



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

Processo nº 13005.001065/2009-11
Recurso nº 882.217 Voluntário
Acórdão nº 1302-000.991 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 3 de outubro de 2012
Matéria IRPJ - ÁGIO EM REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA
Recorrente ALLIANCE ONE BRASIL EXP DE TABACOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007

Ementa:

ÁGIO. SIMULAÇÃO.DEDUTIBILIDADE.

Constatada a simulação na criação de ágio, é cabível a glosa da sua dedução da base de cálculo do IRPJ e CSLL.

MULTA QUALIFICADA.

Constatado o dolo na prática de fraude e conluio que resultaram na geração e ágio artificial, criado de forma consciente e deliberada, é cabível qualificação da multa de ofício, aplicada no percentual de 150%.

JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO. PATRIMÔNIO LÍQUIDO REDUZIDO.

Verificado que o sujeito passivo aumentou indevidamente o patrimônio líquido, mediante a dedução de parcelas glosadas pela fiscalização, é correta a glosa da parcela de juros sobre o capital próprio calculada sobre a o montante inexistente de patrimônio líquido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade suscitada e, no mérito, pelo voto de qualidade, em negar provimento ao Recurso Voluntário do contribuinte. Vencidos os conselheiros Paulo Cortez, Marcio Frizzo e Diniz Raposo.

(assinado digitalmente)

Processo nº 13005.001065/2009-11
Acórdão n.º **1302-000.991**

S1-C3T2
Fl. 1.143

LUIZ TADEU MATOSINHO MACHADO – Presidente em exercício.

(assinado digitalmente)

EDUARDO DE ANDRADE - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luiz Tadeu Matosinho Machado, (presidente da turma), Paulo Roberto Cortez, Eduardo de Andrade, Márcio Rodrigo Frizzo, Andrada Márcio Canuto Natal e Diniz Raposo e Silva.

Relatório

Trata-se de apreciar Recurso Voluntário interposto em face de acórdão proferido nestes autos pela 1ª Turma da DRJ/STM, no qual o colegiado decidiu, por unanimidade, julgar improcedente a impugnação, mantendo o crédito tributário exigido, conforme ementa que abaixo reproduzo:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007

OPERAÇÕES DE REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA. CRIAÇÃO DE ÁGIO AMORTIZÁVEL. SIMULAÇÃO. GLOSA DAS EXCLUSÕES INDEVIDAS DA BASE DE CÁLCULO DO IRPJ E DA CSLL.

As operações de reorganização societária, para serem legítimas, devem possuir causa negocial real, inalterável ao arbítrio de quem o pratica, e decorrer de atos efetivamente existentes, e não serem artificiais e apenas formalmente registrados nos contratos sociais e na escrituração contábil. Desse modo, há simulação quando os atos negociais são realizados com finalidade não correspondente exatamente a sua causa legítima. Confirmada a simulação dos atos negociais que possibilitaram o aparecimento do ágio amortizável, é cabível a glosa das exclusões da base de cálculo do IRPJ e da CSLL decorrentes da amortização do ágio.

SIMULAÇÃO. GLOSA. DESPESA DE JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO.

Constatada a simulação com o propósito de prejudicar a fazenda pública, correto o fisco, em relação aos negócios jurídicos viciados, não aceitar os seus efeitos tributários mediante glosa de parte da despesa de juros sobre capital próprio.

MULTA AGRAVADA. SIMULAÇÃO.

Constatada a existência de simulação dos atos jurídicos com o objetivo de prejudicar a fazenda pública, caracterizada está a fraude definida no art. 72 da Lei nº 4.502/1964, devendo ser aplicada a multa de 150% prevista no inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430/1996.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-CALENDÁRIO: 2005, 2006, 2007

LANÇAMENTO DECORRENTE. CSLL.

A decisão relativa ao auto de infração do IRPJ deve ser igualmente aplicada no julgamento do auto de infração da CSLL, uma vez que ambos os lançamentos, do IRPJ e da CSLL, estão apoiados nos mesmos elementos de convicção.

Os eventos ocorridos até o julgamento na DRJ, foram assim relatados no acórdão recorrido:

Trata-se de autos de infração relativos ao Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ e à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL lavrados em 05/11/2009, para constituição dos créditos tributários relativos aos anos-calendário de 2005, 2006, 2007, no montante de R\$ 95.806.557,08 (principal, multa qualificada e juros de mora até a data da lavratura, decorrentes da constatação de irregularidades assim descritas no Relatório da Ação Fiscal de fls. 22 a 54, parte integrante da peça acusatória:

I - Informações preliminares sobre a empresa

A empresa fiscalizada, Alliance One Brasil Exportadora de Tabacos Ltda, é resultante de incorporação ocorrida no ano de 2005, onde a antiga Dimon do Brasil Tabacos Ltda incorporou a sociedade Meridional de Tabacos Ltda, ambas localizadas na região de Santa Cruz do Sul, mantendo-se o CNPJ da primeira. Essa alteração societária foi decorrente de operação de incorporação envolvendo as respectivas mantenedoras estrangeiras que uniu o grupo Dimon Incorporated com o grupo Standard Commercial Corporation.

No período em análise, a fiscalizada apresentou duas alterações da denominação social. Do início de 2005 até 15/05/2005, seu nome era Dimon do Brasil Tabacos Ltda; a partir 16/05/2005, com a criação do novo grupo internacional passou a denominar-se Alliance One Exportadora de Tabacos Ltda; e finalmente, com a incorporação da empresa Meridional de Tabacos Ltda em 30/09/2005, que consolidou as operações do grupo no Brasil, o nome social foi alterado para Alliance One Brasil Exportadora de Tabacos Ltda.

[...]

II- Procedimento fiscal

[...]

Após as primeiras análises, foi emitido Termo de Intimação Fiscal em 09/07/2009 (fls 64/65), onde no item 4.1 - "b" do mesmo, a contribuinte foi intimada a identificar as contas contábeis, cujos lançamentos foram utilizados para compor os valores registrados na linha 39 da ficha 09A (outras exclusões) das DIPJ anos-calendário 2005 a 2007.

Em resposta ao termo anterior (fls 66/79) foram juntados relatórios de resumo da linha 39 - ficha 09A das DIPJ anos-calendário 2005 a 2007, bem como cópias da parte B do Livro de Apuração do Lucro Real -LALUR. Da análise destes documentos, percebe-se que a empresa lançou como crédito no LALUR, em 01/10/2005, o valor de R\$ 238.675.082,43 sob o título de Provisão Deságio Investimento Alliance One. E assim, com débitos mensais da ordem de RS 3.977.918,04 (equivalente a 1/60 de RS 238.675.082,43) neste livro de apuração do lucro real, chegou-se às seguintes somas para exclusão da base de cálculo do

Imposto de Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido na DIPJ: Ano-calendário 2005= RS 11.933.754,12; Ano-calendário 2006 = RS 47.735.016,48; calendário 2007 = RS 47.735.016,48.

[...].

DAS OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS

10. Para obtenção da clareza necessária que a análise requer, primeiramente é preciso identificar as empresas participantes destas operações societárias, bem como os grupos econômicos aos quais pertenciam:

MERIDIONAL DE TABACOS LTDA: sociedade com matriz em Santa Cruz do Sul - RS e filiais em outros municípios dos estados do Rio Grande do Sul e Santa Catarina, atua no Brasil desde 11/1974, conforme dados do CNPJ. A mesma é subsidiária do grupo multinacional STANDARD COMMERCIAL CORPORATION, sendo controlada, no período em análise, pelas seguintes holdings: TRANS-CONTINENTAL LEAF TOBACCO CORPORATION LIMITED e STANDARD COMMERCIAL TOBACCO CO. INC.

DIMON DO BRASIL TABACOS LTDA: sociedade com matriz em Vera Cruz - RS e filiais em outros municípios dos estados do Rio Grande do Sul e Santa Catarina, atua no Brasil desde 10/1971, conforme dados do CNPJ. A mesma é subsidiária do grupo multinacional DIMON INCORPORATED, sendo controlada, no período em análise, pela seguinte holding: INTABEX NETHERLANDS B. V.

INCORPORAÇÃO INTERNACIONAL

[...]

12. Rememorando os principais fatos ocorridos até 29/08/2005, sem perder a noção de que as sociedades sob fiscalização e foco central desta apuração são Meridional de Tabacos Ltda - como sucedida, e Alliance One Brasil Exportadora de Tabacos Ltda (antes Dimon do Brasil Tabacos Ltda) -como sucessora, temos que:

a) as negociações entre os grupos Dimon Incorporated (mantenedora da Dimon Brasil) e Standard Commercial Corporation (mantenedora da Meridional) começaram em 2004 e tiveram desfecho no exterior em 13/05/2005, conforme registro na Securities and Exchange Commission - SEC, Estados Unidos da América (cópias traduzidas fls. 119/135);

b) os reflexos da fusão internacional foram formalizados, na mesma data e nos dias seguintes, em suas subsidiárias brasileiras, com alterações dos contratos sociais para penhor das cotas de capital;

c) foi alterada a denominação social da Dimon do Brasil Tabacos Ltda para Alliance One Exportadora de Tabacos Ltda, e também substituída a sócia da Meridional, de Standard Commercial Tobacco CO. INC. para Alliance One International Inc.;

d) os capitais sociais das duas subsidiárias: Alliance One Exportadora de Tabacos Ltda (antiga Dimon do Brasil) e Meridional de Tabacos Ltda, foram aumentados com reservas de capital e lucros acumulados.

13. Depois de todas as formalizações e ajustes aqui mencionados e, considerando que a sociedade Dimon do Brasil Tabacos Ltda teve seu nome alterado para reconhecer a identidade do novo grupo econômico (Alliance One), a

seqüência lógica e esperada é que esta viesse a incorporar a sociedade Meridional de Tabacos Ltda, seguindo a mesma linha adotada internacionalmente, onde o grupo Dimon incorporou o grupo Stardard. E foi exatamente isso que aconteceu, conforme a previsão divulgada na imprensa em 17/05/2005, atribuída ao executivo da Alliance One para a América do Sul, Hilton Kappaun (item 9 acima), esse fato concretizou-se em 30/09/2005, com os devidos registros contábeis e alterações contratuais. No entanto, e aqui reside o ponto crucial deste procedimento fiscal, antes da incorporação previsível, mais precisamente em 30/08/2005, as sociedades envolvidas procederam ao registro de uma operação de compra e venda de controle societário com ágio na aquisição. Mas, pelos elementos mostrados a seguir, ficará provado que isto não passou de mera simulação na tentativa de ludibriar o Fisco.

OPERAÇÃO SIMULADA

14. Em 30/08/2005, quando a seqüência dos fatos direcionava para formalização final da incorporação da Sociedade Meridional de Tabacos Ltda pela sociedade Alliance One Exportadora de Tabacos Ltda (antiga Dimon do Brasil), procederam-se a novas alterações dos contratos sociais de ambas empresas. Para obtenção de melhor clareza dos fatos relatados a seguir é necessário a visualização do status, em 30/08/05, de cada uma das participantes desse evento:

Alliance One Exportadora de Tabacos Ltda: possuía uma única sócia - Intabex Netherlands B.V. (principal holding do novo grupo Alliance One), com Capital Social de R\$ 254.311.930,00 e Patrimônio Líquido registrado de R\$ 268.324.917,57;

Meridional de Tabacos Ltda: possuía duas sócias, Trans-Continental Leaf Tobacco Corporation Limited (holding do antigo grupo Standard que passou a fazer parte do novo grupo Alliance One) e Alliance One Internacional Inc. (empresa mãe do novo grupo econômico). O Capital Social era de R\$ 31.041.632,00, dividido em R\$31.041.621,00 para a primeira, e R\$ 11,00 para a segunda sócia. O Patrimônio Líquido somava R\$ 132.369.394,32.

15. Os atos simulados consistiram no seguinte: a única sócia da Alliance Exportadora de Tabacos Ltda - Intabex Netherlands B.V., "vendeu" a totalidade da sua participação naquela sociedade, ou seja, 100% da mesma, a valor de mercado para a empresa Meridional de Tabacos Ltda, consistindo um total de R\$ 507.000.000,00 (quinhentos e sete milhões de reais), sendo desdobrado em R\$ 268.324.917,57 equivalente ao valor nominal do Patrimônio Líquido registrado na contabilidade, e R\$ 238.675.082,43 a título de ágio na aquisição. A operação foi verificada por meio das formalizações listadas a seguir:

a) Na empresa Alliance One Exportadora de Tabacos Ltda (ex Dimon):

-30/08/2005: procedeu-se à alteração do contrato social para substituir a única sócia Intabex Netherlands B. V. pela nova e única sócia Meridional de Tabacos Ltda (doc. fls 241/244);

- 30/08/2005: na contabilidade, foram efetuados os seguintes registros:

D 2.3.01.02.01.005 INTABEX NETHERLANDS B.V.....254.311.930,00

C 2.3.01.01.01.013 MERIDIONAL DE TABACOS LTDA ... 254.311.930,00

Histórico: valor transferência controle acionário da Intabex Netherlands b.v, p/ Meridional de Tabacos Ltda. cfe. alteração de contrato social.

Obs.: esse lançamento faz apenas a troca da cotista na conta capital, zerando o saldo da Intabex e, ao mesmo tempo, passando o valor do capital social para a Meridional, (cópias desses registros são anexadas às fls 575/577)

b) Na empresa Meridional de Tabacos Ltda:

- 30/08/2005: na contabilidade, foram efetuados os seguintes registros:
Lançamento 1:

C 2.1.1.01.08.003 INTABEX NETHERLANDS B. V (passivo circul). 507.000.000,00

D 1.1.3.01.01.010 ALLIANCE ONE EXP. TABACOS LTDA (Invest)....268.324.917,57

D 1.1.3.01.01.011 AGIO NA AQUISIÇÃO DE COTAS ALLIANCE....238.675.082,43

Histórico (C): valor investimento realizado na Alliance One Exp Tabacos Ltda;

Histórico (D): valor investimento realizado pela Intabex Netherlands B. V.

Obs.: Por este lançamento registra-se o investimento fictício na Alliance One Exportadora de Tabacos Ltda, em contrapartida de uma "dívida" assumida com a Intabex. Note-se que os históricos são confusos e destoam daquilo que a empresa alega ter ocorrido. O histórico do crédito, o qual seria uma dívida assumida pela Meridional perante a Intabex devido à compra da Sociedade Alliance One, fala de "investimento realizado na Alliance One Exportadora de Tabacos Ltda". O histórico do débito, por sua vez, é mais distorcido ainda, expressa que os valores registrados como investimento na Alliance One foram realizados pela Intabex e não pela Meridional onde está sendo contabilizado. Se seguirmos a lógica dos históricos, poderíamos dizer que a Intabex trouxe as cotas da Alliance One, registrou dentro da Meridional e ela mesma reinvestiu na sociedade de origem, sem deixar de ser a sócia proprietária, o que retrata a realidade fática, conforme veremos adiante. (Cópias dos lançamentos no livro Diário são juntadas às folhas 567/571).

