



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

Processo n° 11080.017318/2002-73
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1402-002.113 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 01 de março de 2016
Matéria AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO - EMPRESA VEÍCULO
Recorrente GOLDSZTEIN S. A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 1997, 1998, 1999, 2000

INCORPORAÇÃO. ÁGIO INEXISTENTE E DECORRENTE DE ATOS SIMULADOS. GLOSA.

A despesa decorrente da baixa de ágio apurado mediante simulação é indedutível. Considera-se simulada a apuração de ágio sem fundamento econômico e com o intuito exclusivo de obtenção de vantagens fiscais.

GLOSA DE DESPESA FINANCEIRA NÃO NECESSÁRIA. REPASSE DE EMPRÉSTIMOS BANCÁRIOS A TERCEIROS. JUROS COBRADOS INFERIORES AOS INCORRIDOS OU PAGOS.

A diferença entre juros incorridos sobre empréstimos tomados junto a instituições financeiras e os cobrados pelo repasse a terceiros é indedutível, por constituir despesa desnecessária.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. CABIMENTO.

Cabível a imposição da multa qualificada de 150% quando demonstrado o evidente intuito de fraudar o fisco.

TRIBUTOS DECORRENTES. CSLL.

A solução dada ao litígio principal, relativo ao Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas, estende-se, no que couber, ao lançamento da CSLL, quando tiver por fundamento o mesmo suporte fático.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso em relação à glosa na baixa de créditos com empresas ligadas em face do pedido de

Processo nº 11080.017318/2002-73
Acórdão n.º **1402-002.113**

S1-C4T2
Fl. 2.325

desistência parcial. Na parte conhecida, rejeitar a preliminar de prescrição intercorrente e de nulidade do lançamento; e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

(assinado digitalmente)

LEONARDO DE ANDRADE COUTO - Presidente

(assinado digitalmente)

FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Demetrius Nichele Macei, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Leonardo de Andrade Couto, Leonardo Luís Pagano Gonçalves e Paulo Mateus Ciccone.

Relatório

GOLDSZTEIN S. A. recorre a este Conselho, com fulcro no art. 33 do Decreto nº 70.235, de 1972, objetivando a reforma do acórdão nº 10-24.443 lavrado pela 5ª Turma da DRJ em Porto Alegre que julgou parcialmente procedente a impugnação apresentada.

A parcela do crédito exonerado não ensejou a interposição de recurso de ofício.

Por bem refletir o litígio, adoto o relatório da decisão de primeira instância, complementando-o ao final:

A empresa antes identificada teve lavrados contra si Autos de Infração (A. I.) de Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ, fls. 13 e 33 e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, fls. 17 e 36. O relatório do trabalho fiscal está às fls. 43/60.

A empresa impugnou as exigências através do arrazoado de fls. 887/949.

1. – Infrações

Foram quatro as infrações apuradas: (1) ágio baixado como perda de investimento e considerado pelo fisco como indedutível, resultando em uma glosa de perda de investimentos; (2) assunção de despesas financeiras de terceiros, resultando em glosa de despesas financeiras; (3) perda com créditos com pessoa ligada e considerados indedutíveis pelo fisco, resultando em glosa na baixa de créditos com pessoas ligadas e (4) falta de adição de multas por infrações fiscais. A última das infrações listadas não foi impugnada e é matéria incontroversa.

1.1 – Glosa de perda em investimentos

A atuada aumentou sua participação social em empresa ligada – Spézia Participações Ltda. – apurando ágio para, em seguida, incorporar a mesma, escriturando um "custo na baixa de ágio oriundo de investimentos" no valor de R\$ 3.018.415,92, em 31/08/2000, levado ao resultado em 31/12/2000. O atuante considerou o valor indedutível, visto que teriam as empresas aparentado um ágio desproporcional na subscrição, impossível sob o aspecto econômico, ilógico sob a ótica empresarial, com a finalidade de diminuir o lucro tributável da incorporadora. Haveria um negócio simulado.

Os fatos

O atuante apresenta assim as empresas que figuram nas transações que geraram perdas de investimento:

A) Goldsztein S/A Administração e incorporações – empresa líder, apresenta como atividade econômica principal a incorporação, compra e venda de imóveis. É empresa controlada pela família Goldsztein, tendo como principal acionista o Sr. Sérgio Goldsztein.

B) Gold Food S/A – empresa que desenvolvia a atividade de 'fast food', controlada pela Spézia (Oregon/Uruguai).

C) GoldSand Desenvolvimento Imobiliário Ltda – presta corretagem e avaliação de imóveis.

D) Gold Import Importação e Exportação Ltda. – empresa voltada à importação dos gêneros alimentícios usados pela Gold Food S/A – controlada pela família Goldsztein.

E) Spézia Participações Ltda – empresa controladora da Gold Food S/A e controlada pela Financiera Oregon S/A (Uruguai), constituída para formar o capital financeiro necessário para exploração da 'fast food'.

F) Financiera Oregon S/A – empresa uruguaia controladora da Spézia.

As empresas Gold Food, GoldSand, Gold Import e Spézia pertencem direta ou indiretamente ao mesmo grupo econômico, liderado pela Goldsztein Administração e Incorporações

A Goldsztein era detentora da franquia da marca “Pizza Hut” para o Rio Grande do Sul e, para explorar o negócio, constituiu a Gold Food. Posteriormente a Spézia, controlada pela Financiera Oregon, aportou recursos na Gold Food. A autuada fez vários aportes de recursos em favor da Gold Food e, em 25/05/1999, utilizou parte desses recursos, mais créditos que mantinha com outras empresas ligadas – GoldSand e Gold Import – para aumentar sua participação no capital social da empresa. Diz o autuante que em decorrência desse aumento resultou um ágio correspondente à primeira avaliação pelo patrimônio líquido da participada, assim apurado:

Descrição	Participação no capital	% de participação	Valor Contábil em Reais
Saldo anterior	62.065	2,03	155,00
Aumento	1.850.000		1.850.000,00
Soma	1.912.065	39,02	1850.155,00
Valor patrimonial			226.060,52
ÁGIO			1.624.094,98

O segmento de alimentação não estaria apresentando os resultados desejados, passando a representar pesado ônus para o grupo empresarial e para a empresa líder – Goldsztein S. A. – que passou a buscar um interessado na aquisição do negócio. Diz o autuante (fls. 45):

“Em vista das condições que foram negociados com o interessado na aquisição das atividades da Gold Food, fez-se necessárias adaptações nesta empresa, pelo que, em 31.05.1999, foi realizada a sua **Cisão Parcial** com a transferência dos elementos que não integrariam o negócio para a empresa Spézia. Assim a Goldsztein S. A. que participava da Gold Food

passou a participar da Spézia em decorrência de sua participação que foi reduzida na empresa cindida, pelo que em sua escrita contábil foram procedidas as devidas transferências.”

Posteriormente o Grupo Goldsztein (através da Goldsztein e Spézia) retirou-se da Gold Food, deixando de atuar no ramo de alimentação.

*Segundo o atuante, o ágio gerado quando do aumento da participação da Goldsztein na Gold Food teve como fundamento econômico a **perspectiva de rentabilidade da companhia** – conforme consta da ata de assembléia geral ordinária e extraordinária, datada de 25/05/1999. Na ocasião, o patrimônio líquido da Gold Food estava negativo em R\$ 1.316.890,77 e ela vinha atuando com prejuízo em sucessivos períodos. A Goldsztein informou (fls. 46) que a Gold Food necessitou de socorro financeiro. Para o fisco, esse aumento de capital não supriu essa necessidade, haja vista que foram utilizados somente créditos em conta-corrente. O atuante ressalta que apenas seis dias após apurar ágio fundado na perspectiva de rentabilidade, a atuada reconheceu que o segmento de alimentação não estava trazendo os resultados esperados, buscou e conseguiu um interessado em adquiri-lo e que, na subscrição o preço foi de R\$ 400,00 por quota, e seis dias após, foi reembolsado em R\$ 0,11 por quota.*

Conclui o atuante (fls. 48):

“O interesse da Goldsztein no aumento de capital constituía-se na criação de prejuízo, pois não aportou valores em espécie no caixa da empresa, mas sim créditos, até então mantidos em conta-corrente contra a própria Gold Food e contra empresas do grupo Goldsztein, os quais posteriormente passaram a compor o patrimônio da Spézia (através de incorporação do acervo da Gold Food), no ano seguinte retornando ao patrimônio da Goldsztein com o registro dos atos da incorporação (através da incorporação do acervo da Spézia).

[...]

Como visto, seria injustificável falar em pagamento de ágio com base na perspectiva de rentabilidade futura e seis dias após ser cindida parcialmente e alienada a parcela da atividade-fim, que em tese justificaria a perspectiva de rentabilidade, por um valor que visivelmente não a contemplava.”

Dos fatos relacionados à Spézia

A Goldsztein também fez aportes de recursos em favor da Spézia e utilizou esses, recursos – R\$ 1.360.000,00 – em 31/08/2000, para aumento de capital, do que resultou em razão da primeira avaliação pelo patrimônio líquido da participada um ágio assim apurado:

Descrição	Participação no capital	% de participação	Valor Contábil em Reais
Saldo anterior	190.000	4,45	218.722,67
Aumento	1.360.000		1.360.000
Soma	1.550.000	27,53	1.578.722,67
Valor patrimonial			131.683,66
ÁGIO			1.447.039,01

A apuração de ágio na Spézia teve por base o "fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas". Diz o autuante que: (1) a empresa encontrava-se com uma seqüência de prejuízos; (2) que a atividade principal (lanches rápidos) havia sido alienada em 31/05/1999 e que (3) o patrimônio líquido da mesma estava negativo em R\$ 881.671,40.

Posteriormente a Goldsztein incorporou a Spézia, com vistas a continuar honrando os passivos de natureza tributária e previdenciária que nela ainda remanesçam. Diz o autuante que com a incorporação da Spézia, foram baixados todos os valores das contas contábeis comuns às empresas, incorporadora e incorporada, do que resultou a transferência para conta de resultado do valor de R\$ 3.018.415,93, o que se constituiu em perda de capital como decorrência da incorporação.

Diz o autuante que é injustificável falar em pagamento de ágio, também utilizando crédito em conta-corrente de mútuo, e no mesmo dia, proceder à incorporação da investida. Continua o autuante (fls. 50):

“Na realidade, o procedimento foi articulado a partir da geração de ágio na Goldsztein, através de subscrição de capital na Spézia, que apresentava um patrimônio líquido negativo. Logo, o ágio recebe uma roupagem de prejuízo via incorporação, configurando-se em perda de capital.

Percebemos novamente que os créditos em conta corrente de mútuo, que ficariam estagnados ou não seriam recebidos, e conseqüentemente baixados como perdas por ativos incobráveis com empresas ligadas, e devendo como tal serem adicionados nas bases de cálculo do IR e da CSLL, foram transformados em ágio e baixados como perda de capital, esta sim computável na determinação do lucro real. Simultaneamente, os prejuízos que se avolumaram tanto na Gold Food como na Spézia não seriam aproveitados, mas criado o aumento de capital com ágio, automaticamente houve um aproveitamento, via redução do prejuízo na Gold Food e na Spézia, ao tempo em que se evitava a baixa da conta corrente como incobrável.”

Conclusões do autuante

Ao concluir, o autuante destaca que:

(1) O procedimento adotado busca, ao final, a realização de substanciais lucros na empresa que tem prejuízos e, conseqüentemente, significativos prejuízos na que tem lucros. Os aumentos de capital na Gold Food e na Spézia estão

inseridos nesse contexto, repetindo o artifício normalmente usado nas incorporações que visam prejuízo ao fisco.

(2) as razões apresentadas para a subscrição de capital com ágio não se sustentam;

(3) as declarações de vontade expressas nos instrumento de subscrição dos aumentos de capital, que geraram os ágios, tendo como fundamentos a perspectiva de rentabilidade da companhia (na Gold Food) e no fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas (na Spézia), eram enganosas e buscavam produzir efeitos diversos dos indicados. Nunca houve qualquer intenção de aumentar o capital das empresas. O objetivo era produzir perdas, resultados diferentes daqueles indicados e uma economia ilícita de tributos. Houve simulação, pois os atos continham declarações, condições ou cláusulas não verdadeiras.

Multa

Em razão do evidente intuito de fraude, houve aplicação de multa qualificada de 150%.

1.2 – Glosa de despesas financeiras

O autuante verificou que, ao mesmo tempo em que a empresa tomava recursos no mercado financeiro, emprestava para acionistas, empresas ligadas e para terceira empresa. Alguns desses empréstimos tomados pela contribuinte foram repassados integralmente a outra empresa ligada, bem como os encargos respectivos, sem qualquer repercussão, portanto, nos resultados da autuada.

O agente do fisco afirma que, em relação a outros empréstimos, a empresa captava recursos a taxas superiores àquelas que exigia ao conceder empréstimos. Diz que as despesas financeiras dos empréstimos repassados não são necessárias à atividade da empresa e, por isso, são indedutíveis.

Para quantificar o excedente das despesas em relação às receitas financeiras, o autuante utilizou a seguinte fórmula:

Despesa financeira desnecessária = (b/d * c) – a, onde:

a – *é o total das receitas financeiras no período*

b – *total dos contratos de mútuo a receber no período*

c – *total dos encargos financeiros no período, e*

d – *total dos contratos de financiamentos no período*

São descritas as contas que serviram de base para a quantificação das despesas desnecessárias.

1.3 – Glosa pela baixa de créditos com empresas ligadas

Crédito mantido junto a Gold Import Importação e Exportação Ltda. foi baixado em conta de resultado, por ter sido considerado incobrável. O autuante entende que o art. 340 do RIR/99 não admite a dedução a título de perda no recebimento créditos com pessoa jurídica que seja controlada, coligada ou interligada e adicionou o valor para fins de apuração do IRPJ e CSLL.

2. IMPUGNAÇÃO

2.1 – Glosa de perda em investimentos

A impugnante diz que foram efetuadas operações corriqueiras no mundo dos negócios, efetivamente realizadas, conformadas aos preceitos das leis comerciais que as disciplinam, e das quais não resultou infração fiscal alguma. Descreve as duas operações, envolvendo a Gold Food e a Spézia e os procedimentos contábeis que observou para a consecução delas.

