na subscrição do aumento de capital em REFRESCOS, em 1995, utilizado em 2000, como custo na integralização de capital na CORRETORA, decorre de erro no cálculo do percentual de participação da investidora no capital da investida, é perfeitamente legal o questionamento fiscal feito no ano de 2005.

Este colegiado já se manifestou sobre essa matéria no julgamento do recurso 122.962, em 26.06.2000, que teve como relator o Conselheiro Luiz Martins Valero.

Se parte do ágio formado na subscrição do aumento de capital em REFRESCOS em 1995, utilizado em 2000 como custo na integralização de capital na CORRETORA, decorre de erro no cálculo do percentual de participação da investidora no capital da investida, é perfeitamente legal o questionamento fiscal feito no ano de 2005.

Assim, tratando-se de mero erro de cálculo, não tem fundamento a alegação da contribuinte de que seu equívoco equivaleria a reavaliação espontânea.

A recorrente também argumenta que se o auto de infração viesse a prosperar a base de cálculo deveria ser retificada de R\$ 26.439.785,03 para R\$ 11.237.124,07, pois ainda que tivesse aumentado indevidamente o custo de seu investimento em REFRESCOS, para fins de apuração do ganho tributável na transferência do mesmo à CORRETORA, pelo registro do ágio na subscrição inexistente e/ou indedutível, esse aumento teria sido, em sua grande parte compensado pelo registro a menor do ágio decorrente da incorporação de VONPAR – VONPAR.

O valor de mercado do investimento em REFRESCOS é de R\$ 170.977.387,00, tendo sido este o valor pelo qual o mesmo foi incorporado ao Patrimônio da recorrente. No cálculo do valor do PLC do investimento, a recorrente aplicou sua participação de 60,26664% sobre a base de R\$ 101.871.684,79, que seria o PLC da REFRESCOS na data da incorporação (30.11.95). Assim calculou R\$ 61.394.651,72 o PLC do investimento e registrou a diferença de R\$ 109.582.735,28, como ágio vinculado ao investimento.

Entretanto, houve cancelamento retroativo, em 20.12.95, de parte do aumento de capital deliberado em 13.05.95. O PLC da REFRESCOS na data da incorporação passou a ser de apenas R\$ 77.665.777,79, por via de consequência o valor de PLC do investimento da recorrente em REFRESCOS passou a ser R\$ 46.806.556,08. O cancelamento retroativo foi mencionado no demonstrativo da fiscalização “Cálculo do Ganho ou Perda na Variação do Percentual de Participação ou do Ágio na Subscrição no Investimento na Vonpar Refrescos S/A”.

Assim, tomando-se por base esse novo valor de PLC de investimento da Recorrente em REFRESCOS, reconhecido no referido demonstrativo, o valor do ágio vinculado ao referido investimento seria de R\$ 124.170.832,30, cujo montante corrigido até 31.12.95, seria de R\$ 129.401.872,10.

Entretanto, conforme demonstrado pela recorrente, com os mesmos números utilizados pela fiscalização, parte do ágio considerado a maior seria neutralizado pelo aumento no mesmo valor do PLC do investimento.

Assim, a parcela do ágio efetivamente utilizado a maior foi de R\$ 11.237.124,07 e é sobre esse valor que devem ser mantidas as exigências.

Sobre a discussão relativa ao valor do ágio reconhecido pela fiscalização no valor de R\$ 1.636,65, em que a fiscalização entendeu haver falta de previsão legal para dedução do lucro real do ágio na subscrição de ações, entendo que neste caso, há juízo de valor a ser discutido. Assim, concluo que em relação a essa parcela ocorreu a decadência do direito de a Fazenda Nacional lançar o crédito tributário.

Assim, o ganho de capital deve ser reduzido para R\$ 11.235.487,40.

A outra matéria em discussão é a qualificação da multa.

Da acusação fiscal, somente restou o segundo ágio. Este por sua vez decorre de erro de cálculo por parte da recorrente cometido na apuração do ágio.