Lançamento 2:

D 2.1.1.01.08.003 INTABEX NETHERLANDS B.V (passivo circ.)... 507.000.000,00

C 2.1.4.01.01.002 CAPITAL ESTRANGEIRO (capital social)..... 507.000.000,00

Histórico: valor aumento de capital social p/ingresso da sócia Intabex Netherlands b.v. cfe. alteração de contrato social.

Obs.: Neste lançamento, aquela "dívida" demonstrada no registro anterior é convertida em cotas de capital, com isso a Intabex passa a ser sócia majoritária da Meridional de Tabacos Ltda. Mais uma vez, percebe-se aqui equívoco na redação do histórico, o mesmo cita como documento originário do lançamento a 40ª alteração do contrato social, porém, esta alteração, como veremos na data seguinte, foi elaborada em 31/08/2005, ou seja, o registro contábil teria sido feito com base em documento ainda inexistente;

31/08/2005: é emitida a 40ª alteração do contrato social da Meridional, estabelecendo a sociedade Intabex Netherlands B. V. como nova sócia, com participação no capital social em R\$ 507.000.000,00, ficando o mesmo, então, distribuído entre três sócias: Intabex (R\$ 507.000.000,00), Trans-Continental (RS

31.041.621,00) e Alliance One Internacional RS 11,00) -somando RS 538.041.632,00.

16. Repare que nos lançamentos citados não há menção de conta Caixa ou Bancos, pois é isso mesmo, essas transações foram meros registros contábeis e alterações contratuais, sem movimentação financeira de um único centavo.

17. Dando continuidade à simulação, a sociedade Meridional de Tabacos, passou a fazer os ajustes contábeis envolvendo o ágio, no preparo para a incorporação definitiva desta sociedade pela Alliance One Exportadora de Tabacos Ltda. Seguem os lançamentos observados:

- 30 e 31/08/2005: empresa Meridional de Tabacos Ltda

Lançamento 1: (31/08/2005)

D 4.3.1.01.02.006 Provisão Deságio Invest.Alliance One (custo).....238.675.082,43

C 1.1.3.01.Oi.012 (-) Provisão de Agio Alliance One (reduz. Ativo)... 238.675.082,43

Histórico: Valor provisão Deságio no Investimento na Alliance One

Lançamento 2: (30/08/2005)

D 1.1.1.03.12.025 IRPJ Diferido (ativo circulante)..... 11.933.754,12

D 1.1.1.03.12.026 Contribuição Social Diferida (ativo circulante)..... 4.296.151,48

Dl. 1.2.02.04.025 IRPJ Diferido (realizável longo prazo)..... 47.735.016,49

D 1.1.2.02.04.026 Contribuição Social Diferida (realiz. longo prazo).. 17.184.605,91

C 4.5.1.01.01.001 Provisão P/Imposto De Renda (resultado)..... 59.668.770,58

C 4.4.1.01.01.001 Contribuição Social S/Lucro (resultado).....21.480.757,42

Histórico: Valor IR/ CS Diferido Constituído sobre o Agio na Aquisição de Investimento da Alliance One

Obs.: Aqui pode-se notar outra incongruência no registro dos fatos contábeis, pois o lançamento 2 só existe em função do lançamento 1, no entanto, este foi feito em data anterior àquele.

No lançamento 1 é criada uma provisão, redutora da conta de ágio no Ativo, em contrapartida de uma conta de resultado, ou seja, a totalidade do ágio é baixada como despesa no dia seguinte ao registro do investimento. Com este ato a contribuinte assume formalmente o encaminhamento da incorporação, do contrário, esse ágio seria realizado somente no prazo de verificação dos lucros futuros na investida, pois foi este o motivo alegado do ágio. A respeito da realização do ágio a Instrução CVM 247/96, Art. 14, § 2º, "a" com redação dada pela Instrução CVM 285/98 prescreve: "o ágio ou o deságio decorrente de expectativa' resultado futuro - no prazo, extensão e proporção dos resultados projetados, ou pela baixa por alienação ou perecimento do investimento, devendo os resultados projetados serem objeto de verificação anual, a fim de que sejam revisados os critérios utilizados para amortização ou registrada a baixa integral do ágio."

No lançamento 2, seguindo a normas contábeis e societárias são provisionados os tributos incidentes sobre o lucro (IR e CS), levando a resultado em contrapartida de um ativo fiscal diferido, esse procedimento é recomendado porque a realização do ágio tem efeitos no lucro deste exercício, porém os efeitos tributários dar-se-iam em exercícios futuros. Os valores registrados são equivalentes a 34% do valor do ágio baixado (25% de IR + 9% de CS) e terão a influência de aumentar o lucro líquido contábil, vez que receberam os lançamentos a crédito.

- 30/09/2005: empresa Meridional de Tabacos Ltda

Lançamento 1:

D 6.1.1.01.01.001 Balanço De Resultados.....238.675.082,43

C 4.3.1.01.02.006 Provisão Desagio Invest. Alliance One (despesa)...238.675.082,43

Histórico: 47 Transferência para a Conta 6.1.1.01.01.001

Lançamento 2:

D 1.1.3.01.01.012 (-) Provisão de Agio Aliance One (reduz. Ativo) 238.675.082,43

C 1.1.3.01.01.011 Agio na Aquisição de Cotas Alliance One..... 238.675.082,43

Histórico: Transferência p/conta Incorporação

Obs.: no lançamento 1, o valor do ágio é levado como despesa para o encerramento do exercício; no lançamento 2, a contas do Ativo (Agio e Provisão) são transferidas para a incorporadora. Os lançamentos acima estão de acordo com a legislação societária, apesar da origem dos valores ser inconsistente. Com isso, o grupo empresarial encaminha o desfecho do seu plano que consistia em aproveitar esse ágio, como benefício fiscal, dentro da incorporadora (Alliance One Exportadora de Tabacos Ltda), e assim poder usufruir da previsão exarada do Regulamento do Imposto de Renda -Decreto 3.000/99, onde os seus Arts. 385 e 386, III mencionam:

[...]

EFEITOS ECONÔMICOS DA OPERAÇÃO SIMULADA

21. Diante dos elementos apresentados até o momento, sobretudo pelas manifestações trazidas pela fiscalizada, percebe-se que não houve qualquer motivação econômica plausível que amparasse a operação de compra e venda da totalidade das cotas de capital da Alliance One Exportadora de Tabacos Ltda, negócio este que teria sido realizado entre Intabex Netherlands B. V. e Meridional de Tabacos Ltda. Isto posto, resta ainda averiguar se a dita operação comercial gerou algum efeito econômico-financeiro para as partes envolvidas ou para empresa como entidade, antes e após a incorporação.

1º) Inocorrência de Movimentação Financeira:

Conforme demonstrado anteriormente, a operação de compra e venda, registrada com total de R\$ 507.000.000,00, não gerou qualquer movimentação financeira, ficando simplesmente adstrita aos registros contábeis e às alterações dos contratos sociais.

2º) Efeitos Contábeis Nulos: No tocante a esta operação societária de compra e venda de cotas, os lançamentos contábeis registrados na empresa Meridional de Tabacos Ltda foram aqueles citados nos itens 13 a 15 acima, pinçados os principais para cá, com o intuito de facilitar a visualização:

Lançamento 1:

C 2.1.1.01.08.003 INTABEX NETHERLANDS B.V (passivo circul).507.000.000,00

D 1.1.3.01.01.010 ALLIANCE ONE EXP. TABACOS LTDA (Invest)....268.324.917,57

D 1.1.3.01.01.011 AGIO NA AQUISIÇÃO DE COTAS ALLIANCE238.675.082,43

Lançamento 2:

D 2.1.1.01.08.003 INTABEX NETHERLANDS B.V (passivo circul.).507.000.000,00

C 2.1.4.01.01.002 CAPITAL ESTRANGEIRO (capital social).....507.000.000,00

Lançamento 3:

D 4.3.1.01.02.006 Provisão Desagio Invest.Alliance One (custo)..... 238.675.082,43

C 1.1.3.01.01.012 (-) Provisão de Agio Alliance One (reduz. Ativo) 238.675.082,43

Lançamento 4:

D 1.1.1.03.12.025 IRPJ Diferido (ativo circulante)..... 11.933.754,12

D 1.1.1.03.12.026 Contribuição Social Diferida (ativo circulante).....4.296.151,48

D 1.1.2.02.04.025 IRPJ Diferido (realizável longo prazo).....47.735.016,49

D 1.1.2.02.04.026 Contribuição Social Diferida (realiz. longo prazo)..17.184.605,91

C 4.5.1.01.01.001 Provisão P/Imposto De Renda (resultado).....59.668.770,58

C 4.4.1.01.01.001 Contribuição Social S/Lucro (resultado).....21.480.757,42

O valor de R\$ 507.000.000,00 inicialmente registrado como dívida, e logo a seguir transformado em cotas de capital em nome da Intabex Netherlands B. V. (lançamentos 1 e 2) é composto pelo valor do Patrimônio Líquido da Alliance One Exportadora de Tabacos Ltda (R\$ 268.324.917,57) e pelo Ágio (R\$ 238.675.082,43). O valor de R\$ 268.324.917,57, num primeiro momento aparece no Patrimônio Líquido da Meridional e da Alliance One, mas anular-se-á automaticamente no momento da incorporação (30/09/2005), pois são registros que retratam o mesmo valor econômico, apenas em diferentes empresas. O que poderia trazer efeito modificativo patrimonial seria o valor do Agio, no entanto, a totalidade deste foi levada para formação do exercício financeiro pré-incorporação como despesa (lançamento 3). Assim, o valor de R\$ 238.675.082,43, que aumentou o Patrimônio Líquido da Meridional no momento do ingresso da Intabex como sócia,

é totalmente subtraído no momento da apuração do resultado gerando um resultado nulo.

Dos lançamentos acima, sobrou para análise o de número 4, o qual trata da provisão para o IRPJ e CSLL incidentes sobre a despesa de Ágio (tema tratado nos itens 15 e 17 acima). Esses valores são diferidos como ativo fiscal, e, ao mesmo tempo, levados a resultado como crédito, influenciando positivamente o resultado líquido do exercício. Cabe lembrar, entretanto, que as provisões para os citados tributos alteram apenas o resultado contábil, sem afetar a apuração do lucro real - efetiva base de cálculo dos tributos.

Diante disso, admite-se que o valor dessas provisões, totalizando R\$ 81.149.528,00, contribuiu para a diminuição do prejuízo líquido contábil apurado na Meridional antes da incorporação, afetando o Patrimônio Líquido desta. Porém, esse aumento patrimonial é transitório, pois, após a incorporação, esses saldos de ativo fiscal diferido que foram transportados para a contabilidade da Alliance One Exportadora de Tabacos Ltda passaram a ser baixados na proporção da realização fiscal do Ágio, ou seja, a 1/60 avos ao mês. A contrapartida dos lançamentos a crédito nas contas dos ativos fiscais são lançamentos a débito nas contas de provisão para IRPJ e CSLL, fazendo agora o caminho inverso, ou seja, diminuindo o patrimônio líquido. Ao final de 60 meses aquele aparente acréscimo patrimonial ocorrido na Meridional estará totalmente neutralizado.

[...]

EFEITOS TRIBUTÁRIOS DA OPERAÇÃO SIMULADA

23. Com a criação do Grupo Alliance One no exterior, a unificação das empresas no Brasil era certa e previsível, isso é admitido pela fiscalizada em suas manifestações. O caminho para a concretização passaria simplesmente por ajustes de capitais e a versão contábil do patrimônio da Meridional de Tabacos Ltda para a Alliance One Internacional, seguindo a mesma linha adotada no exterior, e assim foi feito em 30/09/2005. Então por qual m registrada essa operação intermediária de compra e venda? A seguir será demonstrado que o único intuito foi a tentativa de burla ao Fisco para pagar menos tributos.

24. Tendo como referência os lançamentos apresentados no item 15 acima, no momento do encerramento do exercício pré-incorporação na Meridional e conseqüente transferência dos saldos para a incorporadora, ocorreram os seguintes registros:

-Empresa Meridional de Tabacos (Incorporada): o lançamento de "Provisão Deságio Invest.Alliance One" - no valor de R\$ 238.675.082,43 - foi levado como despesa para o resultado do exercício e adicionado na Parte A do LALUR, anulando os efeitos tributários neste momento. Ao mesmo tempo foi registrado um crédito de mesmo valor para controle na Parte B do LALUR.

-Empresa Alliance One Exportadora de Tabacos Ltda (Incorporadora): a incorporadora recebe em sua contabilidade os registros das contas de Ativo "Agio na Aquisição de Cotas Alliance One" e "(-) Provisão de Agio Alliance One" (reduz. Ativo), ambas com saldo de R\$ 238.675.082,43. Estes valores são registrados no grupo Investimentos e, ato contínuo, transferidos para o Ativo Diferido. No LALUR, também transporta os saldos da Parte B, entre os quais o de Provisão Deságio Invest.Alliance One - no valor de R\$ 238.675.082,43.

A partir da incorporação, mês a mês, na contabilidade da sociedade Alliance One Exportadora de Tabacos Ltda, são registrados os seguintes lançamentos:

Lançamento 1

D 1.3.04.02.01.002 Provisão p/Realz. do Ágio(c/credora A. Diferido).....3.977.918,04

C 3.6.01.01.02.02 Prov.p/Realtação do Ágio (contade resultado) 3.977.918,04

Histórico: Valor ref. reversão parte Provisão Ágio Aquisição Alliance One P/Meridional de Tabacos.

Lançamento 2

D3.6.01.01.02.03 Prov.Amortiz.ÁgioEmpr.Controlada (contaresultado)..3.977.918,04

C 1.3.04.02.01.003 Amortiz.Ágio Aquis.Empr.Contr. (c/cred. A. Diferido) 3.977.918,04

Histórico: Valor ref. Amortização Ágio Aquisição Alliance One P/Meridional

Obs.: No lançamento 1, o valor de 1/60 avos, incidente sobre o total da provisão, é abatido mensalmente da mesma. No lançamento 2, a nova conta "Amorti..Ágio Aquis.Empr.Control", registra um crédito dentro do Ativo Diferido. Assim, ao final de 60 meses, tanto o saldo da provisão quanto o saldo da conta Ágio estarão completamente anulados. Estes lançamentos têm a finalidade de registrar a amortização do ágio e realização da respectiva provisão, objetivando a utilização dos correspondentes valores como exclusão da base tributada no LALUR. Observe-se que as contas de resultado recebem o mesmo valor a débito e a crédito, com isso, não há modificação no resultado contábil do exercício(amostragem dos lançamentos às folhas 578/603).

