



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

Processo nº 13971.003788/2009-17
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1202-000.890 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 6 de novembro de 2012
Matéria Glosa de despesa de ágio.
Recorrente ALTENBURG-INDÚSTRIA TEXTIL LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Exercício: 2005, 2006

AUTO DE INFRAÇÃO. HIPÓTESES DE NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Descabe decretar nulidade do auto de infração quando a descrição dos fatos e a pertinente fundamentação legal permitem a plena compreensão da imputação fiscal e oferta de defesa eficaz, não se verificando qualquer das hipóteses do art. 59 do Decreto nº 70.235/72.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2005, 2006

DESPESA DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. DEDUTIBILIDADE. REQUISITOS.

Para ser considerada uma despesa dedutível, o ágio suportado pela empresa com a aquisição de participação societária deve ter como origem, concomitantemente, um propósito comercial, compreendido este como a motivação para adquirir um investimento por valor superior ao custo original, bem como um efetivo substrato econômico, decorrente da aquisição de negócio comutativo entre partes independentes, com dispêndio de recursos e previsão de ganho.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO GERADO INTERNAMENTE. ARTIFICIALIDADE.

Nos casos de ágio gerado internamente, a artificialidade está na conduta de majorar o patrimônio apesar da inexistência de efetivo desembolso de recursos e de efetiva mudança de controle acionário, sendo incabível a apropriação de despesas que não foram incorridas, vez que não há aquisição de nova propriedade quando não há transferência de controle entre as empresas.

SIMULAÇÃO. CARACTERIZAÇÃO. ÁGIO FICTÍCIO. INDEDUTIBILIDADE DA DESPESA.

A utilização de empresa veículo vinculada ao grupo econômico em uma sequência de operações de aquisições e cisões, com aparência de regulares, mas visando efeito diverso do demonstrado, denota simulação. A despesa fictícia gerada com o investimento artificialmente criado é indedutível na apuração do resultado tributável.

MULTA QUALIFICADA.

Em caso de simulação, a inoponibilidade das operações efetuadas em sequência ao Fisco decorre de sua própria ilicitude, o que afasta a possibilidade de configuração de planejamento tributário lícito e justifica a qualificação da multa de ofício.

JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO. INDEDUTIBILIDADE.

A redução do limite de pagamento de juros sobre capital próprio decorre da impossibilidade de reconhecer, no Patrimônio Líquido do contribuinte, a Reserva de Capital gerada em operação viciada.

FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS. MULTA ISOLADA. CONCOMITÂNCIA.

A incidência de multa isolada aplicável na hipótese de falta de pagamento das estimativas mensais não elide a aplicação concomitante de multa de ofício calculada sobre o tributo devido na apuração anual.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Exercício: 2005, 2006

TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

Aplica-se ao lançamento decorrente, no que couber, o quanto decidido em relação ao assunto matriz.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento. No mérito, por maioria de votos, quanto à matéria dedutibilidade do ágio, em negar provimento ao recurso, vencido o conselheiro Orlando José Gonçalves Bueno que dava provimento. Os conselheiros Nereida de Miranda Finamore Horta e Geraldo Valentim Neto acompanharam a relatora pelas suas conclusões. Em relação às matérias qualificação da multa de ofício no percentual de 150%, Juros sobre o Capital Próprio e Multa Isolada por falta de recolhimento de estimativas, pelo voto de qualidade, em negar provimento ao recurso, vencidos os conselheiros Nereida de Miranda Finamore Horta, Geraldo Valentim Neto e Orlando José Gonçalves Bueno.

(assinado digitalmente)

Nelson Lósso Filho - Presidente

(assinado digitalmente)

Viviane Vidal Wagner - Relatora

Processo nº 13971.003788/2009-17
Acórdão n.º **1202-000.890**

S1-C2T2
Fl. 4

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Nelson Lósso Filho, Carlos Alberto Donassolo, Viviane Vidal Wagner, Nereida de Miranda Finamore Horta, Geraldo Valentim Neto e Orlando Jose Gonçalves Bueno.

CÓPIA

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto pelo contribuinte em face de decisão de primeira instância que julgou improcedente a impugnação.

Conforme “Termo de Verificação e de Encerramento de Ação Fiscal” - TVEAF (fls. 1081 a 1136), foram apurados IRPJ e CSLL referente a fatos geradores ocorridos no período de 01/10/2004 a 31/12/2008 (fls.1081/1202), decorrentes de (a) glosa de despesas de amortização de ágio e (b) glosa de despesas de juros sobre o capital próprio, ambas com multa de ofício de 150%; e (c) multa isolada por conta da insuficiência de recolhimentos mensais.

1.1 Da glosa de despesas de amortização de ágio

II. Da Reorganização Societária Efetuada

A sequência de diversos eventos de reorganização societária engendrados pelos controladores da empresa fiscalizada, num curto espaço de tempo, propiciou à empresa fiscalizada a escrituração de “ágio na aquisição de investimento”, que, a partir de dezembro de 2004, resultou na contabilização de elevadas despesas de amortização, além de permitir a contabilização de reserva especial, com aumento considerável do patrimônio líquido da contribuinte, o que possibilitou o pagamento de maiores valores a título de juros sobre o capital próprio.

A) Situação em agosto de 2004:

(i) possuía capital social de R\$ 8.000.000,00, distribuídos entre três sócios: uma holding ALTENBURG PARTICIPAÇÕES LTDA. (99%) e o casal Rui (0,98%) e Irene Altenburg (0,02%):

(ii) Sr. Rui Altenburg possuía de forma indireta a quase totalidade das cotas da empresa fiscalizada, já que detinha 99,96% do capital da controladora ALTENBURG PARTICIPAÇÕES LTDA, com a diminuta participação restante pertencente a seus filhos (0,01% cada).

(iii) havia um grupo empresarial familiar, sob o comando exclusivo do patriarca, já que o Sr. Rui Altenburg também exercia, de forma plena e privativa, o cargo de Diretor Presidente de ALTENBURG PARTICIPAÇÕES.

B) Ingresso de Bom Sono Ltda em Altenburg Indústria Têxtil Ltda, em 31/08/2004, substituindo a ALTENBURG PARTICIPAÇÕES no quadro societário da empresa fiscalizada, através de evento complexo, vinculado ao ingresso da empresa ALTENBURG PARTICIPAÇÕES na empresa BOM SONO, o qual ocorreu pelo aumento brutal do capital social da empresa BOM SONO, efetuado com as cotas que ALTENBURG PARTICIPAÇÕES possuía da fiscalizada, com ágio expressivo.

B.1) Situação da Bom Sono antes do evento: capital social de R\$ 10.000,00, distribuídos entre dois sócios, filhos de Rui Altenburg;

B.2) Aumento do capital social de Bom Sono em R\$ 66.015.180,00, através de alteração contratual lavrada em 31/08/2004 e registrada em 30/09/2004 (fomentado pelo ingresso de ALTENBURG PARTICIPAÇÕES naquela sociedade). Administração exclusiva pelo Sr. Rui Altenburg a partir dessa alteração contratual.

B.3) Realização do capital social aumentado: integralização do capital social totalmente subscrito por ALTENBURG PARTICIPAÇÕES pela transferência do investimento que esta possuía na empresa sob fiscalização, avaliadas a valor de mercado, conforme Laudo de Avaliação, emitido em 31/07/2004, pela Target Consultores Associados Ltda, sem o desembolso de recursos. A alienação pelo valor de mercado de seu investimento na fiscalizada propiciou expressivo ganho para ALTENBURG PARTICIPAÇÕES, sem tributação, nos termos do art. 36 da Lei nº 10.637/2002.

B.4) Ágio na operação: registro de ágio na empresa BOM SONO pela aquisição das cotas da empresa fiscalizada, de R\$ 49.122.772,41;

C) Cisão da Bom Sono Ltda em 30/11/2004: nessa data, ocorreram duas alterações contratuais: incorporação da empresa Plumi Confeções Ltda (do mesmo grupo, mas sem interesse para auditoria); e cisão parcial, com absorção da parcela cindenda pela fiscalizada. Após a cisão, redução expressiva do capital social de R\$ 66.036.180,00 para R\$ 21.000,00, tendo sido vertido o valor de R\$ 66.015.180,00 do patrimônio líquido da empresa cindida, representado pelas 7.920.000 cotas que esta possuía da empresa fiscalizada.

Características e conseqüências dessa operação:

C.3) Reconcentração do capital social da fiscalizada nas mãos de Altenburg Participações: anteriormente à cisão, a empresa ALTENBURG PARTICIPAÇÕES detinha indiretamente o controle da fiscalizada, já que detinha 99,98% da empresa BOM SONO, que por sua vez possuía 99,00% das cotas da empresa fiscalizada, com a cisão, passou a deter novamente 7.920.000 cotas da empresa, retornando exatamente à situação anterior a 31/08/2004.

C.4) Transferência do ágio escriturado pela empresa cindida para a empresa fiscalizada: a cisão ocorrida acabou por anular os efeitos da cessão de cotas de emissão da empresa fiscalizada feita por ALTENBURG PARTICIPAÇÕES para a BOM SONO, mas implicou em conseqüências contábeis na fiscalizada, pois o patrimônio vertido foi de R\$ 66.015.180,00, representado por 7.920.000 cotas de emissão da própria fiscalizada, e dividido da seguinte forma:

- R\$ 16.892.407,59: valor patrimonial das cotas vertidas, conforme valores contabilizados pela empresa fiscalizada;

- R\$ 49.122.722,41: ágio considerado quando do aumento de capital da BOM SONO com a utilização das cotas vertidas, que implicou em expressivo aumento do valor de patrimônio líquido contabilizado pela empresa fiscalizada, pela constituição de reserva de capital com contrapartida no ativo diferido.

I. Da Glosa das Despesas de Amortização do Ágio, nos montantes de R\$ 584.794,91, a partir do mês de dezembro de 2004 até o final de 2007 e R\$ 818.712,87 a partir de janeiro de 2008;

A) Da Parcela de Amortização Não Legitimada Pela Expectativa de Rentabilidade Futura

A.1) Do Laudo de Avaliação Apresentado para justificar o ágio contabilizado pela empresa BOM SONO quando do recebimento de cotas da empresa fiscalizada para integralização de capital, que concluiu que "*o valor econômico da empresa, apurado pelo fluxo de caixa descontado da firma com base nas expectativas de rentabilidade futura da empresa perfaz R\$ 66.682.001,50*", na data de 31/07/2004. Crítica da fiscalização: o valor econômico da empresa apurado pelo laudo não reflete diretamente o valor de mercado de suas cotas, mas apenas reflete o potencial de geração de riqueza que os ativos da empresa podem vir a propiciar no futuro, devendo ser descontadas as dívidas de financiamento obtidas de terceiros.