Tratando-se de equívoco da contribuinte, concluo que a multa não deve ser qualificada, devendo ser reduzida, de 150% para 75%, uma vez que os pressupostos legais para sua imposição não estão presentes.

Do exposto, oriento meu voto para dar provimento parcial para reduzir o ganho de capital para R\$ 11.235.487,40 e reduzir a multa de ofício para 75%.

Sala das Sessões – DF, em 12 de novembro de 2008.

ALBERTINA SILVA SANTOS DE LIMA



## Declaração de Voto

Conselheiro – MARCOS SHIGUEO TAKATA, Relator.

Como bem deduzido pela nobre Relatora, a fiscalização tinha dois caminhos para procurar afastar os efeitos fiscais do ágio em questão:

- a) verificar se os acionistas pessoas físicas da VONPAR-MAXXI, ao conferirem ao capital dessa a participação societária que possuíam na VONPAR-VONPAR pelo valor de mercado (que gera o ágio na receptora) tributaram a diferença positiva entre esse valor e o valor daquela participação constante nas declarações das pessoas físicas. Se não ofereceram à tributação essas mais-valias, *cobrar os tributos sobre elas; ou*
- b) se não tributadas as referidas mais-valias, considerá-las na VONPAR-MAXXI (receptora das participações na VONPAR-VONPAR) como *ágio “de si mesmo”* (porquanto não gerado em transação com terceiros estranhos ao grupo), ou seja, criação *sem causa* de ágio: se as mais-valias nas pessoas que criaram tal ágio fossem tributadas, *não se colocaria o problema da ausência de causa* do ágio, pois não há impedimento para “sobreavaliar” ativo *se reconhecidas*, vale dizer, *se tributadas* tais mais-valias. *Inexistente a tributação* dessas mais-valias, a criação *sem causa* do ágio configuraria *simulação*;
- b.1) Nessa seqüência, a fiscalização poderia glosar a amortização fiscal desse ágio, que, para o caso em comentário, processa-se após a VONPAR-REFRESCOS incorporar a VONPAR-CORRETORA (a partir do que o ágio sobre a participação da CORRETORA na REFRESCOS foi para esta vertida, para passar a ser amortizado fiscalmente).

Tenho para mim que, mesmo antes do advento do art. 23 da Lei 9.249/95, sendo feita a conferência da participação na VONPAR-VONPAR por valor superior ao constante nas declarações das pessoas físicas, a *mais-valia já seria tributável no momento dessa conferência ao capital*.

Até porque a receptora (VONPAR-MAXXI), nesse momento, registra a participação recebida (VONPAR-VONPAR) pelo valor de conferência, *i.e.*, pelo valor de mercado, surgindo aí na pessoa jurídica VONPAR-MAXXI o ágio: diferença entre o valor de conferência (valor de mercado) e o valor de equivalência patrimonial na VONPAR-VONPAR. E, nesse momento, as pessoas físicas registram a participação na VONPAR-MAXXI *pelo valor de conferência*, ou seja, *por valor superior ao da participação na VONPAR-VONPAR registrado em suas declarações* (que é baixado). Tratando-se de pessoas físicas, antes da Lei

somente se o acervo líquido da incorporada for avaliado a valor de mercado, a perda apurada na incorporadora-investidora é dedutível).

Por outro lado, se investidora (VONPAR-MAXXI) procedesse, como efetivamente procedeu, à incorporação da investida (VONPAR-VONPAR) a valor de mercado – na conformidade do previsto no protocolo de incorporação - *a investidora-incorporadora não apuraria nem perda nem ganho de capital* – como realmente não apurou.

Note-se que a incorporação em questão se deu menos de um mês do recebimento da participação na incorporada (por conferência ao capital): como o recebimento, pela investidora (VONPAR-MAXXI), da participação na incorporada (VONPAR-VONPAR) se deu *a valor de mercado*, é claro que esse valor se manteve o mesmo até a data da incorporação: logo, com a incorporação a valor de mercado não se apura ganho nem perda de capital.