25. No LALUR (cópias às fls 620/628), a fiscalizada leva a efeito os objetivos buscados com a operação simulada. Mensalmente, transfere 1/60 avos daquele crédito registrado na Parte B, a título de Provisão Deságio Invest.Alliance One (R\$ 238.675.082,43), como exclusão na Parte A, desta forma as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, ficaram minoradas desde o ano calendário 2005, nos seguintes totais:

- Ano calendário 2005: R\$ 11.933.754,12 (3 X 3.977.918,04)

-Ano calendário 2006: RS 47.735.016,48 (12 X 3.977.918,04)

-Ano calendário 2007: RS 47.735.016,48 (12X3.977.918,04)

26. Como se observa, ao contrário do estudo econômico-financeiro sobre a operação societária em si de compra e venda de cotas, que apresentou resultado nulo, aqui, na análise tributária os efeitos são relevantes. Com base nisso, pode-se concluir que não houve materialidade na relação jurídica entre as particulares, mas apenas uma ação unilateral de particulares contra o Estado.

27. Além das citadas exclusões, existe ainda um outro efeito tributário resultante desta operação ficta, que consiste no seguinte: a empresa distribuiu juros sobre o capital próprio nos anos de 2006 e 2007, tendo como referência o total do Patrimônio Líquido registrado em sua contabilidade no final do ano anterior.

Porém, como amplamente demonstrado, especialmente no 3º tópico do item 19

acima, o capital social pós incorporação ficou indevidamente majorado pela soma dos tributos provisionados incidentes sobre a despesa de ágio. A operação de compra e venda de cotas está sendo desconsiderada para fins tributários, assim todos os seus efeitos são glosados, inclusive a parcela de despesa de juros sobre o capital próprio incidente sobre o patrimônio líquido irreal.

[...]

CONCLUSÕES SOBRE A OPERAÇÃO SIMULADA

[...]

Na doutrina, assim como nos jornais de economia, o tema aqui tratado virou assunto rotineiro nos últimos anos, e para expressar a ocorrência de tais atos criou-se o jargão "indústria do ágio". Quando se pensa no termo indústria vem logo à mente a produção rápida e em série de um mesmo produto, e isso faz sentido, pois, na operação em análise, foram feitos apenas alguns poucos lançamentos contábeis em dois dias de registros. A produção em série fica ilustrada na 40ª alteração do Contrato Social da empresa Meridional de Tabacos Ltda (fls 160/163), onde na segunda folha da mesma é citado "39ª alteração do seu Contrato Social, datada de 29 de agosto de 2005, em fase de registro na JUCESP" (sublinhei). Os atos da citada sociedade são registrados na Junta Comercial do Estado do Rio Grande do Sul -JUCERGS e não na JUCESP (estado de São Paulo). Este erro que permaneceu no documento averbado evidencia a adoção de um modelo de documento, o qual simplifica operacionalização da fraude. Por essa ótica, bastaria a alteração dos nomes de signatários em textos padrões, somada a alguns lançamentos na contabilidade para economizar milhões em tributos.

No caso em voga, a operação societária, onde a holding Intabex Netherlands B. V. teria vendido a totalidade das quotas da empresa Alliance One Exportadora de Tabacos Ltda à sociedade Meridional de Tabacos Ltda pelo seu valor nominal acrescido de ágio, foi claramente simulada. Todos os elementos apresentados até o momento dão a segurança necessária para que se possa afirmar isso, Podemos, com isso, encaminhar nossas conclusões com as seguintes evidências que dão densidade à simulação:

1º) Falta de Propósito Negocial

Intimada por duas vezes a manifestar-se sobre a motivação econômica que deu origem à formalização da operação de compra e venda de cotas (item 16 - Intimação 002 - item 5.3 e Intimação 003 - item 4), em nenhuma das respostas a fiscalizada trouxe algo de concreto que pudesse justificar o referido ato societário. Na segunda manifestação, alegou-se como motivo a consolidação das operações no Brasil tendo em vista a unificação dos negócios no exterior. A citada consolidação ocorreu em 30/09/2005 com a incorporação da sociedade Meridional de Tabacos Ltda pela incorporadora Alliance One Exportadora de Tabacos Ltda, e, tanto sob o aspecto formal ou econômico, não há nada que indique a necessidade de ter sido registrada esta operação intermediária para se chegar ao fim desejado de junção das empresas. A operação societária de investimento com ágio funcionou como um "parêntese" de resultado nulo, aberto de fechado em uma pequena fração de tempo, inserido dentro de uma operação longa que já tinha definição previamente sabida. Assim, o único propósito perceptível com a realização dessa operação formal foi o de fazer parecer real um investimento inexistente para, então, obter vantagem fiscal.

2º) Resultado Econômico-financeiro nulo

Em operações societárias desse gênero, realizada entre particulares, e neste caso, envolvendo o montante de R\$ 507.000.000,00, é de esperar-se a busca de vantagem financeira, econômica, ou ambas pelas partes envolvidas. No entanto, conforme demonstrado no item 19 acima, a negociação aqui tratada não trouxe qualquer efeito econômico ou financeiro para as empresas envolvidas no certame.

3º) Prática de Ato entre Partes Ligadas

As partes envolvidas nesta operação de investimento e participação societária eram, já à época dos fatos, diretamente relacionadas. O registro do novo Grupo Econômico no exterior ocorreu em 13/05/2005. Imediatamente isso refletiu em alteração contratual na Meridional de Tabacos Ltda e na Alliance One Brasil Exportadora de Tabacos - até então Dimon (item 9 acima). A operação simulada teve como partes signatárias a sociedade Meridional e Intabex Netherlands B. V., esta já era holding do antigo Grupo Dimon e assim manteve-se na nova configuração, sendo inclusive uma das tomadoras do contrato de crédito operacionalizado no exterior para garantir a incorporação. As decisões societárias a respeito das duas subsidiárias brasileiras passaram a ser centralizadas por comando único do novo complexo empresarial, isso fica evidente pelas publicações da imprensa, declarações de dirigentes (item 9) e pela contratação do mesmo escritório de advocacia para representar todas, as empresas estrangeiras, retratada na 40ª alteração do Contrato Social da Meridional (item 19), onde literalmente todas as partes têm a mesma assinatura. Para que uma negociação de compra e venda possa ser considerada juridicamente válida, isenta de vícios, é necessário a existência de duas partes independentes, com duas vontades próprias e distintas, uma de querer comprar e outra de querer vender. Ora, nesta operação não houve partes independentes e, tampouco, vontades próprias, o que ocorreu de fato foi a formalização de atos com única vontade do ente particular em desfavor do Estado.

4º) Proximidade Temporal dos Atos

A operação simulada foi implementada de forma muito célere, com seqüência imediata de diferentes atos. No dia 30/08/2005 foi registrado na contabilidade da Meridional o investimento com ágio em contrapartida de uma dívida com Intabex, no mesmo dia essa dívida foi convertida em cotas de capital elevando a Intabex à condição de sócia majoritária da Meridional. No dia 31/08/2005, foi criada a provisão para a realização contábil do ágio na Meridional, essa mesma data serviu para apuração do balanço que embasou a incorporação da Meridional pela Alliance One, formalizada no dia 30/09/2005. Nesse toar, implementaram-se também as alterações dos Contratos Sociais das partes envolvidas. Toda essa operacionalização açodada ocasionou uma série de erros apontados nos itens 13 a 15.

5º) Desfazimento dos Efeitos do Ato Simulado

A sociedade Intabex Netherlands B. V, com a operação simulada, deixa de ser sócia da empresa Alliance One Exportadora de Tabacos Ltda em 30/08/2005, mas em 30/09/2005 já retorna à condição anterior. O ágio "pago" no investimento em 30/08/2005 é levado como despesa para o resultado do exercício no dia seguinte (31/08/2005), anulando de imediato o aumento do capital social, aparentemente originado, restando após a incorporação apenas a influência transitória dos tributos diferidos (item 19). Assim, os efeitos dessa operação de R\$ 507.000.000,00 desfazem-se rapidamente, sem causar qualquer efeito concreto para as partes envolvidas.

37. Por fim, a convicção formada por esta Fiscalização é a de que a operação de compra da totalidade das quotas da sociedade Alliance One Exportadora de Tabacos Ltda, registrada na empresa Meridional de Tabacos Ltda como investimento, desdobrado em valor patrimonial mais ágio, não passou de meras formalizações registradas nos livros contábeis e alterações de Contratos Sociais, portanto simulação de uma negociação de fato inexistente. O intuito deste ato simulado foi, desde o início, a fraude à legislação tributária, para utilizar-se de dedução indevida da base de cálculo do IRPJ e da CSLL nos sessenta meses que se seguiram à incorporação. A empresa, por meio de seus agentes, teve dolo em sua ação, pois simulou na intenção de economizar ilegalmente os tributos, e levou seu plano a cabo quando registrou a exclusão no Livro de Apuração do Lucro Real - LALUR, fazendo constar, da mesma forma, na DIPJ - ficha 09A, linha "outras exclusões", em todos os anos sob fiscalização (anos calendário 2005 a 2007).

III- Infrações tributárias

38. De todo o exposto nos itens anteriores, constatamos as seguintes infrações à legislação tributária:

a) Exclusões Indevidas da Base de Cálculo do IRPJ e CSLL

39. Como resultado da operação societária simulada, o sujeito passivo utilizou-se indevidamente da previsão do disposto no Art. 386, III do Regulamento do Imposto de Renda, assim excluiu das bases de cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, os valores apresentados abaixo:

Ano calendário 2005: RS 11.933.754,12

Ano calendário 2006: RS 47.735.016,48

Ano calendário 2007: RS 47.735.016,48

b) Glosas de Despesas de Juros sobre o Capital Próprio

40. Nos itens 25 a 27 deste, foi evidenciado que o pagamento de juros sobre o capital próprio teve sua base de cálculo majorada indevidamente em função das provisões dos tributos incidentes sobre a despesa de ágio decorrente da operação simulada. Por este motivo, parte da despesa levada para resultado como dedutível está sendo glosada, conforme totais a seguir:

- Ano calendário 2006: R\$ 1.570.892,32

- Ano calendário 2007: RS 3.194.466,75 (2.058.926,44 + 1.135.540,31)

c) Ajuste do Lucro Real Declarado pela Empresa

41. Os valores listados nas letras "a" e "b" acima representam os totais das infrações apuradas no período fiscalizado, mas ainda não são as bases para o lançamento de ofício. Para a correta apuração dos valores a serem lançados é preciso retomar a apuração do lucro real declarada pela fiscalizada e, então, refazer este fechamento, adicionando-se as exclusões indevidas e despesas glosadas, bem como ajustando as compensações de

prejuízos de exercícios anteriores, com isso teremos as bases para o lançamento.

[...]

d) Saldos de Prejuízos (IRPJ)/Bases Negativas - Insuficientes

42. Após os ajustes aplicados às declarações da empresa, pelo fato dos prejuízos terem sido absorvidos antecipadamente, no primeiro ano para a CSLL e no primeiro e segundo ano para o IRPJ, os prejuízos e bases negativas compensados pela fiscalizada, IRPJ (2007) e CSLL (2006 e 2007), acabaram sem saldos que lhes dessem guarida. Desta forma, são glosados os valores de compensação de prejuízos na apuração do IRPJ ano base 2007 (RS 2.650.184,31), e de compensação de base negativa da CSLL ano base 2006 (RS 3.354.710,21) e 2007 (2.650.184,31). Cabe lembrar, que esses valores glosados são decorrentes das infrações apontadas nas letras "a" e "b" acima e só passaram a existir em função destas.

[...]

Multa Qualificada de 150%

44. A conclusão a que se chegou do procedimento fiscal, exposta neste relatório, sobretudo nos itens 28 a 35, foi de que os tributos, ora lançados de ofício, são oriundos de infração dolosa por parte do sujeito passivo. Portanto, a multa de ofício a ser aplicada é aquela prevista no Art. 44, II da Lei 9.430 de 27/12/1996:
[...]

IMPUGNAÇÃO

O contribuinte foi cientificado dos autos de infração em 11/11/2009, conforme faz prova as fls. 04 e 13. Em 11/12/2009, apresentou impugnação de fls. 701 a 743, alegando em sua defesa as seguintes razões de fato e de direito.

Diz que pelo ponto de vista fático, as autoridades fiscais retrataram adequadamente as operações realizadas no Brasil entre a Impugnante e a Meridional. Alega que poderá demonstrar que todas as operações têm absoluta pertinência com sua reestruturação societária em nível mundial e local, bem como que todos os atos a ela relacionados foram realizados em estrita consonância com a legislação societária, tributária e contábil.

Do Mérito

Afirma que o ponto central consiste na demonstração da inexistência de simulação nas operações de reestruturação societária em exame.

Alega que as hipóteses de simulação estão expressamente indicadas no artigo 167 do Código Civil, e apresenta entendimentos doutrinários sobre o instituto da simulação.

Da inexistência de simulação

Afirma que a situação em análise não permite que se conclua pela ocorrência de simulação. Isso porque cada uma das operações realizadas no âmbito da reestruturação societária das atividades da Impugnante, refletiu exatamente a

vontade entre as partes envolvidas e foi baseada em documentos válidos e declarações verdadeiras.

Diz que a justificativa da autuação para explicar a ocorrência de suposta simulação no caso em exame não se funda em qualquer das hipóteses de simulação expressamente indicadas no art. 167 do Código Civil

Afirma que no "Relatório da Ação Fiscal" são apontadas como supostas evidências à ocorrência de simulação, exclusivamente, a "falta de propósito negocial", o "resultado econômico-financeiro nulo", a "prática de atos entre partes ligadas", a "proximidade temporal dos atos" e o "desfazimento dos efeitos do ato simulado".

Assevera que o auto de infração não tem fundamento no instituto legal da simulação, estando baseado, estritamente, em uma análise subjetiva das operações em exame, sob o enfoque de que a forma escolhida pela Impugnante não teria sido necessária, o que, vale dizer, não encontra respaldo na legislação brasileira em vigor

Sob o enfoque da substância dos negócios jurídicos, a impugnante apresenta as seguintes informações.

A existência de propósito negocial

Alega que todos os passos dados pelas empresas visando à sua integração tinham sim claro propósito negocial e, nesse sentido, cada um deles teve propósito e relevância no âmbito geral da reestruturação societária pretendida

Cenário de reestruturação mundial

Informa que a integração dos grupos Dimon Incorporated e Standard Commercial Corporation começou a ser analisada no início de 2004, quando seus Diretores iniciaram discussões sobre potenciais benefícios mútuos a serem aproveitados, em caso de fusão, para grupos econômicos que, até então, eram diretamente concorrentes em nível mundial. Após um longo período de negociações e de análises financeiras e estratégicas, a proposta de integração foi aprovada e ocorreu a celebração de contrato de incorporação em 7 de novembro de 2004.

