



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

Processo n° 16327.720431/2012-95
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1402-001.917 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 03 de março de 2015
Matéria IRPJ e CSLL
Recorrente QUIXABA-EMPREENDEIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2010

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 de capital levada a efeito pela 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.

GANHO DE CAPITAL. INCLUSÃO DE ÁGIO GERADO ARTIFICIALMENTE NO CUSTO CONTÁBIL.

Constatado que as ações utilizadas em subscrição de capital foram transferidas em valor superior ao custo contábil, correta a exigência de IRPJ e CSLL sobre o ganho de capital correspondente.

Não integra o valor do bem o ágio artificialmente criado em operações meramente formais e desprovidas de outro propósito negocial que não a própria redução de tributos.

LANÇAMENTO DECORRENTE. CSLL.

Tratando-se de tributação reflexa, o decidido com relação ao principal (IRPJ) constitui prejulgado às exigências fiscais decorrentes, no mesmo grau de jurisdição administrativa, em razão de terem suporte fático em comum. Assim, o decidido quanto à infração que, além de implicar o lançamento de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) implica o lançamento da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), também se aplica a este outro lançamento naquilo em que for cabível.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais (Súmula CARF nº 4).

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.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de erro na identificação do sujeito passivo. No mérito, por voto de qualidade, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto do redator designado que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Paulo Roberto Cortez, Moises Giacomelli Nunes da Silva e Carlos Pelá, que votaram por dar provimento ao recurso. Designado o Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto, para redigir o voto vencedor.

(Assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto - Presidente e Redator *ad hoc*

(Assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Redator Designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Leonardo de Andrade Couto, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Carlos Pelá e Paulo Roberto Cortez.

Relatório

QUIXABA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA., contribuinte inscrita no CNPJ/MF sob nº 09.470.650/0001-75, com domicílio fiscal na cidade de São Paulo - SP, Estado São Paulo, na Avenida Presidente Juscelino Kubitschek, nº 510, 8º Andar - Bairro Vila Nova Conceição, jurisdicionada a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária em São Paulo - SP, inconformada com a decisão de Primeira Instância de fls. 2359/2377, prolatada pela 10ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo – SP1 recorre, a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, pleiteando a sua reforma, nos termos da petição de fls. 2388/2480.

Contra a contribuinte, acima identificada, a Delegacia de Fiscalização da Receita Federal do Brasil em São Paulo – SP lavrou, em 11/04/2012, o Auto de Infração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (fls. 2246/2258), com ciência pessoal, em 13/04/2012 (fl. 2247), exigindo-se o recolhimento do crédito tributário no valor total de R\$ 236.625.142,27), a título de Imposto de Renda Pessoa Jurídica e Contribuição Social, acrescido da multa lançamento de ofício normal 75% e dos juros de mora de, no mínimo, de 1% ao mês, calculados sobre o valor do imposto e contribuição, referente ao exercício de 2010, correspondente ao ano-calendário de 2009.

A exigência fiscal em exame teve origem em procedimentos de fiscalização externa referente ao exercício de 2010, onde a autoridade fiscal lançadora entendeu haver, ganhos e perdas de capital apurados incorretamente e alienação ou baixa de investimentos avaliados pelo valor do patrimônio líquido. Falta de contabilização de ganho de capital apurado na redução de capital com a entrega de ativos aos sócios acima do valor contábil, conforme descrito no Termo de Verificação Fiscal. Infração capitulada no art. 3º da Lei nº 9.249, de 1995, art. 219, 247, 248, 249, inciso II, 251, 418, 419 e 426 do RIR/99.

Por decorrência foi lavrado o Auto de Infração da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido sob o argumento de que houve falta de contabilização de ganho de capital apurado na redução de capital com a entrega de ativos aos sócios acima do valor contábil. Infração capitulada no art. 3º da Lei nº 7.689, de 1988, com a redação dada pelo art. 17 da Lei nº 11.727, de 2008.

O Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil responsável pela constituição do crédito tributário lançado esclarece, ainda, através do Termo de Verificação Fiscal (fls. 2198/2245), entre outros, os seguintes aspectos:

- que a contribuinte autuada, Quixaba Empreendimentos e Participações Ltda. (Quixaba), possuía 100% de participação na empresa Pirapetinga Empreendimentos e Participações Ltda. (Pirapetinga), cujo patrimônio líquido, no valor de R\$ 4.746.908.996,77, foi contabilizado como investimento;

- que por sua vez, a Pirapetinga detinha 49,9% de participação na Ferrara Participações S/A (Ferrara);

- que ocorre que a Pirapetinga foi incorporada pela Ferrara, motivo pelo qual a totalidade da participação na Pirapetinga, detida pela Quixaba, foi trocada pela participação de 49,9% na Ferrara. Tendo em vista que o patrimônio líquido da Ferrara era de R\$ 7.358.720.764,30, 49,9% deste valor representava o montante de R\$ 3.672.001.675,74;

- que ao registrar o seu investimento na Ferrara pelo valor de equivalência patrimonial, em 23/04/2009, a Quixaba lançou o montante de R\$ 1.074.907.321,03 (R\$ 4.746.908.996,77 menos R\$ 3.672.001.675,74) a débito na conta “1.3.1.1.2.055 – Ágio – Ferrara Participações”, conforme o razão contábil analítico de fls.33;

- que, posteriormente, em 30/04/2009, a Quixaba promoveu uma redução de capital, formalizada por meio de Instrumento Particular de Alteração do Contrato Social (fls.20/28);

- que este instrumento informa que foi realizada uma 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 Holdings Ltda. (Rubi), em bens representados por 126.656.530 ações de emissão da Companhia Brasileira de Meios de Pagamento – Visanet;

- que os seguintes lançamentos contábeis foram realizados pela Quixaba, relativos a esta redução de capital (fls.29), Débito – 2.8.1.1.1.001 - Capital Social Integralizado - R\$ 1.602.125.703,02; Crédito – 1.3.1.1.1.048 - 6300 Visanet - R\$ 47.805.724,24; Crédito – 1.3.1.1.2.026 - Ágio - Outras Empresas - R\$ 1.070.611.684,32; Crédito – 1.3.1.1.2.055 - Ágio - Ferrara Participações - R\$ 483.708.294,46;

- que dos lançamentos contábeis supracitados, cabe observar que o ágio de R\$ 483.708.294,46 é uma parcela do ágio de R\$ 1.074.907.321,03 da conta “1.3.1.1.2.055 – Ágio – Ferrara Participações”, conforme demonstra o lançamento a crédito escriturado no razão contábil analítico de fls.33;

- que a respeito da parcela de ágio ora em análise, a contribuinte, em resposta datada de 08/06/2010, afirmou (fls.31): *‘A contribuinte informa que a diferença entre o valor de R\$ 1.118.417.408,56, referente à entrada do investimento Visanet, em virtude da redução de capital da Ferrara Participações e o valor de R\$ 1.602.125.703,02, relativo à redução de capital para a empresa Rubi Holdings, refere-se à redução de R\$ 483.708.294,46 da conta Ágio Ferrara. Essa diferença decorre do reflexo da incorporação da empresa Pirapetinga Empreendimentos e Participações Ltda. pela Ferrara Participações S/A em 23/04/2009 e sustenta-se pela mais-valia dos ativos existentes na Ferrara. Parte desses ativos era constituída por ações Visanet e quando as ações Visanet foram vertidas à Rubi Holdings através da redução de capital, o montante correspondente da conta Ágio Ferrara (referente às ações Visanet) também foi vertido na operação de redução de capital’;*

- que por ocasião da redução de capital da Quixaba, todas as empresas envolvidas na reestruturação societária faziam parte de um mesmo grupo econômico, a saber, o Grupo Bradesco;

- que conclui-se assim que o Grupo Bradesco, após ter criado uma riqueza dentro de suas próprias empresas, atribuiu mais R\$ 483 milhões ao valor contábil das ações da Visanet, numa operação sem o menor fundamento econômico, pois implicaria em concluir que a Quixaba pagou pela Ferrara um valor de R\$ 483 milhões acima do seu valor contábil baseado na mais-valia das ações Visanet, gerando um ágio sobre outro;

- que este valor de R\$ 483 milhões nunca foi pago, ou seja, nenhuma empresa suportou o ônus financeiro deste ágio, pois ele é fruto de uma contabilização da incorporação da Pirapetinga pela Ferrara. Em verdade, a Quixaba criou uma riqueza, que foi denominada como ágio, a partir da contabilização de uma incorporação, e a atribuiu a um ativo sem que houvesse qualquer pagamento por este ágio;

- que apesar de o valor de R\$ 483 milhões estar denominado como “Ágio – Ferrara Participações” na contabilidade da Quixaba, e o contribuinte ter a liberdade de atribuí-lo ao valor contábil das ações Visanet, tal ágio não poderia reduzir o valor tributável previsto no artigo 419 do RIR/99, a seguir transcrito, pela falta de essência econômica e inexistência de qualquer dispêndio financeiro para o pagamento deste ágio;

- que a Quixaba procedeu a uma redução indevida de seu capital, razão pela qual o valor de R\$ 483.708.294,46 será tributado, com base no artigo 419 do RIR/99;

- que cumpre observar que a contribuinte possuía um Prejuízo Fiscal e uma Base de Cálculo Negativa de CSLL referente a períodos anteriores, ambos no montante de R\$ 132.517.353,81, que, por se enquadrarem dentro do limite de 30% do valor tributável acima, serão integralmente compensados. Logo o novo valor tributável de IRPJ e CSLL, após a compensação devida, será de R\$ 351.190.940,65.

Em sua peça impugnatória de fls. 2263/2329, instruído pelos documentos de fls. 2330/2345 apresentada, tempestivamente, em 15/05/2012, a atuada se indispõe contra a exigência fiscal, solicitando que seja acolhida à impugnação para declarar a insubsistência do Auto de Infração, com base, em síntese, nos seguintes argumentos:

- que os autos de infração consignam como data do fato gerador dos tributos objeto do lançamento de ofício o dia 30/04/2009, data em que a impugnante reduziu seu capital mediante a entrega de 126.656.530 ações da empresa Visanet para a sua controladora, a empresa Rubi;

- que estas ações foram entregues pelo seu valor contabilizado, o que por definição não gera qualquer ganho de capital;

- que, por seu turno, estas ações chegaram às mãos da impugnante também através da redução do capital de uma sua coligada, a empresa Ferrara Participações, também pelo valor contábil;

- que as capitulações legais dos autos de infração trazem as normas e regras gerais para exigência dos tributos, inexistindo, contudo, a autorização pretendida pelos autos de infração, para subverter a realidade dos fatos, sendo pertinente a máxima de que contra fatos não há argumentos;

- que verifica-se na legislação de regência que constitui-se opção do contribuinte devolver bens a valor contábil ou a valor de mercado, e, conforme antes esclarecido, a opção da impugnante foi pelo valor contábil;

- que foi a soma dos valores, nos precisos termos da lei, que a impugnante utilizou para devolver o investimento ao seu sócio. A glosa fiscal consiste em não computar no custo dos ativos o valor contemplado no inciso II do artigo 33 do Decreto-Lei nº 1.598, de

1977 (ágio), como se este valor não existisse, como se ele não representasse custo suportado pela impugnante;

- que a justificativa da fiscalização para tentar retirar a dedutibilidade deste valor é que ele não teria qualquer fundamento econômico. Não se encontra em toda a legislação tributária em vigor no país base para dar suporte a tal exigência. Qual é a lei que prescreve que para o custo de um bem ser dedutível, além de ele ser suportado, mediante pagamento, que ele tenha fundamento econômico;

- que para negar a utilização do valor lançado nos Livros Contábeis e Fiscais, era preciso que a fiscalização provasse, na capitulação legal, que estes lançamentos estavam eivados de vícios, feitos de forma diferente do que prescreve a técnica contábil ou a lei. Ocorre que tais lançamentos, todos, atenderam, rigorosamente, à técnica e à lei para refletir os fatos jurídicos, econômicos e financeiros representativos dos negócios realizados pelo contribuinte;

- que antes de descrever os fatos reais ocorridos e escriturados, é ainda necessário que se diga que 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 ocorrido e inventar um novo fato com uma base de cálculo inexistente na lei;

- que 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;

- que 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;

- que a presente autuação contempla hipótese de erro na identificação do sujeito passivo, o que acarreta sua nulidade;

- que 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;

- que no caso da impugnante, não ocorreu riqueza nova ou acréscimo patrimonial, logo não ocorreu fato gerador dos tributos em causa;

- que a impugnante recebeu, em substituição a um investimento que tinha, um outro pelo mesmo valor, trocou um lote de quotas de capital por um lote de ações, ambos com o mesmo valor;

- que 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;

- que o artigo 426 do RIR/99 descreve qual é o valor contábil com vistas a apurar o ganho de capital nestas operações com participações societárias, e pontua que o ágio faz parte deste custo, dando respaldo ao procedimento adotado pelo contribuinte na operação, procedimento este que não merece qualquer reparo, inexistindo qualquer diferença de tributo a ser recolhida;

- que a fiscalização ao afirmar que o valor de ágio no montante de R\$ 483 milhões não foi pago, pois a impugnante pagou pelas ações exatamente o valor que estava registrado em sua contabilidade. Quando da incorporação mencionada pela fiscalização, o valor pago (e só por ter sido pago estava contabilizado) da participação societária extinta se tornou o valor das ações recebidas em substituição, pois em contabilidade não se inventam valores;

- que este ágio foi pago pela impugnante, uma vez que, quando adquiriu o investimento original, agora extinto pela incorporação, a impugnante trouxe os recursos do exterior para essa finalidade, e os contratos de câmbio atestam isso;

- que ainda quanto às afirmativas de que havia sido constituído ágio sem que se tivesse pago por ele, não se deu conta a fiscalização 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. Logo, não há como se falar em falta do fundamento econômico;

- que 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;

- que 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;

- que 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;

- que, 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 Rubi Holdings Ltda. de quase 5 bilhões de reais, para tornar possível a retirada do Goldman Sachs da parceria;

- que não se pode falar em perda de fundamento econômico do ágio registrado;

- que o desfazimento da sociedade com o Goldman Sachs deu-se em 11/12/2008, quando o Banco Bradesco adquiriu a empresa Brasília Cayman Investments II Limited (BCII). Neste momento, configurou-se a saída do Goldman Sachs da associação;

- que 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;

- que 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;

- que o procedimento da fiscalização implica a 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;

- que a quebra da personalidade jurídica é prerrogativa do Poder Judiciário;

- que 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;

- que o Termo de Verificação Fiscal lança a acusação de que o ágio não teria fundamento econômico, pois teria sido gerado numa incorporação celebrada entre empresas com elos societários entre si;

- que, todavia, o ágio decorrente de operações entre empresas com elos societários entre si não está em desacordo com o nosso ordenamento jurídico, motivo pelo qual há que ser reconhecida a legalidade da operação realizada pela impugnante;

- que 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;

- que 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;

- que 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;

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

- que, portanto, é indevida a incidência da variação da taxa SELIC sobre a multa de ofício apurada nos presentes autos;

- que a 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 atuação, nos termos do art.61, da Lei nº 9.430/96.

Após resumir os fatos constantes da autuação e as principais razões apresentadas pela impugnante, os membros da 10ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo – SP1, concluíram pela improcedência da impugnação e pela manutenção do crédito tributário lançado com base, em síntese, nas seguintes considerações:

- que, inicialmente, a impugnante questiona os autos de infração sob as alegações de que haveria erro na identificação do sujeito passivo, além do que a capitulação legal da autuação seria genérica;

- que não prospera a pretensão da impugnante, uma vez que a fiscalização faz expressa menção tanto à empresa autuada, no caso, a Quixaba Empreendimentos e Participações Ltda., como também descreve a capitulação legal da atuação, a saber, o art. 419, e parágrafo único, do RIR/99, com fulcro no art.22, e §1º, da Lei nº 9.249/95;

- que os dispositivos legais supracitados 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;

- que cabe ressaltar que a própria impugnante demonstra perfeita compreensão acerca da operação de redução do capital social da empresa Quixaba, que originou o ganho de capital objeto da presente autuação, conforme se depreende da pormenorizada descrição dos fatos feita na impugnação (fls.2277/2280);

- que houve a correta identificação do sujeito passivo por parte da fiscalização, conforme demonstram tanto a descrição dos fatos feita pela contribuinte por meio da peça de impugnação, como o conjunto probatório trazido aos autos, em particular o Instrumento Particular de Alteração do Contrato Social acima reproduzido;

- que, da mesma forma, verifica-se que não assiste razão ao questionamento da contribuinte 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;

- que a contribuinte defende haver fundamento econômico para a parcela de ágio no valor de R\$ 483.708.294,46, que alega ter pago por meio de recursos trazidos do exterior, conforme comprovariam contratos de câmbio;

- que a alegação em comento contradiz tanto as provas constantes dos autos, quanto os demais argumentos trazidos pela impugnante;

- que a fim de subsidiar a alegação de ter pago pelo ágio de R\$ 483.708.294,46 utilizando recursos provenientes do exterior, a impugnante faz uma menção genérica a contratos de câmbio, sem, no entanto, apontar quais seriam especificamente os eventuais contratos que fundamentariam tal operação. Observa-se que tal afirmação foi realizada sem o apoio de qualquer prova documental que lhe conferisse sustentação;

- que ainda que se entendesse que a impugnante se referiu a recursos do exterior provenientes de operações realizadas com o Grupo Goldman Sachs, mesmo assim haveria um nítido problema cronológico: por ocasião do reconhecimento do ágio de R\$ 1.074.907.321,03 (no qual está contida a parcela de R\$ 483.708.294,46), por parte da Quixaba, em 23/04/2009 (conforme o razão contábil analítico de fls.33), já havia ocorrido o desfazimento da sociedade do Grupo Bradesco com o Grupo Goldman Sachs;

- que uma vez que a sociedade com o Grupo Goldman Sachs foi desfeita em 11/12/2008, não há como se sustentar que recursos provenientes do exterior teriam sido utilizados para o pagamento de um ágio ocorrido em 23/04/2009;

- que, nesse sentido, a contribuinte também deixa claro que, após o desfazimento da sociedade, não houve quaisquer resíduos dos recursos provenientes do exterior, ou seja, os recursos para efetuar o alegado pagamento, nos termos e na data propostos pela impugnante, eram inexistentes;

- que observe-se ainda que, ao mesmo tempo em que alega ter pago o ágio com recursos provenientes do exterior, a impugnante também afirma, de maneira contraditória, que o pagamento teria ocorrido de outras formas, além de transferências monetárias;

- que conclui-se, assim, que o argumento de pagamento do ágio é completamente infundado, já que a impugnante nem mesmo consegue manter uma coerência lógica acerca daquilo que afirma, como demonstra a contradição acima apontada;

- que, além disso, as provas trazidas aos autos são taxativas ao indicar que não houve qualquer pagamento pelo ágio, o qual, em verdade, foi criado internamente na própria Quixaba, sem lastro em transferência monetária. Nesse sentido, corrobora o histórico do lançamento de fls.33, relativo ao ágio de R\$ 483.708.294,46;

- que, dessa forma, resta improcedente a afirmação da impugnante de que haveria fundamento econômico para o ágio de R\$ 483.708.294,46, com fulcro em pagamento efetuado por intermédio de recursos provenientes do exterior;

