



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

Processo nº 13005.001356/2010-42
Recurso nº 922.304 Voluntário
Acórdão nº 1401-001.159 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de abril de 2014
Matéria IRPJ
Recorrente CVI Refrigerantes
Recorrida Fazenda Nacional

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008

INCORPORAÇÃO DE EMPRESA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO.

Não produz o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo a incorporação de pessoa jurídica, em cujo patrimônio constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, sem qualquer finalidade comercial ou societária, especialmente quando não houve a efetiva aquisição de negócio jurídico.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. PENALIDADE

A penalidade instituída pelo art. 44, I, da Lei nº 9.430 representa uma sanção pecuniária a um ato ilícito, configurado na falta de pagamento ou recolhimento de tributo devido, ou ainda a falta de declaração ou declaração inexata. No caso em análise, dado que não houve pagamento ou recolhimento de tributo devido, afigura-se correta a exigência da multa de ofício.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, **afastar** a decadência, **rejeitar** a preliminar de nulidade e, no mérito, **negar provimento** ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto vencedor que integram o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Fernando Luiz Gomes de Mattos (Relator) e Antonio Bezerra Neto nos termos do voto vencido. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Karem Jureidini Dias.

(assinado digitalmente)

Vencedor André Mendes de Moura - Presidente e Redator para Formalização do Voto

(assinado digitalmente)

FERNANDO LUIZ GOMES DE MATTOS - Relator.

Considerando que o Presidente à época do Julgamento não compõe o quadro de Conselheiros do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) na data da formalização da decisão, e as atribuições dos Presidentes de Câmara previstas no Anexo II do RICARF (Regimento Interno do CARF), a presente decisão é assinada pelo Presidente da 4ª Câmara/1ª Seção André Mendes de Moura em 14/09/2015. Da mesma maneira, tendo em vista que a redatora designada Karem Jureidini Dias não integra o quadro de Conselheiros do CARF, o Presidente André Mendes de Moura será o responsável pela formalização do voto vencedor.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Jorge Celso Freire da Silva (Presidente à Época do Julgamento), Fernando Luiz Gomes de Mattos, Antonio Bezerra Neto, Sérgio Luiz Bezerra Presta, Karen Jureidini Dias e Maurício Pereira Faro.

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto parcialmente o relatório que integra o Acórdão recorrido (fls. 895-898):

A DRF Santa Cruz do Sul lavrou autos de infração contra a interessada com o objetivo de formalizar créditos tributários no montante de R\$ 39.093.079,71, relativo a Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) e respectivos consectários legais (fls. 01/26).

A receita bruta total da autuada determina que a tributação de sua renda ocorra com base no lucro real (art. 14, I, da Lei 9.718/98). O cálculo do IRPJ e da CSLL foi realizado anualmente, com base em estimativas mensais.

A fiscalização atribui à contribuinte a redução indevida do lucro líquido antes do IRPJ em virtude de apropriação não permitida pela legislação de despesas com amortização de ágio. Por decorrência, glosou as despesas respectivas e as compensações de prejuízos fiscais e de bases de cálculo negativas de períodos anteriores geradas pelo suposto procedimento contábil irregular.

Segundo o relatório fiscal (fls. 37/71), o capital social da CVI Refrigerantes, com valor nominal de R\$ 15.519.276,52, foi valorizado em 25/9/04 pela quantia de R\$ 82.792.723,48, tendo como base laudo elaborado em 15/8/04 por empresa de auditoria, cujo escopo seria o de apurar o valor presente da autuada em cima da expectativa de rentabilidade futura e valendo-se do método de fluxo de caixa futuro descontado.

As duas sociedades empresárias detentoras do capital da CVI Refrigerantes utilizaram o montante das quotas nesta empresa, já atualizadas, para integralizar aumento de capital na Companhia Fonte Ijuí (CFI) – sociedade de participações pertencente ao mesmo grupo empresarial, criada em 2000, com existência não operacional, sem empregados ou estrutura administrativa, cuja função era controlar a Empresa Mineradora Ijuí (operacional de água mineral). A transação se processou mediante conferência (integralização de capital subscrito mediante dação de participação acionária) da totalidade das participações da CVI Refrigerantes, pelo valor de R\$ 98.312.000,00. Com a transferência da totalidade das quotas, o controle integral da CVI Refrigerantes foi repassado à CFI.

A CFI registrou em sua contabilidade R\$ 82.792.723,48 em conta de ágio em investimento e R\$ 54.643.197,50 como provisão para manutenção do patrimônio líquido, equivalente à

diferença entre o valor do ágio e o do benefício fiscal decorrente da sua amortização (R\$ 82.792.723,48 – 34%, percentual correspondente à soma das alíquotas de IRPJ e CSLL). Essa provisão implica redução da conta de registro do ágio. Os créditos relativos à reversão da provisão ocorrem na proporção dos débitos de amortização do ágio, conforme estabelece o art. 6º da Instrução CVM 319/99.

Em 1/12/04, a CVI Refrigerantes incorpora sua controladora CFI, que se extingue. A CVI Refrigerantes volta a ter como sócias as mesmas sociedades empresárias de antes e com os mesmos percentuais de participação. A diferença é que, com base no ato de incorporação, a CVI Refrigerantes registra na sua contabilidade a totalidade do ágio e da provisão para manutenção do patrimônio líquido existentes na incorporada, passando a reconhecê-los mensalmente, à taxa de 1/60. O impacto fiscal da provisão é anulado por crédito do mesmo valor anotado na parte B do Livro de Apuração do Lucro Real (Lalur). Assim, a contribuinte obtém uma economia tributária mensal de R\$ 1.379.878,72, tanto nas bases de cálculo de IRPJ como nas de CSLL.

As alterações societárias resumidas acima foram entendidas pela fiscalização como meras formalidades com interesses diferentes dos negociais, visando sobretudo à economia de tributos. O ágio teria sido criado de forma artificial, sem a existência do dispêndio para obter algo de terceiros. Não foi criado pela vontade de partes independentes, mas, como não poderia acontecer, surgiu dentro do mesmo grupo econômico.

Os autos de infração foram cientificados à autuada em 25/11/10 (fls. 04 e 21) e a impugnação foi apresentada na repartição fiscal em 23/12/10 (fls. 320/381).

