



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

Processo n° 16327.720430/2012-41
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1102-001.073 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 8 de abril de 2014
Matéria IRPJ e CSLL - Ganho de capital na redução do capital social
Recorrente FERRARA PARTICIPAÇÕES S.A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2009

NULIDADE DO LANÇAMENTO. ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. AUSÊNCIA DE NORMA VIOLADA. INEXISTÊNCIA.

O lançamento se deu pela falta de apuração do ganho de capital na redução do capital social do recorrente.

Assim, dentro do contexto da acusação fiscal, o sujeito passivo está corretamente identificado e o enquadramento legal adequadamente definido, não se podendo considerar o lançamento como nulo.

DEVOLUÇÃO DO CAPITAL SOCIAL COM BENS. APURAÇÃO DE GANHO DE CAPITAL. INCLUSÃO DE ÁGIO NO VALOR CONTÁBIL. PERDA DO FUNDAMENTO ECONÔMICO POR DESFAZIMENTO DO NEGÓCIO QUE GEROU O ÁGIO.

De forma usual, caso se decida desfazer uma compra e venda de participação societária contabilizada com ágio, deve-se realizar nova compra e venda onde o valor originalmente pago será considerado com custo de aquisição, baixando-se o valor do investimento e do ágio na apuração do ganho de capital.

Contudo, se as partes decidem realizar o negócio de modo diverso, de forma que o ágio permaneça contabilizado após a devolução do preço, os efeitos desse procedimento não são oponíveis ao Fisco, pois a mais valia escriturada perdeu seu fundamento econômico e sua razão de existir.

Assim, quando da devolução do capital social aos sócios com ações que ocasionaram o pagamento do sobrepreço, e para as quais o ágio foi deslocado por meio de incorporação da investidora, não é possível se admitir que esse ágio componha o custo de aquisição para reduzir o ganho de capital, nos

Documentos assinados digitalmente conforme o art. 419 do RIR/99.

Autenticado digitalmente em 16/04/2014 por JOSE EVANDE CARVALHO ARAUJO, Assinado digitalmente em 16/04/2014 por JOSE EVANDE CARVALHO ARAUJO, Assinado digitalmente em 16/04/2014 por JOAO OTAVIO OPPERMAN THOME

Impresso em 13/05/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA.

A obrigação tributária principal surge com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto o pagamento tanto do tributo quanto da penalidade pecuniária decorrente do seu não pagamento. O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta, e, portanto, envolve tanto o tributo quanto a penalidade pecuniária.

Como consequência, é legítima a incidência de juros de mora, à taxa Selic, sobre todo o crédito tributário, o que inclui o valor da multa de ofício proporcional, não paga no vencimento.

LANÇAMENTO REFLEXO DE CSLL. MESMA MATÉRIA FÁTICA

Aplica-se ao lançamento da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL o decidido em relação ao lançamento do tributo principal, por decorrer da mesma matéria fática.

Preliminares Rejeitadas.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em rejeitar as preliminares de nulidade e, no mérito, negar provimento ao recurso, vencidos os conselheiros Marcelo Baeta Ippolito e Francisco Alexandre dos Santos Linhares, que davam provimento ao recurso. O conselheiro João Carlos de Figueiredo Neto acompanhou o relator pelas conclusões. Declarou-se impedido o conselheiro Antonio Carlos Guidoni Filho. Participou do julgamento, em seu lugar, o conselheiro Marcelo Baeta Ippolito.

(assinado digitalmente)

João Otávio Oppermann Thomé - Presidente

(assinado digitalmente)

José Evande Carvalho Araujo- Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: João Otávio Oppermann Thomé, José Evande Carvalho Araujo, João Carlos de Figueiredo Neto, Ricardo Marozzi Gregório, Francisco Alexandre dos Santos Linhares, e Marcelo Baeta Ippolito.

Relatório

AUTUAÇÃO

Contra o contribuinte acima identificado, foram lavrados o Auto de Infração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ, que exigiu o imposto suplementar no valor de R\$ 536.378.597,27, e o Auto de Infração decorrente de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, que lançou contribuição no valor de R\$ 193.096.295,01, tendo os valores principais sido acrescidos de multa de ofício de 75% e juros de mora (fls. 2.242 a 2.256).

A infração lançada se refere à falta de contabilização de ganho de capital apurado na redução de capital social com a entrega de ativos aos sócios acima do valor contábil, conforme descrito no Termo de Verificação Fiscal de fls. 2.194 a 2.241.

A autuação decorre da análise dos fatos que terminaram com a oferta pública inicial de ações (IPO) da Companhia Brasileira de Meios de Pagamentos, conhecida como Visanet.

Ressalte-se que a acusação fiscal descreve minuciosamente as complexas operações societárias realizadas. No relato que a seguir se transcreve, suprimi detalhes operacionais e procedimentos intermediários com o objetivo de facilitar a compreensão dos fatos.

1 DESCRIÇÃO E ANÁLISE DOS FATOS

(...)

1.1 VISÃO GERAL

Iremos verificar, inicialmente, como o Grupo Bradesco participou do IPO da Companhia Brasileira de Meios de Pagamentos, conhecida como Visanet.

A Columbus Holding S/A (Columbus), que era empresa pertencente ao Grupo Bradesco e inicialmente não possuía nenhuma ação da Visanet, recebeu 535.792.789 ações da Visanet, através de subscrição de seu capital, de 05 (cinco) empresas do Grupo Bradesco nos meses de abril e maio de 2009, um pouco antes do IPO que ocorreu em junho de 2009.

O quadro a seguir resume as subscrições do capital da Columbus, devemos observar que em alguns casos houve o registro de pagamento de ágio na subscrição de ações:

DATA	EMPRESA	AÇÕES DA VISANET ENTREGUES			AÇÕES DA COLUMBUS SUBSCRITAS		
		QTD	VALOR	PREÇO AÇÃO	QTD SUB	CAPITAL SUBSCRITO	ÁGIO
15/04/09	Banco Alvorada	105.374.499	39.772.957,63	0,38	105.374.499	39.772.957,63	0,00
15/04/09	Banco Boavista	214.100	80.808,32	0,38	214.100	80.808,32	0,00
15/04/09	Alvorada Cartões	804.090	303.498,55	0,38	804.090	303.498,55	0,00
22/04/09	Elba Holdings	175.579.400	568.590.141,99	3,24	175.583.353	66.273.008,58	502.317.133,41
04/05/09	Rubi Hodings	253.820.700	3.048.063.870,81	12,01	253.820.695	95.804.095,08	2.952.259.775,73
TOTAL		535.792.789	33.656.811.277,30	66,83	535.796.737	202.234.368,16	3.454.576.909,14

O Coordenador Líder foi o Banco Bradesco BBI S/A e citaremos, pela sua relevância neste trabalho de fiscalização, o Goldman Sachs do Brasil Banco Múltiplo S.A. e o Goldman Sachs & Co, que atuaram como Coordenador da Oferta e Agente de Colocação Internacional, respectivamente.

(...)

Todas as ações foram vendidas pelo valor unitário de R\$ 15,00, logo o valor total da venda foi de R\$ 2.599.913.145,00, como o custo contábil destas ações era de R\$ 1.178.461.521,12 (173.327.543 ações * R\$ 6,80), foi apurado um ganho de capital total de R\$ 1.421.451.623,88.

O ágio de R\$ 3.437.214.726,69, contabilizado na Columbus como parte integrante do valor contábil das ações Visanet, reduziu significativamente o ganho de capital apurado no IPO.

O valor deste ágio e a disparidade entre os valores unitários das ações da Visanet que foram entregues, praticamente na mesma data, pelas empresas pertencentes ao Grupo Bradesco, com uma variação de 3.160% entre os valores unitários máximo (R\$ 12,01) e, mínimos (R\$0,38), levou esta fiscalização a tentar apurar qual era a origem das ações Visanet e o seu custo de aquisição.

(...)

No presente caso iremos analisar o percurso efetuado pelas 253.820.700 ações da Visanet, que foram entregues pela Rubi na capitalização da Columbus, e que envolveram transações entre empresas do próprio Grupo Bradesco e do Grupo Bradesco com o Grupo Goldman Sachs.

Como a análise de todo o processo é extremamente complexa, dividimos o mesmo em 03 fases para simplificar o seu entendimento, a saber:

Fase 1 - Transações apenas entre empresas do Grupo Bradesco, com a saída das ações Visanet do Banco Alvorada e transferência das mesmas, sem ágio, entre empresas do grupo Bradesco até a Ferrara;

Fase 2 - Transações entre empresas do Grupo Bradesco e do Grupo Goldman Sachs pela participação acionária nas ações da Visanet detidas pela Ferrara;

Fase 3 - Transações apenas entre empresas do Grupo Bradesco, com a aquisição da Quixaba pela Rubi e a saída das ações Visanet da Ferrara e transferência das mesmas, com ágio, entre empresas do grupo Bradesco até a Columbus.

1.2 FASE 1 - VISÃO GERAL

Esta fase envolveu as seguintes empresas do Grupo Bradesco: Banco Alvorada, Ferrara Holdings S/A (Ferrara Holdings), Aicaré Holdings Ltda (Aicaré) e Anapurus Holdings Ltda (atual Ferrara Participações S/A) (Anapurus/Ferrara).

Nesta fase ocorreu a saída das ações da Visanet do Banco Alvorada e as transferências das mesmas para a Ferrara Holdings, que posteriormente foram transferidas para a Aicaré e em seguida foram entregues a Anapurus/Ferrara.

As transferências das ações Visanet se deram sempre pelo seu valor patrimonial, não ocorrendo nenhum ganho de capital nestas operações. A seguir detalhamos os atos jurídicos que deram forma a estas transferências:

05/10/2007 - Subscrição do capital da Ferrara Holdings pelo Banco Alvorada;

15/04/2008 - Incorporação da Ferrara Holdings pela Aicaré;

02/05/2008 - Cisão parcial da Aicaré seguida de incorporação da parcela cindida pela Anapurus/Ferrara.

(...)

1.3 FASE 2 - VISÃO GERAL

Esta fase envolveu diversas operações entre empresas do Grupo Goldman Sachs e do Grupo Bradesco sediadas no Brasil e no exterior (e que posteriormente foram desfeitas).

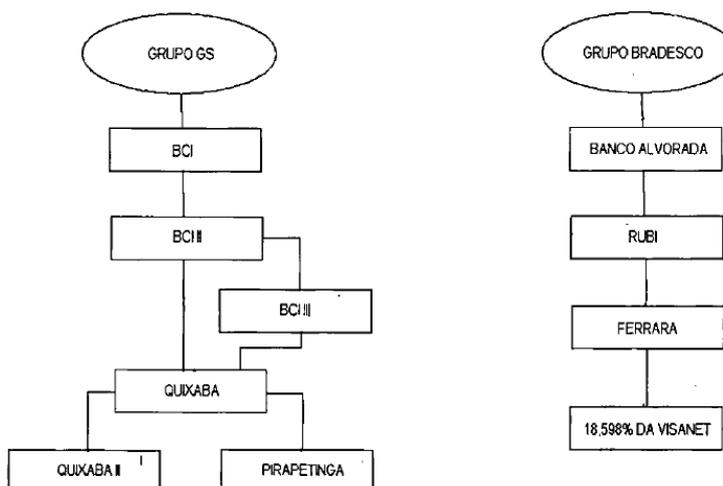
O Grupo Goldman Sachs (Goldman Sachs) era composto pelas seguintes empresas:

- a) Sediadas no exterior: Goldman Sachs & CO Inc (GSCO), Goldman Sachs Financial Services LP (GSFS), Brasília Cayman Investments Limited (BCI), Brasília Cayman Investments II Limited (BCI II) e Brasília Cayman Investments III Limited (BCI III);
- b) Sediadas no Brasil: Quixaba Empreendimentos e Participações Ltda (Quixaba), Pirapetinga Empreendimentos e Participações Ltda (Pirapetinga) e Quixaba Investimentos S/A (Quixaba II).

O Grupo Bradesco era formado pelas seguintes empresas:

- a) Sediadas no exterior: Filial nas Ilhas Cayman do Banco Bradesco S/A;
- b) Sediadas no Brasil: Banco Bradesco S/A (Bradesco), Banco Alvorada S/A (Alvorada), Rubi Holdings Ltda (Rubi), Bradesplan Participações S/A (Bradesplan) e Ferrara Participações S/A (Ferrara).

ORGANOGRAMA SIMPLIFICADO DOS GRUPOS GOLDMAN SACHS E BRADESCO



Para uma melhor compreensão de toda a operação realizada entre os dois grupos reproduzimos integralmente o esclarecimento prestado pela empresa

Quixaba, em 30/08/2011, sobre o propósito negocial da operação realizada entre o Goldman Sachs e o Banco Bradesco e o motivo da mesma ter sido desfeita.

A contribuinte esclarece abaixo o propósito negocial da operação realizada entre o Goldman Sachs (GS) e o Banco Bradesco (Bradesco), conduzido através de suas subsidiárias, que teve início em 04/09/2008 pelo investimento realizado pela empresa Pirapetinga (subsidiária do GS) na Ferrara Participações (subsidiária do Bradesco) e terminou em 11/12/2008 através da aquisição pela Rubi Holdings (subsidiária do Bradesco) da Quixaba (subsidiária do GS) e correspondente pagamento de Nota Promissória emitida por esta em favor do GS:

O Bradesco é um dos maiores Bancos brasileiros e tem em seus portfólios diversos ativos financeiros, ativos não financeiros e investimentos.

O GS é uma instituição com sede nos Estados Unidos, sendo um dos Bancos de investimentos mais prestigiados de Wall Street. O GS era, à época da pré-negociação, um banco reconhecido por ter uma expertise mundial em estruturação e negociação de ativos, com funcionários altamente qualificados e experientes em negociações que atuavam e se relacionavam globalmente, além de possuir uma estrutura de capital muito significativa. Por esses atributos, era considerado o maior banco de investimentos do mundo.

O Bradesco e o GS, dado os pontos fortes de cada um especificamente, conforme mencionado acima, acreditaram que podiam montar um negócio conjunto, o qual poderia explorar alguns ativos do Bradesco visando sua otimização. Para isso, seria utilizada toda a experiência de estruturação de negócios e o alcance global do GS, além da capacidade financeira de ambas as instituições.

A ideia da parceria, a princípio, era explorar ativos denominados como Real State (ativos imobiliários) e alguns investimentos detidos pelo Bradesco, entre eles o investimento Visanet.