- que uma vez constatado que o ágio interno ora em análise foi produzido sem qualquer substrato econômico, também não assiste razão ao argumento da impugnante de que tal ágio, decorrente de operações entre empresas com elos societários entre si, estaria de acordo com o ordenamento jurídico;

- que destaque-se que é improcedente o pleito da impugnante ao questionar a ocorrência do fato gerador dos tributos em causa, tendo em vista que o caso em tela se subsume à situação definida pelo § 1º, do art. 22, da Lei nº 9.249/95, dado que houve a devolução de participação no capital social da impugnante pelo valor de mercado, cuja diferença, em relação ao valor contábil dos bens ou direitos entregues, deve ser considerada ganho de capital;

- que 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 da 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;

- que defende a impugnante que a autuação contrariaria o entendimento da RFB manifesto por meio da resposta à questão 554 do “Perguntão” da Pessoa Física relativo ao ano-calendário de 2012;

- que, de plano, observa-se que, 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 geração interna de ágio abordada nos autos;

- que não assiste razão ao argumento da impugnante, já que a referida orientação da RFB não é aplicável ao caso concreto;

- que a impugnante alega que a reestruturação societária tinha propósitos econômicos muito claros, quais sejam, “viabilizar o pagamento das obrigações contraídas e concentrar as ações da Visanet numa única empresa como preparação da oferta pública” (fls. 2314/2315);

- que não há dúvidas de que todo o conjunto de operações resultou no IPO da Visanet, que gerou expressivos ganhos para o grupo Bradesco. Entretanto, as operações questionadas pela fiscalização dizem respeito apenas à redução do capital social da Quixaba;

- que cabe ainda observar que a alegada centralização de ações da Visanet na Columbus poderia ter sido efetuada de maneira muito mais simples, visto que as 175.579.400 ações entregues pela Elba e as 253.820.700 ações entregues pela Rubi pertenciam inicialmente ao Banco Alvorada;

- que no caso das referidas 253.820.700 ações da Visanet, as mesmas pertenciam ao Banco Alvorada, que as entregou à Ferrara Holdings em 05/10/2007 para integralização de capital. Por ocasião das reduções de capital da Ferrara Participações S/A (em 24/04/2009) e da Quixaba (em 30/04/2009), elas passaram a compor o ativo da Rubi, que, por sua vez, as entregou à Columbus para integralização de capital. E, nesse caminho, seu valor contábil passou de R\$ 95.803.054,21 para R\$ 3.048.063.870,81;

- que, verifica-se, portanto, que 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;

- que conforme relatado pela fiscalização, as ações da Visanet foram entregues à Columbus pelos valores unitários de R\$ 0,38 (ações entregues pelo Banco Alvorada, Alvorada Cartões e Banco Boavista), R\$ 3,24 (ações entregues pela Elba) e R\$ 12,01 (ações entregues pela Rubi), resultando em custo unitário, na Columbus, de R\$ 6,80;

- que, assim, não deve ser acolhida a alegação da impugnante de que houve planejamento tributário “às avessas”, com pagamento a maior de tributos. Como visto, caso as ações da Visanet entregues pela Rubi à Columbus não tivessem tido seu valor contábil aumentado, o custo seria menor e, conseqüentemente, o ganho de capital no IPO seria maior;

- que a impugnante protesta pela posterior produção de novos argumentos e documentos que entender necessários;

- que, dessa forma, não tendo a impugnante demonstrado enquadrar-se nos casos de excepcionalidade relacionados no § 4º, do art. 16, do Decreto nº 70.235/72, deve ser indeferido o pedido genérico de juntada de novos documentos;

- que a respeito da questão dos juros sobre multa de ofício, há que se frisar que a exigência de acréscimos moratórios sobre a penalidade não é objeto do lançamento ora em litígio. Os juros incidentes sobre o crédito tributário lançado a título de multa serão calculados e atualizados até a data do efetivo pagamento, na fase de execução do acórdão e de cobrança do crédito tributário mantido, após se tornar definitiva, na esfera administrativa, a decisão acerca do lançamento impugnado;

- que, assim, tem plena previsão legal a incidência de juros moratórios sobre a multa aplicada, calculados pela taxa SELIC, visto que se trata de débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil;

- que do lançamento relativo à CSLL, no que tange ao lançamento de CSLL, há que se ressaltar que a decisão quanto à ocorrência de eventos que representam, ao mesmo tempo, fato gerador de vários tributos repercute na decisão de todos os tributos a eles vinculados, ou seja, o lançamento de CSLL decorrente da autuação do IRPJ deve seguir o decidido no lançamento principal.

A decisão de Primeira Instância esta consubstanciada nas seguintes ementas:

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.

ÁGIO FUNDAMENTADO EM PAGAMENTO COM RECURSOS PROVENIENTES DO EXTERIOR. ALEGAÇÕES CONTRADITÓRIAS E DIVERGENTES DAS PROVAS TRAZIDAS AOS AUTOS.

Resta improcedente a alegação de que haveria fundamento econômico para ágio oriundo de pagamento efetuado por meio de recursos provenientes do exterior, tendo em vista a falta de comprovação da existência do referido pagamento, bem como em função de argumentos contraditórios da impugnação, que refutam a própria tese defendida pelo sujeito passivo.

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

Cientificado da decisão de Primeira Instância, em 10/06/2013, conforme Termo constante às fl. 2504, e, com ela não se conformando, a contribuinte interpôs, em tempo hábil (03/07/2013), o recurso voluntário de fls. 2388/2464, instruído pelos documentos de fls. 2465/2480, no qual demonstra irresignação contra a decisão supra, baseado, em síntese, nas mesmas razões expendidas na fase impugnatória, reforçado pelas seguintes considerações:

- que para os dois autos de infração, a fiscalização invoca como fato causador do lançamento de ofício a “falta de contabilização de ganho de capital apurada na redução de capital com a entrega de ativos aos sócios acima do valor contábil...”, assertiva esta que não corresponde, absolutamente, à verdade dos fatos;

- que todas as operações realizadas foram cursadas pelo valor contábil dos ativos envolvidos. Todas sem exceção, como se demonstrará no presente Recurso. O ágio questionado nada mais é do que um desdobramento do custo do investimento feito pela recorrente na empresa Pirapetinga, com pagamento em dinheiro e que, por conta de operações

societárias e nos termos da lei, foi apenas desmembrado, contabilmente, em investimento e ágio;

- que o único momento em que as operações não seguem o valor contábil dos ativos, por razões óbvias, é o momento em que a empresa Columbus Holdings efetua a venda das ações da Companhia Brasileira de Meios de Pagamentos (Visanet) no mercado – o IPO, onde, ao invés de seguir o valor contábil, as vendas são cursadas pelo valor que o mercado aceitou pagar pelas mesmas;

- que não assiste razão à decisão, pois embora o caso concreto seja de tributação de pessoa física, a orientação emanada demonstra que a regra externada é tão somente a aplicação dos artigos 116 e 117 do CTN. Em assim sendo a sua aplicação é geral, não está, portanto, restrita às pessoas físicas;

- que, no presente caso, portanto, admitida a legitimidade da integralização de capital feita pela Pirapetinga na Ferrara, inexoravelmente, o valor que os ativos terão na contabilidade, no patrimônio das partes, será o valor decorrente desta transação, abstraído qualquer fato futuro;

- que o Termo de Verificação Fiscal lança a acusação de que o ágio não teria fundamento econômico, pois teria sido gerado numa incorporação celebrada entre empresas com elos societários entre si;

- que, de plano, há de se repudiar, com veemência, tal assertiva, pois como visto, o ágio tem origem quando a GS trouxe recursos do exterior, mediante fechamentos de contratos de câmbio, e, com estes recursos a recorrente aumentou o capital da Pirapetinga, que, por seu turno, aumentou o capital da Ferrara, e, com isto, passou a deter 49,9% do capital desta;

- que aí está a origem do ágio, decorrente de uma operação realizada por empresas participantes de dois grupos empresariais distintos, o Goldman Sachs e o Bradesco, sem qualquer vinculação entre si, por ocasião do surgimento do ágio, não se tratando, absolutamente, do chamado “ágio interno”;

- que, no caso, o custo de aquisição das ações da Ferrara pela recorrente, se deu pelo valor contábil, mas gerou ágio, pois o custo dessas ações correspondem ao valor das cotas de capital da Pirapetinga extintas pela incorporação;

- que, assim, mesmo admitindo-se, por amor ao debate, tratar-se de “ágio interno”, na esfera do Direito Societário, não há qualquer restrição à realização da operação que teria gerado no entender da fiscalização ágio entre empresas com elos societários.

A Fazenda Nacional, através do seu representante legal, apresenta às fls. 2506/2549 as Contrarrazões ao Recurso Voluntário, amparado, em síntese, nas seguintes considerações:

- que é preciso descrever os fatos que originaram a constituição do crédito tributário objeto do lançamento. Dessa forma, vejamos como ocorreu a formação do ágio e do respectivo ganho de capital, que deveria ter sido tributado pelo IRPJ e pela CSLL;

- que cumpre registrar que o trabalho da Fiscalização focou o caminho percorrido pelas ações da COMPANHIA BRASILEIRA DE MEIOS DE PAGAMENTOS – VISANET dentro das empresas que compõem o GRUPO BRADESCO. Isso porque o pagamento de ágio, em diversas operações realizadas pelo citado grupo empresarial, teve como

fundamento a mais-valia referente a essas ações. Além disso, a própria contribuinte reconhece que toda a reorganização societária concretizada pelo GRUPO BRADESCO tinha por objetivo final a IPO que abriria o capital da empresa VISANET;

- que a contribuinte sustenta, preliminarmente, que o lançamento seria nulo, em virtude de um erro na identificação do sujeito passivo. Segundo a recorrente, a empresa que auferiu ganho de capital, e, portanto, teria recolhido menos tributos, em decorrência da contabilização do ágio, foi a COLUMBUS. Para fundamentar sua preliminar, a recorrente utiliza trechos do Termo de Verificação Fiscal – TVF, nos quais a autoridade administrativa descreve os efeitos do ágio registrado na COLUMBUS sobre o ganho de capital auferido na IPO da VISANET;

- que apesar de mencionar que o planejamento provocou efeitos no ganho de capital auferido na IPO das ações da VISANET, esse não pode ser considerado o objeto da tributação no presente processo administrativo. Isso porque a Fiscalização apurou a ocorrência do fato gerador em outro momento, qual seja: na entrega de ações da VISANET para a RUBI, realizada quando houve redução de capital da QUIXABA. Nessa operação, a autoridade fiscal identificou que as ações foram transferidas por valor superior ao valor histórico contábil, o que gerou ganho de capital em favor da QUIXABA e que não foi oferecido à tributação. Portanto, não há que se falar em erro na identificação do sujeito passivo, tendo em vista que o fato tributável realmente deve ser imputado à QUIXABA;

- que o ágio gerado na operação de venda de ações da VISANET para o GRUPO GOLDMAN SACHS, portanto, o primeiro conjunto de operações estava relacionado a uma transação envolvendo o GRUPO BRADESCO e o GRUPO GOLDMAN SACHS. O objeto do negócio era a aquisição, pelo GRUPO GOLDMAN SACHS, de uma parte das ações da VISANET, que eram detidas pela FERRARA PARTICIPAÇÕES. As conseqüências desse negócio originaram o crédito tributário constituído pela autoridade fiscal, razão pela qual serão descritas a seguir;

- que as etapas do negócio de alienação de ações da VISANET para o grupo GOLDMAN SACHS E SEU DESFAZIMENTO, neste sentido as operações internas do GRUPO BRADESCO. Pode-se, observar que a autoridade responsável pelo lançamento descreveu como uma parcela das ações da VISANET, negociadas com o GRUPO GOLDMAN SACHS, foi inserida no patrimônio da FERRARA PARTICIPAÇÕES. O primeiro ato societário ocorreu em 05/10/2007: subscrição de capital na FERRARA HOLDINGS pelo BANCO ALVORADA – ambas pessoas jurídicas pertencentes ao GRUPO BRADESCO. O capital social da FERRARA HOLDINGS passou de R\$ 1.937.000,00 para R\$ 55.764.479,63, tendo sido integralizado pelo BANCO ALVORADA através da entrega de 112.499.900 ações da VISANET, avaliadas pelo valor contábil de R\$ 68.767.876,47. Ao final deste ato societário, R\$ 14.940.396,84 foram registrados na FERRARA HOLDINGS na conta “Reserva de Ágio na Emissão de Ações”. Por fim, cumpre mencionar que, antes dessa operação, a FERRARA HOLDINGS já possuía 4.410.450 ações da VISANET em seu acervo;

- que essas operações societárias, realizadas dentro do GRUPO BRADESCO, podem ser consideradas como preparatórias para a alienação de parte das ações da VISANET para o GRUPO GOLDMAN SACHS. Com efeito, o que se percebe é que as ações objeto do negócio permaneceram sob o controle do BANCO ALVORADA, apenas sendo alterada a forma, vale dizer: no início BANCO ALVORADA detinha controle direto e, após todas as operações, passou a ter controle indireto, por meio da FERRARA PARTICIPAÇÕES;

- que as operações envolvendo o GRUPO BRADESCO e o GRUPO GOLDMAN SACHS, sendo assim, segundo relata a Fiscalização, o GRUPO GOLDMAN SACHS pretendia adquirir 9,28% da participação acionária da VISANET, que pertencia ao GRUPO BRADESCO. Para concretizar o negócio, uma pessoa jurídica integrante do GRUPO GOLDMAN SACHS deveria adquirir 49,9% das ações da FERRARA PARTICIPAÇÕES, que possuía 126.910.350 ações da VISANET. Diante disso, em 04/09/2009, os dois grupos empresariais firmaram um acordo, por meio da assinatura de diversos documentos, que tinha por escopo a alienação de 9,28% da participação acionária da VISANET pelo montante de R\$ 4.382.585.166,14;

- que na mesma data em que a QUIXABA integralizou o aumento de capital social da PIRAPETINGA, em 08/09/2008, no montante de R\$ 4.382.585.166,14, a PIRAPETINGA integralizou as 99.971.365 novas ações da FERRARA. Por sua vez, a FERRARA aplicou todo o capital recebido da PIRAPETINGA no “Fundo de Investimento Referenciado Quartzo”, que era administrado e custodiado pelo GRUPO BRADESCO. Isso completa o fluxo de recursos financeiros, entre o GRUPO GOLDMAN SACHS e o GRUPO BRADESCO, correspondente ao primeiro momento das operações;

- que o desfazimento, do negócio e retorno do dinheiro ao GRUPO GOLDMAN SACHS, após realizar as operações, o GRUPO GOLDMAN SACHS e o GRUPO BRADESCO resolveram desfazer o negócio. A própria contribuinte reconhece que houve o desfazimento da sociedade entre os dois grupos empresariais, mas tenta afastar a conclusão exposta pela autoridade fiscal alegando que o “desfazimento” significou apenas “novos negócios”. Contudo, importante salientar que é incontroverso o fato de que o GRUPO GOLDMAN SACHS e o GRUPO BRADESCO decidiram retornar ao estado anterior aos negócios, isto é: o GRUPO GOLDMAN SACHS receberia de volta o capital investido, enquanto o GRUPO BRADESCO voltaria a possuir as ações da VISANET;

- que depois de concluída essa etapa, tem-se que o GRUPO BRADESCO, em 11/12/2008, havia entregado ao GRUPO GOLDMAN SACHS o valor de R\$ 3.349.984.937,89, composto por: (i) R\$ 3 bilhões pelo pagamento da nota promissória, relativo ao valor nominal do título (o “principal”); (ii) R\$ 116.040.206,00 pelos juros incidentes sobre a nota promissória; e (iii) R\$ 233.944.731,89 pela aquisição de ações da Brasília Cayman Investments II Limited, que pertencia ao GRUPO GOLDMAN SACHS. Dessa maneira, fica evidente que houve a devolução do capital empregado pelo GRUPO GOLDMAN SACHS para adquirir 9,28% da participação societária da VISANET – por meio da aquisição de 49,9% do capital de sua controladora, a FERRARA PARTICIPAÇÕES;

- que a consequência dos atos de “desfazimento” da alienação de ações da VISANET, neste sentido, valor envolvido na aquisição das ações da VISANET, por intermédio da capitalização da FERRARA, era proveniente de um empréstimo concedido pelo próprio GRUPO BRADESCO – no montante de R\$ 1.575.010.205,00, conforme descrito acima. Por essa razão, a autoridade fiscal salienta que, para o desfazimento do negócio, bastaria o GRUPO BRADESCO devolver ao GRUPO GOLDMAN SACHS o montante de R\$ 3.050.250.953,62 (R\$ 4.625.261.158,62 menos R\$1.575.010.205,00). Implica dizer que seria preciso apenas o pagamento da “Nota Promissória de Taxa Flutuante”, no valor de R\$ 3 bilhões, que havia sido emitida pela QUIXABA;

- que a compra da “Nota Promissória de Taxa Flutuante”, pela RUBI, consolidou a retirada do GRUPO GOLDMAN SACHS da posição de controlador indireto da VISANET. Entretanto, isso não encerrou as reorganizações societárias dentro do GRUPO BRADESCO. Nessa perspectiva, cumpre agora analisar os demais atos societários realizados

dentro do GRUPO BRADESCO, tendo em vista que estes também fizeram parte dos fatos examinados pela Fiscalização e motivaram o lançamento;

- que a reorganizações internas no grupo BRADESCO: aproveitamento do ágio gerado na alienação de ações da VISANET para o GRUPO GOLDMAM SACHS De acordo com o relatado pela Fiscalização, a RUBI desembolsou, em 11/12/2008, o valor de R\$ 4.943.040.206,00. Desse montante, R\$ 1.827.000.000,00 foi destinado à aquisição das quotas da QUIXABA e R\$ 3.116.040.206,00 para a quitação da Nota Promissória, acrescida de juros. A RUBI obteve este numerário, em 11/12/2008, pelo aumento de R\$ 4.962.000.000,00 do seu capital, promovido pelo BANCO ALVORADA. Por fim, ainda em 11/12/2008, merece destaque o fato de a RUBI ter integralizado um aumento de capital social da QUIXABA, no valor de R\$ 3.116.040.206,00, mediante a conversão de créditos da Nota Promissória emitida pela própria QUIXABA e que havia sido adquirida da GSFS;

- que ao realizar todas essas operações, o GRUPO BRADESCO cumpriu a sua parte no “desfazimento” do negócio com o GRUPO GOLDMAN SACHS. Com efeito, houve a devolução do capital investido pelo GRUPO GOLDMAN, ao mesmo tempo em que a participação acionária na VISANET voltou a ser controlada pelo GRUPO BRADESCO;

- que a incorporação da PIRAPETINGA pela FERRARA: atribuição do ágio GOLDMAN SACHS (ágio I) ao valor contábil das ações da VISANET e formação de “outro ágio” na QUIXABA (ágio II), portanto, justamente nesse ponto que ganham relevância os atos realizados pelo GRUPO BRADESCO para o desfazimento da alienação das ações da VISANET. Isso porque tais atos – vale lembrar, a aquisição da BCI II e BCII, e a compra da Nota Promissória emitida pela QUIXABA – possibilitaram ao GRUPO BRADESCO manter o ágio anteriormente registrado na PIRAPETINGA (ágio I). Significa dizer que o ágio que estava contabilizado na PIRAPETINGA – pago pelo GRUPO GOLDMAN SACHS, quando adquiriu a participação indireta na VISANET – passou a ficar disponível ao GRUPO BRADESCO;