A.2) Do Efetivo Valor do Ágio que Pode Ser Lastreado em Expectativa de Rentabilidade Futura: valor de mercado do total das cotas da empresa avaliado com base na expectativa de rentabilidade futura corresponde a R\$ 26.094.500,00, conforme o laudo elaborado, sendo glosada a diferença em relação ao valor patrimonial contabilizado.

B) Da Glosa das Despesas de Amortização pela Ocorrência de Simulação

Como a reorganização societária utilizou-se de artifícios para gerar o ágio, sem desembolso, sua amortização não se enquadra no conceito de despesa operacional necessária esculpido no artigo 299 do RIR/99, pois despesa não foi paga ou de fato incorrida, estando caracterizada na conduta do grupo empresarial a prática de simulação absoluta, onde a vontade aparente está dissociada de qualquer vontade real das partes envolvidas, não havendo qualquer propósito negocial, fora do campo tributário, que as ampare. Foi engendrada uma sequência de operações, em curto espaço de tempo, sem propósito jurídico ou negocial declarado legítimo, retornando, ao final das operações, à mesma configuração societária anterior. O ágio gerado internamente na sequência de operações realizadas caracterizou para a empresa fiscalizada "ágio de si mesma", sem qualquer contrapartida financeira das partes envolvidas.

B.1) Da Análise dos Eventos Societários Ocorridos

(i) na ALTENBURG PARTICIPAÇÕES LTDA: na transferência das cotas da fiscalizada para a empresa BOM SONO com ágio superior a R\$ 49 milhões, não recebeu nenhum dinheiro, já que o fez em troca de cotas da empresa BOM SONO, valoradas em R\$66.015.180,00. O ganho não foi oferecido à tributação em função do art.36 da Lei 10.637/2002, vigente à época. Em novembro de 2004, com a cisão, a holding "trocou" sua participação de R\$ 66 milhões na BOM SONO pelas mesmas 7.920.000 cotas da recorrente que possuía originalmente, voltando a possuir participação nominal de apenas R\$ 7.920.000,00.

(ii) na BOM SONO LTDA: aceitou receber cotas da empresa fiscalizada cujo valor patrimonial era de R\$ 16.892.407,59, para integralização de R\$ 66.015.180,00 de seu capital social, em 31/08/2004, sem suportar as consequências financeiras do ágio, servindo apenas como instrumento para o trânsito do patrimônio da fiscalizada.

(iii) na ALTENBURG INDÚSTRIA TÊXTIL (fiscalizada): não houve qualquer consequência financeira relativa à reorganização societária realizada, à exceção da errônea dedução das despesas de amortização do "ágio de si mesma" recebido na cisão.

Contabilizou indevidamente valor a título de ágio em conta de ativo diferido, com contrapartida em conta de reserva (patrimônio líquido).

Concluiu a autoridade fiscal que:

a) a operação de cisão foi mera redução do capital social da empresa BOM SONO, pela devolução a seu acionista majoritário do investimento na empresa fiscalizada;

b) o motivo da rentabilidade futura da empresa fiscalizada não prevalece na incorporação da parcela cindida, pois não se justifica a empresa fiscalizada constituir um lançamento em sua contabilidade de sua própria rentabilidade futura;

c) a fiscalizada pretendeu se beneficiar indevidamente de uma dedução prevista na legislação fiscal - o art. 386, inciso III, do RIR/99 - sem que tenha havido o correspondente e efetivo pagamento do ágio;

d) com a anulação dos negócios jurídicos simulados, tem-se que as despesas de amortização de ágio são indedutíveis.

A glosa de despesas de amortização de ágio na presente autuação foi dividida em duas infrações no auto de infração lavrado, a saber:

I- Despesas de amortização de parcela de ágio que não é justificada em expectativa de rentabilidade futura, além de não poderem ser enquadradas como operacionais, pois não foram efetivamente pagas ou incorridas, oriundas de atos simulados.

Enquadramento Legal: Arts. 249,I; 299, § 1º e 386, todos do RIR/99; Artigo 167, § 1º, II, do novo Código Civil; Art. 149, VII do CTN.

II- Despesas de amortização que não podem ser enquadradas como operacionais, pois não foram efetivamente pagas ou incorridas, oriundas de atos simulados.

Enquadramento Legal: Arts. 249, I e 299, § 1º, do RIR/99; Artigo 167, § 1º, 'II' do novo Código Civil; Art. 149, VII, do CTN.

1.2 Da glosa de despesas de juros sobre o Capital Próprio: em função da reorganização societária, o patrimônio líquido da empresa restou superestimado pela constituição de reserva de capital pelo valor integral do ágio que julgava justificado por expectativa de rentabilidade futura, seu patrimônio líquido, em 31/12/2004, passou a ser de R\$ 66.054.151,96. Não foi observada a regulamentação pelo artigo 6º da Instrução CVM nº 319/99, com a redação dada pela Instrução CVM nº 349/2001, sobre 'Reserva especial de ágio na incorporação'. O valor de ágio que pode ser atribuído à expectativa de rentabilidade futura corresponde a R\$ 8.941.147,41, à luz da análise econômica demonstrada no laudo analisado, mas, diante da simulação, não podem ser aceitos os efeitos tributários do pretenso planejamento arquitetado pelas empresas na reorganização societária engendrada, e nenhuma reserva especial advinda de tais operações poderia ser constituída pela empresa, o que propiciaria indevidamente maior base de pagamento de juros sobre o capital próprio.

1.3 Da Multa Isolada: refeita a apuração das bases, verificou-se que os valores de estimativa de IRPJ e CSLL declarados pela contribuinte com base em balanços de suspensão ou redução foram insuficientes, sujeitando-a à aplicação da multa prevista no inciso

II do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, conforme redação dada pelo artigo 14 da Lei nº 11.488/2007.

A 3ª Turma da DRJ Florianópolis julgou improcedente a impugnação apresentada em face da autuação, registrando a seguinte ementa:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006, 2007, 2008

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. 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 despesa de amortização do ágio.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006, 2007, 2008

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO POR FRAUDE. APLICABILIDADE.

É aplicável a multa de ofício agravada de 150%, naqueles casos em que, no procedimento de ofício, constatado resta que à conduta do contribuinte esteve associado o intuito de simulação.

CONCOMITÂNCIA DE MULTA ISOLADA COM MULTA ACOMPANHADA DO TRIBUTO.

Os contribuintes que deixarem de recolher no curso do ano-calendário as parcelas devidas a título de antecipação (estimativa) do IRPJ ou da CSLL, sujeitam-se à multa de ofício de cinquenta por cento, aplicada isoladamente, calculada sobre os valores de antecipação não pagos. Esta multa de ofício não se confunde com aquela aplicada sobre o IRPJ ou a CSLL apurados no ajuste anual, não pagos no vencimento, por não possuírem a mesma hipótese legal de aplicação.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006, 2007, 2008

ATOS SIMULADOS. INEFICÁCIA.

Os atos simulados não têm eficácia contra o fisco, que não necessita, portanto, demandar judicialmente sua prévia anulação.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

Sempre que o fato se enquadrar ao mesmo tempo na hipótese de incidência de mais de um tributo ou contribuição, as conclusões

quanto a ele aplicar-se-ão igualmente no julgamento de todas as exações.

Cientificado da decisão em 08/12/2010 (fl.1816), o contribuinte, inconformado, interpôs recurso voluntário ao CARF, em 23/12/2010 (fls.1818 e ss.) em que, basicamente, reitera as razões da impugnação e acrescenta outras, todas sintetizadas a seguir.

Preliminarmente, aponta:

a) Nulidade do auto de infração por incompetência da administração tributária pronunciar a nulidade de atos sob a alegação de "simulação", prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário;

b) Nulidade do auto de infração por ausência de prova da inverdade dos negócios jurídicos tidos por simulados (art. 167, §1º, II, do Código Civil): autuação por presunção ou indícios.

c) Nulidade do auto de infração por indicação errônea do sujeito passivo, pois a simulação, se aceita, teria sido praticada pelas sociedades Altenburg Participações Ltda., Bom Sono Ltda. e, apenas quando da cisão, pela recorrente.

d) Nulidade do auto de infração por descompasso entre a descrição dos fatos e o enquadramento legal: no auto de infração de IRPJ é apontada a simulação, enquanto no de CSLL é apontado o abuso de direito, mas com enquadramento legal de simulação.

e) Nulidade do auto de infração da CSLL: por ausência de fundamentação legal referente à pretensa infração descrita.

f) Nulidade das autuações ante a falta de legislação relativa à obrigatoriedade de propósito negocial: a norma antielisiva prevista no parágrafo único do art. 116 do CTN não está regulamentada.

III. Mérito

Sobre a constituição da Altenburg Participações Ltda., alega motivos de gestão. Sobre o ingresso da Bom Sono Ltda. no capital da recorrente, alega que, como o patrimônio líquido da *holding* Altenburg Participações Ltda. não refletia o real valor econômico, seria impossível quantificar e identificar quais seriam as parcelas do "disponível" e da "legítima" do patrimônio para fins de sucessão, foi encomendado o laudo de avaliação.

Sobre a incorporação da Plumi Confeções Ltda. pela Bom Sono Ltda., e da Cisão Parcial da Bom Sono Ltda. seguida de absorção de parcela cindenda pela recorrente, alega necessidade de reorganizar para facilitar atividade dos sócios herdeiros e na necessidade de atualizar o valor do patrimônio líquido da recorrente.

Fundamenta o registro do ágio transferido no ativo diferido e com contrapartida em reserva de capital, com incremento do valor de seu patrimônio líquido, no §1º, do art. 1º, da IN SRF nº 11, de 10/02/1999 c/c §7º, do art. 386, do RIR/99, e art. 11, da Lei nº 9.718/99.

Aduz que não se aplicam as instruções baixadas pela CVM, dirigidas às Sociedades Anônimas de Capital Aberto e que foram atingidos vários objetivos de natureza

não tributária, sendo incabível a acusação de simulação, com fundamento no inciso II, do §1º, do art. 167, do Código Civil.

Contesta a alegação de que antes e depois do aumento de capital e da cisão parcial a situação era a mesma e que somente se vislumbrou os efeitos fiscais dos atos.

Sustenta que todos os atos praticados ficaram adstritos expressamente ao que determina a legislação, possuindo efeitos tanto favoráveis ao Fisco, como na hipótese de "diferir" o IRPF na constituição da Altenburg Participações Ltda. ou ainda, na geração da "Receita Tributável" que está com tributação diferida no LALUR da citada *holding*, quanto efeitos desfavoráveis, que dizem respeito ao direito de amortização do ágio que foi gerado no momento em que se consumou a avaliação a mercado das quotas da recorrente.