Como passo inicial dessa sociedade, as partes resolveram estruturar uma operação para a exploração do investimento Visanet e a primeira etapa do negócio era a estruturação da sociedade, a qual foi concluída em 04/09/2008, com a entrada da Pirapetinga na Ferrara.

Algum tempo após essa associação, eclodiu um fato muito relevante e excepcional, que atingiu os princípios dessa sociedade. No dia 15 de setembro de 2008, houve o anúncio do pedido de concordata do banco Lehman Brothers. Esse dia foi extremamente negativo para o mercado financeiro mundial, com quedas generalizadas de preços de ativos financeiros acompanhado do risco de uma recessão da economia global. Os bancos centrais começaram a adotar medidas para socorrer suas economias e tentar conter o risco sistêmico no mercado bancário mundial. A crise foi intensificada com os sérios problemas divulgados pela seguradora AIG. Nesse cenário, o FED injetou US\$ 70 bilhões nas instituições financeiras americanas, o Banco Central Europeu injetou US\$ 99 bilhões, o Banco Central Japonês ofereceu US\$ 24 bilhões, o da Rússia US\$ 18 bilhões. Na sequência desses graves eventos, começou-se a discutir o risco dos derivativos de crédito (carregados por instituições financeiras), o que aprofundou mais ainda a gravidade da crise, pois havia se perdido o controle do tamanho do risco, se tal risco se materializasse.

A economia americana foi uma das que mais sofreu com a crise incluindo seu sistema financeiro. O governo americano implantou uma série de pacotes de ajuda econômica, visando amenizar a crise e evitar a quebra dos grandes bancos e corretoras dos Estados Unidos, mesmo assim a volatilidade do mercado acionário persistiu, bem como as notícias de dificuldades dos bancos americanos como o GS, Bank of America, Citibank. A sequência dos fatores desencadeou no sistema financeiro americano a falta de confiança dos investidores, o problema de captação de recursos e liquidez, fatores que, no extremo, poderiam inviabilizar a continuidade de negócios dos bancos.

No Brasil, o custo do crédito começou a aumentar, por causa da dificuldade de captação externa por conta da crise. Os bancos que anteriormente captavam recursos no exterior, com o agravamento da crise nos Estados Unidos, começaram a recorrer aos recursos do mercado interno, com isso o Banco Central adotou medidas para tentar aumentar a liquidez, como a redução de depósitos compulsórios, estímulo para que grandes bancos comprassem carteiras de médios e pequenos bancos etc.

Dado todo o cenário adverso, a sociedade entre Bradesco e GS, teve que ser revista pelos dois lados. Para GS, naquele momento, era mais importante ter recursos que possibilitassem liquidez, a ter investimentos fora do país, mesmo que no futuro tais investimentos tivessem um bom potencial de retorno. Para o Bradesco, era importante que o seu investimento Visanet não sofresse qualquer tipo de restrição à governança que eventualmente pudesse advir em relação à exposição da GS à severa crise de mercado.

Dados os fatos excepcionais e graves alheios à vontade das partes iniciou-se uma operação para o “desfazimento” da sociedade implementada em setembro, fato que foi consumado no mês de dezembro de 2009.

(...)

Todas esta fase será dividida nas seguintes datas e eventos:

- 1) 04/09/2008 - Assunção de compromissos para a aquisição de uma participação de 9,28% na Visanet;
- 2) 08/09/2008 – Implementação dos compromissos assumidos e estipulação de direitos e garantias;
- 3) 13/11/2008 e 03/12/2008 – Atos intermediários;
- 4) 09/12/2008 - Assunção de compromissos para desfazer o negócio;
- 5) 11/12/2008 - Implementação do “desfazimento” do negócio.

1.3.1 ASSUNÇÃO DE COMPROMISSOS PARA A AQUISIÇÃO DE UMA PARTICIPAÇÃO DE 9,28% DA VISANET

Em 04/09/2008 foram assinados diversos documentos em que o Grupo Goldman Sachs se comprometia a adquirir 9,28% de participação na Visanet pertencente ao Grupo Bradesco.

Este compromisso seria efetivado através da aquisição, pela Pirapetinga, de 49,9% de participação societária da Ferrara, proprietária de 126.910.350 ações da

Visanet, representando 18,6% do capital da mesma, pelo montante de R\$ 4.382.435.166,14.

O Grupo Bradesco, através da filial das Ilhas Cayman do Banco Bradesco, se comprometeu a emprestar o valor de R\$ 1.575.010.205,00 à BCI II, desde que no dia 08/09/2008 esta tivesse cumprido todos os acordos pertinentes a esta aquisição.

A seguir listamos e comentamos os diversos documentos e contratos que foram assinados nesta data.

a) Contrato de Compra e Venda de Nota Vinculada a Ativo

(...)

b) Ata da AGE da Ferrara

(...)

c) Acordo de Acionistas

(...)

d) Contrato de Compra e Venda de Nota de Taxa Flutuante de R\$ 3 bilhões

O contrato foi firmado em 04/09/2008 entre empresas do Grupo Goldman Sachs, em que a Quixaba concordava em emitir e a GSFS em comprar, em 08/09/2008, uma Nota pelo valor de R\$ 3 bilhões.

O fechamento ocorreria em 08/09/2008, quando a Quixaba entregaria a Nota e a GSFS transferiria o numerário para a conta nº 5571-9, da agência nº 2372 do Banco Bradesco, pertencente a Quixaba.

(...)

1.3.2 IMPLEMENTAÇÃO DOS COMPROMISSOS ASSUMIDOS E ESTIPULAÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS

Em 08/09/2008 foram implementados todos os compromissos assinados e o Grupo Goldman Sachs pagou o valor de R\$ 4.382.435.166,14 por 49,9% de participação na Ferrara.

Como o único ativo relevante da Ferrara era a sua participação de 18,598% no capital da Visanet, podemos inferir que o Grupo Goldman Sachs avaliou esta participação em aproximadamente R\$ 4,4 bilhões, e, por conseguinte, a empresa Visanet teria sido avaliada em torno de R\$ 23,7 bilhões.

As partes assinaram diversos contratos de penhor e alienações fiduciárias de forma a garantir o pagamento ao GSFS da Nota Promissória de Taxa Flutuante de 3 bilhões.

As partes também assinaram diversos contratos de opção de compra e venda para permitir a compra e a venda de suas participações em casos extremos, como uma falência, bem como após a ocorrência de um evento de IPO da Visanet.

A seguir listamos e comentamos os diversos eventos que culminaram na implementação dos compromissos assumidos em 04/09/2008, bem como do fluxo

financeiro do numerário utilizado para o pagamento do valor acordado de R\$ 4.382.435.166,14.

(...)

a) Emissão e compra da Nota Vinculada a Ativo

(...)

b) Aporte de capital na Quixaba efetuado pela BCI II e BCI III

A 2ª Alteração do Contrato Social da Quixaba, celebrada em 08/09/2008, aumentou o capital social para R\$ 1.625.261.158,62 que passou a ser representado por 162.526.115.862 quotas.

A BCI II integralizou 162.509.863.250 quotas no valor de R\$ 1.625.098.632,50, e a BCI III integralizou 16.252.612 quotas no valor de R\$ 162.526,12.

(...)

c) Emissão da Nota de Taxa Flutuante de R\$ 3 bilhões

A Quixaba, pelo valor recebido de R\$ 3 bilhões, em 08/09/2008, se comprometia a pagá-lo, na data de 26/02/2010, exceto se ocorresse um Resgate Antecipado ou um Evento de Rescisão Antecipada.

Todos os termos e disposições previstos no **Contrato de Compra e Venda de Nota de Taxa Flutuante de R\$ 3 bilhões** celebrado em 04/09/2008 se aplicavam a esta Nota.

(...)

d) Procedimentos adotados pela Quixaba após o recebimento do numerário do exterior

O Grupo Goldman Sachs entrou no país, em 08/09/2008, com um total de R\$ 4.625.261.158,62 (US\$ 2.719.142.362,51), sendo que R\$ 1.625.261.158,62 (US\$ 955.473.932,17) através de integralização do capital da Quixaba e R\$ 3.000.000.000,00 (US\$ 1.763.668.430,34) através de empréstimo concedido pelo GSFS a Quixaba.

(...)

e) Procedimentos adotados pela Pirapetinga após o recebimento do numerário da Quixaba

A Pirapetinga recebeu, em 08/09/2008, R\$ 4.382.585.166,14 através da integralização do seu capital realizada pela Quixaba.

Na mesma data integralizou as 99.971.365 ações da Ferrara, representativas de 49,9% do seu capital social, que haviam sido subscritas em 04/09/2008 pelo valor de R\$ 4.382.435.166,14.

O patrimônio líquido da Ferrara na data de 03/09/2008 era de R\$ 100.371.943,47, sendo que seu ativo e passivo era composto pelas seguintes contas:

O único ativo relevante no acervo da Ferrara era a sua participação de 18,598% no capital da Visanet, representado contabilmente pelo montante de R\$ 100.363.608,58.

(...)

Como a Pirapetinga pagou o valor de R\$ 4.382.435.166,14, entendemos que a mesma avaliou a empresa Visanet em torno de R\$ 23,7 bilhões.

Com o aporte efetuado pela Pirapetinga o novo patrimônio líquido da Ferrara passou a ser de R\$ 4.482.807.109,61 (R\$ 4.382.435.166,14 + R\$ 100.371.943,47).

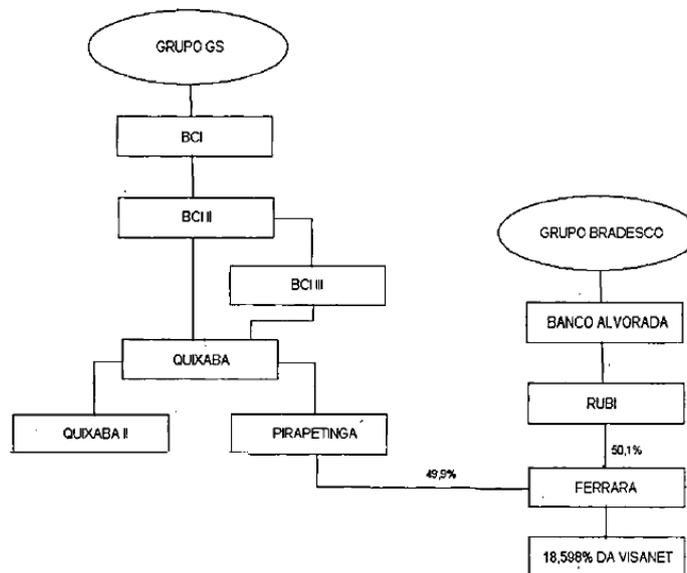
Pelo método de equivalência patrimonial a Pirapetinga registrou a sua participação de 49,9% no novo patrimônio líquido da Ferrara e a diferença entre este valor e o aporte efetuado foi registrado como ágio. A contabilidade da Pirapetinga apresentava os seguintes saldos relativos a estas contas em 08/09/2008:

1.3.1.01.0001 -7 - Ferrara - R\$ 2.236.920.777,09

1.3.1.01.0002-6 - Ferrara - Ágio - R\$ 2.145.514.389,05

Como o Grupo Goldman Sachs pegou emprestado do Grupo Bradesco R\$ 1,575 bilhões com o compromisso de adquirir uma participação na Ferrara pelo valor de R\$ 4,382 bilhões, isto nos leva a considerar que uma parcela deste ágio só foi paga porque o Banco Bradesco impôs esta condição para emprestar o dinheiro.

Após a aquisição, pela Pirapetinga, da participação acionária na Ferrara o organograma ficou da seguinte forma:



f) Procedimentos adotados pela Ferrara após o recebimento do numerário da Pirapetinga

(...)

1.3.3 ATOS INTERMEDIÁRIOS

Estes atos foram praticados em 13/11/2008 e 03/12/2008 e referem-se à emissão de debêntures realizada pela Quixaba II, subsidiária integral da Quixaba, que era uma empresa do Grupo Goldman Sachs e a subscrição destas debêntures

efetuada pela Ferrara, empresa, que neste momento tinha o seu controle repartido entre o Grupo Bradesco e Goldman Sachs.

As debêntures foram subscritas pelo valor de R\$ 2.250.000.000,00 em 03/12/2008 e foram resgatadas em 02/01/2009 pelo valor líquido de R\$ 2.268.776.809,72.

Como o valor subscrito pela Ferrara de R\$ 2,25 bilhões foi bem próximo do ágio pago pelo Grupo Goldman Sachs, podemos entender que este tenha sido um primeiro procedimento para desfazer o negócio e devolver o dinheiro ao Grupo Goldman Sachs, visto que o valor recebido pela Quixaba II foi utilizado na compra de LFT que foram penhoradas ao GSFS, porém esta linha de “desfazimento” parece não ter prosperado.

Cabe destacar que as ações da Visanet sofreram um desdobramento de 1/2, conforme consta da ata da AGE de 22/09/2008 da Visanet, com isso a Ferrara passou a possuir em seu acervo 253.820.700 ações da Visanet.

(...)

1.3.4 ASSUNÇÃO DE COMPROMISSOS PARA DESFAZER O NEGÓCIO

Em 09/12/2008 foram celebrados dois compromissos, um que extinguiria a participação do Grupo Goldman Sachs nas ações da Visanet e o outro que extinguiria uma dívida com o Grupo Goldman Sachs.

Os dois compromissos, em conjunto caracterizaram o “desfazimento” do negócio.

Os compromissos acordados foram a compra da BCI II pela filial das Ilhas Cayman do Banco Bradesco e o pagamento da Nota Promissória de Taxa Flutuante de R\$ 3 bilhões ao GSFS pela Rubi, ambos os compromissos deveriam ser concretizados em 11/12/2008.

a) Compra da BCI II pelo Banco Bradesco

Em 09/12/2008 foi assinado entre o Banco Bradesco, atuando por intermédio de sua filial nas Ilhas Cayman, e a BCI um contrato de compra e venda das 40.000 ações da BCI II, representando a totalidade de suas ações e pertencentes a BCI, pelo valor de US\$ 94.222.374,00.