- que diante desse cenário, 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;

- que o capital da FERRARA: entrega das ações da VISANET com valor contábil majorado pelo ágio de 2,145 bilhões. Em 24/04/2009, dia seguinte à incorporação da PIRAPETINGA pela FERRARA, descrita no item anterior, foi aprovada redução de capital da FERRARA, no montante de R\$ 2.241.317.443,26 (fls. 1218). A devolução de capital aos sócios da FERRARA – a QUIXABA e a RUBI – concretizou-se por meio da entrega das ações da VISANET, que eram de titularidade da FERRARA. Desse modo, a RUBI recebeu o valor de R\$ 1.122.900.034,70, representados por 127.164.170 ações da VISANET. Por seu turno, foi restituído à QUIXABA o montante de R\$ 1.118.417.408,56, representados por 126.656.530 ações da VISANET;

- que a contrapartida contábil para essa redução de capital, segundo consta no Termo de Verificação Fiscal (fl. 2226), foi o ágio registrado na FERRARA (ágio I), no valor de R\$ 2.145.514.389,05. Além disso, a FERRARA também baixou da sua contabilidade, em virtude da redução de capital, o valor patrimonial da VISANET, que equivalia a R\$ 95.803.054,21. Percebe-se, portanto, que o ágio de R\$ 2,145 bilhões, originado no negócio

com o GRUPO GOLDMAN SACHS, foi utilizado pelo GRUPO BRADESCO para majorar o valor das ações da VISANET. Com efeito, em virtude da redução de capital da FERRARA, em 24/04/2009, foram repassadas aos seus sócios ações da VISANET pelo seu valor patrimonial acrescido de ágio. Diante disso, o ágio anteriormente registrado na FERRARA passou a ser contabilizado, dentro do GRUPO BRADESCO, nas pessoas jurídicas QUIXABA e RUBI;

- que a redução de capital da QUIXABA, transferência das ações da VISANET com valor contábil majorado por ágio, em 30/04/2009, foi aprovada a redução de capital da QUIXABA, no montante de R\$ 1.602.125.703,02, o que implicou a devolução de ações da VISANET para RUBI (fls. 20-28). Segundo a Fiscalização, a contribuinte lastreou a devolução de capital nas seguintes rubricas contábeis: a) conta 1.3.1.1.1.195 – 6300 Visanet – R\$ 47.805.724,24, que correspondia ao valor patrimonial da VISANET; b) conta 1.3.1.1.2.026 – Ágio – Outras Empresas – R\$ 1.070.611.684,32 (ágio I); c) 1.3.1.1.2.055 – Ágio – Ferrara Participações Ltda. – R\$ 483.708.294,46 (ágio II). Com essa operação, tanto o ágio de R\$ 1.070.611.684,32 (ágio I) – que tinha origem no negócio realizado com o GRUPO GOLDMAN SACHS –, quanto o ágio de R\$ 483.708.294,46 (ágio II) passaram a ser registrados na contabilidade da RUBI;

- que o objeto do lançamento nos presentes autos diz respeito somente ao citado ágio de R\$ 483.708.294,46 (ágio II), que foi atribuído ao valor contábil das ações da VISANET pela QUIXABA. A outra parcela do ágio – no montante de R\$ 1.070.611.684,32 (ágio I) – já foi alvo de exigência tributária no processo administrativo no 16327.720430/201241, que resultou em Auto de Infração lavrado em face da FERRARA. Nesse ponto, importante destacar que era necessária exaustiva descrição de todos os fatos acima – apesar da exigência recair apenas sobre o valor de R\$ 483.708.294,46. Isso porque é imprescindível que as reorganizações societárias realizadas dentro do GRUPO BRADESCO sejam vistas em conjunto, como um todo, a fim de que fique bastante clara qual era a intenção do grupo empresarial – conforme será explicitado no próximo tópico;

- que a caracterização do ganho de capital a contabilização indevida do ágio como valor contábil das ações da VISANET, antes de tudo, cabe ressaltar que o valor contábil histórico das ações da VISANET, que constavam na contabilidade da FERRARA antes do início das operações, era muito inferior ao seu valor de mercado. Nesse sentido, basta lembrar que o GRUPO GOLDMAN SACHS concordou em pagar um ágio de R\$ 2,145 bilhões quando adquiriu a participação societária na FERRARA. O fundamento econômico desse ágio era justamente o valor de mercado das ações da VISANET. Aliás, a própria recorrente reconhece o acréscimo de valor das ações da VISANET;

- que a contribuinte afirma que não houve ganho de capital na redução de capital da QUIXABA, que resultou na entrega de ações da VISANET para a RUBI. Isso porque, de acordo com a recorrente, as ações da VISANET foram entregues aos sócios pelo valor exato que estavam contabilizados. Entretanto, a tese da recorrente não merece prosperar, tendo em vista a ausência de fundamento econômico do ágio registrado pela RUBI. Nesse ponto, importante ressaltar que os arts. 385 e 386 do RIR/99, citados pela recorrente no Recurso Voluntário, não servem para fundamentar a sua pretensão. É isso que se passa a demonstrar;

- que ausência de fundamento econômico e propósito negocial do “ágio interno” O ágio registrado na QUIXABA apresenta um problema, que impede o seu aproveitamento, qual seja: foi gerado em uma operação intragrupo, sem qualquer fundamento econômico ou propósito negocial;

- que no caso dos autos, não se verifica qualquer fundamento econômico ou propósito negocial válido que possa fundamentar o ágio de R\$ 483.708.294,46. Isso se torna, indiscutivelmente, um fator impeditivo à pretensão da recorrente, qual seja: atribuir o valor do mencionado “ágio” ao custo contábil das ações da VISANET detidas pelo GRUPO BRADESCO;

- que as consequências tributárias imputadas pela autoridade fiscal, neste sentido, as operações, desencadeadas dentro do GRUPO BRADESCO, apresentam fortes indícios de que a motivação da contribuinte e demais empresas não estava fundada em aspectos econômicos ou no pertinente propósito negocial. Dessa maneira, cumpre agora delinear quais as vantagens tributárias obtidas pela recorrente, que foram apontadas pela Fiscalização como o real objetivo das reorganizações societárias;

- que não merece reparos a decisão proferida pela DRJ/SP1, que confirmou a exigibilidade do crédito tributário;

- que da aplicabilidade dos juros sobre a multa, portanto, é preciso mencionar, inicialmente, que as decisões administrativas que afastam a incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício o fazem a partir da literalidade do art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996;

- que diante disso, é possível afirmar que o entendimento correto, pautado em uma interpretação sistemática e finalística das normas tributárias envolvidas, é aquele que afirma a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício e utiliza-se da taxa Selic. Portanto, não se pode admitir, em hipótese alguma, a exclusão total dos juros de mora sobre a multa de ofício, por expressa afronta ao § 1º do art. 161 do CTN e à finalidade do ordenamento tributário.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Leonardo de Andrade Coutor, Redator *ad hoc*

Tendo em vista a impossibilidade de o Conselheiro Relator formalizar relatório e voto dos presentes autos, passo a fazê-lo na condição de Redator *ad hoc*, adotando os fundamentos apresentados pelo Relator na sessão de julgamento, ressalvando que o posicionamento ora externado não se coaduna com meu entendimento sobre os temas ora tratados.

O presente recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal e deve, portanto, ser conhecido por esta Turma de Julgamento.

Trata o processo de exigências de Imposto de Renda Pessoa Jurídica e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido sob entendimento de ter havido ganhos e perdas de capital apurados incorretamente e alienação ou baixa de investimentos avaliados pelo valor do patrimônio líquido, ou seja, falta de contabilização de ganho de capital apurado na redução de capital com a entrega de ativos aos sócios acima do valor contábil. A infração lançada se refere à falta de contabilização de ganho de capital. 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.

A decisão recorrida entendeu que resta improcedente a alegação de que haveria fundamento econômico para ágio oriundo de pagamento efetuado por meio de recursos provenientes do exterior, tendo em vista a falta de comprovação da existência do referido pagamento, bem como em função de argumentos contraditórios da impugnação, que refutam a própria tese defendida pelo sujeito passivo.

Inconformada, em virtude de não ter logrado êxito na instância inicial, a contribuinte apresenta a sua peça recursal a este E. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais pleiteando a reforma da decisão prolatada na Primeira Instância onde, em sua defesa, ataca o que entende terem sido os fundamentos do lançamento apresentando preliminares de nulidade do lançamento, bem como apresenta razões de mérito.

Assim, trata-se de recurso voluntário interposto conta o acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo I – DRJ/SP1, que manteve o lançamento consubstanciado no Auto de Infração lavrado em face do entendimento de que a recorrente não ofereceu à tributação ganho de capital auferido em operação que resultou na entrega de participação acionária de uma das empresas que compunham o Grupo Bradesco – a Companhia Brasileira de Meios de Pagamentos (VISANET) – para outra empresa que integrava o mesmo grupo empresarial – a RUBI. Dessa forma, teria havido redução indevida da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, o que motivou o lançamento de ofício.

Preliminar

A Recorrente pleiteia a nulidade do auto de infração 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 da Columbus no IPO da Visanet. Assim, no seu entender, seria nessa empresa que a autuação deveria ter se dado.

Ocorre que, conforme TVF, o ganho de capital apurado pela Columbus no IPO da Visanet serviu apenas como ponto de partida para as investigações fiscais, que, conforme cuidadosamente narrado, detectaram a ocorrência de fatos geradores de IRPJ e CSLL em outros momentos, quais foram: **(i)** a redução de capital da Ferrara em 24/04/2009; **(ii)** a redução de capital da Quixaba em 30/04/2009; e **(iii)** a subscrição de capital da Columbus pela Rubi em 04/05/2009.

Em tais momentos, segundo o entendimento fiscal, houve a realização de um ganho indevido, decorrente do aproveitamento das reservas de ágio em tais empresas, aumentando o custo de aquisição das participações societárias adquiridas com ágio e reduzindo o ganho de capital que seria apurado em tais operações.

Ademais, não prospera a alegação de nulidade por falta de norma legal que se aplique aos fatos existentes, já que a acusação demonstra de forma racional seu entendimento no sentido de que a subscrição de capital da Columbus com a entrega das ações da Visanet configurou a hipótese de incidência prevista no art. 418 do RIR/99.

Com efeito, dentro do contexto da acusação, o sujeito passivo e o enquadramento legal estão corretamente identificados e definidos, de modo que rejeito as preliminares de nulidade do lançamento.

Mérito

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.

A acusação fiscal encontra-se amparada no Termo de Verificação Fiscal (fls. 2198/2245, do qual transcrevo alguns excertos para uma maior compreensão, por parte do colegiado, do entendimento firmado pela autoridade fiscal lançadora:

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:

[...]

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\$ 1.178.461521,12 (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);

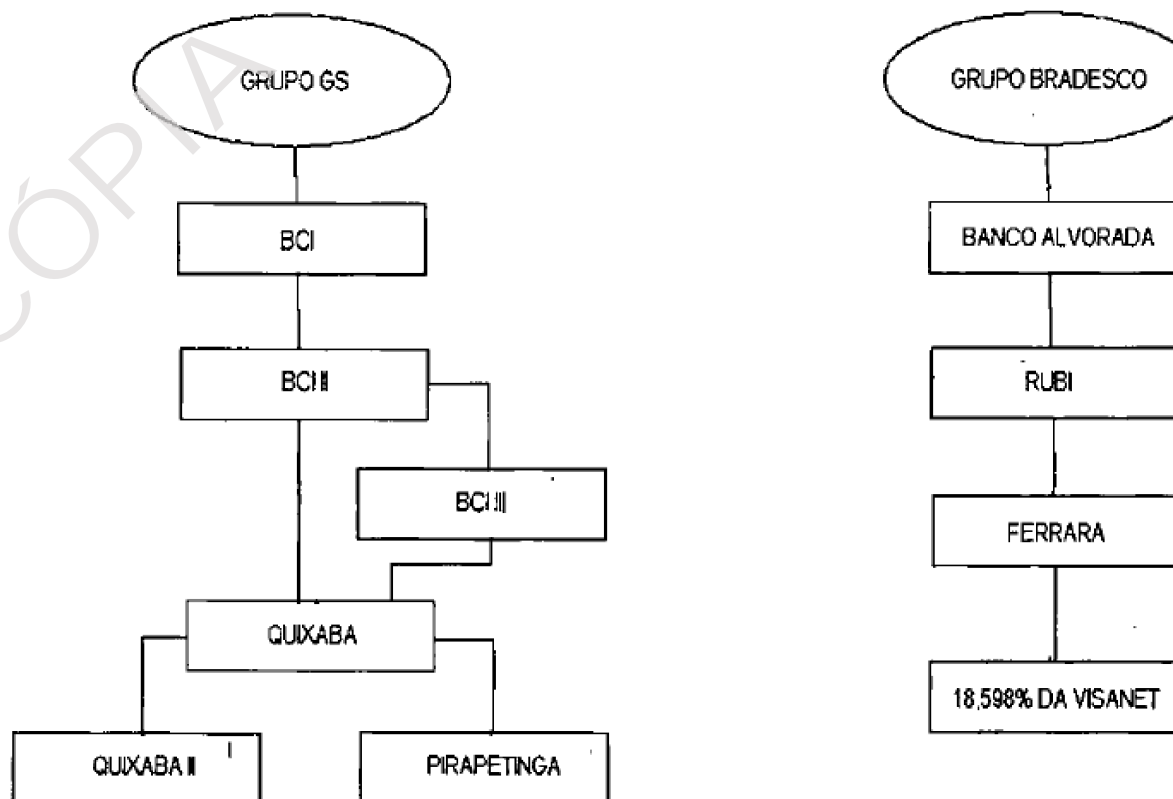
b) Sediadas no Brasil: Quixaba Empreendimentos e Participações Ltda. (Quixaba), Pirapetinga Empreendimentos e Participações Ltda. (Pirapetinga) e Quixaba Investimentos S/A (Quixaba II).

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 idéia 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.

[...]

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.

[...]

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 55719, 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.

[...]

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:

[...]

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).

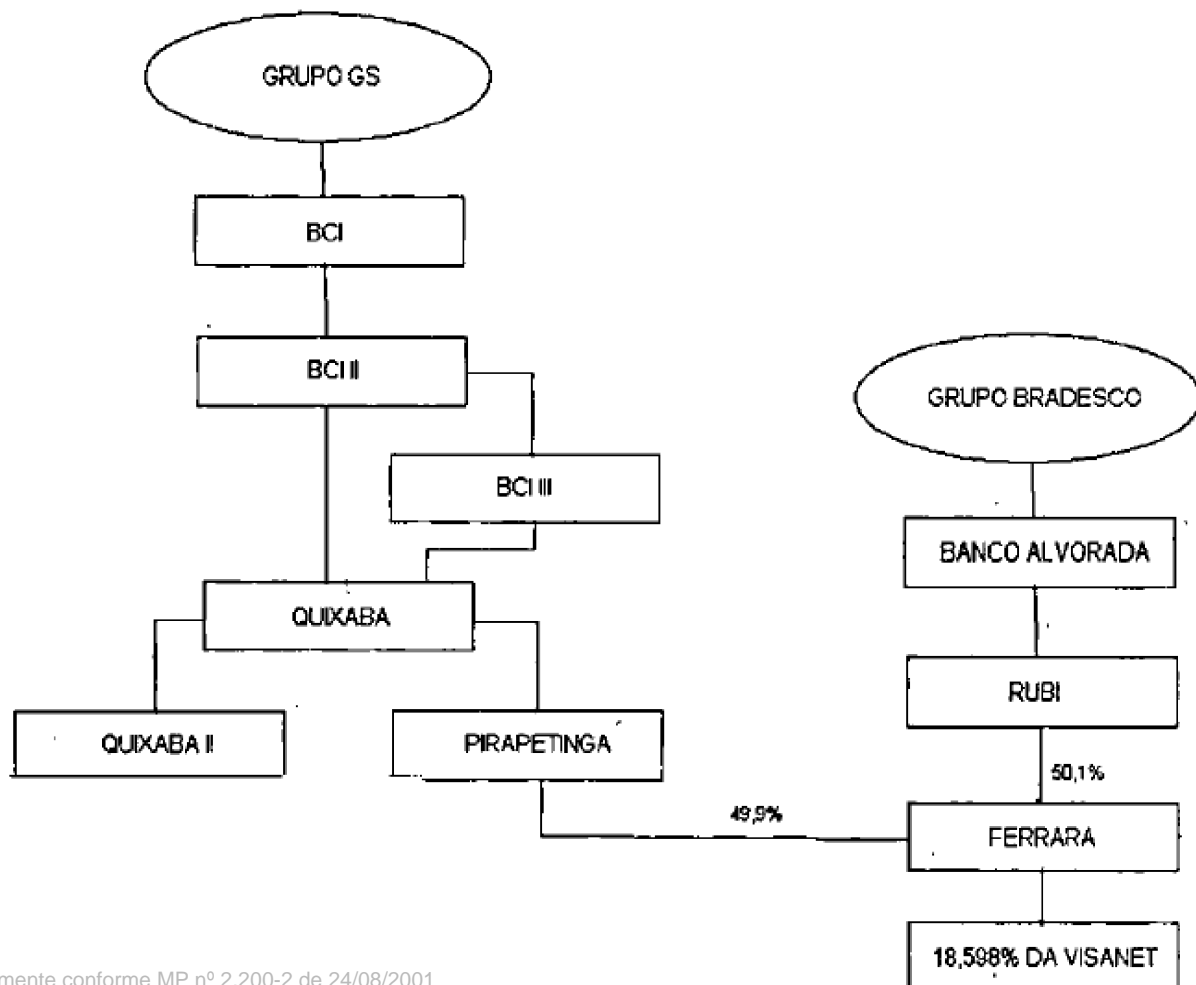
Pelo método de equivalência patrimonial a Pirapetinga registrou a sua participação de 49,9% no novo patrimônio líquido da Ferrara e a diferença entre este valor e o aporte efetuado foi registrado como ágio. A contabilidade da Pirapetinga apresentava os seguintes saldos relativos a estas contas em 08/09/2008:

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:



[...]

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.