Com relação ao investimento na Gold Food, diz que foi transformado em capital nessa empresa, valores de que a Goldsztein era credora, oriundo de mútuos que havia concedido, acumulados durante anos. Alega que o registro contábil e a apuração do ágio decorrem de mandamentos das leis comerciais (art. 248 da Lei nº 6.404/1976) e Fiscal (art. 385 do RIR/99) e a impugnante ficou compelida a avaliar o investimento pelo valor patrimonial da investida, afirmando que o ágio não foi pago por opção, sendo consequência da conversão de mútuos em Investimento. A autuada teria aplicado o percentual de sua participação sobre o valor total do Patrimônio Líquido da coligada, registrando o valor em reais (R\$) apurado como investimento.

A impugnante diz que é de todo irrelevante o fato desse investimento ser oriundo de créditos que a empresa detinha na investida, circunstância esta que parece ter impressionado a Fiscalização, que parece desejar que o aporte de capital fosse efetuado com 'dinheiro vivo'.

Repete as mesmas alegações quando defende a correção dos procedimentos que adotou quando do aumento de capital da Spézia.

Adiante, em sua impugnação, a empresa faz uma análise do relatório fiscal, que passamos a resumir:

2.1.1 – Fatos relacionados com a Gold Food

- O autuante incorreu em erro quando fez referência ao valor da participação adquirida pela Goldsztein no capital da Gold Food.

- Critica a ênfase dada pelo autuante ao fato de o aumento de capital ter sido efetuado em conta-corrente e não em moeda corrente.

- Diz que o fato de a empresa investida vir com prejuízos anteriores não sustenta a conclusão do fisco, de que era falacioso o argumento utilizado para justificar o aumento de capital – rentabilidade futura. Alega que (fls. 933) no caso concreto, a conversão dos créditos em capital em investimento teve por escopo tornar mais atraente o patrimônio da investida, para efeito de alienação de parte deste (sublinhamos). Reforça o argumento dizendo ainda que: o negócio estava revestido de ponderáveis expectativas de lucros futuros, inclusive em razão, como se disse, da perspectiva de venda da totalidade ou de parte da empresa e que em última análise, a conversão dos créditos em capital, com a decorrente formação de ágio, foi efetuada, precisamente, porque a impugnante desejava alienar a empresa investida. Haveria dupla justificativa para o ágio: (1) se a empresa não fosse vendida, as expectativas de lucro era reais, eis que tratava-se da franquia da famosa marca "Pizza Hut"; (2) era indispensável que a empresa apresentasse situação patrimonial positiva, para viabilizar a alienação.

- O pagamento do ágio não correu seis dias depois, como afirma o autuante: o ágio foi se formando, gradativamente, com os mútuos feitos no decorrer de anos e anos; ao ensejo da transformação dos valores desses mútuos em investimento,

surgiu o ágio, não porque a impugnante o quisesse, mas por determinação das leis comercial e fiscal.

- A cisão é instituto do direito societário e a alienação de parcela do investimento a terceiros mostra, a um só tempo, a necessidade e o acerto da decisão pela 'capitalização' desses créditos.

2.1.2 – Dos fatos relacionados à Spézia

- “A empresa Spézia pertencia ao Grupo Goldshtein e tinha fortes dívidas tributárias e previdenciárias e patrimônio líquido negativo. Assim, era necessária uma solução imediata para esta situação, e decidiu-se pela extinção da empresa pelo método mais fácil e lógico nas circunstâncias, qual seja, a incorporação da controlada, fato altamente corriqueiro no mundo societário. De outro lado, ainda que não se levasse a efeito a incorporação, a falta de capitalização daquela implicaria, num futuro imediato, em rumores negativos e, sabe-se bem, a mais das vezes exagerados, a respeito da situação financeira do Grupo (fls. 936 – sublinhamos)”.

- A diminuição do passivo é uma exigência da Junta Comercial do Rio Grande do Sul, que não costuma registrar incorporação de empresa com Patrimônio Líquido Negativo.

-A operação encontra lastro legal em "outras razões de ordem econômica", entre elas, a impostergável necessidade de preservação da imagem comercial da impugnante.

- A fiscalização trabalha apenas com uma hipótese para tentar justificar a pretensa ilegalidade dos atos da atuada – a hipótese de que estes créditos não seriam dedutíveis, se baixados como perda de ativos incobráveis, por tratar-se de empresa coligada.

Inocorrência do intuito de fraude

O intuito de fraude, para ser admitido, requer fique extreme de qualquer dúvida, indagação ou divergência, o que não aconteceu no caso concreto. A simulação não ficou demonstrada. A multa aplicada tem caráter nitidamente penal, onde entra, necessariamente, a figura do dolo.

2.2 – Glosa de despesas financeiras

A impugnante diz ter identificado todas as situações em que houve repasses de empréstimos por ela tomados em instituições bancárias e as informado ao Fisco. Afirma que, nesses casos, foi mantida igualdade de taxas de juros Ativos e Passivos. Afora esses, não existem outros empréstimos tomados e repassados. Todos os demais mútuos decorrem de recursos gerados na própria empresa e, em verdade, na maior parte das vezes, não houve empréstimos propriamente ditos, mas pagamentos de dívidas das coligadas ou controladas, efetuados pela impugnante e lançados diretamente na conta-corrente, sem movimentação de recursos entre as empresas. Sobre todos os recursos oriundos de suas próprias operações e entregues às pessoas ligadas sempre houve a cobrança de juros de 1% ao mês.

*O fisco baseou seu cálculo em uma **regra de proporcionalidade** que não se coaduna com a realidade dos procedimentos normalmente adotados pelas empresas relativamente à matéria e nem tem amparo na legislação. A fiscalização não demonstrou a desnecessidade das despesas, a autorizar a glosa e nem, tampouco, a tomada de empréstimos pela Impugnante no mercado financeiro e o repasse destes*

para seus sócios, coligadas e controladas. A autuação deveria demonstrar que tais ou quais valores, tomados como empréstimos nas datas a, b e c, foram repassados nestas mesmas datas ou em datas próximas, e que sobre estes a autuada pagou "x" de juros desnecessariamente.

A impugnante faz a análise, ano por ano, dos dados constantes do processo, procurando demonstrar que:

a) Mesmo não existindo, mês a mês, quaisquer empréstimos Ativos e, tampouco, empréstimos Passivos, ainda assim, mês a mês, a Fiscalização apurou, sempre, um 'percentual de captações repassadas' e em consequência 'despesas desnecessárias';

b) a autuação também ocorreu em diversos meses onde a empresa mais recebeu o pagamento de empréstimos Ativos e mais pagou empréstimos Passivos, portanto não emprestando e nem tomando emprestado nada e, mesmo assim, o 'malsinado cálculo' apura despesas financeiras a serem glosadas como desnecessárias.

A impugnante também discorda da autuação por terem sido selecionadas apenas algumas contas ativas e passivas para o seu cálculo, deixando de considerar todos os empréstimos bancários passivos e todos os mútuos ativos relacionados com pessoas ligadas. Como o dinheiro relativo aos empréstimos é bem fungível, de modo que é impossível identificar-se qual o que foi utilizado nesta ou naquela operação, há de ser considerado, para o cálculo pretendido, todo o universo do passivo de empréstimos bancários e suas respectivas despesas. Apresenta o ANEXO B onde estão incluídas todas as contas, com a demonstração de que os valores autuados seriam menores.

Na impugnação, de fls. 897 a 914 a impugnante, partindo dos valores constantes do processo, procura demonstrar que não houve repasse de empréstimos bancários em datas e valores para pessoas ligadas e que os recursos emprestados não decorrem de empréstimos, mas foram gerados pela própria empresa. Diz que todos os valores citados na coluna "Passivo Total", fls. 262, relativa a 1998, estão errados, além de ter havido erro de transporte dos valores do saldo inicial. Os valores corretos estariam apontados às fls. 261. Com relação ao ano-calendário de 1999 aponta erros de soma nas planilhas do fisco.

Aduz ainda que não há prova do repasse dos empréstimos. Traz jurisprudência administrativa dando conta de que cabe ao fisco tal prova. Enfatiza que (fls. 921):

"A existência de conta no ativo demonstra que houve a entrega de recursos mas, por si só, não prova que esse valor configura repasse de um empréstimo obtido.

Os 'saldos mensais' no ativo e no passivo também, por si só, não representam as operações efetivas do mês e do período.

A análise correta da questão deve partir da verificação das operações contabilizadas e das respectivas despesas não se podendo simplesmente partir de saldos."

Refere que não existe ato legal que defina o percentual de juros que podem ser cobrados no mútuo a sócios, coligadas e controladas.

2.3 – Glosa pela baixa de créditos junto a empresas ligadas

O art. 9º da Lei nº 9.430/1996 seria aplicável a créditos oriundos de vendas de mercadorias e, no caso concreto, o crédito baixado decorre de mútuo. O mencionado dispositivo veio a substituir a norma que dispunha sobre a Provisão para Devedores Duvidosos, constituída sobre créditos por duplicatas e outros créditos pertinentes à atividade operacional da empresa. No cálculo da referida provisão não eram computados e, portanto, não eram dedutíveis, os créditos relativos a aplicações financeiras, nem os concernentes a empréstimos ativos, que continuam a não ser considerados pela norma legal em vigor.

A SRF editou a Instrução Normativa nº 93, de 21/12/1997 e, num capítulo específico para a Dedução das Perdas no Recebimento de Créditos, no art. 24, faz referência exclusivamente às operações mercantis. Conclui que a perda é dedutível.

3. Matéria não impugnada

A empresa não impugnou a infração relativa à falta de adição de multas fiscais e juntou ao processo cópia de Darf com o pagamento relativo a tais exigências – fls. 950 e 951.

4. DILIGÊNCIA

O processo retornou em diligência (fls. 1217/1220) para a delegacia de origem:

- esclarecer o critério empregado na seleção das contas ativas e passivas utilizadas para quantificação das despesas financeiras desnecessárias, demonstrando as razões pelas quais teria, eventualmente, deixado de incluir algumas contas e, especificamente, com relação as contas ativas e passivas que a impugnante pretende ver incluídas no cálculo;

- confirmar a exatidão dos dados lançados nas planilhas constantes do Anexo B e elaborar planilha de apuração da base de cálculo considerando a totalidade das contas ativas e passivas, para o caso de esta Turma inclinar-se por adotar a tese da impugnante;

- pronunciar-se sobre a procedência das alegações do contribuinte no tocante à equívocos de cálculo;

- recalcular o quantum de despesa financeira desnecessária, utilizando saldos diários.

A diligência originou o “Relatório de Diligência” de fls. 2098/2128, com as seguintes conclusões:

A) No tocante à inclusão de outras contas ativas e passivas no cálculo das despesas financeiras desnecessárias, esclarece os critérios utilizados (fls. 2099 – grifos do original). Transcreveremos no voto os critérios adotados pelo autuante.

Após, ano por ano, o autuante indica as “contas divergentes incluídas nas planilhas do auto de infração em comparação às propostas pelo contribuinte e indicamos o procedimento que consideramos aplicável em cada conta em seu respectivo ano”. O autuante passa, então, a indicar, em cada ano autuado, contas que entende devam ser incluídas no cálculo e aquelas que não devem ser consideradas, apontando, nesse último caso, as razões para não inclusão.

B) No tocante a diferenças apontadas pela impugnante, traz a planilha de fls. 2106, com indicação de valores a maior que constariam dos autos de infração.

C) No tocante à utilização de médias diárias para cálculo das despesas financeiras desnecessárias, afirma que “os procedimentos adotados pelo contribuinte para registros contábeis revelam que os lançamentos são efetuados em sua maioria uma única vez no mês, conforme faculta a legislação”. A utilização de médias diárias estaria, então, em descompasso com os procedimentos contábeis e forma de cálculo adotada pela contribuinte.

Cientificada da diligência, a contribuinte retornou ao processo através da petição de fls. 2129/2140, trazendo as razões que resumimos adiante.

Inicialmente diz que a nova manifestação não implica concordar nem com os critérios do lançamento nem com os ajustes de sua parcial validação na diligência.

Entende que o trabalho fiscal não poderia deixar de realizar o recálculo da despesas financeira desnecessária, mesmo que os lançamentos contábeis tenham se realizados, em sua maioria, por períodos mensais, os livros razão, diário e auxiliares, possibilitam identificar as movimentações cotidianas. Pede a complementação da diligência.

Diz que as demais conclusões da diligência corroboram os fundamentos da impugnação, demonstrando a precariedade do lançamento. Diz que deve ser aceita a revisão do lançamento que resultou nas diferenças apontadas no item 3 do relatório, mas reduzindo o crédito tributário em R\$ 156.361,75 ao invés de R\$ 143.558,54, pois as diferenças a maior apuradas nos períodos de 1997 e 2000-II, não podem ser imputadas para compensar os resultados a menor verificados nos demais períodos, pois quanto a elas ocorreu o fenômeno da decadência.

Passa a referir “ **fatos e circunstâncias não considerados no trabalho fiscal** ”, quais sejam:

Acerca de mútuo com o sócio, diz que extrato já anexado (fls. 145/147) mostra que vendeu ao Sr. Sérgio Goldsztein os imóveis, comprometendo-se o comprador a pagar o preço em até 120 meses. O negócio teria sido realizado em condições normais de mercado. Assim, não é possível pressupor – como o lançamento o fez – que as decorrentes movimentações financeiras estivessem a espelhar o repasse de recursos em condições favorecidas.

Realizou, também, com a Financeira Oregon Sociedad Anonima contrato de mútuo e de compra e venda de quotas de fundo de investimento mobiliário, como comprovariam os documentos de fls. 148/149 e 160/163. Por serem operações entre empresas sem vínculo societário e o negócio observado as condições de mercado, não poderiam os valores envolvidos compor a base eleita para determinação das glosas.

Diz que as conclusões da diligência melhor evidenciam os equívocos que presidiram a formulação dos critérios para estabelecer a “regra de proporcionalidade”. Estaria incluída, entre as despesas financeiras, a parcela correspondente ao reconhecimento contábil das obrigações assumidas em moeda estrangeira. Diz que a flutuação cambial pode, em determinado momento, provocar aumento significativo do passivo, se significativa for a desvalorização da moeda nacional em relação à estrangeira. Entretanto, se em momento futuro o valor da moeda estrangeira regredir em relação à cotação do período no qual foi reconhecida a obrigação, a entidade deverá ajustar a sua conta do passivo (redução da despesa com

a variação cambial). Refere que essa despesa é meramente contábil, pois enquanto não ocorrido o pagamento não haveria desembolso financeiro.