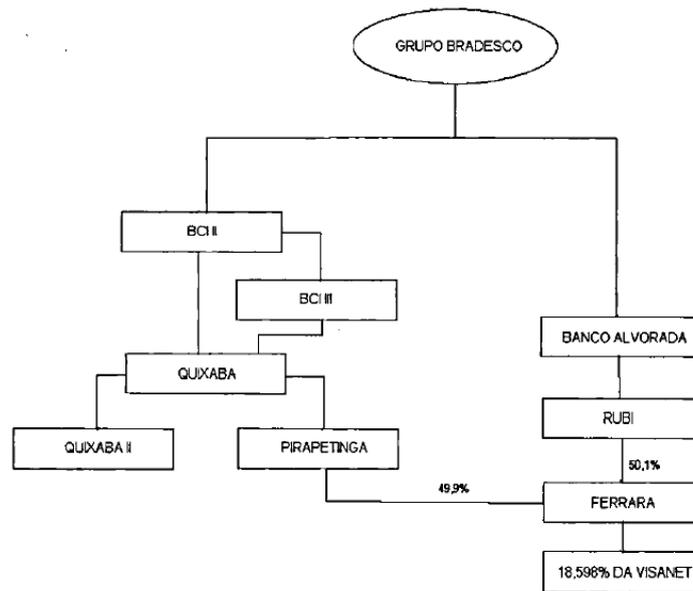
(...)

b) Compromisso assumido pela Rubi de adquirir da GSFS a Nota de R\$ 3 bilhões emitida pela Quixaba

Em 09/12/2008 a Rubi, a GSFS e a Quixaba celebraram um **Contrato de Compra e Venda**, através do qual a Rubi se comprometia a adquirir, na data de 11/12/2008, pelo valor de R\$ 3.116.040.206,00, a Nota de R\$ 3 bilhões emitida pela Quixaba.

(...)

Com o negócio entre os Grupos Goldman Sachs e Bradesco desfeito, temos uma nova organização societária, com a devolução do dinheiro investido ao Grupo Goldman Sachs e o retorno ao Grupo Bradesco do controle total sobre a participação de 18,598% na Visanet.



1.3.5 IMPLEMENTAÇÃO DO "DESFAZIMENTO" DO NEGÓCIO

Em 11/12/2008 foram realizados os pagamentos dos compromissos acordados em 09/12/2008 para desfazer o negócio entre o Grupo Goldman Sachs e o Grupo Bradesco.

(...)

1.3.6 ANÁLISE SOBRE A OPERAÇÃO QUE FOI DESFEITA ENVOLVENDO OS GRUPOS GOLDMAN SACHS E BRADESCO

O Grupo Goldman Sachs entrou no país, em 08/09/2008, com um total de R\$ 4.625.261.158,62, sendo que R\$ 1.625.261.158,62 através de integralização do capital da Quixaba, realizado pela BCI II e BCI III, e R\$ 3.000.000.000,00 através de empréstimo concedido pelo GSFS a Quixaba.

Como a BCI II pegou emprestado o valor de R\$ 1.575.010.205,00 com a filial das Ilhas Cayman do Banco Bradesco, podemos considerar que para desfazer o negócio em 08/09/2008 bastaria o Grupo Bradesco devolver ao Grupo Goldman Sachs o montante de R\$ 3.050.250.953,62 (R\$ 4.625.261.158,62 - R\$ 1.575.010.205,00).

As partes tinham total liberdade para definir a forma de devolução, e acordaram no dia 09/12/2008 que o Grupo Bradesco iria adquirir as ações da BCI II e assumiria a dívida relativa ao empréstimo de R\$ 3 bilhões concedido pelo GSFS à Quixaba.

O valor total pago em 11/12/2008 foi de R\$ 3.349.984.937,89. Este valor era composto dos seguintes valores:

- a) R\$ 3 bilhões pelo pagamento do principal da Nota promissória;
- b) R\$ 116.040.206,00 pelos juros incidentes sobre os R\$ 3 bilhões; e
- c) R\$233.944.731,89 pela aquisição das ações da BCI II

O propósito desta análise é demonstrar que esta operação, iniciada em 04/09/2008 e desfeita em 09/12/2008, teve como efeito prático a devolução do dinheiro ao Grupo Goldman Sachs acrescido de juros.

Economicamente a operação, como um todo, foi semelhante ao pagamento de um empréstimo concedido pelo Grupo Goldman Sachs ao Grupo Bradesco.

Conforme veremos no item 1.4 o Grupo Bradesco utilizou o ágio de R\$ 2.145.514.389,05 que estava registrado na Pirapetinga, atribuindo-o ao valor contábil das ações da Visanet que pertenciam a Ferrara.

Pelo exposto podemos verificar que este ágio, a partir do “desfazimento” do negócio entre investidor e investido, perdeu o seu fundamento econômico, pois o dinheiro utilizado no pagamento deste ágio foi devolvido integralmente ao investidor e o controle acionário sobre a participação na Visanet, objeto da negociação, retornou ao controle do Grupo Bradesco.

As partes tinham total liberdade para fazer e desfazer o negócio, porém a forma jurídica adotada não deveria modificar a essência econômica desta operação que foi na realidade uma venda que foi desfeita com a devolução do dinheiro utilizado pelo Grupo Goldman Sachs na aquisição de 9,28% de participação societária na empresa Visanet.

1.4 FASE 3 - VISÃO GERAL

Esta fase envolveu diversas operações, apenas entre empresas do Grupo Bradesco, com atribuição de diversos ágios ao valor contábil das ações da Visanet, que resultaram em um aumento total do custo contábil destas ações de **R\$ 2.934.898.634,15**.

Uma parte deste ágio, no valor de R\$ 2.145.514.389,05, foi criado em 08/09/2008, quando a Pirapetinga adquiriu uma participação societária na Ferrara, fato que já foi exaustivamente explorado nos itens 1.3.2, alínea (e), e 1.3.6, e deveria ter sido expurgado da contabilidade da Pirapetinga, em 09/12/2009, quando a negócio foi desfeito, conforme visto no item 1.3.6.

O restante do ágio foi criado em dois momentos distintos, o primeiro, no valor de R\$ 305.675.950,64, em 11/12/2008, quando a Rubi adquiriu a Quixaba, e o segundo, no valor de R\$ 483.708.294,46, em 23/04/2009, quando a Quixaba contabilizou a incorporação da Pirapetinga pela Ferrara.

Apesar do ágio de R\$ 2,145 bilhões ter envolvido inicialmente o Grupo Goldman Sachs, após o negócio ter sido desfeito, este ágio e os demais, desde as suas constituições, tratavam-se de “riquezas” criadas em operações realizadas dentro do próprio Grupo Bradesco, ou seja, o Grupo Bradesco criou uma riqueza nova sobre ativos que já lhe pertenciam.

(...)

Iremos dividir esta fase da seguinte forma:

- 1) **11/12/2008** - Aquisição das cotas da Quixaba pela Rubi - **Criação de um ágio de R\$ 305.675.950,64** na contabilidade da Rubi;

- 2) **23/04/2009** - Incorporação da Pirapetinga pela Ferrara - **Atribuição do ágio de R\$ 2.145.514.389,05** ao valor contábil das ações da Visanet pertencentes a Ferrara;
- 3) **23/04/2009** - Incorporação da Pirapetinga pela Ferrara - **Criação de um ágio de R\$ 1.074.907.321,03** na contabilidade da Quixaba;
- 4) **24/04/2009** - Redução do capital da Ferrara - **Transferência do ágio de R\$ 2.145.514.389,05** para as empresas Rubi (**R\$ 1.074.902.704,73**) e Quixaba (**R\$ 1.070.611.684,32**);
- 5) **30/04/2009** - Redução do capital da Quixaba - **Transferência do ágio de R\$ 1.554.319.978,78** para a empresa Rubi, sendo este montante composto da soma dos ágios de **R\$ 1.070.611.684,32** com **R\$ 483.708.294,46** (este valor refere-se a uma parcela do ágio criado na Quixaba em 23/04/2009); e
- 6) **04/05/2009** - Subscrição do capital da Columbus pela Rubi - **Transferência do ágio de R\$ 2.934.898.634,15** para a empresa Columbus, sendo este valor composto da soma dos ágios de **R\$ 2.145.514.389,05**, **R\$ 483.708.294,46** e **R\$ 305.675.950,64**.

(...)

1.4.2 INCORPORAÇÃO DA PIRAPETINGA PELA FERRARA - ATRIBUIÇÃO DO ÁGIO AO VALOR CONTÁBIL DAS AÇÕES DA VISANET

A atribuição do ágio de R\$ 2.145.514.389,05 ao valor contábil das ações da Visanet pertencentes a Ferrara, ocorreu quando esta incorporou a Pirapetinga em 23/04/2009.

A incorporação da Pirapetinga está descrita na ata da AGE da Ferrara datada de 23/04/2009 e no Instrumento de Protocolo e Justificação de Incorporação datado de 22/04/2009.

A Pirapetinga contabilizava este ágio na conta 1.3.1.01.0002-6 - Ferrara - Ágio e a Ferrara passou a contabilizá-lo na conta 1.3.1.1.2.057 - Ágio - Visanet.

A origem deste ágio estava fundamentada na venda a valor de mercado de 9,28% de participação na Visanet pelo Grupo Bradesco ao Grupo Goldman Sachs.

Esta venda foi formalizada através da aquisição pela Pirapetinga de 49,9% de participação na Ferrara, a qual contabilizava as ações da Visanet pelo seu valor patrimonial.

Sabemos que o negócio foi desfeito, ou seja, a venda foi desfeita, inclusive com a devolução do dinheiro investido ao Grupo Goldman Sachs, porém a contabilidade da Pirapetinga não refletiu este "desfazimento".

A Pirapetinga poderia, de forma mais transparente, ter registrado este "desfazimento" em sua contabilidade da seguinte forma:

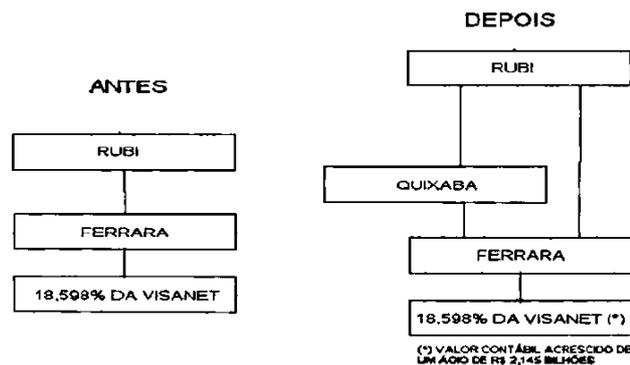
D- Despesas de provisão (Despesa não dedutível) - R\$2.145.514.389,05**C - Provisão para perdas em investimentos (Redutora do ativo) - R\$ 2.145.514.389,05**

Procedendo desta forma, no momento da incorporação pela Ferrara o ágio registrado pela Pirapetinga seria cancelado com a provisão constituída.

Assim nenhum ágio seria atribuído ao valor contábil das ações da Visanet, evidenciando que a venda destas ações tinha sido desfeita.

Considerando que a maior parte do valor devolvido ao Grupo Goldman Sachs foi pago pela Rubi através da quitação da Nota Promissória de R\$ 3 bilhões acrescida de juros e que após o desfazimento do negócio ela adquiriu a Quixaba pelo valor de R\$ 1,827 bilhões, podemos considerar que foi a própria Rubi quem suportou o ônus financeiro do ágio que foi atribuído às ações da Visanet.

Sabemos que a Rubi detinha o controle indireto de 18,598% da Visanet antes da venda de 9,28% da Visanet ao Grupo Goldman Sachs e que após o "desfazimento" do negócio voltou a deter o controle indireto de 18,598% da Visanet, vide figura abaixo considerando a incorporação da Pirapetinga pela Ferrara.



Atribuir o ágio de R\$ 2,145 bilhões ao valor contábil das ações da Visanet, significa afirmar que a própria Rubi adquiriu com ágio ações que já lhe pertenciam, pois foi a Rubi quem efetivamente suportou o ônus financeiro deste ágio após o desfazimento do negócio.

Ressaltamos que a Rubi, em conformidade com o entendimento desta fiscalização, registrou em sua contabilidade, em 31/12/2008, na conta 1.3.1.1.6.010 - Outras Empresas (reduzora de ativo), o saldo credor de R\$ 2.145.514.364,30, cujo histórico de lançamento descrevia: "*Valor referente a provisão para perda em investimento da Ferrara Participações Ltda, relativo ao mês de dezembro/2008, conforme mapa de investimentos.*" (grifos nossos).

Infelizmente a Pirapetinga não adotou o mesmo critério de contabilização, gerando a distorção em sua contabilidade ao não demonstrar o "desfazimento" do negócio.

(...)

1.4.4 REDUÇÃO DO CAPITAL DA FERRARA

Em 24/04/2009 a Ferrara realizou uma AGE para efetivar uma proposta de redução de capital, da ata desta AGE destacamos:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 16/04/2014 por JOSE EVANDE CARVALHO ARAUJO, Assinado digitalmente em 16/

04/2014 por JOSE EVANDE CARVALHO ARAUJO, Assinado digitalmente em 16/04/2014 por JOAO OTAVIO OPPERMA

NN THOME

Impresso em 13/05/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

- Foi realizada a redução do Capital Social em R\$ 2.241.317.443,26, com o cancelamento de 64.902.343 ações, mediante restituição do valor mencionado às acionistas da Sociedade, em bens representados por 253.820.700 ações de emissão da Companhia Brasileira de Meios de Pagamento - VISANET;

- Foi restituído à acionista Rubi o valor de R\$ 1.122.900.034,70 representados por 127.164.170 ações da VISANET, com o conseqüente cancelamento de 32.516.074 ações de emissão da Sociedade, de titularidade da Rubi; .

- Foi restituído à acionista Quixaba o valor de R\$ 1.118.417.408,56 representados por 126.656.530 ações da VISANET, com o conseqüente cancelamento de 32.386.269 ações de emissão da Sociedade, de titularidade da Quixaba;

- O Capital Social passou a ser de R\$ 2.553.289.773.74, dividido em 148.185.822 ações.

Os seguintes lançamentos contábeis foram realizados pela Ferrara relativos a esta redução de capital.

D - 2.8.1.1.1.001 - Capital Social Integralizado - R\$ 2.241.317.443,26

C - 1.3.1.1.2.057- Ágio - Visanet - R\$ 2.145.514.389,05

C - 1.3.1.1.1.048 - 6300 Visanet-R\$ 95.803.054,21

Conforme visto neste Termo, em especial no item 1.4.2, o ágio de R\$ 2,145 bilhões, a partir do “desfazimento” do negócio, perdeu o seu fundamento econômico e não deveria ter sido atribuído ao valor contábil das ações da Visanet.

Como o negócio foi desfeito e o dinheiro foi devolvido, o ônus financeiro pelo pagamento do ágio foi suportado pela Rubi.