Por conseguinte, com a incorporação da VONPAR-VONPAR a seu valor de mercado, o que houve na incorporadora (VONPAR-MAXXI) foi simplesmente a troca de investimento na VONPAR-VONPAR por participações na REFRESCOS, KAIK, CHARRUA e GIRUA (que eram os ativos da incorporada): o *ágio “pendurado” no investimento na VONPAR-VONPAR foi transferido para os investimentos na REFRESCOS, KAIK, CHARRUA e GIRUA* (aquele ágio passou a ficar “pendurado” nesses investimentos), pois são *essas as empresas que justificavam o ágio “pendurado” na incorporada (VONPAR-VONPAR)*.

Logo, quando a investidora (VONPAR-MAXXI) *confere a participação que ela possuía na REFRESCOS* ao capital da CORRETORA, *não há como se desconsiderar ou se desprezar esse ágio “pendurado” na REFRESCOS* decorrente da incorporação da VONPAR-VONPAR. O valor de equivalência patrimonial na REFRESCOS somado ao ágio nele “pendurado” *perfaz o valor contábil* do investimento na REFRESCOS possuído pela investidora (VONPAR-MAXXI). E, se esta confere o investimento na REFRESCOS por seu valor contábil ao capital da CORRETORA, *evidente que não há ganho de capital*, nem se pode desprezar aquele ágio “pendurado” na REFRESCOS, diversamente do que pretendeu a fiscalização.

Igualmente daí se vê que a alegação da fiscalização de que, se a incorporação houvesse sido feita pelo valor de mercado, a incorporadora deveria ter registrado uma reserva de reavaliação (a ser tributada na conferência da participação da RESFRESCOS ao capital da CORRETORA, neutralizando os efeitos do ágio) não faz nenhum sentido.

A incorporação foi realizada a valor de mercado e não se gerou ganho nem perda nessa incorporação, justamente porque a *incorporada* (na qual se estavam os investimentos na REFRESCOS, KAIK, CHARRUA e GIRUA) *já figurava como investimento da incorporadora por seu valor de mercado*: lembre-se que foi no recebimento do investimento na incorporada (VONPAR-VONPAR) *que se gerou o ágio*, exatamente porque seu recebimento, em conferência ao capital da incorporadora (VONPAR-MAXXI), deu-se a *valor de mercado*. Seria simplesmente *impossível* se registrar a reserva de reavaliação alegada pela fiscalização, pois não houve mais-valia gerada na incorporação: repita-se, a incorporada já se encontrava registrada por seu valor de mercado na incorporadora; proceder como alega a fiscalização seria duplicar o valor do ágio, e extrapolar completamente o valor de mercado.

O art. 37 do Decreto-lei 1.598/77, reproduzido no art. 440 do RIR/99 (art. 388 do RIR/94) dispõe:

***Subseção III***

***Reavaliação na Fusão, Incorporação ou Cisão***

*Art.440. A contrapartida do aumento do valor de bens do ativo em virtude de reavaliação na fusão, incorporação ou cisão não será computada para determinar o lucro real enquanto mantida em reserva de reavaliação na sociedade resultante da fusão ou incorporação, na sociedade cindida ou em uma ou mais das sociedades resultantes da cisão (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 37).*

*Parágrafo único.O valor da reserva deverá ser computado na determinação do lucro real de acordo com o disposto no § 2º do art. 434 e no art. 435 (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 37, parágrafo único)<sup>3</sup>.*

O art. 37 do Decreto-lei 1.598/77 (art. 440 do RIR/99 retrotranscrito) *só é aplicável*, numa incorporação vertical, quando a incorporada-investida *se encontra registrada por valor inferior ao de mercado* na incorporadora-investidora. Sua *finalidade* é provocar a *neutralidade fiscal* da mais-valia em virtude de (re)avaliação feita e gerada na incorporação: só se tributa essa mais-valia à medida em que ela se realiza; e é nesse momento e nessa medida que também se deduz a mais-valia como custo ou despesa.