Entre os principais aspectos dessa operação, são destacados os seguintes:

Foi decidido que a empresa sobrevivente da integração seria a Dimon Incorporated, que passaria a ser denominada Ailiance One Internacional Inc. após a incorporação da Standard Commercial Corporation.

As principais razões para a aprovação da integração entre as empresas foram: formação de uma empresa mais sólida no comércio de tabaco, redução de custos, combinação de experiências entre os times de gerenciamento das empresas, maior capitalização e liquidez.

No momento da incorporação, os ativos e passivos da Standard Commercial Corporation seriam registrados pela Dimon Incorporated com base em seu justo valor de mercado, determinado com base em avaliações realizadas por auditores independentes.

A conclusão da incorporação dependeria do refinanciamento de dívidas das empresas, que teriam seu vencimento antecipado em virtude da incorporação ou cujos termos as empresas não poderiam cumprir após a incorporação.

Diz que a incorporação da Standard Commercial Corporation pela Dimon Incorporated foi concluída em maio de 2005 e, em seguida, a já denominada Alliance One Internacional Inc. passou a implementar a consolidação dos negócios de suas várias empresas subsidiárias em nível mundial, inclusive as brasileiras.

A estrutura adotada pela Impugnante

Afirma que o primeiro passo dado no Brasil foi a venda da totalidade das quotas da Impugnante pela Intabex à Meridional pelo valor de R\$ 507.000.000,00, a qual teve o claro objetivo negociado: refletir o valor de mercado da impugnante nas demonstrações financeiras anteriores e posteriores à integração com a Meridional.

Diz que o valor do Patrimônio Líquido da Impugnante no momento dessa operação era de R\$ 268.324.917,57, enquanto auditores independentes atestaram, com base em estudos de rentabilidade futura, que o valor de mercado das quotas da Impugnante seria de R\$ 507.000.000,00.

Assim, aduz que havia uma discrepância de R\$ 238.675.082,43 entre o valor de livros da Impugnante e seu valor de mercado, que, de acordo com as já abordadas diretrizes estabelecidas na integração mundial das empresas dos grupos do Dimon Incorporated e Standard Commercial Corporation, deveria ser refletida nas demonstrações financeiras das empresas. Informação esta de suma relevância não só para os acionistas da nova companhia como, também, para terceiros.

Menciona, ainda, que, os efeitos dessa operação de compra e venda não foram anulados nas operações subsequentes: o valor do ágio no investimento da Meridional na Impugnante, posteriormente incorporado por esta, foi mantido nos demonstrativos financeiros da empresa pós-incorporação. Declara que não obstante ter sido constituída uma provisão retificadora do ágio, o valor desse mesmo ágio continua integralmente evidenciado nas demonstrações financeiras. A constituição da provisão, portanto, é regra contábil emanada pela CVM e de forma alguma anula a evidência da constituição do ágio na reestruturação.

Ainda, informa que a Meridional efetivamente pagou a dívida assumida junto a Intabex através da emissão de novas quotas de seu capital social. A forma de pagamento eleita não descaracteriza o fato de que a Meridional efetivamente saldou a referida dívida.

Argumenta que se o valor da compra houvesse sido remetido à Intabex, geraria enorme descapitalização financeira a um elevado custo para a Meridional e, posteriormente, para a própria Impugnante, sem falar do então existente encargo da CPMF sobre essa operação de remessa e, também, o custo relativo à posterior necessidade de obtenção de recursos para financiar suas operações no País.

Aduz que a Intabex tinha fortes razões negociais para aceitar que o pagamento de seu crédito fosse feito através de quotas da Meridional, na medida em que, assim, voltaria a participar de forma majoritária do quadro societário da empresa no Brasil.

Informa que a incorporação da Meridional pela Impugnante consistiu no passo final a ser dado para a consolidação das operações do grupo Alliance One Internacional Inc. no Brasil em uma só entidade.

Acrescenta que a Impugnante e a Meridional eram empresas concorrentes diretas até 2004 e a consolidação das atividades da empresa consistia em diretriz mundial do grupo Alliance One Internacional Inc.

Cita doutrina e jurisprudência administrativa do Conselho de Contribuintes que tratam de simulação e pondera que ao empresário é facultado, dentro dos termos da lei, valer-se de sua liberdade de escolha negocial para, então, alcançar redução de sua carga tributária.

Do exposto, entende que (i) não houve simulação em qualquer das suas operações; (ii) o cenário global de integração das operações das empresas que antes participavam dos grupos Dimon Incorporated e Standard Commercial Corporation consiste na principal razão negocial para a consolidação das atividades da Impugnante e da Meridional; (iii) a estrutura adotada para essa operação também tinha razões negociais claras e lícitas e, ainda, foi realizada em estrita observância da legislação; e, por fim, (iv) a Impugnante e as demais empresas envolvidas tinham o direito de optar pela estrutura que melhor atendesse às suas necessidades, sendo certo que o fato de a estrutura eleita, reconhecidamente lícita, ter menor carga tributária, não autoriza o questionamento da fiscalização.

Em relação aos demais argumentos apresentados no Relatório de Ação Fiscal, assim se defendeu.

A provisão retificadora do ágio - Resultado econômico-financeiro nulo

Entre os lançamentos realizados pela Meridional, consta a constituição de uma provisão no valor integral do ágio pago, ou seja R\$ 238.675.082,43, em conta redutora do Ativo, tendo como contrapartida uma despesa na Conta de Resultado.

A constituição dessa provisão (conhecida como "Provisão Retificadora do Ágio") consiste na melhor prática contábil de acordo com as diretrizes da Comissão de Valores Mobiliários (Instrução CVM n.º 319/99), tendo como objetivo a manutenção da neutralidade, no patrimônio líquido e nos resultados contábeis futuros, da empresa até a amortização integral do ágio.

Papel desempenhado pelo Wachovia Bank

O Wachovia Bank foi o banco líder no Contrato de Crédito através do qual a Alliance One Internacional Inc. obteve fundos para refinanciar dívidas de empresas dos grupos Dimon Incorporated e Standard Commercial Corporation e para financiar despesas decorrentes da incorporação entre esses dois grupos.

Como garantia do pagamento desse empréstimo, a Alliance One Internacional Inc. empenhou as ações/quotas de suas subsidiárias tanto nos EUA, como em outras jurisdições, dentre elas o Brasil. Assim, a 37ª alteração do contrato social da Meridional e a alteração do contrato social da Impugnante de 16 de maio de 2005 tiveram como um de seus objetivos informar o penhor das quotas dessas empresas em favor do Wachovia Bank.

As operações realizadas entre partes ligadas

No caso em exame, tanto a Intabex e a Meridional eram capazes, o objeto do contrato (compra e venda de quotas) era absolutamente lícito, possível e determinado e adotou-se a forma determinada em lei. Além disso, o objeto do contrato refletia exatamente a vontade das partes

A proximidade dos atos no Brasil

O fato é que a consolidação dos grupos Dimon Incorporated e Standard Commercial Corporation no exterior - e, consequentemente, a operação de consolidação da Impugnante e da Meridional no Brasil - foram minuciosamente

analisados pelas diretorias das referidas empresas estrangeiras durante período superior a um ano.

Os atos praticados em um curto período de tempo, portanto, apenas demonstram agilidade na implementação de medidas há muito estudadas e decididas, não só em nível local como também em nível global.

Do pagamento de Juros sobre o Capital Próprio

Aduz que a fiscalização determinou que o patrimônio líquido da Impugnante seria a mera somatória dos patrimônios líquidos da Meridional e da própria Impugnante, antes de iniciadas as operações de reestruturação societária em exame e, sobre esse valor, calculou o valor dos juros sobre o capital próprio.

Argumenta que esse procedimento é absurdo e ilegal, pois tem como pressuposto operação societária que nunca ocorreu e que jamais foi pretendida pela Impugnante e pelas outras empresas envolvidas na reestruturação societária em questão. Afora isso, observa-se que a própria fiscalização aceita a validade do laudo de avaliação preparado pelos auditores independentes em que os valores de patrimônio líquido e de ágio foram apurados, razão adicional a demonstrar a incongruência de sua tentativa infundada de restabelecer o valor desse patrimônio.

Considerando a impossibilidade de as autoridades fiscais determinarem a natureza dos negócios jurídicos praticados pelos contribuintes, requer o reconhecimento da improcedência da glosa relativa aos juros sobre o capital próprio pagos nos anos-calendário de 2006 e 2007.

Da impossibilidade de aplicação da multa agravada de 150%

Aduz que a multa está sendo exigida com fundamento no artigo 44, II da Lei nº 9.430/96.

Argumenta que a multa agravada somente é aplicável nos casos em que há evidente o intuito de fraude. Ou seja, somente quando não restem dúvidas a respeito da intenção do contribuinte de agir, mediante sonegação, fraude ou conluio, com o único propósito de reduzir ou suprimir o pagamento de tributos, é que se poderia cogitar na aplicação da referida multa agravada.

Diz que se o contribuinte organiza suas atividades estritamente de acordo com a lei e não utiliza artifícios na tentativa de evitar ou de esconder qualquer elemento da obrigação tributária, não é cabível a sua aplicação, mesmo que as autoridades fiscais divirjam por não gostarem da forma escolhida pelo contribuinte para se reestruturar.

Cita doutrina e jurisprudência administrativa no sentido de que a aplicação da multa agravada depende da prova inequívoca da existência de evidente intuito de fraude nos atos do contribuinte.

Pondera sobre a impossibilidade da aplicação da multa agravada contra a Impugnante por uma série de razões:

a) as operações envolvendo a Impugnante e demais empresas foram realizadas sob o estrito amparo da legislação, sendo que eventual economia fiscal foi obtida em virtude de planejamento racional de negócios, o que é absolutamente lícito e, até mesmo, esperado na gestão competente de empresas;

b) mesmo que a Autoridade Fiscal autuante tenha discordado com relação aos efeitos fiscais das operações da Impugnante, é incontestável que não foi comprovado o evidente intuito de fraude da Impugnante;

c) considerando que não se está diante de caso de aplicação inequívoca da multa agravada, faz-se necessária a aplicação do artigo 112 do Código Tributário.

DO PEDIDO

Ao final, requer seja reconhecida a improcedência do lançamento fiscal, na medida em que não foi alegada e muito menos evidenciada a existência de simulação nos termos do art. 167 do Código Civil, bem como na medida em que foi demonstrada a absoluta ilegitimidade, legalidade e propósito negociai das operações realizadas no âmbito de sua reestruturação societária durante o ano-calendário de 2005.

Em relação à glosa de juros sobre o capital próprio, requer seja reconhecida a improcedência do lançamento fiscal, seja pela improcedência da glosa acima ou, ainda, em virtude da impossibilidade de as autoridades fiscais determinarem a natureza dos negócios jurídicos praticados pelos contribuintes, bem como de recomporem o patrimônio líquido destes segundo os seus critérios.

Adicionalmente e, na hipótese de manutenção do lançamento fiscal de IRPJ e CSLL requer seja reconhecida a impossibilidade da exigência da multa agravada de 150%, tendo em vista a clara ausência de evidente intuito de fraude nas operações analisadas.

A recorrente, na peça recursal submetida à apreciação deste colegiado, alegou, em síntese, preliminarmente, que há erro no enquadramento, pois as autoridades legais, embora desejassem questionar a amortização do ágio acabaram por questionar a provisão retificadora do ágio, consubstanciada em exclusão *indevida* no LALUR desta.

No mérito, aduz que:

- existe propósito comercial nos atos societários e observância da lei. *Todos os passos dados pelas empresas visando à sua integração tinham claro propósito comercial.* Inexiste simulação (art. 167, CC), pois cada uma das operações foi realizada no âmbito da reestruturação societária da recorrente e refletiu a vontade das partes envolvidas, lastreada em documentos válidos e declarações verdadeiras;

- a autuação, por outro lado, baseou-se em “falta de propósito comercial”, “resultado econômico-financeiro nulo”, “prática de atos entre partes ligadas”, “proximidade temporal dos atos” e o “desfazimento dos efeitos do ato simulado”. A fiscalização não indicou o inciso do art. 167 do CC que restara violado. A arguição de que a forma escolhida não teria sido necessária, não encontra respaldo na legislação.

- a principal razão comercial subjacente à reestruturação da recorrente e da Meridional no Brasil decorre da integração global dos grupos a que pertencem bem como das perspectivas de incremento da lucratividade pela união dos grupos;

- a venda da totalidade das quotas da recorrente pela Intabex à Meridional pelo valor de R\$507.000.000,00 (quinhentos e sete milhões de reais) *teve como objetivo comercial refletir o valor de mercado da recorrente nas demonstrações financeiras anteriores e posteriores à integração com a Meridional.* O valor de venda (acima destacado) destoava do

valor do patrimônio líquido da recorrente à época, de R\$268.324.917,57. A diferença, de R\$238.675.082,43 deveria ser reconhecida de acordo com as diretrizes estabelecidas na integração mundial dos grupos;

- os efeitos da compra e venda não foram anulados. O valor do ágio permaneceu evidenciado nas demonstrações financeiras locais, embora tenha sido constituída provisão retificadora do ágio;

- o fato de a Meridional não ter efetuado o pagamento do preço das quotas da recorrente à Intabex em moeda corrente não autoriza concluir por simulação, pois o preço foi pago através da emissão de novas quotas de seu capital social, saldando a dívida. O dinheiro não remetido foi empregado nas atividades da recorrente, evitando altos custos de financiamento, e, por outro lado, permitiu à Intabex voltar de forma majoritária do quadro societário de empresa consolidada no Brasil;

- não há fundamento legal sobre o que seria uma operação “mais simples” e uma “mais complexa”;

- a incorporação da Meridional pela recorrente consistiu no passo final a ser dado para a consolidação das operações do grupo Alliance One Internacional Inc. no Brasil em uma só entidade, sendo de evidente motivação negocial. Assim, *todas as etapas têm claras e relevantes razões negociais*;

- *à Administração Pública não é dada a faculdade de, através de convicções pessoais de seus agentes, emitir juízo de valor quanto à livre escolha de determinadas formas de negócio jurídico pelos empresários, desde que estes tenham sido realizados de maneira inteiramente lícita*;

- não houve criação de veículo de aquisição ou de sociedade efêmera com o único propósito de causar economia fiscal, tampouco criação de empresa *holding* com propósito específico;

- a fiscalização não demonstra o nexo de causalidade entre a acusação de simulação e a razão negocial;

- não tem qualquer fundamento a alegação de que as operações no Brasil foram realizadas em um cenário pós-incorporação no exterior, e, portanto, entre partes pertencentes a um mesmo grupo econômico (partes ligadas). Tanto a Intabex como a Meridional eram capazes, o objeto do contrato (compra e venda de quotas) era lícito, possível e determinado, e adotou-se a forma prescrita em lei, refletindo a vontade das partes (art. 104, CC);

- a proximidade temporal dos atos no Brasil no âmbito da reestruturação societária da recorrente e da Meridional como indício de simulação não procede, pois a consolidação dos grupos Dimon Incorporated e Standard Commercial Corporation no exterior, e conseqüentemente, no Brasil, foram minuciosamente analisados pelas diretorias das referidas empresas estrangeiras durante período superior a um ano, em que os aspectos negociais, financeiros e estratégicos foram avaliados;

- não há amparo na legislação tributária a permitir o recálculo do patrimônio líquido da recorrente, para efeito do cálculo dos juros sobre capital próprio;

- a multa não pode ser qualificada pelo fato dos fiscais não gostarem da forma escolhida pelo contribuinte. As atividades foram organizadas de acordo com a lei, não foi demonstrado o evidente intuito de fraude, e não sendo caso de aplicação inequívoca da multa qualificada, faz-se necessária aplicação do art.112 do CTN.