Com a redução do capital da Ferrara, ficou claro que a Rubi recebeu as ações da Visanet que já lhe pertenciam acrescidas de um ágio pelo qual ela mesma pagou.

(...)

A essência econômica deste ágio de R\$ 2,145 bilhões estava baseada em uma operação de venda que foi desfeita, e apesar do Grupo Bradesco não ter contabilizado o “desfazimento” desta venda na Pirapetinga, esta fiscalização irá considerar os efeitos tributários deste “desfazimento” sobre a transferência deste ágio para a Rubi e Quixaba.

(...)

1.4.5 REDUÇÃO DO CAPITAL DA QUIXABA

Em 30/04/2009 a Quixaba promoveu uma redução de capital formalizada através de Instrumento Particular de Alteração do Contrato Social.

Este Instrumento informa que foi realizada a redução do Capital Social em R\$ 1.602.125.703,02, com o cancelamento de 160.212.570.302 cotas, mediante restituição do valor mencionado à sócia-cotista Rubi, em bens representados por 126.656.530 ações de emissão da Companhia Brasileira de Meios de Pagamento — VISANET

(...)

1.4.6 SUBSCRIÇÃO DO CAPITAL DA COLUMBUS PELA RUBI

Em 04/05/2009 a Rubi subscreveu o capital da empresa Columbus entregando 253.820.700 ações da Visanet.

(...)

Após descrever os fatos, a autoridade fiscal entendeu que a redução do capital da Ferrara, ocorrida em 23/4/2009, com a entrega de ativos aos sócios por montante acima do valor contábil é fato gerador de Imposto de Renda conforme previsto no art. 419 do Regulamento do Imposto de Renda. Transcrevo seus argumentos:

O valor contábil para ativos avaliados por equivalência patrimonial é composto pela soma de (i) valor do ativo pelo método de equivalência patrimonial (MEP), (ii) o ágio ou deságio na aquisição do investimento e (iii) provisão para perdas que tiver sido deduzida na apuração do lucro real.

Em 23/04/2009, antes da incorporação da Pirapetinga, a Ferrara registrava as ações representativas de 18,598% do capital da Visanet, pelo valor contábil de R\$ 96 milhões que era igual ao valor patrimonial (MEP) destas ações.

Caso a Ferrara procedesse a redução de seu capital em R\$ 2,241 bilhões com a entrega destas ações da Visanet aos seus sócios, ela deveria oferecer à tributação o valor de R\$ 2,145 bilhões, correspondente à diferença entre o valor atribuído ao ativo e o seu valor contábil.

Porém a Ferrara, antes de reduzir o seu capital, incorporou a Pirapetinga trazendo para o valor contábil das ações da Visanet o montante de R\$ 2,145 que foi denominado como “Ágio-Visanet”.

A origem deste ágio estava fundamentada na venda a valor de mercado de 9,28% de participação na Visanet pelo Grupo Bradesco ao Grupo Goldman Sachs que foi desfeita.

A Pirapetinga poderia, de forma mais transparente, ter registrado este “desfazimento” em sua contabilidade da seguinte forma:

D - Despesas de provisão (Despesa não dedutível) - R\$ 2.145.514.389,05

C - Provisão para perdas em investimentos (Redutora do ativo) - R\$ 2.145.514.389,05

Procedendo desta forma, no momento da incorporação pela Ferrara, o ágio registrado pela Pirapetinga seria cancelado com a provisão constituída, e nenhum ágio seria atribuído ao valor contábil das ações da Visanet, evidenciando que a venda destas ações tinha sido desfeita.

Considerando que a maior parte do valor devolvido ao Grupo Goldman Sachs foi pago pela Rubi através da quitação da Nota Promissória de R\$ 3 bilhões acrescida de juros e que após o desfazimento do negócio ela adquiriu a Quixaba pelo valor de R\$ 1,827 bilhões, podemos afirmar que foi a própria Rubi quem suportou o ônus financeiro do ágio que foi atribuído às ações da Visanet.

Sabemos que a Rubi detinha o controle indireto de 18,598% da Visanet antes da venda de 9,28% da Visanet ao Grupo Goldman Sachs e que após o "desfazimento" do negócio voltou a deter o controle indireto de 18,598% da Visanet.

Atribuir o ágio de R\$ 2,145 bilhões ao valor contábil das ações da Visanet, significa afirmar que a própria Rubi adquiriu com ágio ações que já lhe pertenciam, pois foi a Rubi quem efetivamente suportou o ônus financeiro deste ágio após o desfazimento do negócio.

A própria Rubi, em conformidade com o entendimento desta fiscalização, registrou em sua contabilidade, em 31/12/2008, na conta 1.3.1.1.6.010 - Outras Empresas (reduzora de ativo), o saldo credor de R\$ 2.145.514.364,30, cujo histórico de lançamento descrevia: "*Valor referente a provisão para perda em investimento da Ferrara Participações Ltda, relativo ao mês de dezembro/2008, conforme mapa de investimentos.*" (grifos nossos), porém não atribuiu esta provisão ao valor contábil das ações da Visanet quando elas foram transferidas para a Columbus.

As partes tinham total liberdade para desfazer o negócio, porém a forma jurídica adotada não deveria modificar a essência econômica desta operação que foi na realidade uma venda que foi desfeita com a devolução do dinheiro utilizado pelo Grupo Goldman Sachs na aquisição de 9,28% de participação societária na empresa Visanet.

Portanto, a atribuição deste ágio ao valor contábil das ações da Visanet não tem o menor fundamento econômico, conforme já exaustivamente visto neste Termo, primeiro porque a venda da participação da Ferrara foi desfeita, que era o fundamento do ágio registrado na Pirapetinga, e segundo porque o ônus financeiro deste ágio foi suportado pela própria Rubi, sócia majoritária da Ferrara antes da venda ser realizada e depois da venda ser desfeita.

Devemos fazer uma leitura atenta do parágrafo único do artigo 219 do RIR/99:

"Integram a base de cálculo todos os ganhos e rendimentos de capital, qualquer que seja a denominação que lhes seja dada, independentemente da natureza, da espécie ou da existência de título ou contrato escrito, bastando que decorram de ato ou negócio que, pela sua finalidade, tenha os mesmos efeitos do previsto na norma específica de incidência do imposto" (Grifos nossos)

O contribuinte tem liberdade para contabilizar os seus ativos da forma que lhe for conveniente, os limites impostos pelo Fisco se reservam apenas aos efeitos tributários destas contabilizações.

Apesar do valor de R\$ 2,145 bilhões estar denominado como "Ágio - Visanet" na contabilidade da Ferrara e da liberdade do contribuinte de atribuí-lo ao valor contábil das ações Visanet, o "Ágio - Visanet" não poderia ser utilizado para reduzir o valor tributável previsto no artigo 419 do RIR/99, visto que o mesmo era desprovido de qualquer fundamento econômico e teria sido financeiramente suportado pelo próprio sócio da Ferrara, que neste caso iria figurar como comprador, vendedor e principal beneficiário desta redução de capital com a entrega de ativos que foram valorizados por ele mesmo.

A essência econômica deste ágio de R\$ 2,145 bilhões estava baseada em uma operação de venda que foi desfeita, e apesar do Grupo Bradesco não ter contabilizado o "desfazimento" desta venda na Pirapetinga, esta fiscalização irá

considerar **os efeitos tributários** deste “desfazimento” sobre a transferência deste ágio para a Rubi e Quixaba.

Portanto, a Ferrara procedeu a redução de seu capital pelo valor de R\$ 2.241.317.443,26, entregando ações da Visanet cujo valor contábil, para efeitos tributários, deveria ser composto apenas do seu valor patrimonial de R\$ 95.803.054,21, resultando em um valor tributável de ganho de capital de R\$ 2.145.514.389,05.

O valor de RS 2.145.514.389,05 será tributado, na Ferrara, com base no artigo 419 do RIR/99.

IMPUGNAÇÃO

Cientificado do lançamento, o contribuinte apresentou impugnação (fls. 2.259 a 2.323), acatada como tempestiva. O relatório do acórdão de primeira instância descreveu o conteúdo do recurso da seguinte maneira (fls. 2.355 a 2.358):

1. A fiscalização não observou que a empresa que experimentou o ganho de capital, e, por consequência, o recolhimento a menor de tributos, em decorrência da contabilização do ágio, foi a Columbus Holding S/A, e não a impugnante.

1.1. O ganho de capital, a aquisição de renda – renda esta diminuída em razão da contabilização do ágio – foi apurado pela Columbus Holding S/A, e, assim sendo, somente a mencionada pessoa jurídica poderia sofrer as consequências pela diminuição dos tributos pagos, jamais a impugnante, que não auferiu renda alguma.

1.2. Logo, a presente autuação contempla hipótese de erro na identificação do sujeito passivo, o que acarreta sua nulidade.

2. Os presentes autos de infração foram lavrados sem enquadrar os fatos invocados como geradores da obrigação tributária na lei. A capitulação legal é genérica, aponta que ganho de capital é tributável, mas não aponta a lei da qual decorreu a convicção de que tenha se dado, em concreto, o tal ganho de capital.

3. No caso da impugnante, não ocorreu riqueza nova ou acréscimo patrimonial, logo não ocorreu fato gerador dos tributos em causa.

3.1. A impugnante recebeu de seu sócio um determinado valor, em aumento de capital, e aplicou estes recursos na sua atividade. Passado o tempo, reduziu este capital, restituindo a seus sócios o valor originalmente recebido e contabilizado.

3.2. Os autos se baseiam em fenômenos contábeis e não em renda. Tributou-se ágio e se esqueceu que o fato gerador dos tributos é a renda, o acréscimo, o ganho, o aumento patrimonial, e nenhum desses fenômenos ocorreu.

3.3. Feita a entrega das ações a valor de custo, não se gerou qualquer ganho de capital, qualquer renda, e não há nem mesmo como se questionar a forma de como é composto o custo contábil destas ações, pois há regra legal específica para a matéria.

3.4. O §4º do artigo 658 do RIR exclui o ágio da regra que manda tributar a redução de capital que tenha sido aumentado com reservas.

3.5. Assim, a redução do capital feita não enseja a geração de renda tributável, ainda que alguma houvesse sido gerada, o que não ocorreu.

4. Nem o Bradesco cedeu graciosamente parte das ações Visanet que possuía no momento inicial da associação, assim como o Goldman Sachs não as devolveu graciosamente quando da desassociação. Em todas as transações e operações realizadas, tinha-se em mente o valor de mercado de tais ações, que eram a razão da associação.

4.1. Por intermédio da aquisição de participações societárias, o Goldman Sachs adquiriu os ativos a que se comprometeu, pagando por eles valor de mercado, de forma a criar um negócio conjunto. Quando esse negócio conjunto tornou-se impraticável em razão da conjuntura internacional, recebeu pelos ativos, também parametrizados ao valor de mercado negociado entre as partes.

4.2. A desconstituição da parceria era um negócio complexo, pois, em função do valor dos ativos envolvidos, demandava recursos financeiros de grande monta para viabilizar o negócio, além da segurança que cada uma das partes exigia em cada um dos passos do negócio. Afinal, eram mais de 4 bilhões de reais envolvidos, e não era concebível perder tal valor no todo ou em parte. As partes não poderiam se sujeitar a ficar sem as devidas garantias em cada um dos passos que o negócio seguiu e a desconstituição da parceria foi planejada para atender aos requisitos de segurança das partes.

4.3. Ocorreu, na verdade, um novo negócio, não se podendo perder de vista que o Banco Alvorada, do Bradesco, teve que fazer um aporte de capital novo na impugnante de quase 5 bilhões de reais, para tornar possível a retirada do Goldman Sachs da parceria.

4.4. Neste contexto, não se pode falar em perda de fundamento econômico do ágio registrado.

5. O desfazimento da sociedade com o Goldman Sachs deu-se em 11/12/2008, quando a Rubi adquiriu a Quixaba. Neste momento, configurou-se a saída do Goldman Sachs da associação.

5.1. Portanto, nos termos do art.48, do Código Civil, por ocasião da lavratura dos autos aqui discutidos estava decaído o direito de se tirar os efeitos dos atos societários praticados, ainda que estes violassem a lei ou fossem eivados de erro, dolo, simulação ou fraude.

6. Segundo a fiscalização, a interveniência concreta das empresas regularmente constituídas não teria a menor importância ou significado, pois todas as ações, independentemente de quem as fazia, eram sempre o "Grupo Bradesco" e o "Grupo Goldman Sachs" que agiam.

6.1. Sendo assim, o procedimento da fiscalização implica na necessária desconstituição da personalidade jurídica das pessoas que efetivamente fizeram os negócios e acabaram sendo tributadas. Num momento elas não existem, para logo depois serem penalizadas.

6.2. Ressalte-se que a quebra da personalidade jurídica é prerrogativa do Poder Judiciário.

7. O entendimento adotado pela fiscalização contraria a orientação dada pela Receita Federal aos contribuintes por intermédio da resposta à questão de número 554 – “Qual é o tratamento tributário aplicável no caso de rescisão de contrato de promessa de compra e venda de bens ou direitos?”, do “Perguntão” da Pessoa Física, relativo ao ano-calendário de 2012, segundo a qual eventual ganho de capital

auferido no negócio desfeito tem o tratamento tributário como se o negócio não tivesse sido desfeito, e o desfazimento implica em nova aquisição que altera o custo do bem, para agregar ao valor anteriormente escriturado, para o bem, o ganho de capital do negócio desfeito.

8. Na data escolhida pela fiscalização, o ágio gerado na integralização feita pela Pirapetinga na impugnante já houvera sido incorporado ao capital social, sendo que a impugnante considerou a geração de tal ágio coberta pela não incidência dos tributos, em razão do artigo 442 do RIR.

8.1. Caso fosse aceita a tese da fiscalização, deveria ser glosado o ágio gerado no aumento do capital que gerou a reserva posteriormente capitalizada, motivo pelo qual o Fisco incorreu em erro com relação à eleição do fato gerador.

9. É insubsistente a alegação de que houve planejamento tributário visando à economia de tributos, visto que, no caso, o Grupo Bradesco pagaria menos tributos se não tivesse efetuado a reestruturação societária.

9.1. Conforme atesta o próprio termo de verificação fiscal, o custo médio de cada ação da Visanet era de R\$6,80, tendo sido alienadas no IPO 173.327.543 ações pelo valor unitário de R\$15,00, apurando-se um ganho de capital de R\$1.421.451.623,88.