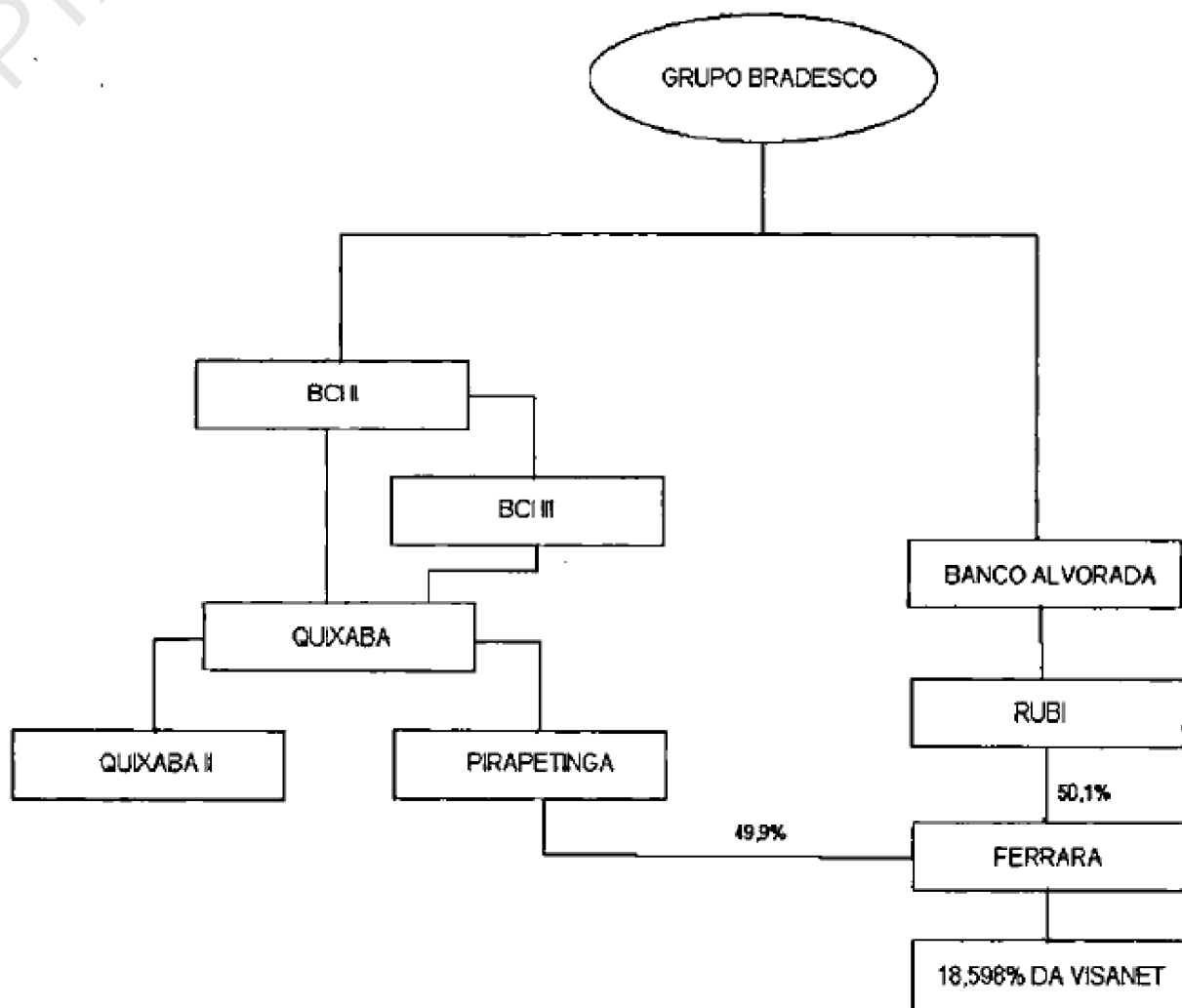
[...]

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 1.3.1.01.00026 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

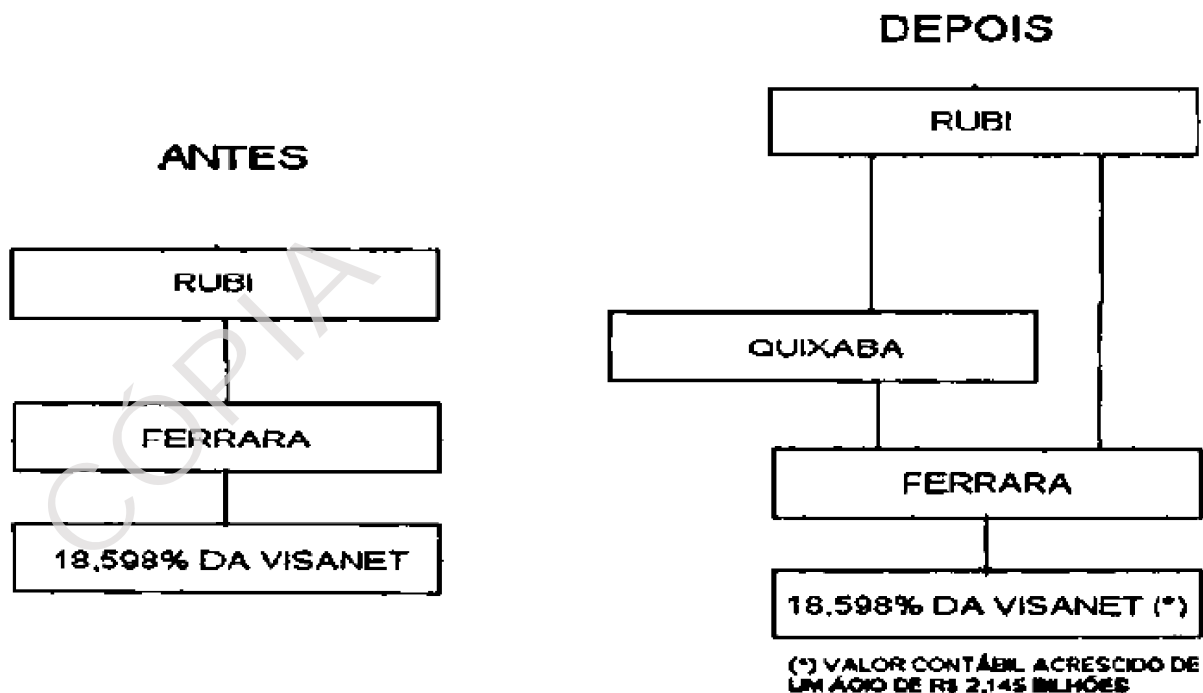
Procedendo desta forma, no momento da incorporação pela Ferrara o ágio registrado pela Pirapetinga seria cancelado com a provisão constituída.

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, de 24/08/2001



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.

[...]

1.4.3 INCORPORAÇÃO DA PIRAPETINGA PELA FERRARA – CRIAÇÃO DE UM ÁGIO NA QUIXABA

Em 23/04/2009 a Quixabá lançou, a débito, na conta de ativo 1.3.1.1.2.055-ágio- ferrara participações Ltda., o montante de R\$ 1.074.907.321, 03, cujo histórico era descrito como “valor a resultado de avaliação patrimonial do PL da Ferrara Participações referente a reorganização societária na Incorporação da Pirapetinga Empreendimentos pela Empresa Ferrara Participações”.

Este ágio teve fundamento na diferença entre os valores de 100% de participação na Pirapetinga que foi trocado pela Participação de 49,9% da Ferrara.

O patrimônio líquido da Pirapetinga era de R\$ 4.746.908.996,77 e como a Quixabá detinha 100% de seu capital, esse investimento estava contabilizado

na conta 1.3.1.1.1.193 – Outras Participações, pelo mesmo valor do patrimônio líquido da Pirapetinga.

Após a incorporação da Pirapetinga pela Ferrara, a Quixabá teve registrar a participação de 49,90% que passou a ter na Ferrara.

O patrimônio líquido da Ferrara era de R\$ 7.358.720.764,30 e 49,90% deste valor representava o montante de R\$ 3.672.001.675,74.

A Quixabá tinha registrar o seu investimento na Ferrara Participações pelo valor de equivalência patrimonial e retirou o montante de R\$ 1.074.907.321,03 (R\$ 4.746.908.996,77 – R\$ 3.672.001.675,74) da conta 1.3.1.1.1.195 - 7018 Ferrara Participações Ltda., e lançou na conta 1.3.1.1.2.055 - Ágio – Ferrara Participações Ltda.

Como este ágio não tem o menor fundamento econômico, entendemos que a Quixabá deveria ter procedido a contabilização desta incorporação da mesma forma que a Rubi.

Em 23/04/2009 a Rubi lançou, a débito, na conta de ativo 1.3.1.1.1.195 – 7018 Ferrara Participações Ltda., o montante de R\$ 1.074.907.321,03, cujo histórico era descrito como “valor referente ao ajuste de equivalência após incorporação da Pirapetinga pela Ferrara Participações Ltda.”, que era a conta que registrava o investimento da Rubi na empresa Ferrara.

Este lançamento teve como contrapartida um lançamento a crédito na conta de receita 4.1.5.1.1.155 – 7018 Ferrara Participações Ltda., que era a conta que registrava as receitas de equivalência patrimonial do investimento na empresa Ferrara.

O lançamento acima descrito pode ser sintetizado da seguinte forma:

D – 1.3.1.1.1.195 – 7018 Ferrara Participações Ltda. – R\$ 1.074.902.704,73

C – 4.1.5.1.1.155 - 7018 Ferrara Participações Ltda. - R\$ 1.074.902.704,73

No mesmo dia a Rubi procedeu a outro lançamento relativo à mesma incorporação, com o mesmo valor e histórico. A seguir reproduzimos o lançamento:

D – 5.1.3.1.5.043 – Despesa c/ Provisão p/ Perda em investimentos – R\$ 1.074.902.704,73

C – 1.3.1.1.6.010 – Prov p/ Perda em Investimentos – Outras Empresas – R\$ 1.074.902.704,73

Os lançamentos feitos nas contas de receita e de despesa não afetaram a apuração do lucro líquido e do lucro real, primeiro por se tratarem de lançamentos opostos e de mesmo valor levados para a conta de resultado, e segundo porque a despesa de provisão foi adicionada e a receita de

equivalência foi excluída do lucro líquido para a apuração do lucro real, conforme demonstrado no Lalur.

O lançamento feito na conta de Provisão para Perdas em Investimentos eliminou o aumento do ativo causado pela avaliação do investimento na Ferrara Participações pelo método da equivalência patrimonial.

Infelizmente a Quixabá não adotou este critério e conforme veremos mais tarde, absurdamente atribuirá uma parte deste ágio ao custo das ações Visanet.

Não existe lógica nesta associação, pois seria como dizer que a Quixabá pagou a mais, neste momento, um valor pela Ferrara no total de R\$ 1,074 bilhões acima do seu valor contábil baseado na mais valia das ações Visanet, ou seja, seria como gerara um ágio sobre outro.

1.4.4 REDUÇÃO DO CAPITAL DA FERRARA

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

- Foi realizada a redução do capital social 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 Quixabá o valor de R\$ 1.118.417.408,56 representados por 126.656.530 ações da VISANET, com o conseqüente cancelamento 32.386.269 ações de emissão da Sociedade, da titularidade da Quixabá;

- O Capital Social passou a ser de R\$ 2.553.289.773,74, dividido em 148.135.822 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 da capital da Ferrara, ficou claro que a Rubi recebeu as ações da Visanet que já lhe pertenciam acrescidas de um ágio pelo qual ela mesmo pagou.

[...]

Inicialmente, esta aquisição foi paga com o dinheiro proveniente do capital próprio da Quixabá e do empréstimo tomado por ela junto ao GSFS.

Quando o negócio foi desfeito a Rubi pagou a dívida da Quixabá com o GSFS e comprou a totalidades de suas quotas, assumindo o capital próprio da Quixabá.

Quando a Rubi assumiu o controle da Quixabá, o que ocorreu de fato foi o retorno da participação societária da Ferrara para o controle da Rubi, ou seja, todo esforço financeiro da Quixabá, inclusive a sua dívida com o GSFS, foi suportado pela Rubi.

Apesar de aparentar que a Rubi vendeu a participação societária de 49,9% na Ferrara para ela mesma, na realidade o que ocorreu foi que a venda para o Grupo Goldman Sachs foi desfeita, porém este “desfazimento” não foi representado na contabilidade da Pirapetinga.

Ao atribuir o ágio pago pela Ferrara ao valor contábil das ações da Visanet e, em seguida, reduzir o capital da Ferrara recebendo estas ações da Visanet pelo seu valor de mercado, a Rubi está querendo validar uma operação que foi desfeita.

Esta operação, assim contabilizada, resultou no absurdo da Rubi receber, através de redução de capital, um ativo cujo valor contábil estava aumentando por um ágio, cujo ônus financeiro foi totalmente suportado pela própria Rubi, ou seja, o seu fundamento econômico seria equivalente a uma venda de ativos da Rubi para ela mesma.

Esta operação, a partir do desfazimento do negócio, seria semelhante ao seguinte planejamento tributário:

- Vamos imaginar uma empresa “A” que é sócia direta da empresa “B” e da empresa “C”, que controla “D”;

- A empresa “B” possui como único ativo relevante ações da Visanet que estão contabilizadas pelo seu valor patrimonial de R\$ 100 milhões, porém foram avaliadas a valor de mercado por R\$ 4,4 bilhões;

- As empresas “C” e “D” não possuem ativos relevantes em seu acervo;

- A empresa “A” quer trazer as ações da Visanet para o seu controle direto pelo seu valor de mercado, porém sabe que se reduzir o capital da empresa

“B” entregando as ações da Visanet acima do valor contábil incidirá a tributação de IR e CSLL;

- Como 1º passo “A” aumenta o capital de “C”, que em seguida aumenta o capital de “D”, e este por sua vez adquire uma participação “B” com ágio fundamentado no valor de mercado das ações da Visanet;

- Como 2º passo “B” incorpora “D” e atribui este ágio ao valor contábil das ações da Visanet;

- Como passo final “B” e “C”, reduzem seu capital através da entrega das ações da Visanet acrescidas do ágio ao sócio “A”;

- Como resultado final “A” fica de posse direta das ações da Visanet contabilizadas agora pelo valor de R\$ 4,4 bilhões, sem ter pago um único centavo de tributos sobre esta nova riqueza gerada dentro de suas próprias empresas.

A figura a seguir evidencia todos os passos aqui citados, e nela percebemos a total semelhança entre o que foi feito pelas empresas Rubi, Ferrara, Quixabá e Pirapetinga, a partir do momento em que o negócio foi desfeito e todo o custo financeiro da venda da ferrara passou a ser suportado pela própria Rubi.

[...]

No caso concreto, inicialmente ocorreu uma venda efetiva de uma participação acionária da empresa Ferrara para o Grupo Goldman Sachs, porém a partir do desfazimento desta venda, o exemplo acima passou a refletir a essência econômica deste ágio que foi vinculado ao valor contábil das ações Visanet.

A essência econômica deste ágio de R\$ 2,145 bilhões estavam 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 Quixabá.

1.4.5 REDUÇÃO DO CAPITAL DA QUIXABÁ

Em 30/04/2009 a Quixabá 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 – costista Rubi, em bens representados por 126.656.530 ações da emissão da Companhia Brasileiras de Meios de Pagamento – VISANET.

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

D- 2.8.1.1.1.001 – Capital Social Integralizado – R\$ 1.602.125.703,02

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

Autenticado digitalmente em 09/06/2015 por FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Assinado digitalmente

em 09/06/2015 por FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Assinado digitalmente em 10/06/2015 por LEONARD

O DE ANDRADE COUTO

Impresso em 17/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

C- 1.3.1.1.1.195 – 6300 Visanet – R\$ 47.805.724,24

C- 1.3.1.1.2.026 – Ágio – Outras Empresas – R\$ 1.070.611.684,32

C- 1.3.1.1.2.055 – Ágio – Ferrara Participações Ltda. - R\$ 483.708.294,46

O lançamento realizado na conta 1.3.1.1.2.026 – Ágio- Outras Empresas, no montante de R\$ 1.070.611.684,32, tinha o seguinte histórico: “valor referente a redução de capital social em bens da Quixabá Empreendimento e Participações relativa a parcela ágio das 126.656.530 ações ordinárias de emissão da Visanet, **recebido da Ferrara Holdings**, a ser entregue a acionista Rubi Holdings” (grifos nossos).

O contribuinte, em resposta datada de 08/06/2010, informou que o valor de R\$483.708.294,46 decorria do reflexo da incorporação da empresa Pirapetinga Empreendimentos pela Ferrara Participações e sustentava-se pela mais valia dos ativos existentes na Ferrara, que parte desses ativos era constituída por ações da Visanet e quando estas ações foram vertidas à Rubi Holdings através de redução de capital, o montante correspondente da conta Ágio Ferrara (referente às ações Visanet) também foi vertido na operação de redução de capital.

Na verdade este ágio de R\$ 483.708.294,46 refere-se a uma parte do ágio de R\$ 1.074.907.321,03 que foi gerado dentro da própria Quixaba conforme explicitado do item 1.4.3 no momento da incorporação da Pirapetinga pela Ferrara

Neste momento, o Grupo Bradesco após ter criado uma riqueza dentro de suas próprias empresas, atribuiu mais R\$ 483 milhões ao valor contábil das ações da Visanet.

Este valor de R\$483 milhões nunca foi pago, nem por empresas do Grupo Goldman Sachs nem do Grupo Bradesco, ou seja, nenhuma empresa suportou o ônus financeiro deste ágio, pois ele é fruto de uma contabilização da incorporação da Pirapetinga pela Ferrara.

Para entendermos melhor o vazio do significado econômico deste ágio, vamos olhar 2º passo do exemplo apresentado no item 1.4.4, no momento em que o “B” incorpora “D”, “C” iria criar um novo ágio em sua contabilidade, e ao reduzir o seu capital “C” iria incorporar este novo ágio ao valor contábil da Visanet.

Pois foi exatamente este o procedimento adotado pela Quixaba, criou uma riqueza, que foi denominada como ágio, a partir da contabilização de uma incorporação e a atribuiu a um ativo sem que houvesse qualquer pagamento por este ágio.

MÉRITO DO ÁGIO

Resumindo a operação ao que interessa a ser discutido neste processo podemos dizer que a incorporação PIRAPETINGA pela FERRARA apareceu na contabilidade

da QUIXABA. Antes da referida operação, a participação acionária que a QUIXABA possuía na PIRAPETINGA correspondia a R\$ 4.746.908.996,77 – sendo que esse era o valor de Patrimônio Líquido da PIRAPETINGA. Com a incorporação a contribuinte trocou a participação de 100% na PIRAPETINGA por 49,9% de participação societária na FERRARA. Os reflexos dessa operação, na contabilidade da QUIXABA, foram os seguintes: a) registro da participação de 49,9% no PL da FERRARA, o que equivalia a R\$ 3.672.001.675,74; b) o registro de um ágio no valor de R\$ 1.074.907.321,03 – que correspondia à diferença entre o valor de PL da PIRAPETINGA (R\$ 4.746.908.996,77) e os 49,9% do PL da FERRARA (R\$ 3.672.001.675,74); c) o registro de um ágio, no montante de R\$ 483.708.294,46, escriturado como “Ágio – Ferrara Participações Ltda.” (fl. 2229) – que será chamado aqui de ágio II.

A autoridade fiscal entendeu que não havia fundamento econômico válido para o ágio registrado na contabilidade da QUIXABA. Por essa razão, quando a QUIXABA reduziu seu capital e entregou as ações da VISANET para a RUBI, o montante de R\$ 483.708.294,46 não poderia ter sido atrelado ao valor contábil das ações como “ágio” pago, mas sim como ganho de capital da QUIXABA. Ou seja, entendeu que o ágio registrado na QUIXABA apresenta um problema, que impede o seu aproveitamento, qual seja: foi gerado em uma operação intragrupo, sem qualquer fundamento econômico ou propósito negocial.

No caso em análise os institutos jurídicos utilizados foram lícitos e não ocorreu qualquer ato contrário à legislação, não havendo nenhuma falsificação de documentos ou omissão de informações.

Todos os atos jurídicos relativos às reorganizações operacionais e societárias levadas a efeito estão devidamente registrados nos órgãos competentes, assim como na escrita contábil e fiscal da Recorrente, consoante se depreende da farta documentação constante dos autos. Os procedimentos e operações praticados pela Recorrente foram revestidos das formas legais.

