



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

Processo n° 16327.720416/2012-47
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1402-002.072 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de janeiro de 2016
Matéria IRPJ e CSLL
Recorrente BANCO VOLKSWAGEN S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Data do fato gerador: 31/12/2008, 31/12/2009, 31/12/2010

APARTAMENTO DO PROCESSO. DESCABIMENTO.

Serão objeto de um único processo administrativo as exigências de crédito tributário do mesmo sujeito passivo, formalizadas com base nos mesmos elementos de prova.

COMPETÊNCIA DA RECEITA FEDERAL.

À Secretaria da Receita Federal do Brasil compete interpretar e aplicar a legislação tributária.

AUTONOMIA ENTRE EMPRESAS DO GRUPO. FALTA DE COMPROVAÇÃO.

Os elementos constantes dos autos demonstram a subordinação jurídica e econômica entre as empresas do grupo.

VALOR DE MERCADO. PROVA.

As provas coligidas aos autos não são suficientes para demonstrar que o preço praticado na operação seria o mesmo acordado entre partes não relacionadas, envolvidas nas mesmas transações ou em transações similares, nas mesmas condições ou em condições semelhantes, no mercado aberto.

SEQUÊNCIA DE OPERAÇÕES. FALTA DE PROPÓSITO NEGOCIAL.

O conjunto dos elementos de prova dos autos indicam que as operações societárias não possuem propósito comercial e foram estruturadas com o objetivo de obter vantagens tributárias.

MULTA QUALIFICADA. DÚVIDA SOBRE A GRADUAÇÃO. INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO ACUSADO.

Havendo dúvida a respeito da ocorrência de fraude (art. 72 da Lei nº 4.502/64) necessária à qualificação da multa de ofício, e, em se tratando de

penalidade, incide o disposto no art. 112, inciso IV, do CTN, ou seja, em caso de dúvida quanto à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado a lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades.

LANÇAMENTO EM DUPLICIDADE.

Não comprovada a duplicidade de lançamento deve ser mantida a exigência.

SUPERVENIÊNCIA DE DEPRECIÇÃO. BASE DE CÁLCULO DA CSLL.

A lei tributária prescreve o regramento contábil além do tratamento tributário, impondo a ativação do bem a ser arrendado no imobilizado da arrendadora e a consequente depreciação com sua despesa nela. Ao assim estatuir, a lei não se limita ao lucro real quanto ao tratamento tributário "decorrente" da contabilização imposta, além do que a lei nem referencia lucro real ao versar sobre a disciplina da arrendadora. Os ajustes de superveniências e de insuficiências de depreciação das normas do Bacen se prestam para obtenção de resultado de um financiamento conforme os fluxos das taxas de juros contratuais - o que não se dá pela contabilização imposta pela lei. Para tanto, a lei teria de prever a ativação do bem no imobilizado da arrendatária, e não no da arrendadora - o que dispensaria os ajustes das normas do Bacen. Os ajustes de superveniências de depreciação afetam o resultado da arrendadora como receita, mas não geram efeitos tributários: não interferem na base de cálculo da CSLL. Diante da amplitude da lei tributária cabe a inteligência do Ato Declaratório (Normativo) CST 34/87 para a CSLL.

JUROS DE MORA. MULTA DE OFÍCIO.

Os juros de mora são devidos sobre os tributos e a multa de ofício desde o seu lançamento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado em dar provimento parcial ao recurso voluntário nos seguintes termos: i) por unanimidade de votos, para rejeitar as preliminares suscitadas e cancelar a exigência da CSLL referente à superveniência de depreciação; e ii) por maioria de votos para reduzir a multa de ofício ao percentual de 75%, vencidos os Conselheiros Frederico Augusto Gomes de Alencar e Leonardo de Andrade Couto que votaram pela manutenção integral dessa penalidade. Designado o Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto para redigir o voto vencedor.

(assinado digitalmente)

LEONARDO DE ANDRADE COUTO - Presidente.

(assinado digitalmente)

FREDERICO AUGUSTO GOMES DE ALENCAR - Relator.

Processo nº 16327.720416/2012-47
Acórdão n.º **1402-002.072**

S1-C4T2
Fl. 2.596

(assinado digitalmente)
FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO - Redator Designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: LEONARDO DE ANDRADE COUTO, FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, FREDERICO AUGUSTO GOMES DE ALENCAR, LEONARDO LUIS PAGANO GONÇALVES e DEMETRIUS NICHELE MACEI.

Relatório

BANCO VOLKSWAGEN S/A recorre a este Conselho contra decisão de primeira instância proferida pela 1ª Turma da DRJ Juiz de Fora/MG, pleiteando sua reforma, com fulcro no artigo 33 do Decreto nº 70.235 de 1972 (PAF).

Por pertinente, transcrevo o relatório da decisão recorrida (*verbis*):

“Apesar do Termo de Verificação Fiscal mencionar infração à legislação do IOF, apenas são objeto do presente processo três autos de infração, um de IRPJ e dois de CSLL.

No relatório serão mencionados apenas os fatos e enquadramento legal relativos às duas infrações controladas no processo.

Infração 1 – Indedutibilidade de ágio interno

Das operações societárias realizadas pelo Grupo Volkswagen e os seus efeitos sobre o quadro societário e capital da Volkswagen Leasing S/A

No período de 13/12/2005 a 29/2/2008 ocorreram os eventos societários relacionados na tabela abaixo:

Data	Descrição
13/12/2005	Transferência (a título de venda) de ações da VWB, emitidas pelo BVW, para a VWAG – 48.796.057 ações do BVW
21/12/2005	Transferência das ações da VWB, emitidas pelo BVW, para a VWAG – 64.561.719 ações do BVW
29/3/2006	Emissão de 3.913.182 ações, subscritas e integralizadas pela VWS - Aumento de capital do BVW no valor de R\$ 15.000.000,00
28/8/2006	Emissão de 6.282.687 ações, subscritas e integralizadas pela VWS - Aumento de capital do BVW no valor de R\$ 25.000.000,00
2/1/2007	Transferência (a título de venda) de participação da VWB na VWL à VWFSAG – 11.035.632 ações da VWL
30/1/2007	A participação da VWS no BVW, foi transferida à VWP – 48.242.186 ações do BVW, pelo valor contábil de R\$ 203.203.986,96 (BP de 31/12/2006)
17/4/2007	Emissão de 727.680.000 ações, subscritas e integralizadas pela VWFSAG
2/5/2007	Transferência (a título de venda) de participação da VWAG no BVW à VWL – 113.357.776 do BVW
17/09/2007	Criação de carteira de arrendamento mercantil no BVW.
18/10/2007	Emissão de 100.000.000 de ações, subscritas e integralizadas pela VWFSAG.
23/10/2007	Transferência de participação da VWFSAG na VWL à VWP – 838.715.632 ações
31/1/2008	Encerramento das agências do Banco VW

29/2/2008	Incorporação da VWL pelo BVW
-----------	------------------------------

Legenda:

BVW – Banco Volkswagen S/A

VWL – Volkswagen Leasing S/A – Arrendamento Mercantil (Brasil)

VWS – Volkswagen Serviços Ltda. (Brasil)

VWB – Volkswagen do Brasil Ltda. – Indústria de Veículos Automotores (Brasil)

VWP- Volkswagen Participações Ltda. (Brasil)

VWAG – Volkswagen Aktiengesellschaft (Alemanha)

VWFSAG - Volkswagen Financial Services Aktiengesellschaft (Alemanha)

Após as operações o controle societário da VWL passou da VWB para a VWFSAG em 2/01/2007, e desta para a VWP em 23/10/2007, sendo que em 17/4/2007 e 18/10/2007 se verificaram eventos de aumento de capital, o primeiro mediante subscrição integralizada em dinheiro e o segundo mediante incorporação de reservas de lucros acumulados.

Do aumento de capital da VWL

Em 17/4/2007, a VWFSAG, controladora integral da VWL, subscreveu o montante de 727.680.000 de ações nominativas com valor unitário de R 1,00, perfazendo o total de R\$ 727.680.000,00.

A operação foi registrada no sistema de controle do Banco Central do Brasil como Investimento Estrangeiro Direto.

Em 2/5/2007, os recursos financeiros foram remetidos ao exterior pela aquisição de participação acionária no BVW.

Os recursos financeiros externos oriundos da Alemanha aportados pela VWFSAG na VWL foram no curto espaço de 14 dias repatriados à Alemanha, desta vez em favor da VWAG.

Da apuração de ágio pela VWL

Os recursos provenientes do aumento de capital foram utilizados para a aquisição de 113.357.776 de ações do BVW que pertenciam à VWAG.

Foi apresentado laudo de avaliação de emissão da KPMG Corporate Finance Ltda., datado de 26/3/2007, onde constava 28/2/2007 como data base e a avaliação a valor presente do BVW em R\$ 941.629 mil.

Tendo verificado inconsistência em relação ao cálculo do valor do ágio, foi efetuada nova intimação – item 5 do Termo de Intimação nº 3.

Foram apresentados dois laudos (segundo a fiscalização, de forma sumária e não completa), inicialmente um datado de 26/3/2007 em que o valor do BVW era da ordem de R\$ 941 milhões e um segundo, datado de 23/3/2007. Nas palavras da fiscalização o laudo com data anterior afirma “atualizar o laudo anteriormente apresentado, no qual o valor do BVW, em três diferentes cenários de crescimento

equivalem a R\$ 886 milhões, R\$ 936 milhões ou R\$ 986 milhões. Todos os valores contemplam dedução a título de potenciais ajustes, no montante de R\$ 117 milhões.”

Ágio no valor de R\$ 228.336.098,32, com fundamento econômico na apuração de rentabilidade futura, conforme previsto no § 2º, inciso II, do art. 385 do RIR e foi contabilizado conforme determina o inciso III, do art. 386 do RIR.

Da incorporação da VWL pelo BVW e início da amortização do ágio

Em 29/2/2008 a controlada BVW incorpora sua controladora VWL, a valores contábeis com data base de avaliação em 31/1/2008.

O acervo líquido da VWL foi avaliado em R\$ 174.127.835,93, conforme laudo de avaliação elaborado por ocasião da incorporação, e assim demonstrado:

	Valor R\$	Obs.
Patrimônio Líquido Total da VWL	897.610.415,17	
(+) Reversão do dividendo proposto	6.292.544,74	(a)
(-) Provisão para garantia de dividendos	-194.085.683,56	(b)
Total do patrimônio Líquido ajustado	709.817.276,35	

	Valor R\$
Total do Patrimônio Líquido Ajustado	709.817.276,35
(-) Investimento da VWL no Banco VW	-535.689.440,42
Total do Acervo Líquido a ser incorporado	174.127.835,93

O valor de R\$ 194.085.683,56 indicado como “Provisão para garantia de dividendos” nada mais é que o saldo contábil líquido indicado pelo BVW na conta 2.4.1.10.00.001 “Ágios Incorp BVW – R\$ 228.336.098,32 referentes ao ágio inicialmente apurado menos R\$ 34.250.414,76 referentes à amortização acumulada na VWL.

O total dos valores expurgados do patrimônio líquido da VWL quando de sua incorporação em 29/2/2008 – R\$ 729.775.123,98 relativos ao somatório do ágio a amortizar mais o saldo contábil do investimento da VWL no BVW – equivalem ao valor do aumento de capital da própria VWL, R\$ 727.680.000,00 realizado em 17/4/2007.

No LALUR constata-se que no ano calendário 2008 o BVW amortizou a título de ágio o valor de R\$ 41.861.618,04 – página 71 do LALUR, conta Provisão para Perdas Ágio BVW, excluído na parte A, R\$ 194.085.683,56, e incluído na parte A, R\$ 152.224.065,52.

Enquadramento legal

O cerne da questão é a descaracterização, por falta de fundamento econômico, de toda a série de operações financeiras e societárias realizadas pelas empresas do Grupo Volkswagen no país e no exterior vinculadas entre si, consideradas como atos de simulação com o intuito de obtenção de vantagens tributárias indevidas.

Na reorganização societária foram realizadas operações estruturadas em sequência para que aparentemente fosse entendido que existiu uma aquisição com ágio. Porém, quando analisado o conjunto dos atos, identificamos que o controle acionário do BVW nunca mudou. A simulação é incontestável. A posição acionária

do BVW em 13/12/2005 já conferia à VWAG a totalidade do seu controle, conforme quadro abaixo:

Situação em 13/12/2005 - inicial

BVW	13/12/05
VWB	42,64
VWS	32,23
VWAG	25,13
PARTICIPAÇÃO VWAG NA VWB = 99,9999994898%	42,639999978
PARTICIPAÇÃO DA VWAG NA VWS = 98,689161%	32,229830684
PARTICIPAÇÃO TOTAL VWAG NO BVW – DIRETA E INDIRETA	99,999830663

Situação em 17/4/2007 – data do aumento de capital

BVW	17/04/07
VWB	
VWS	29,85
VWAG	70,15
PARTICIPAÇÃO DA VWAG NA VWS = 96,755941%	29,84903105
PARTICIPAÇÃO TOTAL VWAG NO BVW – DIRETA E INDIRETA	99,99903105

Situação em 2/5/2007 – data da aquisição do controle do BVW

BVW	02/05/07
VWL	70,15
VWP	29,85
PARTICIPAÇÃO DA VWAG ATRAVÉS DA VWFSAG NA VWL = 99,9999997%	70,1499998
PARTICIPAÇÃO DA VWAG NA VWP = 99,999%	29,8497015
PARTICIPAÇÃO TOTAL VWAG NO BVW – DIRETA E INDIRETA	99,9997013

A empresa veículo na apuração do ágio foi a própria VWL, que independentemente de participações acionárias, já estava operacionalmente unificada com o BVW, ao partilhar do mesmo endereço, do mesmo corpo diretivo, dos serviços de pessoal prestados pela Volkswagen Serviços – ambas sociedades declararam “zero” empregados no ano calendário 2007 nas respectivas DIPJ e até mesmo dos respectivos patrimônios para o estabelecimento de limites operacionais.

A VWFSAG, detentora de 99,9998% do capital social da VWP, que no evento de 29/2/2008 se tornou a controladora do BVW detendo 99,999999 % de seu capital social, se caracteriza apenas como uma empresa que atende à estratégia mundial do grupo Volkswagen, uma vez integralmente subordinada à VWAG, esta sim a controladora de fato do BVW desde sempre.

A inclusão da sociedade nacional VWP na linha de controle acionário do BVW é decorrente de disposições legais do Banco Central do Brasil, caso contrário também seria completamente desnecessária do ponto de vista econômico.

A demonstrada unicidade operacional da VWL e do BVW já existente previamente aos fatos, bem como a inclusão no processo de sociedades aparentemente distintas demonstram uma estratégia de simulação com o objetivos de conferir uma aura de propósito negocial aos eventos societários realizados.