Refere ter ocorrido, em 1999, a mádesvalorização do Real e a inclusão dessa despesa financeira nos cálculos resulta em inaceitável distorção na identificação do percentual aplicável na determinação do valor das glosas. Resume o argumento assim:

“Em suma: ao considerar as despesas de variações cambiais passivas (ainda não incorridas), o lançamento glosa parcela de outras despesas financeiras efetivamente já suportadas pela Requerente (pois quanto maior o numerador da fração adotada para a obtenção das ‘Despesas Financeiras Desnecessárias’, fl. 55, maior será o resultado, isto é, o valor glosado), que não guardam qualquer correspondência com os fatos eleitos para justificar as próprias glosas, motivo pelo qual o valor daquelas despesas deve ser excluído da fórmula adotada pela Regra de Proporcionalidade [...]”

Também diz haver grave distorção, quando o lançamento considera apenas as contas do passivo representativas de financiamentos. Diz que “as células monetárias não contêm qualquer indicativo no sentido de que o seu poder liberatório está adstrito à quitação de tais ou quais despesas expressamente indicadas.”. Os financiamentos obtidos com fins determinados não poderiam ser desconsiderados pelo lançamento tão-só por essa razão.

A requerente, para atestar as distorções, elaborou, a partir dos dados contábeis já contidos nos autos, quadros demonstrativos de quais os valores que poderiam ser admitidos como passíveis de glosa. Juntou os documentos 7 e 8 com os cálculos referidos.

Traz jurisprudência do Conselho de Contribuintes acerca de glosa de despesas financeiras.

Analisando a impugnação apresentada, a 5ª Turma da DRJ/POA julgou-a parcialmente procedente, retirando da base de cálculo de glosas de despesas financeiras alguns valores incluídos de forma incorreta.

O contribuinte foi cientificado da decisão em 15 de abril de 2010, uma quinta-feira, apresentando em 14 de maio de 2010 o recurso voluntário de fls. 2236-2307.

Em resumo, reafirma os termos da impugnação, atacando ainda alguns pontos da decisão recorrida, a saber:

- preliminarmente, alega a ocorrência de prescrição intercorrente, uma vez que a impugnação foi apresentada em 21/01/2003 e a intimação da decisão de primeira instância se deu somente em 15/04/2010;

- quanto à glosa da perda em investimento, argumenta que a Fiscalização ignorou, para efeitos tributários, a eficácia jurídica dos atos, mas não sua validade, sendo o lançamento alicerçado em pressupostos colhidos por meras ilações;

- aduz que se extrai da decisão recorrida que o inconformismo da Fiscalização assenta-se, basicamente, na alegação de que as razões econômicas adotadas pela Recorrente para justificar a formação dos ágios, não estariam respaldadas nas previsões dos incisos II e III, do § 2º, do artigo 385, do RIR;

- não haveria impedimento legal de se converter em investimento créditos de que a investidora era titular perante a empresa investida e outras empresas ligadas, e, por isso, encontravam-se registrados no ativo dela, investidora;

- em relação à operação junto à Gold Food, embora a decisão afirme que Recorrente pretendeu transformar créditos incobráveis (indedutíveis da base de cálculo do Imposto de Renda e Contribuição Social) em perda de investimentos, tais valores seriam dedutíveis, pois caso houvesse a transformação de créditos incobráveis de mútuos em despesa, não se aplicaria a limitação disposta no § 6º do art. 9º da Lei nº 9.430/96, uma vez que tal dispositivo legal somente limitaria a dedução de perdas com empresas ligadas em caso de venda de mercadorias e serviços, o que não seria o caso. Tanto é assim que parcela de créditos junto à Gold Food que não foi convertida em aumento de capital acabou sendo deduzida pela Recorrente das bases de cálculo de IRPJ e CSLL (matéria objeto de lançamento em infração distinta);

- no momento em que ocorreu a cisão da GOLD FOOD e a posterior venda pela Spézia, a Recorrente foi obrigada a baixar o seu investimento, inclusive em relação à parcela do capital que então detinha na GOLD FOOD (2,03%), implicando a baixa de ágio de R\$ 52.717,57, baixa esta não glosada pela Fiscalização, ou seja, o fundamento econômico para o ágio teria sido reconhecido válido pela autoridade fiscal em um momento, mas não em outro, restando demonstrado, a seu ver, a inconsistência do lançamento e a falta de sustentação jurídica da decisão recorrida;

- em relação ao aumento de capital com ágio em Spézia, argumenta que a Junta Comercial do RS não admite a incorporação de sociedades com patrimônio líquido negativo, pois entende como juridicamente inaceitável, nestas hipóteses, a incorporação de patrimônio inexistente, pois na realidade trata-se de um passivo a descoberto. Nos casos de incorporação, é imprescindível a avaliação do patrimônio da empresa incorporada, a teor do disposto no art. 9.º, inciso II, da Instrução Normativa do DNRC. Essa seria a razão para o aumento de capital, o que acabou por redundar no ágio que compôs o custo do investimento no momento da incorporação;

- alega não haver comprovação de dolo a ensejar a qualificação da multa de ofício;

- em relação à glosa de despesas financeiras, apesar de não constar do objeto social de nenhuma delas, as despesas financeiras são despesas operacionais (conforme previsto no próprio RIR/99, artigo 374) necessárias às atividades fins da empresa;

- também não prosperaria o argumento no sentido de que a Fiscalização teria comprovado a existência de diversos financiamentos vinculados a determinados empreendimentos, cujos recursos, captados no mercado financeiro, não teriam sido comprovados pela Recorrente como aplicados diretamente aqueles empreendimentos. Isso porque, a partir do momento em que os valores captados tornam-se disponíveis, não há como estabelecer qualquer vinculação direta, pois servem para custear as atividades operacionais, do

mesmo modo que os recursos não captados no mercado financeiro são direcionados ao custeio dos empreendimentos, inclusive daqueles em relação aos quais houve captação "vinculada";

- crítica proporcionalidade de cálculo adotada pela autoridade fiscal lançadora e corroborada pela decisão recorrida;

- em resumo, a Recorrente reitera: (i) a sua discordância com a integralidade da glosa de despesas tidas como desnecessárias, pois o lançamento, em verdade, glosou despesas financeiras efetivas; (ii) a afirmativa de ser, igualmente ficcional, a glosa de despesas financeiras de empréstimos repassados para empresas ligadas, pois não comprovados pela Fiscalização os pressupostos que lhe dariam suporte; (iii) a afirmativa quanto ao fato, também evidenciado, de que o lançamento embasou-se em critério equivocado, decorrente da aplicação de fórmula/método pela fiscalização, endossada pela decisão recorrida, que consubstancia mera "ficção", não prevista em lei e tampouco legitimada pela realidade dos fatos.

- ao final, requer a Recorrente:

(i) o reconhecimento da nulidade do lançamento, pois presidido pela adoção de critérios destoantes de qualquer previsão legal e que, ademais, implicam na distorção dos resultados em favor da pretensão do Fisco (pois desconsidera a totalidade das operações financeiras, ignora o fator exógeno decorrente da maxidesvalorização cambial ocorrida em 1999, e adota como integrante os saldos de operações de exercícios anteriores ao dos levantamentos); e, se acaso assim não se entender,

(ii) a improcedência da pretensão fiscal, na medida em que, além de não demonstrado que os recursos provenientes do giro normal de seus negócios corresponderiam a importâncias por ela tomadas perante instituições financeiras, as despesas glosadas são necessárias, portanto dedutíveis; e também em ordem sucessiva,

(iii) que então o lançamento fique adstrito aos valores que seriam possíveis, tal como ilustrado pelos Quadros demonstrativos elaborados no recurso.

Consta nos autos pedido de desistência parcial especificamente em relação à glosa na baixa de créditos com empresas ligadas (fl. 2.319).

É o relatório.

Voto

Conselheiro FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Relator.

1 ADMISSIBILIDADE

Conforme relatado, o contribuinte foi cientificado da decisão 15 de abril de 2010, uma quinta-feira, iniciando-se a contagem do prazo de 30 dias para interposição de seu recurso no dia seguinte (16 de abril de 2010). Desse modo, o termo final para sua apresentação era o dia 17 de maio de 2010, já que o 30º dia de prazo (15 de maio) recaiu em dia não útil.

Logo, tendo sido o recurso voluntário interposto em 14 de maio de 2010, o mesmo mostra-se tempestivo.

Relativamente à matéria objeto de desistência - glosa na baixa de créditos com empresas ligadas -, deixo de conhecer o recurso voluntário correspondente a tal infração.

Em consequência, considerando que foram preenchidos os demais pressupostos legais, tomo conhecimento do recurso voluntário em relação aos demais pontos.

2 PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

A RECORRENTE argui que o crédito tributário deveria ser extinto em razão da ocorrência de prescrição intercorrente, uma vez que a impugnação foi apresentada em 21/01/2003 e a intimação da decisão de primeira instância se deu somente em 15/04/2010.

Não lhe assiste razão. A prescrição intercorrente não se aplica ao processo administrativo fiscal. E não há controvérsia em relação a tal interpretação, sendo, inclusive matéria sumulada no âmbito do CARF. Veja-se: “Súmula CARF nº 11 - Não se aplica a prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal”.

Isso posto, rejeito a preliminar de prescrição intercorrente.

3 MÉRITO

3.1 DA PERDA NA BAIXA DE INVESTIMENTO

Segundo a autoridade fiscal, a RECORRENTE, detendo créditos com empresas ligadas de difícil recuperação (que seriam indedutíveis das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL em razão do disposto no art. 9º, § 6º, da Lei nº 9.430/96), utilizou-se de tais créditos a pretexto de aumentar o capital em empresas ligadas (Gold Food e Spézia), ambas com patrimônio líquido negativo, gerando ágios fundamentados, respectivamente, em rentabilidade futura e em “fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas”, sem qualquer capitalização efetiva das empresas. Com tais atos, os investimentos passaram a estar avaliados com maior custo contábil.

Gold Food, que vinha apurando prejuízos contábeis e fiscais há longo período, 6 dias após o aumento de capital, foi submetida a cisão parcial e versão de sua parte

operacional (franquia da “Pizza Hut”) para novo adquirente (terceiro), sendo que a parcela restante de seu patrimônio foi incorporada por Spézia (valor patrimonial já considerando o ágio gerado pelo aumento de capital levado a cabo pela RECORRENTE).

Na sequência, a RECORRENTE novamente utilizou-se de créditos junto à Spézia para realizar aumento de capital nessa mesma empresa, que se encontrava, após sucessivos prejuízos, com patrimônio líquido a descoberto. Novamente houve geração de ágio. Na mesma data em que ocorreu o aumento de capital, Spézia foi incorporada pela RECORRENTE.

Ainda segundo o autuante, em razão do ágio gerado artificialmente, na versão do patrimônio de Spézia para a RECORRENTE na liquidação do investimento em razão da incorporação, tal ágio foi levado a resultado como perda, reduzindo as bases de cálculo de IRPJ e de CSLL.

Para a Fiscalização houve simulação, sendo o lançamento realizado com multa qualificada (150%) em razão de considerar a conduta da RECORRENTE dolosa, pois sabedora de que os créditos com pessoas ligadas, e de difícil recuperação, não poderiam ser levados a reduzir o lucro tributável, engendrou as operações em questão a fim de transformar tais créditos em ágio que posteriormente viria a ser baixado do resultado em razão da incorporações sucessivas de Gold Food por Spézia e dessa pela RECORRENTE.

A decisão recorrida manteve a infração.

Analisando detidamente as operações realizadas, firmei convicção de que a infração deve ser confirmada.

Todas as operações foram realizadas em curtíssimo espaço de tempo, em sucessão e causando efeitos tributários diversos do que naturalmente adviriam em decorrência dos créditos com pessoas ligadas e que eram considerados de difícil recuperação.

Alega a RECORRENTE que houve a necessidade de aumento de capital de tais empresas pois, diante dos resultados negativos que ambas as pessoas jurídicas vinham apurando nos últimos anos, o mais salutar era a extinção dessas empresas por incorporação, minimizando os riscos de contaminação do conglomerado junto ao mercado. Para que tal incorporação fosse possível, por exigência da Junta Comercial (com esteio no disposto no art. 9º, inciso II, da Instrução Normativa do DNRC, que suponho ser a Instrução Normativa nº 88, de 02 de Agosto de 2001, uma vez que o contribuinte não indicou o ato a que se referia), havia necessidade de tornar positivo o patrimônio líquido das pessoa jurídicas a serem incorporadas. E, para tanto, utilizou-se de créditos com pessoas jurídicas ligadas (inclusive junto às próprias incorporadas) para aumento do capital social de ambas, o que teria acabado por redundar no ágio que compôs o custo do investimento no momento da incorporação.

Tal argumento não me comove.

Eis o disposto no art. 9º, incisos I e II, da Instrução Normativa nº 88/2001:

Art. 9º A incorporação de sociedade mercantil, de qualquer tipo jurídico, deverá obedecer aos seguintes procedimentos:

I - a assembleia geral extraordinária ou a alteração contratual da sociedade incorporadora deverá aprovar o protocolo, a

justificação e o laudo de avaliação do patrimônio líquido da sociedade incorporada, elaborado por três peritos ou empresa especializada, e autorizar, quando for o caso, o aumento do capital com o valor do patrimônio líquido incorporado;

II - a assembleia geral extraordinária ou o instrumento de alteração contratual da sociedade incorporada, que aprovar o protocolo e a justificação, autorizará os seus administradores a praticarem os atos necessários à incorporação;

[...]

Se por um lado exige-se, de fato, um laudo de avaliação do patrimônio líquido da sociedade incorporada, há posicionamento explícito no ano de 1997 (portanto, antes da ocorrência dos fatos ora em discussão) da Secretaria de Comércio e Serviços do Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo, que autoriza a incorporação de sociedades com patrimônio negativo, conforme leciona Fábio Ulhôa Coelho¹:

A Secretária de Comércio e Serviços do Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo, com base em Parecer da Consultoria Jurídica do mesmo Ministério, deu provimento a recurso interposto contra decisão da Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro, para fins de reformar e deferir o arquivamento de ato de incorporação de uma sociedade em liquidação com patrimônio líquido negativo. É a seguinte a ementa do referido parecer da lavra do Consultor José Mário Bimbato: “Registro do Comércio. Sociedade Anônima. Incorporação de sociedade com patrimônio líquido negativo. Possibilidade jurídica. Ressalvados os direitos de acionistas e terceiros, é possível a incorporação de sociedade com patrimônio negativo. Não obsta à incorporação o fato de estar em liquidação a sociedade incorporada” (DOU, 9 jan. 1997, p. 504).

O Parecer a que se refere o renomado jurista é o Parecer CONJUR/MICT nº 129, de 26 de dezembro de 1996, o qual possui a seguinte conclusão:

A lei não veda a incorporação de sociedade cujo patrimônio líquido seja negativo, caso em que se exclui o aumento de capital. Não impede a incorporação o fato de a sociedade incorporanda estar em liquidação. De qualquer modo, fica a salvo o direito da minoria e de terceiros.