Todos os direitos transmitidos ou conferidos nas operações examinadas o foram, de forma fiel e clara, para as mesmas pessoas (jurídicas) a quem eles estavam sendo transmitidos ou conferidos. Não houve qualquer aparência distinta da realidade. Todas as operações foram devidamente registradas, tiveram seus efeitos contábeis, fiscais e societários reconhecidos (não somente no Brasil, mas nas diversas outras jurisdições aqui envolvidas) e tiveram suporte em documentação hábil e idônea, colacionada pela Recorrente a estes autos.

A autoridade fiscal lançadora não edificou qualquer prova de fraude, a recorrente apresentou documentos que demonstram que as operações societárias foram efetivamente realizadas. Ficou demonstrado, também, que a adoção de valor de mercado deu-se por imposição legislativa, e, em consequência, o ágio foi licitamente gerado.

Não devem ser ultrapassados os limites impostos legalmente no sentido de que, por vias transversas, a autoridade fiscal lançadora possa requalificar operações e tentar adequar à incidência tributária de acordo com a sua conveniência, para alcançar uma tributação inexistente exigindo tributo sobre hipóteses não contidas na lei. Os critérios de exigências tributárias não podem ficar a cargo do subjetivismo pessoal da autoridade fiscal lançadora, em que pese o seu alto grau de especialização, ética e competência. Não se deve esquecer a condição humana dos intérpretes e aplicadores da lei, sujeitos a influências sociais, pessoais, econômicas, culturais, etc., que podem macular o grau de imparcialidade e isenção necessária à exação. Portanto, como garantia absoluta, somente a estrita legalidade pode dar nascimento à obrigação tributária, ao lançamento e à sua conseqüente exigência de tributo ou à imposição de penalidade em respeito à segurança jurídica.

A consagração do princípio da legalidade por si só bastaria para repelir a aplicabilidade da interpretação econômica se ao lado dele não se colocasse, igualmente, por decorrência dela mesma, a obrigatoriedade da autoridade fiscal se interar da real situação do contribuinte para realizar a isonomia tributária.

O ilícito tributário decorre do comportamento que contraria a lei. Sem lei prévia específica e anterior que torne possível subsumir a realidade fática à hipótese abstrata nela prevista não há como se exigir tributos, caracterizar práticas como ilícitas ou impor penalidades, sob pena de serem gerados arbítrios decorrentes de considerações subjetivas.

No caso em questão, o exame dos atos praticados pela contribuinte não aponta para a incoerência dos atos ou para tentativa de desconstituição de seus efeitos indesejáveis.

Quando analisadas a ata da AGE da FERRARA, datada de 23/04/2009, juntamente com o Instrumento de Protocolo e Justificação de Incorporação, datado de 22/04/2009. Nesses documentos consta que a FERRARA incorporou a PIRAPETINGA, em 23/04/2009, ocasião em que ocorreu a atribuição do ágio de R\$ 2.145.514.389,05 ao valor contábil das ações da VISANET. Observa-se que, 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 destas ações.

A incorporação PIRAPETINGA pela FERRARA apareceu na contabilidade da QUIXABA. Antes da referida operação, a participação acionária que a QUIXABA possuía na PIRAPETINGA correspondia a R\$ 4.746.908.996,77 – sendo que esse era o valor de Patrimônio Líquido da PIRAPETINGA. Com a incorporação a contribuinte trocou a participação de 100% na PIRAPETINGA por 49,9% de participação societária na FERRARA.

Os reflexos dessa operação, na contabilidade da QUIXABA, foram os seguintes:

a) registro da participação de 49,9% no PL da FERRARA, o que equivalia a R\$ 3.672.001.675,74;

b) o registro de um ágio no valor de R\$ 1.074.907.321,03 – que correspondia à diferença entre o valor de PL da PIRAPETINGA (R\$ 4.746.908.996,77) e os 49,9% do PL da FERRARA (R\$ 3.672.001.675,74);

c) o registro de um ágio, no montante de R\$ 483.708.294,46, escriturado como “Ágio – Ferrara Participações Ltda.” (fl. 2229)

Ora, resta claro nos autos, que a razão esta com a recorrente, já que a incorporação pela recorrente decorreu do fato de que não lhe era conveniente a manutenção de uma estrutura societária tão complexa. Evidentemente, a estrutura societária resultante, em que havia vários níveis de participação societária era excessivamente complexa e indesejável, razão porque se optou pelo instituto da incorporação como meio de simplificar a estrutura societária. A opção pela incorporação reversa se deu pelo simples fato de que seria muito menos burocrático e custoso incorporar as sociedades de participações na recorrente (sociedade operacional) que proceder ao inverso. Assim, concordo que não há qualquer estranheza ou motivo inconfessável que tenha levado os acionistas a deliberar a incorporação na recorrente.

Quando da realização das operações as sociedades limitadas não só podiam como estavam, sim, obrigadas a considerar a figura do ágio por expectativa de rentabilidade futura, nada havendo que disciplinasse tratamento diferenciado para as diferenciado para as transações entre empresas sob controle comum. Apenas no caso das companhias abertas, e somente para elas, a elaboração de demonstrações consolidadas era obrigatória. E nestas, sim, os resultados obtidos em transações entre empresas sob controle comum deveriam ser eliminados, de forma que nas transações com geração daquele ágio, o resultado obtido pela alienadora do investimento e o ágio registrado na adquirente seriam eliminados. Mas isso somente nas demonstrações consolidadas, o que não é o caso em tela, pois estamos tratando das demonstrações individuais das citadas empresas. Mesmo nas companhias abertas o lucro na vendedora e o ágio na adquirente permaneciam em suas demonstrações financeiras individuais.

Observa-se, que em razão da reorganização societária deliberada pelos acionistas controladores da ora recorrente, nada havia de disposição contrária à época da operação que não permitisse que o ágio existente na Pirapetinga, integrante do investimento que essa possuía na Quixaba, fosse transferido para esta última no processo de incorporação.

A norma legal prevê a possibilidade de transferência de ágio entre empresas na ocorrência de fusão, cisão e incorporação. Assim, o patrimônio da empresa sucedida passa para o patrimônio da sucessora, representado pelos bens, direitos e obrigações. No caso da existência de ágio no patrimônio da empresa sucedida, será o mesmo transferido para o patrimônio da sucessora.

Assim, é possível que uma empresa “Investidora” possua ações de uma companhia (“Investida”) e, desejando subscrever capital em outra empresa “Nova Investida”, resolva realizar o aumento de capital na “Nova Investida”, mediante conferência das ações da antiga “Investida”. Nessa situação, a “Investidora” deixa de ser investidora direta da antiga “Investida” e passa a ser investidora direta da “Nova Investida”. A “Nova Investida”, por sua vez, passa a ser investidora direta da antiga “Investida”.

Nos termos dos arts. 7º e 8º, da Lei das S/A, o ativo recebido pela nova investida (participação societária) deve ser coerente com o valor do capital social realizado, conforme avaliação.

Nota-se que a empresa “Nova Investida”: (1) recebe ações da antiga “Investida” e (2) entrega, à “Investidora”, ações (ou quotas de capital) de sua própria emissão. Caso o valor “pago” pela “Nova Investida” (representado pelo valor de seu capital, entregue à “Investidora” na forma de ações ou quotas de capital de sua emissão) seja maior do que o valor patrimonial da participação societária adquirida (referente à antiga “Investida”, entregue pela “Investidora” à empresa “Nova Investida”), nos termos do art. 385 do Decreto 3.000, de 1999, cabe o registro de ágio na aquisição de ações. Por outro lado, há que ser baixado o investimento anteriormente mantido pela “Investidora” na antiga “Investida” podendo, inclusive ser gerado um ganho de capital para a “Investidora”.

A Lei nº 10.637, de 2002, conversão da Medida Provisória nº 66 de 2002, deixou essa situação bem clara em seu art. 36 (revogado pela Lei 11.196, de 2005) quando determinou, à época, o diferimento da tributação do ganho de capital acima referido, conforme a seguir reproduzido:

Art. 36. Não será computada, na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido da pessoa jurídica, a parcela correspondente à diferença entre o valor de integralização

de capital, resultante da incorporação ao patrimônio de outra pessoa jurídica que efetuar a subscrição e integralização, e o valor dessa participação societária registrado na escrituração contábil desta mesma pessoa jurídica.

§ 1º O valor da diferença apurada será controlado na parte B do Livro de Apuração do Lucro Real (Lalur) e somente deverá ser computado na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido:

A determinação legal (atualmente já revogada) de diferimento da tributação de ganho de capital em evento de subscrição e integralização de capital (correspondente à diferença entre o valor de integralização de capital, resultante da incorporação ao patrimônio de outra pessoa jurídica que efetuar a subscrição e integralização, e o valor dessa participação societária registrado na escrituração contábil desta mesma pessoa jurídica), implica a existência de ganho de capital por parte da investidora. Ganho de capital decorre de baixa de ativo e, assim, não há falar em transferência. Por outro lado, a empresa que recebe o investimento fica obrigada a avaliá-lo, podendo surgir – ou não – um ágio.

Repare que, conforme exemplo acima apresentado, verifica-se a possibilidade de surgimento de ágio na empresa nova investida, sem que haja anteriormente qualquer ágio no patrimônio da empresa Investidora. Isso comprova que não há nesse tipo de operação transferência de ágio anterior, mas – tão somente – surgimento de ágio novo, que demanda fundamentação própria.

Esse é o tratamento previsto nos arts. 385 e 386 do RIR/99, verbis:

Art. 385. O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em (Decreto-Lei n 2 1.598, de 1977, art. 20):

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

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

§ 1º O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento (Decreto-Lei n 2 1.598, de 1977, art. 20, § 19.

§ 2º O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico (Decreto-Lei n 1.598, de 1977, art. 20, § 2º):

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

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

III -fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

§ 3º - O lançamento com os fundamentos de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 3º).

Tratamento Tributário do Ágio ou Deságio nos Casos de Incorporação, Fusão ou Cisão

Art.386.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 artigo anterior (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso I do §2º do artigo anterior, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso III do §2º do artigo anterior, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do §2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do §2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados durante os cinco anos-calendário subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no mínimo, para cada mês do período de apuração.

§1º O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, §1º).

§2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, §2º):

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

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

§3º O valor registrado na forma do inciso II (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, §3º):

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

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

§4º Na hipótese do inciso II do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos ou contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, §4º).

§5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, §5º).

§6º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, quando (Lei nº 9.532, de 1997, art. 8º):

I - o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor do patrimônio líquido;

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

§7º Sem prejuízo do disposto nos incisos III e IV, a pessoa jurídica sucessora poderá classificar, no patrimônio líquido, alternativamente ao disposto no §2º deste artigo, a conta que registrar o ágio ou deságio nele mencionado (Lei nº 9.718, de 1998, art. 11).

Conforme se observa, **os arts. 385 e 386 do RIR/1999**, acima transcritos, **definem o que é ágio, regra o seu registro e é dele que se infere os pressupostos do ágio. Como se lê, o ágio é a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor patrimonial das ações adquiridas. Além disso, conforme a legislação tributária, para fins fiscais, o ágio surge na aquisição de quotas/ações por valor maior que o patrimonial.**

Tanto faz que a aquisição decorra de uma compra, ou decorra da aceitação que a subscrição seja feita por entrega de quotas/ações, recebidas por valor acima do valor patrimonial. A aquisição é gênero, do qual a compra ou a troca, por exemplo, são espécies.

Por isso, se a integralização na empresa "C" é feita, pela entrega de quotas da empresa "B", por valor superior ao valor patrimonial das ações/quotas da empresa "B", a empresa "C" adquire essas ações/quotas do mesmo modo que as adquiriria se as estivesse comprando. Pretender dizer que só ocorre aquisição se houver a compra da participação é um grave equívoco, baseado em uma alteração arbitrária e sem fundamento do conceito de aquisição. Mais grave é o erro se pretender dizer que tal operação só seja considerada aquisição se "A" e "C" não forem do mesmo grupo econômico.

Ora, todos os dispositivos legais e doutrinários invocados pela fiscalização para pretender que a ora recorrente não poderia ter registrado o ágio decorrente das operações de aumento de capital com participação societária são explícitos em corroborar a correção do procedimento contábil adotado pela recorrente no sentido de reconhecer o ágio, nos termos do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977 e art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002.

Assim, de acordo com os arts. 385 e 386 do Decreto 3.000, de 1999, é cabível o registro de ágio na aquisição de ações.

No que tange ao fundamento econômico, conforme a legislação fiscal, ele decorre das situações previstas no art. 20, § 2º, Decreto-Lei nº 1.598, de 1977. É também um grave erro confundir fundamento econômico com pagamento. Também está equivocada limitar a existência de fundamento econômico às operações com terceiros estranhos ao grupo econômico.

Pagamento é a contrapartida da compra e venda, uma das formas de aquisição da participação. Fundamento econômico do ágio é a razão de ser da mais valia sobre o valor patrimonial. O fato de a operação ser entre empresas do grupo não altera a mais valia das ações negociadas.

A legislação fiscal prevê as formas como este fundamento econômico pode ser exposto (valor de mercado, rentabilidade futura, e outras razões) e como deve ser determinado e documentado. No caso presente o fundamento econômico foi rentabilidade futura avaliada por laudo e esta hipótese está prevista na regra de tributação. Portanto, no caso concreto existe o fundamento econômico do ágio.

Concordo com a ora recorrente, que historicamente sempre houve no Brasil uma dissonância entre os métodos e procedimentos contábeis prescritos pela profissão contábil e aqueles derivados da legislação tributária. Não obstante o legislador houvesse propugnado por uma estrita separação entre a contabilidade como um sistema de registro de atos e fatos econômico-financeiros de um empreendimento empresarial, conforme o disposto no art. 177, § 2º, da Lei de Sociedades por Ações, e a contabilidade para fins tributários, sempre houve uma forte influência da legislação tributária sobre as práticas contábeis adotadas pelas pessoas jurídicas brasileiras.

A legislação fiscal brasileira reconhece que a contribuição de participação societária em aumento de capital social de uma sociedade constitui, para essa sociedade que recebe o investimento, uma verdadeira forma de "aquisição". Assim, a Ferrara ficou obrigada pela legislação em vigor a fazer a avaliação do investimento que passou a deter na recorrente pelo método de equivalência patrimonial, desdobrando seu custo de aquisição nesse investimento em (i) patrimônio líquido da sociedade investida e (ii) ágio ou deságio.

Enfim, não existe restrição, na legislação do imposto de renda, a que uma pessoa jurídica, que adquira participação societária em outra empresa, efetue o pagamento de ágio, com fundamentação econômica baseada na rentabilidade futura do investimento, ainda que a aquisição se processe junto à empresa ligada ao adquirente.

MÉRITO DA TRIBUTAÇÃO DO GANHO DE CAPITAL

Como visto, em 30/04/2009, o valor patrimonial das ações da Visanet detidas pela Quixaba estava registrado pelo valor de R\$ 47.805.724,24, e o ágio associado ao valor contábil destas ações era de R\$ 1.554.319.978,78, sendo uma parte proveniente da Ferrara através da redução de capital desta, e outra, no montante de R\$ 483.708.294,46, foi gerada dentro da própria Quixaba, fruto da contabilização da incorporação da Pirapetinga pela Ferrara.

Entendeu a autoridade fiscal que apesar do valor de R\$ 483.708.294,46 estar denominado como "Ágio – Ferrara Participações Ltda." na contabilidade da Quixaba e o contribuinte ter a liberdade de atribuí-lo ao valor contábil das ações Visanet, o "Ágio – Ferrara Participações Ltda." não poderia reduzir o valor tributável previsto no art. 419 do RIR/1999, pela falta de essência econômica e a inexistência de qualquer dispêndio financeiro para pagamento deste ágio.

Por sua vez, entendeu a decisão recorrida que é improcedente o pleito da recorrente ao questionar a ocorrência do fato gerador dos tributos em causa, tendo em vista que o caso em tela se subsume a situação definida pelo § 1º, do art. 22, da Lei nº 9.249, de 1995, dado que houve a devolução de participação no capital social da recorrente pelo valor de mercado cuja diferença, em relação ao valor contábil dos bens ou direitos entregues, deve ser considerado como sendo GANHO DE CAPITAL.

É verdade que a autoridade fiscal lançadora firmou o seu convencimento no sentido de que 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 sobre preço, 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 termos do art. 419 do RIR/99.

Como visto, a autoridade fiscal parte do princípio que não havia fundamento econômico válido para o ágio registrado na contabilidade da QUIXABA. Entendeu a

autoridade, que por essa razão, quando a QUIXABA reduziu seu capital e entregou as ações da VISANET para a RUBI, o montante de R\$ 483.708.294,46 não poderia ter sido atrelado ao valor contábil das ações como “ágio” pago, mas sim como ganho de capital da QUIXABA.

A autoridade fiscal firmou o seu entendimento de que a contribuinte tenta fazer parecer que todas as reorganizações societárias realizadas intragrupo foram legítimas e lastreado no inciso I do § 2º do art. 385 do RIR/99, ou seja, no registro por equivalência patrimonial do valor de mercado da VISANET. Por sua vez, a recorrente alega que a legislação tributária não exige que o ágio tenha fundamento econômico e que o registro contábil do ágio na QUIXABA teria suporte no disposto no art. 386 do RIR/99, notadamente no inciso I do *caput* deste dispositivo. Portanto, a tese da contribuinte é no sentido de que o ágio de R\$ 483.708.294,46 foi regularmente constituído e não poderia ser questionada a atribuição desse valor ao registro contábil das ações da VISANET.

É bem verdade que, partindo dessas premissas, a contribuinte afirma que não houve ganho de capital na redução de capital da QUIXABA, que resultou na entrega de ações da VISANET para a RUBI. Isso porque, de acordo com a recorrente, as ações da VISANET foram entregues aos sócios pelo valor exato que estavam contabilizados. Ou seja, afirma que a redução de capital social com a devolução de bens do ativo (ações) a valor de mercado (ágio embutido) não resultou em ganho de capital, haja vista que a glosa do ágio embutido é impropriedade e que para a apuração da base de cálculo do ganho de capital deve ser considerado = custo original com adição do ágio – valor de transferência (valor original + ágio).

A incorporação PIRAPETINGA pela FERRARA apareceu na contabilidade da QUIXABA. Antes da referida operação, a participação acionária que a QUIXABA possuía na PIRAPETINGA correspondia a R\$ 4.746.908.996,77 – sendo que esse era o valor de Patrimônio Líquido da PIRAPETINGA. Com a incorporação a contribuinte trocou a participação de 100% na PIRAPETINGA por 49,9% de participação societária na FERRARA. Os reflexos dessa operação, na contabilidade da QUIXABA, foram os seguintes:

- a) registro da participação de 49,9% no PL da FERRARA, o que equivalia a R\$ 3.672.001.675,74;
- b) o registro de um ágio no valor de R\$ 1.074.907.321,03 – que correspondia à diferença entre o valor de PL da PIRAPETINGA (R\$ 4.746.908.996,77) e os 49,9% do PL da FERRARA (R\$ 3.672.001.675,74);
- c) o registro de um ágio, no montante de R\$ 483.708.294,46, escriturado como “Ágio – Ferrara Participações Ltda.” (fl. 2229).