9.2. Antes do IPO, a Rubi era proprietária de 253.820.700 ações da Visanet, cujo custo unitário era de R\$12,01. Assim, caso fossem alienadas no IPO apenas as ações da Visanet de propriedade da Rubi, o ganho de capital seria de R\$518.249.353,57, sobre o qual incidiriam tributos no montante de R\$176.204.780,21, valor R\$307.088.771,91 inferior ao montante de tributos recolhidos pelo Grupo Bradesco.

9.3. Assim, não faz sentido a argumentação de que o planejamento tributário visaria apenas à economia tributária, pois o que ocorreu foi justamente o contrário.

10. É indevida a incidência da variação da taxa SELIC sobre a multa de ofício apurada nos presentes autos.

10.1. Isto porque inexistente previsão legal para inclusão da taxa SELIC na multa, seja ela moratória, seja de ofício, incidindo referida taxa apenas e tão somente sobre os tributos e contribuições objeto da autuação, nos termos do art.61, da Lei nº 9.430/96.

11. A impugnante protesta pela posterior produção de novos argumentos e documentos que se fizerem necessários.

ACÓRDÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo I (SP) julgou procedente o lançamento, em acórdão que possui a seguinte ementa (fls. 2.350 a 2.369):

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2009

**IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. CAPITULAÇÃO
LEGAL DO LANÇAMENTO DE OFÍCIO**

Não prosperam os questionamentos relativos à identificação do sujeito passivo e à capitulação legal do lançamento de ofício, tanto em face da perfeita compreensão de ambas as questões demonstrada pela contribuinte por intermédio da peça de impugnação, quanto à luz do exauriente conjunto probatório trazido pela fiscalização aos autos.

VENDA DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA A VALOR DE MERCADO. DESFAZIMENTO DO NEGÓCIO JURÍDICO E CONSEQUENTE PERDA DO FUNDAMENTO ECONÔMICO DO ÁGIO.

Há perda do fundamento econômico relativo ao ágio oriundo de venda, a valor de mercado, de participação societária por um valor superior àquele registrado contabilmente, quando se constata o desfazimento do negócio jurídico, por meio do pagamento de maneira justa dos ativos envolvidos, de forma a preservar o valor de mercado, e assim eliminar a mais-valia referente à participação societária.

OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. SUBSUNÇÃO À HIPÓTESE PREVISTA EM LEI.

Não cabe questionar a ocorrência do fato gerador do tributo, ao ser demonstrado pelo Fisco que o caso descrito no lançamento de ofício se subsumiu à situação definida em lei para gerar a obrigação principal.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Ano-calendário: 2009

LANÇAMENTO REFLEXO. MESMOS EVENTOS. DECORRÊNCIA.

A ocorrência de eventos que representam, ao mesmo tempo, fatos geradores de vários tributos impõe a constituição dos respectivos créditos tributários, e a decisão quanto à ocorrência desses eventos repercute na decisão de todos os tributos a eles vinculados. Assim, o decidido em relação ao Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ aplica-se à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2009

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

A multa de ofício, sendo parte integrante do crédito tributário, está sujeita à incidência dos juros de mora a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2009

PRODUÇÃO DE PROVAS APÓS A IMPUGNAÇÃO. PROVA DOCUMENTAL.

A prova documental deve ser apresentada na impugnação, precluindo o direito de a impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que fique demonstrada a ocorrência de algumas das hipóteses previstas no §4º do art. 16 do Decreto nº 70.235/72.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Os fundamentos dessa decisão foram os seguintes:

a) rejeitou-se a preliminar de erro na identificação do sujeito passivo, pois os dispositivos legais aplicados determinam que, no caso de devolução de bens e direitos entregues a título de participação no capital social, realizada a valor de mercado, a diferença entre este e o valor contábil dos bens ou direitos entregues será considerada ganho de capital, que será computado nos resultados da pessoa jurídica tributada com base no lucro real. Assim, conclui-se que houve a correta identificação do sujeito passivo por parte da fiscalização, conforme demonstram tanto a descrição dos fatos feita pelo contribuinte por meio da peça de impugnação, como o conjunto probatório trazido aos autos, em particular a ata da Assembleia Geral Extraordinária do Recorrente;

b) não se admitiu o questionamento acerca da capitulação legal do lançamento de ofício, uma vez que a fiscalização afirmou de maneira inequívoca que o ganho de capital objeto da atuação foi oriundo de redução do capital social, conforme previsto no art. 419, do RIR/99, com fulcro no art. 22, e §1º, da Lei nº 9.249/95;

c) ocorreu a perda do fundamento econômico do ágio da aquisição do Recorrente pela Pirapetinga quando do desfazimento do negócio, pois, ao se devolver o dinheiro recebido, eliminou-se a mais-valia oriunda da compra;

d) não há erro na eleição do fato gerador, pois a análise do razão contábil analítico de fl. 74 demonstra a ocorrência do lançamento contábil indevido, efetuado pelo impugnante em 24/04/2009, referente à baixa do valor do ágio das ações da Visanet, por redução do capital social do impugnante;

e) em observância ao disposto no CTN, o Fisco aplicou ao caso concreto a hipótese definida em lei, sem negar quaisquer efeitos dos atos societários praticados, motivo pelo qual não se sustentam os argumentos do impugnante (i) nem de que haveria ocorrido a decadência prevista no art. 48, do Código Civil, e (ii) nem de que o procedimento da fiscalização implicaria em desconstituição de personalidade jurídica;

f) o entendimento da RFB manifesto por meio da resposta à questão 554 do “Perguntão” da Pessoa Física de 2012 não se aplica ao caso, pois, além de tratar de pessoa física, e não de pessoa jurídica, a resposta transcrita também cuida de contrato de promessa de compra e venda, ou seja, de um contrato preliminar, que é distinto da venda de participação na Visanet abordada nos autos;

g) a existência de propósito econômico na reestruturação societária não altera a conclusão do lançamento, pois as operações questionadas pela fiscalização dizem respeito apenas à redução do capital social da Ferrara;

h) as reorganizações societárias tiveram por resultado o aumento do valor contábil das ações da Visanet pertencentes ao grupo Bradesco, o que reduziu o valor do ganho de capital por ocasião do IPO, o que contradiz o argumento recursal de que houve planejamento tributário “às avessas”, com pagamento a maior de tributos;

i) indeferiu-se o pedido genérico de juntada de novos documentos, pois não se demonstrou a ocorrência de algum dos eventos descritos no §4º, do art. 16, do Decreto nº 70.235, de 1972;

j) a exigência de juros de mora sobre a multa de ofício não é objeto do lançamento em litígio, e decorre diretamente da lei.

RECURSO AO CARF

Cientificado da decisão de primeira instância em 1º/4/2013 (fl. 2.376), o contribuinte apresentou, em 30/4/2013, o recurso voluntário de fls. 2.382 a 2.460, onde afirma que:

a) todas as operações realizadas foram realizadas pelo valor contábil dos ativos envolvidos, fato comprovado pelo “Relatório de revisão dos efeitos contábeis e fiscais” (Laudo), elaborado pela PricewaterhouseCoopers (PWC), uma das maiores empresas de auditoria internacional;

b) os autos de infração consignam como data do fato gerador dos tributos objeto do lançamento de ofício o dia 24/4/2009, data em que fez uma redução parcial de seu capital social, devolvendo-o para seus dois sócios, Rubi Holdings Ltda (Rubi) e Quixaba Empreendimentos e Participações Ltda (Quixaba). Contudo, efetivou a redução parcial de seu capital social entregando aos sócios bens que compunham seu ativo, avaliando-os a valor contábil, no preciso e exato valor pelo qual estes bens estavam registrados em sua contabilidade, inexistindo qualquer ganho de capital;

c) a justificativa da fiscalização para não admitir o ágio contabilizado foi o de que ele tinha perdido seu fundamento econômico, mas tal exigência não está prevista em lei;

d) não é competência da fiscalização a determinação do modo como os negócios devem ser feitos, nem está o contribuinte obrigado a adotar o procedimento considerado mais interessante para o Fisco;

e) o argumento de desfazimento de venda não procede, pois, em todo o negócio entre o Bradesco e o Goldman Sachs (GS), só existiram duas operações de venda e compra: o Banco Bradesco adquiriu a empresa BCI II, que pertencia ao GS, e a Rubi Holdings Ltda adquiriu a Quixaba, e até a presente data estas vendas não foram desfeitas. Não houve o desfazimento do negócio, mas o desfazimento da sociedade mediante a realização de novos negócios, novos fatos, por meio da intervenção de outras empresas;

f) a questão fundamental neste processo não é o valor contábil dos ativos, pois o que os autos de infração fazem é, exatamente, desprezar a contabilidade do contribuinte e, mediante uma informalidade insustentável frente à lei, desconsiderar o fato efetivamente ocorrido e criar um novo fato, inexistente, como base de cálculo sem lei autorizadora para tanto;

g) a interpretação segundo o critério econômico não é amparada em nosso ordenamento, pois dá à autoridade fiscal o poder de árbitro para decidir se existe ou não finalidade econômica, violando diretamente a Constituição Federal. A única norma que poderia dar sustentação à teoria da fiscalização seria o parágrafo único do art. 116 do CTN, que precisa de lei ordinária que o regulamente para vigorar;

h) o lançamento é nulo por erro na identificação do sujeito passivo, pois se a acusação fiscal era de que o ganho de capital na Columbus havia sido indevidamente reduzido, então era nessa empresa que a autuação deveria se dar. Afinal, somente nessa pessoa jurídica, com a venda das ações da Visanet, que teria surgido renda a ser tributada. Assim, a situação retratada é paradoxal, pois existe confissão literal da fiscalização de que o ágio contabilizado pela Columbus reduziu seu ganho de capital, e, após constatada a suposta origem viciada do ágio, ao invés de dirigir a autuação contra a pessoa jurídica que auferiu renda, beneficiando-se do ágio, preferiu o D. Agente Fiscal autuar o recorrente, que jamais auferiu qualquer renda. Não fosse o bastante, apenas aproximadamente 30% das ações Visanet foram vendidas pela Columbus no IPO, não a totalidade. Ou seja, a fiscalização não só autuou o contribuinte que não auferiu renda, como ainda autuou renda ainda não auferida;

i) o lançamento também é nulo em razão de inexistência de norma legal que se aplique aos fatos existentes. O que ocorreu foi a aplicação da lei a fatos inexistentes, construídos pela fiscalização, supostamente assemelhados aos de fato ocorridos;

j) o lançamento tributou ágio, não renda. Afirma que recebeu de seu sócio, em aumento de capital, um determinado valor, aplicou esses recursos na sua atividade e, passado o tempo, reduziu o capital, restituindo-o a seus sócios exatamente no valor originalmente recebido e contabilizado;

l) quando a Pirapetinga aumentou seu capital social, foi constituída reserva de ágio na emissão de ações nos termos do art. 182 da Lei das S.A., valor não tributável segundo o art. 442 do RIR/99. O ágio tinha por fundamento o valor de mercado dos bens. Um ano depois, a reserva de ágio foi incorporada ao capital social. Quando incorporou a Pirapetinga em 23/4/2009, vinculou o ágio pago ao bem que lhe deu causa, de acordo com o art. 386, inciso I, do RIR/99. Com a incorporação, a Quixaba, controladora integral da empresa incorporada, tornou-se sua acionista, proprietária de 49,9% de seu capital. Em 24/4/2009, reduziu seu capital social, pagando suas controladoras, a Quixaba e a Rubi, com ações da Visanet pelo seu valor contábil, não tendo gerado ganho de capital. Além disso, o parágrafo 4º do artigo 658 do RIR/99 exclui a reserva de ágio da regra que manda tributar a redução de capital que tenha sido aumentado com reservas;

m) não existe lei que mande ajustar o lucro contábil por perda do fundamento econômico, e art. 118 do CTN determina que a norma que define o fato gerador seja interpretada abstraindo-se dos efeitos que os fatos efetivamente produzam. Além disso, o art. 426 do RIR/99 permite a dedução do ágio qualquer que seja seu fundamento econômico;

n) não houve o desfazimento do negócio, como simploriamente entendeu a Fiscalização, mas a realização de um novo negócio, não se podendo perder de vista que o Banco Alvorada, do Bradesco, para tornar possível a retirada do GS da parceria, mediante a realização de novos negócios jurídicos distintos, independentes e subsequentes, teve que fazer um aporte de capital novo de quase 5 bilhões de reais. No início da operação, existia uma estrutura jurídica, determinadas empresas faziam parte do Grupo GS, outras do Grupo Bradesco; após o final da parceria, a estrutura societária passou a ser completamente diferente, impostos foram pagos, e todos esses atos produziram efeitos irreversíveis no mundo jurídico, sendo impossível ignorá-los, como se nunca tivessem ocorrido, para caracterizá-los como uma singela compra e venda desfeita;

o) outra conotação que ainda poderia ser dada às assertivas de perda do fundamento econômico do ágio seriam outras afirmativas equivocadas da fiscalização, espalhadas pelo texto, de que havia sido constituído ágio sem que se tivesse pago por ele. Não se deu conta a Fiscalização de que existem outras formas de pagamento, além das transferências monetárias. Nas trocas, por exemplo, sacrifica-se um ativo para ter o outro e esta é uma forma de pagamento. Nas incorporações, o preço da participação extinta paga o valor da aquisição da nova havida;

p) o auto de infração foi lavrado mais de três anos após o suposto “desfazimento do negócio”, em 11/12/2008, com a aquisição da Quixaba pela Rubi, o que supera o prazo do art. 48 do Código Civil para se desconstituir os fatos da vida societária da pessoa jurídica;

q) talvez se pudesse pensar em desfazimento se a Ferrara fizesse uma redução do capital social, devolvendo os recursos de pronto para a Pirapetinga. Contudo, essa operação não aconteceu, não por capricho das partes, mas porque não era possível fazê-la, pois, se ocorresse a redução de capital, os atos ficariam suspensos para registro por um período de 90 dias. Tal possibilidade mostrava-se totalmente inadequada para as partes, diante da situação do momento. Esse modelo também deveria contemplar que as partes, na redução de capital, não receberiam ativos da mesma natureza, ou seja, uma parte receberia ações e a outra receberia dinheiro, tal fato poderia ser questionado no futuro por qualquer das partes, ou seus acionistas. Além disso ficariam pendentes de resolução as garantias contratuais assumidas pelas partes quando da associação. Por isso foi tomado o outro caminho, que não passava por entregar recursos nas mãos de terceiros, sem antes ter certeza de que os compromissos seriam quitados. O caminho seguro foi o escolhido, e, com isto, não ocorreu qualquer problema decorridos mais de 3 anos dos fatos;

r) concretamente, o procedimento fiscal consiste na quebra da personalidade jurídica de todas as empresas envolvidas, pois pretende atribuir ao grupos Bradesco e Goldman Sachs negócios que foram realizados por pessoas jurídicas específicas, e na desconsideração da escrituração regular de todas as entidades participantes e dos fatos realmente ocorridos;

s) a própria Receita Federal do Brasil entende que, uma vez realizada a venda, devido é o ganho de capital, e, mesmo se o negócio for desfeito, esse ganho de capital continua devido e deve compor o custo de aquisição da nova alienação;

t) aceita a tese da Fiscalização, deveria ter ela glosado o ágio gerado no aumento do capital que gerou a reserva posteriormente capitalizada, incorrendo o D. Agente Fiscal em erro evidente com relação à eleição do fato gerador;

u) teria ocorrido um planejamento tributário às avessas, pois caso o Grupo Bradesco tivesse feito o IPO com as ações da Rubi, teria obtido um ganho de capital inferior ao de fato apurado, o que demonstra que as operações realizadas não tiveram propósito de economia de tributos;

v) os juros de mora não devem incidir sobre a multa de ofício;

x) traz aos autos, a fim de corroborar a legalidade dos atos que foram objeto da autuação fiscal, laudo da PricewaterhouseCoopers (PWC), concluído após a apresentação da impugnação, e desse modo no amparo do § 4º do PAF (fls. 2.476 a 2.490). São essas as conclusões do laudo:

1 - Os registros contábeis da Ferrara Participações e demais sociedades relacionados no citado processo administrativo, decorrentes dos eventos societários realizados entre 05/10/2007 a 04/05/2009, que resultaram na concentração das ações da Visanet com respectivo ágio na Columbus foram realizados observando-se as correspondentes normas contábeis.