A interessada requer o provimento da impugnação para fins de desconstituição do lançamento do crédito tributário. Alega, em síntese:

1. o crédito tributário é nulo em virtude da decadência, operada nos termos do art. 150, § 4º, do CTN: o lançamento se funda em atos jurídicos – constituição e contabilização do ágio – ocorridos há mais de cinco anos quando da lavratura do auto de infração;
2. as alterações de controle societários objetivaram viabilizar econômica e financeiramente o sucesso de projeto de desenvolvimento empresarial apresentado à Secretaria da Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul em 15/10/04 (fls. 384/524);
3. o ágio da CVI Refrigerantes foi resultante de laudo de avaliação econômico-financeira (fls. 161/96) realizado mediante critérios universais, cientificamente comprovados, que de há muito são aplicados nas avaliações do gênero;

4. o laudo de avaliação foi aceito publicamente pela junta comercial, pelos órgãos de fiscalização da atividade contábil e pelas instituições financeiras, inclusive governamentais, que intervieram no financiamento fabril;
5. o valor do ágio foi diferido nos termos do art. 36 da Lei 10.637/02, o que implica dizer que o imposto resultante será integralmente devido e pago no momento da futura realização, como, por exemplo, no caso da venda da participação societária conferida em aumento do capital social;
6. o direito previsto no art. 36 da Lei 10.637/02 adiantou em anos a aplicação do princípio fundamental do valor justo que as normas internacionais contábeis introduziram;
7. a impugnante não pode ser penalizada por usufruir o incentivo fiscal instituído pelo art. 36 da Lei 10.637/02, cujo caráter de parafiscalidade proporciona às empresas a atualização de sua contabilidade e o diferimento da tributação sobre o ganho do capital;
8. a dedutibilidade da amortização do ágio não merece discussão: é norma posta no RIR, cabendo avaliar apenas o cumprimento das formalidades legais, registrais, fiscais e contábeis – todas seguidas à exaustão pela impugnante, avaliadas e aceitas pelo fisco;
9. todas as regras jurídicas cogentes foram respeitadas: o negócio jurídico existe, é válido e eficaz, traduzindo todos os seus efeitos, inclusive perante terceiros;
10. não há respaldo jurídico para a suposição da autoridade fiscal que retira os efeitos do diferimento da tributação do art. 36 da Lei 10.637/02 em razão de operações societárias realizadas entre empresas de mesmo grupo econômico;
11. a alegação de que a amortização de ágio só é possível entre empresas que não integram um mesmo grupo não tem o condão de anular os efeitos de um negócio jurídico perfeito, quais sejam: o pagamento de IRPJ/CSLL sobre o ganho de capital quando da realização do investimento e a amortização do ágio contabilizado em virtude da incorporação; e não existindo lei que estipule tal exigência, a glosa da despesa é ilegal e inconstitucional, em face do princípio da legalidade, consagrado na Constituição Federal;
12. a regra do art. 36 da Lei 10.637/02 trata exatamente de operações entre partes relacionadas;
13. o art. 36 da Lei 10.637/02 foi revogado pela Lei 11.196/05, mas foi no seu período de vigência que ocorreram as operações de reorganização societária no Grupo CVI,

descritas no relatório fiscal, e, portanto, a autuada podia usufruir o benefício;

- 14. a interdependência de investimento entre empresas, que se recompõem societariamente, não possui qualquer restrição, principalmente legal, capaz de excluir a possibilidade de utilização de ágio entre operações internas de um mesmo grupo empresarial – não há como presumir fraude tão somente porque as empresas estão interligadas;*
- 15. é insubsistente o raciocínio jurídico apresentado pelos fiscais, baseado no entendimento de que o ágio é somente compatível quando criado entre partes independentes não relacionadas, tese defendida por Jorge Vieira da Costa Jr. e Eliseu Martins, pois isso implicaria dizer que as empresas interdependentes não possuem plenas capacidades de autonomia nos negócios que fazem entre si;*
- 16. apesar de a Fipecafi ser um instituto que sequer tem aceitabilidade plena entre os seus pares, como qualquer outro que busca ver reconhecidas suas teses contábeis, o relatório fiscal valoriza os seus comentários como superiores à lei;*
- 17. a fiscalização afirma a invalidade de um ato jurídico perfeito, trazendo como justificativas normas postas em ofícios ou regulamentos administrativos que contrariam frontalmente a lei;*
- 18. o Ofício-Circular CVM/SNC/SEP nº 1, de 14 de fevereiro de 2007, trazido pela fiscalização para amparar a autuação, é inaplicável a companhias fechadas e inaplicável a todas as companhias à época dos fatos (2004), eis que prolatado somente em 2007;*
- 19. o Ofício-Circular CVM/SNC/SEP 1/07 somente foi editado após a revogação expressa do art. 36 da Lei 10.637/02 – se fosse editado durante a sua vigência, seria ilegal;*
- 20. a impossibilidade de empresas interdependentes amortizarem ágio implicaria violação do princípio da isonomia: a vedação das mesmas oportunidades de mercado conferido às demais empresas não encontra respaldo legal;*
- 21. caberia ao fisco, ao glosar a amortização do ágio, demonstrar que o laudo de avaliação não atendeu aos parâmetros legalmente previstos, já que terceiros (peritos externos) estão envolvidos em sua confecção;*
- 22. o lançamento foi efetuado sem qualquer respaldo, pois em momento algum questionou o laudo, mas somente houve alegação, sem prova, de fraude na relação megocial;*

23. *qualquer indício de fraude deveria ter sido apontado por via contrária ao laudo apresentado pela empresa e a multa lançada deveria ser de 150%, o que não foi feito;*
24. *a Lei 6.404/76 (arts. 226 e 227) adota os laudos como forma de conferência de capital;*
25. *a lei confere aos peritos poderes de avaliação que passam a valer enquanto o laudo não for contestado;*
26. *o art. 1.055 do Código Civil prescreve que os bens conferidos ao capital social deverão ser objeto de exata estimação, respondendo o administrador por esta avaliação de forma solidária;*
27. *um auto de infração não pode ser lavrado com base em mera presunção e fraude não se presume;*
28. *a cisão da holding CVI Investimentos teve por objetivo separar os riscos e suas atividades das demais empresas do grupo, em especial as da Aeromed dos negócios de fabricação e distribuição de bebidas – tal empresa sofreu acidente em uma de suas aeronaves, vitimando tripulantes e passageiros e é ré um processos judiciais movidos pelas famílias vitimadas (fls. 539/544);*
29. *a CFI foi criada antes da Lei 10.637/02, que instituiu o diferimento do pagamento de IRPJ/CSLL sobre o ganho de capital na conferência de participações societárias;*
30. *a CFI tinha por objetivo viabilizar juridicamente a venda do negócio de água mineral desenvolvido pela Empresa Mineradora Ijuí Ltda. (Emil) para empresas estrangeiras – negócio que foi tentado por duas vezes, mas sem êxito (fls. 525/538);*
31. *a existência de operações passadas demonstra que a CFI não foi mera “empresa de passagem” para que logo fosse desconstituída;*
32. *a Companhia Vontobel de Investimentos (CVI Investimentos) não realizou assembleia geral extraordinária para deliberar a capitalização da CFI porque seu estatuto social autoriza a administração a praticar atos desta natureza e as contas da administração de 2004 foram aprovadas pela assembleia geral sem qualquer ressalva (fls. 645/646);*
33. *o controle das atividades da Emil era um dos passos da estratégia para dotar a impugnante de conteúdo econômico e patrimonial capaz de fazer frente às negociações em busca de recursos financeiros para seus investimentos, além de fazer com que a contabilidade refletisse o valor econômico do negócio;*