Pelas razões acima deduzidas não vejo como se possa agasalhar a pretensão fiscal nesse aspecto, que padece de fundamento lógico e jurídico.

De outra parte, quanto ao ágio “gerado” no aumento de capital da REFRESCOS promovida pela VONPAR-MAXXI, também endosso o entendimento da Relatora.

<sup>3</sup> Art. 434. A contrapartida do aumento de valor de bens do ativo permanente, em virtude de nova avaliação baseada em laudo nos termos do art. 8º da Lei nº 6.404, de 1976, não será computada no lucro real enquanto mantida em conta de reserva de reavaliação (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 35, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso VI).

§ 1º O laudo que servir de base ao registro de reavaliação de bens deve identificar os bens reavaliados pela conta em que estão escriturados e indicar as datas da aquisição e das modificações no seu custo original.

§ 2º O contribuinte deverá discriminar na reserva de reavaliação os bens reavaliados que a tenham originado, em condições de permitir a determinação do valor realizado em cada período de apuração (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 35, § 2º).

Art. 435. O valor da reserva referida no artigo anterior será computado na determinação do lucro real (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 35, § 1º, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso VI):

I - no período de apuração em que for utilizado para aumento do capital social, no montante capitalizado, ressalvado o disposto no artigo seguinte;

II - em cada período de apuração, no montante do aumento do valor dos bens reavaliados que tenha sido realizado no período, inclusive mediante:

a) alienação, sob qualquer forma;  
b) depreciação, amortização ou exaustão;  
c) baixa por perecimento.

O art. 37 do Decreto-lei 1.598/77 (art. 440 do RIR/99 retrotranscrito) *só é aplicável*, numa incorporação vertical, quando a incorporada-investida *se encontra registrada por valor inferior ao de mercado* na incorporadora-investidora. Sua *finalidade* é provocar a *neutralidade fiscal* da mais-valia em virtude de (re)avaliação feita e gerada na incorporação: só se tributa essa mais-valia à medida em que ela se realiza; e é nesse momento e nessa medida que também se deduz a mais-valia como custo ou despesa.

Pelas razões acima deduzidas não vejo como se possa agasalhar a pretensão fiscal nesse aspecto, que padece de fundamento lógico e jurídico.

De outra parte, quanto ao ágio “gerado” no aumento de capital da REFRESCOS promovida pela VONPAR-MAXXI, também endosso o entendimento da Relatora.

Sucede que só há tal ágio quando ocorre variação no percentual de participação societária: se o acionista ou sócio deixa de subscrever o aumento de capital na parte que tinha direito (de preferência), gera-se ganho de capital por variação no percentual de sua participação societária<sup>4</sup>, caso o outro acionista ou sócio (ou mesmo terceiro) subscreva o aumento de capital (que deixou de ser subscrito pelo acionista ou sócio que tinha o direito de preferência) por valor superior ao patrimonial.

Tal ágio, indevidamente registrado pela VONPAR-MAXXI, constitui, a meu ver, *erro de cálculo, e não juízo de valor equivocado*. Por isso, acompanho o entendimento da Relatora: *não se há de cogitar de decadência* sobre fatos que geram efeitos no futuro, se se tratar de *mero erro de cálculo* (e não de erro de juízo de valor). Todavia, com efeito, boa parte desse ágio indevido seria *compensado* pelo correto *valor de equivalência patrimonial da REFRESCOS*, pois se usou o valor contábil da participação na KAIK possuída pela VONPAR-MAXXI para o aumento de capital na REFRESCOS.

Nessa ordem de considerações é como voto.

Sala das Sessões - DF, em 12 de novembro de 2008

  
MARCOS SHIGUEO TAKATA

<sup>4</sup> O ganho de capital por variação no percentual da participação societária não é tributável, na conformidade do art. 33, § 2º, do Decreto-lei 1.598/77 – art. 448 do RIR/99.