Resta 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.

Como também é notório nos autos que, em 24/04/2009, dia seguinte à incorporação da PIRAPETINGA pela FERRARA, descrita no item anterior, foi aprovada redução de capital da FERRARA, no montante de R\$ 2.241.317.443,26 (fls. 1218). A devolução de capital aos sócios da FERRARA – a QUIXABA e a RUBI – concretizou-se por meio da entrega das ações da VISANET, que eram de titularidade da FERRARA. Desse modo,

a RUBI recebeu o valor de R\$ 1.122.900.034,70, representados por 127.164.170 ações da VISANET. Por seu turno, foi restituído à QUIXABA o montante de R\$ 1.118.417.408,56, representados por 126.656.530 ações da VISANET.

A contrapartida contábil para essa redução de capital, segundo consta no Termo de Verificação Fiscal (fl. 2226), foi o ágio registrado na FERRARA (ágio I), no valor de R\$ 2.145.514.389,05. Além disso, a FERRARA também baixou da sua contabilidade, em virtude da redução de capital, o valor patrimonial da VISANET, que equivalia a R\$ 95.803.054,21. Percebe-se, portanto, que o ágio de R\$ 2,145 bilhões, originado no negócio com o GRUPO GOLDMAN SACHS, foi utilizado pelo GRUPO BRADESCO para majorar o valor das ações da VISANET. Com efeito, em virtude da redução de capital da FERRARA, em 24/04/2009, foram repassadas aos seus sócios ações da VISANET pelo seu valor patrimonial acrescido de ágio. Diante disso, o ágio anteriormente registrado na FERRARA passou a ser contabilizado, dentro do GRUPO BRADESCO, nas pessoas jurídicas QUIXABA e RUBI.

Por fim, em 30/04/2009, foi aprovada a redução de capital da QUIXABA, no montante de R\$ 1.602.125.703,02, o que implicou a devolução de ações da VISANET para RUBI (fls. 2028). Segundo a Fiscalização, a contribuinte lastreou a devolução de capital nas seguintes rubricas contábeis: a) conta 1.3.1.1.1.195 – 6300 Visanet – R\$ 47.805.724,24, que correspondia ao valor patrimonial da VISANET; b) conta 1.3.1.1.2.026 – Ágio – Outras Empresas – R\$ 1.070.611.684,32 (ágio I); c) 1.3.1.1.2.055 – Ágio – Ferrara Participações Ltda. – R\$ 483.708.294,46 (Com essa operação, tanto o ágio de R\$ 1.070.611.684,32) – que tinha origem no negócio realizado com o GRUPO GOLDMAN SACHS –, quanto o ágio de R\$ 483.708.294,46 passaram a ser registrados na contabilidade da RUBI.

Ora, partindo dessas premissas, só posso compartilhar com a recorrente de que não houve ganho de capital na redução de capital da QUIXABA, que resultou na entrega de ações da VISANET para a RUBI. Isso porque as ações da VISANET foram entregues aos sócios pelo valor exato que estavam contabilizados (valor contábil das ações + ágio embutido = valor de mercado).

Resta claro nos autos de que, em 30/04/2009, a recorrente realizou as ações Visanet entregando-as a sua controladora, a empresa Rubi, pelos exatos valores que as tinha em sua contabilidade de R\$ 1.602.125,703,02, usando a prerrogativa legal de reduzir o capital, pagando a redução com ativos avaliados pelo seu valor contábil. É evidente que neste valor contábil está incluso o ágio gerado na aquisição do ativo.

Eis que o art. 426 do RIR/1999 descreve com precisão lapidar qual seja o valor contábil com vistas a apurar o ganho de capital nestas operações com participações societárias, e textualmente pontua que o ágio faz parte deste custo, dando respaldo total ao procedimento adotado pela recorrente na operação, procedimento este que no dizer da lei não merece reparo, inexistindo qualquer diferença de tributo a ser recolhido.

DO LANÇAMENTO DECORRENTE. CSLL

Do relato se infere que a exigência da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) decorre do lançamento levado a efeito na área do Imposto de Renda Pessoa Jurídica e, especificamente, em razão das irregularidades apuradas pela autoridade fiscal lançadora e mantida de forma integral pela decisão recorrida.

Em observância ao princípio da decorrência e pela certeza da relação de causa e efeito existente entre o suporte fático em ambos os processos, o julgamento daquele apelo principal, ou seja, Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ), deve, a princípio, se refletir no presente julgado, eis que o fato econômico que causou a tributação por decorrência é o mesmo e já está consagrado na jurisprudência administrativa que a tributação decorrente/reflexa deve ter o mesmo tratamento dispensado ao processo principal em virtude da íntima correlação de causa e efeito. Considerando que, no presente caso, a autuada não conseguiu elidir a irregularidade apurada, deve-se manter o exigido no processo decorrente, que é a espécie do processo sob exame, uma vez que ambas as exigências que a formalizada no processo principal quer a dele originada (lançamento decorrente) repousam sobre o mesmo suporte fático.

Diante do conteúdo dos autos e pela associação de entendimento sobre todas as considerações expostas no exame da matéria, voto por rejeitar a preliminar de erro na identificação do sujeito passivo, e, no mérito, por dar provimento ao recurso voluntário.

(Assinado digitalmente)

Conselheiro Leonardo de Andrade Coutor, Redator *ad hoc*

Voto Vencedor

Conselheiro FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Redator Designado

Com a devida vênia, discordo do entendimento do ilustre Conselheiro Relator.

A meu ver, a exigência fiscal mostra-se correta.

Em primeiro lugar, o conjunto de fatos longamente debatido nos autos se deu como uma forma de preparação para a futura IPO relativa à Visanet, objetivando aumentar o custo das ações então detidas por empresas do GRUPO BRADESCO, mediante reavaliação de seus ativos, e, conseqüentemente, eximir-se do pagamento do respectivo ganho de capital. De

As operações realizadas preparatoriamente envolvendo o GRUPO GOLDMAN SACHS e GRUPO BRADESCO (em especial a subscrição de capital em FERRADA HOLDINGS pelo BANCO ALVORADA mediante entrega das ações de VISANET) geraram o ágio com recursos advindos, em sua maior parte do próprio GRUPO BRADESCO, em intrincadas operações financeiras com detalhes pouco usuais.

O voto do Conselheiro Redator *ad hoc* muito bem descreve a operação que ensejou a exigência fiscal:

Como visto, em 30/04/2009, o valor patrimonial das ações da Visanet detidas pela Quixaba estava registrado pelo valor de R\$ 47.805.724,24, e o ágio associado ao valor contábil destas ações era de R\$ 1.554.319.978,78, sendo uma parte proveniente da Ferrara através da redução de capital desta, e outra, no montante de R\$ 483.708.294,46, foi gerada dentro da própria Quixaba, fruto da contabilização da incorporação da Pirapetinga pela Ferrara.

Entendeu a autoridade fiscal que apesar do valor de R\$ 483.708.294,46 estar denominado como “Ágio – Ferrara Participações Ltda.” na contabilidade da Quixaba e o contribuinte ter a liberdade de atribuí-lo ao valor contábil das ações Visanet, o “Ágio – Ferrara Participações Ltda.” não poderia reduzir o valor tributável previsto no art. 419 do RIR/1999, pela falta de essência econômica e a inexistência de qualquer dispêndio financeiro para pagamento deste ágio.

Por sua vez, entendeu a decisão recorrida que é impropriedade o pleito da recorrente ao questionar a ocorrência do fato gerador dos tributos em causa, tendo em vista que o caso em tela se subsume a situação definida pelo § 1º, do art. 22, da Lei nº 9.249, de 1995, dado que houve a devolução de participação no capital social da recorrente pelo valor de mercado cuja diferença, em relação ao valor contábil dos bens ou direitos entregues, deve ser considerado como sendo GANHO DE CAPITAL.

Quando analisadas a ata da AGE da FERRARA, datada de 23/04/2009, juntamente com o Instrumento de Protocolo e Justificação de Incorporação, datado de 22/04/2009. Nesses documentos consta que a FERRARA incorporou a PIRAPETINGA, em 23/04/2009, ocasião em que ocorreu a atribuição do ágio de R\$ 2.145.514.389,05 ao valor contábil das ações da VISANET. Observa-se que,

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 destas ações.

A incorporação PIRAPETINGA pela FERRARA apareceu na contabilidade da QUIXABA. Antes da referida operação, a participação acionária que a QUIXABA possuía na PIRAPETINGA correspondia a R\$ 4.746.908.996,77 – sendo que esse era o valor de Patrimônio Líquido da PIRAPETINGA. Com a incorporação a contribuinte trocou a participação de 100% na PIRAPETINGA por 49,9% de participação societária na FERRARA.

Os reflexos dessa operação, na contabilidade da QUIXABA, foram os seguintes:

a) registro da participação de 49,9% no PL da FERRARA, o que equivalia a R\$ 3.672.001.675,74;

b) o registro de um ágio no valor de R\$ 1.074.907.321,03 – que correspondia à diferença entre o valor de PL da PIRAPETINGA (R\$ 4.746.908.996,77) e os 49,9% do PL da FERRARA (R\$ 3.672.001.675,74);

c) o registro de um ágio, no montante de R\$ 483.708.294,46, escriturado como “Ágio – Ferrara Participações Ltda.” (fl. 2229)

É de se frisar que o ágio que ora se questiona, compondo o custo do investimento para fins de apuração de capital, segundo a tese da Recorrente, é o ágio descrito no item “c” retrotranscrito (R\$ 483.708.294,46).

Em suas contrarrazões, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, por sua vez, assim descreve as operações em questão:

III.2.1.1 – Incorporação da PIRAPETINGA pela FERRARA: atribuição do ágio GOLDMAN SACHS (ágio I) ao valor contábil das ações da VISANET e formação de “outro ágio” na QUIXABA (ágio II)

É justamente nesse ponto que ganham relevância os atos realizados pelo GRUPO BRADESCO para o desfazimento da alienação das ações da VISANET. Isso porque tais atos – vale lembrar, a aquisição da BCI II e BCII, e a compra da Nota Promissória emitida pela QUIXABA – possibilitaram ao GRUPO BRADESCO manter o ágio anteriormente registrado na PIRAPETINGA (ágio I). Significa dizer que o ágio que estava contabilizado na PIRAPETINGA – pago pelo GRUPO GOLDMAN SACHS, quando adquiriu a participação indireta na VISANET – passou a ficar disponível ao GRUPO BRADESCO.

Isso é o que se verifica quando analisadas a ata da AGE da FERRARA, datada de 23/04/2009, juntamente com o Instrumento de Protocolo e Justificação de Incorporação, datado de 22/04/2009. Nesses documentos consta que a FERRARA incorporou a PIRAPETINGA, em 23/04/2009, ocasião em que ocorreu a atribuição do ágio de R\$ 2.145.514.389,05 ao valor contábil das ações da VISANET. Ressalte-se que, 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 destas ações.

A outra consequência da incorporação PIRAPETINGA pela FERRARA apareceu na contabilidade da QUIXABA. Antes da referida operação,

a participação acionária que a QUIXABA possuía na PIRAPETINGA correspondia a R\$ 4.746.908.996,77 – sendo que esse era o valor de Patrimônio Líquido da PIRAPETINGA. Com a incorporação a contribuinte trocou a participação de 100% na PIRAPETINGA por 49,9% de participação societária na FERRARA. Os reflexos dessa operação, na contabilidade da QUIXABA, foram os seguintes: a) registro da participação de 49,9% no PL da FERRARA, o que equivalia a R\$ 3.672.001.675,74; b) o registro de um **ágio no valor de R\$ 1.074.907.321,03** – que correspondia à diferença entre o valor de PL da PIRAPETINGA (R\$ 4.746.908.996,77) e os 49,9% do PL da FERRARA (R\$ 3.672.001.675,74); c) o **registro de um ágio**, no montante de **R\$ 483.708.294,46**, escriturado como “**Ágio – Ferrara Participações Ltda**” (fl. 2229) – que será chamado aqui de **ágio II**. [grifos do original]

De toda forma, conforme bem explanado pela decisão recorrida, não se consegue demonstrar a efetividade do ágio pago:

De início, ressalte-se que, a fim de subsidiar a alegação de ter pago pelo ágio de R\$483.708.294,46 utilizando recursos provenientes do exterior, a impugnante faz uma menção genérica a contratos de câmbio, sem, no entanto, apontar quais seriam especificamente os eventuais contratos que fundamentariam tal operação. Observa-se que tal afirmação foi realizada sem o apoio de qualquer prova documental que lhe conferisse sustentação.

Ademais, ainda que se entendesse que a impugnante se referiu a recursos do exterior provenientes de operações realizadas com o Grupo Goldman Sachs, mesmo assim haveria um nítido problema cronológico: por ocasião do reconhecimento do ágio de R\$1.074.907.321,03 (no qual está contida a parcela de R\$483.708.294,46), por parte da Quixaba, em 23/04/2009 (conforme o razão contábil analítico de fls.33), já havia ocorrido o desfazimento da sociedade do Grupo Bradesco com o Grupo Goldman Sachs. A respeito de tal questão, a própria impugnante afirma categoricamente às fls.2310:

O "desfazimento" do negócio, só para usar o termo da fiscalização, com o Grupo GS, deu-se em 11/12/2008, quando o Banco Bradesco adquiriu a empresa Brasília Cayman Investments II Limited (BCIII). Neste momento, configurou-se a saída do GS da parceria, da associação.

Uma vez que a sociedade com o Grupo Goldman Sachs foi desfeita em 11/12/2008, não há como se sustentar que recursos provenientes do exterior teriam sido utilizados para o pagamento de um ágio ocorrido em 23/04/2009.

Nesse sentido, a contribuinte também deixa claro que, após o desfazimento da sociedade, não houve quaisquer resíduos dos recursos provenientes do exterior, ou seja, os recursos para efetuar o alegado pagamento, nos termos e na data propostos pela impugnante, eram inexistentes, conforme se depreende do seguinte excerto da impugnação às fls.2306:

Não importa a forma que tanto associação como desassociação tomaram, as partes pagaram de maneira justa pelos ativos envolvidos. Quando cedeu ativos o Bradesco fez com que os mesmos fossem remunerados de forma muito próxima ao valor do mercado, da mesma forma procedeu o GS na desassociação. Como já dito ninguém fez favores a ninguém,

foram transações negociadas entre profissionais.

Observe-se ainda que, ao mesmo tempo em que alega ter pago o ágio com recursos provenientes do exterior, a impugnante também afirma, de maneira contraditória, que o pagamento teria ocorrido de outras formas, além de transferências monetárias, consoante se verifica no seguinte trecho de fls.2308:

Não se deu conta a fiscalização 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.

Conclui-se, assim, que o argumento de pagamento do ágio é completamente infundado, já que a impugnante nem mesmo consegue manter uma coerência lógica acerca daquilo que afirma, como demonstra a contradição acima apontada.

Além disso, as provas trazidas aos autos são taxativas ao indicar que não houve qualquer pagamento pelo ágio, o qual, em verdade, foi criado internamente na própria Quixaba, sem lastro em transferência monetária. Nesse sentido, corrobora o histórico do lançamento de fls.33, relativo ao ágio de R\$483.708.294,46:

Valor referente à redução de capital social em bens da Quixaba Empreendimento e Participações relativa à parcela do ágio das 126.656.530 ações ordinárias de emissão da Visanet, constituído na própria sociedade, a ser entregue à acionista Rubi Holdings. (destacou-se) [grifos do original]

Dessa forma, resta improcedente a afirmação da impugnante de que haveria fundamento econômico para o ágio de R\$483.708.294,46, com fulcro em pagamento efetuado por intermédio de recursos provenientes do exterior.

Ainda, uma vez constatado que o ágio interno ora em análise foi produzido sem qualquer substrato econômico, também não assiste razão ao argumento da impugnante de que tal ágio, decorrente de operações entre empresas com elos societários entre si, estaria de acordo com o ordenamento jurídico.

De igual forma, ainda que se considerem válidas as operações perpetradas entre os Grupos BRADESCO e GOLDMAN SACHS, desfeitos os negócios correspondentes, entendendo não ser possível manter-se somente os efeitos fiscais de tais operações, qual seja, a reavaliação do custo de aquisição com base no ágio então criado.

Por essas razões, já vejo como razão suficiente para a manutenção da exação.

Nas contrarrazões apresentadas pela Fazenda Nacional, faz-se uma leitura dos fatos um pouco distinta da anterior, mas com desfecho e consequências idênticas: a contabilização do “ágio interno” para aumentar o custo contábil das ações da VISANET. A esse respeito, e a fim de evitar tautologia, peço escusas para transcrever os valiosos argumentos expedidos pela Doutra Procuradoria:

*[...] 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.

III.2.1.2 – Redução de capital da FERRARA: entrega das ações da VISANET com valor contábil majorado pelo ágio de 2,145 bilhões

Em 24/04/2009, dia seguinte à incorporação da PIRAPETINGA pela FERRARA, descrita no item anterior, foi aprovada **redução de capital da FERRARA**, no montante de R\$ 2.241.317.443,26 (fls. 12-18). A devolução de capital aos sócios da FERRARA – a QUIXABA e a RUBI – concretizou-se por meio da **entrega das ações da VISANET**, que eram de titularidade da FERRARA. Desse modo, a RUBI recebeu o valor de R\$ 1.122.900.034,70, representados por 127.164.170 ações da VISANET. Por seu turno, foi restituído à QUIXABA o montante de R\$ 1.118.417.408,56, representados por 126.656.530 ações da VISANET.

III.2.1.3 – Redução de capital da QUIXABA: transferência das ações da VISANET com valor contábil majorado por ágio

Por fim, em 30/04/2009, foi aprovada a **redução de capital da QUIXABA**, no montante de R\$ 1.602.125.703,02, o que implicou a devolução de ações da VISANET para RUBI (fls. 20-28). Segundo a Fiscalização, a contribuinte lastreou a devolução de capital nas seguintes rubricas contábeis: a) conta 1.3.1.1.1.195 – 6300 Visanet – R\$ 47.805.724,24, que correspondia ao valor patrimonial da VISANET; b) conta 1.3.1.1.2.026 – Ágio – Outras Empresas – R\$ 1.070.611.684,32 (**ágio I**); c) 1.3.1.1.2.055 – Ágio – Ferrara Participações Ltda – R\$ 483.708.294,46 (**ágio II**). Com essa operação, tanto o ágio de R\$ 1.070.611.684,32 (**ágio I**) – que tinha origem no negócio realizado com o GRUPO GOLDMAN SACHS –, quanto o ágio de R\$ 483.708.294,46 (**ágio II**) passaram a ser registrados na contabilidade da RUBI.

[...]