2 - Os resultados fiscais aplicados estão de acordo com a legislação de IRPJ e CSLL, em especial: i) a não tributação das reduções de capital social com entrega de bens a valor contábil realizadas pela Ferrara em 24/04/2009 ou pela Quixaba em 30/04/2009; ii) a não tributação do aumento de capital com conferência de ativo, avaliado pelo valor contábil embasado em escrituração legítima e regular, ocorrida em 04/05/2009, da Rubi para a Columbus.

3 - Os documentos societários dos eventos cumprem as exigências legais e estão devidamente arquivados na Junta Comercial do Estado de São Paulo, e representam atos jurídicos perfeitos, não podendo ser classificados contábil ou fiscalmente de forma diversa, em nossa opinião.

Ao final, requer que se declare a nulidade dos autos de infração, seja pelo erro na identificação do sujeito passivo ou pela ausência de norma legal violada, ou que se negue provimento à ação fiscal.

CONTRARRAZÕES DO PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL

Em 12/8/2013, o Procurador da Fazenda Nacional apresentou contrarrazões (fls. 2.494 a 2.532), onde argumenta que:

a) não houve erro na identificação do sujeito passivo, pois o ágio escriturado na COLUMBUS representou apenas o ponto de partida para os trabalhos da Fiscalização, que, após constatar o planejamento abusivo realizado pelo contribuinte, apurou a ocorrência do fato gerador em outro momento, qual seja: na entrega de ações da VISANET, para a RUBI e a QUIXABA, realizada quando houve redução de capital da FERRARA. Assim, o fato tributável realmente deve ser imputado à FERRARA;

b) após a descrição das operações societárias, fica evidente que o GRUPO BRADESCO aproveitou o ágio registrado na PIRAPETINGA para alterar o valor contábil das ações da VISANET. Com efeito, antes da incorporação da PIRAPETINGA, as ações da VISANET estavam registradas na FERRARA pelo seu valor patrimonial – R\$ 96 milhões.

Após a referida incorporação, o ágio de R\$ 2,145 bilhões – anteriormente registrado na PIRAPETINGA – passou a compor o valor das ações da VISANET;

c) o ganho de capital em relação às ações da VISANET é incontroverso e era precisamente sobre esse ganho que o GRUPO BRADESCO pretendia evitar a tributação. Para isso, o mencionado grupo empresarial, aproveitando o desfazimento do negócio com o GRUPO GOLDMAN SACHS, realizou operações visando manter os registros contábeis relativos ao ágio que foram contabilizados pela PIRAPETINGA. O objetivo do GRUPO BRADESCO era, após algumas reorganizações societárias intragrupo, atribuir ao valor contábil das ações da VISANET o montante de ágio anteriormente pago pelo GRUPO GOLDMAN SACHS;

d) nesse contexto, a autoridade fiscal identificou que o dinheiro aplicado pelo GRUPO GOLDMAN SACHS foi devolvido pelo GRUPO BRADESCO, mas esse fato não foi refletido na FERRARA ou na VISANET. Apesar de a alienação ter sido desfeita – com a devolução do capital empregado pelo comprador (GRUPO GOLDMAN SACHS) e o retorno do objeto do negócio (ações da VISANET) ao vendedor (GRUPO BRADESCO) – o que se verifica é que o efeito econômico da compra e venda permaneceu na contabilidade da PIRAPETINGA e da FERRARA – correspondente ao “ágio FERRARA” e à “Reserva de ágio na emissão de ações”, respectivamente;

e) assim, o ágio de R\$ 2,145 bilhões perdeu seu fundamento econômico quando houve o “desfazimento” do negócio entre o GRUPO GOLDMAN SACHS e o GRUPO BRADESCO. Isso porque não havia mais lastro econômico para o ágio registrado na contabilidade, ou seja, a venda de um ativo pelo valor de mercado (ações VISANET). Por essa razão, quando a FERRARA distribuiu as ações da VISANET aos seus sócios – RUBI e QUIXABA – o montante de R\$ 2,145 bilhões não poderia ter sido atrelado ao valor contábil das ações como “ágio” pago, mas sim como ganho de capital da FERRARA;

f) para existir, o ágio ou deságio deve sempre ter como origem um propósito negocial (aquisição de um investimento) e, assim, um substrato econômico (transação comercial). Somente registros escriturais não podem servir de suporte para essa figura econômica e contábil. Dessa forma, o ágio ou deságio devem 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 correspondentes e proporcionais. No caso dos autos, poderiam até ser identificadas essas características no momento inicial, quando a PIRAPETINGA integralizou o aumento de capital da FERRARA e registrou o ágio. Todavia, o “desfazimento” do negócio eliminou as bases negociais e econômicas que haviam fundamentado o ágio. Isso se torna, indiscutivelmente, um fator impeditivo à pretensão do recorrente, qual seja: atribuir o ágio de R\$ 2,145 bilhões – agora, sem suporte negocial e econômico – ao custo contábil das ações da VISANET detidas pelo GRUPO BRADESCO;

g) o trabalho da Fiscalização se pautou pela busca do aspecto material das operações, e não pela aparência meramente formal, dentro do espírito do art. 187 do Código Civil de 2002, que considera ilícito o ato efetuado com excesso dos limites impostos pelo seu fim econômico ou social. E é evidente que um ato ilícito na esfera civil não está apto a gerar efeitos na seara tributária. Pensar de maneira diferente equivale a afirmar que o particular não pode ser lesado – o que autorizaria a utilização do art. 187 do Código Civil – mas a Fazenda Pública pode sofrer as conseqüências de um ato qualificado como ilícito na esfera civil;

h) o verdadeiro propósito do conjunto de atos societários era a reavaliação dos ativos pertencentes ao GRUPO BRADESCO sem o pagamento de IRPJ e da CSLL incidente sobre o ganho de capital. Ora, o próprio contribuinte reconhece que existiu reavaliação de ativos e o respectivo ganho de capital, mas não consegue apresentar um fundamento plausível para justificar porque esse ganho não foi oferecido à tributação;

i) desse modo, correto o entendimento da Fiscalização ao considerar o cenário inicial e final da estrutura societária do GRUPO BRADESCO, a fim de identificar exatamente qual a operação pretendida. A partir dessa análise, a autoridade responsável pelo lançamento constatou que o ágio de R\$ 2,145 bilhões não poderia ter sido atribuído ao custo contábil das ações da VISANET. Nesse contexto, a interpretação dos fatos e jurídica feita pela autoridade fiscal conduziu à seguinte conclusão: o valor de R\$ 2,145 bilhões configurou, na realidade, um ganho de capital. Isso porque a FERRARA devolveu aos seus sócios – a RUBI e a QUIXABA – as ações da VISANET com acréscimo patrimonial, ou seja, superior ao valor contábil, sem oferecer tais ganhos à tributação – como determina o art. 22 da Lei nº 9.249, de 1995;

j) incide juros de mora sobre a multa de ofício por expressa previsão legal. Caso se pense o contrário, há que ao menos se reconhecer a incidência de juros de mora à taxa de 1% ao mês, nos termos do art. 161 do CTN.

Este processo foi a mim distribuído no sorteio realizado em 13/6/2013, mas somente ficou efetivamente disponível para análise em 21/8/2013, após o retorno dos autos com as contrarrazões da PGFN.

Esclareça-se que todas as indicações de folhas neste voto dizem respeito à numeração digital do e-processo.

O processo foi incluído em pauta pela primeira vez na sessão de 5 de novembro de 2013, mas não foi apreciado em função de pedido de adiamento do recorrente. A partir da sessão de dezembro de 2013, o julgamento foi interrompido em virtude de sucessivos pedidos de vista.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Evande Carvalho Araujo, Relator

O recurso é tempestivo e atende às demais condições de admissibilidade, portanto merece ser conhecido.

1. GANHO DE CAPITAL NA REDUÇÃO DO CAPITAL SOCIAL

1.1 Análise dos Fatos

O litígio se centra na criação de ágio em virtude da subscrição de ações de empresa do Grupo Bradesco por pessoa jurídica pertencente ao Grupo Goldman Sachs, no

posterior desfazimento do negócio entre os grupos, no deslocamento do ágio para a investida por meio de incorporação, e no aproveitamento desse ágio como custo de aquisição na apuração do ganho de capital na redução do capital social do recorrente.

Na verdade, a ação fiscal se iniciou com a análise da oferta pública inicial de ações (IPO) da Companhia Brasileira de Meios de Pagamentos, conhecida como Visanet, pela empresa Columbus Holding S/A, pertencente ao Grupo Bradesco.

Verificou-se que essa empresa recebeu ações da Visanet de diversas outras empresas do Grupo Bradesco praticamente na mesma data, mas com uma grande disparidade entre os valores unitários das ações.

Nesse contexto, efetuou-se pesquisa das operações que antecederam ao IPO para se analisar a formação do custo da ação. O presente lançamento decorre dessa investigação com relação a 253.820.700 ações da Visanet entregues pela empresa Rubi Holdings Ltda para a Columbus ao custo unitário de R\$ 12,01.

Em suma, constatou-se que grande parte do valor das ações foi formado pela adição ao custo do investimento de ágio gerado em operação de subscrição de ações em período anterior.

A seguir, faço um rápida descrição das operações societárias relevantes para a compreensão da lide, bem como das consequências jurídicas que cada parte pretende a elas conferir.

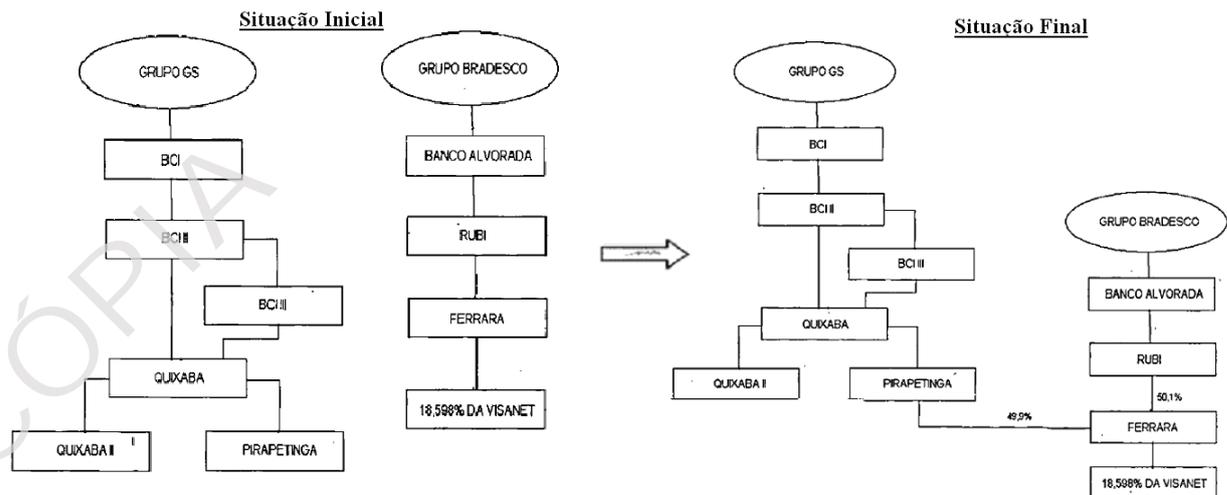
1.1.1 Criação do Ágio

Em 2008, os grupos Goldman Sachs e Bradesco resolveram realizar operações em conjunto, e para isso decidiram que o primeiro participaria de investimentos na Visanet possuídos pelo segundo.

Para isso, por meio de diversas operações comerciais e societárias, o Grupo Bradesco concentrou suas ações da Visanet no recorrente, a Ferrara Participações S.A., e o Grupo Goldman Sachs transferiu o valor necessário para a aquisição para a empresa Pirapetinga Empreendimentos e Participações Ltda, que por sua vez subscreveu e integralizou ações da Ferrara com a contabilização de ágio.

O fundamento para o pagamento da mais valia foi o fato de o valor de mercado das ações da Visanet possuídas pela Ferrara ser superior ao custo registrado na sua contabilidade, nos termos do art. 20, §2º, inciso “a” do Decreto-lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977 (art. 385 do Regulamento do Imposto de Renda – RIR/99).

Repito as representações gráficas das operações constantes do relatório para melhor visualização:



O aporte dos recursos vindos do exterior foi feito na empresa Quixaba Empreendimentos e Participações Ltda, sócia controladora da Pirapetinga, que recebeu um aumento de capital em dinheiro de suas controladoras (Brasília Cayman Investments II Limited (BCI II) e Brasília Cayman Investments III Limited (BCI III)) no valor de R\$ 1.625.261.158,62, e também um empréstimo de R\$ 3 bilhões por meio da emissão de uma Nota de Taxa Flutuante em favor da Goldman Sachs Financial Services LP (GSFS).