Em contrarrazões, a Procuradoria da Fazenda Nacional alegou, por sua vez, que:

- a preliminar formulada pela recorrente que vem a questionar a exclusão indevida do lucro real e da base de cálculo da CSLL, ao invés de fazê-lo com relação à redução indevida do lucro líquido não deve ser conhecida, posto que formulada tão somente na peça recursal, não tendo sido oportunamente alegada na impugnação inicial;

- acaso superada tal hipótese, o lançamento apurou e enquadrrou de forma correta e irretocável o ilícito fiscal imputado ao contribuinte. O auditor expôs os elementos que o levaram a concluir que o contribuinte reduziu indevidamente a base de cálculo do IRPJ (lucro real) e da CSLL (resultado do exercício ajustado) nos anos-calendário de 2005 a 2007 com despesas de amortização de ágio criado de forma simulada (não existente). Além disso, o auto de infração citou expressamente os dispositivos da legislação tributária que tratam da apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL e aqueles que autorizam a dedução de despesas, em especial a com amortização do ágio, dando destaque à expressão “exclusão do lucro líquido não autorizada pela legislação”;

- a recorrente, mediante jogo de palavras, pretende invalidar o lançamento, afirmando que a despesa com amortização do ágio não pode ser classificada como exclusão direta do lucro real, mas contabilizada no lucro líquido. Ocorre que o lucro líquido está incluído na apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL. A exclusão da base de cálculo é ampla e abarca tanto as exclusões diretas no ajuste da base de cálculo do lucro real como as indiretas, incluídas no lucro líquido, o qual compõe a base de cálculo do lucro real. E nesta segunda hipótese está a despesa com amortização do ágio;

- O auditor utilizou o art. 250 do RIR/99, porque a dedução utilizada não está prevista na legislação. E também o art. 386 do RIR/99, porque o ágio criado pelo contribuinte, como só existia no papel, não se enquadrava na previsão contida no art. 386 do RIR/99;

- o contribuinte entendeu perfeitamente a infração tributária a ele imputada, o que milita em favor da validade do lançamento. Não houve qualquer prejuízo ao direito a ampla defesa e ao contraditório do contribuinte, diante do extenso e detalhado relatório de ação fiscal e do próprio termo do auto de infração lavrado;

- embora visasse o contribuinte à sua reorganização societária, a realização de uma operação societária com o único objetivo de reduzir a base de cálculo do IRPJ e da CSLL a serem recolhidos pela empresa resultante da reorganização exorbitou esse propósito negocial. A criação de um ágio fictício, simulado, que não apresenta qualquer propósito negocial e substrato econômico a justificar a sua existência real, não permite a dedução da despesa com sua amortização nos termos previstos pela legislação tributária;

- constituía-se como objetivo final da reestruturação societária a ser realizada a reunião das duas empresas brasileiras em uma só, sendo que a MERIDIONAL seria

incorporada pela ALLIANCE BRASIL. O resultado líquido da engenharia societária adotada pelo grupo econômico do qual o contribuinte faz parte é igual à incorporação direta da MERIDIONAL pela ALLIANCE BRASIL, com exceção do direito à amortização do ágio na apuração da base de cálculo do IRPJ e CSLL a serem recolhidos pela empresa resultante. Todos os efeitos financeiros e econômicos advindos da alienação da participação societária da ALLIANCE BRASIL pela INTABEX a MERIDIONAL foram anulados com a posterior incorporação. Se passou apenas um mês entre a data em que a MERIDIONAL se tornou controladora da ALLIANCE BRASIL (31/08/2005) e o dia em que esta última incorporou a primeira (30/09/2005). A intenção da ALLIANCE INC sempre foi a incorporação da MERIDIONAL pela ALLIANCE BRASIL;

- para existir, o ágio deve ter sempre como origem um propósito negocial (aquisição de um investimento), e, assim, um substrato econômico (transação comercial). Somente registros escriturais, por exemplo, não podem ensejar o nascimento dessa figura econômica e contábil;

- o Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007, bem como o item 50 da Orientação Técnica OCPC 02/2008 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis manifestam-se contra a geração de ágio quando interno (gerado pela própria entidade ou mesmo conjunto de empresas sob controle comum);

- o ágio amortizado pela ALLIANCE BRASIL foi criado artificialmente, apenas no papel, e não apresenta propósito negocial nem substrato econômico que justifique seu surgimento;

- o propósito negocial da primeira operação societária, a qual deu origem ao ágio posteriormente amortizado, qual seja, o aumento de capital da MERIDIONAL com cotas da ALLIANCE BRASIL, não fora a alienação de um investimento pelo seu valor de mercado ou apenas refletir o valor de mercado da ALLIANCE BRASIL (como alega a recorrente). Essa primeira operação empresarial visou apenas à criação de um ágio fictício;

- o propósito negocial do ágio criado com a venda das ações da ALLIANCE BRASIL não foi a rentabilidade futura a ser potencialmente auferida pela MERIDIONAL, mas tão somente refletir o valor de mercado da ALLIANCE BRASIL para posterior incorporação. E o registro do valor de mercado de uma participação societária (conforme confessado pela própria recorrente) não habilita sequer a existência de ágio, quanto menos a sua dedutibilidade para fins tributários. Além disso, o registro que originou a criação do ágio fora cancelado com a posterior incorporação de uma empresa pela outra. Assim, como o intuito final do grupo econômico sempre foi a incorporação da MERIDIONAL pela ALLIANCE BRASIL, conclui-se que o ágio não foi criado nem mesmo para refletir o valor de mercado da ALLIANCE BRASIL. Seu propósito negocial foi eminentemente fiscal;

- tal como ressaltado pela fiscalização, os efeitos financeiros e contábeis de toda a reorganização societária realizada pelo recorrente são nulos. Como resultado líquido da reestruturação empresarial adotada, tem-se somente como efeito tributário o direito à amortização do ágio pela empresa resultante;

- porque foi apurado o valor de mercado da ALLIANCE BRASIL, a qual pertencia ao grupo DIMON? O correto (seguindo a lógica de reestruturação do grupo) não seria a apuração a valor de mercado da MERIDIONAL? Porque não foi feita a apuração a valor de mercado da MERIDIONAL?

- o ágio criado com o aumento de capital da MERIDIONAL também não apresenta substrato econômico que justifique seu surgimento. Com a incorporação da MERIDIONAL pela ALLIANCE BRASIL, o investimento que deu origem ao ágio não refletiu nenhum gasto efetuado pela MERIDIONAL (adquirente do investimento) e/ou nenhum ganho auferido pela INTABEX (alienante). Não houve circulação de nenhuma espécie de riqueza que justificasse a sua existência;

- a concentração da administração das empresas envolvidas na reestruturação societária da ALLIANCE BRASIL e da MERIDIONAL se mostra indiscutível quando se vê que todas as empresas estrangeiras que controlavam direta e indiretamente as empresas brasileiras (ALLIANCE INC, INTABEX, e TRANSCONTINENTAL) outorgaram poderes para formalizar suas operações societárias à mesma pessoa, a Sra. Fátima Aparecida Carr;

- nunca houve ágio decorrente de investimento, porque ele foi criado de forma artificial. Então, se não existiu, não pode ser utilizado;

- a despesa amortizada foi criada de forma simulada, por meio de sonegação, fraude e conluio. Evidenciou-se que não houve investimento algum, sendo o ágio criado artificialmente com o único e evidente intuito de auferir um benefício fiscal indevido. É incontestável o intuito doloso, vindo da própria confissão do contribuinte de que o ágio foi criado para refletir o justo valor de mercado da ALLIANCE BRASIL no processo de unificação brasileira. A ausência de propósito negocial e substrato econômico atestam a simulação praticada. A vontade real era o aumento artificial de capital da MERIDIONAL com ágio para reduzir a tributação. Já a vontade declarada era a aquisição da integralidade das cotas da ALLIANCE BRASIL com ágio pela MERIDIONAL com base na previsão de rentabilidade futura daquela empresa. A diferença entre a vontade real e a vontade declarada caracteriza a simulação praticada pelo contribuinte com o fim exclusivo de conseguir um indevido benefício fiscal. Nos termos do art.167, §1º, II do CCB, *in fine*, o aumento de capital da MERIDIONAL fora um negócio simulado em razão de seu conteúdo não ser verdadeiro;

- as principais operações societárias realizadas pelo contribuinte não configuram nenhum ilícito cível e tributário. Isoladamente elas são perfeitas. Todavia, ao serem analisadas em conjunto, vê-se que o aumento de capital da MERIDIONAL com as cotas da ALLIANCE BRASIL foi realizado sabendo-se que a futura incorporação anularia este investimento. Como a incorporação era o objetivo final de toda a reorganização societária, tem-se que o investimento formalizado por meio do aumento de capital da MERIDIONAL continha verdadeira condição resolutiva implícita. A aquisição de investimento pela MERIDIONAL somente ocorreu porque era sabido que com a incorporação o investimento seria cancelado e o direito à amortização do ágio mantido. O evidente intuito doloso do contribuinte nos ilícitos tributários cometidos resta caracterizado pelo fato de ele saber desde o início que a MERIDIONAL seria incorporada por ele. Era de pleno conhecimento que o investimento então realizado seria extinto pela incorporação;

- o fato de a reorganização societária ter sido planejada desde 2004, juntamente com a ajuda de consultoria especializada, reforça ainda mais o evidente intuito do contribuinte de, com a criação do ágio, reduzir de forma indevida o seu futuro passivo tributário;

- o laudo que embasou o valor de mercado das cotas da ALLIANCE BRASIL foi utilizado em condições diversas daquelas previstas em sua elaboração, pois se seu intuito ~~fora o de calcular, como investimento, o valor das cotas da ALLIANCE BRASIL com base em~~

sua rentabilidade futura, numa negociação de livre iniciativa, em um mercado livre e aberto, o aumento de capital da MERIDIONAL com as cotas da ALLIANCE BRASIL foi realizado, conforme confessado pelo contribuinte, para refletir o valor de mercado da ALLIANCE BRASIL. Ademais, não foi realizado em ambiente de livre iniciativa, pois as partes contratantes representavam o interesse de um mesmo sujeito: ALLIANCE INC), não foi realizada no mercado livre e aberto (mas sim dentro do mesmo grupo econômico) e tanto a MERIDIONAL quanto a ALLIANCE BRASIL tinham inúmeros interesses especiais na realização do negócio (criação do ágio, manutenção da titularidade das cotas, ausência de desembolso, etc).

- a MERIDIONAL foi utilizada pelo contribuinte como verdadeira *empresa veículo*, ou seja, o aumento do capital dessa empresa visou unicamente à criação artificial do ágio;

- o lançamento contábil referente à subscrição e integralização do aumento de capital da MERIDIONAL com as cotas da ALLIANCE BRASIL foi realizado nos livros da MERIDIONAL em 30/08/2005, ou seja, um dia antes da correspondente alteração contratual realmente ocorrer, em 31/08/2005. Em outras palavras, a recorrente efetuou lançamento contábil com base em documento inexistente;

- por meio de uma compra e venda das ações da ALLIANCE BRASIL pela INTABEX a MERIDIONAL com a cobrança de ágio, sabendo-se que o objetivo final das operações era a unificação das duas empresas brasileiras, a ALLIANCE INC procurou fazer parecer real um investimento inexistente com o fim específico de gerar uma vantagem fiscal indevida;

- a simulação resta inequívoca, pois havia motivos à sua realização (criação de um benefício fiscal indevido), assim como, com a incorporação, o negócio realizado (aumento de capital) não foi executado materialmente;

- o contribuinte retardou parcialmente o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, o que caracteriza a sonegação;

- o conluio está também caracterizado, pois a reorganização societária envolveu todas as pessoas jurídicas que fazem/faziam parte do grupo econômico internacional (MERIDIONAL/ ALLIANCE BRASIL/ INTABEX/ TRANS-CONTINENTAL/ ALLIANCE INC). Se não fosse o esforço conjunto de todas essas empresas, não obstante a *responsável principal* fosse a ALLIANCE INC, a simulação praticada não seria possível de ser concretizada. A qualificação da multa é, assim, inevitável;

- com relação aos juros sob capital próprio, o fisco não recalculou o patrimônio líquido do recorrente imputando a ele negócio jurídico não realizado. Pelo contrário, o Fisco apurou o correto patrimônio líquido do sujeito passivo com base no negócio jurídico que efetivamente ocorreu, afastando os efeitos financeiros e tributários decorrentes do negócio jurídico simulado, aparente, que foi realizado somente *no papel*;

- havendo negócio jurídico simulado, parte das despesas com pagamento de juros com capital próprio realizadas pelo contribuinte nos anos-calendário de 2006 e 2007 foi considerada não dedutível por não existir. Apurou a autoridade fiscal que uma parcela dessas despesas fora calculada com base em uma parte do patrimônio líquido do recorrente

Processo nº 13005.001065/2009-11
Acórdão n.º **1302-000.991**

S1-C3T2
Fl. 1.168

inexistente. Isto porque a despesa com amortização do ágio causou aumento do patrimônio líquido do contribuinte decorrente dos tributos provisionados incidentes sobre tal despesa (efeito financeiro). Diante da causalidade existente entre a amortização do ágio e o pagamento de juros sobre capital próprio, a desconsideração do primeiro acarreta a desconsideração do segundo. Tal desconsideração é permitida ao Fisco, nos termos dos art.118, 149, VII, 150, §4º, todos do CTN.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo de Andrade, Relator.

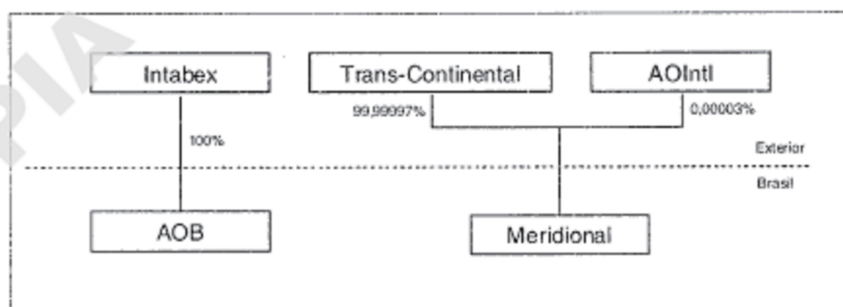
O recurso é tempestivo, e portanto, dele conheço.