Considerando o antes e o depois da reorganização societária fica claro a completa ausência de fundamentação econômica e propósito negocial na aquisição de participação societária no BVW pela VWL, ainda mais com apuração de ágio tendo em vista a situação de ambas empresas pertencerem a um mesmo grupo econômico e já estarem operacionalmente integradas.

Para o atendimento do objetivo de concentração do controle acionário das empresas no acionista do exterior, como mencionado nas notas explicativas às Demonstrações Financeiras da VWL relativas ao ano calendário 2007 bastaria a transferência do controle acionário e/ou até mesmo a incorporação de qualquer uma das sociedades pela outra, a valores contábeis.

Não há propósito negocial no aumento de capital vinculado à aquisição da participação acionária.

No curto espaço de tempo compreendido entre abril de 2007 e fevereiro de 2008, apenas 10 meses, o aumento de capital se mostrou sem fundamentação econômica, ao contrário da situação de incorporações realizadas entre partes independentes, onde se esperaria que os patrimônios das duas entidades envolvidas seriam somados, sem quaisquer expurgos.

O aumento do patrimônio líquido da do BVW se limitou à incorporação do valor do patrimônio líquido da VWL após os expurgos mais os lucros verificados nos anos calendário 2007 e 2008, conforme tabela abaixo:

EVOLUÇÃO DO PATRIMÔNIO LÍQUIDO – BANCO VOLKSWAGEN – 2006 A 2008

PATRIMÔNIO LÍQUIDO - CAPITAL	AC 2006	AC 2007	VARIÇÃO 2007/2006	AC 2008	VARIÇÃO 2008/2007	VARIÇÃO 2008/2006
25. CAPITAL DE DOMICILIADOS NO PAIS	263.440.926,61	375.554.683,86	112.113.757,25	549.682.519,79	174.127.835,93	286.241.593,18
26. CAPITAL DE DOMICIL. NO EXTERIOR	112.113.757,25	0,00	-112.113.757,25	0,00	0,00	-112.113.757,25
27. (-)CAPITAL A REALIZAR	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
28. TOTAL DO CAPITAL REALIZADO	375.554.683,86	375.554.683,86	0,00	549.682.519,79	174.127.835,93	174.127.835,93
PATRIMÔNIO LÍQUIDO-RESERVAS			0,00		0,00	0,00
29. RESERVAS DE CAPITAL	18.515.212,24	18.515.212,24	0,00	18.515.212,24	0,00	0,00
30. RESERVAS DE REAVILIAÇÃO	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
31. RESERVAS DE LUCROS	20.280.150,33	25.716.007,28	5.435.856,95	266.684.175,25	241.168.167,97	246.604.024,92
32. RESERVA PARA AUMENTO DE CAPITAL	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
33. OUTRAS RESERVAS	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
34. TOTAL DAS RESERVAS	38.795.362,57	44.231.219,52	5.435.856,95	266.684.175,25	241.168.167,97	246.604.024,92
PATRIMÔNIO LÍQUIDO-OUTRAS CONTAS			0,00		0,00	0,00
35. LUCROS ACUMULADOS	249.515.766,08	326.223.036,45	76.707.270,37	326.223.036,45	0,00	76.707.270,37
36. (-)PREJUÍZOS ACUMULADOS	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
37. (-)JACOES EM TESOURARIA	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
38. OUTRAS	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
39. TOTAL OUTRAS CONTAS	249.515.766,08	326.223.036,45	76.707.270,37	326.223.036,45	0,00	76.707.270,37
40. TOTAL PATRIMÔNIO LÍQUIDO	663.865.812,51	746.008.939,83	82.143.127,32	1.161.304.943,73	415.296.003,90	497.439.131,22

Caso se objetivasse efetivamente o aumento dos limites operacionais do BVW, como postulado pela fiscalizada, o lógico seria que o aumento de capital da ordem de R\$ 700 milhões fosse diretamente nele realizado, com a paralela criação da carteira de arrendamento mercantil, como feito, com a posterior incorporação a valores patrimoniais da VWL para atender ao objetivo de racionalização administrativa.

Para o contribuinte poder usufruir do benefício fiscal previsto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 deve existir uma negociação, um custo de aquisição, com um comprador que efetivamente pague por uma participação societária com ágio. Para isso o ágio deve ter efetividade e legitimidade, o que não é o caso do ágio de si mesmo amortizado pelo BVW.

Ao invés da VWL incorporar as ações do BVW pelo valor patrimonial, ela as recebeu por valor baseado em rentabilidade futura, originário de relatório encomendado pelo Grupo Volkswagen, registrando assim um ágio, este simuladamente pago, um ágio de papel.

O relatório da KPMG, que fundamentou o ágio, informa que o trabalho foi baseado em informações e premissas disponibilizadas pela Administração do Grupo Volkswagen, além de enfatizar que o dito trabalho não representou uma auditoria nem deveria ser interpretado como tal.

O valor pago pela VWL pelas ações do BVW partiu da avaliação da KPMG de R\$ 1.003 milhões. O Grupo Volkswagen do Brasil não levou em consideração os valores indicados pela consultoria a título de “Potenciais Ajustes”, no montante de R\$ 177 milhões, que reduziria o valor base para R\$ 886 milhões.

Não existiram terceiros envolvidos para discordar ou negociar os valores definidos. A VWL aceitou assumir “Potenciais Ajustes” da ordem de R\$ 177 milhões e ainda pagou a mais por isso, situação inimaginável em uma transação entre partes independentes.

Ao contrário do afirmado de que a avaliação do BVW levou em consideração apenas a projeção de seus próprios resultados futuros, o laudo menciona que para suportar esta projeção são considerados em conjunto os patrimônios do BVW e da VWL, uma vez que o BVW sozinho não possuía patrimônio suficiente para atender os requisitos do Acordo de Basileia I.

Não existe razão extra-tributária para tal reorganização societária, que teve como único objetivo a criação do ágio a ser deduzido indevidamente.

O ágio artificialmente criado foi utilizado irregularmente como benefício fiscal pelo BVW, que reduziu e deixou de pagar imposto de renda e contribuição social nos anos calendário de 2008 a 2010.

O ágio aceito pela contabilidade deve decorrer da alienação de controle realizada entre partes independentes e em igualdade de condições negociais.

Para a CVM o ágio gerado de si mesmo é incabível na estrutura conceitual da contabilidade, pois não decorre de um processo de compra e venda entre partes independentes e não relacionadas, sem dispêndio na obtenção de algo de terceiros não há custo de aquisição – ressalta-se o caráter simulado do aumento de capital e aquisição de participação societária, onde se comprovou que os recursos financeiros retornaram à sua origem.

Do evidente intuito de fraude

Em decorrência da desqualificação da operação de compra e venda de ações com apuração de ágio pelos motivos acima expostos e dos atos a este evento ligados, ficou caracterizada também a ação dolosa da operação recebimento e transferência de recursos com o exterior, pois sem propósito comercial, sem motivação extra-tributária, também esta etapa em conjunto com as demais leva a uma única finalidade: diminuição ou não pagamento de tributos, no caso do IRPJ, CSLL e IOF devidos pela VWL e pelo BVW.

Restou caracterizado o evidente intuito de fraude, uma vez que, simulada a aquisição de participação societária com ágio e daí para trás simulados também os demais atos encadeados.

Cabe a interpretação dos fatos não apenas pelo formalismo, mas pelo conteúdo, pela motivação, analisando o conjunto dos atos e não cada etapa separadamente.

Esse tipo de ação também envolve a questão da isonomia e capacidade contributiva do contribuinte, pois os demais cidadãos não devem ser prejudicados com atos artificiosos de terceiros.

Infração nº 3

Não se questiona a forma de apuração de superveniência/insuficiência de depreciação nas operações de arrendamento mercantil, mas apenas o tratamento tributário atribuído a estes valores.

O item II do Ato Declaratório Normativo CST 34/87 esclarece que os ajustes procedidos na contabilidade para atender às normas editadas pelas autoridades monetárias não podem resultar em, por exemplo, tornar dedutível determinado valor que a legislação determina ser irrelevante para fins de apuração do resultado, alterar conceitos da legislação tributária, o alcance destes dispositivos.

A orientação normativa do Ato Declaratório Normativo CST 34/87 trata especificamente de apuração do lucro real, base de cálculo do IRPJ e, uma vez que distintas as bases de cálculo, a orientação normativa do referido ato não pode ser estendida à CSLL criada pela Lei nº 7.689/88.

O ajuste previsto na Circular BACEN nº 1.429/1989, registrado com complemento ou estorno nas contas de Despesas de Arrendamento em contrapartida com Insuficiência de Depreciação ou Superveniência de Depreciações visa melhor refletir o resultado auferido pela sociedade nas suas demonstrações financeiras.

As regras aplicáveis à apuração da capacidade contributiva da pessoa jurídica na determinação de seu lucro para fins de incidência do imposto sobre a renda também devem ser aplicáveis à CSLL, conforme disposto no PN COSIT 78/78, que trata de Investimentos em Sociedades Coligadas o Controladas Avaliados pela Valor do Patrimônio Líquido (Normas Gerais), não se aplica ao caso em questão.

Nas adições e exclusões previstas na Lei nº 7.689/88, com a redação do art. 2º da Lei nº 8.034/90, aplicáveis à apuração da base de cálculo da CSLL, estão previstos os ajustes decorrentes do resultado positivo ou negativo da avaliação de investimentos pelo valor do patrimônio líquido, mas não de superveniências ou insuficiências de depreciação.

Não há previsão legal expressa de exclusão do item Superveniência de depreciação na base de cálculo da CSLL.

A empresa apresentou impugnação, protocolizada em 15/5/2012 (fls. 1137/1210), alegando em síntese o seguinte:

Requerimento preliminar

Requer que a parcela atinente a uma das acusações fiscais listadas acima seja desmembrada do presente processo e dê origem a um novo feito.

Incompetência da Secretaria da Receita Federal

A classificação dos ingressos de recursos externos no País, em especial em instituições financeiras, é matéria reservada às autoridades monetárias (Conselho

Monetário Nacional e BACEN). Em função de VWL e BVW serem instituições financeiras regularmente fiscalizadas pelo BACEN) o aumento de capital da primeira, a aquisição por ela da segunda e a incorporação havida foram previamente submetidos à apreciação de referida autarquia, que aprovou as transações mencionadas. Por essas razões, era vedado ao Fisco afastar unilateralmente o tratamento dado pelas autoridades monetárias.

Mérito

No mérito, os negócios de aumento de capital de VWL, aquisição por esta de BVW e incorporação de VWL por BVW estão de acordo com a legislação, foram realizadas coordenadamente em conjunto com operações perpetradas em outros países em que o grupo Volkswagen atua com o mesmo propósito de reestruturação do braço financeiro, o que revela terem se pautado em razões extra tributárias, não havendo elementos que revelem que a redução da carga tributária tenha sido o motivo preponderante para a realização das transações da forma como executadas.

Aumento de capital feito por VWFSAG em VWL

Os recursos ingressados no País decorreram de disponibilidades próprias da VWFSAG; não têm por origem a VWAG; foram destinados ao aumento do capital de VWL na forma como fixada pelas regras que disciplinam o investimento externo direto e posteriormente aplicados de acordo com o seu objeto social. Tanto que produziram efeitos na quantificação do limite operacional da VWL dentro do próprio período auditado.

Mesmo que de empréstimo se tratasse, premissa assumida para fins de argumentação, ainda assim seria descabida a desconsideração das ulteriores aquisições de BVW junto à VWAG e incorporação de VWL por sua nova controlada, já que os recursos que teriam sido mutuados teriam sido disponibilizados por VWFSAG, com disponibilidades próprias.

Quanto à aquisição das ações de BVW

Deu-se a valor de mercado porque os objetivos sociais, as conduções dos negócios, diretorias, Conselho Consultivo, Conselho de Administração, ambiente regulatório e concorrencial, patrimônios e apurações de resultados de VWAG e VWFSAG são independentes. Aliás, justamente em função dessa independência, os negócios que sejam realizados entre ambas devem ser praticados em condições de mercado, da mesma forma como realizados com terceiros, conforme preceitua o Princípio Arm's Length. O fato de a VWAG controlar a VWFSAG não faz com que esta não tenha autonomia em suas decisões. A própria CVM já reconheceu a legitimidade do ágio formado em operações entre sociedades ligadas, quando demonstrado que as conduções dos seus negócios são feitas de forma autônoma. Os conceitos da legislação brasileira de sociedades não se equivalem, neste caso, aos previstos na legislação alemã e, por isso, não podem ser adotados para impugnar a legitimidade da aquisição de BVW por VWL, do preço ajustado na operação e do respectivo ágio apurado.

O ágio apurado à época da transação foi regularmente quantificado e espelhado em laudo emitido por sociedade especializada e desvinculada da adquirente e alienante. Os denominados "ajustes potenciais" integram o preço de aquisição, ao contrário do que afirmou a Fiscalização, o que só atesta a livre negociação e regularidade do ágio existente. Tanto que o valor apurado à época acabou se mostrando acertado considerando o relevante crescimento dos negócios, lucratividade e rentabilidade do BVW nos anos posteriores a 2007.

Quanto à incorporação de VWL por BVW

Teve por objetivo integrar as atividades financeiras do grupo Volkswagen em uma só pessoa jurídica operacional, coerentemente com os objetivos declinados na exposição da reestruturação feita ao BACEN antes de se dar início às operações;

Possibilitou, juntamente com outras operações, que o desenho final do braço financeiro grupo Volkswagen no País atendesse ao disposto na Resolução CMN 3.040/01, mediante a existência de uma sociedade holding no País, controlada diretamente por VWFSAG, com o propósito específico de deter participação na sociedade operacional (BVW);

A provisão para a garantia de dividendos foi formada a fim de atender o disposto na Circular BACEN 3.017/00.

Outros argumentos

Outros negócios de compra e venda de participação societária entre empresas do grupo Volkswagen, quando realizadas, deram-se a valor de mercado e as próprias operações impugnadas fizeram com que se abrisse mão de créditos tributários. Estes elementos revelam que as transações não se pautaram no único propósito de formação e amortização ao ágio.

Não há qualquer justificativa para, de um lado, o imaginado mútuo ter sido o verdadeiro negócio, bem como, se assim fosse, explanação, pela Fiscalização, de outro, da forma como as ações de BVW teriam sido transmitidas a VWL. O trabalho fiscal incide em incongruência entre a justificativa imaginada para a desconsideração e a respectiva requalificação efetuada. Tais aspectos demonstram a impropriedade da desconsideração e requalificação feita pela Fiscalização, reforçando o descabimento das autuações.