Posteriormente, a Quixaba utilizou a maior parte desses recursos para integralizar o capital da Pirapetinga, no total de R\$ 4.382.585.166,14, valor imediatamente utilizado para integralizar o capital da Ferrara, em 8/9/2008.

Pelo Método da Equivalência Patrimonial, a Pirapetinga registrou o investimento na Ferrara por R\$ 2.236.920.777,09 e um ágio de R\$ 2.145.514.389,05.

Na Ferrara, foi registrada uma Reserva de Ágio na Emissão de Ações no valor de R\$ 4.282.463.801,00, valor não tributável nos termos do art. 442, inciso I, do RIR/99, abaixo transcrito:

Art. 442. Não serão computadas na determinação do lucro real as importâncias, creditadas a reservas de capital, que o contribuinte com a forma de companhia receber dos subscritores de valores mobiliários de sua emissão a título de (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 38):

I - ágio na emissão de ações por preço superior ao valor nominal, ou a parte do preço de emissão de ações sem valor nominal destinadas à formação de reservas de capital;

A Fiscalização não questiona o surgimento desse ágio.

1.1.2 Desfazimento do Negócio

Após a crise do sistema financeiro mundial iniciada com o pedido de concordata do Banco Lehman Brothers, ocorrida poucos dias após a conclusão do negócio, em 15/9/2008, as partes decidiram desfazer o acordo.

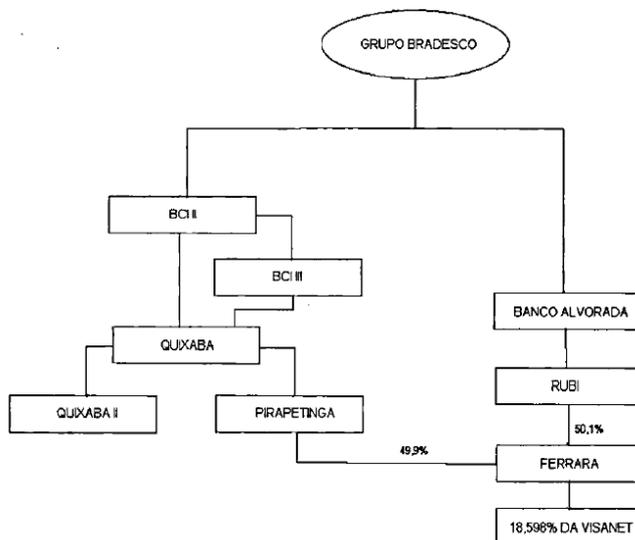
Para isso, foram realizadas duas operações:

a) o Grupo Bradesco adquiriu a BCI II, em 9/12/2008, por US\$ 94.222.374,00, que correspondeu naquela data a R\$ 233.944.731,89;

b) a Rubi adquiriu da GSFS, em 9/12/2008, a Nota de Taxa Flutuante de R\$ 3 bilhões emitida pela Quixaba, pagando para isso R\$ 3.116.040.206,00.

A diferença entre o preço pago (R\$ 4.382.585.166,14) em setembro de 2008 e o devolvido em dezembro do mesmo ano (R\$ 3.349.984.937,89), deve-se ao fato da filial das Ilhas Cayman do Banco Bradesco ter emprestado ao Goldman Sachs, por meio da BCI II, R\$ 1.575.010.205,00 em 8/9/2008, como parte do negócio original. Assim, ao adquirir a BCI II, O Grupo Bradesco assumiu a dívida da qual era credor.

Repito o esquema gráfico do relatório da nova organização societária:



As divergências entre acusação e defesa se iniciam nesse momento.

A autoridade fiscal entende que, com o desfazimento do negócio, seria necessário se baixar o ágio anteriormente registrado na Pirapetinga, por perda do seu fundamento econômico. Afirmar que, apesar das operações que ocasionaram o fim do negócio não terem se dado a partir da Pirapetinga, por maior transparência ela deveria ter registrado uma conta redutora do ativo de provisão para perdas em investimentos no valor do ágio.

Já a defesa afirma que aquilo que, por simplificação, inicialmente denominou de “desfazimento do negócio”, na verdade se tratava da realização de um novo negócio, realizado por outras partes e em outras bases, e portanto com outras consequências jurídicas, não sendo possível classificar o conjunto de fatos ocorridos como uma singela compra e venda desfeita.

1.1.3 Aproveitamento do Ágio

Em seguida, o Grupo Bradesco realizou uma série de operações para aproveitar o ágio registrado na Pirapetinga, devendo-se lembrar que, nesse momento, todas as pessoas jurídicas envolvidas pertenciam ao mesmo grupo econômico.

Primeiramente, em 11/12/2008, a Quixaba foi adquirida pela Rubi, com a criação de um ágio de R\$ 305.675.950,64 que não é objeto desta autuação.

Em 23/4/2009, o recorrente (Ferrara) incorporou a Pirapetinga. Como o ágio pago era fundamentado no valor de mercado das ações da Visanet possuídas pela Ferrara, a mais valia foi contabilizada como acréscimo ao bem que lhe deu causa, nos termos do art. 7º, inciso I e §1º e art. 8º da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997 (art. 386 do RIR/99), abaixo transcritos:

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

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

(...)

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

(...)

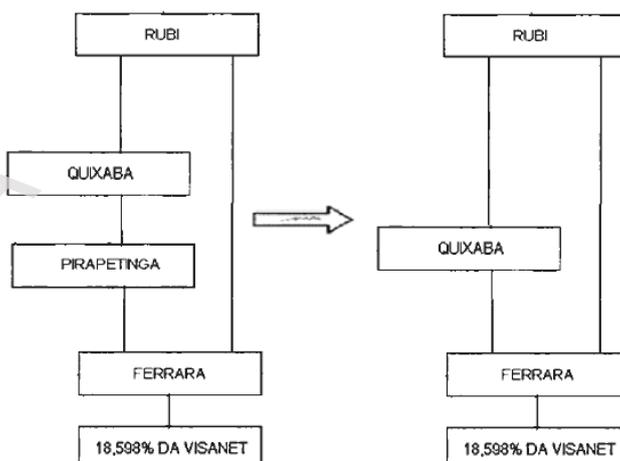
Art. 8º O disposto no artigo anterior aplica-se, inclusive, quando:

(...)

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

Assim, após a incorporação da investidora pela investida, e a consequente extinção da participação societária, a lei determina que, se o fundamento do ágio for o valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada, ele deve passar a integrar o valor contábil do bem, tanto para fins de depreciação, amortização, exaustão, quanto para apuração de eventual ganho ou perda de capital.

Nesse momento, a Ferrara passou a ter como controladoras a Rubi e a Quixaba, como demonstra o esquema gráfico a seguir:



No dia seguinte, em 24/4/2009, a Ferrara reduziu seu capital social em R\$ 2.241.317.443,26, restituindo esse valor aos seus acionistas em bens representados por 253.820.700 ações da Visanet. A Rubi recebeu 127.164.170 ações, e a Quixaba 126.656.530.

Esclareça-se que, segundo informações do recurso, antes dessa data a reserva de ágio na emissão de ações, criada quando da subscrição das ações do recorrente pela Pirapetinga, havia sido incorporada ao capital social.

A devolução do capital em bens ou direitos é regulada pelo art. 419 do RIR/99 da seguinte maneira:

Art. 419. Os bens e direitos do ativo da pessoa jurídica, que forem transferidos ao titular ou a sócio ou acionista, a título de devolução de sua participação no capital social, poderão ser avaliados pelo valor contábil ou de mercado (Lei nº 9.249, de 1995, art. 22).

Parágrafo único. No caso de a devolução realizar-se pelo valor de mercado, a diferença entre este e o valor contábil dos bens ou direitos transferidos será considerada ganho de capital, que será computado nos resultados da pessoa jurídica tributada com base no lucro real (Lei nº 9.249, de 1995, art. 22, § 1º).

Isto é, a empresa, ao reduzir seu capital devolvendo aos sócios e acionistas bens e direitos, pode optar por avaliá-los pelo valor contábil ou de mercado. No segundo caso, deve apurar ganho de capital pela diferença com o valor contábil.

Como o valor do ágio havia sido incorporado ao valor contábil do bem, o recorrente não apurou ganho de capital.

Afirma, ainda, o recorrente, que o § 4º do art. 658 do RIR/99 exclui a reserva de ágio da regra que manda tributar a redução de capital que tenha sido aumentado com reservas.

De fato, esse dispositivo prevê que, se a pessoa jurídica que tiver incorporado reservas ao capital social restituí-lo aos sócios antes de se passarem cinco anos, o capital

restituído será considerado lucro ou dividendo distribuído e deverá ser tributado na fonte. Entretanto, isso não ocorrerá se a reserva de capital incorporada for aquela formada com ágio na emissão de ações, como é o caso dos autos. Transcrevo o dispositivo na parte de interesse à discussão:

Art. 658. Os aumentos de capital das pessoas jurídicas mediante incorporação de lucros ou reservas não sofrerão tributação do imposto na fonte (Lei nº 8.849, de 1994, art. 3º, e Lei nº 9.064, de 1995, art. 2º).

(...)

§ 3º Se a pessoa jurídica, dentro dos cinco anos subseqüentes à data da incorporação de lucros ou reservas, restituir capital social aos sócios ou ao titular, mediante redução do capital social ou, em caso de liquidação, sob a forma de partilha do acervo líquido, o capital restituído considerar-se-á lucro ou dividendo distribuído, sujeito, nos termos da legislação pertinente, à tributação na fonte e na declaração de rendimentos, quando for o caso, como rendimento dos sócios, dos acionistas ou do titular (Lei nº 8.849, de 1994, art. 3º, § 4º, e Lei nº 9.064, de 1995, art. 2º).

§ 4º O disposto no parágrafo anterior não se aplica nos casos de (Lei nº 8.849, de 1994, art. 3º, § 5º, e Lei nº 9.064, de 1995, art. 2º):

I - aumento do capital social mediante incorporação de reserva de capital formada com ágio na emissão de ações, com o produto da alienação de partes beneficiárias ou bônus de subscrição, ou com correção monetária do capital;

(...)

Contudo, a Fiscalização não admitiu que o valor do ágio compusesse o custo de aquisição, pela perda de seu fundamento econômico em função do desfazimento do negócio, e tributou a diferença como ganho de capital.

Acrescenta a autoridade fiscal que, como foi a Rubi que efetivamente pagou o desfazimento do negócio ao adquirir a Nota de Taxa Flutuante de R\$ 3 bilhões, foi ela quem suportou o ônus financeiro do ágio que foi atribuído às ações da Visanet. Assim, atribuir o ágio de R\$ 2,145 bilhões ao valor contábil das ações da Visanet significa afirmar que a própria Rubi adquiriu com ágio ações que já lhe pertenciam. Ressalta, ainda, que própria Rubi registrou em sua contabilidade, em 31/12/2008, na conta 1.3.1.1.6.010 - Outras Empresas (reduzora de ativo), o saldo credor de R\$ 2.145.514.364,30, cujo histórico de lançamento descrevia: “Valor referente a provisão para perda em investimento da Ferrara Participações Ltda, relativo ao mês de dezembro/2008, conforme mapa de investimentos.”

Posteriormente a esses fatos, a Quixaba transferiu as ações da Visanet por uma redução de capital em favor da Rubi, que em seguida subscreveu o capital da empresa Columbus entregando 253.820.700 ações da Visanet.

São essas as principais observações a serem feitas sobre os fatos ocorridos e as interpretações a eles dadas pelas partes, passando-se a enfrentar os argumentos do recurso.

1.2 Preliminares

Preliminarmente, o recorrente defende a nulidade da autuação por erro de identificação do sujeito passivo e pela ausência de norma legal violada.

O erro de identificação do sujeito passivo decorreria do fato de a acusação fiscal se centrar em uma redução indevida do ganho de capital na Columbus. Como consequência lógica, seria nessa empresa que a autuação deveria ter se dado.

Entretanto, como bem observado nas contrarrazões do Procurador da Fazenda Nacional, o ganho de capital apurado na Columbus serviu como ponto de partida para maiores investigações, que detectou a ocorrência do fato gerador em outro momento, qual seja, na redução do capital social da Ferrara por valor abaixo do custo.

Nesse sentido, também não procede o argumento de nulidade por falta de norma legal que se aplique aos fatos existentes, já que a acusação busca demonstrar de forma racional a violação ao art. 419 do RIR/99 (art. 22 da Lei nº 9.249, de 20 de junho de 1995).

Assim, julgo que, dentro do contexto da acusação fiscal, o sujeito passivo está corretamente identificado e o enquadramento legal adequadamente definido, não se podendo considerar o lançamento como nulo.

Dessa forma, rejeito as preliminares levantadas.

1.3 Perda do Fundamento Econômico do Ágio

Como visto, a acusação se centra na perda do fundamento econômico do ágio quando do desfazimento do negócio pelos grupos Bradesco e Goldman Sachs.

Concordo com o argumento.

Se o ágio foi gerado pela aquisição de um investimento, nada mais natural que ele deixe de existir com o desfazimento do negócio.

Em uma compra e venda normal de um investimento com ágio, o comprador contabilizará, na conta relativa ao investimento, o valor equivalente à participação proporcional no patrimônio líquido da investida e, na conta relativa ao ágio, o preço pago a maior em relação ao item anterior. Já o vendedor, regra geral, registrará um ganho de capital.

Caso posteriormente decidam desfazer o negócio, realizarão nova operação de compra e venda, onde o antigo adquirente alienará o investimento para o antigo alienante. Supondo que façam a operação pelo mesmo preço, o adquirente (antigo alienante) contabilizará também o investimento e o ágio, e o alienante (antigo adquirente) eliminará as suas contas de investimento e de ágio na apuração de eventual ganho de capital, que não existirá devido à coincidência entre o custo contabilizado e o valor pago.

É esse o entendimento da Receita Federal do Brasil citado pelo contribuinte e constante do “Perguntão” da Pessoa Física: uma vez realizada a venda, devido é o ganho de capital, e, mesmo se o negócio for desfeito, esse ganho de capital continua devido e deve compor o custo de aquisição da nova alienação.

E esse entendimento seria aplicável ao caso, se a empresa tivesse utilizado o caminho normal para desfazimento do negócio pela realização de revenda do investimento do Grupo Bradesco para o Grupo Goldman Sachs: o ágio contabilizado seria utilizado para reduzir ou anular o ganho de capital na nova alienação.