O **objeto do lançamento** nos presentes autos diz respeito somente ao citado **ágio de R\$ 483.708.294,46 (ágio II)**, que foi atribuído ao valor contábil das ações da VISANET pela QUIXABA. A outra parcela do ágio – no montante de R\$ 1.070.611.684,32 (**ágio I**) – já foi alvo de exigência tributária no processo administrativo nº 16327.720430/2012-41, que resultou em Auto de Infração lavrado em face da FERRARA. Nesse ponto, importante destacar que era necessária exaustiva descrição de todos os fatos acima – apesar da exigência recair apenas sobre o valor de R\$ 483.708.294,46. Isso porque é **imprescindível que as reorganizações societárias realizadas dentro do GRUPO BRADESCO sejam vistas em conjunto, como um todo, a fim de que fique bastante clara qual era a intenção do grupo empresarial – conforme será explicitado no próximo tópico.**

**III.3 – CARACTERIZAÇÃO DO GANHO DE CAPITAL:
CONTABILIZAÇÃO INDEVIDA DO ÁGIO COMO VALOR CONTÁBIL DAS
AÇÕES DA VISANET**

Antes de tudo, cabe ressaltar que o **valor contábil histórico das ações da VISANET**, que constavam na contabilidade da FERRARA **antes do início das operações**, era **muito inferior ao seu valor de mercado**. Nesse sentido, basta lembrar que o GRUPO GOLDMAN SACHS concordou em pagar

um ágio de R\$ 2,145 bilhões quando adquiriu a participação societária na FERRARA. O **fundamento econômico desse ágio** era justamente o **valor de mercado das ações da VISANET**. Aliás, a própria recorrente reconhece o acréscimo de valor das ações da VISANET.

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. A expectativa da contribuinte, portanto, era que o **ganho de capital já reconhecido permanecesse sob a rubrica contábil de “ágio”**. Dessa forma, o **GRUPO BRADESCO pretendia aumentar o valor das ações da VISANET sem oferecer à tributação o respectivo ganho de capital.**

A mesma lógica que permeou o ágio de 2,145 bilhões (ágio I) está presente no **ágio de R\$ 483.708.294,46 (ágio II)**. Com efeito, a QUIXABA aproveitou um **reorganização societária interna do GRUPO BRADESCO** – a incorporação da PIRAPETINGA pela FERRARA – e registrou o **ágio II em sua contabilidade**. Nesse ponto, relevante salientar que o **ágio II não tinha nenhum fundamento econômico válido**, tendo sido “fabricado” tão-somente para atender aos desígnios do **GRUPO BRADESCO**, qual seja: **aumentar indevidamente o valor contábil das ações da VISANET e, conseqüentemente, reduzir o ganho de capital na futura IPO das ações desta empresa.** Isso fica patente nas operações realizadas após o desfazimento do negócio com o GRUPO GOLDMAN SACHS, conforme se verifica nos tópicos anteriores desta peça.

Diante disso, tem-se que o **objetivo do GRUPO BRADESCO** era, após algumas reorganizações societárias intragrupo, **atribuir ao valor contábil das ações da VISANET o montante de ágio registrado na RUBI**. Essa expectativa se concretizou quando a RUBI integralizou aumento de capital da COLUMBUS S.A., em 04/05/2009, por meio da conferência de ações da VISANET. Nessa operação, o **valor atribuído às ações da VISANET** teve como **contrapartida contábil** um lançamento a crédito na conta “1.3.1.1.2.057 – Ágio – Visanet”, no valor de R\$ 2.629.222.683,51. O ágio da mencionada conta contábil era composto pela soma do **ágio I (R\$ 2,145 bilhões)** e do **ágio II (R\$ 483.708.294,46)**.

[...]

Percebe-se, portanto, que o **ágio de R\$ 483.708.294,46 (ágio II)** também foi utilizado pelo **GRUPO BRADESCO** para majorar o valor das ações da VISANET. Com efeito, em virtude do **aumento de capital da COLUMBUS**, em 04/05/2009, as **ações da VISANET** foram **repassadas pelo seu valor patrimonial acrescido de ágio.**

Considerando esse contexto, fica mais fácil entender o fundamento da autuação fiscal, no presente processo administrativo. Isso porque não havia fundamento econômico válido para o ágio registrado na contabilidade da QUIXABA. Por essa razão, quando a QUIXABA reduziu seu capital e entregou as ações da VISANET para a RUBI, o montante de **R\$ 483.708.294,46 não poderia ter sido atrelado ao valor contábil das ações como “ágio” pago, mas sim como ganho de capital da QUIXABA.**

societárias realizadas intragrupo foram legítimas e sem qualquer repercussão tributária. Primeiramente, argumenta que o registro do ágio está lastreado no inciso I do § 2º do art. 385 do RIR/99¹, ou seja, no registro por equivalência patrimonial do valor de mercado da VISANET. Por sua vez, a recorrente alega que a legislação tributária não exige que o ágio tenha fundamento econômico e que o registro contábil do ágio na QUIXABA teria suporte no disposto no art. 386 do RIR/99, notadamente no inciso I do caput deste dispositivo.

Portanto, a tese da contribuinte é no sentido de que o ágio de R\$ 483.708.294,46 foi regularmente constituído e não poderia ser questionada a atribuição desse valor ao registro contábil das ações da VISANET.

Partindo dessas premissas, a contribuinte afirma que não houve ganho de capital na redução de capital da QUIXABA, que resultou na entrega de ações da VISANET para a RUBI. Isso porque, de acordo com a recorrente, as ações da VISANET foram entregues aos sócios pelo valor exato que estavam contabilizados. Entretanto, a tese da recorrente não merece prosperar, tendo em vista a ausência de fundamento econômico do ágio registrado pela RUBI. Nesse ponto, importante ressaltar que os arts. 385 e 386 do RIR/99, citados pela recorrente no Recurso Voluntário, não servem para fundamentar a sua pretensão. É isso que se passa a demonstrar.

III.3.1 – Ausência de fundamento econômico e propósito negocial do “ágio interno”

O ágio registrado na RUBI apresenta dois problemas: a) a parcela de R\$ 233.561.057,03 foi gerado em uma operação intragrupo, sem qualquer fundamento econômico ou propósito negocial; e b) a parcela de R\$ 72.114.893,61 não tem qualquer ligação com o valor de mercado das ações da VISANET. Esses aspectos serão examinados separadamente.

a) caracterização de “ágio interno”: ausência de fundamento econômico ou propósito negocial

No que diz respeito ao “ágio interno”, a recorrente alega que registrou regularmente o ágio, nos termos do art. 385 e 386 do RIR/99. Entretanto, para atender às normas preconizadas nos citados dispositivos, não basta que a pessoa jurídica, por exemplo, simplesmente incorpore uma controlada na qual detenha participação societária com ágio. Entre as condições e requisitos previstos, deve essa pessoa jurídica ter efetivamente suportado o ágio por ele registrado, ou seja, o ágio deve existir, deve ter propósito negocial e substrato econômico a justificar a sua origem.

Quanto à apuração do lucro real e do resultado do exercício ajustado para fins de incidência da CSLL, usualmente, a amortização do ágio ou deságio não é deduzida ou tributada. Via de regra, a dedução ou tributação dessa amortização no âmbito do IRPJ e da CSLL somente ocorrerá quando o investimento que lhe deu origem for alienado ou liquidado (arts. 391 e 426 do RIR/99), na apuração de eventual ganho ou perda de capital, quando então o ágio ou deságio é incluído (somado ou diminuído) no preço de aquisição do investimento que está sendo extinto.

[...]

*Ainda nessa linha de raciocínio, cumpre destacar que, 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, por exemplo, não podem servir de suporte para essa figura econômica e contábil.** Por propósito negocial, entende-se a lógica econômica que levou ao surgimento do ágio ou deságio, ou seja, **a razão negocial que ensejou a aquisição de um investimento por valor superior ou inferior àquele que custou originalmente ao alienante.** Há esse propósito quando, por exemplo, uma empresa adquire participação societária de outra com ágio com o intuito de auferir os prováveis resultados positivos que esta última terá no futuro; ou, quando uma empresa adquire participação societária de outra ativo.*

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

Nesse esteio, o § 2º do art. 385 do RIR/99, o qual repete o conteúdo do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, determina que o lançamento do ágio ou deságio deve indicar como seu fundamento econômico uma das seguintes hipóteses:

I – valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade; II – valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros; III – fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

[...]

Outrossim, para que ocorra a efetiva aquisição de um investimento, com o correspondente surgimento do ágio ou deságio, é imprescindível a existência de substrato econômico à sua realização. Implica dizer que é necessário haver transação econômica que materialize o valor de aquisição, ao mesmo tempo pago pelo adquirente e recebido pelo alienante. A aquisição de um investimento, assim como de qualquer bem ou direito, deve sempre importar o dispêndio de um gasto (econômico ou patrimonial) pelo adquirente e o respectivo ganho (também econômico ou patrimonial) auferido pelo alienante. Sem essa troca de riquezas e da titularidade do investimento, não há que se falar em aquisição, e, como consequência, no surgimento de ágio ou deságio.

Corroborando com esse entendimento, a Comissão de Valores Mobiliários – CVM – emitiu o Ofício Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007. Nesse documento, a CVM, ao esclarecer dúvidas sobre a aplicação das Normas Gerais de Contabilidade, chama atenção para os casos em que o ágio é criado artificialmente, vale dizer: quando empresas de um mesmo grupo econômico, indevidamente, geram ágio sem que haja o dispêndio de efetiva despesa (financeira ou patrimonial).

[...]

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

*É importante lembrar que só pode ser reconhecido o ativo intangível ágio por expectativa de rentabilidade futura se adquirido de **terceiros, nunca o gerado pela própria entidade (ou mesmo conjunto de***

empresas sob controle comum). E o adquirido de terceiros só pode ser reconhecido, no Brasil, pelo custo, vedada completamente sua reavaliação.

Mostra-se, com as premissas aqui expostas, a necessidade de o ágio suportado por uma empresa com a aquisição de uma participação societária ter como origem um propósito econômico real, um efetivo substrato econômico, assim como cumprir incondicionalmente todos os requisitos impostos pela legislação aplicável (arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e 385 e 386 do RIR/99). A presença concomitante de todos esses aspectos é imprescindível ao reconhecimento da existência dessa figura econômica e contábil, assim como para que tenha impacto tributário na apuração do IRPJ e da CSLL.

A aquisição de um investimento por meio de mera escrituração artificial, sem a sua real materialização no mundo econômico, não é hábil a gerar um ágio cujo valor possa ser agregado ao custo contábil de ações de pessoas jurídicas. Dessa forma, o ágio ou deságio deve sempre decorrer da efetiva aquisição de um investimento, oriundo de um negócio comutativo, onde as partes contratantes – independentes entre si e ocupando posições opostas – tenham interesse em assumir direitos e deveres correspondentes e proporcionais.

A recorrente alega que o ágio teve “origem quando o GS trouxe recursos do exterior, mediante fechamentos de contratos de câmbio e, com estes recursos, a recorrente aumentou o capital da Pirapetinga, que, por seu turno, aumentou o capital da Ferrara, e, com isto, passou a deter 49,9% do capital desta.” Entretanto, essa justificativa não se presta a fundamentar o ágio questionado pela Fiscalização.

Primeiramente, vale lembrar que o negócio realizado com o GRUPO GOLDMAN SACHS foi “desfeito”, isto é, as partes concordaram em retornar ao estado anterior ao negócio. Assim, conforme demonstrado nos tópicos anteriores, o GRUPO GOLDMAN SACHS recebeu de volta o capital que havia empregado, enquanto o GRUPO BRADESCO voltou a possuir controle das ações da VISANET que haviam sido alienadas. Portanto, os valores mencionados pela contribuinte em seu Recurso Voluntário – relativos aos contratos de câmbio – foram devolvidos ao GRUPO GOLDMAN SACHS, o que inviabiliza qualquer pretensão de vincular tais valores ao fundamento econômico do ágio discutido no presente processo.

Esse fato, por si só, já seria suficiente para afastar a alegação da recorrente, mas é conveniente frisar mais aspecto. A operação que gerou o ágio de R\$ 483.708.294,46 foi realizada apenas entre pessoas jurídicas que integravam o GRUPO BRADESCO. Daí o motivo de a Fiscalização tê-lo qualificado como “interno” e apontado a falta de fundamento econômico. Nesse ponto, cabe ressaltar que a contribuinte reconhece que o ágio foi gerado apenas na contabilidade da QUIXABA, em decorrência da incorporação da PIRAPETINGA pela FERRARA. Significa dizer que não houve aquisição de investimento, nem geração de riqueza nova, tampouco negócio estabelecido entre partes independentes – fatores que normalmente estão presentes em operações que resulta em ágio. Desse modo, resta evidente que o ágio defendido pela contribuinte consistiu em uma “reavaliação” feita dentro GRUPO BRADESCO, com de ativos (ações da VISANET) que já lhe pertenciam.

Diante disso, no caso dos autos, não se verifica qualquer fundamento econômico ou propósito negocial válido que possa fundamentar o ágio de R\$ 483.708.294,46. Isso se torna, indiscutivelmente, um fator impeditivo à pretensão da

recorrente, qual seja: atribuir o valor do mencionado “ágio” ao custo contábil das ações da VISANET detidas pelo GRUPO BRADESCO.

Ora, de fato, não se pode olvidar que o contribuinte tem o direito de estruturar o seu negócio de maneira que melhor lhe convém, com vistas à redução de custos e despesas, inclusive à redução dos tributos, sem que isso implique, necessariamente, qualquer ilegalidade.

Entretanto, o que não se admite atualmente é que os atos e negócios praticados se baseiem numa aparente legalidade, sem qualquer finalidade empresarial ou negocial, para disfarçar o real objetivo da operação, quando unicamente almeje reduzir o pagamento de tributos.

Nesse sentido, colacionam-se a seguir os ensinamentos de Marco Aurélio Greco¹:

... a pergunta que se põe é: admitida a existência do direito de o contribuinte organizar a sua vida, este direito pode ser utilizado sem quaisquer restrições? Ou seja, tal direito é ilimitado? Todo e qualquer “planejamento” é admissível? Minha resposta é negativa. (pág. 190)

Ou seja, cumpre analisar o tema do planejamento tributário não apenas sob a ótica das formas jurídicas admissíveis, mas também sob o ângulo da sua utilização concreta, do seu funcionamento e dos resultados que geram à luz dos valores básicos de igualdade, solidariedade social e justiça. (pág. 202)

[...] com o advento do Código Civil de 2002 a questão ficou solucionada, pois seu artigo 187 é expresso ao prever que o abuso de direito configura ato ilícito:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (pág. 206)

No Brasil, entendo que esta possibilidade de recusa de tutela ao ato abusivo (mesmo antes do Código Civil de 2002) encontra base no ordenamento positivo, por decorrer dos princípios consagrados na Constituição de 1988 e da natureza da figura. Porém, a atitude do Fisco no sentido de desqualificar e requalificar os negócios privados somente poderá ocorrer se puder demonstrar de forma inequívoca que o ato foi abusivo porque sua única ou principal finalidade foi conduzir a um menor pagamento de imposto.

Esta conclusão resulta da conjugação dos vários princípios acima expostos e de uma mudança de postura na concepção do fenômeno tributário que não deve mais ser visto como simples agressão ao patrimônio individual, mas como instrumento ligado ao princípio da solidariedade social. (pág. 208)

Em suma, não há dúvida de que o contribuinte tem o direito, encartado na Constituição Federal, de organizar sua vida da maneira que melhor julgar. Porém, o exercício deste direito supõe a existência de causas reais que levem a tal atitude. A auto-organização com a finalidade predominante de pagar menos imposto configura abuso de direito, além de poder configurar algum outro tipo de patologia do negócio jurídico, como, por exemplo, a fraude à lei. (pág. 228)

Nota-se, assim, que o direito ao planejamento tributário não pode ser absoluto, há que haver uma conformação entre a existência do direito e o modo como se exerceu esse direito, sob pena de incorrer-se em abuso de direito.

Ricardo Lobo Torres, a esse respeito, esclarece que “a proibição da elisão abusiva no campo tributário nada mais é que a especificação do princípio geral, jurídico e moral, da vedação do abuso de direito”.²

A tributação, historicamente, sempre contou com a rejeição do povo. Esse o motivo em função do qual foi fixada, em 1215, a limitação à tributação pela lei. Na Inglaterra de então, os barões e os religiosos procuraram conter o arbítrio do Rei, fixando que não haveria tributação sem lei que a estabelecesse. Mais adiante, a Constituição Norte-Americana de 1787 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 reprisaram a limitação. Essa perspectiva, entretanto, sofreu alteração ao longo do tempo. Hoje, a tributação não é mais uma concessão da sociedade em favor do Estado, mas um instrumento da sociedade que tem por finalidade manter uma máquina pública estruturada em favor da própria sociedade. Esse é o sentido do dever fundamental do indivíduo de recolher os tributos devidos. Confira-se, a respeito, o pensamento de Klaus Tipke (“Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva”, Douglas Yamashita, São Paulo, Malheiros, 2002, pág. 13):

O dever de pagar impostos é um dever fundamental. O imposto não é meramente um sacrifício, mas sim uma contribuição necessária para que o Estado possa cumprir suas tarefas no interesse do proveitoso convívio de todos os cidadãos. O Direito tributário de um Estado de Direito não é Direito técnico de conteúdo qualquer, mas ramo jurídico orientado por valores. O direito Tributário afeta não só a relação cidadão/Estado, mas também a relação dos cidadãos uns com os outros. É um direito da coletividade.

A Constituição Federal de 1988 caminhou no sentido defendido por Tipke, quando afirma no seu art. 1º que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e estipula como seus fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. A atividade produtiva deve cumprir o seu papel social de importância ao desenvolvimento do país e de fonte de manutenção dos membros da sociedade, mas sem que se sobreponha à cidadania e a dignidade humana.

O art. 3º da Constituição estipula como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Para o atingimento desses objetivos é de suma importância os recursos oriundos da tributação, daí que não se pode admitir o planejamento tributário lastreado exclusivamente na liberdade negocial e no respeito às formas, mas com mascaramento dos atos e negócios praticados para disfarçar o real objetivo da operação, unicamente para se esquivar do pagamento dos tributos.

O pagamento de tributos é a contrapartida à proteção estatal que cada cidadão aspira. Ele tem muita importância para a coletividade e, por isso, pode ser exigido. Não se pode ter uma fixação por direitos, sob o aspecto individualista, esquecendo-se dos deveres, que também são importantes e que cada cidadão deve cumprir em função da posição que ocupa na sociedade.

Cabível assentar, também, que a orientação constitucional e jurisprudencial antes referida não representa novidade em termos internacionais. Nos Estados Unidos da América, meca do capitalismo e do liberalismo, a Suprema Corte, ao apreciar o caso Gregory v. Helvering, já em 1935, reconheceu o direito de planejamento do contribuinte, mas afastou a licitude de operações societárias nas quais presente choque entre a realidade e o artifício formal. Daquele julgado, que tratou de pretensa operação societária isenta do imposto de renda, colhe-se o seguinte excerto da decisão (“Interpretação Econômica do Direito Tributário: o caso Gregory v. Helvering e as doutrinas do propósito negocial (*business purpose*) e da substância sobre a forma (*substance over form*)”, Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, Revista Fórum de Direito Tributário, Belo Horizonte, nº 43, págs. 55 a 62):

Nessas circunstâncias, os fatos falam por eles mesmos e permitem apenas uma única interpretação. O único empreendimento, embora conduzido nos termos do item “b” da seção 112, fora de fato uma forma elaborada e errônea de transposição simulada como reorganização societária, e nada mais. A regra que exclui de consideração o motivo da elisão fiscal não guarda pertinência com a situação presente, porquanto a transação em sua essência não é alcançada pela intenção pura da lei. Sustentar-se de outro modo seria uma exaltação do artifício em desfavor da realidade, bem como retirar da previsão legal em questão qualquer propósito sério. É mantido o julgamento de segunda instância.