No mínimo, é descabida a multa de 150%, uma vez que todos os atos foram praticados à luz do dia, não havendo ocultação de nenhum deles que revele o intuito de fraude, até porque foram previamente levados ao conhecimento das Autoridades Monetárias, conforme exige a legislação.

Infração 3

Lançamento em duplicidade de parte da CSLL relativa ao ano calendário de 2008

Em 02.05.2011, o Defendente foi autuado com o intuito de lançar a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido referente aos anos calendário de 2008 e 2009, que foi depositada judicialmente, em razão da divergência encontrada entre os valores depositados e os valores declarados em DCTF.

Esse auto de infração gerou o processo administrativo nº 16327.720484/2011-25, que se encontra atualmente no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aguardando julgamento do Recurso Voluntário.

Desta forma, resta claro que parte da CSLL, ora exigida, já foi lançada, encontra-se depositada judicialmente e é objeto do citado processo administrativo, devendo ser cancelados os valores cobrados em duplicidade.

Descabimento da adição da superveniência de depreciação na base de cálculo da CSLL

Seguindo as normas estabelecidas pelo BACEN, em especial a Circular nº 1.429/89, a Volkswagen Leasing registrava de forma especial, no seu ativo imobilizado, os valores dos bens destinados ao arrendamento mercantil, valores que, em decorrência do próprio uso pelos arrendatários, sofrem influência do fenômeno da depreciação, desgaste ou obsolescência natural.

Esse fenômeno da depreciação, sem sombra de dúvidas, afeta de forma significativa o resultado tributável das pessoas jurídicas dedicadas ao arrendamento de bens ou à atividade de "leasing", das quais o BACEN exige que tenham uma escrituração mais minuciosa, explícita e clara, que demonstre o resultado, levando em consideração o efetivo valor dos ativos, que estão sendo objeto de desgaste a cada dia.

O motivo pelo qual a autoridade monetária determina que a escrituração seja procedida de forma diferenciada está relacionado com a demonstração da liquidez, dos resultados efetivamente auferidos por essas entidades, dados os reflexos, que podem advir para toda a economia nacional, decorrentes de uma crise institucional no campo do crédito, juros e a própria credibilidade das instituições financeiras.

Dentro da competência do BACEN para disciplinar a atividade das entidades financeiras, foi expedida a Circular 1.429, de 20/01/1989, introduzindo diversas modificações no Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional - COSIF, especialmente para alterar a disciplina contida no item 1.11.8 "Imobilizado em Arrendamento".

As alterações pretendidas pelo BACEN visavam (como de fato o fazem efetivamente desde então) que fossem melhor registrados e demonstrados os resultados auferidos pelas empresas dedicadas ao arrendamento mercantil. Isto porque, dada a sazonalidade e características específicas do mercado de bens duráveis ou do próprio mercado de juros, essas pessoas jurídicas exibiam sempre um enorme descompasso entre as contas de registro da depreciação e as contrapartidas pelo arrendamento, o que produzia resultados irreais e fictícios.

Em tendo a CSLL, como base de cálculo, o lucro líquido ajustado, logo, a mesma base do IRPJ, evidencia-se que o intuito do legislador ordinário, ao editar a Lei 7.689/88, foi o de instituir uma contribuição social calcada na capacidade contributiva da pessoa jurídica.

O próprio Supremo Tribunal Federal reconhece a identidade entre a base de cálculo do imposto e da contribuição social em comento, que é o lucro líquido ajustado. Tanto é assim que no julgamento do RE 146.733-9/SP - leading case, acerca da inconstitucionalidade da referida cobrança, um dos fundamentos analisados pela Corte Suprema foi de que a base de cálculo destes dois tributos era idêntica, o que implicaria em bitributação, arguida como inconstitucional pelos contribuintes.

O Parecer Normativo editado pela Coordenação Geral do Sistema de Tributação da Secretaria da Receita Federal - PN/SRF/COSIT 78, de 15/09/1978 há muito já confirma o procedimento adotado em relação à determinação da base de cálculo da CSLL, ora em análise.

O item "II" do Ato Declaratório Normativo CST 34/1987 esclarece que os ajustes, procedidos na contabilidade para atender às normas editadas pelas autoridades monetárias, não podem resultar, por exemplo, na dedutibilidade de determinado valor que a legislação determina ser irrelevante para fins de apuração

do resultado, alterar conceitos da legislação tributária, o alcance desses dispositivos, etc.

A persistir o entendimento adotado no lançamento tributário, acerca da impossibilidade de exclusão dos valores apurados a título de "Superveniência de Depreciações", estar-se-á perseguindo a cobrança de tributo sobre base de cálculo distorcida, uma "não-renda" - o que importa em tributação do próprio patrimônio da pessoa jurídica, ao total arrepio da sua capacidade contributiva.

Inaplicabilidade da multa de ofício sobre a parcela depositada judicialmente

Mesmo que por absurdo fosse considerada procedente a exigência fiscal, o que se aceita apenas a título de argumentação, deve, no mínimo, ser cancelada a parcela de "superveniência de depreciação" depositada judicialmente pelo Defendente, nos termos do artigo 63 da Lei 9.439/96.

O montante depositado é integrado, dentre outras importâncias, por valores decorrentes da "superveniência de depreciação" de que ora se trata, conforme se verifica do demonstrativo anexo (doc. 37). Sendo assim, inobstante todo o exposto anteriormente, é inaplicável a multa de ofício sobre a parcela em questão, em vista do quanto dispõe o artigo 63 da Lei 9.430/96, devendo, ao menos, ser cancelada parcialmente a multa de ofício.

Impossibilidade de cobrança de juros sobre a multa

Por fim, mesmo que as exigências fiscais fossem cabíveis, o que se aceita a título de argumentação, não se pode admitir a incidência de juros moratórios sobre o valor da multa de ofício, pois, a penalidade não tem natureza de "capital" passível de gerar rendimentos, tais como juros, bem como, em razão tal incidência ter sido prevista em norma secundária e não primária.

Não há previsão legal para a incidência de juros sobre multa, ora denunciada, pois, o § 3º do artigo 61 da Lei 9.430/96 determina que: "Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento".

É o relatório.”

A decisão de primeira instância, representada no Acórdão da DRJ nº 16-46.155 (fls. xxx-xxx) de 29/04/2013, por unanimidade de votos, considerou procedente o lançamento. A decisão foi assim ementada.

“Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Data do fato gerador: 31/12/2008, 31/12/2009, 31/12/2010

APARTAMENTO DO PROCESSO. DESCABIMENTO. Serão objeto de um único processo administrativo as exigências de crédito tributário do mesmo sujeito passivo, formalizadas com base nos mesmos elementos de prova.

COMPETÊNCIA DA RECEITA FEDERAL. À Secretaria da Receita Federal do Brasil compete interpretar e aplicar a legislação tributária.

AUTONOMIA ENTRE EMPRESAS DO GRUPO. FALTA DE COMPROVAÇÃO. Os elementos constantes dos autos demonstram a subordinação jurídica e econômica entre as empresas do grupo.

VALOR DE MERCADO. PROVA. As provas coligidas aos autos não são suficientes para demonstrar que o preço praticado na operação seria o mesmo acordado entre partes não relacionadas, envolvidas nas mesmas transações ou em transações similares, nas mesmas condições ou em condições semelhantes, no mercado aberto.

SEQUÊNCIA DE OPERAÇÕES. FALTA DE PROPÓSITO NEGOCIAL. O conjunto dos elementos de prova dos autos indicam que as operações societárias não possuem propósito comercial e foram estruturadas com o objetivo de obter vantagens tributárias.

MULTA QUALIFICADA. CABIMENTO. Comprovada a intenção de violação da norma fiscal com a finalidade de escapar do pagamento do imposto devido é cabível a imposição da multa qualificada.

LANÇAMENTO EM DUPLICIDADE. Não comprovada a duplicidade de lançamento deve ser mantida a exigência.

SUPERVENIÊNCIA DE DEPRECIAÇÃO. BASE DE CÁLCULO DA CSLL. É indevida a exclusão das superveniências de depreciação por falta de previsão legal.

JUROS DE MORA. MULTA DE OFÍCIO. Os juros de mora são devidos sobre os tributos e a multa de ofício desde o seu lançamento.”

Contra a aludida decisão, da qual foi cientificada em 09/05/2013 (A.R. de fl. 2.453) a interessada interpôs recurso voluntário em 10/06/2013 (fls. 2.456-2.529) onde repisa os argumentos apresentados em sua impugnação.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Frederico Augusto Gomes de Alencar

O recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal. Dele, portanto, tomo conhecimento.

Do pedido de apartamento do processo

Aduz a recorrente que, em razão de os temas objeto da autuação serem independentes, o processo deveria ser desmembrado.

Com a devida vênia, considero que não houve descumprimento das normas que tratam da matéria, a saber: o art. 9º, § 1º, do Decreto 70.235/72 e a Portaria RFB 666/08.

Tais dispositivos têm a seguinte redação:

Decreto 70.235/72

“Art. 9º A exigência do crédito tributário e a aplicação de penalidade isolada serão formalizados em autos de infração ou notificações de lançamento, distintos para cada tributo ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito.(Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 1º Os autos de infração e as notificações de lançamento de que trata o caput deste artigo, formalizados em relação ao mesmo sujeito passivo, podem ser objeto de um único processo, quando a comprovação dos ilícitos depender dos mesmos elementos de prova. (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)”

Portaria RFB 666/08

“Art. 1º Serão objeto de um único processo administrativo:

I - as exigências de crédito tributário do mesmo sujeito passivo, formalizadas com base nos mesmos elementos de prova, referentes:

a) ao Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e aos lançamentos dele decorrentes relativos à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), ao Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF), à Contribuição para o PIS/Pasep ou à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins);

b) à Contribuição para o PIS/Pasep e à Cofins, que não sejam decorrentes do IRPJ;

c) à Contribuição para o PIS/Pasep e à Cofins devidas na importação de bens ou serviços;

d) ao IRPJ e à CSLL; ou

e) às Contribuições Previdenciárias da empresa, dos segurados e para outras entidades e fundos; ou (Redação dada pela Portaria RFB nº 2.324, de 3 de dezembro de 2010) (Vide art. 2º da P RFB nº 2.324/2010)

f) ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples); (Incluída pela Portaria RFB nº 2.324, de 3 de dezembro de 2010) (Vide art. 2º da P RFB nº 2.324/2010)''

Na realidade, no presente feito são utilizados, como elementos de prova para ambas as infrações, as declarações de rendimentos e a escrituração contábil e fiscal relativas a um mesmo ano calendário, no caso o ano de 2008. A existência de outros elementos de prova específicos para cada infração não impede a formalização dos autos em um único processo.

Dessa forma, o pedido preliminar de apartamento do processo deve ser rejeitado.

Da competência da Secretaria da Receita Federal para analisar os efeitos tributários dos ingressos e saídas de recursos do país

Alega a recorrente que a Secretaria da Receita Federal seria incompetente para definir a classificação e o modo de declaração dos ingressos e saídas de recursos do país, bem como para afastar os efeitos da incorporação de instituições financeiras. Tais atribuições, no entender da recorrente, seriam da alçada do Conselho Monetário Nacional e do BACEN.

Com efeito, discordo da posição da recorrente também quanto a esse ponto.

A competência da Secretaria da Receita Federal está definida no art. 15 do Decreto nº 7.482/2011, *in verbis*:

Art. 15. À Secretaria da Receita Federal do Brasil compete:

(...)

III - interpretar e aplicar a legislação tributária, aduaneira, de custeio previdenciário e correlata, editando os atos normativos e as instruções necessárias à sua execução;

(...)

VIII - planejar, dirigir, supervisionar, orientar, coordenar e executar os serviços de fiscalização, lançamento, cobrança, arrecadação e controle dos tributos e demais receitas da União sob sua administração;''

Analisando os elementos contidos no processo, em especial o Termo de Verificação Fiscal, constata-se que a fiscalização seguiu os seguintes passos: i) contextualizou o procedimento fiscal (item 1 – introdução); ii) descreveu os fatos (item 2 – descrição dos fatos); iii) interpretou a legislação (item 3 – do direito aplicado); iv) aplicou a legislação e

descreveu minuciosamente as infrações identificadas (itens 4, 5, 6 e 7); v) quantificou a base de cálculo e deu esclarecimentos sobre o lançamento (item 8).

De fato, o trabalho fiscal se resumiu à interpretação dos fatos à luz da legislação tributária, conforme demonstra trecho a seguir reproduzido com as conclusões específicas sobre o ágio (fls. 1082/1083):

“Fica claro que para o contribuinte poder usufruir desse benefício fiscal deve existir uma negociação, um custo de aquisição, com um comprador que efetivamente pague por uma participação societária com ágio. Para isso o ágio deve ter efetividade e legitimidade, o que não é o caso do ágio de si mesmo amortizado pelo BVW.

(...)

Não existe razão extra-tributária para tal reorganização societária, que teve como único objetivo a criação do ágio a ser deduzido indevidamente.

O ágio artificialmente criado foi utilizado irregularmente como benefício fiscal pelo BVW, que reduziu e deixou de pagar imposto de renda e contribuição social nos anos-calendário de 2008 a 2010. A economia obtida em tributos foi usufruída pelo BVW e conseqüentemente pela sua acionista controladora de fato, a VWAG.

O ágio aceito pela contabilidade deve decorrer da alienação de controle realizada entre partes independentes e em igualdade de condições negociais. E este não é o caso do ágio em questão, pois nenhuma das partes envolvidas eram independentes – ambas pertenciam ao mesmo grupo econômico -, nem houve alienação”.

Como se percebe, a fiscalização não apreciou questões relativas à aplicação da legislação sobre controle de capitais estrangeiros ou sobre operações de câmbio. Tampouco o fisco questionou a autorização dada pelo BACEN para a realização das operações societárias. A descon sideração das operações foram efetuadas apenas para fins fiscais.

Nesse ponto, bem andou a decisão recorrida. Veja-se a transcrição do voto daquele aresto, no que interessa:

É equivocado falar-se em “competência para qualificar negócios praticados”. A competência não é para qualificar atos, mas para praticar atos com base em um sistema normativo determinado.

No Direito Administrativo, competência é a aptidão de uma autoridade pública para a efetivação de certos atos.

As esferas de competência do Conselho Monetário Nacional, Banco Central do Brasil e da Secretaria da Receita Federal são distintas e bem delimitadas, podendo um mesmo fato ser infração tributária mas não configurar ilícito cambial ou à legislação que regula a entrada e saída de recursos do país, a título de investimento externo.

O escopo das autoridades monetárias ao analisar as operações societárias das instituições financeiras é, grosso modo, zelar pela saúde do sistema financeiro. A regularidade da operação perante as normas que estão na esfera de sua competência não implica a inexistência de ilícito na esfera fiscal.