Incorporação de pessoa jurídica com criação de ágio criado dentro de grupo econômico. Simulação**a) As operações societárias e a reestruturação do grupo**

Noticia a fiscalização a existência de processo de reestruturação societária no ramo de tabaco, envolvendo as empresas ALLIANCE ONE BRASIL EXPORTADORA DE TABACOS LTDA e a MERIDIONAL DE TABACOS LTDA, que resultou na criação de ágio decorrente das operações societárias efetuadas. A fiscalização acoimou de simuladas as operações, e, assim, não reconheceu o efeito tributário desejado pela contribuinte, no sentido de amortizar o ágio decorrente de rentabilidade futura.

A recorrente não destoa das afirmações fáticas apontadas, no que tange aos atos societários e à reestruturação societária efetuados, tendo mesmo esclarecido que a operação realizada no Brasil se deu em decorrência da integração global já ocorrida entre os grupos DIMON INCORPORATED (do qual participava a recorrente) e STANDARD COMMERCIAL CORPORATION (do qual participava a MERIDIONAL).

Ocorre que em 29/08/2005 o cenário societário das empresas era o seguinte, conforme segue incontestoso nos autos:



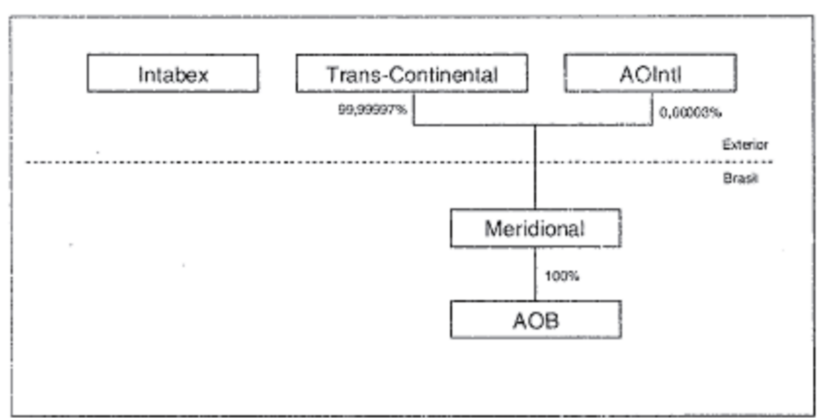
Neste momento, ALLIANCE ONE BRASIL tinha como única sócia as empresa INTABEX, enquanto a MERIDIONAL tinha como sócias as empresas TRANS-CONTINENTAL LEAF TOBACCO CORPORATION LIMITED (“TRANS-

CONTINENTAL”), e ALLIANCE ONE INTERNATIONAL (“AOIntl”), nas participações declinadas na figura acima.

Em 30/08/2005 a MERIDIONAL adquiriu a integralidade das quotas da recorrente detida pela INTABEX. Afirma a recorrente que considerando a legítima intenção das empresas de realizar operações de reestruturação com base em valores de mercado, o preço das quotas da recorrente foi fundamentado em laudo de avaliação preparado por auditores independentes (Price Waterhouse Coopers), os quais se utilizaram do método de projeção da rentabilidade futura, com base nos fluxos de caixa descontados.

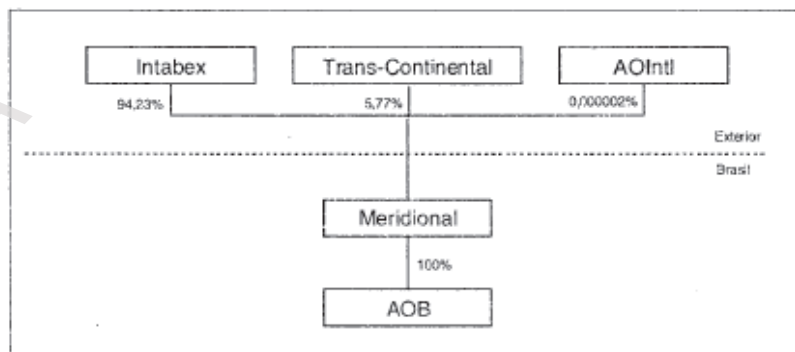
Sendo que o valor de mercado das quotas da recorrente era superior ao valor escriturado no patrimônio líquido, o custo foi desdobrado, com a criação do ágio de R\$238.675.082,43.

A MERIDIONAL registrou em seus livros um “contas a pagar” no valor total de R\$507.000.000,00 em favor da INTABEX, pela aquisição das quotas da recorrente. Após tal operação, o cenário organizacional passa a ser o seguinte:

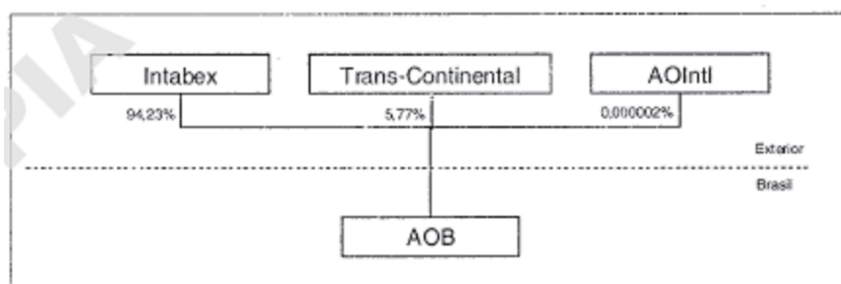


As sócias da MERIDIONAL (TRANS-CONTINENTAL) E AOIntl então, aumentam o capital da MERIDIONAL no mesmo valor de mercado da recorrente (R\$507.000.000,00), mediante emissão de R\$507.000.000 de novas quotas, as quais foram subscritas pela INTABEX mediante a capitalização do “contas a pagar” registrado em seu favor. Assim, a INTABEX passa a ser sócia majoritária da MERIDIONAL com 94,23% do seu capital. O pagamento da dívida com a INTABEX feito mediante a entrega de novas quotas de seu capital social foi formalizado na 40ª alteração contratual, datada de 31/08/2005, ou seja, no dia seguinte à aquisição das quotas da recorrente pela MERIDIONAL.

A organização das empresas passou a ser assim:



Por fim, a recorrente incorporou a MERIDIONAL, conforme alteração contratual datada de 30/09/2005 e na 41ª alteração contratual da MERIDIONAL. Com isso, a organização societária passou a ser a seguinte:



b) As acusações da fiscalização

Afirma a fiscalização que:

Depois de todas as formalizações e ajustes aqui mencionados e, considerando que a sociedade Dimon do Brasil Tabacos Ltda teve seu nome alterado para reconhecer a identidade do novo grupo econômico (Alliance One), a seqüência lógica e esperada é que esta viesse a incorporar a sociedade Meridional de Tabacos Ltda, seguindo a mesma linha adotada internacionalmente, onde o grupo Dimon incorporou o grupo Stardard. E foi exatamente isso que aconteceu, conforme a previsão divulgada na imprensa em 17/05/2005, atribuída ao executivo da Alliance One para a América do Sul, Hilton Kappaun (item 9 acima), esse fato concretizou-se em 30/09/2005, com os devidos registros contábeis e alterações contratuais. No entanto, e aqui reside o ponto crucial deste procedimento fiscal, antes da incorporação previsível, mais precisamente em 30/08/2005, as sociedades envolvidas procederam ao registro de uma operação de compra e venda de controle societário com ágio na aquisição. Mas, pelos

elementos mostrados a seguir, ficará provado que isto não passou de mera simulação na tentativa de ludibriar o Fisco.

E prossegue a fiscalização

Os atos simulados consistiram no seguinte: a única sócia da Alliance Exportadora de Tabacos Ltda - Intabex Netherlands B.V., "vendeu" a totalidade da sua participação naquela sociedade, ou seja, 100% da mesma, a valor de mercado para a empresa Meridional de Tabacos Ltda, consistindo um total de R\$ 507.000.000,00 (quinhentos e sete milhões de reais), sendo desdobrado em R\$ 268.324.917,57 equivalente ao valor nominal do Patrimônio Líquido registrado na contabilidade, e R\$ 238.675.082,43 a título de ágio na aquisição

Segundo o relato, o lançamento que faz a capitalização do investimento da MERIDIONAL na ALLIANCE ONE, mediante a aquisição das quotas da INTABEX, é feito com base em documento ainda inexistente. Vejamos:

Lançamento 2:

*D 2.1.1.01.08.003 INTABEX NETHERLANDS B.V (passivo circ.)...
507.000.000,00*

*C 2.1.4.01.01.002 CAPITAL ESTRANGEIRO (capital social).....
507.000.000,00*

Histórico: valor aumento de capital social p/ingresso da sócia Intabex Netherlands b.v. cfe. alteração de contrato social.

Obs.: Neste lançamento, aquela "dívida" demonstrada no registro anterior é convertida em cotas de capital, com isso a Intabex passa a ser sócia majoritária da Meridional de Tabacos Ltda. Mais uma vez, percebe-se aqui equívoco na redação do histórico, o mesmo cita como documento originário do lançamento a 40ª alteração do contrato social, porém, esta alteração, como veremos na data seguinte, foi elaborada em 31/08/2005, ou seja, o registro contábil teria sido feito com base em documento ainda inexistente;

A inexistência de repercussão econômica é também relatada pela fiscalização quando afirma que

16. Repare que nos lançamentos citados não há menção de conta Caixa ou Bancos, pois é isso mesmo, essas transações foram meros registros contábeis e alterações contratuais, sem movimentação financeira de um único centavo.

Ainda quanto à repercussão econômica relata a fiscalização que a inocorrência de movimentação financeira, pois a operação de compra e venda registrada com total de R\$507.000.000,00 não gerou qualquer movimentação financeira, ficando meramente adstrita aos registros contábeis e às alterações contratuais. Por outro lado, a operação teve efeitos contábeis nulos. Isto porque, segundo a fiscalização

O valor de R\$ 507.000.000,00 inicialmente registrado como dívida, e logo a seguir transformado em cotas de capital em

nome da Intebex Netherlands B. V. (lançamentos 1 e 2) é composto pelo valor do Patrimônio Líquido da Alliance One Exportadora de Tabacos Ltda (R\$ 268.324.917,57) e pelo Ágio (R\$ 238.675.082,43). O valor de R\$ 268.324.917,57, num primeiro momento aparece no Patrimônio Líquido da Meridional e da Alliance One, mas anular-se-á automaticamente no momento da incorporação (30/09/2005), pois são registros que retratam o mesmo valor econômico, apenas em diferentes empresas. O que poderia trazer efeito modificativo patrimonial seria o valor do Ágio, no entanto, a totalidade deste foi levada para formação do exercício financeiro pré-incorporação como despesa (lançamento 3). Assim, o valor de R\$ 238.675.082,43, que aumentou o Patrimônio Líquido da Meridional no momento do ingresso da Intabex como sócia, é totalmente subtraído no momento da apuração do resultado gerando um resultado nulo.

E prossegue afirmando ainda que

Diante disso, admite-se que o valor dessas provisões, totalizando R\$ 81.149.528,00, contribuiu para a diminuição do prejuízo líquido contábil apurado na Meridional antes da incorporação, afetando o Patrimônio Líquido desta. Porém, esse aumento patrimonial é transitório, pois, após a incorporação, esses saldos de ativo fiscal diferido que foram transportados para a contabilidade da Alliance One Exportadora de Tabacos Ltda passaram a ser baixados na proporção da realização fiscal do Ágio, ou seja, a 1/60 avos ao mês. A contrapartida dos lançamentos a crédito nas contas do ativos fiscais são lançamentos a débito nas contas de provisão para IRPJ e CSLL, fazendo agora o caminho inverso, ou seja, diminuindo o patrimônio líquido. Ao final de 60 meses aquele aparente acréscimo patrimonial ocorrido na Meridional estará totalmente neutralizado.

Assim, avança a autoridade fiscal para concluir que do ponto de vista tributário, todavia

Como se observa, ao contrário do estudo econômico-financeiro sobre a operação societária em si de compra e venda de cotas, que apresentou resultado nulo, aqui, na análise tributária os efeitos são relevantes. Com base nisso, pode-se concluir que não houve materialidade na relação jurídica entre as particulares, mas apenas uma ação unilateral de particulares contra o Estado.

Como reforço de suas conclusões, além da falta de propósito negocial e de resultado econômico nulo, a autoridade fiscal cita que o caso se dá entre partes ligadas (especialmente após o registro do novo grupo econômico em 13/05/2005), feitas por comando único e também único escritório de advocacia, e com grande proximidade temporal dos atos societários praticados (em 30/08/2005 foi registrado o investimento com ágio na contabilidade da MERIDIONAL; em 31/05/2005 foi criada a provisão para a realização do ágio na MERIDIONAL e também esta mesma data serviu para apuração do balanço que embasou a incorporação da MERIDIONAL pela ALLIANCE ONE, formalizada em 30/09/2005).

A fiscalização cita, por fim, o desfazimento dos efeitos dos atos ditos simulados pois, conforme aduz

A sociedade Intabex Netherlands B. V, com a operação simulada, deixa de ser sócia da empresa Alliance One Exportadora de Tabacos Ltda em 30/08/2005, mas em 30/09/2005 já retorna à condição anterior. O ágio "pago" no investimento em 30/08/2005 é levado como despesa para o resultado do exercício no dia seguinte (31/08/2005), anulando de imediato o aumento do capital social, aparentemente originado, restando após a incorporação apenas a influência transitória dos tributos diferidos (item 19). Assim, os efeitos dessa operação de R\$ 507.000.000,00 desfazem-se rapidamente, sem causar qualquer efeito concreto para as partes envolvidas.

Por fim, houve também a glosa de despesa com pagamento de juros sobre capital próprio, já que ficou evidenciado que o pagamento de juros sobre o capital próprio teve sua base de cálculo majorada indevidamente em função das provisões dos tributos incidentes sobre a despesa de ágio decorrente da operação simulada.

Verificando que as infrações foram praticadas dolosamente, a multa foi aplicada no percentual de 150%.

c) Preliminar de nulidade por erro no enquadramento legal da infração

A recorrente argúi preliminarmente que há erro no enquadramento, pois as autoridades legais, embora desejassem questionar a amortização do ágio acabaram por questionar a provisão retificadora do ágio, consubstanciada em exclusão *indevida* no LALUR desta. A Procuradoria da Fazenda Nacional, em contrarrazões, aduz que o argumento não foi ventilado na impugnação, não devendo, portanto, ser conhecido pelo colegiado.

De fato, na manifestação de fls. 701/743 (impugnação do contribuinte) nenhuma alusão ao referido argumento é encontrada, sendo indicativo seguro de que a matéria de fato somente vem a ser postulada em grau recursal.