- 34. a nova representação da realidade patrimonial resultante dos atos societários que fundamentam a autuação, devidamente registrada na contabilidade, corrigiu a qualidade da representação patrimonial, permitindo o ingresso de novos recursos financeiros para impulsionar o crescimento da empresa, sobretudo com a retomada de financiamentos para investimentos;*
- 35. o realinhamento em um núcleo administrativo formal único dos dois negócios em evolução e com perspectiva razoável (produção/distribuição de bebidas e exploração e venda de água mineral) era importante para demonstrar ao mercado a real potencialidade dos negócios e possibilitar a captação de recursos necessários à expansão;*
- 36. a simples concessão de empréstimos no valor de aproximadamente R\$ 50.000.000,00 implica confirmar que o laudo que sustenta toda a nova expressão numérica patrimonial está consolidado pela aceitação pública em face da expressão de uma realidade concreta;*
- 37. o comparativo entre os números de faturamento e a margem de contribuição de 2007 e 2010 evidenciam que não haveria o incremento dos negócios não fossem os novos investimentos obtidos com a tomada de empréstimos;*
- 38. o cumprimento das metas de desenvolvimento e incremento negocial, por via da gregação de novas linhas de produção, demonstram que os propósitos negociais estavam elevados a um primeiro plano concreto e que a vantagem tributária implica mero elemento secundário;*
- 39. o fisco pratica fraude à lei ao impor um auto de infração baseado em fatos inexistentes, com verdades que não estão sujeitas à lei;*
- 40. o fisco teria que ter comprovado substancialmente o abuso de direito, fraude à lei, negócios indiretos, que estariam caracterizados com artificialidade (sem substância econômica) e com o fim específico de usufruir um benefício fiscal;*
- 41. o fisco não traz prova de qualquer ilícito cometido pela autuada, inclusive atesta que foram feitos os registros adequados de toda a operação, refletindo corretamente os efeitos do laudo de avaliação;*
- 42. os atos societários podem ser opostos contra terceiros após serem registrados na junta comercial), conforme o art. 1.154 do Código Civil;*
- 43. os atos praticados não tiveram como propósito único a redução de IRPJ/CSLL;*

44. a alegação de ausência de suporte econômico não é comprovada sequer por indício;
45. o ato de não aceitar os reflexos jurídicos da incorporação sem apontar as eventuais inconsistências – apenas para justificar o lançamento – ofende o ato jurídico perfeito e os princípios da moralidade e da ética, que devem estar presentes em todo ato administrativo;
46. tanto a empresa que incorporou, como a empresa que foi incorporada, representadas por seus administradores, são pessoas jurídicas independentes até o momento da aprovação do respectivo registro do ato de incorporação na junta comercial;
47. não se pode alegar que o controle, por via de uma mesma administração, de diversas sociedades submetidas a um mesmo controle pode ser simplesmente posto sob suspeita como apontado pelo auto: as empresas continuam a manter sua personalidade, sua administração e suas contas patrimoniais de forma independente;
48. a integralização de bens é forma de alienação, no mesmo nível que a compra e venda, a doação etc.;
49. os dados contábeis não estão distorcidos, uma vez que a utilização do ágio decorre da fruição do incentivo fiscal instituído pela Lei 10.637/02;
50. o fiscal deveria ter previamente comprovado que os benefícios não poderiam ter sido usufruídos; e
51. fere os princípios da legalidade, da ampla defesa e do contraditório o fato de a autuada não ser informada do fato concreto que fundamentou a penalização.

A 5ª Turma da DRJ Porto Alegre, por unanimidade, julgou improcedente a impugnação, por meio de Acórdão assim ementado (fls. 895):

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008, 2009

DECADÊNCIA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO.

O reconhecimento contábil do ágio não representa manifestação de fato tributário imponible. O prazo decadencial para a constituição de crédito tributário decorrente da redução indevida do resultado do exercício inicia-se ao final de cada período de apuração, em razão da dedução das despesas com amortizações.

ÁGIO INTERNO. INDEDUTIBILIDADE.

O ágio somente pode ser admitido quando decorrente de transações envolvendo partes independentes, condição necessária à formação de um preço justo para os ativos envolvidos. Nos casos em que seu aparecimento acontece no bojo de transações entre entidades sob o mesmo controle, o ágio não tem consistência econômica ou contábil, configurando geração artificial de resultado cujo registro contábil é inadmissível. Nessa situação, a despesa com a amortização do ágio é indedutível.

AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO NEGOCIAL.

O princípio da liberdade de auto-organização não endossa a prática de atos sem motivação negocial, sob o argumento de exercício de planejamento tributário.

LANÇAMENTO DECORRENTE: CSLL. EFEITOS DA DECISÃO RELATIVA AO LANÇAMENTO PRINCIPAL.

O decidido para o lançamento principal aplica-se ao decorrente por terem fundamentos idênticos.

Cientificada do Acórdão em 25/07/2011 (fls. 909), a contribuinte interpôs em 24/08/2011 o recurso voluntário de fls. 912-1008, basicamente reiterando os argumentos apresentados na fase impugnatória. O recurso foi acompanhado pelos seguintes documentos: a) laudo pericial contábil, fls. 1010-1023, elaborado pelo perito João Francisco Queiróz (CRC/RS 51.822); b) parecer, fls. 1031-1078, elaborado por Humberto Ávila.