A Secretaria da Receita Federal aprecia os fatos e as normas relativas à legislação dos tributos e demais receitas sob sua administração, exercendo a fiscalização e aplicando as penalidades nelas previstas.

Conclui-se, pois, que a autoridade fiscal exerceu a competência que lhe é atribuída pela legislação, não se identificando em sua atuação qualquer incoerência com atos de outros órgãos da Administração Federal, uma vez que as normas aplicadas ao mesmo fato são de naturezas distintas.

Quanto a esse ponto, não vislumbro máculas no lançamento.

Do mérito

Da indedutibilidade do ágio

Divergem a fiscalização e a recorrente quanto à relação existente entre as pessoas jurídicas que compõem o Grupo Volkswagen. Afirma o fisco que as sociedades são vinculadas entre si, sendo todas subordinadas, em última instância, à VWAG, com sede na Alemanha. A recorrente, por sua vez, sustenta que a VWAG e VWFSAG são sociedades autônomas, que desenvolvem atividades econômicas em setores distintos, havendo independência de fato entre elas.

A defendente anexou os seguintes elementos de prova para demonstrar que os negócios efetuados entre a VWAG e a VWFSAG são autônomos:

- Regulamentação das instituições financeiras na Alemanha (doc. 22) – comprovação da condição de holding financeira da VWFSAG.
- Licença para a VWFSAG conferida pelo BAFIN (doc. 23).
- Demonstração da exigência de que os administradores das instituições financeiras tenham conhecimentos técnicos específicos e de patrimônio próprio dos grupos financeiros (doc. 22).

Sob a ótica da recorrente, a independência é demonstrada pelos seguintes fatores:

- i) os membros do órgão de VWAG não são os mesmos que têm assento no órgão equivalente de VWFSAG;
- ii) tanto o relatório financeiro de VWAG quanto o de VWFSAG, indicam de forma isolada as demonstrações das divisões automotivas e financeiras;
- iii) como instituição financeira sujeita às regras do BAFIN, a VWFSAG se sujeita a regras distintas em relação à, dentre outros, estrutura de capital, índices de liquidez, em comparação à VWAG, atuante em ramo absolutamente distinto;

- iv) fluxos de caixa e disponibilidades de capital independentes;
- v) os ganhos e as perdas nas operações são apresentados tanto de forma consolidada, quanto de maneira isolada entre operações automotivas e financeiras nos relatórios financeiros de VWAG e VWFSAG, a fim de se conhecer como foi o retorno de cada segmento no exercício examinado;
- vi) taxas de custo dos capitais aplicados e retorno dos investimentos independentes;
- vii) Riscos de mercado independentes.

De outro lado, conforme relatado na decisão recorrida, a fiscalização investigou as relações de coligação e controle existentes entre as diferentes pessoas jurídicas do grupo, comprovando a existência de controle jurídico da VWFSAG pela VWAG, por ocasião da resposta ao item 4 do Termo de Intimação Fiscal nº 3 (fls. 1.051).

De fato, do relatório de fls. 1.292/1.597 fica claro que existe uma única direção econômica, que é responsável pela estratégia global do grupo. Veja-se o trecho a seguir reproduzido:

“The Supervisory Board was consulted directly with regard to all decisions of fundamental significance to Volkswagen. Current strategic considerations were discussed with the Board of Management at regular intervals.

The Board of Management provided the Supervisory Board with regular, complete and prompt verbal and written reports on all key issues for the Volkswagen Group relating to planning, the development of business, the position of the Group including the risk situation and risk management, and current matters“

Tradução:

O bureau de supervisão (Supervisory Board) foi consultado diretamente com relação a todas as decisões de importância fundamental para a Volkswagen. As considerações estratégicas correntes foram discutidas com o bureau de gerência em intervalos regulares.

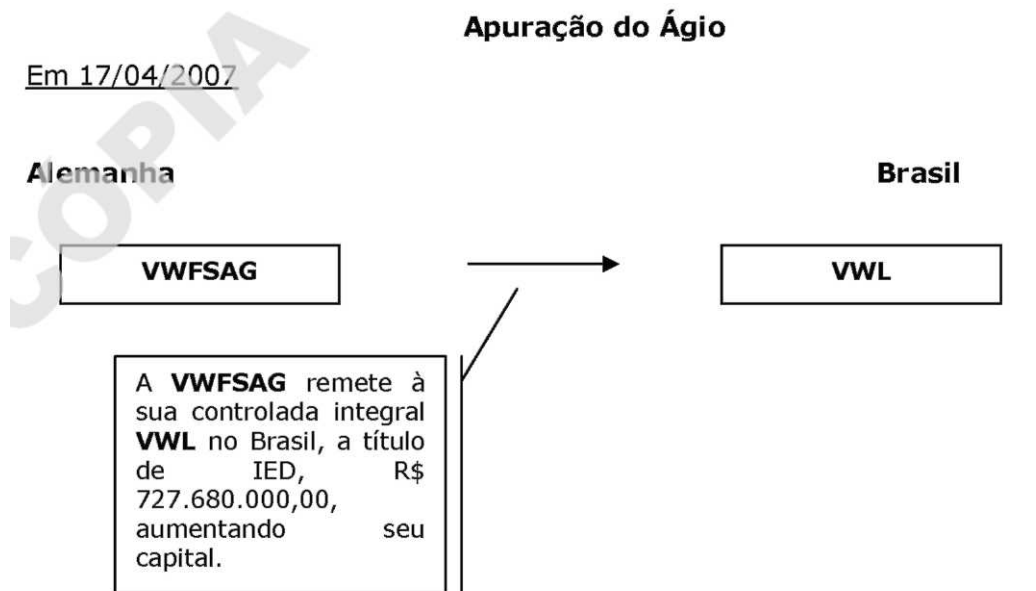
O bureau de gerência forneceu prontamente ao bureau de supervisão relatórios verbais e por escrito, de forma regular e completa, sobre todos os principais assuntos do grupo Volkswagen, relações para planejamento, desenvolvimento de negócios, a posição do grupo, incluindo situação e gerenciamento de risco e assuntos correntes.

Como se constata, a existência do “Supervisory Board” revela claramente a direção econômica única, inclusive quanto à avaliação dos riscos de mercado. As decisões estratégicas de cada divisão ou marca do grupo subordinam-se à visão estratégica global do “Supervisory Board”.

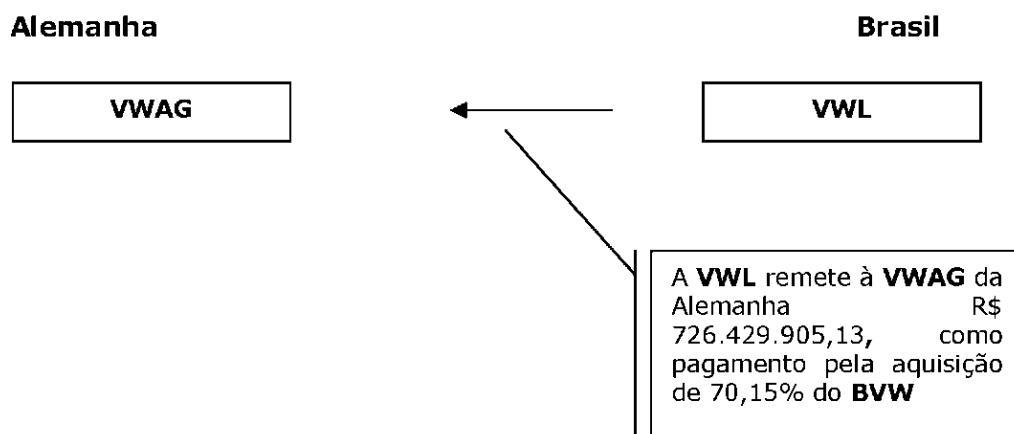
Ademais, a conclusão de que o controle do BVW nunca mudou foi baseada no fato de que, independentemente da estratégia de segregação administrativa e

patrimonial entre o setor automotivo e o financeiro do grupo, as operações que deram origem ao ágio contestado foram realizadas entre sociedades subordinadas, direta ou indiretamente, ao controle jurídico e econômico da VWAG, com sede na Alemanha.

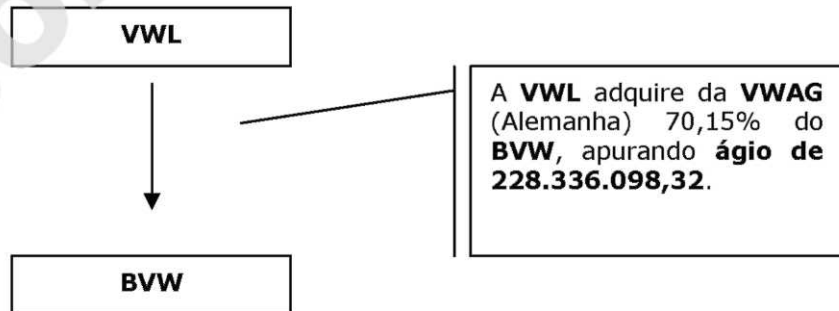
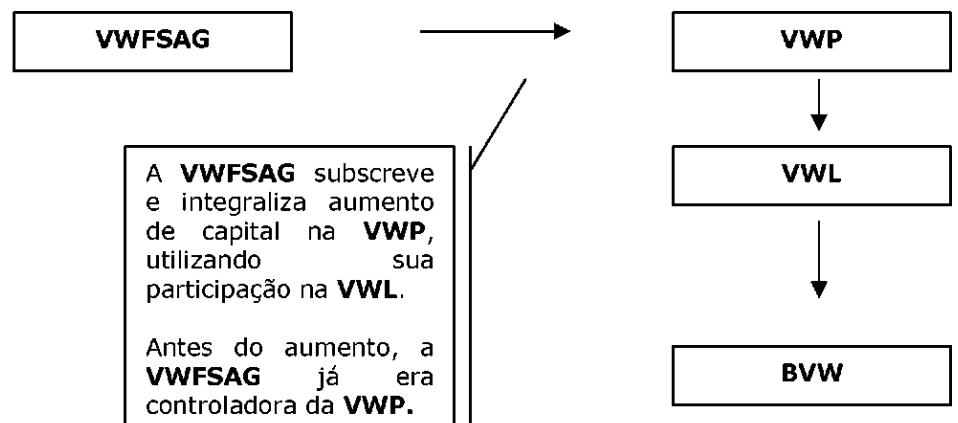
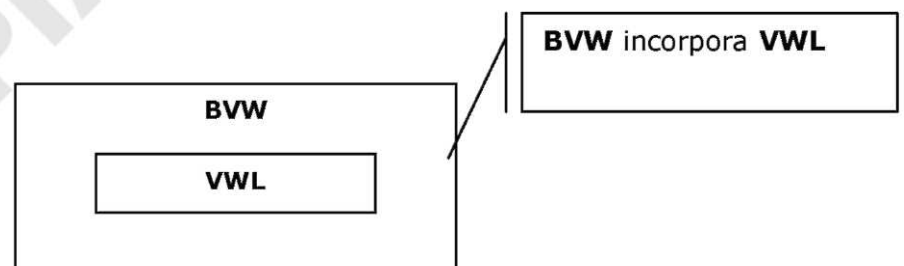
Nessa esteira, sirvo-me, com a devida vênia, dos diagramas esclarecedores elaborados pela d.PFN nas contra-razões apresentadas às fls. 2.537/2.578:



Em 02/05/2007 (14 dias após o ingresso dos recursos)



A fiscalização constatou, fl. 6 do TVF, que *os recursos financeiros externos oriundos da Alemanha aportados pela VWFSAG na VWL em 18 de abril de 2007 foram, no curto espaço de 14 (quatorze) dias, repatriados à mesma Alemanha, desta vez em favor da VWAG. Acrescente-se que a VWAG é controladora da VWFSAG.*

Em 17/04/2007**Brasil****Aproveitamento de Ágio**Em 23/10/2007**Alemanha****Brasil**Em 29/02/2008

A partir de então, ou seja, após a incorporação às avessas da VWL pelo BVW, o BVW passa a amortizar o ágio de si mesmo, apurado com fundamento em sua própria rentabilidade futura na operação de 17/04/2007, quando a VWL adquiriu da VWAG (Alemanha) 70,15% do BVW e apurou ágio de 228.336.098,32.

A recorrente, por seu turno, afirma que a aquisição da participação societária do BVW pela VWL foi praticada a preço de mercado com base em dois elementos: i) a obrigatoriedade de aplicação das normas contábeis internacionais (IASB 3 e IAS 24), que determinam que os negócios entre controladora e controlada devem ser praticados em condições de mercado; ii) a existência de laudo regularmente elaborado para a quantificação do ágio e do valor apurado.

Quanto ao item (i), tenho que a fiscalização demonstrou a vinculação jurídica e econômica entre as empresas, não havendo qualquer indício de que a transação tenha sido realizada entre partes não relacionadas ou de que haveria razões extra-tributárias para a reorganização societária.

A conclusão da fiscalização foi baseada na seguinte argumentação:

- As sociedades são vinculadas entre si, todas subordinadas em última instância à VWAG, com sede na Alemanha.
- Os recursos financeiros utilizados no aumento de capital apenas transitaram pelo Brasil (14 dias), sendo aportados pela VWSAG e destinados à VWAG, todas interligadas entre si e componentes do Grupo Volkswagen sob a liderança da própria VWAG.
- Efetuou-se pagamento simulado pelas ações do BVW: ao invés de incorporá-las pelo valor patrimonial, a VWL recebeu as ações de emissão do BVW por um valor baseado em rentabilidade futura, originário de relatório encomendado pelo Grupo Volkswagen, registrando assim um ágio, ágio este simuladamente pago, um ágio de papel.
- Ao contrário do afirmado de que a avaliação do BVW levou em consideração apenas a projeção de seus próprios resultados futuros, o laudo menciona que para suportar esta projeção são considerados em conjunto os patrimônios do BVW e da VWL, uma vez que o BVW sozinho não possuía patrimônio suficiente para atender os requisitos do Acordo de Basiléia I.
- No presente caso, não houve negociação, nem compra, nem venda. Não houve investidor com interesse de realizar uma análise mais ampla, muito pelo contrário o interesse sobre o relatório encomendado pelo Grupo Volkswagen era do próprio Grupo. Não houve custo de aquisição, portanto o ágio de si mesmo amortizado pelo BVW é um ágio artificial, sem efeito fiscal.
- O investimento representado pelo aumento de capital se extinguiu em prazo inferior a um ano, sendo que o fundamento econômico pretendido – aumento patrimonial de empresa situada no Brasil - demonstrou-se insubsistente.
- Quando analisado o conjunto dos atos, identificamos que o controle acionário do BVW nunca mudou. A posição acionária do BVW em 13 de dezembro de 2005 já conferia à VWAG a totalidade do seu controle. O controle societário da quase totalidade do BVW nunca deixou de pertencer, direta ou indiretamente à VWAG.