Nos termos do art. 17 do Decreto nº 70.235/72, a matéria não expressamente contestada na impugnação é considerada não impugnada, não podendo dela conhecer o colegiado de segunda instância. No caso vertente, a matéria de que se trata é eminentemente de direito, não cabendo sequer cogitar das hipóteses excepcionadas no art. 16, vez que restritas à prova documental não oportunamente apresentada por motivo de força maior, relativa a fato ou direito superveniente ou destinada a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

Desta forma, sou pelo não conhecimento de tais alegações motivado pela sua preclusão temporal. Caso o colegiado, todavia, decida em sentido contrário, passo à análise dos argumentos expendidos pela recorrente.

Consoante afirma a recorrente, a despesa com ágio é dedutível do lucro líquido do exercício. Todavia, entende que a fiscalização quis glosar exclusão indevida do lucro real. Neste sentido passa a discorrer que a fiscalização não quis tributar a despesa com

ágio deduzida mas a provisão retificadora constituída para neutralizar a amortização do ágio no resultado do período, a qual se constitui em receita a ser excluída para fins de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

Ora tal afirmação desvirtua totalmente de tudo aquilo que a fiscalização afirma em seu Relatório da Ação Fiscal e no auto de infração. Em nenhum momento a fiscalização demonstra querer tributar a exclusão de tal provisão e, aliás, o que foi muito bem compreendido pela recorrente em sua defesa, posto que logrou se defender de todas as acusações feitas, demonstrando que havia compreendido o teor das acusações.

A simples exposição dos fatos destes autos é suficiente para demonstrar que a preliminar destoa dos itens em pauta. Toda a acusação fiscal investe contra a dedução da amortização do ágio. A idéia de que a fiscalização questiona a provisão criada para neutralizar o ágio é retórica da recorrente, não se sustentando nos fatos processuais. Pelo contrário, no Relatório de Ação Fiscal a fiscalização expressamente declina os dispositivos que tratam da amortização do ágio (art.385, 386, RIR/99). Os lançamentos fiscais envolvidos com a amortização do ágio são expressamente descritos também naquele documento. Por fim, toda a trama desenvolvida no Relatório encadeia os fatos no sentido de demonstrar uma simulação na criação do ágio.

Em pontos específicos a fiscalização demonstra com clareza a infração constatada (que não se volta para qualquer provisão), como na fl.47

a) Exclusões Indevidas da Base de Cálculo do IRPJ e CSLL

39. Como resultado da operação societária simulada, o sujeito passivo utilizou-se indevidamente da provisão do disposto no Art. 386, III do Regulamento do Imposto de Renda, assim excluiu das bases de cálculo do Imposto de Renda da Pessoa jurídica e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, os valores apresentados abaixo:

- Ano calendário 2005: R\$ 11.933.754,12

- Ano calendário 2006: R\$ 47.735.016,48

- Ano calendário 2007: R\$ 47.735.016,48

No próprio corpo do auto de infração (fl. 06) ficou assim consignada a infração:

**003 EXCLUSÕES/COMPENSAÇÕES NÃO AUTORIZADAS
NA APURAÇÃO DO LUCRO REAL EXCLUSÕES
INDEVIDAS**

Redução indevida do Lucro Real, em virtude da exclusão do lucro líquido não autorizada pela legislação do imposto de renda, conforme demonstrativo no Relatório de Ação Fiscal.

Em nenhum momento, exceto na peça recursal, é questionada dedutibilidade de provisões. A acusação restou, portanto, bem demonstrada e bem compreendida pela recorrente, não havendo razões para se questionar sobre eventual cerceamento do direito de defesa, única hipótese que teria guarida no art. 59, II, do Decreto nº 70.235/72.

Desta forma, voto para que seja rejeitada.

d) Mérito da acusação de simulação na criação do ágio a ser amortizado e sua indedutibilidade

A recorrente entende serem evidentes os propósitos negociais das operações. Para ela, a venda da totalidade das quotas da recorrente pela Intabex à Meridional pelo valor de R\$507.000.000,00 (quinhentos e sete milhões de reais) *teve como objetivo negocial refletir o valor de mercado da recorrente nas demonstrações financeiras anteriores e posteriores à integração com a Meridional*. O valor de venda (acima destacado) destoava do valor do patrimônio líquido da recorrente à época, de R\$268.324.917,57. A diferença, de R\$238.675.082,43 deveria ser reconhecida de acordo com as diretrizes estabelecidas na integração mundial dos grupos. Além disso, entende que os efeitos da compra e venda não foram anulados. O valor do ágio permaneceu evidenciado nas demonstrações financeiras locais, embora tenha sido constituída provisão retificadora do ágio.

A Procuradoria da Fazenda Nacional rebateu tais alegações ao afirmar que o propósito negocial da primeira operação societária, a qual deu origem ao ágio posteriormente amortizado, qual seja, o aumento de capital da MERIDIONAL com cotas da ALLIANCE BRASIL, não foi a alienação de um investimento pelo seu valor de mercado nem visou a apenas refletir o valor de mercado da ALLIANCE BRASIL (como alega a recorrente), mas tão somente visou à criação de um ágio fictício.

Para a Procuradoria não se sustenta a afirmação da recorrente de que o propósito negocial do ágio criado com a venda das ações da ALLIANCE BRASIL não foi a rentabilidade futura a ser potencialmente auferida pela MERIDIONAL (como exige o art. 385, §2º, II do RIR/99), mas refletir o valor de mercado da ALLIANCE BRASIL para posterior incorporação. Isto porque, para ela, o registro do valor de mercado de uma participação societária (conforme confessado pela própria recorrente) não habilita sequer a existência de ágio, quanto menos a sua dedutibilidade para fins tributários.

Além disso, o registro que originou a criação do ágio fora cancelado com a posterior incorporação de uma empresa pela outra. Assim, como o intuito final do grupo econômico sempre foi a incorporação da MERIDIONAL pela ALLIANCE BRASIL, conclui-se que o ágio não foi criado nem mesmo para refletir o valor de mercado da ALLIANCE BRASIL. Seu propósito negocial foi eminentemente fiscal.

Por fim, arremata que - tal como ressaltado pela fiscalização - os efeitos financeiros e contábeis de toda a reorganização societária realizada pelo recorrente são nulos. Como resultado líquido da reestruturação empresarial adotada, tem-se somente como efeito tributário o direito à amortização do ágio pela empresa resultante.

Prossegue a Procuradoria afirmando que a questão da motivação para a criação do ágio é de essencial discussão para efeito da dedutibilidade do ágio criado. O propósito negocial declarado pela recorrente para a operação de compra e venda das quotas da recorrente pela INTABEX à MERIDIONAL pelo valor de R\$507.000.000,00 é o registro do valor de mercado da participação societária. Entende a Procuradoria que esta afirmação não se sustenta diante do laudo oferecido, o qual baseia o ágio em rentabilidade futura, sendo certo que o ágio criado em face do valor de mercado de uma participação societária não habilita à dedutibilidade de que goza aquele fundado em rentabilidade futura.

Vejo, também, debilidade nos argumentos da recorrente ao tentar justificar o propósito negocial dos seus atos societários. Mas por outro ponto de vista.

Neste ponto específico, tenho para mim que o negócio da aquisição das quotas da recorrente pela MERIDIONAL (adquiridos da INTABEX) logrou duas consequências: a alienação das quotas e a criação do ágio para registro do investimento. Ocorre que esta segunda consequência (a criação do ágio) não é propósito negocial, mas mero ajuste de preços. O propósito negocial deveria ser a alienação das quotas *per se*, porque este é o objeto contratado, sendo o preço mero elemento. E só por isso, o propósito negocial declarado pela recorrente estaria maculado, já que ele se baseia no registro a valor de mercado da participação societária.

Mas a questão fica ainda mais evidente, a meu ver, quando toda a reestruturação é observada de uma só tomada. Isto porque se sabe que o objetivo final, a meta da reestruturação, era a incorporação da MERIDIONAL pela ALLIANCE ONE. Assim, todas as etapas intermediárias devem ser encaradas como meio para a obtenção deste fim desejado.

E neste ponto calha afirmar que a aquisição das quotas da recorrente pela MERIDIONAL com sua posterior incorporação pela recorrente é operação complexa demais para a lógica simples dos negócios. Isto porque para tal finalidade, a incorporação direta da MERIDIONAL resolveria a questão. Então porque alguém que deverá ser extinto ao final de um processo passa a adquirir quotas de quem o extinguirá? Esta lógica, contrária à objetividade dos negócios, encontrou nestes autos somente uma explicação, cuja lógica reside na economia de tributos.

Os elementos de convicção de tal conclusão são muitos. O primeiro deles, bem observado pela fiscalização e reiterado nas contrarrazões da Procuradoria da Fazenda Nacional é o de que os efeitos da avaliação a preço de mercado são anulados com a incorporação da MERIDIONAL pela recorrente. Isto porque, de acordo com a reestruturação feita tal empresa simplesmente deixa de existir! Ora, qual foi então o objetivo de demonstrar os preços de mercado se nenhum registro ficará de tal cuidado?

Além disso, quem é incorporado é a MERIDIONAL (pela ALLIANCE ONE). Desta forma, seria de se supor que as quotas desta empresa deveriam ser avaliadas a preço de mercado, para que após, ao ser adquirida, o investimento estivesse contabilizado corretamente no ativo do adquirente. Mas a avaliação a preço de mercado é feita nas quotas da ALLIANCE ONE, a qual será a incorporadora ao final. De fato, nenhuma lógica parece residir na afirmação da recorrente.

Assim, não me convence a alegação de que a recorrente optou por uma dentre as várias opções legais disponíveis e que é vedado à Administração escolher dentre elas a mais gravemente tributada. Fica evidente que foi adotada uma estrutura às avessas (com confusão de papéis entre investidor e investido), contrária à lógica simples negocial, apenas para permitir a criação e amortização do ágio. A recorrente não optou dentre as opções possíveis. A versão negocial adotada não foi optada. Ela foi gestada, criada em laboratório jurídico, e por isso é tão estranha, é não usual, é tão exótica. Ela não deriva do mundo dos negócios, mas do mundo do planejamento tributário.

A anulação dos efeitos da valorização a preço de mercado (exceto pela amortização do ágio) com a incorporação da MERIDIONAL pela recorrente demonstra mais uma vez a incoerência da afirmação de que o propósito negocial foi a valorização das quotas a

preço de mercado. E a proximidade temporal é também importante elemento de análise. Os atos foram feitos em seqüência temporal curtíssima e observaram uma só lógica de reestruturação. Sendo assim, não se pode analisar as operações parciais de tal operação sem que se tenha em mente qual o objetivo de tal passo no conjunto da reorganização societária.

Inegável, também, a falta de substrato econômico para o surgimento do ágio. Afinal, com a incorporação da MERIDIONAL pela ALLIANCE BRASIL, o investimento que deu origem ao ágio não refletiu nenhum gasto efetuado pela MERIDIONAL (adquirente do investimento) e/ou nenhum ganho auferido pela INTABEX (alienante). Não houve circulação de nenhuma espécie de riqueza que justificasse a sua existência. Não é falso afirmar, assim, que nunca houve ágio decorrente de investimento, tendo ele sido criado de forma artificial. Desta forma, não pode haver dedutibilidade na sua amortização.

Por fim, vale destacar, as operações que resultaram na criação do ágio estão envolvidas num contexto muito peculiar de união de dois grupos internacionais e suas conseqüentes decorrências no país. Assim, já havia verificado a fiscalização que há coincidência de assinaturas e do escritório de advocacia contratado. Mas além disso, a concentração da administração das empresas envolvidas na reestruturação societária da ALLIANCE BRASIL e da MERIDIONAL se mostra indiscutível quando se vê que todas as empresas estrangeiras que controlavam direta e indiretamente as empresas brasileiras (ALLIANCE INC, INTABEX, e TRANSCONTINENTAL) outorgaram poderes para formalizar suas operações societárias à mesma pessoa, a Sra. Fátima Aparecida Carr. Neste sentido, é inegável que as transações foram juridicamente concertadas de forma consciente e com objetivos afinados.

Deste modo, apesar de a recorrente alegar que as partes dos negócios eram capazes, os objetos lícitos, e seguiram a forma prescrita em lei, é inegável que se tratava de um grupo econômico, já unificado no exterior, cuja unificação aqui era mera decorrência de acordos já firmados. E neste sentido, as alegações de razões de mercado e transações entre partes independentes perdem sua consistência, bem como a existência de interesses contrapostos, ficando bastante claro que o interesse de ambas as partes passou a ser estreitamente vinculado e que o prejuízo da Fazenda Nacional na operação que criou o ágio reverte em benefício obtido no seio do grupo, não havendo, ali, nenhum perdedor nesta “operação negocial”.

Reitere-se, apenas para compreensão dos fatos, que, embora anterior à sua vigência, a reestruturação efetuada descumpra preceitos emanados pela CVM e pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis, pois o Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007, bem como o item 50 da Orientação Técnica OCPC 02/2008 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis manifestam-se contra a geração de ágio quando interno (gerado pela própria entidade ou mesmo conjunto de empresas sob controle comum).

OFÍCIO-CIRCULAR/CVM/SNC/SEP nº 01/2007

Rio de Janeiro, 14 de fevereiro de 2007

Aos Senhores

*Diretores de Relações com Investidores e Auditores
Independentes*

ASSUNTO: Orientação sobre Normas Contábeis pelas Companhias Abertas

...

20.1.7 “Ágio” gerado em operações internas

A CVM tem observado que determinadas operações de reestruturação societária de grupos econômicos (incorporação de empresas ou incorporação de ações) resultam na geração artificial de “ágio”.

Uma das formas que essas operações vêm sendo realizadas, inicia-se com a avaliação econômica dos investimentos em controladas ou coligadas e, ato contínuo, utilizar-se do resultado constante do laudo oriundo desse processo como referência para subscrever o capital numa nova empresa. Essas operações podem, ainda, serem seguidas de uma incorporação. Outra forma observada de realizar tal operação é a incorporação de ações a valor de mercado de empresa pertencente ao mesmo grupo econômico. Em nosso entendimento, ainda que essas operações atendam integralmente os requisitos societários, do ponto de vista econômico-contábil é preciso esclarecer que o ágio surge, única e exclusivamente, quando o preço (custo) pago pela aquisição ou subscrição de um investimento a ser avaliado pelo método da equivalência patrimonial, supera o valor patrimonial desse investimento. E mais, preço ou custo de aquisição somente surge quando há o dispêndio para se obter algo de terceiros. Assim, não há, do ponto de vista econômico, geração de riqueza decorrente de transação consigo mesmo. Qualquer argumento que não se fundamente nessas assertivas econômicas configura sofisma formal e, portanto, inadmissível.