Entretanto, os grupos econômicos resolveram desfazer a sociedade de modo diverso, já que o Grupo Bradesco adquiriu a) a BCI II, para quem havia emprestado parte do valor usado pela Pirapetinga para integralizar o capital do recorrente, e b) a Nota de Taxa Flutuante, representativa do empréstimo feito dentro do Grupo Goldman Sachs.

Desse modo, o Grupo Bradesco, após devolver os valores anteriormente pagos pelo Grupo Goldman Sachs, passou a figurar, nos dois empréstimos, como devedor e credor, encerrando os negócios por confusão (art. 381 do Código Civil de 2002).

Do modo como contabilizadas as operações, não foi necessária a baixa do ágio contabilizado para apuração de ganho de capital, pois nenhum ganho de capital foi apurado.

Pergunto: por qual motivo o Grupo Bradesco remeteu R\$ 3.116.040.206,00 para o Grupo Goldman Sachs em 9/12/2008?

A resposta dada pelo recorrente de se tratar de desfazimento de sociedade é insuficiente, pois não se pagou quantia tão elevada pelo simples distrato social.

Obviamente o pagamento se deu pela devolução do bem anteriormente adquirido, e sobre esse negócio jurídico incide ganho de capital, que, nos termos do art. 418 do RIR/99, consiste no resultado na alienação, na desapropriação, na baixa por perecimento, extinção, desgaste, obsolescência ou exaustão, ou na liquidação de bens do ativo permanente.

E analisando a operação em termos de grupos econômicos, é notória a extinção de bem do ativo permanente do Grupo Goldman Sachs, que deixou de contar com o investimento feito na Visanet, o que obrigaria a apuração de ganho de capital.

Mas observe-se o resultado fiscal decorrente das operações perpetradas.

Primeiro, não se apurou ganho de capital na aquisição da Ferrara pela Pirapetinga, pois ela se deu na modalidade de subscrição de ações, onde o ganho de capital do vendedor (empresa que tem seu capital aumentado) é contabilizado como reserva de capital.

Depois, também não se apurou ganho de capital na rescisão do negócio, apesar de o preço pago ter retornado em sua integralidade ao Grupo Goldman Sachs e do investimento permanecer contabilizado junto com a mais valia anteriormente paga no Grupo Bradesco.

Finalmente, o ágio foi utilizado para integrar o custo de aquisição das ações da Visanet do recorrente, e assim reduzir o ganho de capital na redução de seu capital social.

Assim, deixou-se de apurar um ganho de capital obrigatório, que resultaria na extinção do ágio contabilizado, e se aproveitou indevidamente desse ágio na redução de outro ganho de capital, gerado pela devolução do capital social a preço de mercado.

Desse modo, entendo que, do modo como as operações foram realizadas, seria necessário o reconhecimento da insubsistência do ativo relativo ao ágio da Pirapetinga, o que resultaria no registro de uma despesa, que não seria dedutível na apuração do lucro real.

Entretanto, como não foi feito tal registro, correto o entendimento da autoridade fiscal de que tal modo de contabilização não é oponível ao Fisco, que pode desconsiderar o ágio indevidamente escriturado, e apurar o ganho de capital no momento em que se pretenda utilizá-lo, considerando-o como se inexistente fosse.

1.4 Fraude à Lei

De há muito, a doutrina e a jurisprudência vêm discutindo os limites dos planejamentos tributários feitos pelos contribuintes.

Filio-me ao grupo que entende que o ordenamento jurídico possui instrumentos de controle voltados à supressão de abusos. Em sede doutrinária, adoto o posicionamento do Prof. Marco Aurélio Greco em sua obra “Planejamento Tributário”¹.

Assim, mesmo se o planejamento tributário envolver apenas atos lícitos, realizados antes da ocorrência do fato gerador, e sem a prática de simulação (vista como vício de vontade), ainda assim ele pode não ser oponível ao Fisco se sofrer de outras patologias do negócio jurídico, tais como o abuso de direito, a fraude à lei e o abuso de formas.

A ressalva acima feita ao termo simulação como vício de vontade refere-se ao foco dado por alguns à vontade das partes para a validade do negócio jurídico, inadmitindo apenas os atos negociais onde a vontade real seja diferente da aparente.

Contudo, não é possível se analisar os negócios na perspectiva do que as partes dizem que fazem, mas sim daquilo que efetivamente fazem, abandonando-se a análise em uma perspectiva meramente formal para uma perspectiva substancial.

Assim, deve-se considerar a causa (motivo) como elemento do negócio jurídico, e entender a simulação como vício no plano da causa: viciado é o negócio onde o motivo real é diferente do motivo aparente.

Nessa perspectiva, poder-se-ia classificar os fatos em análise como simulados, por ocultarem o verdadeiro motivo dos atos perpetrados, que foi o desfazimento da compra e venda de participação societária com a manutenção indevida do ágio registrado na alienação original.

Mas mesmo que não se considere possível adotar esse conceito de simulação, ainda deve-se rejeitar o planejamento tributário que padeça de outras patologias do negócio jurídico.

Apesar de o Procurador da Fazenda Nacional, em suas contrarrazões, classificar o caso como abuso de direito, nos termos do art. 187 do Código Civil de 2002, penso que os fatos melhor se amoldam à figura da fraude à lei, prevista no art. 166, inciso VI, do mesmo código, abaixo transcrito:

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

(...)

VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;

(...)

Transcrevo as lições do Prof. Greco² sobre a matéria:

(...) Nessa figura, estamos perante duas normas (ou uma norma e uma ausência de previsão expressa) do ordenamento:

- a) uma norma imperativa de tributação que se considera indesejada à qual o contribuinte não quer se submeter (a *norma contornada*); e
- b) uma norma ou uma ausência de previsão expressa, que o contribuinte utiliza para evitar a norma contornada (a *norma de contorno*).

Na fraude à lei o contribuinte monta determinada estrutura comercial que se enquadre na norma de contorno para, desta forma, numa expressão coloquial, “driblar” a norma contornada. Com isto pretende fazer com que a situação concreta seja regulada pela norma de contorno, com o que ficaria afastada a aplicação da norma de tributação (ou de tributação mais onerosa).

No caso sob análise, o recorrente buscou “driblar” a norma que exige a baixa do ágio na nova venda do investimento, e montou a operação de forma a obter o mesmo resultado da compra e venda (recebimento do bem e pagamento do preço), mas mantendo indevidamente o ágio contabilizado.

A reação do ordenamento para a fraude à lei é a aplicação da norma contornada. No caso, considera-se o ágio como baixado, não permitindo seu uso como custo na apuração do ganho de capital quando da redução do capital social.

Quanto ao argumento de que não é possível se utilizar as figuras previstas no Código Civil na esfera tributária, entendo que sua aplicação decorre da própria imperatividade do ordenamento, e que podem ser utilizadas mesmo sem lei expressa que as autorizem. Ademais, utilizando-se do argumento constante das contrarrazões do Procurador da Fazenda Nacional, isso seria o mesmo que entender que o particular não pode ser lesado, mas a Fazenda Pública pode sofrer as consequências de um ato qualificado como ilícito ou nulo na esfera civil.

Já para refutar a afirmação de que o Fisco não pode desconsiderar os atos ou negócios jurídicos praticado para fins fiscais antes da vigência e devida regulamentação do

artigo 116, parágrafo único, do CTN, utilizo mais uma vez os argumentos de Marco Aurélio Greco³ relativos ao abuso de direito e à fraude à lei:

Tratando-se de *abuso de direito*, o Código Civil assumiu postura clara e inequívoca no sentido de prever que configura ato ilícito. Isto significa que, na hipótese de abuso de direito no campo tributário, haverá uma ilicitude e, portanto, deixará de ser caso de elisão para configurar conduta ilícita (se evasão, sonegação ou outra figura, não é o momento de examinar). Portanto, ainda que o abuso implique uma dissimulação, a ilicitude originária contamina a operação e, portanto, não é o caso de desconsiderar, mas de identificar o ilícito cometido. O Fisco não fica jungido aos procedimentos do artigo 116, parágrafo único, pois aplica-se o artigo 149 do CTN.

Da mesma forma, se o caso concreto for de *fraude à lei*, o agente utiliza uma previsão legal existente como cobertura para sua ação, ou promove “montagens jurídicas” que visam contornar normas tributárias de incidência, mediante a busca de previsões mais vantajosas (quase sempre mediante dissimulação). Ocorre que a fraude à lei agride a imperatividade do ordenamento e, por decorrência, a própria legalidade que o rege e, por isso, deflagram-se as consequências pertinentes, independente do parágrafo único do artigo 116. (...)

1.5 Demais argumentos da defesa

O contribuinte alega que o auto de infração foi lavrado mais de três anos após o suposto “desfazimento do negócio”, prazo máximo previsto no art. 48 do Código Civil para desconstituir os fatos da vida societária da pessoa jurídica. Entretanto, não houve qualquer intenção do Fisco em anular as decisões da sociedade, apenas não admitindo os efeitos de algumas operações para fins fiscais. Ademais, considerando-se os atos nulos por fraude à lei, há que se considerar que o art. 169 do Código Civil não permite sua confirmação ou convalidação pelo decurso do tempo.

Também não prevalece o argumento de quebra da personalidade jurídica de todas as empresas envolvidas, pois se teria atribuído ao grupos Bradesco e Goldman Sachs negócios que foram realizados por pessoas jurídicas específicas, já que a tributação ocorreu em pessoa jurídica determinada, e a análise em termos de grupos econômicos só se deu para compreensão dos fatos efetivamente ocorridos.

Finalmente, também não procede o raciocínio de que teria ocorrido um planejamento tributário às avessas, pois caso o Grupo Bradesco tivesse feito o IPO com as ações da Rubi, teria obtido um ganho de capital inferior ao de fato apurado, o que demonstra que as operações realizadas não tiveram propósito de economia de tributos.

Ora, o custo de aquisição das ações da Rubi é justamente decorrente de toda a discussão da ação fiscal, onde ficou demonstrado que estava inflado pela incorporação de ágio que perdera seu fundamento econômico. Como consequência, caso se tivesse adotado o custo correto, o ganho de capital na Columbus seria maior.

E como bem observado pela decisão recorrida, as mesmas ações da Visanet que saíram do Banco Alvorada pelo valor contábil de R\$ 68.767.876,47 chegaram à Columbus

com esse valor aumentado para R\$ 3.048.063.870,81, não havendo sentido na afirmação de que as operações realizadas resultaram em um pagamento a maior de tributo.

Por todo o exposto, considero correto o lançamento na parte em que não admitiu que o valor do ágio compusesse o custo das ações da Visanet quando da devolução do capital social do recorrente com entrega dos bens aos sócios, apurando, como consequência, ganho de capital nos termos do art. 419 do RIR/99.

2. JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO

O recorrente alega ainda que é indevida a imposição de juros de mora sobre a multa de ofício lançada, e não paga no vencimento, por ausência de previsão legal.

Argumenta que tal exigência carece de base legal, pois o artigo 61 da Lei nº 9.430, de 1996 é claro ao restringir a incidência dos juros de mora apenas sobre o principal lançado.

Discordo dos argumentos.

A incidência de juros de mora sobre o crédito não pago no vencimento decorre do art. 161 do CTN, abaixo transcrito:

Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

(...)

O crédito a que se refere o artigo é, sem dúvida, o crédito tributário, que, nos termos do art. 139 do Código, decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta. Por sua vez, o art. 113, §1º, do CTN, determina que a obrigação principal tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Assim, por evidente, o crédito tributário envolve tanto o tributo quanto a penalidade pecuniária.

A base legal indicada para os juros de mora é o art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430, de 1996, abaixo transcrito:

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 de pagamento.

Ora, a incidência dos juros de mora se dá sobre débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições, o que inclui a multa de ofício acessória, e não apenas sobre os tributos e as contribuições. Não há outra exegese a ser extraída do adjetivo “decorrentes”.

Outros dispositivos legais confirmam que essa é a interpretação mais adequada. Veja-se o constante no art. 43 da Lei nº 9.430, de 1996:

Art. 43. Poderá ser formalizada exigência de crédito tributário correspondente exclusivamente a multa ou a juros de mora, isolada ou conjuntamente.

Parágrafo único. Sobre o crédito constituído na forma deste artigo, não pago no respectivo vencimento, 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.

Assim, a lei permitiu a formalização de crédito tributário exclusivamente de multa, admitindo ainda a incidência de juros sobre ela, o que demonstra que é essa a lógica do sistema.

Ademais, a Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, incluiu o § 8º no art. 84 da Lei nº 8.981, de 1995, dispondo que os juros de mora se aplicam aos demais créditos da Fazenda Nacional, cuja inscrição e cobrança como Dívida Ativa da União seja de competência da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, o que obviamente inclui as multas de ofício aplicadas.

Desta forma, interpretando-se de forma sistemática o ordenamento, não restam dúvidas de que os juros de mora devem incidir sobre o tributo e a multa de ofício, não sendo lícito que qualquer possível impropriedade na redação de um dispositivo de forma isolada altere essa conclusão.

É esse o entendimento predominante da 1ª Turma da CSRF, como demonstram as ementas abaixo transcritas:

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre o crédito tributário constituído,

incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa Selic.

(Acórdão nº 9101-01.191, sessão de 17 de outubro de 2011, redator do voto vencedor Conselheiro Claudemir Rodrigues Malaquias)

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO

No lançamento de ofício, o valor originário do crédito tributário compreende o valor do tributo e da multa por lançamento de ofício. Sobre a multa por lançamento de ofício não paga no vencimento incidem juros de mora. Em se tratando de débitos relacionados com tributos cujos fatos geradores tenham ocorrido até 31/12/1994, sobre a multa por lançamento de ofício incidem, a partir de 1º de janeiro de 1997, juros de mora calculados segundo a taxa Selic, ex vi dos arts. 29 e 30, da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002.

(Acórdão nº 9101-01.191, sessão de 15 de maio de 2012, relator Conselheiro Valmir Sandri)

Assunto: Juros de mora sobre multa de ofício.

*A melhor exegese da remissão feita pelo **caput** do art. 30 aos débitos referidos no art. 29, ambos da Lei nº 10.522/02, leva à conclusão que alcança todos os débitos de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional, inclusive os relativos à multa de ofício.*

(Acórdão nº 9101-001.337, sessão de 14 de agosto de 2012, relator Conselheiro Alberto Pinto Souza Junior)

3. CONCLUSÃO

Diante do exposto, voto por rejeitar as preliminares de nulidade e, no mérito, negar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)
José Evande Carvalho Araujo

Processo nº 16327.720430/2012-41
Acórdão n.º **1102-001.073**

S1-C1T2
Fl. 2.582

CÓPIA