- A VWL já estava operacionalmente unificada com o BVW, partilhando do mesmo endereço, do mesmo corpo diretivo - senhores Marcel Emile Fickers (Diretor) e Décio Carbonari de Almeida (Diretor Presidente), conforme fichas cadastrais da JUCESP, dos serviços de pessoal prestados pela Volkswagen Serviços - ambas sociedades declararam "zero" empregados no ano calendário 2007 nas respectivas DIPJ e até mesmo dos respectivos patrimônios para o estabelecimento de limites operacionais, conforme observado em Laudo de Avaliação do BVW de lavra da KPMG.
- O total dos valores expurgados do patrimônio líquido da VWL quando de sua incorporação em 29 de fevereiro de 2008 - R\$ 729.775.123,98 relativos ao somatório do ágio a amortizar mais o saldo contábil do investimento da VWL no BVW acima indicados - equivalem ao valor do aumento de capital da própria VWL, R\$ 727.680.000,00 realizado em 17 de abril de 2007.

Nesse sentido, cabível aqui trazer a análise da d.PFN em suas contra-razões, que peço vênha para transcrever.

Mostra-se, assim, a necessidade de o ágio ou deságio auferido por uma empresa com a aquisição de uma participação societária ter como origem um propósito econômico real, assim como um efetivo substrato econômico. A presença concomitante desses dois requisitos é imprescindível ao reconhecimento da existência dessa figura econômica e contábil. **A aquisição de um investimento por meio de mera escrituração artificial, sem a sua real materialização no mundo econômico, não é hábil a gerar ágio ou deságio.**

Não se deve concluir, de forma alguma, que houve efetivo pagamento do ágio em razão da remessa de recursos da Alemanha para o Brasil em 17/04/2007, quando a VWFSAG remeteu à sua controlada integral VWL no Brasil, a título de IED, R\$ 727.680.000,00, aumentando seu capital, quando tais recursos foram utilizados para aquisição do BVW pela VWL.

A análise mais ampla nos revela que os referidos recursos, recebidos a título de Investimento Estrangeiro Direto - IED, aspecto que encerra em si um caráter duradouro, não especulativo, do investimento, tais recursos retornaram à Alemanha 14 dias depois.

Com efeito a VWL remeteu à VWAG da Alemanha R\$ 726.429.905,13, como pagamento pela aquisição de 70,15% do BVW em 02/05/2007.

Não houve efetivo pagamento de ágio. O que houve, ilustrativamente, foi a "retirada do dinheiro de um bolso para o outro". Isto porque, VWFSAG é controlada pela VWAG, sendo certo que os recursos remetidos apenas circularam pelo Brasil (por 14 dias), retornando imediatamente à Alemanha, ao "outro bolso" do investidor, para a VWAG.

...

Assim, a questão posta nos presentes autos é a seguinte: **um ágio criado internamente é hábil a gerar uma despesa dedutível nos termos do artigo 386 do RIR/99?** A resposta é óbvia: não!!!

Como já delineado acima, o artigo 386 do RIR/99 dispõe que o ágio **criado com supedâneo na previsão de rentabilidade futura de uma empresa** poderá gerar despesa dedutível na apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL. O

propósito negocial que justifica a criação do ágio deve ser a previsão de ganho calculada pelo adquirente da participação societária.

Outrossim, mesmo que se considere como válido o propósito negocial eleito pela Recorrente e se reconheça como oriundo de transações entre partes independentes, destaca-se que o registro que originou a criação do ágio fora cancelado com a posterior incorporação de uma empresa pela outra.

Com efeito, é notório que uma sociedade não pode ser sócia dela mesma. Não pode uma empresa deter em seu ativo participação societária própria. O capital social de uma sociedade, do qual cada sócio tem participação, faz parte do patrimônio líquido da empresa e visa a permitir a persecução do seu objeto social.

Por essa razão, quando o **BVW** incorporou a **VWL**, tal investimento, traduzido em ações da próprio **BVW**, **teve que ser cancelado, pois ela não poderia ter, após a incorporação, participação societária de si mesmo.** O registro do valor de mercado do **BVW** nos livros da **VWL**, assim, acabou sendo cancelado.

Como já salientado, essa é a consequência normal quando uma empresa incorpora outra na qual detenha participação societária, daí porque o artigo 386 do RIR/99 (artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997) autoriza, em condições onde o ágio ou deságio foi criado verdadeiramente, a amortização dessa diferença na conta de resultado da incorporadora. Como a incorporadora perde o investimento realizado pela incorporada, ameniza-se o prejuízo admitindo a dedução da sua aquisição na conta de resultado da empresa.

Assim, tendo por base que a incorporação da **VWL** pelo **BVW** sempre foi o objetivo final da reorganização empresarial realizada pelo **Grupo Volkswagen**, com vistas a viabilizar o aproveitamento do ágio pelo **BVW**, e que tal junção importaria inevitavelmente o cancelamento de qualquer investimento recíproco que fosse feito entre as empresas (**VWL** e **BVW**), tem-se que **a integralização, pela **VWFSAG**, do aumento de capital da **VWP** com ações da **VWL**, que detinha participação no **BVW** avaliada com ágio, se mostrou uma medida totalmente inócua. Como tal investimento seria obrigatoriamente cancelado com a incorporação, o valor de mercado das ações do **BVW** seria cancelado, restando à empresa resultante da reorganização somente o direito à amortização do ágio criado de forma artificial.**

Como resultado líquido da estruturação empresarial adotada, tem-se somente como efeito tributário o direito à amortização do ágio pela empresa resultante.

O propósito negocial que deu origem ao ágio era a sua própria criação, um fim em si mesmo.

O ágio criado com a engenharia societária não teve, assim, qualquer propósito negocial, sua finalidade foi estritamente tributária: reduzir a base de cálculo do IRPJ e da CSLL a ser paga pelo **BVW** após a incorporação da empresa **VWL**.

Em que pese a criação do ágio ter-se pautado na rentabilidade futura do **BVW**, quando de sua aquisição junto à **VWAG** (Alemanha), o intuito não era auferir essa rentabilidade, mas sim deduzir a sua amortização na apuração do lucro real da empresa resultante da incorporação **(o próprio BVW)**.

Além de não ter qualquer propósito negocial, **o ágio contabilizado com a aquisição do BVW pela VWL também não apresenta substrato econômico que justifique o seu surgimento.**

As remessas sucessivas e imediatas de recurso da/para a Alemanha revelam que **o investimento que deu origem ao ágio não refletiu nenhum gasto efetuado pela adquirente do investimento e/ou nenhum ganho auferido pela VWAG (alienante).** Mesmo tendo havido, *no papel*, a aquisição do investimento que deu origem ao ágio, o qual foi supostamente pago com recursos da VWL, oriundo de aumento de capital integralizado pela VWFSAG, **não houve ingresso de recursos novos**, de terceiros independentes. Houve mera circulação de valores de e entre pessoas ligadas.

Caso não se entenda que o negócio foi realizado consigo mesmo, deve-se atentar que, da mesma forma que a posterior incorporação afastou o propósito negocial que deu ensejo ao ágio criado, ela também afastou o seu substrato econômico. Como já ressaltado, **as quotas que a VWP emitiu em razão de seu aumento de capital, integralizadas pela VWFSAG com sua participação na VWL, que detinha participação no BVW avaliada com ágio, foram canceladas com a incorporação da VWL pelo BVW, que não poderia deter participação societária sobre ela mesma.**

Como afirmamos acima, os recursos remetidos, que supostamente pagaram pelo ágio, apenas circularam pelo Brasil (por 14 dias), retornando imediatamente à Alemanha, ao "outro bolso" do investidor (VWAG), **não há que se falar em pagamento (financeiro ou patrimonial) e ganho (financeiro ou patrimonial) que suportasse o custo de aquisição do ágio.**

Ademais, caso se considere que houve efetivo ganho e gasto, estar-se-á diante da esdrúxula hipótese de se admitir que o BVW contabilize ágio e reserva de ágio surgido em função da alienação de sua própria participação societária a outra empresa. Em outros termos, **considerar-se-á possível que uma empresa seja ao mesmo tempo alienante de sua participação societária e, em decorrência dessa alienação, responsável pelo pagamento do sobrepreço por ela mesma estipulado.** Quem deve arcar com o ágio é o adquirente do investimento, nunca o alienante.

Não apresentando propósito negocial e substrato econômico ao seu surgimento, **o ágio ora em discussão não existiu**, tendo sido criado somente *no papel*. **Não existindo de fato, tal ágio, portanto, não é válido e nem eficaz para ser amortizado na conta de resultado da Recorrente,** seja pelos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 (385 e 386 do RIR/99), seja por qualquer outra norma que autoriza tal dedutibilidade.

Nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, somente é amortizável na apuração da conta de resultado de uma empresa o ágio efetivamente decorrente da aquisição de uma pessoa jurídica por outra, por incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio. O caso dos presentes autos não se submete a essa norma uma vez que **o ágio absorvido pela incorporadora não existiu, pois fora criado somente de forma artificial.** Materialmente ele nunca ocorreu. Ora, se nunca houve ágio decorrente da aquisição de investimento (segundo o artigo 385 do RIR/99), não há que se falar em sua amortização no resultado da empresa que o absorveu por incorporação. **Se ele nunca existiu, ele não pode ser utilizado.**

Outrossim, compulsando a Exposição de Motivos da Lei nº 9.532/1997, observa-se que a elaboração dos artigos 7º e 8º procurou justamente impedir a criação do ágio artificial, ou seja, a realização de um negócio fictício exclusivamente para fazer surgir tal benefício fiscal, senão vejamos:

O art. 8º estabelece o tratamento tributário do ágio ou deságio decorrente da aquisição, por uma pessoa jurídica, de participação societária no capital de outra, avaliada pelo método da equivalência patrimonial.

Atualmente, pela inexistência de regulamentação legal relativa a esse assunto, diversas empresas utilizando dos já referidos "planejamentos tributários", vêm utilizando o expediente de adquirir empresas deficitárias, pagando ágio pela participação, com a finalidade única de gerar ganhos de natureza tributária mediante o expediente, nada ortodoxo, de incorporação da empresa lucrativa pela deficitária.

*Com as normas previstas no Projeto, esses procedimentos não deixarão de acontecer, mas, com certeza, **ficarão restritos às hipóteses de casos reais, tendo em visto o desaparecimento de toda vantagem de natureza fiscal que possa incentivar a sua adoção exclusivamente por esse motivo. (grifo nosso)***

Vê-se, assim, que a *mens legis* dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 foi de repudiar ações como a praticada pela Recorrente junto com o seu grupo econômico. O artigo 386 do RIR/99, o qual repete o conteúdo das referidas disposições legais, autoriza a concessão do benefício fiscal de amortização do ágio na conta de resultados nos casos em que **essa diferença econômica realmente exista. O ágio ou deságio criado por meio de negócios sem fins econômicos e/ou onde não houve o efetivo dispêndio do preço de aquisição do investimento não deve dar ensejo ao benefício previsto nos multicitados artigos.**

Além de não ser dedutível nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, o ágio utilizado pela Recorrente não é passível de integrar a conta de resultado por nenhum outro dispositivo que autoriza a dedutibilidade de despesas na base de cálculo do IRPJ e da CSLL. **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.**

..."

Repiso que, diferentemente das alegações veiculadas no recurso voluntário, não há nos autos qualquer indício de independência das partes que poderiam suscitar autonomia de vontade das sociedades envolvidas. Afirma-se isso ante a reiteração, pela recorrente, das razões de julgado da CVM no caso Mahle Metal Leve, que reconheceu o aproveitamento de ágio em operação envolvendo sociedades submetidas a controle comum.

A Decisão da DRJ transcreveu na íntegra a decisão da CVM naquele caso (Processo Administrativo nº RJ 2010/16665). É curioso notar que o reconhecimento do aproveitamento do ágio se deu justamente pela comprovação, naquele caso, de autonomia na vontade das partes, como se verifica nas seguintes passagens:

[...]Mahle Metal Leve S.A., também controlada de Mahle Industriebeteiligungen, companhia aberta com aproximadamente 17% de seu capital

pertencente a minoritários compostos, basicamente, por três fundos independentes entre si e todos totalmente independentes desse grupo econômico liderado pela Mahle Industriebeteiligungen, adquiriu o capital total de Mahle Participações, para incorporá-la. Na essência, comprou Mahle Motores.

[...]

Ademais, esta decisão somente aplica-se ao caso concreto onde não restaram dúvidas de que a transação se deu sem a participação dos acionistas controladores que se abstiveram de votar. Demais casos devem ser analisados tendo em vista as suas características específicas.

Como visto, tal circunstância de independência das partes não é compartilhada com o caso concreto em discussão nos autos.

Corroborando esse entendimento, a Comissão de Valores Mobiliários - CVM - emitiu o Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007, *in fine*. Nesse documento, a CVM, ao esclarecer dúvidas sobre a aplicação das Normas Gerais de Contabilidade, chama atenção para os casos, como o da presente lide, onde o ágio é criado artificialmente; onde, indevidamente, empresas de um mesmo grupo econômico geram ágio sem que haja o dispêndio de efetiva despesa (financeira ou patrimonial).

OFÍCIO-CIRCULAR/CVM/SNC/SEP nº 01/2007 Rio de Janeiro, 14 de fevereiro de 2007 Aos Senhores Diretores de Relações com Investidores e Auditores Independentes

ASSUNTO: Orientação sobre Normas Contábeis pelas Companhias Abertas

Prezados Senhores,

Os Ofícios-Circulares emitidos pela área técnica da CVM têm 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 às 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), José Augusto Marques (UFRJ) e Natan Szuster (UFRJ) e, agora, do Comitê de Pronunciamentos Contábeis - CPC, recentemente instalado. --- omissis --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. **(grifo nosso)**

Ainda nesse sentido, registra-se o item 50 da Orientação Técnica OCPC 02/2008 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis:

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

O ágio, dessa forma, deve sempre decorrer da efetiva aquisição de um investimento oriundo de um negócio comutativo, onde as partes contratantes, independentes entre si e ocupando posições opostas, tenham interesse em assumir direitos e deveres proporcionais. À guisa de exemplo, se em um negócio o alienante pede pelo seu bem ou direito, determinado sobrepreço, essa *mais valia* a ser paga pelo adquirente deve ser justificada pela expectativa de algum ganho. Se não há previsão de ganho, não há porque existir ágio.

Por fim, entendo que a discussão relativa à validade do laudo perde relevância diante do fato de que não existiu intervenção de terceiro, com interesse econômico independente do grupo, “livres de pressões ou outros interesses que não a essência da transação”, nas palavras da CVM.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso quanto a esse ponto.