Alega que a reorganização foi pautada em permissões legais expressas, ante a necessidade tanto de se avaliar a valor de mercado e de registrar, nas demonstrações contábeis das empresas, e que, entre o art. 438, do RIR/99, e o art. 36, da Lei nº 10.637/2002, optou por este último, que ampara as operações realizadas até 31 de dezembro de 2005.

Nega que tenha praticado simulação, pois teria adotado opção legítima para adequar o valor do patrimônio líquido da empresa, inexistindo qualquer "situação encoberta" distinta daquela operação dita "aparente" e aponta que a teoria do abuso de direito, em matéria tributável, só é cabível em âmbito judicial, já que o parágrafo único do art. 116 do CTN não é autoaplicável. Alega que os agentes fiscais entenderam ter sido a operação de cisão viciada por simulação relativa, pois teriam indicado no auto de infração o pretense ato dissimulado no momento da cisão: a "redução e devolução de capital", e não propriamente uma cisão, o que seria incompatível com os objetivos almejados (de refletir no Patrimônio da empresa o real valor de mercado).

Nega que deva haver o efetivo desembolso do valor do ágio para que seja autorizada sua dedução, tendo sido observado fielmente o disposto no art. 36 da Lei nº 10.637/02.

Diante da diferença entre o recebimento de 66.015.180 quotas de emissão da sociedade Bom Sono Ltda., e a entrega de 7.920.000 (sete milhões, novecentos e vinte mil) quotas, de sua titularidade no capital da ora recorrente, mas avaliadas a valor mercado gera ganho de capital tributável oportunamente, nos termos do art. 418, do RIR/99, restando evidente que a correlata despesa deva ser dedutível, sob pena de se "confiscar" o patrimônio do contribuinte.

Sustenta a presença de propósito comercial nos atos e negócios jurídicos realizados: proceder à avaliação e ao registro do valor de mercado da empresa. Contesta a caracterização dos negócios praticados como "preocupantes" pela fiscalização. E contesta a acusação de que registrou ágio a maior embasada em novo Laudo, encomendado junto à empresa especializada Moore Stephens.

Sobre os juros sobre o capital próprio – JCP, aduz que as disposições da CVM apontadas pela fiscalização se aplicam exclusivamente às companhias por ações, de capital aberto, não à categoria da empresa recorrente.

Caso sejam mantidos os lançamentos tributários, entende que deverá ser recomposto o Patrimônio Líquido, período a período, mediante a adição ao lucro e,

consequentemente, ao PL, das despesas glosadas, tanto a título de ágio quanto a título dos próprios Juros sobre o Capital Próprio – JCP, bem como abatidos os recolhimentos realizados a título de IRRF, PIS e COFINS sobre o que for reconhecido haver sido creditado a maior a título de JCP.

Requer, ainda, que todas as conseqüências de decisões que forem adotadas para os Autos de Infração devem ser recompostas e aplicadas para as glosas de compensação de prejuízos e de bases negativas de CSLL.

A título de pedidos sucessivos, pede que, se mantidos os Autos, seja preservado o negócio jurídico dito "dissimulado", sendo permitido à recorrente e suas controladoras lançarem os efeitos contábeis e fiscais pertinentes a ele. Caso prevaleça a acusação de simulação, deve-se permitir, à recorrente e sua controladora Altenburg Participações Ltda., usufruir dos mesmos direitos que estavam vigentes quando da geração do ágio (art. 36, da Lei nº 10.637/2002).

Pede o cancelamento da Multa Isolada, por se caracterizar em dupla penalidade imposta ao contribuinte. Pede, ainda, o afastamento da Multa de Ofício por erro escusável, pois teria agido em conformidade com a lei, utilizando-se dos ditames estabelecidos pelas Instruções Normativas expedidas pela Receita Federal do Brasil, em especial o §1º, do art. 1º, da IN/SRF nº 11/99.

Sucessivamente, pede a redução da Multa de Ofício por inexistência de circunstâncias agravantes, principalmente em função da Súmula nº. 14

Por fim, questiona a apreciação do laudo de avaliação e solicita seja determinada a realização de Perícia Técnica, com o objetivo de proceder à avaliação econômico-financeira da recorrente na data de 31/07/2004, identificando perito e quesitos a serem respondidos.

Ao final, requer seja dado provimento ao recurso, com reforma da decisão prolatada pela DRJ e cancelamento do crédito tributário.

Em contrarrazões, a PGFN, sustenta a validade do lançamento pelos fundamentos a seguir sintetizados.

I - Preliminarmente, sustenta:

(i) a inoponibilidade de negócios simulados contra o Fisco, contestando a tese da recorrente de que a Autoridade Fazendária não possui competência para reconhecer a existência de negócios simulados;

(ii) a legitimidade passiva do Recorrente, nos termos do art. 121 do CTN, por ser quem se beneficiou tributariamente do ágio considerado como simulado;

(iii) o correto enquadramento legal aplicado, pois, em que pese eventual menção à expressão “abuso de direito” pela fiscalização, o Recorrente compreendeu perfeitamente todas as infrações a ele imputadas a título de operação simulada.

Quanto ao mérito:

(i) Sustenta que 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 a sua amortização e o aumento do patrimônio líquido da empresa nos termos previstos pela legislação tributária e que a realização dessas operações com o único objetivo de reduzir a base de cálculo do IRPJ e da CSLL a serem recolhidos e aumentar os juros sobre capital próprio a serem pagos aos sócios exorbitou esse propósito negocial.

(ii) aduz que, quando da aquisição das 7.920.000 cotas da recorrente pela BOM SONO, o grupo econômico familiar do Sr. Rui Altenburg ocupou simultaneamente os dois pólos do negócio firmado: comprador e vendedor, havendo a cobrança de ágio de si mesmo. Ademais, apesar do investimento realizado pela empresa ALTENBURG PARTICIPAÇÕES na empresa BOM SONO ter envolvido a expressiva quantia de R\$ 66.015.130,00, o investimento foi mantido por apenas 3 meses.

(iv) Destaca, ainda, que a situação societária e patrimonial da recorrente antes e após a alienação de suas 7.920.000 cotas a BOM SONO e o posterior retorno à empresa ALTENBURG PARTICIPAÇÕES é exatamente a mesma, com exceção do ágio absorvido, e o aumento da base de cálculo para o pagamento dos juros sobre capital próprio.

(v) Sustenta a indedutibilidade do ágio fictício (ágio cobrado de si mesmo), por ausência de propósito negocial e substrato econômico, apontando que a reorganização empresarial visava à reavaliação da recorrente, pois não há explicação para que a reavaliação patrimonial dessa empresa não tenha ocorrido de forma direta pela sua controladora direta (ALTENBURG PARTICIPAÇÕES).

(vi) Aduz que, em que pese constar dos autos o laudo de avaliação com base em sua rentabilidade futura, a recorrente confessa que o ágio fora criado apenas para refletir dentro do grupo empresarial do qual faz parte o valor de mercado de seu patrimônio líquido.

(vii) Por outro lado, o ágio previsto pelos arts 385 e seguintes do RIR/99 e pelo art. 36 da Lei nº 10.637/2002 não visa a refletir a reavaliação de uma participação societária por equivalência patrimonial, mas decorre da *mais valia* embutida no preço pago por um investimento, o que não ocorreu no caso concreto.

(viii) Como o ágio criado pela recorrente não teve como fundamento econômico o inciso II, § 2º, do art. 385, a ele não pode ser aplicada a autorização contida no art. 386, inciso II, ambos do RIR/99.

(ix) Considerando o curto prazo de vigência (3 meses) do expressivo investimento realizado pela ALTENBURG PARTICIPAÇÕES na BOM SONO (R\$ 66.015.130,00), defende que o ágio não foi criado nem mesmo com supedâneo na transferência de um investimento, sendo seu propósito negocial eminentemente fiscal. Além disso, desde o início, o grupo empresarial familiar ALTENBURG sabia que a recorrente não atuaria junto com a BOM SONO.

(x) Conclui que o ágio criado com a reorganização societária não teve qualquer propósito negocial e que sua finalidade foi estritamente tributária: a redução da base de cálculo do IRPJ e da CSLL a ser paga pela recorrente, assim como aumentar o pagamento dos juros sobre capital próprio dessa empresa.

(xi) Aponta a ausência de substrato econômico, considerando que tanto a ALTENBURG PARTICIPAÇÕES como a BOM SONO eram controladas diretamente pelo grupo ALTENBURG, com o mesmo sujeito ocupando indiretamente as posições de adquirente e alienante, sem a intervenção de qualquer terceiro, sem qualquer dispêndio.

(x) Destaca que, como resultado líquido das operações, a ALTENBURG PARTICIPAÇÕES permaneceu com suas iniciais 7.920.000 cotas da recorrente, sem ter auferido qualquer ganho decorrente do investimento antes realizado na BOM SONO.

(xi) Alega que a despesa amortizada pelo sujeito passivo na apuração de seu lucro líquido não se enquadra em nenhuma das hipóteses de dedutibilidade previstas pelos artigos 324 a 327 do RIR/99, vez que inexistiu aumento do patrimônio líquido do Recorrente em razão da inexistência de ágio real.

(xii) Sustenta que a reavaliação de participações societárias decorre do método da equivalência patrimonial, pelo qual empresas controladoras devem refletir em suas demonstrações contábeis o valor real dos investimentos que envolvam outras participações societárias. Dessa forma, a reavaliação da participação societária que a ALTENBURG PARTICIPAÇÕES detém sobre a recorrente não pode ser refletida nos registros contábeis desta (que foi a empresa reavaliada), mas sim no balanço da sua controladora.

(xiii) Sobre a qualificação da multa de ofício, sustenta a simulação, considerando que a própria confissão do contribuinte de que o ágio foi criado para a reavaliação de seu patrimônio por suas controladoras e de que não houve qualquer dispêndio financeiro tornam incontestável o intuito doloso do contribuinte na criação de um ágio que nunca existiu.

(xiv) Aduz que a ausência de propósito negocial e de substrato econômico, da mesma forma que impedem a existência material do ágio, atestam a simulação praticada pelo contribuinte, tendo havido:

a) uma vontade declarada: a aquisição de um investimento com ágio pela BOM SONO traduzido no valor de mercado de 7.920.000 cotas da ALTENBURG TEXTIL calculado com base na previsão de rentabilidade futura da empresa, seguido da cisão parcial do patrimônio dessa primeira empresa; e

b) uma vontade real: a criação de um investimento artificial a fim de gerar um ágio que seria utilizado pela ALTENBURG TEXTIL para reduzir a tributação a ser paga após todas as operações societárias.