Em apertada síntese, o recurso voluntário, em conjunto com o laudo pericial e parecer que o acompanham, baseia-se nos seguintes argumentos de defesa:

a) arguição de decadência (art. 150, § 4ª do CTN), uma vez que os presentes lançamentos reportam-se a atos societários ocorridos e contabilizados em 2004, sendo que os presentes lançamentos somente foram lavrados em 2010. No entender da recorrente, considerando que ágio originou-se em 25/09/2004 e a incorporação reversa ocorreu em 01/12/2004, esta última data deveria ser tomada como termo inicial do prazo decadencial;

b) arguição de nulidade dos lançamento, por suposto erro na sujeição passiva (art. 137 do CTN), uma vez que a pessoa jurídica autuada não foi a autora das infrações tributárias apuradas pelo Fisco. No entender da recorrente, as operações societárias sob análise foram realizadas pela Holding CVI Investimentos (sucédida), não podendo a multa originária desta suposta infração ser imputada à recorrente (sucessora), conforme art. 132 do CTN, que regula a responsabilidade por sucessão;

d) arguição de nulidade da decisão recorrida, por ausência de motivação e fundamentação (arts. 142 e 116 do CTN). No entender da recorrente, o colegiado julgador *a quo* desconsiderou atos societários sem comprovar a ocorrência de dissimulação, de abuso de direito ou simulação com prática de fraude. Além disso, a decisão recorrida teria deixado de apreciar diversos argumentos de defesa constantes da peça impugnatória, os quais, na sua visão, demonstrariam a plena regularidade dos atos societários indevidamente questionados pelo Fisco;

e) no mérito, defendeu a plena legalidade e legitimidade da reorganização societária, com transferência de participação societária com ágio (fundado em laudo de avaliação de rentabilidade futura) e a sua adequada dedução, em razão de incorporação, entre empresas do mesmo grupo. No entender da recorrente, tal estratégia de planejamento tributário somente poderia ser recusada pelo Fisco em casos de simulação, dissimulação, abuso de forma, fraude à lei ou abuso de direito, fatos não comprovados nos autos. Alegou, outrossim, que todos os atos societários e procedimentos contábeis foram realizados em estrita conformidade com a legislação de regência, com destaque para os arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 (alterada pela Lei 9.718/98) e art. 36 da Lei 10.637/02;

f) defendeu a existência de propósito comercial e substrato econômico para todos os atos societários ocorridos. Dentre outros motivos, elencou a intenção de demonstrar ao mercado a real potencialidade dos negócios e a possibilidade de captação de novos financiamentos e empréstimos e a intenção de segmentar as diversas atividades econômicas desenvolvidas pelo grupo econômico;

g) questionou a incidência da multa de ofício, por considerar não caracterizada nenhuma das hipóteses previstas no art. 44, I da Lei 9.430/96.

Com fundamento do art. 48, § 2º do Regimento do CARF, a Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou contrarrazões ao recurso voluntário, fls. 2.137-2.188, requerendo a manutenção da decisão de piso.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Fernando Luiz Gomes de Mattos

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

Arguição de decadência

A recorrente arguiu a decadência do direito de o Fisco constituir os presente lançamentos, tendo em vista que os atos societários que originaram o presente ágio ocorreram em 25/09/2004 e a incorporação reversa ocorreu em 01/12/2004. Assim sendo, considerou que a decadência teria se consumado em 01/12/2009, enquanto que os presentes lançamentos somente foram constituídos em 25/11/2010.

Alegação desprovida de sentido.

Os presentes autos de infração referem-se aos anos-calendário de 2005 a 2009 e a ciência do lançamento foi efetuada em 25/11/2010. Como facilmente se percebe, na data de constituição dos presentes lançamentos ainda não havia transcorrido o prazo decadencial.

Importante destacar que o mero registro do ágio na contabilidade não implica em fato gerador ou em alteração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL. O citado efeito somente se verifica por ocasião da utilização desses valores como benefício fiscal, na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

Sobre o assunto, pronunciou-se com grande propriedade a douta Procuradoria da Fazenda Nacional, fls. 2.147-2.151 (grifado no original):

Somente quando o contribuinte efetivamente deduz o ágio na apuração do IRPJ e da CSLL a serem recolhidos, o Fisco tem algo a homologar (no presente caso, as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL apuradas pelo sujeito passivo nos anos de 2005 a 2009). Antes disso, o Estado não tem qualquer fato tributário que envolva o ágio registrado pela empresa.

[...]

Portanto, o que é homologado pelo Fisco é a apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL realizada pelo contribuinte, não o ágio registrado em si. O prazo decadencial corre em face do fato gerador apurado, não do ágio contabilizado. Apenas quando se verifica a ocorrência do fato gerador é que surge contra o Fisco o prazo para a homologação dos dados que dão origem aos créditos que serão constituídos.

Este entendimento encontra-se pacificado no âmbito deste CARF, conforme demonstra o seguinte julgado (grifos acrescidos):

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

O fisco pode questionar fatos ocorridos no passado cujos efeitos fiscais se dão no futuro, pois o tempo não pode transformar em verdadeiro o que não era real, nem tampouco desfazer o que consolidou, desde que a readequação dos fatos situados em períodos já decaídos não decorra de juízo de valor. É o caso da formação de ágio maior por erro de cálculo, cujos efeitos fiscais somente se verifiquem no futuro, na sua amortização ou na utilização como custo na baixa. (Acórdão 107-09.545, Relatora Albertina Silva Santos de Lima).

Nestes termos, rejeito a arguição de decadência formulada pela recorrente.

Preliminares de nulidade

A contribuinte arguiu a nulidade dos lançamentos, por suposto erro na sujeição passiva (art. 137 do CTN), sob a alegação de que a recorrente (sucessora) é pessoa jurídica diversa da sucedida, que efetivamente realizou os atos societários que deram origem ao presente lançamento.

Alegação desprovida de sentido.

A pessoa jurídica autuada, CVI REFRIGERANTES LTDA foi quem infringiu a legislação tributária, reduzindo indevidamente as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Consequentemente, a aludida pessoa jurídica reveste-se da condição de sujeito passivo (contribuinte), razão pela qual efetivamente deve figurar no polo passivo dos presentes lançamentos, nos termos do art. 121, I do CTN.

Sobre o tema, também se manifestou com muita propriedade a douta Procuradoria da Fazenda Nacional, fls. 2144 (grifado no original):

O sujeito passivo, como contribuinte, é a CVI REFRIGERANTES LTDA, por ter sido esta quem obteve o proveito tributário da amortização do ágio, ou seja, praticou a situação disposta na lei como fato gerador (hipótese de incidência), razão pela qual o auto de infração não contém vício.