Da multa qualificada

A fiscalização assim motivou a imposição da multa prevista no art. 44, § 1º, da Lei nº 9.430/1996:

“Pelos motivos expostos, em decorrência da desqualificação da operação de compra e venda de ações com apuração de ágio pelos motivos acima expostos e dos atos a este evento ligados, ficou caracterizada também a ação dolosa da operação recebimento e transferência de recursos com o exterior, pois sem propósito negocial, sem motivação extra-tributária, também esta etapa em conjunto com as demais levou a uma única finalidade: diminuição ou não pagamento de tributos, no caso do IRPJ, CSLL e IOF devidos pela VWL e pelo BVW.”

Como visto, a conduta da contribuinte, implicou na dedução indevida da base de cálculo do IRPJ e da CSLL dos valores decorrentes de operações irreais, que não se enquadram na hipótese legal prevista pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997. Tal dedução indevida acarretou falta de recolhimento de tributo.

O art. 44, I, da Lei nº 9.430/1996 disciplina as sanções que devem ser aplicadas no caso de falta de recolhimento do tributo:

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

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

(...)

1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.”

Por sua vez, os arts. 72 da Lei nº 4.502/1964, utilizado pela fiscalização para a imposição da multa qualificada, assim dispõe:

“ Art . 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do impôsto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.”

Quanto ao conteúdo do prescrito no art. 72 da Lei nº 4.502/1964, cabe ressaltar que , nos termos da mensagem nº 496-64, do Poder Executivo, que apresentou ao Congresso Nacional, o anteprojeto da Lei nº 4.502/1964, uma das medidas de aperfeiçoamento do sistema de controle e cobrança do imposto sobre consumo foi a reformulação do sistema de penalidades, um sistema de natureza tributária, e não penal, *in verbis*:

“Dentre as medidas de aperfeiçoamento, sobressaem-se, além da mencionada adaptação da Tabela de especificação dos produtos à Nomenclatura Aduaneira de Bruxelas, completando a reforma iniciada em 1958:

(...)

5) a que reformula o sistema de penalidades, sua aplicação e graduação, levando em conta a situação econômica do infrator;”

No sistema da Lei nº 4.502/1964 havia várias circunstâncias atenuantes e agravantes que deveriam ser levadas em consideração pela autoridade administrativa:

“Da Aplicação e Graduação das Penalidades

Art . 67. Compete à autoridade julgadora, atendendo aos antecedentes do infrator, aos motivos determinantes da infração e à gravidade de suas conseqüências efetivas ou potenciais;

I - determinar a pena ou as penas aplicáveis ao infrator;

II - fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável.

Art. 68. A autoridade fixará a pena de multa partindo da pena básica estabelecida para a infração, como se atenuantes houvesse, só a majorando em razão das circunstâncias agravantes ou qualificativas provadas no processo. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 34, de 1966)

§ 1º São circunstâncias agravantes: (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 34, de 1966)

I - a reincidência; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 34, de 1966)

II - o fato de o impôsto, não lançado ou lançado a menos, referir-se a produto cuja tributação e classificação fiscal já tenham sido objeto de decisão passada em julgado, proferida em consulta formulada pelo infrator; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 34, de 1966)

III - a inobservância de instruções dos agentes fiscalizadores sobre a obrigação violada, anotada nos livros e documentos fiscais do sujeito passivo; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 34, de 1966)

IV - qualquer circunstância que demonstre a existência de artifício doloso na prática da infração, ou que importe em agravar as suas conseqüências ou em retardar o seu conhecimento pela autoridade fazendária. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 34, de 1966)

§ 2º São circunstâncias qualificativas a sonegação, a fraude e o conluio. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 34, de 1966)

No sistema original da lei a fraude era uma circunstância qualificativa que justificava a imposição de multa mais gravosa. Os conceitos definidos nos arts. 71, 72 e 73 não eram as únicas situações agravantes previstas no sistema de penalidades.

A esfera tributária é autônoma em relação à esfera penal, como demonstra decisão do Supremo Tribunal Federal proferida por ocasião do julgamento do RE 62577/SP:

“Contrabando. Diferença entre fraude penal e fraude fiscal. A absolvição no Foro Criminal não importa, necessariamente, na exclusão da responsabilidade de natureza fiscal. Autonomia das esferas administrativa e fiscal e da criminal. Recurso Extraordinário não conhecido.”

Atualmente, o sistema de penalidades tributárias é bem mais simples, existindo apenas duas possibilidades de aumento dos percentuais definidos: a) a duplicação nos casos de sonegação, fraude ou conluio; b) e o aumento de metade no caso de não atendimento de intimação para prestar esclarecimentos, arquivos ou sistemas, e documentação técnica.

O sistema tributário atual se valeu apenas dos conceitos de sonegação, fraude e conluio, eliminando as demais definições de circunstâncias agravantes ou atenuantes. Nesse caso, se a imposição da penalidade de 150% parece ser excessiva em algumas situações, a falta de opções de graduação ou dosimetria é decorrente do próprio sistema legal.

Em sua defesa, a autuada afirma:

“a penalidade agravada não se aplica aos casos em que o sujeito passivo age de acordo com suas convicções, deixando todo o seu procedimento às claras. Nessa hipótese afirma que não há tentativa de enganar quem quer que seja. O que pode haver é divergência na interpretação da lei tributária aplicável. Algo que não tem qualquer relação com sonegação, fraude ou conluio, afastando a possibilidade de ser imputada a multa qualificada até por força do disposto no art. 112 do CTN.”

A meu ver, a análise da sequência das operações e seus resultados antes e depois de sua ocorrência, descritas em detalhes no TVF de fls. 1.046/1.096 e já exaustivamente analisadas neste voto, revelam a existência de um artifício criado única e exclusivamente para reduzir a carga tributária. Nesse sentido a simulação descrita e comprovada no referido TVF não deixa margens para dúvidas.

Por bem resumir a situação, transcrevo os argumentos apresentados pela d.PFN em suas contra-razões, adotando-os no presente voto.

“...

Convém tecermos comentários sobre a fraude cometida pela Contribuinte. Isso porque, entendeu o Fiscal que a Contribuinte ora recorrente reduziu o montante dos impostos devidos de forma fraudulenta. Para tanto, o lançamento constatou que o sujeito passivo teria incorrido na previsão legal do art. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

Não merece guarida os argumentos de que todas as alterações societárias foram realizadas nos estritos ditames da legislação aplicável, às claras e com registros dos instrumentos nos órgãos competentes.

Não obstante as razões trazidas pela Recorrente, **a despesa amortizada por ele fora criada de forma artificial, por meio de simulação.** Como já destacado acima, em que pese a Contribuinte ter tentado dar uma aparência de legalidade ao negócio que originou o ágio posteriormente amortizado, tal operação, na realidade, não era aquilo que aparentava.

Embora a Contribuinte tenha declarado que o ágio por ele amortizado decorria de uma verdadeira aquisição de investimento pela empresa que por ele pagou, em operações conduzidas de maneira independente, pelos trabalhos da Fiscalização se evidenciou que não houve investimento nenhum, o ágio foi criado artificialmente com o único e evidente intuito de auferir um benefício fiscal indevido.

A ausência de propósito negocial e de substrato econômico, da mesma forma que impedem a existência material do ágio, atestam a simulação praticada pela Contribuinte. Com a demonstração de que não houve nenhuma aquisição de investimento a justificar a existência do ágio, deixa-se claro que o único intuito do Grupo quando do aumento de capital da VWP, com a participação na VWL, que por sua vez controlava o BVW, com participação avaliada com ágio, fora criar um modo de redução dos impostos a serem pagos.

Individualmente, as principais operações societárias realizadas pela Contribuinte não configuram nenhum ilícito cível e tributário. Isoladamente elas são perfeitas. Todavia, ao serem analisadas em conjunto, vê-se o evidente intuito doloso nos ilícitos tributários cometidos.

O fato de a reorganização societária em tela ter sido planejada em sua íntegra, desde o início, juntamente com a ajuda de consultoria especializada, reforça ainda mais o evidente intuito da Contribuinte de, com a criação do ágio, reduzir de forma indevida o seu futuro passivo tributário.

A simulação resta inequívoca: havia motivos à sua realização (criação de um benefício fiscal indevido), e, com a incorporação, o negócio realizado (aquisição de participação avaliada com ágio) não foi executado materialmente.

Quanto à validade de negócios realizados entre partes coligadas, merece registro o seguinte ensinamento de EDMAR OLIVEIRA ANDRADE FILHO:

(...). As operações em circuito fechado submetem-se a um filtro de sinceridade; a validade das operações entre partes relacionadas requer que elas tenham sempre uma causa ou um conteúdo econômico e sejam efetivamente realizadas (...)

Como pode ser visto, tais condições de validade aos negócios entre coligadas não foram observadas pela Contribuinte em epígrafe e seu grupo econômico. Não houve qualquer *filtro de sinceridade* com a realidade.

Destarte, a sonegação está caracterizada nos autos uma vez que a Contribuinte fiscalizada, por meio da reorganização societária, **retardou** parcialmente o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária. Com a simulação praticada, o sujeito passivo tentou amortizar a perda de um investimento inexistente.

A simulação, correspondida pela atitude dolosa da Contribuinte em reduzir o montante do imposto devido, está mais do que comprovada ante os inúmeros fatos aqui apontados. Assim, por meio da criação de um ágio artificial, a Recorrente reduziu indevidamente o pagamento do IRPJ e da CSLL.

Sendo assim, pelos argumentos aqui expostos, demonstra-se cabalmente que o negócio praticado pela **Contribuinte** foi realizado com evidente intuito fraudulento. Por meio de uma aparente sequência de operações societárias, na verdade, o que a Contribuinte procurou foi a redução da sua carga tributária. **A qualificação da multa de ofício, assim, é inevitável.**

Diante do exposto, deve ser mantida a multa qualificada.

Do lançamento em duplicidade de parte da CSLL relativa ao ano calendário de 2008

Alega a defendente que parte da CSLL, ora exigida, já foi lançada, encontra-se depositada judicialmente e é objeto do processo administrativo nº 16327.720484/2011-25, devendo ser cancelados os valores cobrados em duplicidade.

O auto de infração e as planilhas anexados pela defendente são insuficientes para demonstrar que as diferenças entre os valores depositados e os declarados correspondem ao montante das exclusões consideradas indevidas no presente processo.

Para analisar a alegação da defendente é necessário identificar qual o objeto da ação judicial relativa aos depósitos judiciais (MS 2008.61.00.013839-3).

Conforme cópia da petição inicial do MS 2008.61.00.013839-3 anexada aos autos (fls. 2.312/2.340), o objeto da ação é a elevação de 9% para 15% da alíquota da contribuição devida pelas “pessoas jurídicas de seguros privados, as de capitalização” e as instituições financeiras “referidas nos incisos I a XII do § 1º do art. 1º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, efetuada pela Medida Provisória nº 413/2008, *in verbis*:

“7. Pedido

À vista do exposto, requer a Impetrante digne-se V.Exa. conceder-lhe medida liminar para o fim de lhe assegurar o direito de recolher a Contribuição Social sobre o Lucro, no que respeita aos fatos geradores ocorridos a partir de maio de 2008 (inclusive), sem a majoração da alíquota veiculada pelo a rt. 17 da Medida Provisória nº 413/2008 (ou pela Lei de Conversão que dela resultar), assegurando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário nos termos do a rt. 151, IV, do CTN, a salvo da imposição de penalidades pela d. autoridade impetrada.

Verifica-se estarem configurados os pressupostos para a concessão da liminar. O fumus boni juris está presente ante a demonstração inequívoca de que a Medida Provisória atacada padece de vício formal, não tendo sido obedecidos os requisitos do a rt. 62, da Constituição, para utilização dessa via legislativa excepcional.

Ademais, a mesma norma é ilegítima do ponto de vista material, porque instituiu critério de tributação diferenciado entre setores da economia, igualmente sem atender aos ditames constitucionais.

Por outro lado, o periculum in mora é igualmente manifesto, na medida em que, não sendo deferida a liminar pleiteada, a d. autoridade impetrada, até por dever de ofício (art. 142, do CTN), iniciará ação fiscal para cobrança dos valores (cujo primeiro

vencimento . ocorrerá no próximo dia 30 de junho), acrescidos de pesadíssimos encargos moratórios e punitivos, tornando ineficaz a segurança ainda que ao final concedida.”

Com base nesses elementos pode-se afirmar que a diferença entre os valores declarados e os depositados consiste na diferença entre as alíquotas. Não há qualquer outro elemento que indique que os valores discutidos neste processo estão incluídos nos valores depositados.

Pelo exposto, entendo que não restou demonstrada a duplicidade de cobrança alegada pela defendente.

Da exclusão da superveniência de depreciação da base de cálculo da CSLL

A matéria em discussão tem precedentes neste Conselho. Todos concordantes com a tese da recorrente.

Veja-se, nesse sentido, o Acórdão 1103-00.684, de 09 de maio de 2012, cuja ementa se transcreve a seguir.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2007, 2008

ARRENDAMENTO MERCANTIL - SUPERVENIÊNCIAS DE DEPRECIÇÃO - INTRIBUTABILIDADE. A lei tributária prescreve o regramento contábil além do tratamento tributário, impondo a ativação do bem a ser arrendado no imobilizado da arrendadora e a consequente depreciação com sua despesa nela. Ao assim estatuir, a lei não se limita ao lucro real quanto ao tratamento tributário "decorrente" da contabilização imposta, além do que a lei nem referencia lucro real ao versar sobre a disciplina da arrendadora. Os ajustes de superveniências e de insuficiências de depreciação das normas do Bacen se prestam para obtenção de resultado de um financiamento conforme os fluxos das taxas de juros contratuais - o que não se dá pela contabilização imposta pela lei. Para tanto, a lei teria de prever a ativação do bem no imobilizado da arrendatária, e não no da arrendadora - o que dispensaria os ajustes das normas do Bacen. Os ajustes de superveniências de depreciação afetam o resultado da arrendadora como receita, mas não geram efeitos tributários: não interferem na base de cálculo da CSLL. Diante da amplitude da lei tributária cabe a inteligência do Ato Declaratório (Normativo) CST 34/87 para a CSLL.

Também o Acórdão 1201-00.097, de 17 de junho de 2009. Veja-se sua ementa.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006

ARRENDAMENTO MERCANTIL. SUPERVENIÊNCIA E/OU INSUFICIÊNCIA DE DEPRECIÇÃO. DEDUTIBILIDADE. Os

ajustes contábeis comandados pelos atos das autoridades monetárias com naturezas assemelhadas à antecipação de receitas e provisão de expectativa de perdas, devido a suas características peculiares. Apesar de ser permitido o seu trânsito pelo resultado do exercício, como é o caso dos ajustes de superveniências e insuficiências de depreciação, é necessário que exista a expressa previsão legal para produzir qualquer efeito tributário. No caso, é invertido a lógica comumente aceita de que tudo o que compõe o lucro líquido já seria o ponto de partida natural para gerar efeitos tributários. Se faltar essa previsão legal, os efeitos tributários devem ser anulados por suas contrapartes, extra-contabilmente. Tratando-se da CSLL, apesar de não ter sido previsto isso explicitamente no Ato Declaratório nº 34/87, vale o mesmo raciocínio utilizado para o IRPJ, pois o ponto de partida de ambos os tributos é o mesmo (lucro líquido).