Aponta que essa diferença entre a vontade declarada e a vontade real caracteriza a simulação praticada pelo contribuinte com o fim exclusivo de conseguir um indevido benefício fiscal, nos termos do art.167, §1º, inciso II, do Código Civil Brasileiro.

Sustenta que o evidente intuito doloso do contribuinte nos ilícitos tributários cometidos pelo contribuinte resta caracterizado pelo fato de ele saber desde o início que ele absorveria o investimento que era formado por ele mesmo. Apesar de a recorrente aduzir que o fundamento econômico para a criação desse ágio foi a sua reavaliação patrimonial por suas controladoras, ela traz aos autos um laudo de valor de mercado pautado na sua rentabilidade futura a fim de embasar a legalidade da amortização do ágio no disposto nos artigos 385 e 386 do RIR/99.

(xv) Afirma que a BOM SONO foi utilizada como verdadeira *empresa veiculo*, já que o aumento do capital dessa empresa visou unicamente a criação artificial do ágio, tendo em vista o curto lapso de tempo (3 meses) entre a data do investimento realizado na BOM SONO e a retirada desse investimento por meio da cisão dessa empresa, e que não houve qualquer filtro de sinceridade com a realidade.

(xvi) Sustenta a possibilidade de aplicação concomitante da multa de ofício com a multa isolada por descumprimento do regime de estimativas.

(xvii) Ao final, pede a improcedência do recurso voluntário em sua totalidade.

É o relatório.

Voto

Conselheira Viviane Vidal Wagner, Relatora

Presentes os pressupostos recursais, inclusive o temporal, o recurso merece ser conhecido.

PRELIMINARES

A recorrente aponta a nulidade (I) do auto de infração por incompetência da administração tributária pronunciar a nulidade de atos sob a alegação de "simulação", alegando que isso seria prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário. Sem razão.

A oponibilidade ou inoponibilidade ao Fisco de determinado ato ou fato jurídico depende de sua legalidade ou ilegalidade. Nos termos do art.167 do Código Civil, negócios simulados são negócios nulos, logo, não produzem efeitos no mundo jurídico, incluindo o “mundo” tributário.

Sobre o tema já se manifestou o Conselho de Contribuintes:

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 (Ac. CC 101-96.724, sessão de 28/05/2008).

SIMULAÇÃO. Caracterizada a simulação, os atos praticados com o objetivo de reduzir artificialmente os tributos não são oponíveis ao fisco, que pode desconsiderá-los (Ac. CC 101-96.066, sessão de 29/03/2007).

Assim, embora a verificação de simulação no caso concreto seja questão de mérito, diante da possibilidade de acusação dessa natureza no âmbito administrativo, resta claro que a nulidade proposta não tem fundamento.

A recorrente ainda aponta a nulidade (II) do auto de infração por ausência de prova da inverdade dos negócios jurídicos tidos por simulados, consoante o disposto no art. 167, §1º, II, do Código Civil, haja vista que a autuação se deu por presunção ou indícios, os quais não seriam suficientes para afastar os efeitos de operações realizadas com propósitos lícitos e nos termos da lei.

Vale lembrar que presunções e indícios fazem parte do cotidiano da Administração Tributária, orientando o processo administrativo fiscal, podendo, sim, fundamentar as autuações, ainda que não decorram expressamente da lei.

Ademais, os indícios possuem alta relevância na formação da convicção daquele que aprecia casos de simulação, consoante a lição de Maria Rita Ferragut sobre o tema

presunções abordado no trabalho “Evasão fiscal: o parágrafo único do artigo 116 do CTN e os limites de sua aplicação” (Revista Dialética de Direito Tributário nº 67, Dialética, São Paulo, 2001, págs. 119 e 120), *verbis*:

As presunções assumem vital importância quando se trata de produzir provas indiretas acerca de atos praticados mediante dolo, fraude, simulação, dissimulação e má-fé em geral, tendo em vista que, nessas circunstâncias, o sujeito pratica o ilícito de forma a dificultar em demasia a produção de provas diretas. Os indícios, por essa razão, convertem-se em elementos fundamentais para a identificação de fatos propositadamente ocultados para se evitar a incidência normativa.

Assim, inexistente a nulidade arguida pela recorrente.

A recorrente também aponta nulidade (III) por indicação errônea do sujeito passivo, visto que eventual simulação teria sido praticada pelas sociedades Altenburg Participações Ltda., Bom Sono Ltda. e, apenas quando da cisão, pela recorrente.

Ocorre que o fato gerador apurado, nos termos do art. 121 do CTN, é a redução indevida da base de cálculo do IRPJ e da CSLL pelo aproveitamento de despesas consideradas indedutíveis. No caso concreto, quem amortizou o ágio supostamente gerado de forma indevida foi a recorrente.

De outro lado, a empresa apontada pela recorrente como sujeito passivo (BOM SONO), por receber cotas da empresa fiscalizada cujo valor patrimonial era de R\$ 16.892.407,59, para integralização de R\$ 66.015.180,00 de seu capital social, não teve reflexo em suas contas de resultado, conforme relatou a fiscalização.

Assim, não há dúvida de que a recorrente é o sujeito passivo dessa autuação.

Mais uma nulidade (IV): em razão da autuação por descompasso entre a descrição dos fatos e o enquadramento legal, tendo em vista a divergência na fundamentação dos autos de infração, com referência a abuso de direito.

Tem-se que, eventual referência à expressão “abuso de direito” nos termos fiscais não descaracteriza o enquadramento dado à situação como simulação, o que foi bem compreendido pela recorrente.

Outra nulidade (V) apontada pela recorrente seria a do auto de infração da CSLL, por ausência de fundamentação legal referente à pretensa infração descrita (abuso de direito), também não merece prosperar, em decorrência da conclusão anterior.

No recurso voluntário ainda aduz a nulidade (VI) das autuações ante a falta de legislação relativa à obrigatoriedade de propósito negocial, pois a norma antielisiva prevista no parágrafo único do art. 116 do CTN depende de regulamentação e não se pode utilizar interpretação analógica, nos termos do art. 108 do CTN.

Mais uma vez não assiste razão à recorrente na tentativa de fulminar a autuação por questões preliminares.

De acordo com o art. 112 do Código Civil, deve-se buscar, nas declarações de vontade, a intenção nelas consubstanciada, mais do que o sentido literal da linguagem. Combinado esse dispositivo com o parágrafo único do art. 116 do CTN, que dá à autoridade fiscal o poder de desconsiderar negócios jurídicos praticados para dissimular a ocorrência do fato gerador de um tributo, tem-se a base jurídica para desconstituir os efeitos de atos simulados, considerados inoponíveis ao Fisco.

Por todo o exposto, rejeito as preliminares de nulidade.

MÉRITO

Afastadas as preliminares de nulidade, passo ao exame do mérito.

Diante dos fatos relatados e elementos juntados aos autos, cumpre perquirir sobre o efetivo direito à amortização do ágio gerado pela integralização de participações societárias e posterior incorporação da empresa controlada, considerando os argumentos da defesa.

Inicialmente, porém, cabe tecer algumas considerações sobre o tema.

Forma-se ágio quando da aquisição de uma participação societária por valor superior ao valor do patrimônio líquido, quando esse investimento for efetuado em uma sociedade coligada ou controlada.

Na época das privatizações das empresas públicas brasileiras, o legislador criou norma para beneficiar as adquirentes, as quais, na maioria das vezes, adquiriam as participações societárias nas empresas privatizadas por valor superior ao do patrimônio líquido, gerando um ágio, seguido de uma operação de incorporação, fusão ou cisão. A Lei nº 9.532/97 disciplinou os efeitos fiscais do ágio posteriormente à realização das operações societárias, nos seguintes termos:

Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977: (Vide Medida Provisória nº 135, de 30.10.2003)

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "a" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "c" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês

do período de apuração; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

§ 1º O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão.

§ 2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar:

a) o ágio, em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;

b) o deságio, em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.

§ 3º O valor registrado na forma do inciso II do caput:

a) será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;

b) poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.

§ 4º Na hipótese da alínea "b" do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos e contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente.

§ 5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito.

Art. 8º O disposto no artigo anterior aplica-se, inclusive, quando:

a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;

b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

Do texto legal se extrai que se houver uma efetiva aquisição e o patrimônio líquido da adquirida se mostrar menor que o custo de aquisição do investimento, surgirá o ágio passível de amortização com efeitos na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, desde que a pessoa jurídica detentora da participação societária adquirida com ágio incorpore a investida ou vice-versa, segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, que prevê:

Art 20 - O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 21; e

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

§ 1º - O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento.

§ 2º - O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico:

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

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

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

§ 3º - O lançamento com os fundamentos de que tratam as letras a e b do § 2º deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração. (destaquei)

Como se vê, de acordo com o art. 20, § 2º, do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, o ágio pode ter fundamento econômico nas seguintes hipóteses: (a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ao custo registrado na sua contabilidade, (b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros ou (c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

Assim, para ser considerada despesa dedutível, o ágio suportado pela empresa com a aquisição de uma participação societária deve ter como origem, concomitantemente, um propósito comercial, compreendido este como a razão comercial para adquirir um investimento por valor superior ao custo original, bem como um efetivo substrato econômico, decorrente da aquisição de negócio comutativo entre partes independentes, com dispêndio de recursos e previsão de ganho. É o que decorre da lei.

A transação onerosa com terceiros, ou seja, entre empresas não ligadas entre si, é pressuposto da geração de ágio e decorre da lei. A leitura que se faz do art. 7º da Lei nº

9.532/97, combinado com o art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77, implica a verificação de ágio dedutível apenas quando formado entre o custo de aquisição do investimento e o valor do patrimônio líquido na época da aquisição.

Numa reorganização societária, deve haver consistência entre o motivo propulsor, o ato de criação do ágio em si e o resultado pretendido. Assim, o ágio suportado por uma empresa com a aquisição de uma participação societária deve ter como origem um propósito econômico real e um efetivo substrato econômico, concomitantemente.

No presente caso, a fiscalização glosou as despesas de ágio após concluir que o ágio deduzido pela Recorrente não resultou de operação onerosa com terceiros, envolvendo pagamento, e sim de operação dos sócios com eles mesmos, em que houve mera reavaliação de ações, além de não se referir a investimento em outra empresa, e sim na própria Recorrente.

O ágio sob análise teve por fundamento a rentabilidade futura, com lastro em laudo de avaliação apresentado pela Recorrente, referente ao patrimônio da controlada.