Portanto, o pretexto elencado pela RECORRENTE que supostamente respaldaria o procedimento por ela adotado não procede.

Em relação ao ágio gerado em Gold Food, o que se percebe, à evidência, é que a RECORRENTE, sem qualquer dispêndio, gerou ágio em empresa do próprio grupo fundamentado em rentabilidade futura em absoluto descompasso com a realidade. Trata-se, a bem da verdade, de uma espécie do gênero ágio interno, um tanto diferente de outros tantos que se costuma analisar nesta Corte Administrativa. Não vislumbro nos autos laudo que desse suporte a tal projeção de rentabilidade futura. De todo modo, tanto a autoridade fiscal autuante, quanto a decisão recorrida, atacam o fundamento do ágio com argumentos incontestáveis. Destaco conclusões do voto condutor do aresto recorrido (com os destaques contidos no original):

¹ ULHÔA, COELHO, Fábio. Código Comercial e Legislação Complementar Anotados. São Paulo: Editora Saraiva, 4ª edição, 2000, p. 763.

Investimentos na Gold Food

A Gold Food foi constituída para exploração do mercado de lanches rápidos da franquia "Pizza Hut". Em 1999 a empresa estava com patrimônio líquido negativo de R\$ 1.316.890,77 e vinha de sucessivos prejuízos, conforme abaixo:

Prejuízos da Gold Food		
Ano-calendário	no período em R\$	Acumulado em R\$
Saldo anterior		(2.114.374,21)
1997	(828.425,57)	(2.942.799,78)
1998	(954.316,77)	(3.897.116,55)
até 05.99	(469.782,23)	(4.366.898,78)
de 06 a 12/99	(630.377,22)	(4.997.276,00)

A situação de dificuldade da empresa fez com que a Golsztein emprestasse sucessivos recursos a título de socorro financeiro – as expressões em destaque são da Golsztein, fls. 46. A sucessão de aportes destinados a socorro é que teriam dado origem ao ágio depois reconhecido.

A intenção de transferir a terceiros a atividade de lanches rápidos está expressa em algumas passagens da impugnação, tais como:

“A circunstância que parece ter impressionado a Fiscalização, de a empresa investida vir com Prejuízos Anteriores não sustenta a conclusão. É que, no caso concreto, a conversão dos créditos em capital em investimento teve por escopo tornar mais atraente o patrimônio da investida, para efeito de alienação de parte deste (fls. 933);”

[...]

“[...] a conversão dos créditos em capital, com a decorrente formação de ágio, foi efetuada, precisamente, porque a Impugnante desejava alienar a empresa investida, o que, efetivamente, veio a concretizar-se em parte. Daí ter sido dúplice a justificativa para o ágio, a uma, porque ainda que não houvesse a possibilidade de venda, as expectativas de lucros eram reais, eis que tratava-se, nada mais nada menos, de operação de franquia da mundialmente famosa marca Pizza Hut; a duas, porque era indispensável que a empresa apresentasse situação patrimonial positiva, para viabilizar a alienação (fls. 934).

Como se vê, havia intenção da Golsztein de retirar-se da atividade de lanches rápidos. Ao invés de alienar a empresa, assumindo a eventual existência de créditos incobráveis e, por serem de empresa ligada, indedutíveis para fins de imposto de renda, formalmente efetua um aumento de capital na empresa utilizando como justificativa **as perspectivas de rentabilidade da Companhia**, como consta da Ata de Assembléia Geral de fls. 99/100 e da qual destacamos o trecho abaixo:

Aprovado o **aumento do capital social** da Companhia em R\$ 1.850.000,00 (...) mediante subscrição de 4.625 (...) ações ordinárias nominativas, sem valor nominal, pelo preço de emissão de R\$ 400,00 (...) cada uma, o qual guarda relação com o valor unitário de cada ação em relação ao capital atual e **perspectivas de rentabilidade da Companhia**, aumento esse que será totalmente subscrito pela já acionista minoritária Goldsztein S. A. (o último dos grifos é nosso).

O valor foi integralizado com os créditos que possuía na Gold Food e outras empresas ligadas.

Inicialmente é necessário refutar a afirmativa recorrente da impugnante, a de que o ágio foi se formando aos poucos e a lei impunha reconhecê-lo. Vejamos:

“Já foi referido que o pagamento do ágio não ocorreu seis dias antes da alienação. O ágio foi se formando, gradativamente, com os mútuos feitos no decorrer de anos e anos. Ao ensejo da transformação dos valores desses mútuos em Investimento, surgiu o ágio, não porque a Impugnante o quisesse, mas por determinação das leis comercial e fiscal. Há, portanto, ao contrário do que pensa a Fiscalização, plena justificativa para esse ágio.” (fls. 935, sublinhei).

Os mútuos, através dos quais a impugnante emprestava recursos que não eram devolvidos, não formaram o ágio. Eram direitos que a autuada detinha em empresa ligada. Sabe-se que eram direitos de difícil recuperação, pois a empresa beneficiada – Gold Food – apresentava resultados insatisfatórios. Em resposta à intimação do fisco a contribuinte informou: Uma vez que o segmento de alimentação, como aqui narrado, não estava trazendo os resultados esperados, bem pelo contrário passou a representar um ônus pesado para o Grupo, principalmente para a sua empresa líder Goldsztein S.A., com a exigência de sucessivos aportes financeiros, como antes já referido, buscou-se um interessado em adquiri-lo (sublinhei).

A lei fiscal, por óbvio, não determina que empréstimos incobráveis sejam transformados em investimentos, mais ainda, com pagamento de ágio. A impugnante tenta afastar a discussão do ponto central: se a Goldsztein tinha interesse negocial em investir na Gold Food e, caso tivesse, se havia justificativa para o pagamento de substancial ágio, ágio esse fundado na perspectiva de rentabilidade futura. O registro na escrituração do ágio eventualmente pago é decorrente de disposições legais, mas a formação desse ágio depende de elemento volitivo, qual seja, o de fazer um investimento e por ele pagar ágio – no caso, assentado na expectativa de rentabilidade futura.

Como já referido, a Gold Food vinha de sucessivos prejuízos e crescente endividamento. A transformação de dívidas em investimento não capitaliza a empresa investida, não faz com que ela disponha de recursos novos para alavancar o empreendimento. Por outro lado, não há qualquer documento ou qualquer informação no processo que indique a razão da pretensa crença em “rentabilidade futura”.

Decorridos seis dias do aumento de capital foi realizada a cisão parcial da Gold Food, transferindo à Spézia 36,99% do patrimônio líquido da empresa, somente daqueles elementos que não integravam a atividade de lanches rápidos. O valor de reembolso, determinado com base no patrimônio líquido foi de R\$ 0,11. Lembramos que na subscrição o preço foi R\$ 400,00 por quota. A empresa também foi

transformada, de sociedade anônima, para sociedade por quotas de responsabilidade limitada.

A parte não alienada da Gold Food é incorporada ao patrimônio da Spézia.

Como se vê, a justificativa para o ágio não se sustenta: nem havia interesse em continuar no negócio, nem há qualquer evidência de perspectiva de rentabilidade. Tanto é assim, que seis dias após o aumento de capital a Goldsztein se desfez da parte operacional da empresa.

Com a impugnação, a autuada inova e diz que a “rentabilidade futura” existiria, inclusive, pela “perspectiva de venda da totalidade ou de parte da empresa”. Ora, a contribuinte subscreveu aumento de capital de R\$ 1.850.000,00 na Gold Food, em 25/05/1999. Em 31/05/1999, seis dias após, foi alienada a terceiros a parcela da atividade fim da Gold Food (que poderia justificar a perspectiva de rentabilidade), pelo valor total de R\$ 390.000,00 (fls. 164/183). Nota-se aí a inconsistência do argumento da impugnante. A disparidade entre o montante investido e o valor da venda demonstra que o investimento não tinha sentido do ponto de vista negocial.

O aumento de capital não traduzia a real intenção da empresa. Essa nunca teve interesse em aumentar sua participação na Gold Food, ao contrário, o interesse era sair do negócio. O aumento de capital não ocorreu porque se vislumbrava a possibilidade de lucros futuros na empresa Gold Food, ou porque o seu valor de mercado seria alavancado, mas porque a criação do ágio possibilitaria, num encadeamento de operações, a transformação de créditos incobráveis (e indedutíveis da base de cálculo do Imposto de Renda e da Contribuição Social) em perdas em investimentos, essas sim, dedutíveis.

Os atos de alteração contratual que formalizaram o aumento de capital contêm declaração e cláusula não verdadeira, tendo a empresa incidido em simulação, matéria que já tratamos anteriormente. A razão única para a artificial criação do ágio foi a busca do prejuízo ao Fisco.

Diante de tais fatos, em especial os prejuízos contínuos apurados por Gold Food (gerando, inclusive, patrimônio líquido a descoberto de R\$ 1.316.890,77), a diferença abissal entre o valor da subscrição de quotas pela RECORRENTE (R\$ 400,00/cota) e o valor da venda realizada 6 dias após a terceiros (R\$ 0,11/cota), bem como o preço pago pelo investimento em tal alienação (R\$ 390.000,00, enquanto que o ágio pago por rentabilidade futura na subscrição realizada pela RECORRENTE, 6 dias antes, foi de R\$ 1.624.094,98), leva-me a concluir, sem sombra de dúvida, que a decisão recorrida não merece reparos, inclusive quanto à conclusão pela simulação.

A respeito do argumento da RECORRENTE de que os créditos junto a empresas ligadas não diziam respeito a vendas de mercadorias e serviços e de que o § 6º do art. 9º da Lei nº 9.430/96, que impossibilita que tais perdas reduzam o lucro tributável, aplicar-se-ia somente a vendas de mercadorias ou serviços não prospera. Não é demais lembrar que o saldo de créditos da RECORRENTE junto a Gold Food que foram mantidos em seu ativo após o aumento de capital em questão, foi posteriormente baixado como perda, reduzindo o lucro real e a base de cálculo de CSLL. Diante de tal constatação, a autoridade fiscal considerou tal procedimento ilegal, a teor do que dispõe o referido § 6º do art. 9º da Lei nº 9.430/96, realizando o lançamento de ofício para a cobrança dos tributos calculados e recolhidos a menor. É importante lembrar, neste momento, que a RECORRENTE desistiu do recurso em relação a tal matéria, o que implica o reconhecimento tácito de que a interpretação levada a efeito pelo Fisco, de fato, é a correta.

No que atine ao argumento de que a baixa de R\$ 52.717,57 não glosada pela Fiscalização, relativa à baixa do investimento em razão da cisão de Gold Food e posterior venda pela Spézia, se, por um lado, realmente tal montante não foi alvo de lançamento, por outro, em momento algum tal fato permite extrair que o lançamento realizado é inconsistente ou lhe falta sustentação jurídica.

Pelo amplo conjunto probatório colacionado aos autos, bem como o raciocínio desenvolvido pela autoridade fiscal autuante, confirma-se o procedimento adotado.

O cenário não é diferente em relação ao ágio gerado na operação junto à Spézia. Peço vênia para reproduzir as conclusões da decisão recorrida:

Investimentos na Spézia

Em 31/08/2000 a Goldsztein aumenta sua participação na Spézia em R\$ 1.360.000,00, passando a deter 27,53% do capital social da mesma. O ágio tem por base o inciso III, do § 2º, do art. 385 do RIR/99 – fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas (fls. 138). Também, no mesmo dia, a Financiera Oregon S. A. retira-se da sociedade, cedendo a totalidade de suas 4.079.040 quotas a sócios da Golsztein pelo valor simbólico de R\$ 1,00.

A Spézia estava com patrimônio líquido negativo em R\$ 881.671,40 e vinha de sucessivos prejuízos, como se vê abaixo:

Prejuízos da Spézia		
Ano-calendário	no período em R\$	Acumulado em R\$
Saldo anterior	(1.257.083,99)	(331.931,74)
1997	(479.503,50)	(1.589.015,73)
1998	(3.434.503,67)	(2.068.519,23)
1999	(665.847,11)	(5.503.022,90)
até 08/2000		(6.168.870,01)

Ato contínuo ao aumento de capital e no mesmo dia a Spézia é incorporada pela Goldsztein, apurando expressiva perda em investimentos. Em resposta à intimação do fisco, a empresa justificou assim as operações (fls. 97):

“A Goldsztein S. A. continuou a ter que aportar recursos financeiros na SPEZIA, principalmente para honrar passivos de naturezas tributária e previdenciária muitos identificados inclusive no item 1 do Termo de Intimação em questão. Esses recursos aportados, em 31 de agosto de 2000, foram utilizados em aumento de capital social da SPÉZIA no montante de R\$ 1.360.000,00, do que resultou em razão da primeira avaliação pelo patrimônio líquido da participada um ágio assim apurado [omissis].

Uma vez que não mais se justificava a existência da empresa SPEZIA, da qual se retirou o parceiro antes buscado para desenvolver a atividade de alimentação, que também deixou de

existir no Grupo Goldsztein, como já referido, a Goldsztein S. A., com vista a continuar honrando os passivos de naturezas tributária e previdenciária que nela ainda remanesciam, decidiu por incorporá-la (sublinhei).

O autuante diz que (fls. 52): “Evidente fica que embora formalmente fizesse um aumento de capital, na verdade não tinha esta intenção, pois não se pretendia dar continuidade à atividade fim, tanto que foi alienada. O objetivo foi de produzir um resultado (perda) diferente daquele que foi ostensivamente indicado. E, fundamentalmente buscou o prejuízo do Fisco.

Como se pode ver pela informação prestada pela empresa, de forma especial o primeiro parágrafo antes transcrito, o pagamento de ágio na aquisição de participação societária não tem razão de ser. Apenas na escrituração, fls. 138, é que vai aparecer a razão formal para o ágio: “fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas”. A apuração de ágio implica a existência de um sobrevalor aos bens integrantes do estabelecimento empresarial, com o custo de aquisição da participação societária superando o valor do patrimônio líquido. Ao teor do art. 385 do RIR/99:

Art. 385. [omissis]

§ 2º O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 2º):

I – valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;

II – valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;

III – fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

O inciso I trata de elementos materiais que podem dar fundamento econômico ao ágio e os dois outros incisos referem elementos imateriais, incorpóreos, que podem justificar o sobrevalor incorrido na aquisição da participação societária. Não há qualquer elemento no processo que indique a existência desses elementos imateriais a justificarem o ágio. Ao contrário, a empresa era deficitária e não consta que tivesse reputação no mercado, clientela ou outra razão que justificasse o investimento.