A recorrente também arguiu a nulidade da decisão recorrida, por suposta ausência de motivação e fundamentação (arts. 142 e 116 do CTN). No entender da recorrente, o colegiado julgador *a quo* desconsiderou atos societários sem comprovar a ocorrência de dissimulação, de abuso de direito ou simulação com prática de fraude. Além disso, o colegiado julgador *a quo* teria ignorado diversos argumentos importantes da defesa.

Mais uma vez não assiste razão à recorrente.

Ab initio, esclareça-se que no presente caso **não houve** descon sideração de negócio jurídico, ao contrário do que afirmou a recorrente. O Fisco não questionou a legalidade das operações de reestruturação societária, mas apenas evidenciou que a despesa gerada com o ágio não poderia ser deduzida para fins fiscais, pelo fato de o citado ágio não possuir consistência econômica ou contábil, posto que originado no contexto de transações entre entidades vinculadas.

Vale dizer que tanto os autos de infração quanto a decisão recorrida apontaram com clareza a fundamentação legal, doutrinária e jurisprudencial desse entendimento, conforme exaustivamente relatado.

Assim sendo, não é correto afirmar que a decisão de piso esteja pautada em “meras presunções ou provas indiciárias”. A fiscalização analisou detalhadamente a origem do ágio (operações societárias realizadas entre partes relacionadas) e entendeu que o citado ágio não atendia aos pressupostos admitidos pela legislação tributária (art. 385 do RIR/1999 e art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977). Tal fato motivou a glosa da despesa indevidamente deduzida e a consequente exigência dos tributos não recolhidos.

Todo este raciocínio foi claramente evidenciado nos autos de infração e também na decisão recorrida, possibilitando que a contribuinte exercesse amplamente o seu direito de defesa, tanto na fase impugnatória quanto na fase recursal.

Também não julgo correta a afirmação de que o acórdão recorrido teria deixado de analisar argumentos importantes levantados pela defesa.

Analisando com atenção o relatório e voto da decisão recorrida, constato que o relator considerou, sim, todas as razões relevantes constantes da peça impugnatória, adotando fundamentação suficiente para decidir as questões controversas

Sobre o tema, enfatizo que o o STJ já firmou entendimento no sentido da desnecessidade de a decisão conter referência expressa a cada um dos argumentos relacionados pela interessada, desde que adotada fundamentação suficiente para decidir plenamente a controvérsia, como se evidencia por meio do seguinte julgado:

Não viola os artigos 165, 458, II, e 535, II, do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta. (Recurso Especial nº 687.417 — RS, Recurso Especial 2005/0011982-9, Relator: Ministro Teori Albino Zavaski)

Tal entendimento também encontra eco no STF, conforme demonstra o seguinte voto, da lavra da Exma. Ministra Eliana Calmon:

O Tribunal não está obrigado a responder questionários formulados pelas partes, tendo por finalidade os declaratórios dirimir dúvidas, obscuridades, contradições ou omissões

realmente existentes, pois existindo fundamentação suficiente para a composição do litígio, dispensa-se a análise de todas as razões adstritas ao mesmo fim, uma vez que o objetivo da jurisdição é compor a lide e não discutir as teses jurídicas nos moldes expostos pelas partes. (EDcl na Ação Rescisória nº770 - DF (1998/0035423-9))

Concluo, portanto, pela absoluta inexistência dos vícios apontados pela recorrente, devendo ser reconhecida a plena legalidade da decisão de piso.

Diante de todo o exposto, voto pela rejeição das preliminares de nulidade arguidas pela recorrente.

Indedutibilidade do ágio

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

Data / Evento	Situação / Operação Societária
24/09/2004 Início	a) CVI Refrigerantes (recorrente) - sociedade limitada com dois sócios: CVI Investimentos (99,98% das cotas) e OV Participações (0,02% das cotas). b) CFI – sociedade anônima de capital fechado, sem empregados e sem estrutura administrativa, com a seguinte composição acionária: CVI Investimentos (com 4.785.997 ações, representando 99,999937% do capital), Ottomar Vontobel (com 1 ação, representando 0,000001% do capital), Frederico Vontobel (com 1 ação, representando 0,000001% do capital) e Valter Engleitner (com 1 ação, representando 0,000001% do capital). c) CVI Investimentos (holding) que tinha como sócios algumas pessoas físicas e duas pessoas jurídicas, OV Participações e Valvi Participações.
25/09/2004 Origem do ágio e Utilização da CFI como “empresa veículo”	a) CVI Investimentos (holding) e OV Participações subscrevem aumento de capital em CFI (empresa veículo), sem realizar qualquer pagamento em dinheiro. O capital subscrito foi integralizado por meio da entrega de 100% das cotas que estas empresas detinham junto à empresa CVI Refrigerantes (recorrente). b) A CVI Refrigerantes (recorrente), nesta data, tinha um valor patrimonial de R\$ 15.519.276,52, mas suas cotas foram valoradas em R\$ 98.312.000,00, conforme laudo de avaliação datado de 15/08/2004. c) A CFI (empresa veículo), que sofreu aumento de capital no valor de R\$ 98.312.000,00, contabilizou o ágio “CVI Refrigerantes”, no valor de R\$ 82.792.723,48 (diferença entre valor do laudo de avaliação e o valor patrimonial da citada empresa).

	d) Como resultado dessa operação, a CVI Refrigerantes (recorrente) passa a ser uma controlada integral da CFI (empresa veículo, que passa a deter 100% das cotas da CVI Refrigerantes).
01/12/2004 “Incorporação reversa” e Formação do “ágio de si mesma”	a) CVI Refrigerantes (recorrente) incorpora sua controladora integral CFI (empresa veículo), que desaparece. Esse fenômeno societário é doutrinariamente conhecido como “incorporação reversa”. b) CVI Refrigerantes (recorrente) retorna ao seu status quo inicial, ou seja, uma sociedade limitada com dois sócios: CVI Investimentos (99,98% das cotas) e OV Participações (0,02% das cotas). Situação absolutamente idêntica à inicial. c) CVI Refrigerantes (recorrente) passa a registrar em sua contabilidade o “ágio de si mesma”, no montante de R\$ 82.792.723,48, cuja amortização deu origem ao presente processo.