De início, verifica-se que o ágio formou-se internamente, como destacou a autoridade fiscal, entre empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico.

A relação de interdependência entre a recorrente, a empresa Bom Sono Ltda. e a controladora Altenburg Participações Ltda. é reluzente, pois, além de pertencerem ao mesmo grupo econômico-familiar, elas têm o mesmo administrador.

O ágio gerado nas operações intergrupo tem sido reiteradamente rechaçado como procedimento contábil inadequado.

Sobre o tema, vale mencionar a posição da Comissão de Valores Mobiliários — CVM, embora destinada às sociedades de capital aberto, com a emissão do Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP IV 01/2007 visando esclarecer dúvidas sobre a aplicação das Normas Gerais de Contabilidade. No texto, abaixo transcrito, são destacadas situações semelhantes ao do presente caso, em que empresas de um mesmo grupo econômico geram ágio artificialmente, sem que haja o dispêndio de efetiva despesa (financeira ou patrimonial), o que é rechaçado:

OFICIO-CIRCULAR/CVM/SNC/SEP IV 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

Prezados Senhores,

Os Ofícios-Circulares emitidos pela área técnica da CVM tem como objetivo principal divulgar os problemas centrais e esclarecer dúvidas sobre a aplicação das Normas de Contabilidade pelas Companhias Abertas e das normas relativas aos Auditores Independentes. Esse ofício-circular também procura incentivar a adoção de novos procedimentos e

divulgações, bem como antecipar futura regulamentação por parte da CVM e, em alguns casos, esclarecer questões relacionadas as normas internacionais emitidas pelo IASB.

A CVM vem, ao longo dos anos da sua atuação, buscando aperfeiçoar e manter atualizado o seu arcabouço normativo contábil, sempre com a participação de segmentos interessados do mercado ou da profissão contábil. Cumpre destacar a importante colaboração recebida da Comissão Consultiva de Normas Contábeis da CVM, que conta com representantes da ABRASCA, APIMEC, CFC, IBRACON, FIPECAFI/USP e colaboradores especialmente nomeados pela CVM, além dos professores Ariovaldo dos Santos (USP), Jose Augusto Marques (UFRJ) e Natan Szus ter (UFRJ) e, agora, do Comitê de Pronunciamentos Contábeis - CPC, recentemente instalado.

[...]

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. (destaquei)

A recorrente sustenta que as normas da CVM não se aplicariam a sociedades limitadas, como é o seu caso. Sem razão. A ciência contábil não é uma ciência exata. As práticas contábeis decorrem de princípios e normas orientadoras dos procedimentos. Por sua vez, a CVM, na manutenção de seu arcabouço normativo contábil conta com a colaboração de entidades representativas da profissão contábil, como ABRASCA, APIMEC, CFC, IBRACON, FIPECAFI/USP, além do próprio Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC).

Ademais, o mesmo entendimento é confirmado pelo CPC no item 50 da Orientação Técnica CPC 02/2008, aplicável a todas as pessoas jurídicas, e que dispõe:

[...] 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.

Em complemento, cabe ainda referir a jurisprudência do CARF manifestada no acórdão nº 1302-00834, de março de 2012, onde se decidiu que, a partir da interpretação conjunta do art. 7º, inciso III, da Lei nº 9.532/97 com o art. 20, caput, do Decreto-lei nº 1.598/77, compreende-se que, no caso de avaliação de investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido, se o custo referente ao ágio deve ser segregado, somente quem adquiriu a participação societária com sobrepreço terá a faculdade de amortizar o ágio antes segregado.

Ausência de propósito negocial e substrato econômico.

Cabe ressaltar que a obrigatoriedade de propósito negocial nas operações realizadas pelas pessoas jurídicas que têm como objetivo principal a realização de atividade lucrativa decorre dos princípios da boa-fé que as partes devem ter quando negociam entre si, bem como da função social de todos os contratos, como se extrai dos arts 421 e 422 do Código Civil. A ausência desses requisitos intrínsecos compromete a validade dos atos e negócios jurídicos. Não poderia ser diferente na seara tributária.

Ademais, para fins tributários, a ocorrência de fato gerador independe “da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos”, a teor do art. 118, inciso I, do CTN.

Desde o marco no tema "planejamento tributário" representado pela obra de Marco Aurélio Greco (Planejamento Tributário, São Paulo, Dialética, 2004), a jurisprudência

tem considerado como ponto fulcral da análise do planejamento sua oponibilidade ou inoponibilidade ao fisco.

Assim, a necessidade de uma aquisição onerosa de terceiros para formação do ágio deve ser considerada no exame das operações de reorganização societária, para fins de incidência tributária, já que tais operações podem ser utilizadas como instrumento de planejamento tributário, desde que demonstrados os fundamentos econômicos da operação, o que, definitivamente, não ocorre quando se adquire de partes interligadas e sem qualquer desembolso financeiro.

O ágio em análise teve por fundamento a rentabilidade futura, com lastro no laudo de avaliação apresentado pela recorrente, referente ao patrimônio da controlada.

Como relatado, o laudo de avaliação apresentado para justificar o ágio contabilizado pela empresa BOM SONO quando do recebimento de cotas da empresa fiscalizada para integralização de capital concluiu que *"o valor econômico da empresa, apurado pelo fluxo de caixa descontado da firma com base nas expectativas de rentabilidade futura da empresa perfaz R\$ 66.682.001,50"*, na data de 31/07/2004.

A autoridade fiscal acatou parcela da avaliação, por considerar que o laudo não reflete diretamente o valor de mercado de suas cotas, mas apenas o potencial de geração de riqueza que os ativos da empresa podem vir a propiciar no futuro, devendo ser descontadas as dívidas de financiamento obtidas de terceiros. Considerou que o valor de mercado do total das cotas da empresa avaliado com base na expectativa de rentabilidade futura corresponde a R\$ 26.094.500,00, e glosou a diferença em relação ao valor patrimonial contabilizado.

A recorrente questiona a apreciação do laudo de avaliação e solicita seja determinada a realização de Perícia Técnica, com o objetivo de proceder à avaliação econômico-financeira da empresa.

Ocorre que, nesse caso, o papel do laudo de avaliação não é relevante, pois não é o documento que gera o ágio. A rentabilidade futura deve ser passível de ser verificada no caso concreto, o que fica prejudicado quando se tratam de empresas vinculadas. No caso concreto, não há o que se questionar, visto que a autoridade fiscal considerou parcialmente a avaliação realizada.

Diante disso, tornam-se inócuos o questionamento da recorrente quanto à competência da fiscalização para desconstituir o laudo apresentado e o requerimento para a realização de perícia.

No presente caso, o artificialismo da geração do ágio decorre da verificação de diversas situações que comprometem o “filtro de sinceridade com a realidade” apontado pela PGFN.

Nesse sentido, as operações realizadas em datas muito próximas, além de denotar ausência de propósito negocial e de substrato econômico, reforçam o vínculo entre as envolvidas no processo de reestruturação societária que deram ensejo ao ágio sob exame.

Citando a lição de Marco Aurélio Greco, *“os atos realizados pelos particulares, embora juridicamente válidos, não serão oponíveis ao Fisco quando forem fruto de um uso abusivo do direito de auto-organização que, por isso, compromete a eficácia do*

princípio da capacidade contributiva e da isonomia fiscal” (in “Planejamento Tributário, 2ª.ed, p.201).

Diante de todo o exposto, outra não pode ser a conclusão senão que a única diferença em relação ao resultado líquido obtido pela operação de reavaliação patrimonial pretendida, conforme confessado pela recorrente, e as operações de cisão seguida de incorporação realizada entre as empresas do grupo econômico alcançou com o conjunto de alterações societárias foi justamente o direito à amortização do ágio na apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL na empresa final (a recorrente).

Assim, por lhe faltar propósito negocial e fundamentação econômica, a reestruturação entre empresas do mesmo grupo econômico, engendrada com o objetivo de reduzir a tributação, não pode ser oponível ao Fisco, como é o caso dos autos.

O entendimento exposto até aqui é confirmado pela esmagadora maioria da jurisprudência do CARF, cabendo transcrever, como fundamento subsidiário, as conclusões do voto do ilustre Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães quando apreciou a questão do ágio interno gerado mediante reorganização societária envolvendo apenas empresas sob controle comum, no Acórdão nº 1301-00.058, decidido à unanimidade pela 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do Carf, em sessão de 13 de maio de 2009, *litteris*:

O que se observa é que os administradores da Recorrente e de outras empresas a ela ligadas, em um prazo de cinco dias, tomando por base uma avaliação discutível do seu patrimônio, aproveitaram-se de uma reorganização societária para fazer surgir uma despesa vultosa, classificada como AGIO, e, a partir daí, reduzir o lucro tributável.

O planejamento tributário engendrado pela Recorrente, que ao menos no que tange aos seus efeitos fiscais revela o lado perverso das práticas adotadas sob esse manto, representou, em síntese, a criação de uma despesa que tem por base a própria mais valia do seu patrimônio, isto é, a contribuinte, a partir de uma avaliação encomendada por ela própria, fez refletir no seu ativo os resultados de uma suposta rentabilidade futura e, por meio de uma reorganização societária, sem despende um único centavo, transformou essa mais valia em uma despesa.

Como salientado pela autoridade fiscal, o ágio objeto de amortização por parte da Recorrente, na forma como foi criado, representa a sua própria expectativa de lucro, nascida em decorrência da avaliação solicitada da empresa ERNST & YOUNG.

O que salta aos olhos é que, como bem ressaltou a autoridade fiscal, a intenção da Recorrente foi, paralelamente aos interesses estritamente societários, forjar a existência de um ágio para, a partir da conseqüente redução da incidência tributária, propiciar ganhos para os seus acionistas. -

Note-se que a autoridade fiscal, ainda que tenha tratado o ágio apropriado como fruto de artificialismo, não questionou os motivos alegados pela Recorrente para promover as operações aqui tratadas, ou seja, diferentemente do arguido por ela, não se

imiscuiu em seus negócios, declarando-os ilegais ou ilegítimos. Apenas e tão-somente demonstrou que os efeitos fiscais buscados pela empresa, a luz da legislação do imposto de renda, não poderiam ser admitidos.

A meu ver, outra não poderia ser a conclusão, pois, no caso vertente, em que a despesa apropriada decorreu de mais valia do patrimônio daquela que almeja beneficiar-se de sua dedutibilidade, não há que se falar em ágio decorrente de aquisição de participação societária.