Mas, principalmente, há a declaração expressa da contribuinte de que o interesse era encerrar as atividades da empresa, vejamos o que está dito na impugnação (fls. 936/937, sublinhei):

“A empresa Spézia pertencia ao Grupo Goldsztein e tinha fortes dívidas tributárias e previdenciárias e patrimônio líquido negativo. Assim, era necessária uma solução imediata para esta situação, e decidiu-se pela extinção da empresa pelo método mais fácil e lógico nas circunstâncias, qual seja, a incorporação da controlada, fato altamente corriqueiro no mundo societário. De outro lado, ainda que não se levasse a efeito a incorporação, falta de capitalização daquela

implicaria, num futuro imediato, em rumores negativos e, sabe-se bem, a mais das vezes exagerados, a respeito da situação financeira do Grupo.”

A incorporação de outra sociedade, como forma de extinção daquela, pode ser o método mais fácil, lógico e corriqueiro no mundo societário. Mas a realização de um investimento com ágio em empresa que já se decidiu será extinta é um contra-senso e só se justifica pela busca da ilícita vantagem tributária a que alude o autuante (fls. 502):

“Não fosse o interesse no aproveitamento dos prejuízos, poderia a empresa ter simplesmente assumido o acervo líquido, que neste momento também passou a pertencer aos sócios da Goldsztein, conforme contrato de alienação da Spézia, folhas 184 a 185.”

É indiscutível que a Goldsztein tinha, junto à Spézia, créditos de difícil ou impossível recebimento. A contribuinte também informa que continuou a quitar dívidas da Spézia após a incorporação, como se vê nos excertos adiante (fls. 937, sublinhamos):

“[omissis] tendo se decidido pela incorporação, a empresa resolveu capitalizar os valores dos créditos que tinha a receber na Spézia, diminuindo o passivo desta, inclusive por exigência da Junta Comercial do Rio Grande do Sul, que não costuma registrar incorporação de empresa com Patrimônio Líquido Negativo. Ato contínuo, visando a reorganização societária e a adequação de atividades de gerenciamento e administração dentro de uma única empresa, incorporou o acervo patrimonial da investida, quitando, posteriormente, as dívidas da Spézia.”

São as próprias informações da impugnante que confirmam a tese fiscal: a autuada não queria aumentar sua participação societária na Spézia, o ágio apurado na operação é fictício, não havia qualquer motivo comercial a justificá-lo.

Com isso, tenho por acertada a autuação ao considerar que os ágios registrados nos aumentos de capital não podem produzir efeitos tributários, pois a declaração de vontade expressa nos instrumentos de subscrição do aumento de capital, que gerou os ágios era enganosa e buscava produzir efeitos diversos dos indicados. Nem tinha fundamento o ágio em função de rentabilidade futura (Gold Food), nem tinha fundamento o ágio decorrente de “fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas (Spézia).

Em seu recurso voluntário, a RECORRENTE não traz absolutamente qualquer novo argumento que possa abalar o raciocínio desenvolvido na decisão recorrida.

Em relação ao desenho da operação realizada pela RECORRENTE, não se pode olvidar que o contribuinte tem o direito de estruturar o seu negócio de maneira que melhor lhe convém, com vistas à redução de custos e despesas, inclusive à redução dos tributos, sem que isso implique, necessariamente, qualquer ilegalidade.

Entretanto, o que não se admite atualmente é que os atos e negócios praticados se baseiem numa aparente legalidade, sem qualquer finalidade empresarial ou negocial, para disfarçar o real objetivo da operação, quando unicamente almeje reduzir o pagamento de tributos.

Greco²: Nesse sentido, colacionam-se a seguir os ensinamentos de Marco Aurélio

... a pergunta que se põe é: admitida a existência do direito de o contribuinte organizar a sua vida, este direito pode ser utilizado sem quaisquer restrições? Ou seja, tal direito é ilimitado? Todo e qualquer “planejamento” é admissível? Minha resposta é negativa. (pág. 190)

Ou seja, cumpre analisar o tema do planejamento tributário não apenas sob a ótica das formas jurídicas admissíveis, mas também sob o ângulo da sua utilização concreta, do seu funcionamento e dos resultados que geram à luz dos valores básicos de igualdade, solidariedade social e justiça. (pág. 202)

[...] com o advento do Código Civil de 2002 a questão ficou solucionada, pois seu artigo 187 é expresso ao prever que o abuso de direito configura ato ilícito:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (pág. 206)

No Brasil, entendo que esta possibilidade de recusa de tutela ao ato abusivo (mesmo antes do Código Civil de 2002) encontra base no ordenamento positivo, por decorrer dos princípios consagrados na Constituição de 1988 e da natureza da figura. Porém, a atitude do Fisco no sentido de desqualificar e requalificar os negócios privados somente poderá ocorrer se puder demonstrar de forma inequívoca que o ato foi abusivo porque sua única ou principal finalidade foi conduzir a um menor pagamento de imposto.

Esta conclusão resulta da conjugação dos vários princípios acima expostos e de uma mudança de postura na concepção do fenômeno tributário que não deve mais ser visto como simples agressão ao patrimônio individual, mas como instrumento ligado ao princípio da solidariedade social. (pág. 208)

Em suma, não há dúvida de que o contribuinte tem o direito, encartado na Constituição Federal, de organizar sua vida da maneira que melhor julgar. Porém, o exercício deste direito supõe a existência de causas reais que levem a tal atitude. A auto-organização com a finalidade predominante de pagar menos imposto configura abuso de direito, além de poder configurar algum outro tipo de patologia do negócio jurídico, como, por exemplo, a fraude à lei. (pág. 228)

Nota-se, assim, que o direito ao planejamento tributário não pode ser absoluto, há que haver uma conformação entre a existência do direito e o modo como se exerceu esse direito, sob pena de incorrer-se em abuso de direito.

Ricardo Lobo Torres, a esse respeito, esclarece que “a proibição da elisão abusiva no campo tributário nada mais é que a especificação do princípio geral, jurídico e moral, da vedação do abuso de direito”.³

A tributação, historicamente, sempre contou com a rejeição do povo. Esse o motivo em função do qual foi fixada, em 1215, a limitação à tributação pela lei. Na Inglaterra de então, os barões e os religiosos procuraram conter o arbítrio do Rei, fixando que não haveria tributação sem lei que a estabelecesse. Mais adiante, a Constituição Norte-Americana de 1787 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 reprisaram a limitação. Essa perspectiva, entretanto, sofreu alteração ao longo do tempo. Hoje, a tributação não é mais uma concessão da sociedade em favor do Estado, mas um instrumento da sociedade que tem por finalidade manter uma máquina pública estruturada em favor da própria sociedade. Esse é o sentido do dever fundamental do indivíduo de recolher os tributos devidos. Confira-se, a respeito, o pensamento de Klaus Tipke (“Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva”, Douglas Yamashita, São Paulo, Malheiros, 2002, pág. 13):

O dever de pagar impostos é um dever fundamental. O imposto não é meramente um sacrifício, mas sim uma contribuição necessária para que o Estado possa cumprir suas tarefas no interesse do proveitoso convívio de todos os cidadãos. O Direito tributário de um Estado de Direito não é Direito técnico de conteúdo qualquer, mas ramo jurídico orientado por valores. O direito Tributário afeta não só a relação cidadão/Estado, mas também a relação dos cidadãos uns com os outros. É um direito da coletividade.

A Constituição Federal de 1988 caminhou no sentido defendido por Tipke, quando afirma no seu art. 1º que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e estipula como seus fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. A atividade produtiva deve cumprir o seu papel social de importância ao desenvolvimento do país e de fonte de manutenção dos membros da sociedade, mas sem que se sobreponha à cidadania e a dignidade humana.

O art. 3º da Constituição estipula como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Para o atingimento desses objetivos é de suma importância os recursos oriundos da tributação, daí que não se pode admitir o planejamento tributário lastreado exclusivamente na liberdade negocial e no respeito às formas, mas com mascaramento dos atos e negócios praticados para disfarçar o real objetivo da operação, unicamente para se esquivar do pagamento dos tributos.

O pagamento de tributos é a contrapartida à proteção estatal que cada cidadão aspira. Ele tem muita importância para a coletividade e, por isso, pode ser exigido. Não se pode ter uma fixação por direitos, sob o aspecto individualista, esquecendo-se dos deveres, que também são importantes e que cada cidadão deve cumprir em função da posição que ocupa na sociedade.

Cabível assentar, também, que a orientação constitucional e jurisprudencial antes referida não representa novidade em termos internacionais. Nos Estados Unidos da América, meca do capitalismo e do liberalismo, a Suprema Corte, ao apreciar o caso *Gregory v. Helvering*, já em 1935, reconheceu o direito de planejamento do contribuinte, mas afastou a licitude de operações societárias nas quais presente choque entre a realidade e o artifício formal. Daquele julgado, que tratou de pretensa operação societária isenta do imposto de renda, colhe-se o seguinte excerto da decisão (“Interpretação Econômica do Direito Tributário: o caso *Gregory v. Helvering* e as doutrinas do propósito negocial (*business purpose*) e da substância sobre a forma (*substance over form*)”, Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, Revista Fórum de Direito Tributário, Belo Horizonte, nº 43, págs. 55 a 62):

Nessas circunstâncias, os fatos falam por eles mesmos e permitem apenas uma única interpretação. O único empreendimento, embora conduzido nos termos do item “b” da seção 112, fora de fato uma forma elaborada e errônea de transposição simulada como reorganização societária, e nada mais. A regra que exclui de consideração o motivo da elisão fiscal não guarda pertinência com a situação presente, porquanto a transação em sua essência não é alcançada pela intenção pura da lei. Sustentar-se de outro modo seria uma exaltação do artifício em desfavor da realidade, bem como retirar da previsão legal em questão qualquer propósito sério. É mantido o julgamento de segunda instância.

Marco Aurélio Greco assevera ainda que “nem tudo o que é lícito é o honesto” e que o “o ordenamento jurídico não se resume à legalidade; ele contempla também mecanismos em última análise de neutralização de esperteza”, fazendo

*parte daquilo que Tércio Sampaio Ferraz Júnior denomina de **regras de calibração do ordenamento**. Ou seja, os textos legais dão as peças do sistema jurídico, mas para que funcionem coordenadamente precisam ser calibradas, ajustadas.*⁴ (grifo nosso)

Sobre o tema, Ricardo Lobo Torres conclui que

No direito tributário o mais importante para a Administração é requalificar o ato abusivo, sem anulá-lo em suas consequências no plano das relações comerciais ou trabalhistas.[...] Na elisão, afinal de contas, ocorre um abuso na subsunção do fato à norma tributária; como lembra Paul Kirchhof, a elisão é sempre uma subsunção malograda [...] Cabe à Administração Tributária, conseqüentemente, corrigir a subsunção malograda,

*requalificando o fato de acordo com a interpretação correta da regra de incidência.*⁵

Discorrendo sobre o tema planejamento tributário, Greco assim se manifesta:

Recordando: na primeira fase, predomina a liberdade do contribuinte de agir antes do fato gerador e mediante atos lícitos, salvo simulação; na segunda fase do ainda predomina a liberdade de agir antes do fato gerador e mediante atos lícitos, porém nela o planejamento é contaminado não apenas pela simulação, mas também pelas outras patologias do negócio jurídico, como o abuso de direito e a fraude à lei.

*Na terceira fase, acrescenta-se um outro ingrediente que é o princípio da capacidade contributiva que – por ser um princípio constitucional tributário – acaba por eliminar o domínio da liberdade, para temperá-la com a solidariedade social inerente à capacidade contributiva.*⁶ (grifo nosso)

Salienta ainda o doutrinador que a capacidade contributiva é uma norma programática “possuindo caráter positivo em todos os momentos da atividade de concreção dos preceitos constitucionais: legislação, execução e jurisdição. **É a afirmação de que a eficácia jurídica alcança os intérpretes e aplicadores do Direito e não apenas o legislador**”⁷. (grifo nosso) Acrescenta ainda que se trata de instrumentos de controle do abuso de direito, fraude à lei e outras patologias dos negócios jurídicos, uma vez que negariam a eficácia de regramentos constitucionais.⁸

O Supremo Tribunal Federal já vêm se manifestando nesse sentido, como é possível observar no voto do Ministro Carlos Velloso no julgamento do RE nº 227.832-1 DJ de 28.06.2002), cujo excerto transcreve-se a seguir:

[...] a interpretação puramente literal e isolada do §3º do art. 155 da Constituição Federal levaria ao absurdo, conforme linhas atrás registramos, de ficarem excepcionadas do princípio inscrito no art. 195, caput, da mesma Carta – “a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei...” – empresas de grande porte, as empresas de mineração, as distribuidoras de derivados de petróleo, as distribuidoras de eletricidade e as que executam serviços de telecomunicações – o que não se coaduna com o sistema da Constituição, e ofensiva, tal modo de interpretar isoladamente o § 3º do art. 155, a princípios constitucionais outros, como o da igualdade (C.F., artigo 5º e artigo 150, II) e da capacidade contributiva.

A respeito da colisão entre liberdade de iniciativa e solidariedade, Greco, em excepcional análise sobre o tema, conclui:

⁵ LOBO TORRES, Ricardo. Planejamento Tributário. Elisão abusiva e evasão fiscal. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 25.

⁶ GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2011, p. 319.

⁷ GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2011, p. 343.

⁸ GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2011, p. 344.

[...] quando se diz que é preciso tributar segundo a capacidade contributiva, também é preciso ponderar não ser adequado transformar a capacidade contributiva num valor absoluto que atropela a legalidade e a tipicidade. [...]

*Minha concepção ideológica é de que sempre haverá de ponderar os dois conjuntos de valores; ou seja, para mim o ponto de partida é o de que ambos devem estar sentados à mesa para dialogar. Vale dizer, não é a rigor um “ponto” de partida, mas uma “dualidade” de partida. Não há caso que não envolva dois tipos de valores. Isso está escrito com todas as letras no artigo 3º, I, da Constituição de 1988 – quando formula **os objetivos do Estado brasileiro** – ao estabelecer que **um deles é o de construir uma sociedade livre, justa e solidária**. Formulação linguística muito feliz, pois coloca numa ponta a liberdade (típica do Estado de Direito) e, na outra ponta, a solidariedade (típica do Estado Social) e entre elas a justiça que resultará da ponderação das duas. Ou seja, **só vamos ter justiça se e quando houver ponderação entre os valores liberdade e solidariedade.**⁹ (grifo nosso)*

Portanto, o procedimento adotado pela autoridade fiscal encontra-se em total sintonia com os princípios da legalidade e da livre iniciativa, encontrando eco não só na doutrina, mas também na jurisprudência, inclusive do Pretório Excelso. Também não há que se falar em desconsideração da personalidade jurídica ou de atos jurídicos. O que houve, na prática, foi uma requalificação dos atos realizados pelo contribuinte, prática adotada como regra de calibração do sistema (conforme Tércio Sampaio Ferraz Júnior), ou de “neutralização de esperteza”, nas palavras de Marco Aurélio Greco.