COMPENSAÇÃO DE BASE NEGATIVA. RECOMPOSIÇÃO DE OFÍCIO. Cancelada a exigência a título de superveniência de depreciação, deve ser também cancelada a exigência dela decorrente referente à compensação indevida de base negativa.

Quanto a este último, transcrevo seus fundamentos, que adoto como razão de decidir neste voto, na forma a seguir apresentada.

"...

SOCIEDADES DE ARRENDAMENTO MERCANTIL

Criadas pela Lei nº 6.099, de 12/09/1974, já acima referenciada, são as instituições que têm por objeto o arrendamento de bens imóveis e móveis, de produção nacional, classificáveis no ativo fixo, adquiridos pela arrendadora para uso da arrendatária.

Considera-se arrendamento mercantil, cuja denominação vernácula é *leasing*, a operação realizada entre pessoas jurídicas que tenha por objeto o arrendamento mercantil de bens adquiridos de terceiros pela arrendadora, para fins de uso próprio da arrendatária e que atendam às especificações desta.

A operação é regida por um contrato cujas cláusulas principais estabelecem:

- Descrição dos bens objeto do contrato;
- Valor das contraprestações e forma de pagamento pela arrendatária;
- prazo de vencimento;
- opção, no vencimento do contrato, pela devolução do bem arrendado, pela renovação do contrato ou pela aquisição do bem, garantido o seu valor residual;
- reajustes, despesas e encargos contratuais.

A depender de como algumas das variáveis acima (prazo, valor da opção, etc) se configuram, o arrendamento mercantil é classificado em arrendamento operacional ou financeiro.

INSUFICIÊNCIAS DE DEPRECIACÕES ou SUPERVENIÊNCIAS DE DEPRECIACÕES.

Em resumo, pode-se verificar que as empresas dedicadas à atividade de arrendamento mercantil, como a Recorrente, têm duas origens relevantes de despesas e de receitas. As despesas são decorrentes de (a) depreciação dos bens arrendados e (b) de juros e outros encargos decorrentes da captação de recursos. As receitas, por sua vez, originam-se de (a) contra prestações de arrendamento mercantil e (b) de ganho no exercício da opção de compra do bem pelo arrendatário. No caso que se cuida a depreciação é que está em foco.

O que as diferenciam das demais pessoa jurídicas é ocorrência do descasamento entre os prazos dos contratos de arrendamento mercantil e os prazos previstos para depreciação dos bens arrendados.

Esse descasamento ainda é mais justificado pelo incentivo ofertado a essas empresas pela Lei nº 6.099/74 e regulamentada, entre outras, pela Portarias MF nºs 376-E, de 28 de setembro de 1976, que entre outros regramentos estabeleceu, que:

"(...) 11.6 - O prazo usual de vida útil dos bens arrendados poderá, a critério das empresas arrendadoras, ser considerado com a redução de 30% (trinta por cento), para efeito de determinação da taxa anual de depreciação. (...) "(destaquei)

Com efeito, considerando-se que a maior fonte de receitas das empresas de leasing decorre das contra prestações do contrato, que devem ser reconhecidas em função do prazo do mesmo, bem como que o volume mais expressivo das despesas decorre da depreciação dos bens arrendados, que tem o seu prazo estabelecido em função da vida útil do bem, resta nítido que o desequilíbrio entre os dois prazos afeta os resultados das arrendadoras, fazendo com que haja reconhecimento antecipado de receitas ou despesas.

Nesse contexto, em virtude dessa incompatibilização entre as receitas e despesas desse tipo de sociedade e para evitar prováveis distorções nas demonstrações financeiras, é que as autoridades monetárias as quais elas também estão sujeitas decidiram por equalizar o tratamento contábil a ser seguido pelas mesmas. Sob a forma de ajustes de suas despesas de depreciação dos bens arrendados para os prazos dos contratos de arrendamento.

Dessa forma, a partir de 30/06/1988, com a criação do Plano Contábil das Instituições Financeiras - COSIF, aprovado pela Circular do Banco Central do Brasil nº 1.273, de 29.12.87, os referidos ajustes contábeis foram criados.

Vejamos as funções dessas contas estabelecidas pelo próprio Banco Central:

"Título: INSUFICIÊNCIA DE DEPRECIACÕES (-)
Conta: 2.3.2.40.00-5

Função: Registrar a diferença entre o valor contábil e o valor atual dos contratos em andamento, às taxas pactuadas, quando este for menor. Quando da baixa do bem arrendado, com apuração de prejuízo com recebimento de valor residual garantido ou exercício da opção de compra pelo arrendatário, esta conta deve ser debitada pelo valor do prejuízo, em contrapartida com Bens Arrendados. Base Normativa: (Circ 1273)" (destaquei)

"Título: SUPERVENIENCIA DE DEPRECIACIONES (-)
Conta: 2.3.2.30.00-8

Função: Registrar a diferença entre o valor contábil e o valor atual dos contratos em andamento, às taxas pactuadas, quando este for maior. Por ocasião da baixa do bem arrendado, com apuração de lucro, com recebimento do valor residual garantido ou exercício da opção de compra pelo arrendatário, esta conta deve ser creditada pelo valor do lucro, em contrapartida com Disponibilidades.(Circ 1273) "(destaquei)

Trocando em miúdos, o regramento do banco central estabeleceu existência de duas contas no ativo Permanente (a primeira redutora desse Ativo e a outra não) com contrapartidas em contas de resultado (despesas de arrendamento e rendas de arrendamento) a fim de ajustar as diferenças acima apontadas.

Insuficiência de Depreciações

A primeira delas - "Insuficiência de Depreciações" - (Código 2.3.2.40.00-5), conta redutora, deve ser utilizada quando o valor das contra prestações decorrentes contrato de arrendamento mercantil trazidos a valor presente (valor presente do fluxo futuro de recebimentos tomando por base as taxas de juros contratuais) for menor do que sua carteira ajustada já pelas baixas e depreciações acumuladas (valor contábil). Quando o valor presente é menor que a simples soma desses recebimentos futuros, o ativo contábil da empresa ajustado também se reduz quando se usa o artifício da insuficiência de depreciação. Por outro torneio, quando o prazo dos contratos de arrendamento não é suficiente para que seja realizada a depreciação do bem tem-se uma despesa adicional decorrente da insuficiência de depreciação.

Contabilização

Mensalmente, debita-se despesas de arrendamento e credita-se a conta redutora do ativo "Insuficiência de Depreciações"

Superveniencia de Depreciações

A outra conta do ativo - "Superveniencia de Depreciações" - (Código 2.3.2.30.00-8), conta normal do ativo, não-redutora, deve ser utilizada no sentido inverso, quando o valor das contra prestações decorrentes contrato de arrendamento mercantil trazidos a valor presente do fluxo futuro de recebimentos tomando por base as taxas de juros contratuais for maior do que sua carteira ajustada já pelas baixas e depreciações acumuladas (valor contábil). Quando o valor presente é maior que a simples soma desses recebimentos futuros, o ativo contábil da empresa ajustado também é aumentado quando se usa o artifício da superveniencia de depreciação. Por outras palavras, quando o prazo de depreciação é menor do que o contrato de arrendamento, ocorre a necessidade da sua diluição, redundando a mesma na superveniencia de depreciação.

Contabilização

Mensalmente, credita-se receitas de arrendamento e debita-se a conta do ativo "Superveniencia de Depreciações".

Como os ajustes são efetuados mensalmente, na apuração anual do lucro real poderá haver a concomitância de ajustes extra-contábeis tanto relativo à "Insuficiência de Depreciações" quanto à "Superveniencia de Depreciações", como é o caso dos autos.

O autuante, no caso, glosou o efeito líquido dessas duas rubricas nos ajustes do lucro líquido da CSLL.

Efeitos Tributários

Como afirmado, em relação à "insuficiência de depreciações", as despesas de depreciação deveriam ser reconhecidas em momento diferente, mas são "corrigidas" contabilmente para correta apuração dos resultados das empresas de arrendamento mercantil segundo a sistemática do Banco Central. No segundo, ocorre o inverso, na medida em que as despesas de depreciação são "postergadas" para serem reconhecidas juntamente com as respectivas receitas.

O Ato Declaratório Normativo CST 34/87, bem esclarece o contexto no qual esses ajustes determinados pelo Banco Central do Brasil estão inserido (Insuficiência de Depreciação e Superveniência de Depreciação :

"I - Na determinação do lucro líquido das sociedades de arrendamento mercantil deverão ser observadas as disposições da Lei nº 6.099, de 12 de setembro de 1974, com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.132, de 26 de outubro de 1983 e o disciplinado nas Portarias MF nºs 376-E, de 28 de setembro de 1976, nº 564, de 03 de novembro de 1978 e 140, de 27 de julho de 1984, permitidos os ajustes determinados pela aplicação do Plano de Contas aprovado pelo Banco Central do Brasil.

II - Os ajustes de que trata o item anterior, quando relacionados com fatos administrativos cuja apropriação está disciplinada pelos atos ministeriais referidos, não serão computados na apuração do lucro real e deverão ser segregados contabilmente, de forma a permitir seja determinada sua composição e o tratamento tributário a eles dispensados.

III — O mencionado procedimento de ajustes não poderá alterar os efeitos tributários decorrentes da aplicação das disposições dos atos legais referidos no item I. " (nossos destaques)

O inciso I é bastante claro em traçar as normas legais e infralegais (Portarias Ministeriais) que dão o tom do tratamento tributário a ser seguido pelas empresas desse setor. Em sua ressalva final, permite que os ajustes contábeis referenciados pelos atos normativos do Banco Central sejam efetuadas.

O inciso III do referido preceptivo legal é bastante claro em enfatizar que os referidos ajustes não poderão "alterar os efeitos tributários decorrentes da aplicação das disposições dos atos legais referidos no item I

Ou seja, do inciso III se pode extrair dois pressupostos: i) as despesas com depreciação com suas especificidades tratadas nos atos legais referidos, por exemplo, não podem ser sobrepujadas ou anuladas pelo o quer que as normas do banco central determinem; ii) o lucro líquido não pode ser afetado por esses mesmos ajustes.

Portanto, é óbvio que os ajustes contábeis feitos no lucro líquido apenas para efeito de equalização entre receitas e despesas das sociedades de arrendamento mercantil não podem produzir efeitos fiscais e que por isso tais ajustes precisam ser anulados por suas inversões , extra-contabilmente, para fins de cálculo da CSLL.

Cabe salientar um ponto importante, apesar de a terminologia tratada nesses ajustes não contemplar especificamente a expressão "provisões", na verdade tais ajustes não passam de antecipações de receitas e/ou provisões e reversão de provisões com uma nova roupagem. Quando ocorre "insuficiência de depreciações" faz-se na verdade uma provisão, creditando-se uma conta redutora do ativo e debitando-se uma conta de resultado(despesa). Em período em que ocorre "superveniência de depreciações" nada mais se faz do que reverter aquelas provisões ou mesmo antecipar receitas (caso em que as provisões ou ainda não foram feitas ou superem as provisões já ativadas), creditando-se uma conta de receita e debitando-se uma conta do ativo (superveniência de depreciações), que é a contrapartida da conta redutora desse ativo (insuficiência de depreciações). A complexidade está apenas em que a conta de provisão está bipartida em 2(duas) contas cujos efeitos devem ser considerados em conjunto. Tratando-se de provisão indedutível, então, o problema da falta de previsão legal não mais se coloca, pois a Lei 7.689/89 passa dar guarida ao desfazimento de tudo que lhe diz respeito, inclusive as reversões.

Com razão a recorrente quando argumenta que as regras aplicáveis à apuração da capacidade contributiva da pessoa jurídica na determinação de seu lucro para fins de incidência do Imposto sobre a Renda também devem ser aplicáveis à CSLL.

Discordo, portanto, do autuante e da decisão de piso quando mantêm o lançamento sob o argumento de que a legislação aplicável à Contribuição Social não tratou especificamente dos referidos ajustes, pelo seguinte motivo:

Os ajustes contábeis comandados pelos atos das autoridades monetárias com naturezas assemelhadas à antecipação de receitas e provisão de expectativa de perdas, devido a suas características peculiares. Apesar de ser permitido o seu trânsito pelo resultado do exercício, como é o caso dos ajustes de superveniências e insuficiências de depreciação, é necessário que exista a expressa previsão legal para produzir qualquer efeito tributário. No caso, é invertido a lógica comumente aceita de que tudo o que compõe o lucro líquido já seria o ponto de partida natural para gerar efeitos tributários. Se faltar essa previsão legal, os efeitos tributários devem ser anulados por suas contrapartes, extra-contabilmente. Tratando-se da CSLL, apesar de não ter sido previsto isso explicitamente no Ato Declaratório nº 34/87, vale o mesmo raciocínio utilizado para o IRPJ, pois o ponto de partida de ambos os tributos é o mesmo (lucro líquido).

Corroborando com o item anterior, de que certos aspectos lógicos nem mesmo precisa estar explícito no sistema de Direito Positivo, lição do saudoso Lourival Vilanova em seu clássico "As estruturas lógicas e o Sistema de Direito Positivo", a Receita Federal tratou de explicitar que pode ser excluído do lucro líquido *"quaisquer outros valores incluídos na apuração do lucro líquido que, de acordo com essa mesma legislação, não devam ser computados na determinação do resultado ajustado"* (IN 390/2004, art. 39, inciso II).

"Art. 39. Na determinação do resultado ajustado, poderão ser excluídos do lucro líquido do período de apuração:

I - omissis

II - os resultados, rendimentos, receitas e quaisquer outros valores incluídos na apuração do lucro líquido que, de acordo com essa mesma legislação, não devam ser computados na determinação do resultado ajustado. § 1º Fazem parte das exclusões de que trata este artigo:

(-)"

E em sentido reverso em relação aos custos que foram deduzidos sem previsão legal da legislação de regência (IN 390/2004, art. 38, inciso I):

"Art. 38. Na determinação do resultado ajustado, serão adicionados ao lucro líquido do período de apuração antes da provisão para o IRPJ:

I - os custos, despesas, encargos, perdas, provisões, participações e quaisquer outros valores deduzidos na apuração do lucro líquido que, de acordo com a legislação da CSLL, não sejam dedutíveis na determinação do resultado ajustado;

(...)"