De outro lado, a recorrente sustenta que se não estivesse vigente o art. 36, da Lei nº 10.637, de 30/12/2002, não teria sido lavrado o auto de infração em questão, pois a receita que se encontra diferida teria sido tributada na Altenburg Participações Ltda., no momento do aumento de capital social da Bom Sono Ltda., e o ágio então gerado, após a cisão parcial, estaria sendo amortizado na Recorrente, sem qualquer oposição do Fisco.

Destaca-se que, até sua revogação, a partir de 1º de janeiro de 2006, o art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002, dispunha:

Art. 36. Não será computada, na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido da pessoa jurídica, a parcela correspondente à diferença entre o valor de integralização de capital, resultante da incorporação ao patrimônio de outra pessoa jurídica que efetuar a subscrição e integralização, e o valor dessa participação societária registrado na escrituração contábil desta mesma pessoa jurídica. (Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 1º O valor da diferença apurada será controlado na parte B do Livro de Apuração do Lucro Real (Lalur) e somente deverá ser computado na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido: (Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)

I - na alienação, liquidação ou baixa, a qualquer título, da participação subscrita, proporcionalmente ao montante realizado; (Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)

II - proporcionalmente ao valor realizado, no período de apuração em que a pessoa jurídica para a qual a participação societária tenha sido transferida realizar o valor dessa participação, por alienação, liquidação, conferência de capital em outra pessoa jurídica, ou baixa a qualquer título. (Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 2º Não será considerada realização a eventual transferência da participação societária incorporada ao patrimônio de outra pessoa jurídica, em decorrência de fusão, cisão ou incorporação, observadas as condições do § 1º. (Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)

Contudo, que o ágio previsto pelos arts. 385 e seguintes do RIR/99 e pelo art. 36 da Lei nº 10.637/2002 não visa a refletir a reavaliação de uma participação societária por equivalência patrimonial, mas decorre da *mais valia* embutida no preço pago por um

investimento. Em outras palavras, como bem definido pelo relator de piso, em trecho da decisão recorrida que adoto e transcrevo:

o acréscimo patrimonial correspondente à diferença entre o valor de integralização de capital e o valor contábil dessa participação societária, deverá ser levada à tributação somente por ocasião da alienação, liquidação, baixa, ou conferência de capital em outra pessoa jurídica, nas condições estabelecidas no dispositivo. Entretanto, como no caso não há interesse em alienar, liquidar ou baixar a participação societária, posto que esta representa o núcleo da atividade social do grupo econômico, na prática, não haverá qualquer tributação. Entretanto, essa manobra possibilita a geração do ágio interno, entre partes sem independência e sem o desembolso de qualquer valor.

Nesse sentido, é precisa a fundamentação contida no voto da ilustre Conselheira Edeli Pereira Bessa dado no processo administrativo nº 10980.017339/2008-78, que, embora vencido, representa a melhor interpretação da norma, pelo que cabe adotá-lo:

Do disposto no art. 36 da Lei nº 10.637/2002 infere-se que o legislador instituiu ali um benefício na tributação do ganho auferido na transferência de participação societária por valor superior ao patrimonial, na medida em que, verificando-se esta transferência em sede de integralização de capital de outra sociedade, aquela participação pertenceria ao mesmo titular que inicialmente a detinha, mas agora de forma indireta. Diferiu, assim, sua tributação para momento futuro, no qual esta participação indireta deixasse de existir.

E, se esta transferência se dá sem a participação de terceiros, ou seja, de forma que a titularidade da participação societária, ao final, permaneça com as mesmas pessoas que inicialmente as detinham, há, tão só, reavaliação do investimento, e não ágio por expectativa de rentabilidade futura.

Neste sentido, inclusive, são as lições de Hiromi Higuchi et alli, em sua obra Imposto de Renda das Empresas — Interpretação e prática (Editora IR Publicações, 290 edição, p. 360) ao tratar da reavaliação de participações societárias:

O art. 438 do RIR/99 dispõe que será computado na determinação do lucro real o aumento de valor resultante de reavaliação de participação societária que o contribuinte avaliar pelo valor de patrimônio líquido, ainda que a contra partida do aumento do valor do investimento constitua reserva de reavaliação.

Se a pessoa jurídica reavaliar investimento avaliado pela equivalência patrimonial não poderá diferir a tributação da contrapartida. O diferimento da tributação só é possível na reavaliação de participação societária avaliado pelo custo de aquisição. Neste caso, após a reavaliação se o investimento passar a ser avaliado pela equivalência patrimonial, o diferimento cessará.

A Receita Federal teve a infelicidade de incluir o art. 39 da MP nº 66, de 29-08- 2002, convertido no art. 36 da Lei nº 10.637, de 30-12-2002, dispondo:

I-...I A aplicação daquele artigo dá ensejo a planejamento tributário para aumentar o patrimônio líquido nas duas empresas, para cálculo de juros sobre o capital próprio. A empresa A que tem investimento na empresa B transfere o investimento como integralização de capital na empresa C, por valor bem superior ao contábil. A empresa A escritura a contrapartida da mais valia no resultado mas faz exclusão na determinação do lucro real e base de cálculo da CSLL, aumentando o patrimônio líquido com diferimento da tributação. A empresa C também aumentou o seu patrimônio líquido sem tributação.

A única forma de a Receita Federal corrigir a infelicidade é, por ato normativo, dizer que o art. 36 da Lei nº 10.637/2002 é aplicável somente para os investimentos avaliados pelo custo de aquisição. Isso porque, para os investimentos avaliados pela equivalência patrimonial existe a vedação do art. 438 do RIR/99, que por ser lei específica não foi revogado.

Diante de todos os argumentos até aqui expostos, considera-se que o aproveitamento de ágio gerado internamente para fins tributários deve ser rechaçado.

Em complemento à posição aqui demonstrada, cabe, ainda, tecer algumas considerações sobre o recente julgado que se afastou da jurisprudência sedimentada nessa matéria, consubstanciado na decisão proferida no acórdão nº 1101-00708, de 11/04/2012, aprovado por maioria de votos, no processo mencionado anteriormente, devido à sua grande repercussão. Entende-se, com a devida vênia da maioria daquele colegiado, que os fundamentos apontados no voto vencedor verificam-se frágeis, como se demonstrará.

Sobre o tema de interesse, ficou consignado na ementa:

ÁGIO INTERNO. A circunstância de a operação ser praticada por empresas do mesmo grupo econômico não descaracteriza o ágio, cujos efeitos fiscais decorrem da legislação fiscal. A distinção entre ágio surgido em operação entre empresas do grupo (denominado de ágio interno) e aquele surgido em operações entre empresas sem vínculo, não é relevante para fins fiscais.

Como um dos principais argumentos favoráveis à tese da possibilidade de amortização do ágio interno, foi referido o artigo “*Incorporação reversa com ágio gerado internamente: consequências da elisão fiscal sobre a contabilidade*”, de autoria dos professores Eliseu Martins e Jorge Vieira da Costa Junior, disponível no endereço da Internet <http://www.congressosp.fipecafi.org/artigos42004>.

Os autores são renomados profissionais da área contábil que, nesse estudo, abordaram a modalidade de incorporação reversa que toma por base o ágio gerado internamente, analisando e concluindo que, contabilmente, referido evento, do ponto de vista estritamente técnico, não é admissível, mas, do ponto de vista tributário, haveria previsão legal para sua consecução de acordo com o art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002. As conclusões do referido trabalho, literalmente, foram:

O surgimento do ágio em operações de combinação de negócios, realizadas dentro de um mesmo grupo societário, não tem sentido econômico. A Contabilidade, sabiamente, expurga essa informação ao considerar o grupo societário uma entidade única, quando reporta suas demonstrações consolidadas. O correto, contabilmente, é fazer o mesmo nas demonstrações individuais também.

Entretanto, o respaldo em legislação tributária para o fenômeno – ágio gerado internamente – dá sentido econômico à operação. Há de fato riqueza sendo gerada pelo grupo societário nesses arranjos só que, no caso, está sendo transferida do Estado para o grupo via renúncia fiscal. É bem verdade que referido respaldo legal concorre, ainda que indiretamente, para o retrocesso do estágio avançado de desenvolvimento em que se encontra a Contabilidade Brasileira. A bem da verdade, pavimenta um caminho tortuoso: o fomento à indústria do ágio.

Enquanto desenvolviam o assunto dentro de sua área de especialização, a contabilidade, os doutrinadores reconheceram categoricamente que o ágio gerado internamente não tem sentido econômico. De outro lado, ao adentrarem no campo tributário, concluíram que a legislação tributária, mais especificamente, o art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002, é que dá sentido econômico à operação de geração de ágio interno.

Note-se que a interpretação dada pelos ilustres contabilistas contraria a jurisprudência pacificada pelos tributaristas integrantes do principal órgão de julgamento dos litígios tributários do País.

Por oportuno, transcrevo outro trecho do voto vencido no acórdão nº 1101-00.708, em que a ilustre Conselheira Edeli Pereira Bessa aponta a contradição presente no referido artigo:

Consignou esta Relatora a contradição presente em referido artigo, que de um lado conceitua ágio como resultado econômico obtido em um processo de compra e venda de ativos líquidos (net assets), quando estiverem envolvidas partes independentes não relacionadas, e repudia o reconhecimento de resultado derivado de transações entre entidades sob o mesmo controle, ou seja, sob a mesma vontade, concluindo ser inadmissível o surgimento de ágio em uma operação realizada dentro de um mesmo grupo econômico, mas de outro infere que a Fazenda Pública admite a dedução as amortizações deste valor como sendo ágio.

Dizem Eliseu Martins e Jorge Vieira da Costa Junior que o artigo 36 da Lei no 10.637/2002 permite que grupos econômicos, em operações de combinação de negócios, criem, artificialmente, ágios internamente, por intermédio da constituição de "sociedades veículo", que surgem e são extintas em curto lapso temporal, ou pela utilização de sociedades de participação denominadas "casca", com finalidade meramente elisiva. Mas, como visto, o art. 36 da Lei nº 10.637/2002 deixa claro que não há renda tributável nestas operações, e determina o diferimento de eventual ganho de capital contabilizado. Para manter a coerência com este entendimento, o ágio eventualmente

contabilizado em razão desta mesma operação não pode ser classificado como tal, nem ter os mesmos efeitos de uma mais-valia paga pela aquisição de um investimento entre partes não relacionadas.

Repudia-se, portanto, a afirmação contida naquele artigo, no sentido de que a Fazenda Pública perde porque permite a dedutibilidade da quota de ágio amortizada para fins de IRPJ e base de cálculo da CSLL, pois nenhum ato normativo da Receita Federal admite tal dedução. A resposta dada pela Fazenda Pública a estas ocorrências está expressa em reiterada jurisprudência administrativa deste Conselho, citada pela Procuradoria da Fazenda Nacional em suas contrarrazões, a qual manteve, até agora, todas as exigências formalizadas em razão da glosa do ágio gerado neste tipo operações.