Com base nestes fatos, os autuantes concluíram que:

a) CFI era uma pessoa jurídica de existência meramente formal, sem empregados e sem estrutura administrativa. A citada pessoa jurídica foi utilizada como “empresa veículo” no presente processo de planejamento tributário;

b) No exíguo prazo de 67 dias, uma sucessão de operações societárias meramente escriturais (sem fluxo financeiro) criou um expressivo ágio no valor de R\$ 82.792.723,48 que após uma operação de “incorporação reversa” acabou sendo transferido à própria pessoa jurídica que fora objeto de reavaliação (CVI Refrigerantes, ora recorrente), caracterizando a hipótese de “ágio de si mesma”;

c) O ágio, supra referido, não foi criado em conformidade com a legislação tributária, posto que não houve aquisição onerosa de participação acionária, não houve participação de partes independentes, não houve fundamento econômico e não houve propósito negocial;

Em sua defesa, a recorrente sustentou que o planejamento tributário realizado encontra amparo no ordenamento jurídico. Apresentou, ainda, extensa argumentação visando demonstrar que os atos e negócios jurídicos somente poderiam ser desconsiderados caso resultasse demonstrada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação entre as partes, o que não teris sido feito pelas autoridades autuantes.

De plano, cumpre esclarecer que o Fisco **não desconsiderou** nenhuma das operações societárias promovidas pela recorrente ou pelas demais empresas relacionadas. O Fisco simplesmente analisou as consequências tributárias das aludidas operações, tendo chegado à conclusão de que o aludido ágio não atendia aos requisitos da legislação de regência, não podendo ser deduzido na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL da recorrente.

Consequentemente, torna-se desnecessário apreciar os inúmeros argumentos da recorrente, que se contrapõem a suposta “desconsiderações de negócios jurídicos” pelo

Fisco. Uma vez que não houve nenhuma desconsideração de negócios jurídicos, todas as alegações da recorrente neste sentido constituem matérias estranhas à presente lide.

Assim sendo, a resolução da presente lide resume-se a analisar se o presente ágio, criado em sucessivas e rápidas operações societárias, atendeu aos pressupostos legais de sua dedutibilidade na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL da CVI Refrigerantes.

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

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

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

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

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

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

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

Passo a analisar brevemente cada uma destas ocorrências.

Operações estruturadas em seqüência (*step transactions*)

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

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

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

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

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

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

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

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

No caso concreto, vale ressaltar que não houve qualquer mudança na composição acionária da recorrente. A situação reinante antes do início da operação permaneceu inalterada após o seu término.

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

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

Na situação sob análise, nenhum evento externo ocorreu que justificasse a sequência de operações societárias em espaço de tempo tão exíguo (67 dias). A premência com que as operações foram realizadas denotam, claramente, que elas faziam parte de uma sequência de etapas, encadeadas com as anteriores e a depender das posteriores, visando a busca de um fim determinado, sem nenhum evento externo que justificasse a altíssima velocidade com que as operações foram realizadas.

Operações invertidas

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

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

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

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

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

No caso em análise, em etapa anterior à "incorporação reversa" as pessoas jurídicas CVI Investimentos e OV Participações subscreveram aumento de capital na CFI (empresa veículo), **sem realizar qualquer pagamento em dinheiro**, conferindo-lhe 100% das cotas que estas empresas detinham junto à empresa CVI Refrigerantes.

Nesta ocasião, a CVI Refrigerantes foi reavaliada, gerando um ágio no expressivo valor de R\$ 82.792.723,48 (diferença entre valor do laudo de avaliação e o valor patrimonial da citada empresa).

Ato contínuo, a CVI Refrigerantes (controlada integral) absorveu sua controladora (CFI), que desapareceu do mundo jurídico, deixando como única “herança” para a CVI Refrigerantes (ora recorrente) o expressivo valor de R\$ 82.792.723,48, contabilizados a título de ágio (“ágio de si mesma”).

Em sede de memorial, a recorrente alegou que esta estranha operação de “incorporação reversa” teria possibilitado a obtenção de vultosos financiamentos bancários, necessários para a ampliação do seu parque fabril.

Convém frisar que todo este amplo conjunto de dados ora apresentado pela recorrente carece de comprovação documental. Além disso, deve-se ter em conta que este amplo conjunto de dados, mesmo que resultasse comprovado, seria totalmente inútil para o fim desejado pela recorrente.

A eventual obtenção posterior de financiamentos bancários, com base no novo valor patrimonial da companhia (artificialmente elevado por este conjunto de operações societárias realizadas em cadeia e de existência meramente documental) não se mostraria eficaz para infirmar a conclusão de que todo este conjunto de operações societárias visou unicamente gerar efeitos tributários intragrupo, sem ostentar uma razão econômica efetiva de mercado.

Afinal, deve-se ter em conta que a CFI sempre foi uma sociedade anônima de capital fechado, com existência meramente formal, posto que **nunca teve empregados nem estrutura administrativa**.

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

Operações entre partes relacionadas

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Uso de sociedades-veículo (*conduit companies*)

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

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

Ressalte-se, por oportuno, que no exíguo prazo de 67 dias a CFI **teve seu capital social aumentado, sem qualquer fluxo financeiro**, posto que a totalidade do capital subscrito foi integralizado por meio da entrega de 100% das cotas da CVI Refrigerantes (recorrente).

Esta operação societária resultou na formação de ágio no valor de R\$ 82.792.723,48 (diferença entre valor do laudo de avaliação e o valor patrimonial da citada

empresa), que quase imediatamente foi transferido à própria CVI Refrigerantes, mediante incorporação reversa.

Vale dizer que a pessoa jurídica CFI era uma sociedade anônima de capital fechado, com existência meramente formal, posto que **nunca teve empregados nem estrutura administrativa**,

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

Ágio de si mesmo

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

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

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

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

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

Considerações finais

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

Desse modo, a participação societária sempre permaneceu a mesma, mudando apenas de "aparência". O investimento e o ágio refletido no valor nominal das ações retornaram à pessoa jurídica original — a CVI Refrigerantes, ora recorrente - e a contínua

transferência e troca de ações teve como único efeito o não pagamento efetivo dos tributos sobre o ágio agregado ao valor das ações.

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

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

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

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

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

A elisão fiscal lícita, buscada pelo planejamento tributário, diferencia-se da evasão fiscal ilícita por três - e apenas três - elementos: (1) decorrer de atos ou omissões da pessoa (que não é contribuinte) anteriores à ocorrência do fato gerador da obrigação que ela quer elidir, (2) decorrer de atos ou omissões conformes à lei, e (3) decorrer de atos ou omissões reais e não simulados.

No mesmo trabalho, comentou Mariz:

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

ou inexistência de outra causa econômica além da economia fiscal; a exagerada arrumação dos fatos.

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

A sucessão dos atos, a inexistência de fluxo financeiro, a proximidade temporal entre eles e a extinção da empresa CFI por incorporação reversa revelam que nunca houve a intenção real de aumentar o capital social da CFI (que foi extinta apenas 67 dias após a suposta elevação do capital social) para efetivamente operar segundo seu objetivo social, mas sim de criar uma situação efêmera, de passagem, que possibilitasse um registro de ágio a ser amortizado por empresa do grupo (no caso, a CVI Refrigerantes, ora recorrente).