No caso concreto, ressaltam aos olhos o posicionamento artificial da RECORRENTE em face das leis de regência de cunhos societário e fiscal.

Pois bem. Cabe, agora, analisar quem se desincumbiu do ônus da prova. Conforme já salientado, entendo que o trabalho do Fisco não merece reparos.

Em primeiro lugar, faz-se necessário discorrer sobre a força probatória dos indícios. Sabe-se que os indícios e presunções constituem prova. Já no art. 136 do antigo Código Civil previa-se que os indícios são substratos fáticos que formam a presunção.

Gilberto de Ulhôa Canto (Presunções no Direito Tributário, Resenha Tributária, São Paulo, 1991, p. 3/4) ensina:

Na presunção toma-se como sendo a verdade de todos os casos aquilo que é a verdade da generalidade dos casos iguais, em virtude de uma lei de freqüência ou de resultados conhecidos, ou em decorrência da previsão lógica do desfecho. Porque na grande maioria das hipóteses análogas, determinada situação se retrata ou define de um certo modo, passa-se a entender que desse mesmo modo serão retratadas e definidas todas as situações de igual natureza. Assim, o pressuposto lógico da formulação preventiva consiste na redução, a partir de um fato conhecido, da conseqüência já conhecida em situações

verificadas no passado; dada a existência de elementos comuns, conclui-se que o resultado conhecido se repetirá. Ou, ainda, infere-se o acontecimento a partir do nexa causal lógico que o liga aos dados antecedentes.

Já Moacyr Amaral Santos (Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 2º volume, 3ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1977, p. 436/437), assim leciona:

[...] prova é a soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo.

A prova indireta é o resultado de um processo lógico. Na base desse processo está o fato conhecido. O fato conhecido, o indício, provoca uma atividade mental, por via da qual poder-se-á chegar ao fato desconhecido, como causa ou efeito daquele. O resultado positivo dessa operação será uma presunção [...]

Um dos maiores especialistas sobre provas no Direito Processual Civil brasileiro – Darci Guimarães Ribeiro – assim se manifesta sobre os indícios:

Nas presumptiones hominis, também conhecidas por simples, comuns ou de homem, e que, para os criminalistas, chamam-se indícios e, para os ingleses, denominam-se circunstâncias, o raciocínio dedutivo é feito pelo homem. Aqui, o legislador não quis legalmente presumir o fato desconhecido, deixando, em especial, ao juiz fazer o raciocínio necessário, a fim de chegar à descoberta do fato desconhecido, utilizando a experiência comum ou técnica, a fim de obter o convencimento necessário. [...] Enquanto as presunções legais servem para dar segurança a certas situações de ordem social, política, familiar e patrimonial, as presunções feitas pelo homem-juiz cumprem uma função exclusivamente processual, porque estão diretamente ligadas ao princípio da persuasão racional da prova, contido no art. 131 do CPC. [...] Seu campo de atuação é vastíssimo, tanto no processo civil quanto no processo penal, máxime para apreender os conceitos de simulação, dolo, fraude, má-fé, boa-fé, intenção de doar, pessoa honesta, etc.¹⁰

Corroborando essas teses, a jurisprudência administrativa segue a mesma direção:

MEIOS DE PROVA - A omissão de receitas, quando sua prova não estiver estabelecida na legislação fiscal, pode realizar-se por todos os meios admitidos em Direito, inclusive presuntiva com base em indícios veementes, sendo livre a convicção do julgador. (Acórdão nº 105-4.032/90, 1º Conselho de Contribuintes, Publicado em 14/09/90).

Observe-se o que diz Paulo Celso B. Bonilha (Da prova no Processo Administrativo Tributário, Dialética, São Paulo, 1997, p. 92):

Sob o critério do objeto, nós vimos que as provas dividem-se em diretas e indiretas. As primeiras fornecem ao julgador a idéia

objetiva do fato probando. As indiretas ou críticas, como as denomina CARNELUTTI, referem-se a outro fato que não o probando e que com este se relaciona, chegando-se ao conhecimento do fato por provar através de trabalho de raciocínio que toma por base o fato conhecido. Trata-se, assim, de conhecimento indireto, baseado no conhecimento objetivo do fato base, “factum probatum”, que leva à percepção do fato por provar (“factum probandum”), por obra do raciocínio e da experiência do julgador.

Desse modo, pode-se afirmar que indício é o fato conhecido do qual se parte para o desconhecido e que assim é definido por Moacyr Amaral dos Santos (*op.cit.*):

Assim, indício, sob o aspecto jurídico, consiste no fato conhecido que, por via do raciocínio, sugere o fato probando, do qual é causa ou efeito.

Evidencia-se, portanto, que o indício é a base objetiva do raciocínio ou atividade mental por via do qual poder-se-á chegar ao fato desconhecido. Se positivo o resultado, trata-se de uma presunção.

Sobre o tema, evoca-se o voto vencedor do acórdão nº CSRF/01-02.743, da Câmara Superior de Recursos Fiscais, que toma por base a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Indícios de omissão de receitas é que não faltam. A propósito, como relembra o preclaro mestre Hely Lopes Meirelles, o Egrégio Supremo Tribunal Federal já decidiu que “indícios vários e concordantes são prova”, com o que, de plano, este relator poderia dar o assunto por encerrado. (STF, RTJ 52/140 apud Hely Lopes Meirelles in Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo, Malheiros, 22ª ed., 1997, p. 97.)

Como visto, os indícios, ou fatos conhecidos, são as bases para construção da prova. No caso concreto, a Fiscalização demonstrou de forma inequívoca uma série de fatos e apontou como única finalidade destes a dedução valores relativos a créditos com empresas ligadas - travestidos de perda de capital -, a fim de que pudessem ser excluídos do lucro real e da base de cálculo da CSLL. Todos os indícios coligidos possuem consistência e vínculo com a infração apontada.

Oportuna, neste ponto, a lição de Maria Rita Ferragut (Evasão fiscal: o parágrafo único do artigo 116 do CTN e os limites de sua aplicação, Revista Dialética de Direito Tributário nº 67, Dialética, São Paulo, 2001, p. 119/120), ao tratar da força probatória das presunções e indícios, bem como da imperatividade de seu uso na esfera tributária:

É a comprovação indireta que distingue a presunção dos demais meios de prova (exceção feita ao arbitramento, que também é meio de prova indireta), e não o conhecimento ou não do evento. Com isso, não se trata de considerar que a prova direta veicula um fato conhecido, ao passo que a presunção um fato meramente presumido. Só a manifestação do evento é atingida pelo direito e, portanto, o real não tem como ser alcançado de forma objetiva: independentemente da prova ser direta ou indireta, o fato que se

quer provar será ao máximo jurídica certo e fenomenicamente provável. É a realidade impondo limites ao conhecimento.

Com base nessas premissas, entendemos que as presunções nada 'presumem' juridicamente, mas prescrevem o reconhecimento jurídico de um fato provado de forma indireta. Faticamente, tanto elas quanto as provas diretas (perícias, documentos, depoimentos pessoais etc.) apenas "presumem".

O conjunto de indícios e presunções é chamado pela doutrina de prova indireta. Sobre o tema, Antônio da Silva Cabral (*Processo Administrativo Fiscal*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1993, página 305) assim se pronunciou:

Valor da prova indireta. Em direito fiscal conta muito a chamada prova indireta. Conforme consta do Ac. CSRF/01-0.004, de 26/10/79, 'A prova indireta é feita a partir de indícios que se transformam em presunções. Constitui o resultado de um processo lógico, em cuja base está um fato conhecido (indício), prova que provoca atividade mental, em persecução do fato conhecido, o qual será causa ou efeito daquele. O resultado desse raciocínio, quando positivo, constitui a presunção.

Sobre o tema, prossegue o mesmo autor (*Op. cit.*, página 312):

O julgador de uma causa não esteve em contato com os fatos, não conheceu as circunstâncias e as pessoas que atuaram. Tudo isso é dado no processo e ele procura, manipulando as provas, chegar ao verdadeiro conhecimento dos fatos para, depois, aplicar a norma. Como todo ser humano que se debruça sobre os fatos, tem ele de valer-se por vezes, da experiência adquirida com o trato da coisa pública. As presunções e os indícios servem, pois, para o julgador chegar à verdade dos fatos.

Alberto Xavier (*Do Lançamento – Teoria Geral do Ato do Procedimento e do Processo Tributário*, editora Forense, 1998, pág. 133), quando analisa o lançamento, assim se manifesta:

Nos casos em que não existe ou é deficiente a prova direta pré-constituída, a Administração fiscal deve também investigar livremente a verdade material. É certo que ela não dispõe agora de uma base probatória fornecida diretamente pelo contribuinte ou por terceiros; e por isso deverá ativamente recorrer a todos os elementos necessários à sua convicção.

Tais elementos serão, via de regra, constituídos por provas indiretas, isto é, por fatos indiciantes, dos quais se procura extrair, com o auxílio de regras de experiência comum, da ciência ou da técnica, uma ilação quanto aos fatos indiciados. A conclusão ou prova não se obtém diretamente, mas indiretamente, através de um juízo de relação normal entre o indício e o tema prova. Objeto de prova em qualquer caso são os fatos abrangidos na base de cálculo (principal ou substitutiva) prevista na lei: só que no caso a verdade material se obtém de um modo direto e nos outros de um modo indireto fazendo intervir ilações, presunções, juízos de probabilidade ou

de normalidade. Tais juízos devem ser, contudo, suficientemente sólidos para criar no órgão de aplicação do direito a convicção da verdade.

Merece aprofundamento, ainda, a questão das operações estruturadas em sequência. Greco¹¹ trata o tema com a maestria peculiar:

Operação Estruturadas em Sequência

Sob esta denominação estão as step transactions, vale dizer, aquelas sequências de etapas em que cada uma corresponde a um tipo de ato ou deliberação societária ou negocial encadeado com o subsequente para obter determinado efeito fiscal mais vantajoso. Neste caso, cada etapa só tem sentido se existir a que lhe antecede e se for deflagrada a que lhe sucede.

Uma operação estruturada indica a existência de um objetivo único, predeterminado à realização de todo o conjunto. E mais, indica a existência de uma causa jurídica única que informa todo o conjunto. Neste casos, cumpre examinar se há motivos autônomos, ou não, pois se estes inexistirem, o fato a ser enquadrado é o conjunto e não cada uma das etapas. (p. 462)

Na mesma linha de raciocínio desenvolvida, trata-se, aqui, do exame de operações realizadas em sequência, cujos fatos, *de per si*, não denotam qualquer infração, mas, em seu conjunto, demonstram inequivocamente que o único propósito negocial das operações foi antecipar a diminuição da carga tributária incidente sobre o negócio efetivamente realizado.

Conforme se observa, os pontos destacados por Greco ressaltam aos olhos no caso concreto pois as operações perpetradas pela RECORRENTE foram estruturadas em sequência (a- aumento de capital, com ágio fundamentado em rentabilidade futura e sem utilização de novos recursos, mediante utilização de créditos junto a empresas ligadas, em Gold Food, empresa do mesmo grupo econômico e com prejuízos acumulados em períodos seguidos e patrimônio líquido a descoberto; b – seis dias após, cisão parcial com venda de sua parte operacional por valor inexpressivo ante ao aumento de capital, com ágio, realizado no passo anterior; c – incorporação de Gold Food por Spézia, outra empresa do mesmo grupo, sendo o custo do investimento em Gold Food já inflado pelo ágio gerado na operação inicial; d – aumento de capital em Spézia, também com créditos junto a empresas ligadas, com ágio fundamentado em outras razões econômicas, sendo que Spézia era uma empresa deficitária e sem reputação no mercado, clientela ou outra razão que justificasse o investimento com ágio; e- na mesma data, Spézia foi incorporada pela RECORRENTE, sendo que o custo do investimento para fins de apuração do resultado na extinção do investimento contemplou o ágio apurado em Gold Food e também na própria Spézia, redundando em perda de capital).

Impende-se repetir os ensinamentos de Marco Aurélio Greco: a motivação e a finalidade dos atos necessitam ser comprovadas pelo próprio contribuinte, desde que a Fiscalização tenha trazido elementos que demonstrem que a motivação e a finalidade mostrem-se preponderantemente fiscais. A Fiscalização, sem sombra de dúvidas, cumpriu com sua parte. Caberia à RECORRENTE fazer a sua.

Nesse contexto, conclui-se que competia ao contribuinte provar a veracidade do que afirmou, nos termos da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (texto legal que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal), art. 36:

Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no artigo 37 desta Lei.

No mesmo sentido dispõe o art. 333 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (CPC):

Art. 333. O ônus da prova incumbe: [...] II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Justiça:

Corroborando tal tese, convém transcrever jurisprudência do Superior Tribunal de

Allegare nihil et allegatum non probare paria sunt — nada alegar e não provar o alegado, são coisas iguais. (Habeas Corpus nº 1.171-0 — RJ, R. Sup. Trib. Just., Brasília, a. 4, (39): 211-276, novembro 1992, p. 217)

Alegar e não provar significa, juridicamente, não dizer nada. (Intervenção Federal Nº8-3 — PR, R. Sup. Trib. Just., Brasília, a. 7, (66): 93-116, fevereiro 1995. 99)

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - APOSENTADORIA - NEGATIVA DE REGISTRO - TRIBUNAL DE CONTAS - ATOS ADMINISTRATIVOS NÃO COMPROVADOS - ART.