Na medida em que o lucro real tem por base o lucro contábil, deve-se aplicar aqui o entendimento doutrinário acerca do que pode ser admitido conceitualmente como ágio, até porque, o art. 110 do CTN não permite à lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias. E, como extensamente demonstrado neste voto, não só o artigo em destaque, como também a mais abalizada doutrina contábil, reafirmada pela Comissão de Valores Mobiliários, sempre repudiou a classificação da mais-valia gerada em operações intra-grupo como ágio.

Em síntese, como dito por esta Relatora durante a sessão de julgamento, não há o que se falar, aqui, em operações envolvendo entidades "A", "B" e "C", na medida em que o resultado final desta reorganização é a manutenção do controle de "A" sobre "B", que apenas transitoriamente passou a indireto, sob a titularidade da empresa veículo "C". Inexiste aquisição entre "A" e "C", inexistente ágio.

Assim, verifica-se que não há que se falar em ágio quando não existe alteração patrimonial decorrente de aquisição.

Ainda no voto vencedor do referido acórdão, a artificialidade da conduta foi descrita como uma expressão genérica, a qual seria insuficiente para caracterizar a irregularidade da operação de criação de ágio, por se considerar que o tudo o que é realizado de modo intencional (pelo contribuinte) é artificial e que “o fato de sua conduta ser intencional (artificial), não traz qualquer vício” [à operação].

A afirmação de que tudo que é intencional é artificial parece se espelhar na tese do escritor inglês Thomas Browne, que, no século XVII, escreveu: “tudo é artificial, uma vez que a Natureza é a arte de Deus”. Em outras palavras, tudo o que o homem constrói, seja de ordem material ou imaterial, é artificial. Sob esse prisma, a equiparação entre conduta intencional e conduta artificial faz sentido.

Ocorre que, dentro do ordenamento jurídico pátrio vigente no século XXI, intencionalidade não se confunde com artificialidade. Para fins tributários, é artificial a conduta (intencional, obviamente), mas que busca subterfúgios ou caminhos alternativos para escapar à tributação correta. Corresponde à intenção de se evadir à tributação criando mecanismos irregulares. Veja-se o exemplo do art. 285 do RIR/99:

*Art. 285. É facultado à autoridade tributária utilizar, para efeito de arbitramento a que se refere o artigo anterior, outros métodos de determinação da receita quando constatado qualquer **artifício** utilizado pelo contribuinte visando a frustrar a apuração da receita efetiva do seu estabelecimento (Lei nº 8.846, de 1994, art. 8º). (destaquei)*

Nesse caso, como em tantos outros, o termo “artifício” utilizado pelo legislador refere-se a um procedimento em desacordo com o que seria esperado na situação, com vistas a obter indevida desoneração tributária. Em outras palavras, a busca pela redução da carga tributária não pode se dar “a qualquer preço”.

Distingue-se, contudo, conduta artificial de conduta dolosa, pois nesta se configura a presença do ilícito. Nos casos de ágio gerado internamente, a artificialidade está na conduta de majorar o patrimônio apesar da inexistência de efetivo desembolso de recursos e de efetiva mudança de controle acionário, com o único propósito de reduzir a base tributável pelo aproveitamento de despesas de amortização do respectivo ágio. Todavia, é incabível a apropriação de despesas que não foram incorridas, pois, como não há transferência de controle entre as empresas, logicamente, não há aquisição de nova propriedade.

A lei não permite ágio interno, porque deve ser interpretada de modo a se evitar a conduta abusiva, tendo em conta as exigências do bem comum e a função social da empresa, prevista no art. 170 da Constituição Federal.

A segurança jurídica, no caso, decorre da interpretação racional e lógica do ordenamento jurídico, pautado em orientações consistentes de órgãos normativos e na jurisprudência consolidada deste órgão de julgamento.

Ademais, a contabilização do valor do ágio como ativo diferido não está de acordo com a definição legal da conta, prevista no art. 179 da Lei nº 6.404/76, que, antes da alteração, assim previa:

Art. 179. As contas serão classificadas do seguinte modo:

...

V - no ativo diferido: as aplicações de recursos em despesas que contribuirão para a formação do resultado de mais de um exercício social, inclusive os juros pagos ou creditados aos acionistas durante o período que anteceder o início das operações sociais.

Disso se depreende que, de fato, a recorrente se equivocou ao contabilizar o valor do ágio como ativo diferido, pois não se trata de despesa paga nem incorrida, vez que a contrapartida do lançamento fora em conta do patrimônio líquido.

Da simulação

Consoante a acusação fiscal, a situação verificada nos autos foi enquadrada como negócio jurídico simulado, nos termos do art. 167 da Lei nº 10.406, de 2002 (Código Civil), que dispõe:

“Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

§ 2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.”

No item "B.2) Da Caracterização da Simulação" do TVEAF a fiscalização fundamenta sua acusação de fraude, aduzindo, em suma:

(i) que a empresa BOM SONO se prestou unicamente para servir de instrumento (veículo) para a passagem das cotas representativas do capital da empresa fiscalizada, tendo recebido tais cotas com ágio da holding ALTENBURG PARTICIPAÇÕES em 31/08/2004, para as devolver, já em novembro do mesmo ano, pela cisão encenada pelo grupo de empresas;

(ii) que não havia nenhum propósito legítimo nessa operação, mas apenas a possibilidade de contabilização do ágio e aproveitamento dos benefícios tributários pela fiscalizada;

(iii) que a relação entre a empresa veículo (BOM SONO) e a empresa fiscalizada era de total dependência, pois aquela prestava serviços de forma exclusiva à empresa fiscalizada; compartilhava o mesmo endereço de uma de suas filiais; não possuía bens registrados no ativo permanente, além de serem ambas dirigidas pelo Sr. Rui Altenburg;

(iv) conclui que, nesse caso, a reorganização societária foi toda premeditada para surtir efeitos tributários e construída com a pretensão de dissimular essa finalidade.

A recorrente aduz que meros indícios não seriam suficientes para afastar os efeitos de operações realizadas com propósitos lícitos e nos termos da lei. Sem razão. Como referido anteriormente, os indícios possuem, sim, alta relevância na formação da convicção daquele que aprecia casos de simulação.

Dos elementos juntados aos autos se constata uma sequência de negócios entre empresas vinculadas, com aparência de regulares, e visando certo efeito diverso do demonstrado.

Dos autos se extrai que, com a cisão da BOM SONO, em 31/08/2004, houve a reconcentração do capital social da fiscalizada sob a titularidade de Altenburg Participações, que, anteriormente à cisão, detinha indiretamente o controle da recorrente, por deter 99,98% da empresa BOM SONO, que por sua vez possuía 99,00% das cotas da recorrente e, após a cisão, passou a deter novamente 7.920.000 cotas da empresa, retornando exatamente à situação anterior à data da cisão.

A dissonância entre a situação aparente e a situação real decorre dos próprios fatos apurados, como se vê:

a) uma vontade declarada: a aquisição de um investimento com ágio por uma empresa veículo vinculada (BOM SONO), traduzido no valor de mercado de 7.920.000 cotas da recorrente, calculado com base na previsão de rentabilidade futura da empresa, seguido da cisão parcial do patrimônio daquela primeira empresa;

b) uma vontade real: a reavaliação indireta do patrimônio da recorrente, com a criação de um investimento artificial a fim de gerar um ágio que seria utilizado pela recorrente para reduzir a tributação.

Verifica-se, no caso concreto, que as operações realizadas com a participação de interposta pessoa vinculada (BOM SONO), da forma como efetuadas, aparentaram “conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem”, bem como as alterações contratuais elaboradas pelas empresas envolvidas continham “declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira”, em evidente afronta a regras e princípios, em especial o da boa fé, que regem o ordenamento jurídico brasileiro.

Além disso, a própria a recorrente confessa, nos autos, que o ágio fora criado apenas para refletir o valor de mercado de seu patrimônio líquido, dentro do grupo empresarial do qual faz parte. Ora, ágio não corresponde à reavaliação de um patrimônio, mas, como já referido, decorre da *mais valia* embutida no preço pago por um investimento.

As conclusões aqui expostas quanto à necessidade de propósito comercial e de pagamento na aquisição do ágio, o que não se verificou no caso concreto, bem como a caracterização de simulação com a utilização de “empresa veículo” de modo indevido, justificam a glosa do ágio indevidamente aproveitado.

Diante dos elementos dos autos, restou caracterizada a existência de ágio criado artificialmente e de modo simulado pela recorrente dentro do grupo econômico, indedutível para fins de apuração do IRPJ e da CSLL.

Como a Recorrente, em sua defesa, não logrou desconstituir os argumentos da autoridade fiscal, outra não pode ser a conclusão senão pela indedutibilidade das despesas de ágio na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL devidas no período fiscalizado, devendo ser mantida a autuação.

Multa qualificada – 150%

Verificou-se que, a partir do engendramento de operações societárias complexas e artificiais, incluindo a utilização de empresa veículo, pretendeu a recorrente,

intencionalmente, subtrair-se à tributação, o que tornou tais operações ilegais, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro não permite a evasão tributária por meio de simulação.

Ao imputar a qualificação de simulada às operações efetuadas em sequência, a autoridade fiscal acaba por afastar a possibilidade de configuração de planejamento tributário lícito, consoante tem entendido a doutrina moderna. Nesse caso, a inoponibilidade das operações ao Fisco decorre de sua própria ilicitude.

Situação bem semelhante à presente foi analisada no Acórdão nº 101-96.724, julgado na sessão de 28/05/2008, de relatoria da ilustre ex-Conselheira Sandra Maria Faroni, restando decidido o seguinte:

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.

A recorrente ainda sustenta que descabe a aplicação da multa no patamar em que esta foi imposta, principalmente em função da Súmula CARF nº. 14.

Ocorre que a situação verificada nos autos, que deu ensejo à autuação qualificada, está longe de ser considerada uma “simples omissão de receitas”, como é o caso tratado na referida súmula.

Diante de todo o exposto em relação à infração, resta evidenciado que os negócios jurídicos foram praticados de forma simulada, nos termos do § 1º do art. 167 do Código Civil. Assim, tendo sido constatada situação que se enquadra como fraudulenta, nos termos do art. 72 da Lei nº 4.602/64, é cabível a multa qualificada de 150% prevista no art. 44, §1º, da Lei nº 9.430/96.