Em sua peça recursal, a contribuinte alegou que as operações societárias em tela tiveram finalidades negociais, além da mera redução da incidência tributária. Dentre tais finalidades negociais, citou a intenção de demonstrar ao mercado a real potencialidade dos negócios, a possibilidade de captação de novos financiamentos e empréstimos e a intenção de segmentar as diversas atividades econômicas desenvolvidas pelo grupo econômico.

No entanto, no curtíssimo período de 67 dias antes de a CFI ter sido extinta por incorporação reversa, é fácil verificar que a citada pessoa jurídica não praticou nenhum ato empresarial alinhado a estes supostos objetivos. Mais do que isso, a citada pessoa jurídica não praticou nenhum ato vinculado com seu objetivo social.

A inquestionável realidade é que antes da elevação do capital da CFI não havia contabilização de investimento adquirido com ágio, a ser amortizado em uma das alternativas mencionadas. O surgimento do ágio foi possibilitado com a elevação (meramente formal) do capital social da CFI, sem nenhum fluxo financeiro. E, apenas 67 dias depois desse ato, a CFI sofreu incorporação reversa, por parte de sua controlada CVI Refrigerantes.

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

Sobre o tema, a Procuradoria da Fazenda Nacional, em suas contrarrazões, expôs de maneira muito objetiva o desvirtuamento ocorrido no processo de criação do presente ágio (fls. 17 a 19 de sua manifestação):

É evidente o desvirtuamento das operações que normalmente conduzem a um custo amortizável. Não se concebe que o próprio titular de um bem possa lhe atribuir o valor superior ao de aquisição/constituição e com isto acabar por originar uma despesa que afete o lucro tributável.

Porém, foi exatamente este o resultado obtido pela recorrente após a suposta reorganização societária. Conseguiu converter a própria rentabilidade futura em custo para deduzir em sua base tributável. **Para tanto, as operações foram realizadas dentro de um grupo econômico, por pessoas submetidas a um mesmo controle, em desacordo com mais um requisito: da autonomia entre as partes envolvidas.**

A operação societária que deu origem ao ágio amortizado pelo contribuinte não foi realizada em um ambiente de livre iniciativa ou no mercado livre e aberto (mas sim dentro do mesmo grupo econômico); tendo o grupo inúmeros interesses especiais na realização do negócio (criação do ágio, manutenção da titularidade das quotas, ausência de desembolso, etc).

Ao final, o ágio foi gerado sem que houvesse o dispêndio de qualquer espécie de recurso. Apesar de ter ocorrido no papel a aquisição do investimento que deu origem ao ágio, não houve circulação de nenhuma espécie de riqueza que justificasse a sua existência.

Da análise global da reorganização societária realizada, nota-se que **o único substrato econômico existente é aquele oriundo da amortização do ágio na conta de resultado da CVI REFRIGERANTES após a incorporação.** Em outros termos, após a incorporação, **a única transferência de riquezas é aquela que se dá do Estado, o qual concede um benefício indevido, para a recorrente, que reduz sua tributação.**

Sendo assim, ante o até aqui exposto, demonstra-se que o ágio originado pela engenharia societária capitaneada pela CVI REFRIGERANTES não apresenta qualquer propósito comercial e substrato econômico a justificar o seu surgimento. O ágio ora em discussão na existiu na realidade, mas apenas no papel. **Não existindo de fato, tal ágio, portanto, não é válido e nem eficaz para ser amortizado na conta de resultado da recorrente, seja pelos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 (385 e 386 do RIR/99), seja por qualquer outra norma que autoriza tal dedutibilidade.**

Nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, somente é amortizável na apuração da conta de resultado de uma empresa o ágio efetivamente decorrente da aquisição de uma pessoa jurídica por outra, por incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio.

O caso dos presentes autos não se submete a essa norma supracitada uma vez que **o ágio absorvido pela incorporadora não existiu, pois fora criado somente de forma artificial.** Materialmente ele nunca ocorreu. Ora, se nunca houve ágio decorrente da aquisição de investimento (segundo o artigo 385 do RIR/99), não há que se falar em sua amortização no resultado

da empresa que o absorveu por incorporação. Se ele nunca existiu, ele não pode ser utilizado.

Jurisprudência do CARF

A situação sob análise já foi objeto de inúmeros pronunciamentos por parte deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, que sistematicamente tem repellido a utilização de atos societários desprovidos de finalidade negocial, com única finalidade de reduzir o recolhimento de tributos.

A título meramente exemplificativo, menciono a ementa de alguns julgados relevantes sobre a matéria (grifado):

Acórdão 101-96.724

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Anos-calendário: 2001 e 2002

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.

Acórdão 103-23290

INCORPORAÇÃO DE EMPRESA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. NECESSIDADE DE PROPÓSITO NEGOCIAL UTILIZAÇÃO DE “EMPRESA VEÍCULO”

Não produz o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo a incorporação de pessoa jurídica, em cujo patrimônio constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, sem qualquer finalidade negocial ou societária, especialmente quando a incorporada teve o seu capital integralizado com o investimento originário de aquisição de participação societária da incorporadora (ágio) e, ato contínuo, o evento da incorporação ocorreu no dia seguinte. Nestes casos, resta caracterizada a utilização da incorporada como mera “empresa veículo” para transferência do ágio à incorporadora.

Acórdão 108-09.793

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2001

OPERAÇÃO ÁGIO - SUBSCRIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO COM ÁGIO E SUBSEQÜENTE CISÃO - VERDADEIRA ALIENÇÃO DE PARTICIPAÇÃO.

Se os atos formalmente praticados, analisados pelo seu todo, demonstram não terem as partes outro objetivo que não se livrar de uma tributação específica, e seus substratos estão alheios às finalidades dos institutos utilizados ou não correspondem a uma verdadeira vivência dos riscos envolvidos no negócio escolhido, tais atos não são oponíveis ao fisco, devendo merecer o tratamento tributário que o verdadeiro ato produz. Subscrição de participação com ágio, seguida de imediata cisão e entrega dos valores monetários referentes ao ágio, traduz verdadeira alienação de participação societária.

Incidência da multa de ofício

Na parte final de sua peça recursal, a contribuinte questionou a incidência da multa de ofício, por considerar não caracterizada nenhuma das hipóteses previstas no art. 44, I da Lei 9.430/96.