Também considero o entendimento da DRJ em relação ao Ato Declaratório nº34/87 de veras literal e em dissonância com uma interpretação sistemática das normas envolvidas. Vejamos as próprias palavras da DRJ:

"Contudo, o entendimento da defesa não é correto uma vez que o texto do Ato Declaratório nº34/87, em seu inciso I, é claro no sentido de que " ... I- Os ajustes de que trata o item anterior, quando relacionados com fatos administrativos cuja apropriação está disciplinada pelos atos ministeriais referidos, não serão computados na apuração do lucro real.

Portanto, verifica-se que o Ato Declaratório Normativo CST 34/87 trata especificamente de apuração do lucro real, base de cálculo do IRPJ e, uma vez que distintas as bases de cálculo, a orientação normativa do referido ADN 34/87 não pode ser estendida à CSLL criada pela Lei nº 7.689/88 que, acrescente-se, é posterior ao referido Ato Declaratório.

*Alega a requerente, às fls. 62, que o ajuste previsto na Circular nº 1429, de 20/01/1989, registrado como complemento ou estorno nas contas de Despesas de Arrendamento em contrapartida com Insuficiência de Depreciação ou Superveniência de Depreciações visa **melhor refletir o resultado auferido pela sociedade nas suas demonstrações financeiras** (destaque da impugnação).*

Dessa forma, conclui-se que a requerente, por força de sua atividade, está sujeita às normas de contabilização expedidas pelo Banco Central e, portanto, o resultado a que se refere a Lei nº 7.689/88 (art. 2º) é aquele apurado na contabilidade, com a observância de tais normas. " (grifos no original)

A decisão de piso, analisou isoladamente o inciso II do Ato Declaratório nº34/87, esquecendo-se de vislumbrar as considerações já aqui colocadas neste voto sobre os demais itens (I e III).

Apegou-se a expressão isolada "Lucro Real" para daí concluir que as especificidades ali tratadas diziam respeito apenas ao IRPJ e não à CSLL. Esqueceu-se, primeiro, de aquilatar que ajustes eram aqueles e a natureza dos mesmos: diziam respeito apenas a ajustes contábeis a serem efetuados sobre o lucro líquido, ponto de partida para o IRPJ e a CSLL. Segundo, o seu argumento de que a Lei nº 7.689/88 por ser posterior ao referido Ato Declaratório corroboraria mais ainda a sua tese. Pelo contrário, a expressão lucro real, quiçá foi utilizada pelo legislador apenas porque o IRPJ era o único imposto sobre o lucro então vigente; Por último, o sentido

da expressão "Lucro Real" pode ser substituída por algo correlato a "acertos extra-contábeis" sem perda de seu conteúdo.

Por fim, aqui se coloca um último questionamento, se o ajuste líquido dessas superveniências tivesse se concretizado em sentido oposto ao aqui colocado, ou seja se ao fim e ao cabo redundasse em contabilização a maior de despesas no lucro líquido do que o previsto pela legislação de regência ou mesmo se as adições superassem as exclusões, o que é perfeitamente possível a depender da composição da carteira da arrendadora. O autuante iria desfazer as adições extra-contábeis e restituir o "imposto pago a maior" ?

COMPENSAÇÃO DE BASE NEGATIVA. RECOMPOSIÇÃO DE OFÍCIO.

Cancelada a exigência a título de superveniência de depreciação, deve ser também cancelada a exigência dela decorrente referente à compensação indevida de base negativa.

Cabe a autoridade executora deste Acórdão alimentar o sistema SAPLI de forma a restabelecer o saldo de base negativa da CSLL glosado."

Por conseguinte, é correta a exclusão das superveniências de depreciação da base de cálculo da CSLL. Dou provimento ao recurso quanto a essa matéria.

Da multa de ofício sobre a parcela depositada judicialmente

Alega a recorrente que o montante depositado no Mandado de Segurança nº 2008.61.00.013839-3 inclui parcelas relativas a superveniência de depreciação.

Conforme já salientado, os elementos de prova constantes dos autos apenas evidenciam que a diferença entre os valores declarados e os depositados decorre da diferença entre as alíquotas de 9% e 15%.

A improcedência da duplicidade apontada pela defendente, acarreta a improcedência do argumento de inaplicabilidade da multa de ofício sobre parcela depositada judicialmente.

Dos juros de mora incidentes sobre a multa de ofício

A recorrente questiona a cobrança de juros de mora sobre a multa de ofício. Afirma que inexistente base legal para essa exigência e apresenta vários julgados deste Conselho que amparam sua tese.

A aplicação de taxa de juros lastreadas em indicadores do mercado financeiro iniciou-se com a Lei nº 8.981/95, cujo art. 84 dispõe:

Art. 84. Os tributos e contribuições sociais arrecadados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores vierem a ocorrer a partir de 1º de janeiro de 1995, não pagos nos prazos previstos na legislação tributária serão acrescidos de:

I - juros de mora, equivalentes à taxa média mensal de captação do Tesouro Nacional relativa à Dívida Mobiliária Federal Interna; (...)

Em Seguida, a Lei nº 9.065/95 substituiu o indicador pela taxa SELIC:

Art. 13. A partir de 1º de abril de 1995, os juros de que tratam a alínea "c" do parágrafo único do art. 14 da Lei nº 8.847, de 28 de janeiro de 1994, com a redação dada pelo art. 6º da Lei nº 8.850, de 28 de janeiro de 1994, e pelo art. 90 da Lei nº 8.981, de 1995, o art. 84, inciso I, e o art. 91, parágrafo único, alínea "a.2" da Lei nº 8.981, de 1995, serão equivalente à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente. (...)

Por seu turno, a Lei nº 9.430/1996, ao remodelar a multa de mora incidente nos pagamentos em atraso, estabeleceu em parágrafo que sobre os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal incidirão juros de mora à taxa SELIC, veja:

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso. (...)

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento.

Com base nessa disposição a Receita Federal vem entendendo que a multa de ofício também está sujeita aos juros de mora à taxa SELIC, a partir do seu vencimento.

O cerne da questão está, pois, na interpretação que se deve dar à expressão “débitos decorrentes de tributos e contribuições”.

De fato o não pagamento de tributos e contribuições nos prazos previstos na legislação faz nascer o débito. Portanto, o débito decorre do não pagamento de tributos e contribuições nos prazos.

Também nesse sentido é a multa de ofício débito decorrente de tributos e contribuições. Isso porque ela resulta, nos exatos termos da alínea *a* do art. 44 da Lei nº 9.430/96, da punição aplicada pela fiscalização à *falta de pagamento ou recolhimento dos tributos e contribuições, após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória*.

A jurisprudência neste Conselho é predominante no sentido de que é cabível a apreciação da matéria pelo contencioso administrativo e de que a aplicação da taxa Selic à multa de ofício é correta.

Nesse sentido já se manifestou este E. Colegiado quando do julgamento do Acórdão nº CSRF/0400.651, julgado em 18/09/2007, com a seguinte ementa:

JUROS DE MORA — MULTA DE OFÍCIO — OBRIGAÇÃO PRINCIPAL — A obrigação tributária principal surge com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto tanto o pagamento

Processo nº 16327.720416/2012-47
Acórdão n.º **1402-002.072**

S1-C4T2
Fl. 2.637

do tributo como a penalidade pecuniária decorrente do seu não pagamento, incluindo a multa de ofício proporcional. O crédito tributário corresponde a toda a obrigação tributária principal, incluindo a multa de ofício proporcional, sobre o qual, assim, devem incidir os juros de mora à taxa Selic.

Aplicável, portanto, a SELIC como taxa de juros de mora sobre a multa de ofício.

Conclusão

Pelo todo o exposto, voto por rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito, dar parcial provimento ao recurso voluntário apresentado para cancelar a exigência da CSLL referente à superveniência de depreciação.

(assinado digitalmente)

Frederico Augusto Gomes de Alencar - Relator

Voto Vencedor

Conselheiro FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Redator Designado.

Com a devida vênia, discordo do ilustre Conselheiro Relator em relação à manutenção da multa qualificada.

Embora coadune com a opinião de que, em se tratando de ágio interno, possa, em tese, ser mantida a multa qualificada, no caso concreto há um fato que me levou a suscitar dúvidas a respeito do dolo do contribuinte: a independência das empresas do grupo e a obrigatoriedade de avaliação do investimento com base no valor de mercado por exigências das autoridades alemãs.

Nesse sentido, destaco os seguintes excertos do recurso voluntário:

Afinal, havendo: (i) normas legais e contábeis que impõem às transações entre VWAG e VWFSAG (e suas controladas) o respeito ao valor de mercado (com observância fiscalizada pelas autoridades fiscais e financeiras alemãs) e (ii) demonstrações financeiras atinentes ao período em que se deu a transação auditadas por terceiro independente e publicadas atestando a observância dos comandos normativos, não há dúvida de que o negócio avaliado pela Fiscalização e pela DRJ se deu at arm's length, comprovando as alegações do Recorrente.

Caso porventura os elementos citados fossem insuficientes, ilação aceita para argumentar, na hipótese concreta ainda há mais. Foi elaborado laudo por empresa especializada e independente (KPMG) com o propósito especial de determinar o valor de mercado de BVW, o que redundou no pagamento do ágio por VWL, amortizado após a sua incorporação. [...]

Portanto, são desprovidas de qualquer fundamento que não a tentativa de manutenção das autuações a qualquer custo as conclusões da DRJ de que: "As provas coligidas aos autos não são suficientes para demonstrar que o preço praticado na operação seria o mesmo acordado entre partes não relacionadas, envolvidas nas mesmas transações ou em transações similares, nas mesmas condições ou em condições semelhantes, no mercado aberto" (página 1 do acórdão - folha 2.404 dos autos).

Mas não é só.

A independência de fato entre VWAG e VWFSAG é verificável, ainda, a partir da constatação de que possuem:

1. Alta Administração (Diretorias. Conselho Consultivo "supervisory board" e Conselho de Administração) independentes. Os membros do

órgão de VWAG (doe. 24 anexo à impugnação) não são os mesmos que têm assento no órgão equivalente de VWFSAG (doe. 25 que acompanhou a defesa);

2. Demonstrações financeiras independentes. Tanto o relatório financeiro de VWAG quanto o de VWFSAG, indicam de forma isolada as demonstrações das divisões automotivas e financeiras (doe. 2 juntado à impugnação - páginas 130 a 132 e doe. 4 que instruiu a impugnação - páginas 61 e 62);

3. Ambientes Regulatórios Diferentes. Como instituição financeira sujeita às regras do BAFIN, a VWFSAG se sujeita a regras distintas em relação à, dentre outros, estrutura de capital, índices de liquidez, em comparação à VWAG, atuante em ramo absolutamente distinto (automotivo);

4. Fluxos de caixa e disponibilidades de capital independentes. Tais dados revelam a saúde financeira das sociedades e são disponibilizados no relatório financeiro de VWAG, assim como no da VWFSAG, de forma independente para os segmentos automotivo e financeiro (doc. 2 - páginas 133 e 134 e doc. 4 - página 63);

5. Resultados independentes. Os ganhos e as perdas nas operações são apresentados tanto de forma consolidada, quanto de maneira isolada entre operações automotivas e financeiras nos relatórios financeiros de VWAG e VWFSAG, a fim de se conhecer como foi o retorno de cada segmento no exercício examinado (doe. 2 - páginas 135 a 137 e doe. 4 - página 60);

6. Taxas de custo dos capitais aplicados e retorno dos investimentos independentes. Os percentuais de cada um dos critérios são apurados nos relatórios financeiros de VWAG e VWFSAG de forma isolada por segmento automotivo e financeiro (doe. 2 - páginas 141 e 142 e doe. 4 - página 71); e

7. Riscos de mercado independentes. As descrições quanto às projeções de perspectivas de negócios para o exercício seguinte são feitas nos relatórios financeiros de VWAG e VWFSAG de forma isolada para os braços automotivos e financeiros (doe. 2 - páginas 246 e 247 e doc. 4 - página 71).

[...]

Também a VWAG era obrigada a adotar o "fair value" na venda das ações do BVW para a VWL, em razão das regras de transfer pricing alemãs. É o que se verifica, por exemplo, na Seção 8 do Corporation Income Tax Act (Körperschaftsteuergesetz), que dispõe sobre o princípio do "at arm 's length" e na Seção 1 do Foreign Tax Act (Außensteuergesetz), que autoriza a autoridade fiscal alemã a ajustar o lucro do contribuinte alemão nas operações com coligadas no exterior (doc. 26 anexo à impugnação).

Processo nº 16327.720416/2012-47
Acórdão n.º **1402-002.072**

S1-C4T2
Fl. 2.640

Embora concorde que o ágio formado intragrupo, com mera circulação de recursos entre empresas do grupo não possa ser amortizado, no caso concreto, considero não haver, no mínimo, dúvida a respeito da ocorrência de fraude (art. 72 da Lei nº 4.502/64) necessária à qualificação da multa de ofício, conforme determina o parágrafo 1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96. E, em se tratando de penalidade, incide o disposto no art. 112, inciso IV, do CTN, ou seja, em caso de dúvida quanto à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado a lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades.

Assim sendo, voto por reduzir a penalidade aplicada para 75%.

(assinado digitalmente)

FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO - Redator Designado



Ministério da Fazenda

PÁGINA DE AUTENTICAÇÃO

O Ministério da Fazenda garante a integridade e a autenticidade deste documento nos termos do Art. 10, § 1º, da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001 e da Lei nº 12.682, de 09 de julho de 2012.

Documento produzido eletronicamente com garantia da origem e de seu(s) signatário(s), considerado original para todos efeitos legais. Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001.

Histórico de ações sobre o documento:

Documento juntado por FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO em 09/03/2016 11:18:00.

Documento autenticado digitalmente por FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO em 09/03/2016.

Documento assinado digitalmente por: LEONARDO DE ANDRADE COUTO em 10/03/2016, FREDERICO AUGUSTO GOMES DE ALENCAR em 10/03/2016 e FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO em 09/03/2016.

Esta cópia / impressão foi realizada por MARIA MADALENA SILVA em 22/03/2022.

Instrução para localizar e conferir eletronicamente este documento na Internet:

1) Acesse o endereço:

<https://cav.receita.fazenda.gov.br/eCAC/publico/login.aspx>

2) Entre no menu "Legislação e Processo".

3) Selecione a opção "e-AssinaRFB - Validar e Assinar Documentos Digitais".

4) Digite o código abaixo:

EP22.0322.11349.M9OQ

5) O sistema apresentará a cópia do documento eletrônico armazenado nos servidores da Receita Federal do Brasil.

Código hash do documento, recebido pelo sistema e-Processo, obtido através do algoritmo sha1:

A2067855AC39D9B406806592457D4059BA211A20