Marco Aurélio Greco assevera ainda que “nem tudo o que é lícito é o honesto” e que o “o ordenamento jurídico não se resume à legalidade; ele contempla também mecanismos em última análise de neutralização de esperteza”, fazendo

*parte daquilo que Tércio Sampaio Ferraz Júnior denomina de **regras de calibração do ordenamento**. Ou seja, os textos legais dão as peças do sistema jurídico,*

*mas para que funcionem coordenadamente precisam ser calibradas, ajustadas.*³ (grifo nosso)

Sobre o tema, Ricardo Lobo Torres conclui que

*No direito tributário o mais importante para a Administração é requalificar o ato abusivo, sem anulá-lo em suas consequências no plano das relações comerciais ou trabalhistas.[...] Na elisão, a final de contas, ocorre um abuso na subsunção do fato à norma tributária; como lembra Paul Kirchhof, a elisão é sempre uma subsunção malograda [...] Cabe à Administração Tributária, conseqüentemente, corrigir a subsunção malograda, requalificando o fato de acordo com a interpretação correta da regra de incidência.*⁴

Discorrendo sobre o tema planejamento tributário, Greco assim se manifesta:

Recordando: na primeira fase, predomina a liberdade do contribuinte de agir antes do fato gerador e mediante atos lícitos, salvo simulação; na segunda fase do ainda predomina a liberdade de agir antes do fato gerador e mediante atos lícitos, porém nela o planejamento é contaminado não apenas pela simulação, mas também pelas outras patologias do negócio jurídico, como o abuso de direito e a fraude à lei.

*Na terceira fase, acrescenta-se um outro ingrediente que é o princípio da capacidade contributiva que – por ser um princípio constitucional tributário – acaba por eliminar o domínio da liberdade, para temperá-la com a solidariedade social inerente à capacidade contributiva.*⁵ (grifo nosso)

Salienta ainda o doutrinador que a capacidade contributiva é uma norma programática “possuindo caráter positivo em todos os momentos da atividade de concreção dos preceitos constitucionais: legislação, execução e jurisdição. **É a afirmação de que a eficácia jurídica alcança os intérpretes e aplicadores do Direito e não apenas o legislador**”⁶. (grifo nosso) Acrescenta ainda que se trata de instrumentos de controle do abuso de direito, fraude à lei e outras patologias dos negócios jurídicos, uma vez que negariam a eficácia de regramentos constitucionais.⁷

O Supremo Tribunal Federal já vêm se manifestando nesse sentido, como é possível observar no voto do Ministro Carlos Velloso no julgamento do RE nº 227.832-1 DJ de 28.06.2002), cujo excerto transcreve-se a seguir:

³ GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2011, p. 231.

⁴ LOBO TORRES, Ricardo. Planejamento Tributário. Elisão abusiva e evasão fiscal. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 25.

⁵ GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2011, p. 319.

⁶ GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2011, p. 343.

⁷ GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2011, p. 344.

[...] a interpretação puramente literal e isolada do §3º do art. 155 da Constituição Federal levaria ao absurdo, conforme linhas atrás registramos, de ficarem excepcionadas do princípio inscrito no art. 195, caput, da mesma Carta – “a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei...” – empresas de grande porte, as empresas de mineração, as distribuidoras de derivados de petróleo, as distribuidoras de eletricidade e as que executam serviços de telecomunicações – o que não se coaduna com o sistema da Constituição, e ofensiva, tal modo de interpretar isoladamente o § 3º do art. 155, a princípios constitucionais outros, como o da igualdade (C.F., artigo 5º e artigo 150, II) e da capacidade contributiva.

A respeito da colisão entre liberdade de iniciativa e solidariedade, Greco, em excepcional análise sobre o tema, conclui:

[...] quando se diz que é preciso tributar segundo a capacidade contributiva, também é preciso ponderar não ser adequado transformar a capacidade contributiva num valor absoluto que atrepele a legalidade e a tipicidade. [...]

*Minha concepção ideológica é de que sempre haverá de ponderar os dois conjuntos de valores; ou seja, para mim o ponto de partida é o de que ambos devem estar sentados à mesa para dialogar. Vale dizer, não é a rigor um “ponto” de partida, mas uma “dualidade” de partida. Não há caso que não envolva dois tipos de valores. Isso está escrito com todas as letras no artigo 3º, I, da Constituição de 1988 – quando formula **os objetivos do Estado brasileiro** – ao estabelecer que **um deles é o de construir uma sociedade livre, justa e solidária**. Formulação linguística muito feliz, pois coloca numa ponta a liberdade (típica do Estado de Direito) e, na outra ponta, a solidariedade (típica do Estado Social) e entre elas a justiça que resultará da ponderação das duas. Ou seja, **só vamos ter justiça se e quando houver ponderação entre os valores liberdade e solidariedade.**⁸ (grifo nosso)*

Portanto, o procedimento adotado pela autoridade fiscal encontra-se em total sintonia com os princípios da legalidade e da livre iniciativa, encontrando eco não só na doutrina, mas também na jurisprudência, inclusive do Pretório Excelso. Também não há que se falar em desconsideração da personalidade jurídica ou de atos jurídicos. O que houve, na prática, foi uma requalificação dos atos realizados pelo contribuinte, prática adotada como regra de calibração do sistema (conforme Tércio Sampaio Ferraz Júnior), ou de “neutralização de esperteza”, nas palavras de Marco Aurélio Greco.

No caso concreto, ressaltam aos olhos o posicionamento artificial da Recorrente em face das leis de regência de cunhos societário e fiscal.

A estrutura negocial montada pela Recorrente caracteriza o que a doutrina denomina de “operação estruturada em sequência”.

Greco⁹ trata o tema com a maestria peculiar:

Operação Estruturada em Sequência

Sob esta denominação estão as step transactions, vale dizer, aquelas sequências de etapas em que cada uma corresponde a um tipo de ato ou deliberação societária ou negocial encadeado com o subsequente para obter determinado efeito fiscal mais vantajoso. Neste caso, cada etapa só tem sentido se existir a que lhe antecede e se for deflagrada a que lhe sucede.

Uma operação estruturada indica a existência de um objetivo único, predeterminado à realização de todo o conjunto. E mais, indica a existência de uma causa jurídica única que informa todo o conjunto. Neste casos, cumpre examinar se há motivos autônomos, ou não, pois se estes inexistirem, o fato a ser enquadrado é o conjunto e não cada uma das etapas. (p. 462)

Conforme já explanado, não tenho dúvidas de que o verdadeiro propósito das operações levadas a efeito era a reavaliação dos ativos pertencentes ao GRUPO BRADESCO, objetivando elidir o pagamento de IRPJ e da CSLL incidente sobre o ganho de capital. O próprio Recorrente admite que reavaliou seus ativos mas não foi capaz de apresentar fundamentos aceitáveis que justificassem, a meu juízo, as operações tais quais contabilizadas.

As alegações de que não é preciso investigar as razões econômicas dos fatos são de pouca valia diante dos elementos coligidos aos autos.

Os fatos retratados nos autos demonstram, sem sombra de dúvidas, que as operações societárias foram arquitetadas a fim de beneficiar do GRUPO BRADESCO, não havendo fundamento econômico para as operações, tal qual descrito pela autoridade fiscal lançadora. Ao fim e ao cabo, os negócios entabulados visaram a tão somente obter vantagens tributárias.

Conforme bem delineado pela descrição dos fatos que embasam o lançamento, o conjunto de reorganizações societárias buscado pelo GRUPO BRADESCO foi agregar o ágio gerado artificialmente ao custo contábil das ações da VISANET.

Por fim, é imperioso esclarecer que a autuação baseia-se exclusivamente nos passos intermediários da reorganização societária e dos seus efeitos tributários. Não se contestam, pois, os demais aspectos da reorganização, bem como suas consequências em outras searas.

Tecidas as observações pertinentes, peço vênia a Marco Aurélio Greco para tomar como minhas suas conclusões, que muito se encaixam no fechamento

do meu entendimento sobre o caso, em especial o conflito entre livre iniciativa e solidariedade:

Minha concepção ideológica é de que sempre haverá de ponderar os dois conjuntos de valores; ou seja, para mim o ponto de partida é o de que ambos devem estar sentados à mesa para dialogar. Vale dizer, não é a rigor um “ponto” de partida, mas uma “dualidade” de partida. Não há caso que não envolva dois tipos de valores. Isso está escrito com todas as letras no artigo 3º, I, da Constituição de 1988 – quando formula os objetivos do Estado brasileiro – ao estabelecer que um deles é o de construir uma sociedade livre, justa e solidária. Formulação linguística muito feliz, pois coloca numa ponta a liberdade (típica do Estado de Direito) e, na outra ponta, a solidariedade (típica do Estado Social) e entre elas a justiça que resultará da ponderação das duas. Ou seja, só vamos ter justiça se e quando houver ponderação entre os valores liberdade e solidariedade.

10

Desse modo, pelas conclusões já expostas, não se pode acatar que os valores referidos de ágio componham o valor do custo para fins de apuração do ganho de capital da Recorrente.

Isso posto, voto por negar provimento ao recurso em relação ao objeto principal da exigência.

DA INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO E DA UTILIZAÇÃO DA TAXA SELIC COMO ÍNDICE DE JUROS MORATÓRIOS

O ilustre Relator entendeu não ser possível a cobrança de juros sobre a multa de ofício.

Discordo de tal posicionamento.

Observa-se, inicialmente, que a questão tem sido objeto intenso debate pela Câmara Superior, haja vista que, num lapso de poucos meses, ocorreram votações em sentidos opostos, ambos decididos por maioria apertada de votos, como se verifica dos acórdãos n° 9101-00539, de 11/03/2010, e n° 9101-00.722, de 08/11/2010.

Abstraindo-se de argumentos finalísticos, como o enriquecimento ilícito do Estado, os quais fogem à alçada deste tribunal administrativo, conforme determina a Súmula CARF n° 2, expõe-se os fundamentos considerados suficientes para justificar a cobrança nos presentes autos, com espelho no acórdão n° 9101-00539, de 11/03/2010, de lavra da Conselheira Viviane Vidal Wagner:

O conceito de crédito tributário, nos termos do art. 139 do CTN, comporta tanto tributo quanto penalidade pecuniária.

Uma interpretação literal e restritiva do caput do art. 61 da Lei n° 9.430/96, que regula os acréscimos moratórios sobre débitos decorrentes de tributos e

contribuições, pode levar à equivocada conclusão de que estaria excluída desses débitos a multa de ofício.

Contudo, uma norma não deve ser interpretada isoladamente, especialmente dentro do sistema tributário nacional.

No dizer do jurista Juarez Freitas (2002, p.70), "interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro: qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do direito". Merece transcrição a continuidade do seu raciocínio:

"Não se deve considerar a interpretação sistemática como simples instrumento de interpretação jurídica. É a interpretação sistemática, quando entendida em profundidade, o processo hermenêutico por excelência, de tal maneira que ou se compreendem os enunciados prescritivos nos plexos dos demais enunciados ou não se alcançará compreendê-los sem perdas substanciais. Nesta medida, mister afirmar, com os devidos temperamentos, que a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação." (A interpretação sistemática do direito, 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 74).

Daí, por certo, decorrerá uma conclusão lógica, já que interpretar sistematicamente implica excluir qualquer solução interpretativa que resulte logicamente contraditória com alguma norma do sistema.

O art. 161 do CTN não distingue a natureza do crédito tributário sobre o qual deve incidir os juros de mora, ao dispor que o crédito tributário não pago integralmente no seu vencimento é acrescido de juros de mora, independentemente dos motivos do inadimplemento.

Nesse sentido, no sistema tributário nacional, a definição de crédito tributário há de ser uniforme.

De acordo com a definição de Hugo de Brito Machado (2009, p.172), o crédito tributário "é o vínculo jurídico, de natureza obrigacional, por força do qual o Estado (sujeito ativo) pode exigir do particular, o contribuinte ou responsável (sujeito passivo), o pagamento do tributo ou da penalidade pecuniária (objeto da relação obrigacional)."

A obrigação tributária principal referente à multa de ofício, a partir do lançamento, converte-se em crédito tributário, consoante previsão do art. 113, §1º, do CTN:

Art. 113 A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária

e extingue-se juntamente com o crédito tributário dela decorrente. (destacou-se)

A obrigação principal surge, assim, com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto tanto o pagamento do tributo como a penalidade pecuniária decorrente do seu não pagamento, o que inclui a multa de ofício proporcional.

A multa de ofício é prevista no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, e é exigida "juntamente com o imposto, quando não houver sido anteriormente pago" (§1º).

Assim, no momento do lançamento, ao tributo agrega-se a multa de ofício, tornando-se ambos obrigação de natureza pecuniária, ou seja, principal.

A penalidade pecuniária, representada no presente caso pela multa de ofício, tem natureza punitiva, incidindo sobre o montante não pago do tributo devido, constatado após ação fiscalizatória do Estado.

Os juros moratórios, por sua vez, não se tratam de penalidade e têm natureza indenizatória, , compensarem o atraso na entrada dos recursos que seriam de direito da União.

A própria lei em comento traz expressa regra sobre a incidência de juros sobre a multa isolada.

Eventual alegação de incompatibilidade entre os institutos é de ser afastada pela previsão contida na própria Lei nº 9.430/96 quanto à incidência de juros de mora sobre a multa exigida isoladamente. O parágrafo único do art. 43 da Lei nº 9.430/96 estabeleceu expressamente que sobre o crédito tributário constituído na forma do caput incidem juros de mora 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.

O art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996, ao se referir a débitos decorrentes de tributos e contribuições, alcança os débitos em geral relacionados com esses tributos e contribuições e não apenas os relativos ao principal, entendimento, dizia então, reforçado pelo fato de o art. 43 da mesma lei prescrever expressamente a incidência de juros sobre a multa exigida isoladamente.

Nesse sentido, o disposto no §3º do art. 950 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (RIR/99) exclui a equivocada interpretação de que a multa de mora prevista no caput do art. 61 da Lei nº 9.430/96 poderia ser aplicada concomitantemente com a multa de ofício.

Art.950. Os débitos 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 (Lei nº 9.430, de 1996, art. 61).

§1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do imposto até o dia em que ocorrer

o seu pagamento (Lei nº 9.430, de 1996, art. 61, §1º).

§2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento (Lei nº 9.430, de 1996, art. 61, §2º).

§3º A multa de mora prevista neste artigo não será aplicada quando o valor do imposto já tenha servido de base para a aplicação da multa decorrente de lançamento de ofício.

A partir do trigésimo primeiro dia do lançamento, caso não pago, o montante do crédito tributário constituído pelo tributo mais a multa de ofício passa a ser acrescido dos juros de mora devidos em razão do atraso da entrada dos recursos nos cofres da União.

No mesmo sentido já se manifestou a Câmara Superior de Recursos Fiscais quando do julgamento do Acórdão nº CSRF/04-00.651, julgado em 18/09/2007, com a seguinte ementa:

JUROS DE MORA - MULTA DE OFÍCIO - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - A obrigação tributária principal surge com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto tanto o pagamento do tributo como a penalidade pecuniária decorrente do seu não pagamento, incluindo a multa de ofício proporcional. O crédito tributário corresponde a toda a obrigação tributária principal, incluindo a multa de ofício proporcional, sobre o qual, assim, devem incidir os juros de mora à taxa Selic.

Cabe referir, ainda, a Súmula Carf nº 5: "São devidos juros de mora sobre o crédito tributário não integralmente pago no vencimento, ainda que suspensa sua exigibilidade, salvo quando existir depósito no montante integral."

Diante da previsão contida no parágrafo único do art. 161 do CTN, busca-se na legislação ordinária a norma complementar que preveja a correção dos débitos para com a União.

Para esse fim, a partir de abril de 1995, tem-se a taxa Selic, instituída pela Lei nº 9.065, de 1995.

No âmbito do Poder Judiciário, a jurisprudência é forte no sentido da aplicação da taxa de juros Selic na cobrança do crédito tributário, como se vê no exemplo abaixo:

REsp 1098052 / SP RECURSO ESPECIAL2008/0239572-8 Relator(a) Ministro CASTRO MEIRA (1125) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 04/12/2008 Data da Publicação/Fonte DJe 19/12/2008 Ementa PROCESSUAL CIVIL.

*OMISSÃO. NÃO-OCORRÊNCIA.
LANÇAMENTO. DÉBITO DECLARADO E
NÃO PAGO. PROCEDIMENTO
ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE.
TAXA SELIC. LEGALIDADE.*

1. É infundada a alegação de nulidade por maltrato ao art. 535 do Código de Processo Civil, quanto o recorrente busca tão-somente rediscutir as razões do julgado.

2. Em se tratando de tributos lançados por homologação, ocorrendo a declaração do contribuinte e na falta de pagamento da exação no vencimento, a inscrição em dívida ativa independe de procedimento administrativo.

3. É legítima a utilização da taxa SELIC como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos créditos tributários (Precedentes: AgRg nos EREsp 579.565/SC, Primeira Seção, Rel. Min. Humberto Martins, DJU de 11.09.06 e AgRg nos EREsp 831.564/RS, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 12.02.07).

No âmbito administrativo, a incidência da taxa de juros Selic sobre os débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal foi pacificada com a edição da Súmula CARF nº 4, de observância obrigatória pelo colegiado, por força de norma regimental (art. 72 do RICARF), nos seguintes termos:

Súmula CARF nº 4: *A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.*

No que se refere ao período de 01/01/1995 a 31/12/1996, sustentam alguns que o Parecer MF/SRF/Cosit nº 28/98 teria deixado claro não ser exigível a incidência de juros sobre a multa de ofício tendo em vista as disposições do inciso I, do art. 84, da Lei nº 8.981/95.

O mencionado Parecer, ainda que conclua pela incidência dos juros sobre a multa de ofício para fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/1997, de fato manifesta-se nos termos dessa tese. Entretanto, constata-se que o referido Ato Administrativo não levou em consideração a alteração legislativa trazida pela MP nº 1.110, de 30/08/95, que acrescentou o § 8º ao art. 84, da Lei 8.981/95, e que estendeu os efeitos do disposto no *caput* aos demais créditos da Fazenda Nacional cuja inscrição e cobrança como Dívida Ativa da União seja de competência da Procuradoria da Fazenda Nacional.

No que tange ao questionamento da aplicação da taxa Selic, a matéria encontra-se absolutamente pacificada no âmbito do CARF, tendo sido alvo, inclusive de súmula, cujo enunciado número 4 recebeu a seguinte redação:

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

Autenticado digitalmente em 09/06/2015 por FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Assinado digitalmente em 09/06/2015 por FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Assinado digitalmente em 10/06/2015 por LEONARD

O DE ANDRADE COUTO

Impresso em 17/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Processo nº 16327.720431/2012-95
Acórdão n.º 1402-001.917

S1-C4T2
Fl. 2.286

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Conforme determina o *caput* do art. 72 do Regimento Interno do CARF, os enunciados da súmula CARF são de observância obrigatória por parte de seus membros.

Isso posto, voto por manter também a exigência de juros moratórios sobre a multa de ofício lançada, bem como a aplicação da taxa Selic sobre os tributos e multas exigidos, negando provimento ao recurso também em relação a tais pontos.

(assinado digitalmente)

FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO – Redator Designado