333, INCISO II, DO CPC - PAGAMENTO DOS PROVENTOS DE NOVEMBRO/96 E DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO DAQUELE MESMO ANO - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULAS 269 E 271 DA SUPREMA CORTE - 1. O ônus da prova incumbe ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, II, do Código de Processo Civil). Incumbe às Secretarias de Educação e da Fazenda a demonstração de que a professora havia sido notificada da suspensão de sua aposentadoria. (STJ - ROMS 9685 - RS - 6ª T. - Rel. Min. Fernando Gonçalves -DJU 20.08.2001 - p. 00538)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - IMPOSTO DE RENDA - VERBAS INDENIZATÓRIAS - FÉRIAS E LICENÇA-PRÊMIO - NÃO INCIDÊNCIA - COMPENSAÇÃO - AJUSTE ANUAL - ÔNUS DA PROVA - O ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Cabe ao contribuinte comprovar a ocorrência de retenção na fonte do imposto de renda incidente sobre verbas indenizatórias e à Fazenda Nacional incumbe a prova de eventual compensação do imposto de renda retido na fonte no ajuste anual da declaração de rendimentos. Recurso provido. (STJ -

REsp 229118 - DF - 1ª T. - Rel. Min. Garcia Vieira -DJU 07.02.2000 - p. 132)

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - EMBARGOS DO DEVEDOR - NOTIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO - IMPRESCINDIBILIDADE - ÔNUS DA PROVA - 1. Imprescindível a notificação regular ao contribuinte do imposto devido. 2. Incumbe ao embargado, réu no processo incidente de embargos à execução, a prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (CPC, art. 333, II). 3. Recurso especial conhecido e provido. (STJ -REsp 237.009 - (1999/0099660-7) - SP - 2ª T. - Rel. Min. Francisco Peçanha Martins - DJU 27.05.2002 - p. 147)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - IRPF - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - VERBAS INDENIZATÓRIAS - RETENÇÃO NA FONTE - ÔNUS DA PROVA - VIOLAÇÃO DE LEI FEDERAL CONFIGURADA - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA - SÚMULA 13/STJ - PRECEDENTES - Cabe ao autor provar que houve a retenção do imposto de renda na fonte, por isso que é fato constitutivo do seu direito; ao réu compete a prova de eventual compensação na declaração anual de rendimentos dos recorrentes, do imposto de renda retido na fonte, fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor - Incidência da Súmula 13 STJ - Recurso especial conhecido pela letra a e provido. (STJ -RESP 232729 - DF - 2ª T. - Rel. Min. Francisco Peçanha Martins -DJU18.02.2002 - p. 00294)

Nesse cenário, conclui-se, sem sombra de dúvidas, que os atos artificiais e sequenciais levados a efeito pela RECORRENTE produziram efeitos fiscais absolutamente diversos daqueles que os fatos efetivamente ocorridos produziriam: os créditos incobráveis junto a empresas ligadas, que efetivamente seriam indedutíveis das bases de cálculo de IRPJ e CSLL, foram transformados em custo do investimento, dando ensejo à apuração de perda de capital no momento de sua extinção por incorporação.

Por fim, cabe ressaltar que as normas legais citadas pelo autuante não abrigam aqueles que se posicionam artificialmente diante dela. Nada impede que os contribuintes busquem formas de pagar menos tributos, mas o procedimento deve estar dentro daquilo que é autorizado pelo ordenamento jurídico, mas sem o mascaramento dos atos praticados para se atingir esses objetivos, como é o caso dos autos. De igual forma, o princípio da livre iniciativa insculpido na Constituição Federal não possui o condão de transformar os fatos efetivamente ocorridos.

Isso posto, peço vênha a Marco Aurélio Greco para tomar como minhas suas conclusões, já transcritas no corpo de meu voto, que muito se encaixam no fechamento do meu entendimento sobre o caso, em especial o conflito entre livre iniciativa e solidariedade:

Minha concepção ideológica é de que sempre haverá de ponderar os dois conjuntos de valores; ou seja, para mim o ponto de partida é o de que ambos devem estar sentados à mesa para dialogar. Vale dizer, não é a rigor um “ponto” de partida, mas uma “dualidade” de partida. Não há caso que não envolva dois tipos de valores. Isso está escrito com todas as letras no

*artigo 3º, I, da Constituição de 1988 – quando formula os objetivos do Estado brasileiro – ao estabelecer que um deles é o de construir uma sociedade livre, justa e solidária. Formulação linguística muito feliz, pois coloca numa ponta a liberdade (típica do Estado de Direito) e, na outra ponta, a solidariedade (típica do Estado Social) e entre elas a justiça que resultará da ponderação das duas. Ou seja, **só vamos ter justiça se e quando houver ponderação entre os valores liberdade e solidariedade.**¹²*

Por fim, é imperioso esclarecer que a autuação baseia-se exclusivamente no passo intermediário da reorganização societária e dos seus efeitos tributários. Não se contestam, pois, os objetivos negociais finais da reorganização.

Assim sendo, entendo que o lançamento em questão, bem como a decisão recorrida, não estão em desconpasso com a legislação vigente.

Por esses motivos, nego provimento ao recurso em relação à glosa da perda em investimentos.

No que atine à multa qualificada, entendo preenchido o requisito de dolo no conjunto de atos simulados praticados, caracterizando a fraude a que alude o art. 72 da Lei nº 4.502/64, situação suficiente para justificar a exasperação da penalidade então prevista no inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430/96. Nego, portanto, provimento ao recurso voluntário em relação à multa qualificada cominada à infração em questão.

3.2 GLOSA DE DESPESAS FINANCEIRAS

A infração diz respeito ao saldo de despesas financeiras que superou as receitas financeiras obtidas em operações de mútuo da RECORRENTE com acionistas e pessoas ligadas.

Entendo correta a conclusão do Fisco.

A RECORRENTE se apoia no disposto no art. 374 do RIR/99 que trata as despesas financeiras como operacionais.

Não se discute que despesas financeiras sejam dedutíveis, mas não há como desatrelar tal entendimento à aplicação dos recursos obtidos em operações passivas nas atividades operacionais da empresa. Quando se constata que, ao mesmo tempo, uma pessoa jurídica obtém recursos financeiros no mercado, e, nos mesmos períodos, passa a emprestar recursos a terceiros, ainda que não sejam vinculados a ela, as eventuais perdas obtidas em tais operações não são dedutíveis das bases de cálculo de IRPJ e de CSLL, exceto se a pessoa jurídica em questão tivesse a atividade financeira como atividade fim, o que não é o caso da RECORRENTE.

A decisão recorrida retrata em detalhes tanto os fatos ocorridos quanto as questões de direito aplicáveis:

Inconteste é que a empresa realizou operações de mútuo com acionistas e pessoas ligadas e, ao mesmo tempo, captou recursos no mercado, incorrendo em despesas financeiras. É irrefutável que a necessidade de captação de

recursos aumentou no mesmo montante em que a autuada emprestou seus recursos. A concessão de mútuos é operação estranha ao objeto social da autuada, com isso, não podem as despesas financeiras vinculadas aos empréstimos captados e repassados a terceiros serem consideradas operacionais – requisito para sua dedutibilidade – para fins de apuração do lucro. Apenas se houvesse equivalência entre os encargos incidentes sobre os valores captados e os encargos incidentes sobre os mútuos concedidos é que haveria neutralidade no resultado. A glosa efetuada pelo autuante recompõe o lucro, passando a ter influência sobre ele apenas as despesas financeiras que são da própria contribuinte.

A norma que preceitua a dedutibilidade das despesas operacionais delimita o conceito destas, restringindo-o às despesas “necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora”. Mas não são quaisquer despesas operacionais que podem ser deduzidas, mas somente “as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa” (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47). Tal dispositivo consta dos arts. 24 do RIR/94 (adiante transcrito) e 299 do RIR/99:

RIR/94

“Despesas Necessárias

Art. 242 São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora (Lei nº 4.506/64, art. 47).

§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa (Lei nº 4.506/64, art. 47, § 1º).

§ 2º – As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa (Lei nº 4.506/64, art. 47, § 2º).”

É pacífico na jurisprudência administrativa não serem dedutíveis os encargos financeiros de empréstimos repassados a terceiros, inclusive pessoas ligadas, por serem despesas desnecessárias. É o que se vê nos acórdãos abaixo:

“ENCARGOS FINANCEIROS DE EMPRÉSTIMOS REPASSADOS- As despesas financeiras relativas a empréstimos repassados a empresas ligadas não se afiguram como necessárias (usuais e normais), sendo, pois, indedutíveis.” (Ac. Nº 101-92987, da 1ª Câmara do 1º CC, sessão de 24/02/2000).

“ENCARGOS FINANCEIROS DE EMPRÉSTIMOS REPASSADOS – Na apuração dos resultados da empresa somente são dedutíveis os encargos financeiros decorrentes de empréstimos indispensáveis à manutenção da fonte produtora. Entende-se como mera liberalidade o repasse, a terceiros, de valores sem cobrança dos correspondentes encargos.” (Ac. 1ºCC 102-29.855/95-DO 03/11/95).

“ENCARGOS FINANCEIROS DE EMPRÉSTIMOS REPASSADOS – As despesas financeiras relativas a valores que são repassados a empresas ligadas não se afiguram como despesas normais e usuais de pessoas jurídicas não financeiras; entretanto, considerando que a lei impõe a apropriação de receita da mutuante relativamente ao valor repassado, a glosa deve cingir-se ao valor da despesa que exceder à receita

regularmente contabilizada e tributada”. (Ac. 1º CC 101-89.828/96-DO 26/07/96).

“ENCARGOS FINANCEIROS DESNECESSÁRIOS (EX. 89/92) – Revelam-se desnecessários e, portanto, indedutíveis os encargos financeiros de captação externa junto à entidade financeira quando, simultaneamente, a pessoa jurídica transfere dinheiro à sua controlada a título de adiantamento para aumento de capital sem incidência de qualquer encargo”. (Ac. 1º CC 108-4.787/97 – DO 09/04/98).

“ENCARGOS FINANCEIROS DE EMPRÉSTIMO REPASSADOS – Não são dedutíveis do lucro os encargos financeiros repassados a terceiros se não forem esses ônus ressarcidos ao repassador”. (Ac. 1º CC 103-12.493/92 – DO 09/11/93).”

O Parecer Normativo nº 43, de 23 de novembro de 1981, estipula que os encargos financeiros devem ser rateados pela proporção em que os capitais são repartidos, como se vê pela ementa daquele ato:

“Quando a sociedade controladora repassa recursos obtidos por empréstimo no mercado financeiro ou levantados mediante emissão de debêntures, os encargos financeiros ou a remuneração dos títulos devem ser rateados entre os beneficiários dos recursos na exata proporção em que os capitais são repartidos.”

Cabe ao Fisco demonstrar, então, que empréstimos foram repassados sem os respectivos encargos financeiros. O autuante procurou demonstrar isso, aplicando uma fórmula matemática que leva em conta os saldos no final de cada mês, acumulando-os depois anualmente. Dita fórmula é a que segue:

Despesa financeira desnecessária = $(b/d * c) - a$, onde:

a – é o total das receitas financeiras no período

b – total dos contratos de mútuo a receber no período

c – total dos encargos financeiros no período, e

d – total dos contratos de financiamentos no período

Despesa desnecessária	= ($\frac{\text{Total dos contratos de mútuo a receber}}{\text{Total dos contratos de financiamento}}$	X	Total dos encargos financeiros) -	Total das receitas financeiras
-----------------------	-----	---	---	--------------------------------	-----	--------------------------------

A fórmula inicialmente estabelece uma relação entre o total dos mútuos a receber e o total dos empréstimos tomados. O valor resultante identifica quanto dos valores tomados no mercado foram repassados. Após, a multiplicação desse índice pelo total de encargos financeiros incorridos no período vai demonstrar quanto desses encargos são referentes aos empréstimos repassados a terceiros. A despesa desnecessária é apurada, então, pela diferença entre esse valor de encargo que corresponde aos empréstimos concedidos e os encargos efetivamente cobrados.

A aplicação da fórmula alcança o objetivo de ver quantificada a despesa desnecessária. Em singelo exemplo temos que, se a empresa, em determinado período, tomar um empréstimo de R\$ 1.000,00 incorrendo em R\$ 100,00 de encargos e emprestar, no mesmo período, R\$ 500,00 cobrando encargos financeiros de R\$ 40,00,

a aplicação da fórmula demonstrará que houve uma despesa desnecessária de R\$ 10,00.

O autuante informou na diligência realizada que a utilização dos saldos mensais da contas – e não diários – se deu em função de esse ser o critério adotado na escrituração da empresa, com lançamentos efetuados uma vez ao mês. Em sendo assim, entendo correto o critério adotado, pois leva em conta a própria sistemática utilizada pelo contribuinte. A metodologia adotada buscou a exata proporção da despesa indedutível, dentro dos limites fixados pelo contribuinte em virtude da sistemática adotada na contabilização. Com isso, a complementação da diligência é desnecessária.

No caso concreto, temos uma sucessão de empréstimos tomados e de empréstimos concedidos, sem a coincidência de datas entre essas operações, em outras palavras, não há o repasse direto de um empréstimo recebido para terceiras empresas. Há sim a concessão de mútuos ao mesmo tempo em que a empresa arca com encargos por recursos tomados no mercado. Ora, se a interessada não estivesse fazendo empréstimos a terceiros, é razoável supor que também não precisasse contrair empréstimos bancários nos montantes em que contraiu. Então, a interessada, direta ou indiretamente, está repassando empréstimos bancários, por ela contraídos, a terceiros, através de operações de mútuo. Para caracterização do repasse de recursos captados não há necessidade coincidência de datas e valores, conforme ensina a jurisprudência:

“GLOSA DE DESPESAS FINANCEIRAS. MÚTUO COM SÓCIO. DESNECESSIDADE DAS DESPESAS.

O sujeito passivo capta recursos junto ao mercado e paga encargos financeiros que reduzem o lucro líquido e ao mesmo tempo mantém com o sócio, contrato de mútuo, que não prevê encargos financeiros; se o mútuo não tivesse sido concedido, o volume da dívida contraída junto ao mercado, seria menor, com a conseqüente redução das despesas financeiras. Para a glosa de despesas financeiras por desnecessidade das mesmas, não necessariamente, precisa haver uma vinculação entre a captação de recursos no mercado e o repasse ao sócio como mutuário, com precisão de datas e valores.”
(Acórdão nº107-09.612 de 04/02/2009 do Carf).

A impugnante reclama que parcela dos recursos repassados não adveio de operações de empréstimos bancários, mas de recursos gerados na própria empresa. Ora, como já dissemos, caso a empresa não tivesse concedendo empréstimos (atividade que não se enquadra nas finalidades da contribuinte), teria ela menor necessidade de contratar mútuos no sistema financeiro ou poderia diminuir seu endividamento e arcaria, assim, com menores encargos. Então, sempre que a empresa estiver tomando recursos no mercado ao mesmo tempo em que concede empréstimos, deve guardar igualdade entre os encargos que paga e recebe, sob pena de incorrer em despesa desnecessária.