Não é concebível, econômica e contabilmente, o reconhecimento de acréscimo de riqueza em decorrência de uma transação dos acionistas com eles próprios. Ainda que, do ponto de vista formal, os atos societários tenham atendido à legislação aplicável (não se questiona aqui esse aspecto), do ponto de vista econômico, o registro de ágio, em transações como essas, somente seria concebível se realizada entre partes independentes, conhecedoras do negócio, livres de pressões ou outros interesses que não a essência da transação, condições essas denominadas na literatura internacional como “arm’s length”.

Portanto, é nosso entendimento que essas transações não se revestem de substância econômica e da indispensável independência entre as partes, para que seja passível de registro, mensuração e evidenciação pela contabilidade.(grifos meus)

Item 50 da Orientação Técnica OCPC 02/2008 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis:

É importante lembrar que só pode ser reconhecido o ativo intangível ágio por expectativa de rentabilidade futura se adquirido de terceiros, nunca o gerado pela própria entidade (ou mesmo conjunto de empresas sob controle comum). E o adquirido de terceiros só pode ser reconhecido, no Brasil, pelo custo, vedada completamente sua reavaliação.

Assim, ainda que não se apliquem tais atos normativos ao caso sob análise, numa perspectiva de direito tributário, e mesmo pela sua ulterioridade, não se pode deixar de reconhecer que tais atos normativos atestaram a reprovabilidade da conduta perpetrada, que veio a receber tratamento específico destes órgãos.

Não destoa o presente posicionamento da jurisprudência que vem sendo adotada no Carf. Vejamos.

Acórdão nº 10323441 do Processo 10980009452200618

*Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ
Exercício: 2005 Ementa: DESPESAS COM ÁGIO. CARACTERIZADA SIMULAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE. PROVAS. É indedutível as despesas com ágio quando provado nos autos que as mesmas foram levadas a efeito a partir da prática de simulação através de negócio jurídico que aparenta transferir direitos a pessoa diversa daquela à qual realmente se transmitem. SIMULAÇÃO. CARACTERIZAÇÃO. O fato dos atos societários terem sido formalmente praticados, com registro nos órgãos competentes, escrituração contábil, etc. não retira a possibilidade da operação em causa se enquadrar como simulação, isso porque faz parte da natureza da simulação o envolvimento de atos jurídicos lícitos. Afinal, simulação é a desconformidade, consciente e pactuada entre as partes que realizam determinado negócio jurídico, entre o negócio efetivamente praticado e os atos formais (lícitos) de declaração de vontade. Não é razoável esperar que alguém tente dissimular um negócio jurídico dando-lhe a aparência de um outro ilícito. GLOSA DE DESPESAS FINANCEIRAS - DESNECESSIDADE. A tão só coexistência, com aplicações financeiras remuneradas a taxas inferiores, de empréstimos tomados a pessoas relacionadas não autoriza a inferência de serem desnecessárias as despesas havidas com estes empréstimos. RESERVA DE REAVALIAÇÃO. REALIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA. A entrega de bens em pagamento do valor do capital subscrito, fato permutativo que é, não implica em realização da reserva de reavaliação. MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA - SIMULAÇÃO - EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE - A prática da simulação com o propósito de dissimular, no todo ou em parte, a ocorrência do fato gerador do imposto caracteriza a hipótese de qualificação da multa de ofício, nos termos do art. 44, II, da Lei nº 9.430, de 1996. Publicado no D.O.U. nº 141 de 24/07/2008.*

No mesmo sentido

Acórdão nº 10196724 do Processo 18471000947200633

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Anos-calendário: 2001 e 2002 Ementas: NULIDADE- REEXAME DE FATOS JÁ VALIDADOS EM FISCALIZAÇÃO ANTERIOR- A Secretaria da Receita Federal não valida ou invalida fatos, mas analisa sua repercussão frente à legislação tributária e exige o tributo porventura deles decorrentes. No caso, a repercussão tributária dos fatos só surgiu com a amortização do suposto ágio. ATOS SIMULADOS. PRESCRIÇÃO PARA SUA DESCONSTITUIÇÃO. No campo do direito tributário, sem prejuízo da anulabilidade (que opera no plano da validade), a simulação nocente tem outro efeito, que se dá plano da eficácia: os atos simulados não têm eficácia contra o fisco, que não necessita, portanto, demandar judicialmente sua anulação. INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE AÇÕES.. SIMULAÇÃO. A reorganização societária, para ser legítima, deve decorrer de atos efetivamente existentes, e não apenas artificial e formalmente revelados em documentação ou na escrituração mercantil ou fiscal. A caracterização dos atos como simulados, e não reais, autoriza a glosa da amortização do ágio contabilizado. MULTA QUALIFICADA A simulação justifica a aplicação da multa qualificada. COMPARTILHAMENTO DE DESPESAS- DEDUTIBILIDADE. Para que sejam dedutíveis as despesas com comprovante em nome de uma outra empresa do mesmo grupo, por terem sido as mesmas rateadas, é imprescindível que, além de atenderem os requisitos previstos no Regulamento do Imposto de Renda, fique justificado e comprovado o critério de rateio. BENS DE NATUREZA PERMANENTE DEDUZIDO COMO DESPESA. Não caracterizada a infração pelo fisco, não prospera a glosa das despesas contabilizadas. TRIBUTAÇÃO REFLEXA. Se nenhuma razão específica justificar o contrário, aplica-se ao lançamento tido como reflexo as mesmas razões de decidir do lançamento matriz. Recurso voluntário e de ofício negados.

Em obra recente¹, na qual é analisada a jurisprudência recente do Carf sobre a matéria, Schoueri conclui que a reorganização societária pode ser desconsiderada se à luz do caso concreto ficar demonstrada a simulação. Diz o jurista

Nos acórdãos analisados acima, em que o CARF desconsiderou operações em que foi gerado ágio “dentro da casa”, havia vários indícios de que as transações não eram válidas. Pode-se citar, nesse sentido, o curtíssimo lapso temporal entre as etapas das transações (por exemplo, a aquisição com ágio ocorrendo em um dia e a incorporação, no dia seguinte), e o fato de que, como já se apontou, ao final, a situação verificada era idêntica à situação inicial, exceto pela geração de um ágio que estava sendo aproveitado para reduzir o lucro tributável das empresas envolvidas.

E mais à frente

O ágio interno não é indício de simulação. Esta deve ser comprovada à luz do caso concreto, e somente em tais casos a reorganização pode ser desconsiderada.

Sou, pois, pela manutenção da glosa.

e) Multa Qualificada

Da análise do contexto exsurge que a ação concertada consistente na reestruturação societária exótica perpetrada pela recorrente visou inegavelmente a reduzir indevidamente o montante devido de IRPJ e CSLL.

E para isto utilizou-se a recorrente, em conluio com demais empresas do grupo, de uma série de atos societários que embora tiveram fim equivalente ao que seria obtido por meio de incorporação direta, permitiram a criação do ágio que a recorrente desejou amortizar. E tal criação artificial nada mais é do que uma simulação, vez que a vontade declarada dos atos praticados diverge da vontade real desejada pela recorrente. Com efeito, procurou-se fazer parecer real um investimento inexistente com o fim específico de gerar uma vantagem fiscal indevida.

Tendo em vista que a reestruturação societária planejada com antecipação e executada com grande cuidado, como marco-operação que foi, conteve em seu bojo as ações destinadas a simular a criação de um ágio inexistente, interno ao grupo, é evidente que tais ações foram praticadas dolosamente, não se podendo argüir inocência quanto à finalidade pretendida – reduzir o montante de impostos, mediante a declaração fraudulenta de vontade em negócios jurídicos societários efetuados dentro do grupo econômico.

Não vejo como ser possível alegar-se o cumprimento das normas para afastar o dolo. As normas foram cumpridas apenas aparentemente, porque um elemento ideológico falso está por detrás das ações praticadas. Elas foram cumpridas se analisadas as operações caso-a-caso, isoladamente. Porém, quando vistas em conjunto, exsurge imediatamente o elemento falso, destinado a criar indevidamente uma dedução fiscal, vez que as operações praticadas não podem ser sustentadas pelos propósitos negociais alegados e pela inexistência de efeitos econômicos decorrentes. E aí, não há como se afastar a vontade, o dolo, na prática dos atos destinados a reduzir o IRPJ e a CSLL.

Assim, ou bem se reconhece que tudo foi legal e não há dolo, ou bem se admite que houve dolo, mediante fraude, nas ações destinadas a reduzir o montante de tributos devido, e então, a fraude impõe a qualificação da multa. Esta última opção parece-me a mais correta ao caso vertente.

No mesmo sentido segue forte jurisprudência do Carf. Vejamos:

Acórdão nº 10196066 do Processo 10735003228200533

MULTA QUALIFICADA. SIMULAÇÃO. *Constatada a existência de simulação nos atos jurídicos com o objetivo de prejudicar o Fisco, caracterizado está o evidente intuito de fraude definido no*

art. 72 da Lei nº 4.502/1964, devendo ser aplicada a multa de 150% (cento e cinquenta por cento) prevista no art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/1996.

No mesmo sentido

Acórdão nº 10195168 do Processo 10768015727200162

PRELIMINAR - DECADÊNCIA - SIMULAÇÃO - comprovada a simulação a regra decadencial desloca-se, para os tributos lançados por homologação, do artigo 150, parágrafo 4º, para a do artigo 173, I, ambos do CTN. OPERAÇÕES DE OPÇÕES FLEXÍVEIS DE DÓLAR - PREJUÍZOS - ALEGAÇÃO DE FRAUDE - Comprovada a simulação nas operações de opções flexíveis de dólar, sem garantia, há que ser mantido o lançamento que glosou as perdas decorrentes daquelas operações. MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA - presente o verdadeiro intuito fraudulento, na figura da simulação do negócio jurídico, a que se manter a qualificação da multa de ofício. Recurso voluntário não provido.

No mesmo sentido

Acórdão nº 10323441 do Processo 10980009452200618

*Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ
Exercício: 2005 Ementa: DESPESAS COM ÁGIO. CARACTERIZADA SIMULAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE. PROVAS. É indedutível as despesas com ágio quando provado nos autos que as mesmas foram levadas a efeito a partir da prática de simulação através de negócio jurídico que aparenta transferir direitos a pessoa diversa daquela à qual realmente se transmitem. SIMULAÇÃO. CARACTERIZAÇÃO. O fato dos atos societários terem sido formalmente praticados, com registro nos órgãos competentes, escrituração contábil, etc. não retira a possibilidade da operação em causa se enquadrar como simulação, isso porque faz parte da natureza da simulação o envolvimento de atos jurídicos lícitos. Afinal, simulação é a desconformidade, consciente e pactuada entre as partes que realizam determinado negócio jurídico, entre o negócio efetivamente praticado e os atos formais (lícitos) de declaração de vontade. Não é razoável esperar que alguém tente dissimular um negócio jurídico dando-lhe a aparência de um outro ilícito. GLOSA DE DESPESAS FINANCEIRAS - DESNECESSIDADE. A tão só coexistência, com aplicações financeiras remuneradas a taxas inferiores, de empréstimos tomados a pessoas relacionadas não autoriza a inferência de serem desnecessárias as despesas havidas com estes empréstimos. RESERVA DE REAVALIAÇÃO. REALIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA. A entrega de bens em pagamento do valor do capital subscrito, fato permutativo que é, não implica em realização da reserva de reavaliação. MULTA*

DE OFÍCIO QUALIFICADA - SIMULAÇÃO - EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE - A prática da simulação com o propósito de dissimular, no todo ou em parte, a ocorrência do fato gerador do imposto caracteriza a hipótese de qualificação da multa de ofício, nos termos do art. 44, II, da Lei nº 9.430, de 1996. Publicado no D.O.U. nº 141 de 24/07/2008.

Sou, pois, pela manutenção da multa qualificada.

f) Dos juros sob capital próprio

A questão dos juros sob capital próprio não me parece de grande dúvida. A alegação de que a fiscalização não poderia recalcular o patrimônio líquido para também recalcular a dedutibilidade dos juros sob capital próprio não se sustenta. Do contrário, seria permitido à Fazenda tão somente eliminar meia fraude, vez que há inegável relação de causa e efeito entre a redução do patrimônio líquido decorrente da glosa de deduções e o cálculo dos juros, o qual é feito com base no mesmo patrimônio líquido.

O cálculo dos juros, em regra, nos termos do art. 347 do RIR/99 depende tão somente do valor do patrimônio líquido e da TJLP, a qual é definida *a priori*. Assim, reduzido o patrimônio líquido (vez que parcela dele era irreal), segue-se inevitável redução do montante de juros sobre o capital próprio passíveis de serem deduzidos.

A alegação da recorrente é de que o Fisco não teria poderes para efetuar o recálculo. Se assim fosse, não teria, também, poderes para efetuar lançamento de ofício todas as vezes que verificar erro na apuração do contribuinte. E é evidente que isso é falso, pois o lançamento por homologação não suprime a faculdade do Fisco de rever a apuração originalmente feita pelo contribuinte, o qual detém prerrogativas de refazê-la, podendo desconsiderar os efeitos dos atos jurídicos simulados, nos termos do art. 167 do Código Civil e dos art. 118, 149, VII, 150, §4º, todos do CTN.

A jurisprudência desta Corte Administrativa não destoa de tal conclusão, senão vejamos:

Acórdão nº 10196066 do Processo 10735003228200533

DECADÊNCIA - LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO - Nos lançamentos por homologação, o direito de constituir o crédito tributário decai após decorridos 5 (cinco) anos a partir da ocorrência do fato gerador, exceto nas hipóteses em que presente dolo, fraude ou simulação, cujo prazo passa a ser de 5 (cinco) anos contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme dispõe o artigo 173, inciso I, do CTN. LANÇAMENTO - MULTA EXIGIDA ISOLADAMENTE- O termo inicial para lançamento das multas exigidas isoladamente rege-se pelo art. 173 do CTN SIMULAÇÃO. Caracterizada a simulação, os atos praticados com o objetivo de reduzir artificialmente os tributos não são oponíveis ao fisco, que pode desconsiderá-los. MULTA QUALIFICADA. SIMULAÇÃO. Constatada a existência de simulação nos atos jurídicos com o objetivo de prejudicar o

Processo nº 13005.001065/2009-11
Acórdão n.º **1302-000.991**

S1-C3T2
Fl. 1.185

Fisco, caracterizado está o evidente intuito de fraude definido no art. 72 da Lei nº 4.502/1964, devendo ser aplicada a multa de 150% (cento e cinquenta por cento) prevista no art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/1996.

Assim, sou pela manutenção da glosa do excedente deduzido a título de juros sobre o capital próprio.

Desta forma, voto para negar provimento ao Recurso Voluntário, mantendo-se o crédito tributário tal como lançado.

Sala das Sessões, 3 de outubro de 2012.

(assinado digitalmente)

Eduardo de Andrade - Relator