Dos juros sobre o capital próprio

A recorrente afirma que, para sustentar a pretensão fiscal de que houve pagamento a maior de JCP, a fiscalização alegou que ela deveria ter constituído Reserva especial de ágio na incorporação, que tem sua regulamentação norteadada pelo art.6º, da Instrução CVM nº 319/99, com a redação dada pela Instrução CVM nº 349/2001, as quais entende que não se aplicariam a ela por ser sociedade limitada.

Não procede esse entendimento da recorrente, visto que todas as normas que influenciem a apuração do lucro real devem ser por ela observadas.

Sobre o tema em questão, a Lei nº 9.249, de 26/12/95, assim dispõe:

Art. 9º A pessoa jurídica poderá deduzir, para efeitos da apuração do lucro real, os juros pagos ou creditados individualizadamente a titular, sócios ou acionistas, a título de remuneração do capital próprio, calculados sobre as contas do patrimônio líquido e limitados à variação, pro rata dia, da Taxa de Juros de Longo Prazo - TJLP.

§ 1º O efetivo pagamento ou crédito dos juros fica condicionado à existência de lucros, computados antes da dedução dos juros, ou de lucros acumulados e reservas de lucros, em montante igual ou superior ao valor de duas vezes os juros a serem pagos ou creditados. (Redação dada pela Lei nº 9.430, de 1996)

§ 2º Os juros ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de quinze por cento, na data do pagamento ou crédito ao beneficiário.

§ 3º O imposto retido na fonte será considerado:

I - antecipação do devido na declaração de rendimentos, no caso de beneficiário pessoa jurídica tributada com base no lucro real;

II - tributação definitiva, no caso de beneficiário pessoa física ou pessoa jurídica não tributada com base no lucro real, inclusive isenta, ressalvado o disposto no § 4º;

§ 4º (Revogado pela Lei nº 9.430, de 1996)

§ 5º No caso de beneficiário sociedade civil de prestação de serviços, submetida ao regime de tributação de que trata o art. 1º do Decreto-Lei nº 2.397, de 21 de dezembro de 1987, o imposto poderá ser compensado com o retido por ocasião do pagamento dos rendimentos aos sócios beneficiários.

§ 6º No caso de beneficiário pessoa jurídica tributada com base no lucro real, o imposto de que trata o § 2º poderá ainda ser compensado com o retido por ocasião do pagamento ou crédito de juros, a título de remuneração de capital próprio, a seu titular, sócios ou acionistas.

§ 7º O valor dos juros pagos ou creditados pela pessoa jurídica, a título de remuneração do capital próprio, poderá ser imputado ao valor dos dividendos de que trata o art. 202 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, sem prejuízo do disposto no § 2º.

§ 8º Para os fins de cálculo da remuneração prevista neste artigo, não será considerado o valor de reserva de reavaliação de bens ou direitos da pessoa jurídica, exceto se esta for

adicionada na determinação da base de cálculo do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido.

A acusação fiscal apontou que, através de operação simulada, foi gerada Reserva de Capital no PL da recorrente, contrariando normas da CVM, e provocando uma majoração indevida no limite de pagamento de JCP. A redução do limite de pagamento de juros sobre capital próprio decorre basicamente da impossibilidade de reconhecer, no Patrimônio Líquido da recorrente, a Reserva de Capital gerada com simulação.

Inexiste previsão legal para a imputação ao PL de resultados fiscais apurados em períodos anteriores, para efeito de cálculo do limite de juros sobre o capital próprio, como pretende a recorrente ao pedir a recomposição do PL, período a período, mediante a adição ao lucro e, consequentemente, ao PL, das despesas glosadas, tanto a título de ágio quanto a título dos próprios Juros sobre o Capital Próprio - JCP.

JCP: Aproveitamento dos pagamentos de IRRF, PIS e COFINS sobre as Receitas de Juros sobre o Capital Próprio

Na hipótese de serem mantidos os autos de infração, a recorrente pretende abater, do valor da dívida, os recolhimentos realizados a título de IRRF, PIS e COFINS sobre o que for reconhecido haver sido creditado a maior a título de JCP, com SELIC desde os pagamentos indevidos ou a maior.

É de se registrar que os pedidos de compensação/restituição limitam-se a débitos próprios. No presente caso, contudo, a recorrente não suportou o ônus daquela tributação, logo, não tem legitimidade para pleitear a sua compensação ou restituição.

Em relação ao pedido de refazimento da compensação de prejuízos e de bases negativas de CSLL, resta inócuo, pois, não havendo alteração da matéria tributável, não há modificação das compensações de prejuízos fiscais ou de bases negativas de CSLL.

Dos pedidos sucessivos

Pede a recorrente que, mantidos os Autos, deve ser preservado o negócio jurídico dito "dissimulado".

Alega que os agentes fiscais entenderam ter sido a operação de cisão viciada por simulação relativa, pois teriam indicado no auto de infração o pretense ato dissimulado no momento da cisão: a "redução e devolução de capital", e não propriamente uma cisão, o que seria incompatível com os objetivos almejados (de refletir no Patrimônio da empresa o real valor de mercado).

Todavia, a acusação é de que houve simulação absoluta, ou seja, a intenção não era realizar uma reorganização societária, mas sim gerar ágio interno, logo, não há que se falar em negócio oculto ou dissimulado, pelo que se nega provimento ao pedido.

Da multa isolada

No presente caso, como se viu, o lançamento de multa isolada devida por falta de recolhimento das estimativas de IRPJ e CSLL teve por fundamento legal o art. 44, §1º, inciso IV, da Lei 9.430/96, alterado pelo art. 14 da Medida Provisória 351, de 2007, sobre as diferenças entre os valores declarados e os apurados pela fiscalização.

Nos casos de ausência de recolhimento das estimativas mensais, a Lei nº 9.430/96, art. 44, prevê a incidência de multa isolada sobre o valor apurado no mês à alíquota de 50%, consoante nova redação dada pela Medida Provisória 351, de 2007, convertida na Lei nº 11.488, de 15/06/2007:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:[...]

II – de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:[...]

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.

A tese alegada pela recorrente, de que não incide multa isolada por falta de recolhimento de estimativas quando existe apuração de prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa da CSLL ao final do ano calendário, embora adotada por boa parte dos membros deste Conselho, *data venia*, não merece ser reconhecida.

Respeitadas as opiniões em contrário, entende-se que a legislação é expressa. Sendo a opção pela sistemática das estimativas mensais concedida ao contribuinte como uma faculdade pela Lei nº 9.430/96, em seu art. 2º, uma vez optante, ele estará sujeito às regras daquela sistemática.

A sistemática de recolhimento por estimativas, de caráter facultativo, não tem o condão de equiparar os recolhimentos com uma antecipação do tributo, já que o fato gerador do imposto e da contribuição social apurado anualmente, de natureza complexa, apenas irá se configurar em 31 de dezembro do ano-calendário em referência.

O legislador instituiu a opção como alternativa à regra de apuração trimestral, mas estipulou que esta traz consequências, na medida em que a falta de recolhimento representa um ato ilícito, caracterizado pelo descumprimento de um dever.

Assim, a falta de recolhimento gera uma infração específica. Pretender equiparar as bases de cálculo da multa isolada e da multa de ofício não parece conforme ao sentido da lei.

Ora, são distintos tributo e multa pela sua própria natureza jurídica. Enquanto um decorre de ato lícito – fato gerador –, o outro decorre da realização de um ato ilícito, comissivo ou omissivo, como é o caso em análise.

Da mesma forma, distingue-se a multa isolada, esta devida nos casos em que for detectada a falta de recolhimento do tributo estimado a cada mês, da multa de ofício incidente sobre o montante do tributo calculado após o encerramento do período de apuração.

Entende-se que não há que se confundir a base de cálculo da multa isolada e a base de cálculo de eventual multa de ofício, já que, em caso de opção pela sistemática das estimativas, o tributo não é apurado trimestralmente, mas anualmente, e a base de cálculo da multa isolada é a estimativa mensal calculada a partir da receita bruta. A multa de ofício, por sua vez, incide sobre o imposto ou contribuição efetivamente devidos ao final do período de apuração.

Nesse sentido, a nova redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007, ao art. 44 da Lei nº 9.430/96, que alterou o percentual da multa isolada de 75% para 50% veio apenas reforçar essa distinção.

Ademais, a legislação possibilita o não recolhimento de antecipação, desde que apresentado o balancete mensal que comprove que as antecipações recolhidas superam o valor do tributo até aquele momento apurado, o que não implica dizer que a multa isolada prevista no art. 44, inciso II, alínea “b” da Lei nº 9.430/96 não é devida em casos de prejuízo fiscal ou base negativa de CSLL. A determinação legal é clara nesse sentido, ao reafirmar que a multa é devida *“ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente”*.

Em outras palavras, a regra é clara: o descumprimento do dever de antecipação deve ser sancionado na forma da lei, independentemente do valor do imposto ou contribuição calculada ao final do exercício, ou mesmo da existência de prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa. Fica ressalvada, apenas, a hipótese de apresentação de balancetes de suspensão ou redução que demonstrem que o valor pago já seria maior do que o devido, o que não se verificou no presente caso.

Ademais, para superar a falta dos balancetes e acolher a tese da recorrente, seria necessário afastar regra legal expressa, o que não se inclui na função de julgamento na esfera administrativa, pela impossibilidade de manifestação sobre eventual inconstitucionalidade da legislação tributária, consoante a regra prevista no art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 06.03.72, com a redação dada pelo art. 25 da Lei nº 11.941, de 27.05.2009, e reproduzida no art. 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22.06.2009.

Nesse sentido, o julgamento da ilegalidade de uma norma sob o argumento de desproporcionalidade, necessariamente, atrai a apreciação de sua compatibilidade com o texto constitucional, fazendo incidir, na hipótese, o teor da Súmula CARF nº 2: *“O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”*.

Assim, nega-se provimento ao recurso também nessa parte.

Da multa de ofício

A recorrente ainda pede o afastamento da Multa de Ofício por erro escusável, alegando que a multa de ofício aplicada não tem como subsistir, vez que existe expressa previsão legal que exclui penalidades quando devidamente observadas, pelo contribuinte, as normas complementares de direito tributário, ou quando for caso em que se caracterizar o chamado “erro escusável”.

Aduz que diante das *“verdadeiras pretensões de adequação societária, patrimonial e sucessória”*, o erro seria escusável.

Ocorre que a caracterização de simulação pressupõe o dolo da conduta, afastando, de plano, a ideia de erro escusável e justificando a manutenção da multa de ofício.

Da CSLL

Em relação à CSLL, aplicam-se as mesmas conclusões em relação ao lançamento principal, por decorrerem dos mesmos fatos.

Dispositivo

Em face de todo o exposto, nega-se provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Viviane Vidal Wagner