A impugnante refere (fls. 919) que não está proibida de conceder empréstimos só porque essa atividade não consta do seu objeto social. É verdade. O que a empresa está impedida é de diminuir o seu lucro e, com isso, deixar de recolher os tributos correspondentes, por deduzir, como suas, despesas com juros e encargos dos empréstimos que beneficiaram terceiros.

Outra restrição da contribuinte é quanto ao universo das contas a serem consideradas no cálculo. Com a impugnação veio o Anexo B (fls. 958 e seguintes) onde foram relacionados todos os empréstimos bancários passivos e todos os mútuos ativos, solicitando que todas fossem consideradas. Com a diligência

realizada o autuante esclareceu os critérios utilizados para incluir ou não determinadas contas contábeis e, ano a ano, arrolou as contas que entendeu devam ser incluídas e aquelas que não devem compor o cálculo da despesa desnecessária, especificando as razões para cada caso. Os critérios adotados são (fls. 2099):

“- Algumas contas apresentam valores que são compensados com outras contas do mesmo grupo, indicando que determinado empréstimo bancário foi repassado. Logo, é plausível concluir que nos casos de existência de saldos em umas das contas citadas, deve-se pela não contabilização tempestiva ou simultânea, sendo restabelecida por registro subsequente. Do mesmo modo em que não foram incluídas no auto de infração, também não as consideramos na quantificação das despesas financeiras desnecessárias neste diligência.

- Destacamos que algumas contas apresentam destinação específica, sendo utilizadas com repasses de financiamentos, ora identificada individualizadamente com o ‘nome do adquirente’, ora com ‘Plano 100’, e desta forma não se prestando à utilização de benefícios a terceiros e/ou sócios. Logo somos de opinião que as mesmas não devem compor a referida quantificação das despesas financeiras desnecessárias.

- Não foram incluídas as contas de natureza funcional, tais como conta-corrente com sócios, pois não tem o condão de repassar e/ou gerar benefícios aos sócios, mas sim de manter o funcionamento empresarial, notadamente aquelas em que estão registradas adiantamentos de despesas, honorários e outras operações do gênero, incidindo aplicação de juros de 1% sobre os saldos devedores ou credores.”

A impugnante reclama que “as cédulas monetárias não contêm qualquer indicativo no sentido de que o seu poder liberatório está adstrito à quitação de tais ou quais despesas expressamente indicadas” e que não se poderia identificar, nas contas do ativo, “quais ou tais recursos serão especificamente destinados a específicos custeios”.

O autuante trouxe ao processo vários contratos de abertura de crédito em que os recursos são dirigidos para obra certa. Como exemplo temos:

“Contrato com Banco de Crédito Nacional – BCN (fls. 1814 – sublinhei)

8. DEMAIS CLÁUSULAS E CONDIÇÕES:

DOS ATOS JURÍDICOS:

a) o CREDOR abre um crédito à DEVEDORA, cujos produtos serão exclusivamente aplicados na produção do empreendimento imobiliário mencionado no sub-ítem 2.3.”

“Contrato com BBVA Banco (fls. 2073 – sublinhei)

CLÁUSULA PRIMEIRA – Destinação e concessão do crédito – A(s) DEVEDORA(S) solicitou(aram) ao CREDOR a abertura de um crédito para ser, obrigatoriamente, aplicado na finalidade prevista no

item 6-b, no imóvel mencionado no item 6-a, do Quadro Resumo deste instrumento [omissis].

PARÁGRAFO PRIMEIRO: – A(s) DEVEDORA(s) declara(m)-se responsável(eis) pelo rigoroso cumprimento de todas as obrigações constantes da Lei nº 4.591/64, aplicáveis ao empreendimento e que esta operação é destinada única e exclusivamente à construção do empreendimento caracterizado no item 6-b do Quadro Resumo e que este bem, como patrimônio, não se confunde nem se comunica com os bens, direitos e obrigações do seu patrimônio geral ou outros da mesma forma constituídos e, por conseqüência, este patrimônio não reponde por dívidas e obrigações não vinculadas à mencionada incorporação [omissis].”

Não há indicativos no processo de que a autuada tenha deixado de aplicar integralmente os recursos recebidos nos empreendimentos a que se destinavam e, com isso, não teriam os recursos migrado para terceiras empresas ou sócios. Tenho, assim, como acertado o critério usado pelo autuante, de não considerar esses financiamentos na quantificação de despesas desnecessárias.

A impugnante reclama, também, da inclusão, na regra de proporcionalidade, das despesas com a variação cambial passiva. Diz (fls. 2134): “Como essa despesa financeira não representou custo efetivo suportado pela entidade, mas apenas o reconhecimento contábil do ajuste entre as disparidades de cotação da moeda representativa do valor tomado em empréstimo, a sua inclusão nos cálculos resulta em inaceitável distorção na identificação do percentual aplicável na determinação do valor das glosas”.

O artigo 377 do RIR/99 facultava à empresa a dedução das perdas cambiais. A contribuinte optou pelo reconhecimento de tais perdas, efetuando o registro pelo regime de competência. O dispositivo a que me referido está transcrito adiante:

“Art. 375 – Na determinação do lucro operacional deverão ser incluídas, de acordo com o regime de competência, as contrapartidas das variações monetárias, em função da taxa de câmbio ou de índices ou coeficientes aplicáveis, por disposição legal ou contratual, dos direitos de crédito do contribuinte, assim como os ganhos cambiais e monetários realizados no pagamento de obrigações.

Parágrafo único. As variações monetárias de que trata este artigo serão consideradas, para efeito da legislação do imposto, como receitas ou despesas financeiras, conforme o caso.

Art. 377 – Na determinação do lucro operacional poderão ser deduzidas as contrapartidas de variações monetárias de obrigações e perdas cambiais e monetárias na realização de créditos, observado o disposto no parágrafo único do art. 375”.

A empresa reconheceu a despesa com a variação cambial passiva pelo regime de competência. Como essas despesas não são integralmente suas – em função do repasse de mútuos – a glosa efetuada com o trabalho fiscal tem que ocorrer nas mesmas épocas em que escrituradas as despesas, afinal, a autuação está, tão-somente, reduzindo as despesas dedutíveis àqueles valores que poderiam ser escriturados em cada momento.

Por ocasião do lançamento, o autuante chamou atenção (fls. 57) para a conta 1.1.2.04.003 – representativa de valores a receber por venda imóveis ao sócio Sérgio Goldsztein. Diz o agente do Fisco que a conta foi “mantida por vários anos sem nenhum pagamento ou amortização, sendo atualizada pelo Custo Unitário Básico – CUB, o qual apresenta defasagem em relação aos custos de captação na rede bancária”.

Por ocasião da impugnação, a contribuinte não se manifestou especificamente quanto à matéria. Voltou a falar por ocasião da diligência (fls. 2131) para dizer que o negócio ocorreu em condições normais de mercado, juntando, para prova, cópia de contratos de compra e venda para as quais a parte financiada pela requerente teria atendido às mesmas condições contratadas com o Sr. Sérgio Goldsztein. Refere que o negócio com o sócio teria rendido um lucro de 40%, conforme espelhado no Livro Diário.

O sócio adquiriu uma casa e quatro terrenos para pagar em 120 meses (dez anos) com atualização apenas pelo CUB, conforme se vê no contrato de fls. 145/147. Os contratos que a impugnante traz para mostrar que o negócio foi feito em condições normais de mercado (fls. 2143/2152) efetivamente prevêem a correção exclusivamente pelo CUB. Uma diferença significativa é que com o sócio o prazo para pagamento pactuado é de dez anos (3.650 dias), enquanto na contratação paradigma o valor deveria ser pago 63 dias após a assinatura do contrato. Como se vê são condições muito diferentes. Outra significativa diferença é que na contratação com o sócio não são pactuadas multas ou correção para eventual atraso no pagamento, enquanto na contratação trazida como exemplo, há previsão de correção monetária, juros, multas, custas e honorários advocatícios na base de 10% (dez por cento) sobre o total do débito. Como se vê, ao contrário de demonstrar que o negócio com o sócio foi efetuado em condições normais de mercado, o que fica evidenciado é o contrário, houve claro benefício ao dirigente.

Ao falar sobre a diligência, a empresa trouxe argumento novo, qual seja, de que as operações realizadas com a Financiera Oregon Sociedad Anônima não deveriam compor a base eleita para determinação das descabidas glosas porque foram operações em condições normais de mercado e porque a referida empresa não manteria “qualquer vínculo societário de ligação (posto não presentes as condições estabelecidas pelo artigo 465 do RIR/99 [omissis])”.

Como já referimos anteriormente, inclusive com juntada de jurisprudência, são desnecessárias as despesas com encargos financeiros sobre recursos captados e repassados a terceiros. A desnecessidade da despesa subsiste sejam esses terceiros pessoas ligadas ou não. O argumento de que as operações foram realizadas em condições normais de mercado, em primeiro lugar, está incomprovado e, em segundo lugar, em qualquer situação em que os encargos sobre os recursos captados superarem os encargos sobre a proporção dos valores transferidos, ocorrerá uma despesa que não é necessária à atuação da empresa. Sem razão, portanto, a impugnante.

A impugnante também reclamou que os valores constantes na fls. 262, “Passivo Total” estariam incorretos. O valor apontado em 31/01/1998 foi de R\$ 6.545.911,72, enquanto o correto seria de R\$ 4.741.178,12, repercutindo nos períodos seguintes. Assiste razão à reclamante e com a diligência os valores foram corrigidos (fls. 2118).

A impugnante apontou ainda a ocorrência de equívocos no cálculo relativo às despesas desnecessárias em 1999 que, adotados os critérios do fisco deveriam ser de R\$ 1.013.107,97. Também nesse caso foi confirmada a procedência da reclamação e o cálculo vindo com a diligência corrigiu os equívocos (fls. 2123).

O autuante também referiu, na diligência, ter havido, na ação fiscal, a inclusão em duplicidade, no ano de 2000, da conta 117.01.012 – Juros ABC, opinando pela retificação dos valores. O autuante também excluiu a conta compensável 212.02.001.001 (Boa Vista), no ano de 1998.

Na planilha de fls. 2106 consta o recálculo das despesas desnecessárias após as alterações efetuadas. A despesa ficou maior nos anos de 1997 e 2000-II e foi reduzida nos anos de 1998, 1999 e 2000-I. De pronto, há que se referir que os valores lançados, referente aos anos 1997 e 2000-II, não podem ser aumentados, porque demandaria lançamento complementar, não efetuado. Com isso, o quantum de despesa financeira desnecessária naqueles períodos deve permanecer no montante lançado, sem prejuízo da análise das demais restrições levantadas pela autuada, que faremos adiante. [...]

Conforme se observa, antes da análise do mérito sobre a infração, a turma julgadora *a quo* converteu o feito em diligência a fim de apurar as inconsistências apontadas pelo contribuinte em sua impugnação.

Com base no resultado da diligência, alguns valores já foram excluídos da base de cálculo do lançamento.

A RECORRENTE contesta o método de cálculo adotado pela Fiscalização. A decisão recorrida explicita o critério adotado:

A fórmula inicialmente estabelece uma relação entre o total dos mútuos a receber e o total dos empréstimos tomados. O valor resultante identifica quanto dos valores tomados no mercado foram repassados. Após, a multiplicação desse índice pelo total de encargos financeiros incorridos no período vai demonstrar quanto desses encargos são referentes aos empréstimos repassados a terceiros. A despesa desnecessária é apurada, então, pela diferença entre esse valor de encargo que corresponde aos empréstimos concedidos e os encargos efetivamente cobrados.

A aplicação da fórmula alcança o objetivo de ver quantificada a despesa desnecessária. Em singelo exemplo temos que, se a empresa, em determinado período, tomar um empréstimo de R\$ 1.000,00 incorrendo em R\$ 100,00 de encargos e emprestar, no mesmo período, R\$ 500,00 cobrando encargos financeiros de R\$ 40,00, a aplicação da fórmula demonstrará que houve uma despesa desnecessária de R\$ 10,00.

Para a RECORRENTE o lançamento seria nulo por tal critério não estar previsto em lei. Além disso, o cálculo levado a cabo no lançamento causaria distorções no resultado apurado. Discordo de ambos os argumentos.

Em primeiro lugar, haveria sim de se adotar um critério para realizar o lançamento. Os valores que ingressaram nas disponibilidades da RECORRENTE em razão dos empréstimos obtidos, e os posteriores mútuos concedidos não são coincidentes em datas e valores, e nem precisariam ser para caracterizar o prejuízo obtido pela empresa em operações estranhas ao seu objeto social.

Além disso, o contribuinte fazia lançamentos englobados no último dia de cada mês, impossibilitando o cálculo diário e por rubrica específica, o que, ao menos em tese, seria o ideal para o caso concreto, como bem ficou elucidado em razão do resultado da diligência determinada pela turma julgadora de primeira instância.

Diante de tal cenário, o que faria a autoridade lançadora? Deixaria de proceder ao lançamento ou procuraria um critério lógico para cálculo das despesas financeiras?

Nesse cenário, rejeito a arguição de nulidade do lançamento.

Quanto à oscilação da taxa de câmbio e os valores de despesas considerados antes da data da efetiva quitação dos empréstimos, a decisão recorrida foi cirúrgica: o art. 375 do RIR/99 determinava às empresas que reconhecem as receitas de variações cambiais pelo regime de competência, e possibilitava às pessoas jurídicas reconhecer as despesas com variações cambiais pelo regime de competência. E a RECORRENTE optou por assim reconhecê-las, o que impôs, no cálculo proporcional realizado pela autoridade fiscal, que tais valores também compusessem as despesas financeiras a serem consideradas.

No mais, não procedem as demais alegações da RECORRENTE, devendo a decisão recorrida ser mantida por seus próprios fundamentos.

6 MATÉRIAS NÃO LITIGIOSAS E EXIGÊNCIA DE CSLL

Deixo de analisar a infração referente à glosa na baixa de créditos com empresas ligadas em face do pedido de desistência parcial e da adição das multas de ofício à bases de cálculo de IRPJ e de CSLL em razão de ser matéria não litigiosa desde a interposição da impugnação.

Quanto à exigência de CSLL, na ausência de argumentos específicos por parte da RECORRENTE, a solução dada ao litígio principal, relativo ao IRPJ, estende-se ao lançamento da CSLL em razão da relação de causa e efeito dos fatos e direito aplicáveis.

6 CONCLUSÃO

Isso posto, voto por não conhecer do recurso em relação à glosa na baixa de créditos com empresas ligadas em face do pedido de desistência parcial, rejeitar a preliminar de prescrição intercorrente e de nulidade do lançamento, e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO – Relator