Alegação desprovida de sentido.

O retrocitado art. 44, I da Lei 9.430/96 apresenta a seguinte redação:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata.

No presente caso, resultou claramente demonstrado que a contribuinte efetuou dedução indevida de despesa na base de cálculo do IRPJ e da CSLL, o que redundou em falta de declaração e de recolhimento dos aludidos tributos.

A falta de declaração e de pagamento dos tributos autorizou o lançamento de ofício, acrescido da multa de ofício de 75%, conforme previsto na legislação de regência, acima transcrita.

Conclusão

Por todo o exposto, voto no sentido de **afastar** a decadência, **rejeitar** a preliminar de nulidade e, no mérito, **negar provimento** ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Fernando Luiz Gomes de Mattos - Relator

Voto Vencedor

Conselheiro André Mendes de Moura, Redator para Formalização do Voto.

Em face da necessidade de formalização da decisão proferida nos presentes autos, e tendo em vista que a redatora designada Karem Jureidini Dias não mais integra o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, encontro-me na posição de Redator, nos termos dos arts. 17 e 18, do Anexo II, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015 (RICARF).

Informo que, na condição de Redator, não me encontro vinculado: (1) ao relato dos fatos apresentado; (2) a nenhum dos fundamentos adotados para a apreciação das matérias em discussão; e (3) a nenhuma das conclusões da decisão incluindo-se a parte dispositiva e a ementa.

A seguir, a reprodução do voto.

Conforme Ata do Julgamento, a Turma decidiu, por unanimidade de votos, afastar a preliminar de decadência, negar a preliminar de nulidade e negar provimento ao Recurso Voluntário do contribuinte. Necessário se faz a transcrição da Ata para fazermos alguns esclarecimentos quanto ao presente voto:

“ATA DA REUNIÃO DE JULGAMENTO PERÍODO 08/04 a 10/04/2014 (...)

Relator(a): FERNANDO LUIZ GOMES DE MATTOS

Processo: 13005.001356/2010-42

Recorrente: CVI REFRIGERANTES LTDA. e Recorrida: FAZENDA NACIONAL

Acórdão 1401001.159

Decisão: Por unanimidade de votos, AFASTARAM a decadência, REJEITARAM a preliminar de nulidade, e no mérito, NEGARAM provimento nos termos do voto condutor da Conselheira Karem Jureidini Dias. Vencidos os Conselheiros Fernando Luiz Gomes de Mattos (Relator) e Antonio Bezerra Neto nos termos do voto vencido. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Karem Jureidini Dias. Sustentação oral proferida em nome da recorrente pelo Dr. Renato Romeu Renck OAB/RS nº 10.206. O Conselheiro Sérgio Luiz Bezerra Presta substituiu o Conselheiro Alexandre Antonio Alkmim Teixeira.

Votação: Outros

Vencido(s) na votação: ANTONIO BEZERRA NETO

FERNANDO LUIZ GOMES DE MATTOS

Redator designado: KAREM JUREIDINI DIAS

Questionamento: RECURSO VOLUNTARIO

Resultado: Recurso Voluntário Negado” (destaques acrescidos)

Conforme a Ata reproduzida acima, de fato o resultado de julgamento foi proferido “por unanimidade dos votos”. Não há, portanto, que se ter qualquer voto vencedor. A bem da verdade, foi determinada a elaboração de voto condutor apenas para que a maioria, a despeito de concordar integralmente com o Relator no que tange a parte dispositiva, achou por bem esclarecer que não concorda integralmente com os fundamentos do voto.

Feitos esses esclarecimentos, passa-se a expor as razões pelas quais a maioria do Colegiado concluiu por negar provimento ao Recurso, nos termos da Ata de Julgamento, acompanhando pelas conclusões o Relator.

A questão controversa está relacionada à reorganização societária com aproveitamento de ágio dentro do mesmo grupo econômico, utilizando-se de “empresa-veículo”. O Conselheiro relator entendeu, em breve síntese, que o ágio não poderia ser amortizado porque: (i) houve a estruturação de *step transactions* pelo contribuinte sem que houvesse uma justificação, tendo, inclusive, um espaço de tempo muito curto entre as operações (67 dias); (ii) houve a utilização de estrutura invertida (“incorporação reversa”), sem qualquer pagamento em dinheiro, e não havia “propósito negocial” na empresa veículo, cuja única finalidade era a de viabilizar a transferência do ágio; (iii) as operações ocorreram entre partes relacionadas, o que evidencia a existência de um interesse em comum, qual seja, a criação de um “ágio de si mesmo” que, em nenhum momento, foi pago.

A Turma entendeu que tais razões per si não justificam a glosa da despesa com ágio do contribuinte, uma vez que a legislação tributária não traz tais requisitos como impeditivos para a amortização de ágio e, como sabemos, a legalidade sempre foi apontada como princípio norteador da concretização das exações fiscais.

Entretanto, o que saltou aos olhos da Turma no julgamento foi que, conforme descrito pelo relatório, a fiscalização comprovou que não houve a efetiva aquisição de participação societária, requisito este expresso na legislação tributária para assegurar o direito a amortização do ágio (artigo 20, do Decreto-Lei nº 1.598/77 e artigos 7º e 8º, da Lei nº 9.532/97). Vale dizer, o fato de determinada operação ter sido realizada entre partes vinculadas (ágio interno) não é, por si só, à época dos fatos, determinante para a glosa da despesa de ágio.

Contudo, necessário comprovar a efetiva aquisição de participação societária, bem como a prova do negócio jurídico.

Assim, tendo em vista que a fiscalização comprovou não haver a efetiva aquisição de participação societária, evidenciada pela ausência de troca do controle acionário da empresa incorporadora, de se concluir pela impossibilidade da amortização do ágio.

Tais fatos estão consubstanciados no relatório deste acórdão, que reproduziu o relatório do acórdão recorrido, confira-se:

Processo nº 13005.001356/2010-42
Acórdão n.º **1401-001.159**

S1-C4T1

Fl. 2.220

*“Em 1/12/04, a CVI Refrigerantes incorpora sua controladora CFI, que se extingue. A CVI Refrigerantes volta a ter como sócias **as mesmas sociedades empresárias de antes e com os mesmos percentuais de participação.**”*

Com efeito, esta Turma entendeu que, se não houve transferência de titularidade na reorganização societária, não se cumpriu requisito expresso na legislação para a amortização do ágio.

Por tais razões, a Turma, no mérito, negou provimento ao Recurso Voluntário do contribuinte.

André Mendes de Moura - Redator para Formalização do Voto